



جامعة مؤتة
كلية الدراسات العليا

أثر الموت الحقيقي في الالتزامات التعاقدية الناشئة عن عقود التبرعات والتوثيقات والمشاركات وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي

إعداد الطالب

محمد سالم مقبل الشقور

إشراف

الأستاذ الدكتور عبدالناصر الزيود

أطروحة مقدمة إلى كلية الدراسات العليا استكمالاً
لمتطلبات الحصول على درجة الدكتوراه في
الفلسفة في الفقه وأصوله/ قسم الفقه وأصوله

جامعة مؤتة، 2022

المخلص

أثر الموت الحقيقي في الإلتزامات التعاقدية الناشئة عن عقود التبرعات والتوثيقات

والمشاركات وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي

محمد سالم مقبل الشقور

جامعة مؤتة، 2022م

جاءت هذه الدراسة، لبيان أثر الموت على عقود التبرعات والتوثيقات والمشاركات في الفقه الإسلامي، حيث تم بيان أثر الموت على ذمة الإنسان، فالموت يجعل الذمة تضعف شيئاً فشيئاً، لأنها بالموت تكون قائمة في حقوق وممتعة في الأخرى، توصلت الدراسة إلى أن الموت يؤثر على عقد العارية، فيبطلها قبل القبض، ويقرأها بعد القبض إلى حين انتهاء المدة الزمنية، أو إلى حين استيفاء المنفعة المقصودة، كما أن الموت أثر على الهبة، فأبطلها قبل القبض وأقر ملكها بعد الحيازة والتسليم، وأثر الموت على الوصية فأبطلها عند موت الموصى له في حياة الموصي، واتم ملكها عند قبولها في الحياة وقبضها بعد الموت، وعند انتفاء القبول في حياة الموصي تعتبر الوصية باطلة، وعند تعدي الموصى له على الموصي، اعتداءً تزول به الحياة ينفسخ عقد الوصية إلا إذا علم الموصي بالقاتل أنه هو المتعدي بالقتل وأقر له بالإيصال تكون الوصية حينئذ صحيحة ونافذة، ولا تأثير للموت على عقد الوقف فهو لازم بمجرد التلفظ به سواء مات الواقف أو الموقوف عليه بعد العقد، ولا تأثير للموت على عقد القرض بعد قبضه، لأن القبض في القرض جعله يتصف باللزوم، وتنفسخ الوكالة بالموت إذا علم الوكيل به، ولا يجوز للراهن أو المرتهن أو ورثتهم بعد قبض الرهن فسخه، وللمحال مطالبة المحال عليه بالمال في الحياة والموت، ولا يصح له الرجوع على المحيل إلا إذا اشترط عدم إفلاس المحال عليه حينئذ له شرطه، فإذا كان الدين مؤجلاً واستوفى من المحال عليه عند موته، لم يرجع ورثة المحال عليه على المحيل، لأن ليس من شرط موت أحدهم حلول الدين على الآخر، وللمكفول له مطالبة الأصيل والكفيل والإستيفاء ممن يشاء منهم مما ترك من مال، ويحل الدين المؤجل بمجرد موت الكفيل في ماله الذي تركه بالموت، ولا يصح لورثة الكفيل الرجوع على الأصيل إذا استوفى المكفول له من التركة إذا كان الدين مؤجلاً إلا حين حلوله، وتنفسخ الشركة بالموت، وللعامل في المضاربة تنضيض المال أي جعله نقوداً إذا كان عروضاً عند موت رب المال وتكون تصرفاته نافذة بحكم المضاربة.

Abstract

The impact of real death on the contractual commitment in donation contracts, documentation and partnership and their applications in Islamic Jurisprudence

**Mohammad Salem Moqbil Al-Shoqour
Mu'tah university, 2022**

This study aimed to demonstrate the impact of death on the contractual commitment in donation contracts, documentation and partnership in Islamic Jurisprudence, where the study illustrated the impact of death on the human's conscience– death gradually weakens conscience, since they become evident in some rights, while non-existent in others.

The study revealed that death affects the contract of lending, where death cancels it before being conveyed and approves it after conveying until the end of time period or the end of the intended interest. Death also affected donation, by canceling it before conveying, approving it after possession and conveying. It also affected the will, as it cancelled the will when the legatee dies before the legator, approved it when being accepted in life and being conveyed after death. In case of acceptance selectivity during the life of the legator, the will is cancelled. Also, when the legator offends the legatee and that leads to death, the will contract is terminated, unless the will document state otherwise. There is no effect for death on endowment contract, since it is applicable as soon as it is pronounced regardless death of either party. Furthermore, death has no effect on loan contract after being conveyed, since taking the loan refers to commitment, and agency is terminated by the death in case agent was knowledgeable about it, and both mortgager and mortgaging and inheritors can't terminate the contract after receiving the mortgage, and the submitted has the right to ask the submitting with his money during life and death, where he doesn't have to refer back to the submitting, unless he provided thenon-bankruptcy of the submission object – in case the debt was delayed and was received from the submitted at death, the inheritors of the submitted are not referred to the submitting, since the death of any of them, does not convey debt to the other. Also, the guaranteed has the right to ask the guarantee for payment, and the delayed debt is canceled as soon as the guarantee dies, and the inheritors of the guarantee don't have the right to refer back to the debtor in case the guaranteed received his right from the inheritance when the debt is delayed. Also, partnership is terminated by death, and the worker in speculation has the right to turn money into cash, in case it was goods at the death of the money owner, and his acts are applicable by speculation.

فهرست المحتويات

الصفحة	المحتوى
أ	الإهداء
ب	الشكر والتقدير
ج	فهرست المحتويات
ح	فهرست الملاحق
ط	الملخص باللغة العربية
ي	الملخص باللغة الإنجليزية
1	الفصل الأول: أدبيات الدراسة وإطارها النظري
1	1.1 المقدمة.
2	2.1 أسباب اختيار الموضوع.
2	3.1 أهمية الدراسة.
3	4.1 مشكلة الدراسة.
3	5.1 أهداف الدراسة.
3	6.1 الدراسات السابقة.
6	7.1 منهجية الدراسة.
6	8.1 خطة الدراسة.
11	الفصل الثاني: حقيقة المصطلحات المتعلقة بالدراسة.
11	1.2 حقيقة الموت وأقسامه في الفقه الإسلامي.
11	1.1.2 الموت في اللغة.
12	2.1.2 الموت في الإصطلاح.
15	3.1.2 أقسام الموت في الفقه الإسلامي.
17	2.2 حقيقة الإلتزامات في اللغة والاصطلاح.
17	1.2.2 الإلتزامات في اللغة.
17	2.2.2 الإلتزامات في الإصطلاح.
21	3.2 حقيقة العقد وأركانه وأقسامه في الفقه الإسلامي.

21	1.3.2 العقد في اللغة والإصطلاح.
22	2.3.2 أركان العقد في الفقه الإسلامي.
23	3.3.2 أقسام العقد في الفقه الإسلامي.
23	4.2 حقيقة التبرعات الإصطلاح
23	1.4.2 التبرعات في اللغة
24	2.4.2 التبرعات في الإصطلاح
25	5.2 حقيقة التوثيق في اللغة والإصطلاح
25	1.5.2 التوثيق في اللغة
25	2.5.2 التوثيق في الإصطلاح
27	6.2 حقيقة الشركات في اللغة والإصطلاح
27	1.6.2 الشركات في اللغة
27	2.6.2 الشركات في الإصطلاح
29	الفصل الثالث : أثر الموت في أهلية الإنسان ودمته في الفقه الإسلامي
29	1.3 حقيقة الأهلية وأقسامها في الفقه الإسلامي.
29	1.1.3 الأهلية في اللغة
29	2.1.3 الأهلية في الاصطلاح، عرفت بتعريفات مختلفة
30	3.1.3 أقسام الأهلية في الفقه الإسلامي.
31	4.1.3 تأثير الموت في أهلية الإنسان في الفقه الإسلامي.
32	2.3 الذمة وأثر الموت فيها في الفقه الإسلامي.
32	1.2.3 الذمة في اللغة.
33	2.2.3 الذمة في الإصطلاح.
34	3.2.3 أثر الموت في الذمة في الفقه الإسلامي.
41	الفصل الرابع : أثر الموت في عقود التبرعات في الفقه الإسلامي.
41	1.4 أثر الموت في عقد العارية في الفقه الإسلامي.
42	1.1.4 حقيقة العارية في اللغة والإصطلاح.

43	2.1.4 مشروعية العارية في الفقه الإسلامي.
45	3.1.4 أركان العارية في الفقه الإسلامي.
45	4.1.4 أثر الموت في عقد العارية في الفقه الإسلامي.
50	2.4 أثر الموت في عقد الهبة في الفقه الإسلامي.
50	1.2.4 حقيقة الهبة في اللغة والإصطلاح.
52	2.2.4 مشروعية الهبة في الفقه الإسلامي.
53	3.2.4 أركان الهبة في الفقه الإسلامي.
54	4.2.4 أثر الموت في عقد الهبة في الفقه الإسلامي.
70	3.4 أثر الموت في عقد الوقف في الفقه الإسلامي.
70	1.3.4 حقيقة الوقف في اللغة والإصطلاح.
71	2.3.4 مشروعية الوقف في الفقه الإسلامي.
73	3.3.4 أركان الوقف في الفقه الإسلامي.
73	4.3.4 أثر الموت في عقد الوقف في الفقه الإسلامي.
87	4.4 أثر الموت في عقد الوصية في الفقه الإسلامي.
87	1.4.4 حقيقة الوصية في الفقه الإسلامي.
89	2.4.4 مشروعية الوصية في الفقه الإسلامي.
90	3.4.4 أركان الوصية في الفقه الإسلامي.
91	4.4.4 أثر الموت في عقد الوصية في الفقه الإسلامي.
109	5.4 اثر الموت في عقد القرض في الفقه الإسلامي.
109	1.5.4 حقيقة القرض في اللغة والإصطلاح.
110	2.5.4 مشروعية القرض في الفقه الإسلامي.
112	3.5.4 أركان عقد القرض في الفقه الإسلامي.
112	4.5.4 أثر الموت في القرض في الفقه الإسلامي.
118	6.4 أثر الموت في عقد الوكالة في الفقه الإسلامي.
118	1.6.4 حقيقة القرض في اللغة والإصطلاح.
119	2.6.4 مشروعية القرض في الفقه الإسلامي.

120	3.6.4 أركان عقد القرض في الفقه الإسلامي.
120	4.6.4 أثر الموت في عقد القرض في الفقه الإسلامي.
126	7.4 أثر الموت على عقد اللقطة في الفقه الإسلامي.
126	1.7.4 اللقطة في الفقه والاصطلاح.
126	2.7.4 مشروعية اللقطة في الفقه الإسلامي.
127	3.7.4 أركان اللقطة.
127	4.7.4 أثر الموت على اللقطة في الفقه الإسلامي.
128	الفصل الخامس: أثر الموت على عقود التوثيقات وعقد الشركة في الفقه الإسلامي.
128	1.5 أثر الموت على عقود التوثيقات في الفقه الإسلامي.
128	1.1.5 أثر الموت على عقد الرهن في الفقه الإسلامي.
128	1.1.1.5 حقيقة الرهن في الفقه الإسلامي.
129	2.1.1.5 مشروعية الرهن في الفقه الإسلامي.
130	3.1.1.5 أركان عقد الرهن في الفقه الإسلامي.
131	4.1.1.5 أثر الموت على عقد الرهن في الفقه الإسلامي.
139	2.1.5 أثر الموت على عقد الحوالة في الفقه الإسلامي.
139	1.2.1.5 حقيقة الحوالة في اللغة والإصطلاح.
140	2.2.1.5 مشروعية الحوالة في الفقه الإسلامي.
141	3.2.1.5 أركان الحوالة في الفقه الإسلامي.
141	4.2.1.5 أثر الموت في عقد الحوالة في الفقه الإسلامي.
156	3.1.5 أثر الموت في عقد الكفالة في الفقه الإسلامي.
156	1.3.1.5 حقيقة الكفالة في اللغة والإصطلاح.
158	2.3.1.5 مشروعية الكفالة في الفقه الإسلامي.
159	3.3.1.5 أركان عقد الكفالة في الفقه الإسلامي.
160	4.3.1.5 أقسام عقد الكفالة في الفقه الإسلامي.
160	5.3.1.5 أثر الموت على عقد الكفالة في المال في الفقه الإسلامي.

167	6.3.1.5 أثر الموت على عقد الكفالة بالنفس في الفقه الإسلامي.
175	2.5 أثر الموت في عقد الشركة في الفقه الإسلامي.
175	1.2.5 أثر الموت في عقد الشركة في الفقه الإسلامي.
175	1.1.2.5 مشروعية الشركة في الفقه الإسلامي.
176	2.1.2.5 أركان عقد الشركة في الفقه الإسلامي.
177	3.1.2.5 أثر الموت في عقد الشركة في الفقه الإسلامي.
178	2.2.5 أثر الموت في عقد المضاربة في الفقه الإسلامي.
178	1.2.2.5 حقيقة المضاربة في اللغة والإصطلاح.
180	2.2.2.5 مشروعية المضاربة في الفقه الإسلامي.
181	3.2.2.5 أركان عقد المضاربة في الفقه الإسلامي.
181	4.2.2.5 أثر الموت في عقد المضاربة في الفقه الإسلامي.
183	3.2.5 أثر الموت على شركة المزارعة في الفقه الإسلامي.
183	1.3.2.5 تحديد مفهوم المزارعة في اللغة والإصطلاح.
183	2.3.2.5 أركان عقد المزارعة
183	3.3.2.5 أثر الموت على عقد المزارعة
186	الخاتمة: النتائج والتوصيات
188	المصادر والمراجع
199	الملاحق

فهرست الملاحق

- | | |
|-----|---------------------------|
| 199 | أ- فهرست الآيات القرآنية |
| 202 | ب- فهرست الأحاديث النبوية |
| 206 | ج- فهرست الأعلام |

الفصل الأول أدبيات الدراسة وإطارها النظري

1.1 المقدمة .

الحمد لله فاطر السموات والأرض فائق الحب والنوى ، نحمدك ربي على جميع النعم التي أنعمت بها علينا، من عقلا مكرّماً، ولساناً ناطقاً للتعبير عن كل ما نفكر به، ويجولُ في أذهاننا، والصلاة والسلام على النبي المصطفى والمجتبى، سيدنا وحبیبنا ﷺ، الذي أرسل بشيراً ونذيراً وسراجاً منيراً وبعد:

فقد قدم الفقه الإسلامي ثروة معرفية هائلة، تضمّن في ثناياه كل ما يجول في الأذهان من استفهامات وتساؤلات، فلا تجد شيئاً تحاكيه نفسك، إلا وله إجابة دقيقة، موجودة في كتاب الله وسنة نبيه وآثار صحبه، وهذه الثروة المعرفية استثمارها الصالحين من السلف من أهل الفقه والفهم، استثماراً دقيقاً قائماً على منهجية علمية محكمة مضبوطة، تُستنبط من خلالها الأحكام الشرعية من الأدلة الأصلية في الكتاب والسنة النبوية، مراعيةً في استنباطها واقع الحياة ومقاصد الشرع من الأحكام، وما يلي احتياجات الناس دون حرج وعسر .

وتعد المعاملات المالية من أهم أبواب الفقه الإسلامي، فقد نظّمت تعاملات الناس فيما بينهم وقدمت حلولاً فقهية تلبّي احتياجات تلك التعاملات، ولما كان المسلم في حياته يبرم عقوداً مختلفة الطابع كالتبرعات والتوثيقات والمشاركات في حياته، وبعد إبرام هذه العقود قد يتعرض المسلم إلى عارض سماوي غير مقدور الدفع وخارج عن الإرادة، كالموت وهو أمر حتمي ستمر عليه كل نفس، لقوله تعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ ذَائِقَةُ الْمَوْتِ﴾⁽¹⁾، كان لا بد من أن تكون هنالك دراسة علمية تعنتي، في بيان أثر الموت على هذه الالتزامات التعاقدية، لأن الذمة في حال حياة الإنسان تختلف عنها في الموت، فقد تقبل أشياء وترفض أخرى بالموت، فضلاً على أن هذه العقود تختلف في مضمونها وطبيعتها فمنها ما هو جائز كالوكالة والمضاربة ومنها ما هو لازم قبل الموت وبعده كالحوالة والكفالة، وهذا اللزوم يبقى له أثر في مال الميت كحال حياته

(1) سورة آل عمران، الآية رقم (185).

ووجوده، وإزالة الغموض وتوضيح طبيعة العقود التي يتأثر فيها مال الميت وتجنب الورثة الإشكالات على هذه الإلتزامات التي تحل في مال مورثهم .
من هنا فقد أرتنت النفس، للسعي والخوض في الثروة العلمية الموجودة في الفقه الإسلامي، والوقوف على أبوابها لبيان حقيقة تلك الإلتزامات التعاقدية، ومدى تأثيرها في الموت، والوصول إلى الحقائق العلمية المتعلقة بها إن شاء الله.

2.1 أسباب اختيار الموضوع.

أ- إنَّ الفقه الإسلامي احتوى على مواضيع هذه الإلتزامات ووقف على آثارها ومدى علاقتها بذمة الإنسان قبل الموت وبعده ، ولكنها منثورة في شتى الأبواب على مختلف المذاهب الفقهية، فتحتاج إلى جمع ذلك المنثور تحت باب واحد تجتمع فيه تلك الآثار .

ب- هذا الموضوع يعالج قضايا كثيرة عند الناس، فالعقود يوجد لها الأطراف وعند الموت تختلف آثار هذه العقود، فمن خلال الدراسة نعالج المشكلات الحياتية التي قد تحدث عند موت أحدهم.

3.1 أهمية الدراسة .

جاءت أهمية الدراسة لتبين، أن العقود المالية تختلف بحسب طبيعة ونوع العقد، فليست كلها على حال واحد، فمنها ما هو قائم على ما ندب إليه الشرع، من التواد والتعاطف وقضاء الحاجة والتيسير على الناس، كالهبة والعارية والوصية والوقف وهذه عقود تبرعات لا عوض فيها، فلها أحكام معينة على حسب طبيعتها، ومنها ما هو قائم على مبدأ استيفاء الحقّ والتمكّن من الوصول إليه كالرهن والحوالة والكفالة، وتسمى عقود توثيقات، ولها طبيعة تختلف عن غيرها من العقود، ومنها ما هو قائم على أساس الإستثمار ونماء المال والحصول على الربح، كالشركة والمضاربة وهذه أيضا تختلف في طبيعتها عن غيرها من العقود، والسابق ذكره كله يحدث في الحياة اليومية، ومن هنا جاءت أهمية الخوض في هذه الدراسة.

4.1 مشكلة الدراسة.

تأتي هذه الدراسة لتجيب عن الأسئلة الآتية:

- أ. ما هو الموت الحقيقي في الفقه الإسلامي؟
- ب. ما هو أثر الموت الحقيقي على عقود التبرعات في الفقه الإسلامي؟
- ج. ما هو أثر الموت الحقيقي على عقود التوثيق في الفقه الإسلامي؟
- د. ما هو أثر الموت الحقيقي على عقود المشاركات في الفقه الإسلامي؟

5.1 أهداف الدراسة .

- أ. بيان حقيقة الموت الحقيقي في الفقه الإسلامي.
- ب. معرفة أثر الموت الحقيقي على عقود التبرعات في الفقه الإسلامي.
- ج. معرفة أثر الموت على عقود التوثيق في الفقه الإسلامي.
- د. معرفة أثر الموت الحقيقي على عقود المشاركات في الفقه الإسلامي.

6.1 الدراسات السابقة.

أ. أثر الموت في الالتزامات التعاقدية والناشئة عن المعاوضات المالية وتطبيقاته المعاصرة. للباحث ملك نور الدين الخصاونة، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، كلية الدراسات العليا، قسم الفقه وأصوله، لعام 2004م، تحدّث الباحث في هذه الدراسة عن أثر الموت على عقود المعاوضات المالية، البيع، السلم، الإستصناع، الصرف، العقود الربوية، الهبة بعوض، عقد الصلح بعوض، الإجارة والكراء، الجعالة، عقود المعاوضات المعاصرة، عقد المرابحة، عقد العمل، عقد المقاول، والتوريد، وقد كان هنالك جزء مشترك بين الدراسة السابقة والحالية، في بيان حقيقة الموت وأقسامه ومدى تأثيره على الأهلية ولكن، الدراسة السابقة استطردت استطراد بعيد في البحث بما سبق من المشترك، وهو الشيء الذي تم إيجازه بقدر ما يتناسب مع الدراسة دون استطراد، ولما كانت الدراسة تتحدث عن الموت وأثره على المعاوضات المالية، جاءت هذه الدراسة لتكمل جزء آخر من عقود المعاملات

المالية وهو التبرعات والتوثيقات والمشاركات في الفقه الإسلامي، فهذه الدراسة مكملة لما سبقها، في إكمال الجزء المتبقي من العقود المالية.

ب. أثر الموت في الحقوق المالية والشخصية في الفقه الإسلامي، للباحث، احمد شحدة أبو سرحان، لعام 2003م، الجامعة الأردنية، كلية الدراسات العليا، قسم الفقه وأصوله، تحدث الباحث في هذه الدراسة، في المبحث الأول، التعريف بالموت والحق وأقسامه في الفصل التمهيدي، ثم شرع بالفصل الأول وهو أثر الموت في الحقوق المالية، أثر الموت على الدين في ذمة الغرماء، أثر موت المجني عليه في الدية، أثر موت المرتهن في حقه في الرهن، وتحدث في المبحث الرابع من هذا الفصل عن أثر الموت في حقوق الارتفاق، ثم شرع في الفصل الثاني وتحدث عن أثر الموت في الحقوق الشخصية، حق الحضانة، الولاية، التمتع بالزوجة، اللعان، الظهار، حد القذف، ثم شرع في الفصل الثالث، وتحدث عن أثر الموت في الحقوق الشبيهة بالحق المالي والشخصي، وهي حقوق الخيار، الشرط، المجلس، الرؤية، العيب، التعيين، ثم شرع في أثر الموت على تصرف الفضولي، واستحقاق المنفعة، الإجارة، أثر موت المستعير في استحقاق المنفعة، أثر موت الموصى له في استحقاق المنفعة الموصى بها، أثر موت الموهوب له في حق قبول الهبة. وفي هذه الدراسة ثمة أشياء مشتركة مع الدراسة السابقة:

1- حقيقة الموت في الفقه الإسلامي واقسامه.

2- أثر موت المستعير في استحقاق المنفعة، تحدث الباحث وعرض الأقوال الفقهية وأدلتها، ولكن وجدت أنه تحدث فقط عن موت المستعير، ولم يتحدث عن موت المعير وأثره على العارية قبل قبضها أو بعدها، فاستدركت هذه الدراسة الفرع الفقهي الذي لم تغطيه الدراسة السابقة، لا سيما، أنه عرض الأدلة وناقشها باختصار شديد يخلو شيئاً ما من المنهجية العلمية المعتمدة في العرض والمناقشة، وهذا ما سدته الدراسة الحالية من النقص الموجود حيث بينت أثر الموت على المعير والمستعير قبل القبض وبعده مع عرض الأدلة الفقهية المناسبة والتي تغطي اقوال الفقهاء وحجتهم

ومناقشتها، فضلاً أن هذه الدراسة أضافت المذهب الظاهري مع المذاهب
الفقهية المعتمدة.

3- أثر موت الموصى له في استحقاق المنفعة الموصى بها، تحدّث الباحث
عن استحقاق المنفعة للموصى له، واكتفى بالوصية بالمنفعة والوصية قد
تكون منافع وقد تكون أعيان وجاءت هذه الدراسة لتبين أثر الموت على
الوصية بنوعيتها سواء كانت عيناً أو منفعة، لا سيما أنه لم يبحث مسائل
كثيرة في غاية الأهمية في هذا الباب منها، أثر موت الموصى له قبل موت
الموصي، أثر موت الموصي على الوصية قبل قبول الموصى له في حياة
الموصي، أثر موت الموصي بسبب تعدي الموصى له بالقتل خطأ أو
عمداً، وكل هذه الفروع التي لم تتعرض لها الدراسة السابقة، تم استدراكها
في هذه الدراسة وتم بيان أثر الموت عليها.

4- عنوان دراسة الباحث قسمين قسم في الحقوق المالية، اكتفى في المشترك
مع هذه الدراسة بالوصية والرهن والعارية من جهة المستعير، ولم يورد
الكفالة، الحوالة، الوقف، القرض، الشركة، المضاربة، وكل هذه حقوق مالية
ايضاً.

5- يؤاخذ على الدراسة السابقة بعدم التنظيم في طرح المسائل، فتارة يتحدّث
الباحث عن العقوبات وحقوق المجني عليه، وتارة ينتقل للمعاملات، وتارة
ينتقل إلى الأحوال الشخصية، الحضانة، والأصل أن الموت له أثر كبير
في الفقه الإسلامي، ومن الأفضل الدراسة تكون منظمة، فالموت يؤثر
العبادات وعلى المعاوضات المالية، والتبرعات والتوثيقات، والأحوال
الشخصية، والديات والأرش في باب العقوبات، فكان لابد من دراسة كل
باب على حدة حتى يتسنى للباحث، الإمام بكل الفروع الفقهية التي تعنتي
بدراسة الموضوع.

ج. أثر الموت في حقوق الشخص والتزاماته في الفقه الإسلامي، للباحث المكاشفي
طه الشيخ، رسالة دكتوراه، جامعة الملك بن عبدالعزيز، قسم الدراسات العليا
الشرعية، لعام 1980م، هذه الأطروحة تحدّثت عن الموت وأثره في الفقه الإسلامي

في جميع ابوابه، من باب العبادات إلى باب الأحوال الشخصية، وبعد الإطلاع على هذه الدراسة، تبين للباحث أنها كانت تخلو شيئاً ما عن المنهجية العلمية المعتمدة في عرض المسائل الفقهية للوصول إلى النتائج الصحيحة، فكانت عبارة عن بيان الاقوال الفقهية للمسألة مع سرد نصوص فقهية والتعرض لبعض الأدلة في كل مسألة، دون بيان توجيه الأدلة لا سيما أن تخلو من المناقشات الفقهية والرد على الاستدلال، وأن هذه الدراسة جمعت ابواب الفقه الإسلامي في دراسة واحدة، وهذا لا يعقل فكل باب من أبواب الفقه الإسلامي له علاقة بالموت، يحتاج إلى رسالة دكتوراه أو ماجستير على حدة، فلا يحتمل أن يجمع شتات هذا الموضوع في رسالة واحدة، فضلاً على أن الدراسة قتلت البحث في هذا الموضوع، دون بحث دقيق وعميق يورد كل ما يشمل الفرع الواحد في كل باب من أبواب الفقه الإسلامي، وجاءت هذه الدراسة، لتنظم وتجمع وتهذب الفروع الفقهية المتعلقة بالتبرعات والتوثيقات والمشاركات في الجزء المشترك مع الدراسة السابقة، وبحثها بحثاً علمياً منهجياً يجمع كل ما يتعلق بالموضوع الواحد من الفروع الفقهية.

7.1 منهجية الدراسة .

اتخذ الباحث المنهج الإستقرائي التحليلي المقارن، حيث تم الرجوع إلى المصادر الفقهية الأصيلة، إضافة للمذهب الظاهري، وتم تتبع الفروع الفقهية المراد بحثها في هذه الدراسة من خلال تلك المصادر، وتم نقل اقوال الفقهاء في هذه الفروع، مع أدلتهم النقلية والعقلية، ومن ثم مناقشة هذه الأدلة، توصلنا إلى الرأي الراجح في المسألة.

8.1 خطة الدراسة

جاءت هذه الدراسة في ستة فصول وخاتمة على النحو الآتي:

الفصل الأول: أدبيات الدراسة وإطارها النظري

المبحث الأول: المقدمة.

المبحث الثاني: أسباب اختيار الموضوع.

المبحث الثالث: أهمية الدراسة.

المبحث الرابع: مشكلة الدراسة.

المبحث الخامس: أهداف الدراسة.

المبحث السادس: الدراسات السابقة.

المبحث السابع: منهجية الدراسة.

المبحث الثامن: خطة الدراسة.

الفصل الثاني: حقيقة المصطلحات المتعلقة بالدراسة.

المبحث الأول: حقيقة الموت وأقسامه في الفقه الإسلامي.

المطلب الأول: الموت في اللغة.

المطلب الثاني: الموت في الإصطلاح.

المطلب الثالث: أقسام الموت في الفقه الإسلامي.

المبحث الثاني: حقيقة الإلتزامات في اللغة والإصطلاح.

المطلب الأول: الإلتزامات في اللغة.

المطلب الثاني: الإلتزامات في الإصطلاح.

المبحث الثالث: حقيقة العقد وأركانه وأقسامه في الفقه الإسلامي.

المطلب الأول: العقد في اللغة والإصطلاح.

المطلب الثاني: أركان العقد في الفقه الإسلامي.

المطلب الثالث: أقسام العقد في الفقه الإسلامي.

المبحث الرابع : حقيقة التبرعات الإصطلاح

المطلب الأول : التبرعات في اللغة

المطلب الثاني : التبرعات في الإصطلاح

المبحث الخامس : حقيقة التوثيقَات في اللغة والإصطلاح

المطلب الأول : التوثيقَات في اللغة

المطلب الثاني : التوثيقَات في الإصطلاح

المبحث السادس : حقيقة الشركات في اللغة والإصطلاح

المطلب الأول : الشركات في اللغة

المطلب الثاني : الشركات في الإصطلاح
الفصل الرابع : أثر الموت في أهلية الإنسان ودمته في الفقه الإسلامي
المبحث الأول : حقيقة الأهلية وأقسامها في الفقه الإسلامي.
المطلب الأول: تحديد مفهوم الأهلية في اللغة والإصطلاح.
المطلب الثاني: أقسام الأهلية في الفقه الإسلامي.
المطلب الثالث: تأثير الموت في أهلية الإنسان في الفقه الإسلامي.
المبحث الثاني: الذمة وأثر الموت فيها في الفقه الإسلامي.
المطلب الأول: الذمة في اللغة.
المطلب الثاني: الذمة في الإصطلاح.
المطلب الثالث: أثر الموت في الذمة في الفقه الإسلامي.
الفصل الرابع : أثر الموت في عقود التبرعات في الفقه الإسلامي.
المبحث الأول: أثر الموت في عقد العارية في الفقه الإسلامي.
المطلب الأول: حقيقة العارية في اللغة والإصطلاح.
المطلب الثاني: مشروعية العارية في الفقه الإسلامي.
المطلب الثالث: أركان العارية في الفقه الإسلامي.
المطلب الرابع: أثر الموت في عقد العارية في الفقه الإسلامي.
المبحث الثاني: أثر الموت في عقد الهبة في الفقه الإسلامي.
المطلب الأول: حقيقة الهبة في اللغة والإصطلاح.
المطلب الثاني: مشروعية الهبة في الفقه الإسلامي.
المطلب الثالث: أركان الهبة في الفقه الإسلامي.
المطلب الرابع: أثر الموت في عقد الهبة في الفقه الإسلامي.
المبحث الثالث: أثر الموت في عقد الوقف في الفقه الإسلامي.
المطلب الأول: حقيقة الوقف في اللغة والإصطلاح.
المطلب الثاني: مشروعية الوقف في الفقه الإسلامي.
المطلب الثالث: أركان الوقف في الفقه الإسلامي.
المطلب الرابع: أثر الموت في عقد الوقف في الفقه الإسلامي.

المبحث الرابع: أثر الموت في عقد الوصية في الفقه الإسلامي.

المطلب الأول: حقيقة الوصية في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: مشروعية الوصية في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: أركان الوصية في الفقه الإسلامي.

المطلب الثالث: أثر الموت في عقد الوصية في الفقه الإسلامي.

المبحث الخامس: أثر الموت في عقد القرض في الفقه الإسلامي.

المطلب الأول: حقيقة القرض في اللغة والإصطلاح.

المطلب الثاني: مشروعية القرض في الفقه الإسلامي.

المطلب الثالث: أركان عقد القرض في الفقه الإسلامي.

المطلب الرابع: أثر الموت في القرض في الفقه الإسلامي.

المبحث السادس: أثر الموت في عقد الوكالة في الفقه الإسلامي.

المطلب الأول: حقيقة القرض في اللغة والإصطلاح.

المطلب الثاني: مشروعية القرض في الفقه الإسلامي.

المطلب الثالث: أركان عقد القرض في الفقه الإسلامي.

المطلب الرابع: أثر الموت في عقد القرض في الفقه الإسلامي.

الفصل الخامس: أثر الموت على عقود التوثيق في الفقه الإسلامي.

المبحث الأول: أثر الموت على عقد الرهن في الفقه الإسلامي.

المطلب الأول: حقيقة الرهن في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: مشروعية الرهن في الفقه الإسلامي.

المطلب الثالث: أركان عقد الرهن في الفقه الإسلامي.

المطلب الرابع: أثر الموت على عقد الرهن في الفقه الإسلامي.

المبحث الثاني: أثر الموت على عقد الحوالة في الفقه الإسلامي.

المطلب الأول: حقيقة الحوالة في اللغة والإصطلاح.

المطلب الثاني: مشروعية الحوالة في الفقه الإسلامي.

المطلب الثالث: أركان الحوالة في الفقه الإسلامي.

المطلب الرابع: أثر الموت في عقد الحوالة في الفقه الإسلامي.

- المبحث الثالث: أثر الموت في عقد الكفالة في الفقه الإسلامي.
- المطلب الأول: حقيقة الكفالة في اللغة والإصطلاح.
- المطلب الثاني: مشروعية الكفالة في الفقه الإسلامي.
- المطلب الثالث: أركان عقد الكفالة في الفقه الإسلامي.
- المطلب الرابع: أثر الموت في عقد الكفالة في الفقه الإسلامي.
- الفصل السادس: أثر الموفي عقد الشركة في الفقه الإسلامي.
- المبحث الأول: أثر الموت في عقد الشركة في الفقه الإسلامي.
- المطلب الأول: مشروعية الشركة في الفقه الإسلامي.
- المطلب الثاني: أركان عقد الشركة في الفقه الإسلامي.
- المطلب الثالث: أثر الموت في عقد الشركة في الفقه الإسلامي.
- المبحث الثاني: أثر الموت في عقد المضاربة في الفقه الإسلامي.
- المطلب الأول: حقيقة المضاربة في اللغة والإصطلاح.
- المطلب الثاني: مشروعية المضاربة في الفقه الإسلامي.
- المطلب الثالث: أركان عقد المضاربة في الفقه الإسلامي.
- المطلب الرابع: أثر الموت في عقد المضاربة في الفقه الإسلامي.

الخاتمة

المصادر والمراجع

الفصل الثاني

حقيقة المصطلحات المتعلقة بالدراسة.

1.2 حقيقة الموت وأقسامه في الفقه الإسلامي.

1.1.2 الموت في اللغة، أصلها مات يموت موتا وجمعها أموات، والموات بالضم معنى الموت، والموت خلق من خلق الله تعالى، وهو ضد الحياة، وجعل الميِّت بالفتح كالميِّت بالكسر، وقوم موتى وأموات وميِّتون وميِّتون ويطلق الموت على السكون يقال: ماتت الرياح أي سكنت، ويستوي في اللفظ المذكر والمؤنث⁽¹⁾.

ويطلق على الحزن والخوف⁽²⁾، لقوله تعالى: ﴿وَيَأْتِيهِ الْمَوْتُ مِنْ كُلِّ مَكَانٍ وَمَا هُوَ بِمَيِّتٍ﴾⁽³⁾، وأطلق الموت على المنام⁽⁴⁾، لقوله تعالى: ﴿وَالَّتِي لَمْ تَمُتْ فِي مَنَامِهَا﴾⁽⁵⁾، وأرض موات أي لم تزرع ولا تعمر، ورجل موتأ القلب بليد⁽⁶⁾.
وقال الشاعر عدي بن الرعلاء⁽⁷⁾ :

ليس من مات فاستراح بميت إنما الميِّت ميِّت الإحياء⁽⁸⁾.

(1) ابن منظور، محمد بن مكرم، لسان العرب، دار صادر، بيروت، لبنان، ط3، 1414 هـ 90/2-93، الحموي، احمد بن محمد، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، د ط، د ت، 583/2.
(2) ابن فارس، احمد بن فارس، معجم مقاييس اللغة، ت: عبدالسلام محمد، دار الفكر، بيروت، د ط، 1399 هـ، 1979م/5/283.

(3) إبراهيم، الآية (17)

(4) ابن منظور، لسان العرب، 92/2، مادة موت.

(5) الزمر، الآية (42)

(6) الفيروز آبادي، محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، ت: محمد نعيم، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط8، 1426 هـ، 2005م، 161/1-162.

(7) المرزباني، أبو عبيد الله محمد بن عمران بن موسى، ت384 هـ، معجم الشعراء، دار إحياء الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط2، 1402 هـ، 1982م، 252/1. وابن الرعلاء هو عدي بن زيد بن مالك بن عدي بن الرقاع، بن قضاة، الغساني، يكنى بأبا داود ويقال كان أبرص، وهو شاعر جاهلي اشتهر بنسبه إلى أمه، انظر : معجم الشعراء العرب، 74/1.

(8) الفارابي، إسماعيل بن حماد، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، ت: احمد عبدالغفور، دار العلم للملايين، بيروت، ط4، 1407 هـ، 1987م، 267/1.

2.1.2 الموت في الاصطلاح.

عرّف بأنه، صفة وجودية خُلقت ضد الحياة، وقيل: صفة عدمية وهي عدم الحياة عمّا من شأنه حيًّا⁽¹⁾، وعرف ايضا، بأنه زهوق النفس وخروج الروح⁽²⁾. وجاء في الجامع لأحكام القرآن للقرطبي⁽³⁾، أن الموت، ليس بعدم محض ولا فناء صرف وإنما انقطاع تعلق الروح للبدن، تبدل حال وانتقال من دار إلى دار، والحيلولة بينهما⁽⁴⁾، لقوله: صلى الله عليه وسلم، (إن الميت إذا وضع في قبره وتولى عنه أصحابه إنه ليسمع قرع نعالهم)⁽⁵⁾.

كما ذكر أن الموت أمر وجودي ومخلوق ويسمى العدم⁽⁶⁾، والدليل على ذلك ما ورد في قوله تعالى: ﴿كَيْفَ تَكْفُرُونَ بِاللَّهِ وَكُنْتُمْ أَمْوَاتًا فَأَحْيَاكُمْ﴾⁽⁷⁾، والشاهد أن الله أوجد الخلائق من العدم وهو الموت وسميت هذه النشأة حياة⁽⁸⁾، وجاء ايضا، بأنه مفارقة الروح للجسد⁽⁹⁾، أي أن الروح تنقطع عن الجسد وينتهي التعلق بينهما .

(1) الأحمّد، القاضي بن عبدالنبي بن عبد الرسول، دستور العلماء، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1421هـ، 2000م، 264/3، مادة موت باب الميم مع الواو.

(2) ابن مفلح، محمد بن مفلح، الفروع وتصحيح الفروع، مؤسسة الرسالة، ط1، 1424هـ، 2003م، 444/7.

(3) أبو عبدالله محمد بن احمد بن أبي بكر بن نوح الأنصاري الخزرجي، كان مقره منية أين خضيب، محافظ المنيا بمصر توفي ودفن بها وله كتاب الجامع لأحكام القرآن في تفسير القرآن، لم يرجح ولادته ولكن غالب الروايات أنه ولد في أواخر القرن السادس الهجري، توفي سنة 671هـ بمصر في منى، له مؤلفات أشهرها الجامع لأحكام القرآن، التذكار في أفضل الأذكار، التذكرة بأحوال الموتى، إمام متقن متبحر في العلم، أثر عنه الخلق الحسن وعدم التعصب ثقة عدل، السيوطي، عبدالرحمن بن أبي بكر، طبقات المفسرين، ت: علي بن محمد، مكتبة وهبة، القاهرة، مصر، ط1، 1396هـ.

(4) القرطبي، محمد بن احمد، الجامع لأحكام القرآن (تفسير القرطبي)، ت: احمد البيروني، دار الكتب المصرية، القاهرة، مصر، ط2، 1964م، 377/7م.

(5) البخاري، محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، ت: محمد زهير، دار طوق النجاة، ط1، 1422هـ، كتاب الجنائز، باب الميت يسمع قرع النعال، حديث رقم، 1338، 9/2.

(6) ابن كثير، إسماعيل بن عمر، تفسير القرآن العظيم، ت: محمد حسين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1419هـ، 197/8.

(7) البقرة، الآية (28)

(8) ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، 197/8.

(9) النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف، تحرير الألفاظ التنبئية، ت: عبدالغني الدقر، دار القلم دمشق، سوريا، ط1، 1408هـ، 94/1.

وفصل ابن القيم⁽¹⁾، بالموت، فذكر أن موت النفس مفارقتها للجسد وخروجها منه فإن أريد بالموت هذا القدر فهي ذائقة الموت، وأن أريد أنها تعدم وتضمحل وتصير عدما محضا فهي لا تموت بهذا الاعتبار بل هي باقية بعد خلقها في نعيم أو عذاب⁽²⁾.

يلاحظ الباحث من خلال المقارنة بين التعريف اللغوي والاصطلاحي للموت، بأن كل منهما يؤدي إلى نفس المعنى، فلا يختلفان بمدلول الألفاظ ومعانيها، وهي أن الموت مخلوق من مخلوقات الله، ضد معنى الحياة تخرج الروح فيه وتفارق البدن وتنتقل من دار إلى دار أخرى.

التعريف المختار، الموت عبارة عن خروج الروح ومفارقتها وانقطاعها عن البدن على وجه اليقين ويكون ذلك بالمشاهدة.

شرح التعريف المختار:

أ. خروج الروح ومفارقتها للبدن، فبالموت لم تعد الروح موجودة في جسد الإنسان وتقطع عنه فلا يبقى لها أي أثر دال على وجودها في الجسد.

ب. على وجه اليقين، أي القطع والجزم بحالة الموت وخروجها من الجسد، وهذا يكون ضمن شواهد وعلامات معينة تظهر على الجسد، فمن علامات الموت والقطع بالانتقال من الحياة الدنيا إلى الآخرة، رشح الجبين أي التعرق، وذروف العين، ويباس الشفاه، واحمرار اللون، وإشخاص البصر وغيرها من العلامات الدالة على الموت⁽³⁾. وفي الوقت الحاضر فإن العلم الحديث في الطب يقطع جزما بموت

(1) محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد بن جريز الزرعي الدمشقي الحنبلي، ولد سنة 691هـ، والمتوفى سنة 751هـ، فقيه ومحدث ومفسر وعالم مجتهد وأحد إئمة وعلماء المذهب الحنبلي، نشأ في المدرسة الحنبلية الجوزية تتلمذ على يد الفقيه أبت تيمية، له مؤلفات كثيرة منها، زاد المعاد، شفاء العليل، إعلام الموقعين، الاجتهاد والتقليد، الجواب الكافي، مدارج السالكين، وغيرها، السلامي، زين الدين بن عبدالرحمن، ذيل طبقات الحنابلة، مكتبة العبيكان، الرياض، ط1، 1425هـ، 2005م/170/5.

(2) ابن القيم، محمد بن أبي بكر، الروح، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د ط، دت، 34/1.

(3) الأزدي، عبدالحق بن عبدالرحمن، العاقبة في ذكر الموت، مكتبة دار الأقصى، الكويت، ط1، 1406هـ، 1986م/143/1.

الإنسان من خلال القراءات العلمية والأجهزة الطبية التي تشير جزماً لمفارقة الإنسان حياته.

ج. المشاهدة، أي القطع بالنظر الحقيقي الموجود عند مفارقة الروح، أي ليس بالأمر الحكمي كالغياب والفقدان.

الفرع الأول: الموت في العرف الطبي، يقسم الموت من الناحية الطبية إلى أقسام⁽¹⁾:

أ. الموت السريري (clinical death)، وهو توقف القلب والدورة الدموية وتوقف التنفس، ولس ضرورة أن يكون التوقف دائماً، حيث يبقى الدماغ يعمل لمدة ست دقائق بعد توقف القلب والتنفس، يمكن خلال هذه الفترة استعادة نبض القلب والتنفس في حال إجراء الإنعاش القلبي الرئوي السريع والمناسب .

ب. الموت الجسدي (somatic death)، وهو التوقف التام والدائم لعمل القلب والدماغ والريثتين والذي يؤدي إلى توقف القدرة على الإحساس بالحركة، والذي ينتج عنه موت خلايا الإنسان شيئاً فشيئاً على فترات مختلفة .

ج. الموت الدماغى (brain death)، التوقف التام والدائم لعمل الدماغ بغض النظر عن حياة أو موت أعضاء الجسم الأخرى مثل القلب .

د. الموت الرحيم (euthanasia)، إنهاء حياة المريض للتخلص من معاناة الألم، ويكون عن طريق إعطاء المريض مادة تسبب الموت، أو إيقاف علاج أساسي في المرض يؤدي إلى الموت، وهذا النوع من الموت يتعارض مع أحكام التشريع الإسلامى ولا يعمل به، لأن الأصل العمل على إحياء النفس قدر الإمكان، لقوله تعالى: ﴿وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا﴾⁽²⁾، والشاهد في الآية الكريمة، تعظيم قتل النفس وأحيائها في القلوب ترهيباً عن التعرض لها وترغيباً في المحافظة والمحاماة عليها⁽³⁾.

(1)Dr Arman HOSSAIN. Death in forensic medicine.20th July 2019.
<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/p>.

(2) سورة المائدة، الآية رقم (32).

(3) البيضاوي، تفسير البيضاوي، 124/2.

3.1.2 أقسام الموت في الفقه الإسلامي .

أ. الموت الحقيقي: وهو الموت الذي تفارق فيه الروح البدن على وجه اليقين وتنتقل فيه الروح من حياة إلى حياة أخرى، أو من دار إلى دار أخرى، ويكون الموت حائلا بين الروح والبدن في الالتقاء⁽¹⁾، ويمكن التثبت من وقوعه بالمشاهدة الملموسة، وهذا النوع من الموت هو الذي ستعتني فيه الدراسة وتبين أثره على عقود التبرعات والتوثيقات والمشاركات.

ب. الموت الحكمي : حكم القاضي على أحدهم بالموت، ولو كان على قيد الحياة، لسبب شرعي يوجب ذلك كالردة، أو الغياب لمدة طويلة ولم يعرف حياته من موته⁽²⁾، ويعرف بموت المفقود أو الغائب .

ج. الموت التقديري: الحكم بموت الجنين، وهو حمل في بطن أمه، لسبب ما كجناية، سواء كانت الجناية حقيقة ملموسة مادية أو معنوية، أدت إلى موته تقديرا⁽³⁾. يضاهي هذا التعريف أحد مفردات ومعاني الموت في اللغة وهو السكون، حيث أن الجنين إذا سكن ولم يعرف له حركة ببطن أمه، يعتبر موته تقديري لعدم وجود ما يدل على حياة الجنين وهو السكن⁽⁴⁾.

فرع: الألفاظ ذات الصلة بالموت.

1-الأجل، غاية الوقت في الموت، وحلول الدين ونحوه، والأجل مدة الشيء⁽⁵⁾، قال تعالى : ﴿وَلَوْلَا كَلِمَةٌ سَبَقَتْ مِنْ رَبِّكَ لَكَانَ لِزَامًا وَأَجَلٌ مُّسَمًّى﴾⁽⁶⁾.

(1) ابن القيم، الروح، 34/1.

(2) الكاساني، علاء الدين أبو بكر، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط2، 1406هـ، 1986م، 6/196، 320.

(3) الرملي، شمس الدين محمد، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط أخيرة، 1404هـ، 1984م، 6/64.

(4) ابن منظور، لسان العرب، 92/2، مادة مات.

(5) المصدر نفسه، 11/11، مادة أجل.

(6) سورة طه، الآية رقم (128).

وعرّف بأنه آخر المدة من الزمن⁽¹⁾، لقوله تعالى: ﴿لَنْ يُؤَخِّرَ اللَّهُ نَفْسًا إِذَا جَاءَ أَجَلُهَا وَاللَّهُ خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ﴾⁽²⁾.

2-الفناء: نقيض البقاء، وفنى الشيء أي باد وانتهى، وافنى القوم بعضهم بالقتل⁽³⁾، والفناء يعني الموت⁽⁴⁾، لقوله تعالى: ﴿كُلُّ مَنْ عَلَيْهَا فَانٍ﴾⁽⁵⁾.

3-النخب، الموت، أو القتل في سبيل الله وأصله الوفاء بالندر⁽⁶⁾، لقوله تعالى: ﴿فَمِنْهُمْ مَنْ قَضَىٰ نَحْبَهُ﴾⁽⁷⁾.

4-القتل، الفعل الذي يقصد به إزهاق الروح بسبب مؤد إلى الموت، عمداً أو شبه عمد أو خطأ⁽⁸⁾.

5-المنية، المنون، الدهر، انقطاع المدد ونقص العدد، وتعرف بالموت لأنها مقدره بوقت مخصوص⁽⁹⁾، قال تعالى: ﴿أَمْ يَقُولُونَ شَاعِرٌ نَّتَرَبَّصُ بِهِ رَيْبَ الْمُنُونِ﴾⁽¹⁰⁾، المنون، أي الموت⁽¹¹⁾.

6-الوفاة، الموت، والوفاة القبض، وهي إستيفاء المدة التي وفيت له وفيت له وعدد أيامه وشهوره وأعوامه في الدنيا⁽¹²⁾

(1) البيضاوي، ناصر الدين سعيد أبو عبدالله، تفسير البيضاوي، ت: محمد بن عبدالرحمن، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، ط1، 1418هـ، 42/4.

(2) سورة المنافقون، الآية رقم (11).

(3) الرازي، أبو عبدالله محمد بن أبي بكر، مختار الصحاح، ت: يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية، الدار النموذجية، بيروت، لبنان، ط5، 1420هـ، 1999م، 243/1، مادة فني.

(4) البيضاوي، تفسير البيضاوي، 173/5.

(5) سورة الرحمن الآية، رقم (27).

(6) الحموي، احمد بن محمد بن علي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، د ط، د ت، 595/2، مادة نخب.

(7) سورة الأحزاب، الآية رقم (23).

(8) الكاساني، بدائع الصنائع، 233/7.

(9) السيوطي، عبدالرحمن بن أبي بكر، الدر المنثور في التفسير بالمأثور، دار الفكر، بيروت، د ط، د ت، 635/7، الرازي، مختار الصحاح، 299/1، مادة م ن ن .

(10) سورة الطور، الآية رقم (30).

(11) السيوطي، الدر المنثور، 365/7.

(12) ابن منظور، لسان العرب، 400/15، مادة وفاء.

2.2 حقيقة الإلتزامات في اللغة والاصطلاح.

1.2.2 الإلتزامات في اللغة، أصلها لزم، والفاعل لازم والمفعول به ملزوم، لزم الشيء يلزمه لزمًا ولزامه ملازمة، ولزم الشيء لم يفارقه، والملازمة المداومة عليه، ويعرف بالفصل في القضية⁽¹⁾، لزم الشيء الثبات والمداومة عليه، الأمر الذي أوجبه على نفسه وتعهد به، ولزمت الخصم حججته⁽²⁾، ولزمه عائقه⁽³⁾.

2.2.2 الإلتزامات في الإصطلاح.

لم يجد الباحث في المصادر الفقهية تعريفًا مستقلًا عند الفقهاء، ولكن قد تجد له تعبيرات داخل الأبواب التي تفيد وتقتضي ماهية الإلتزام مثل الكفالة، الحوالة وغيرها مما يلزم أطراف العقد بعد إبرامه وتحقق آثاره.

الفرع الأول: الإلتزام عند الفقهاء القدامى في الفقه الإسلامي.

أدرج بعض الفقهاء مفهوم الإلتزام بالكفالة وأثر الكفالة الضمان الموجب لإشغال الذمة بحق للغير، جاز للغير المطالبة بسبب ذلك الإلتزام، وهو ضم ذمة إلى ذمة أخرى في المطالبة وهذا عند الحنفية⁽⁴⁾، لأن أثر الإلتزام الضمان، وهو موجب لإشغال الذمة، والإشغال دلالة على الإلتزام بما يترتب على العقد الذي عقده الشخص. وعبر عنه المالكية⁽⁵⁾ والشافعية⁽⁶⁾ والحنابلة⁽⁷⁾ دون تصريح في لفظ الإلتزام بل ما يدل عليه، ويسمى بالضمان، الذي هو أثر الإلتزام الذي يوجب الشخص على نفسه،

(1) ابن منظور، لسان العرب، 542/12.

(2) الزيات وآخرون، المعجم الوسيط، دار الدعوة، د ط، د ت، 824/2.

(3) الفيروزآبادي، القاموس المحيط، 1158/1.

(4) الزيلعي، عثمان بن علي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، المطبعة الأميرية، القاهرة، مصر، ط1، 1313هـ، 145/4

(5) القرافي، أبو العباس شهاب الدين احمد، الذخيرة، ت : محمد بو خيزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1994م، 34/9. الغرناطي، محمد بن يوسف، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1416هـ، 1994م، 30/7.

(6) الشربيني، شمس الدين محمد بن احمد، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1415هـ، 1994م، 198/3.

(7) ابن مفلح، إبراهيم محمد بن عبدالله، المبدع في شرح المقنع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1418هـ، 1997م، 232/4.

فيما أبرم من التزامات مختلفة، فبينوا أنه حق ثابت في ذمة الغير، ويسمى الملتمزم ضامنا، أو ما يدل على ضم ذمة إلى ذمة في الإلتزام بالحق.

ذكر بعض فقهاء المالكية⁽¹⁾، ما يدل على حقيقة الإلتزام وتعلقه بالذمة، فقالوا: أنه معنى شرعي مقدر في المكلف قابل للإلتزام واللتزم، وهذا المعنى جعله الشرع مسببا على أشياء خاصة، منها البلوغ والرشد، وعدم الحجر، فمن اجتمع فيه هذه الشروط رتب الشرع عليها تقدير معنى فيه يقبل إلتزامه، كأرش الجنایات وأجر الإيجارات وأثمان المعاملات ونحو ذلك من التصرفات ويقبل التزامه بسبب صحة فعله.

وذكر الحطاب⁽²⁾ من المالكية، أنه إلتزام الشخص نفسه شيئا من المعروف مطلقا أو معلقا على شيء فهو بمعنى العطية فهذا يكون بمعنى الإلتزام مطلقا كالصدقة والهبة والحبس والعارية⁽³⁾.

نلاحظ من كلام الفقهاء أنهم يعبرون عن الإلتزام كأثر مترتب على العقد كالضمان والكفالة والحوالة وغيرها من العقود الموجبة للإلتزام، وهي كل ما يشغل ذمة الانسان من الحقوق، دون النظر إلى حقيقة ذلك إلتزام ومنشأه وأصله، فهم يعبرون عن ذلك الإلتزام بما ينشأه الشخص على نفسه، ولكن إدخال مفهوم الإلتزام ضمن معنى الضمان أو الكفالة كأثر مترتب لا يعتبر تعريفا مانعا شاملا، لأن منشأ الإلتزام إرادة العاقد في العقد، وتتبنى على أثر ذلك العقد، بينما الضمان⁽⁴⁾، ناشىء عن

(1) القرافي، أبو العباس شهاب الدين، الفروق، دار عالم الكتاب، د ط ، د ت، 231/3، السبكي، تقي الدين عبد الوهاب، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1991م، 364/1

(2) محمد بن محمد بن الرعييني، أبو عبدالله المعروف بالحطاب، فقيه مالكي أصله من المغرب، ولد بمكة واشتهر فيها (902هـ)، ومات في طرابلس، المغرب، من كتبه، قوت العين بشرح ورقات إمام الحرمين في الأصول، وتحرير الكلام في مسائل الإلتزام وهداية السالك المحتاج في مناسك الحج، وتفريح القوب ومواهب الجليل وشرح نظم نظائر رسالة القيرواني، وله مؤلفات أخرى، توفي سنة (954هـ) طرابلس المغرب، الزركلي، خير الدين بن محمود، الأعلام، دار العلم للملايين، ط15، 2002م، 58/7.

(3) الحطاب، أبو عبدالله محمد المكي،، تحرير الكلام في مسائل الإلتزام، ت: يوسف احمد، دار كتاب، بيروت، لبنان، ط1، 2011م، ص16.

(4) القرافي، الذخيرة، 259/8.

التقصير أو التعدي فاختلف المقصد الذي نشأ منه الإلتزام دل على الإختلاف بين الإلتزام والضمان، وهذا ما سنبينه عند الفقهاء المعاصرين .

الفرع الثاني: الإلتزام عند المعاصرين في الفقه الإسلامي.

يطلق لفظ الإلتزام في الفقه الإسلامي على الإلتزامات الناشئة عن حكم العقد، ذلك أن العقد في الفقه الإسلامي يوجب حكمه بمجرد وقوع وانعقاده صحيحا تاما، وعلى سبيل المثال، يكون حكمه في عقد الإيجار انتقال ملكية المنفعة للمستأجر من المؤجر، وانتقال ثمن المنفعة المؤجرة للمستأجر والتزام المستأجر ببذل المنفعة للمؤجر ومثله البيع وغيره، فالعقد ينقل الملكية دون أن يسبق ذلك أي التزم به، وهذا بخلاف القانون الذي يرى أن الإلتزام هو العقد نفسه، أي الإرادة المنفردة والتي عدها القانون مصدر أصيل للإلتزام⁽¹⁾. فالإلتزام في القانون ينشأ عن العقد وفي الفقه ينشأ عن حكم العقد وهو ملكية المشتري للمبيع والثمن للبائع على سبيل المثال.

ويمكن من خلال ما سبق أن نميز بين الضمان والإلتزام فالإلتزام ناشئ عن وجود عقد والضمان ناشئ عن وجود المسؤولية التقصيرية، التي تعرف بالضمان عند الفقهاء، ونميز أيضا بين الإلتزام والإلزام الذي هو ما يلزم به الشارع الشخص بسبب فعل أتاها ضار أو نافع أو بسبب لا يرجع إلى فعله، كمرور الحول لوجوب الزكاة أو الصلاة أو النذر⁽²⁾، رغم أن الإلتزام إيجاب بالاختيار على النفس إلا أنه يصبح إلزاما بالشرع، لقوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾⁽³⁾.

(1) جاك غيستان، المطول في القانون المدني تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، مراجعة، د فيصل كلثوم، المؤسسة الجامعية للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط1، 1420هـ، 2000م، 19-20.

(2) العطار، عبدالناصر توفيق، مصادر الإلتزام الإرادية في قانون المعاملات المدنية، مطبوعات جامعة الإمارات ط2، 1421هـ، 2000م، ص16

(3) المائدة، الآية (1)

وتم تعريف هذا المفهوم عند المعاصرين، كالسنهوري ومصطفى الزرقا على نوعين⁽¹⁾:

نوع عرّف بالمعنى الخاص: أنه إيجاب الإنسان شيئاً من المعروف على نفسه مطلقاً أو معلقاً ولا يتم إلا بالحيازة وتبطل الموانع قبل الحيازة كالهبة، ونوع عرّف بالمعنى العام: إيجاب الإنسان أمراً على نفسه إما باختياره وأرادته كالوقف وإما بإلزام الشارع كوجوب الزكاة.

يرى الباحث من خلال تحليل المفاهيم السابقة، أن الالتزام ينشأ إما بطريق الاختيار أي الإرادة المنفردة، وإما بطريق إلزام الشارع له، أو بلا إرادة وقصد ولا إلزام كالتقصير والتعدي، وهي من أسباب الضمان . ونحن في هذا البحث بصدد تعريف الالتزام الذي ينشأ عن العقود بطريق الاختيار، بنوعيه الخاص والعام في السابق ذكره، ويمكن تعريف الالتزام بأنه : إيجاب الشخص شيئاً على نفسه بطريق الاختيار بناء على عقد يشغل ذمته لطرف آخر .

شرح التعريف.

- أ. إيجاب الشخص شيئاً على نفسه، وهو منشأ العقد المبرم، من إيجاب وقبول يظهر أثر هذا الإيجاب في محل العقد وأثره.
- ب. طريق الاختيار، الإرادة المنفردة، دون إلزام ولا تعدي وتقصير أي ضمان المتلف.
- ج. يشغل فيه ذمته لطرف آخر، وهو الالتزام الذي نشأ عن إيجاب الشخص حقاً لغيره سواء كان بطريق الاختيار، أو دون اختيار كالضمان.

(1) السنهوري، عبدالرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط1، دت 12/1، الزرقا، مصطفى احمد الزرقا، المدخل إلى نظرية الإلتزام في الفقه الإسلامي، دار القلم دمشق، ط1، 1420هـ، 199م، ص 65-67.

3.2 حقيقة العقد وأركانه واقسامه في الفقه الإسلامي.

1.3.2 العقد في اللغة والاصطلاح.

أولاً: **العقد في اللغة**، نقيض الحل، عقده، يعقده عقداً وتعقداً، وانعقد وتعقد. والمعاقِدُ: مواضع العقد. والعقيْدُ. ويقال عقدتُ الحبل، فهو معقود، والعقد العهد⁽¹⁾، ومنه عقدة النكاح، وانعقد الحبل انعقاداً. وموضع العقد من الحبل الربط: وعقد العهد واليمين يعقدهما وعقدهما، وعقدتُ الحبل والبيع والعهد فانعقد والعقد، الضمان⁽²⁾.

ثانياً: العقد في الاصطلاح.

عرف بأنه، لفظ ينظم فيه الإيجاب بالقبول على وجه يثبت أثره الشرعي⁽³⁾. وجاء في شرح مجلة الأحكام، بأنه التزام المتعاقدين وتعهدهما أمرًا يرتبط فيه الإيجاب بالقبول⁽⁴⁾، وعرف أيضاً بأنه، ربط أجزاء التصرف بالإيجاب والقبول شرعاً⁽⁵⁾. يلاحظ الباحث أن المعنى اللغوي، يدل في حقيقته على المعنى الاصطلاحي للعقد، ومن خلال بيان حقيقة هذا اللفظ ومعناه في الاصطلاح الشرعي، الذي يستخدمه الفقهاء فإن العقد عبارة عن التزام يتم بين طرفين يربط به الإيجاب بالقبول على وجه يبين أثره الشرعي في المحل.

(1) ابن منظور، لسان العرب، 297/3 مادة عقد.

(2) الفيروز آبادي، القاموس المحيط، 300/1، مادة عقد.

(3) ابن الهمام، كمال الدين محمد، فتح القدير، دار الفكر، د ط، د ت، 249/6.

(4) أمين أفندي، علي حيدر خواجه، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، دار الجيل، ط1، 1411هـ، 1991م، 105/1.

(5) أبو حبيب، سعدي أبو حبيب، القاموس الفقهي، دار الفكر، دمشق، سوريا، ط2، 1408هـ، 1988م، 256/1. ابن رشد، أبو الوليد محمد بن احمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث، القاهرة، د ط، 1425هـ،

187/3. الشربيني، شمس الدين محمد، مغني المحتاج، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1415هـ، 1994م،

223/2، ابن قدامه، عبد الرحمن بن محمد، الشرح الكبير على متن المقنع، دار الكتاب العربي، د ط، د ت، 3/4،

الزركشي، أبو عبد الله بدر الدين محمد، المنشور في القواعد الفقهية، وزارة الأوقاف الكويتية، ط2، 1405 هـ، 1985م، 399/2.

شرح التعريف.

- أ. التزام بين طرفين، لأن العقد ينشأ بين إثنين فأكثر وهم أطراف العقد، العاقدان.
- ب. الإيجاب والقبول، هما صيغة العقد بين طرفيه، كقول احدهم بعتك بكذا وقال الآخر: قبلت.
- ج. وجه يبين أثره الشرعي في المحل، أثر الالتزام على العقد المنشأ، كانتقال المبيع للمشتري والتمن للبائع.

2.3.2 أركان العقد في الفقه الإسلامي.

- اختلف الفقهاء في أركان العقد وبما يتم انعقاده في الفقه الإسلامي . ذهب الحنفية⁽¹⁾، إلى أن ركن العقد هو الصيغة أي الإيجاب والقبول. بينما ذهب جمهور الفقهاء من المالكية⁽²⁾ والشافعية⁽³⁾ والحنابلة⁽⁴⁾، أركان العقد ثلاثة أركان هي:

- أ. العاقدان، أطراف العقد .
- ب. المعقود عليه، محل العقد، أي منشأ العقد وقد يكون أعيان كالمركبات أو منافع كالسكنى.
- ج. الصيغة، الإيجاب والقبول.

(1) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، 133/5.

(2) الغرناطي، محمد بن يوسف، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1416هـ، 1994م، 12/6.

(3) النووي، أبو زكريا محي الدين بن شرف، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ت: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط3، 1412هـ، 1991م، 338/3.

(4) الراميني، محمد بن مفلح، الفروع وتصحيح الفروع، ت: عبدالله بن عبدالمحسن، مؤسسة الرسالة، ط1، 1424هـ، 2003م، 121/6.

3.3.2 اقسام العقد في الفقه الإسلامي.

تقسم العقود في الفقه الإسلامي إلى أقسام (1) :

القسم الأول: عقد باعتبار الإستقلال به وعدمه، وهو على قسمين:

عقد ينفرد به العاقد مثل النذر، والوقف واليمين.

القسم الثاني: وعقد لا بد فيه من المتعاقدين، ويقسم إلى اقسام باعتبار اللزوم والجواز:

أ. عقد لازم من الطرفين كالبيع والإجارة والسلم والصلح والحوالة والمساقاة والهبة للأجنبي بعد القبض والخلع.

ب. لازم فيهما كالمسابقة.

ج. جائز من الطرفين كالشركة والوكالة والمضاربة والوصية والعارية والوديعة والقرض.

د. لازم من احد الطرفين جائز من الآخر كالكتابة لازمة من جهة السيد جائزة من العبد، والرهن لازم من جهة الراهن بعد القبض جائز من جهة المرتهن، والضمان

والكفالة جائزة من جهة المضمون له دون الضامن.

هـ. لازم من احدهما وخلاف في الآخر كالنكاح جائز من جهة المرأة ولازم من جهة الرجل

الرجل كالبيع لازم من الطرفين، وقيل: جائز من الطرفين لقدرته على الطلاق.

بعد بيان حقيقة الالتزام والعقد، فقد تبين أن الالتزام يرتبط بالعقد لأنه الأثر

الشرعي له أو ما يسمى بأثر المحل أي محل العقد، فكان لا بد من أن نضع لهما

تعريفاً دالاً على ارتباطهما مع بعضهما البعض، فالالتزام التعاقدى باعتباره لفظاً:

الالتزام الناشئ بين طرفين على عقد مسمى بينهما يرتبط فيه الإيجاب بالقبول ويتحقق

فيه الأثر الشرعي ذلك العقد. سبق شرح تعريف الالتزام والعقد في موضع كل منهما

في البحث.

4.2 حقيقة التبرعات في اللغة والاصطلاح.

1.4.2 التبرعات في اللغة أصلها برع، يبرع بروعاً وبراعةً فهو بارع، فاق أصحابه

بالعلم وغيره، واسم الفاعل بارع، وهي بارعة، وبرع صاحبه غلبه، وهذا أبرع منه أي

(1) الزركشي، المنشور في القواعد الفقهية، 398/2، ابن رجب، زين الدين عبد الرحمن بن احمد، القواعد لابن

رجب، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، دت، 71/1.

أضخم، وأمر بارع : جميل، وتبرع بالعطاء تفضل بما لا يجب عليه، ومُتبرع أي متطوع⁽¹⁾.

2.4.2 التبرعات في الاصطلاح.

عرف التبرع، بأنه تملك الغير بلا عوض. وهذا تعريف الباحث وقد قدمته لأن الفقهاء لم يتحدثوا عن التبرع بشكل مستقل، بل فصلوا فيه على حسب طبيعة نوع العقد، وقد استدل الباحث على هذا التعريف، من خلال الإطلاع على عقود التبرعات في الفقه الإسلامي، "كالعارية والهبة والوقف والوصية، فإن مضمون هذه العقود تملك بلا مقابل، وهو ما يخالف عقود المعاوضات التي يتم فيها التملك بمقابل كالبيع، فقد تمت صياغة معنى التبرع من خلال الفهم الصحيح لمعاني عقود التبرعات. ومن هنا سيورد الباحث بعض التعريفات لأحد عقود التبرعات للوصول إلى دلالة المعنى المراد من ذلك اللفظ ويقتضيه غيره من عقود التبرعات في المدلول فمثلا عقد الهبة، عرّفه الحنفية⁽²⁾، والمالكية⁽³⁾ والشافعية⁽⁴⁾ والحنابلة⁽⁵⁾، تملك العين بلا عوض. وهذا التعريف يدل على غيره من عقود التبرعات من ناحية التملك بلا عوض، أي التبرع. يلاحظ الباحث من خلال الربط، بين مفهوم التبرع في اللغة والإصطلاح أن التبرع قائم على بذل المال على وجه التطوع، بلا وجوب وبلا مقابل.

وبعد النظر في التعريفات العامة لعقود التبرعات عند الفقهاء ومعناها في اللغة، توصل الباحث لمعنى جامع شامل لهذه التبرعات إن شاء الله، وهو تملك جائز التصرف العين أو المنفعة للغير حالاً أو مثلاً بلا عوض.

شرح التعريف

أولاً: تملك، لأن معنى التبرع منح للغير بلا مقابل وهو على وجه التملك للحصول على الثواب والبر.

(1) ابن منظور، لسان العرب، 8/8، مادة برع، الفيروز آبادي، القاموس المحيط، 703/1، مادة برع.

(2) الزيلعي، تبين الحقائق، 91/5.

(3) الحطاب، مواهب الجليل، 49/6.

(4) النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، 364/5.

(5) ابن مفلح، المبدع، 190/5.

ثانيا: جائز التصرف، أي من جاز له التصرف في المال، فالصبي والمجنون لا يصح لهم التبرع بالمال، فلا بد من أن يكون بالغاً عاقلاً راشداً، تجوز تصرفاته.

ثالثاً: العين أو المنفعة، لأن التبرع قد يكون عيناً، وقد يكون منفعة.

رابعاً: أن التبرع قد يكون في الحال كالهبة في الحياة أو المئال كالوصية لأنها بعد الموت.

خامساً: بلا عوض، لأنه لا مبادلة في التبرع، وإلا كان معاوضة كالبيع أو غيره. فيكون عقد التبرع باعتباره لفظاً، هو العقد الذي يتم فيه تمليك جائز التصرف العين أو المنفعة حالاً أو مئالاً بلا عوض. تم شرح مفردات التعريف في مواضعها.

5.2 حقيقة التوثيق في اللغة والاصطلاح.

1.5.2 التوثيق في اللغة، أصلها وثق ومصدرها الثقة، ويقال: وثق به ويثق، وأنا واثق به وموثوق به وهي ثقة، والجمع موثيق، ووثقه أي ائتمنه، وجمعها ثقات وموآثيق، والوثاق العهد، والوثيقة الأحكام في الأمر، والوثق الرباط، وأمر موثق أي محكم⁽¹⁾، واستوثق منه أخذ الوثيقة ووثقه توثيقاً، أي أحكمه⁽²⁾.

2.5.2 التوثيق في الاصطلاح.

لم يجد الباحث عند الفقهاء تعريفاً خاصاً للتوثيق، لأن التوثيق في الفقه يكون معنى لعقود مختلفة بطبيعتها ومختلفة بآثارها عن بعضها البعض، ولكن مفادها واحد وهو إستيفاء الحق من الغير. ومن هنا سيعرض الباحث عقداً من عقود التوثيق وهو الرهن، ومن خلال تعريفات الفقهاء لذلك العقد سنتوصل إن شاء الله لمعنى التوثيق كلفظ جامع لعقود مختلفة في طبيعتها ولكن أثرها واحد. وقد عرّف الرهن بتعريفات: أولاً: عرّفه الحنفية⁽³⁾، عقد وثيقة بمال مضمون بنفسه يمكن إستيفاءه منه.

(1) ابن منظور، لسان العرب، 371/10، مادة وثق.

(2) الفيروزآبادي، القاموس المحيط، 927/1، مادة وثق.

(3) الموصلي، عبدالله بن محمود بن مودود، الاختيار لتعليل المختار، مطبعة الحلبي، القاهرة، دط، 1356هـ،

1937م، 63/2

ثانيا: عرّفه المالكية⁽¹⁾، ما قبض توثقا به في دين.

ثالثا: عرّفه الشافعية⁽²⁾، جعل المال وثيقة على الدين، ليستوفى منه الدين عند تعذره.

رابعا: عرّفه الحنابلة⁽³⁾، توثقة عين بدين.

سيتم شرح تعريفات الرهن في موضوع الرهن إن شاء الله، ومن خلال ما سبق نجد أن الفقهاء استعملوا لفظ التوثقة بما يدل على استيفاء الحقوق، وهو المعنى المترتب على تلك العقود، وهو المراد من التوثقة الوصول إلى الحق.

ومن خلال ما سبق يستأنس الباحث، بعد الربط بين المفهوم اللغوي والاصطلاحي، تعريفا لعقد التوثيق، بأنه عقد جائز التصرف بحفظ المال المملوك المباح المنتفع به غالبا و ضمانه بالدين.

شرح التعريف.

أولا: العقد، لأن التوثقة على مختلف أنواعها، تكون بين طرفين أو أكثر بإيجاب وقبول تقع على عقد ما.

ثانيا: جائز التصرف، صحت تصرفاته في الشرع، فلا يصح من مجنون ولا صبي. ثالثا: حفظ المال، لأن معنى التوثقة قائم على حفظ الدين والدين مال، والتوثقة بالمال مقابل الدين، ولفظ مال، ليخرج ما ليس بمال كالخمر.

ثالثا: المملوك المباح، لا بد من أن يكون المال المراد توثقته مملوكا فلا يصح بمغصوب أو مسروق، ومباحا، ليخرج غير المباح كالخمر والخنزير، فلا يجوز توثقته بدين، لأن الدين مال، ولا يقابل المال بالشيء غير المباح الانتفاع به شرعا.

رابعا: المنتفع به، فلا بد أن يكون المال الموثق، له قيمة في الشرع فلا يصح توثقة ما ليس له قيمة، كالحشرات والفواسق وحبّات قمح وغيرها.

خامسا: غالبا، وهو ما جرى بين الناس وتعارفوا على الانتفاع به.

(1) الدسوقي، محمد بن احمد بن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، بيروت، دط، دت، 231/3.

(2) الأسيوطي، شمس الدين محمد بن احمد، جواهر العقود، ت: مسعد عبدالحميد، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1417هـ، 1996م.

(3) البهوتي، منصور بن يونس بن صلاح، كشاف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، دط، دت، 320/3.

6.2 حقيقة المشاركات في اللغة والاصطلاح.

1.6.2 المشاركة في اللغة، أصلها شرك، من الشركة، بفتح الشين وكسرهما، وهي المخالطة، يقال: اشتركنا بمعنى تشاركنا، والجمع اشراك وشركاء، والشركة الحصة والنصيب، وأشرك فلانا فلانا في البيع إذا أدخله مع نفسه، واشترك الأمر التبس، والشرك بفتح الشين وضم الكاف، حبال الصائد تنصب للطير وشريكة الرجل زوجته وجاريتها، وشركة في البيع والميراث، وشارك كل منهما الآخر⁽¹⁾.

2.6.2 الشركة في الاصطلاح، عرفها الفقهاء بتعريفات مختلفة:

أولاً: عرفها الحنفية⁽²⁾، اختلاط النصيبين فصاعداً بحيث لا يعرف أحد النصيبين من الآخر. يفهم منه تعريف مفهوم الشركة بشكل عام في جميع أنواع الشركات ولكنه لا ينضبط بتفصيل أنواعها.

عرفها المالكية⁽³⁾، أذن كل واحد من المتشاركين لصاحبه في أن يتصرف بماله أو بدنه. وهذا يفيد معنى الشركة، بالإذن في التصرف، ولكنه لا ينضبط بالمعنى الدقيق لبعض أنواع الشركات ففي شركة الملك مثلاً يصح للشريك الانتفاع بالشركة دون الإذن في التصرف، فلو وهب رجل دابة إلى رجلين، واستعملها أحدهما دون أن يستأذن من غيره صح فعله لوجود ملكه في العين الموهوبة، أو في ملك عينا بمنافعها بسبب الإرث، جاز استعمالها دون الإذن لوجود سبب الملك.

عرفها الشافعية⁽⁴⁾، ثبوت الحق شائعاً، في شيء واحد أو عقد يقتضي ذلك.

وهذا التعريف شمل جميع أنواع الشركات بحسب الظاهر منه، ليشمل شركة الملك مع غيرها، وقولهم: عقد يقتضي ذلك أي ثبوت الحق يشمل شركة العقد بكل أنواعها.

(1) ابن منظور، لسان العرب، 10/448-450، مادة شرك. الزبيدي، تاج العروس، 27/224، مادة شرك.

(2) الزيلعي، تبيين الحقائق، 3/312.

(3) الحطاب، شمس الدين أبو عبدالله محمد، مواهب الجليل، دار الفكر، بيروت، ط3، 1412هـ، 1992م، 5/117.

(4) الرملي، نهاية المحتاج، 3/5.

عرفها الحابلة⁽¹⁾، اجتماع في استحقاق أو تصرف. وهذا التعريف يشمل جميع أنواع الشركة، فالاستحقاق يتضمن العين والإباحة والهبة والإرث والغنيمة وغيرها، والتصرف يشمل جميع أقسام شركة العقد.

وعرّفها رشاد حسن خليل من المعاصرين⁽²⁾، بأنها ثبوت الحق في شيء واحد لاثنتين أو أكثر على جهة الشيوغ، أو عقد يسهم فيه شخصان أو أكثر بمال أو عمل موجب لصحة تصرفهما ومشاركتهما في الربح أو الخسارة بينهم، فهذا التعريف يصدق بشركة العقد وغيرها كشركة ملك من ناحية ثبوت الحق، ويشمل شركة الإباحة في المشاع بين الناس ويدخل فيه شركة الابدان والأموال كالقصاص.

ويرى الباحث من خلال ماسبق بين المقارنة في التعريف اللغوي والاصطلاحي، أن الشركة تعني المخالطة، وهذا يلتقي فيه المعنى اللغوي والاصطلاحي، ومن خلال النظر في التعريفات الاصطلاحية للشركة، يستتير الباحث من خلال ما سبق أن الشركة، هي عقد بين اثنين فأكثر يثبت فيه الاستحقاق والتصرف موجبا للانتفاع أو الربح والخسارة، ومن هنا يكون شرح تعريف الباحث:

1. عقد بين اثنين فأكثر، لأن الشركة مخالطة بين اثنين فصاعدا.
2. يثبت فيه الاستحقاق، كشركة الملك، شركة إباحة.
3. ويثبت فيه التصرف، شركة عقد.
4. موجب للانتفاع، شركة ملك وإباحة.
5. موجب للربح والخسارة، شركة عقد.

(1) البهوتي، منصور بن يونس، شرح منهي الإيرادات، عالم الكتب، القاهرة، مصر، ط1، 1414هـ، 1993م، 207/2.

(2) خليل، رشاد حسن خليل، الشركات في الفقه الإسلامي، دار الرشيد، ط3، 1401هـ، 1981م، ص15-16.

الفصل الثالث

أثر الموت في أهلية الإنسان وذمته في الفقه الإسلامي

1.3 حقيقة الأهلية وأقسامها في الفقه الإسلامي.

1.1.3 الأهلية في اللغة، مصدرها أهل، وجمعها أهلون وأهلّات كأرضات ويقال: أهل الرجل وأهل الدار، والأهل الذي له زوجة وعيال، وفلان أهل لذلك أي صالح، وفلان أهل لكذا خليق له⁽¹⁾، وأهل للشيء مستوجب له، ومكان أهل أي له أهله⁽²⁾

2.1.3 الأهلية في الاصطلاح، عرفت بتعريفات مختلفة:

أ. صلاحية الإنسان على أن يكون أهلا لاكتساب الحقوق وقادرا على تحمل الواجبات، وكونه صالحا لإنشاء العقود وتحمل التصرفات، فهي قدرته على الإلزام لغيره والالتزام على نفسه، وبمعنى آخر أهلية الشخص للشيء، صلاحيته لصدوره وطلبه منه وقبوله إياه⁽³⁾.

ب. الصلاحية للحكم فمن كان أهلا لحكم الوجوب بوجه كان هو أهلا للوجوب⁽⁴⁾. يرى الباحث من خلال التعريفات السابقة أن الأهلية، هي صلاحية وقدرة الشخص على اكتساب الحقوق وتحمل الواجبات. ورغم الاختلاف في المدة الزمنية التي يكون فيها الشخص قادرا على أن يكون صاحب أهلية كاملة، فيرى الحنفية⁽⁵⁾، بكون الشخص ذو أهلية أن يكون مميّزا ومدركا لما يتصرف ويصدر عنه من أقوال وأفعال، وذلك بتمام السبع السنوات، وضابط التمييز يكون بقدرته على معرفة ما

(1) ابن منظور لسان العرب، 29/11، مادة أهل.

(2) الفيروزآبادي، القاموس المحيط، 963/1، مادة أهل.

(3) أمير بادشاه، تيسير التحرير، 249/2. السيوطي، عبد الرحمن بن احمد، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1411هـ، 1990م، 219/1. السرخسي، محمد بن احمد، أصول السرخسي، دار المعرفة، بيروت، د ط، د ت، 341/2.

(4) عبدالعزيز البخاري، عبدالعزيز بن احمد، شرح أصول البيهقي، دار الكتاب الإسلامي، د ط، د ت، 237/4.

(5) السرخسي، أصول السرخسي، 341/2. أمير بادشاه، تيسير التحرير، 249/2.

يتصرف وقدرته على التمييز بين الخطأ الصواب، والضرر والنفع في ما يصدر عنه من تصرفات وإنشاءات⁽¹⁾.

وذهب جمهور الفقهاء من المالكية⁽²⁾ والشافعية⁽³⁾ والحنابلة⁽⁴⁾، إلى أن الشخص يكتسب الأهلية كاملة ببلوغه سن الرشد، أما الصبي المميز فإن تصرفاته محدودة، فيستطيع تلقي التبرعات لأنها نافعة له مطلقاً ولا يستطيع التبرع من ماله لما فيه من الضرر، ولا يمكن له أن ينشأ تصرفات تحتل الربح والخسارة، كالبيع بخلاف الشخص البالغ الراشد الذي يحظى بالأهلية الكاملة، وتقبل منه التصرفات في التبرع والمعاوضة وغيرها.

3.1.3 أقسام الأهلية في الفقه الإسلامي.

قُسمت الأهلية في الفقه الإسلامي إلى قسمين⁽⁵⁾ :

القسم الأول: أهلية الوجوب، وهي صلاحية الشخص لإيجاب الحقوق المشروعة له وعليه. وتكون هذه الأهلية مشغولة بالذمة، أي تثبت بمجرد ثبوت ذمته، والذمة تثبت للإنسان بمجرد وجود الحياة له، فالمولود يولد وله الذمة وبالتالي يكون أهلاً للوجوب وإن كانت ناقصة له فأساس ثبوت أهلية الوجوب هو الحياة، وبما أن الحياة تثبت له الأهلية أي الوجوب فتلازمه مدى الحياة ولا تفارقه حتى يموت⁽⁶⁾، وبما أن الحياة مصدر ثبوت الأهلية فإن الجنين في بطن أمه بشرط ولادته حياً يكتسب تلك الأهلية، لأنه قادر على اكتساب حقوق كالنسب والميراث والوصية⁽⁷⁾.

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، 135/5

(2) الدسوقي، محمد بن احمد، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، بيروت، دط، دت، 5/3.

(3) النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، 344/3.

(4) ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، 319/4.

(5) التفتازاني، سعد الدين مسعود، شرح التلويح على التوضيح، مكتبة سميح، مصر، د ط، د ت، 323/3، أمير

بادشاه، تيسير التحرير، 249/2.

(7) التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح، 325/3.

القسم الثاني: أهلية الأداء، صلاحية الإنسان لاعتبار أقواله وأفعاله وترتب الآثار الشرعية عليها⁽¹⁾، أو صلاحيته لصدور الفعل منه على وجه يعتد به شرعا⁽²⁾، فالشخص إذا صدر منه تصرف أو أدى تكليف شرعي يكون هذا الأداء معتبر، وإذا تعدى على الغير يكون قادرا على تحمل ذلك التعدي وضمانه، وهي على نوعين⁽³⁾:

- أ. أهلية أداء كاملة : القدرة الكاملة في البدن والعقل .
- ب. أهلية أداء ناقصة: القدرة الناقصة في البدن والعقل أو اكتمال أحدهما دون الأخرى، فالأولى تصح فيها الأداء، والثانية يصح فيها وجوب الأداء، لشموله توجه الخطاب في التكليف.

4.1.3 تأثير الموت في أهلية الإنسان في الفقه الإسلامي.

إذا تعرض الإنسان للموت وهو عارض سماوي لا قدرة للإنسان على رده، ولا طاقة له بمنعه أو التأثير عليه ولا اختيار له به، ولا خلاف بأن الموت هادم لأساس التكليف، لأنه عجز كلي عن إتيان العبادات، التي محل القيام بها الإرادة والقدرة وهي تنفي بالموت، لأن الحياة سبب من أسباب القدرة، والموت أحد العوارض التي تؤثر على أهلية الإنسان بشقيها الوجوب والأداء⁽⁴⁾، فأهلية الوجوب تسقط عنه لفوات غرض التكليف، فالميت تسقط عنه الزكاة والنذور والكفارات، ويبقى الإثم متعلق بالذمة، وكذلك سائر القربات، لأن الفعل هو المقصود في حقوق الله تعالى، والركن في العبادات متعلق بنية المكلف وفعله، إلا إذا أوصى بها أو تبرع بها الورثة، وإلا فإنها تسقط بالموت وهو رأي الحنفية⁽⁵⁾.

(1) السرخسي، أصول السرخسي، 341/2. علاء الدين البخاري، كشف الاسرار، 237/4، أمير باد شاه، تيسير التحرير، 249/2.

(2) التقطازاني، شرح التلويح على التوضيح، 321/2.

(3) السرخسي، أصول السرخسي، 340/2.

(4) التقطازاني، شرح التلويح على التوضيح 321/2

(5) ابن عابدين، محمد أمين، حاشية ابن عابدين، دار الفكر، بيروت، ط2، 1412 هـ، 1992م، 760/6.

خلافًا لجمهور الفقهاء من المالكية⁽¹⁾ والشافعية⁽²⁾ والحنابلة⁽³⁾، الذي يرون أن المقصود في حق الله تعالى هو المال فبقيت متعلقة بالمال فلا تسقط بالموت أي الزكاة، وتقدم على الدين وحقوق الأدميين لأن دين الله أحق بالقضاء ومنفعتها عائدة على الأدميين، وتبقى أهلية الأداء موجودة لكن ناقصة لضعفها، حيث أن الذمة تضعف بالموت والتي هي محل المطالبة والانشغال في حال الحياة، وعندما يموت الإنسان فإن الحقوق، تتعلق بالمال الموروث الذي خلفه الميت وتؤدي التزاماته منه وتقدم على الوصية، لأن قضاء الدين من أصول حوائجه ومستحق عليه، بخلاف الوصية والتي لم تكن مستحقة عليه⁽⁴⁾.

2.3 الذمة وأثر الموت عليها في الفقه الإسلامي

اختلف الفقهاء في ذمة الميت بين البقاء وتعلق التزامات والحقوق بها، وبين زوالها وتعلق الحقوق واستيفائها مما خلف الميت من المال.

1.2.3 تحديد مفهوم الذمة في اللغة، مصدرها ذمَّ وجمعها أذمة،، نقيض المدح، وهي اللوم والإساءة، وتطلق على الحق بقوله: فلان له ذمة أي له حق، وتأتي بمعنى العهد والكفالة والضمان واليمين⁽⁵⁾.

(1) الحطاب، مواهب الجليل، 406/6،

(2) الشربيني، مغني المحتاج، 126/2،

(3) البهوتي، كشف القناع، 404/4،

(4) أمير حاج، أبو عبدالله شمس الدين محمد، التقرير والتحبير، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 1403هـ،

1983م، 36/1، السرخسي، المبسوط، 130/29، الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 457/4.

الشربيني، مغني المحتاج، 126/2، ابن قدامه، أبو محمد موفق الدين عبدالله، المغني، مكتبة القاهرة، مصر، ط،

1388هـ، 1968م، 268/6.

(5) ابن منظور، لسان العرب، 221/12، مادة ذمَّ.

2.2.3 الذمة في الاصطلاح، عرفت بتعريفات منها:

عرّفت، نفس ورقبة لها عهد⁽¹⁾، وهذا فيه دلالة على أن الإنسان يولد وله ذمة صالحة لاستيفاء الحقوق. وعرّفت بأنها وصف يصير الشخص به أهلاً للإيجاب والاستيجاب لما له وعليه⁽²⁾. وهذا التعريف قريب من التعريف السابق إلا أنه اطلق الذمة ولم يربطها بوقت فاعتبر الجنين والذي يكون له أهلية الوجوب صالح لانشغال ذمته بحقوق له كالنسب والإرث بشرط تحقق الولادة.

وعرّفت أيضاً، بأنها معنى شرعي مقدر بالمكلف قابل للالتزام واللزام⁽³⁾، فالذمة تكون قابلة لاستيفاء الحقوق لها وعليها بالرشد، أي في وقت التكليف والذي يخلو فيه المكلف من أي عوارض تمنع الذمة من الانشغال كالفقه والحجر وغيره⁽⁴⁾. وعرفها الزرقا من المعاصرين⁽⁵⁾، محل اعتباري في الشخص تشغله الحقوق التي تتحقق عليه، والتعريف فيه إطلاق وصف غير مادي على الذمة وجعله معنوي، فلم تعتبر الذمة نفس الإنسان ولا نفس الأهلية، بل افترضها شيء معنوي مقدر في الإنسان قابل لانشغاله بالحقوق.

يرى الباحث أنه لا خلاف بين مفهوم اللغة والاصطلاح، في التعبير عن حقيقة الذمة فكل منهما يورد على مكان واحد، وهو ما تتعلق فيه الحقوق من باب الالتزام واللزام، والتعريف المعاصر، شامل وجامع لعدم ربطه الذمة بشيء مادي وإنما اطلقها واعتبرها وصف اعتباري في الالتزامات، فتشمل المادي والمعنوي.

(1) البزدوي، كشف الاسرار للبزدوي، 239/1

(2) عبدالعزيز البخاري، كشف الاسرار في شرح أصول البزدوي، 238/4. التقتازاني، شرح التلويح على التوضيح، 322/2.

(3) القرافي، احمد بن إدريس، الفروق، دار المعرفة، بيروت، دط، دت، 231/3.

(4) القرافي، احمد بن إدريس، الفروق، دار المعرفة، بيروت، دط، دت، 231/3.

(5) الزرقا، مصطفى احمد الزرقا، المدخل إلى نظرية الالتزام، دار القلم، دمشق، ط1، 1420هـ، 1999م ص201.

3.2.3 أثر الموت في الذمة في الفقه الإسلامي.

وجه الاتفاق في المسألة.

ذمة الميّت باقية في التزاماته بحقوق الأدميين كالديون⁽¹⁾.

وجه الاختلاف في المسألة

مدار الاختلاف، على بقاء صلاح الذمة لاستيفاء حقوق الله تعالى كالزكاة المتعلقة بالمال⁽²⁾.

تحرير محل النزاع الفقهي.

يدور محل النزاع الفقهي في التزامات الميّت بين تعلقها بالمال أو الذمة.

أولاً : أقوال الفقهاء في المسألة وأدلتهم :

القول الأول : ذهب الحنفية⁽³⁾، إلى أن الموت يؤدي إلى ضعف الذمة، لا يهدمها ولا يزيلها، ولكن يؤدي إلى تضعيفها فتكون قابلة لشيء وممتنعة في الآخر بسبب الموت. دليل أصحاب القول الأول، استدلووا بالمعقول.

أن الذمة تبقى منشغلة بقدر الضرورة فقط فيما تعلق فيها من التزامات، وتندم في غيرها، فتتنشغل مثلاً برد مبيع على ذمة الميت فيه عيب، ويلزم بالثمن أي الذمة، أو ضمان كحفر بئر في طريق المارة، أو جناية على شخص ولزم الدية أو الارش، أو ديون تسبب بها الشخص قبل موته، وتندم في التزامات كانت في ذمته حال حياته كالزكاة، الكفارات، النذور⁽⁴⁾.

(1) الزيلعي، تبين الحقائق، 230/6. الصاوي، حاشية الصاوي، على الشرح الصغير، 617/4. الماوردي،

الحاوي الكبير، 333/15، ابن قدامة، الشرح الكبير، 291/5.

(2) ابن عابدين، محمد أمين، حاشية ابن عابدين، دار الفكر، بيروت، ط2، 1412 هـ، 1992م، 760/6، الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 458/4، الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد، الحاوي الكبير، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1419 هـ، 199م، 333/15. البهوتي، كشاف القناع، 404/4.

(3) الزيلعي، تبين الحقائق، 230/6، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، 760/6-761.

(4) السرخسي، المبسوط، 137/29، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، 760/6.

القول الثاني : ذهب المالكية⁽¹⁾ والشافعية⁽²⁾ والحنابلة⁽³⁾ والظاهرية⁽⁴⁾، إلى أن الموت لا يضعف الذمة وتبقى قوية حتى يتم استيفاء الحقوق المتعلقة بها سواء حقوق الله تعالى أو حقوق الأدميين كالديون⁽⁵⁾.

دليل أصحاب القول الثاني، استدلوهم بالمعقول.

أن الذمة باقية بعد الموت حتى تؤدي التزامات الميت، التي تعلق فيها حق لله تعالى أو للعباد، وما يدل على بقائها أنها تكتسب حقوق جديدة بعد الوفاة، كالذي وضع شبابه في ماء للصيد ومات وتعلق بها الصيد وحيزت في تلك الشبكة فإنها تستقر على ملكه وتعتبر من التركة⁽⁶⁾ لا سيما أن الذمة المتعلقة بها حقوق الأدميين لا تسقط بالموت بالاتفاق، وحقوق الله تعالى أحق أن تقضى، فقبول الذمة وانشغالها بحقوق العباد وحقوق الله تعالى دل على بقاؤها لغاية الاستيفاء وبعد ذلك تنهدم⁽⁷⁾.

القول الثالث: رواية عند الحنابلة⁽⁸⁾ انهدام الذمة بالموت.

أدلة القول الثالث، استدلوهم بالمعقول.

الذمة مقرونة بالذمة وزوال النفس دل على زوال الذمة، ولأن الميت الذي لزمته الديون وكان مفلسا لا تركة له سقطت ديونه⁽⁹⁾.

(1) الخطاب، مواهب الجليل، 407/6 الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، 617/4.

(2) الماوردي، الحاوي الكبير، 334/15، الشربيني، مغني المحتاج، 7/4،

(3) البهوتي، كشاف القناع، 404/4

(4) ابن حزم، أبو محمد علي بن احمد، المحلى بالآثار، دار الفكر، بيروت، دط، 404/4.

(5) الماوردي، الحاوي الكبير، 333/15

(6) الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، 196/8، الخطاب، مواهب الجليل، 407/6. الحاوي الكبير،

334/15، الشربيني، مغني المحتاج، 7/4.

(7) الماوردي، الحاوي الكبير، 333/15.

(8) ابن رجب، أبو عبدالله، بدر الدين محمد، ظ المنثور في القواعد، وزارة الأوقاف الكويتية، ط2، 1405هـ،

1985م، 194/1، ابن قدامة، المغني، 421/4.

(9) ابن قدامة، المغني، 421/4، الراميني، محمد بن مفلح بن محمد، تصحيح الفروع، ت: عبدالله بن عبدالمحسن،

مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1424هـ، 2003م، 391/6.

ثانيا: مناقشة أدلة الفقهاء في المسألة.

دليل أصحاب القول الأول ومناقشته.

الاستدلال بأن الذمة تبقى منشغلة بقدر الضرورة فقط فيما تعلق فيها من التزامات وتتعذر في غيرها فتتشغل مثلا برد مبيع فيه عيب ويلزم بالثمن بالذمة، وتتعذر في التزامات كانت في ذمته حال حياته كالزكاة⁽¹⁾.

نوقش: أن الذمة تبقى مشغولة كحال حياته، وتجب فيها حقوق الله وحقوق العباد، إلى أن توزع التركة لأن المقصود في حق الله تعالى هو المال فبقيت متعلقة بالمال فلا تسقط بالموت، وتقدم على الدين وحقوق الأدميين لأن دين الله أحق بالقضاء ومنفعتها عائدة على الأدميين⁽²⁾.

دليل أصحاب القول الثاني ومناقشته

الاستدلال بأن الذمة باقية بعد الموت حتى تؤدي التزامات الميت التي تعلق فيها حق لله تعالى أو للعباد⁽³⁾.

نوقش: أن الموت يسقط غرض التكليف فتسقط عنه الحقوق المتعلقة في ماله كالزكاة والكفارات⁽⁴⁾.

دليل أصحاب القول الثالث ومناقشته.

الاستدلال بأن الذمة مقرونة بالنفس وزوال النفس دل على زوال الذمة⁽⁵⁾.

نوقش: الذمة باقية فكفالة الميت المفلس من ديونه، تكون عن ذمة موجودة⁽⁶⁾.

(1) السرخسي، المبسوط، 137/29، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، 760/6.

(2) الخطاب، مواهب الجليل، 408/6، الشرييني، مغني المحتاج، 7/4، البهوتي، كشاف القناع، 404/4، ابن حزم المحلي، 404/4.

(3) الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، 196/8، الخطاب، مواهب الجليل، 407/6. الشرييني، مغني المحتاج، 7/4.

(4) أمير بادشاه، تيسير التحرير، 249، عبدالعزيز البخاري، 239/4.

(5) ابن قدامة، المغني، 421/4، الراميني، تصحيح الفروع، 391/6.

(6) السرخسي، المبسوط، 108/20.

ثالثاً: الترجيح في المسألة.

يرى الباحث بعد الاطلاع على اقوال الفقهاء وأدلتهم في المسألة ومناقشتها، أن الميِّت تضعف ذمته، فتبقى مشغولة في حقوق وتتعدم من مطالبها في حقوق، فيتعلق فيها حقوق العباد من الديون وغيرها، وتبقى حقوق الله متعلقة في ذمة الميِّت كالزكاة والنذور والكفارات وغيرها، لأن ركن العبادات النية وهو معدوم في الميِّت، فتعلق حقوق الغرماء والموصى لهم والورثة في مال الميِّت، أقوى مما كان عليه من حقوق لله في حال حياته، وكان مأمور بإبراء ذمته منها، ودليل ذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم، لما قُدمت له الجنازة، سئل عن حقوق العباد ولم يسأل عن حقوق الله في ماله، ولكن تؤدي حقوق الله تعالى من الورثة من باب التبرع والهبة على وجه البر والإحسان لمورثهم.

الفرع الأول: استحقاق التركة وأدارتها في الفقه الإسلامي.

أولاً: حقيقة التركة في اللغة والاصطلاح.

1. التركة في اللغة: ودعك الشيء، تركه يتركه تركاً، وتركت الشيء تركاً خليته، وتراك بمعنى اترك، وهو اسم لفعل أمر، وتركة الرجل الميِّت، ما يتركه من التراث المتروك، والتركة التي تترك ولا تتزوج وقيل: الروضة التي يغفل الناس عنها (1) والتركة الميراث الذي يخلفه الميت، وقيل الترك: الجعل (2).

2. التركة في الإصطلاح.

عرّفها الحنفية (3): ما ترك الإنسان صافياً خالياً عن الغير، وتركة الميت: هو المال الصافي الخالي من تعلق حق الغير به. نرى من خلال التعريف السابق أنه تم قصر مفهوم التركة على المال فقط وأخرجوا منه أي مال تعلق به حق للغير كالرهن والمبيع المحبوس بالثمن وغيرها.

(1) ابن منظور، لسان العرب، 405/10 مادة ترك.

(2) الفيروز آبادي، القاموس المحيط، 935/1، مادة ترك.

(3) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، 75/6.

عرفها المالكية (1) والشافعية (2) والحنابلة (3) ما خلف الميِّت من حقوق إلى الورثة بعد موته.

ونرى في هذا التعريف، إطلاق معنى التركة فيشمل كل ما خلف الميِّت من ملك سواء أعيان أو منافع أو حقوق أو غيرها، تعلق بها حق للغير أم لا يتعلق. ويرى الباحث أن المقصود من التركة، هو الملك الذي تعلق فيه حقوق للورثة، أي الأموال التي خلفها الميِّت وتقع في ملكه حقيقة ولا يتعلق بها حق للغير، سواء كانت هذه الأموال منافع أو أعيان أو حقوق كحق أرش أو دية. فيميل الباحث إلى التعريف الأول، وهو ما ترك الإنسان من حقوق بعد موته خالية من حقوق الغير.

شرح التعريف.

ما ترك، لأن المال الباقي بعد موت الإنسان هو المال المتروك المخلف منه. حقوق للدلة على كل ما تشمل التركة من أعيان ومنافع وحقوق أخرى على الغير. خالية من حقوق الغير، أي هذه الأموال المتروكة صافية الملك للميِّت، فلا تعتبر العين المرهونة مال من أموال التركة، إلا عند تعذر الاستيفاء لبقائها على ملك صاحبها.

الفرع الثاني: استحقاق التركة في الفقه الإسلامي.

توزع التركة في الشريعة الإسلامية على أصناف محددة وهذا بعد ما يتم قضاء الديون وتجهيز الميت وتنفيذ الوصايا ويكون ذلك ممن هو مستحق للميراث وقائم عليه بعد الميِّت أي من له ولاية على المال على حسب سبب إرثه، ومن ثم توزع التركة

(1) الخطاب، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، 406/6.

(2) البجيرمي، سليمان بن محمد، حاشية البجيرمي، مطبعة الحلبي، د ط، 1369، 1950 م، 244/3.

(3) ابن مفلح، المبدع، 318/5.

على الورثة من أهل الفروض والعصابات⁽¹⁾. فإذا انعدم هؤلاء ذهبت لأهل الفروض من غير الزوجين، ومن ثم لذوي الأرحام لقوله صلى الله عليه وسلم: (الخال وارث من لا وارث له، يعقل عنه ويرثه)⁽²⁾. فإذا انعدم وجود ذوي الأرحام رجع بالباقي من الميراث على أحد الزوجين، فإن لم يوجد فللعاصب بالسبب، فإن انتفت كل هذه الأصناف يتم توزيع التركة على من أقر له الميث بالنسب على الغير ومات على إقراره⁽³⁾، فإن لم يوجد إقرار ففي هذه الحالة تحال التركة على الموصى له فيما زاد عن الثلث لعدم وجود الوريث، فإن لم يوجد فللموصى بالمال كله، فإذا انعدم وجود أي صنف من الأصناف السابقة فإن المال يؤول ملكته لبيت مال المسلمين باعتباره مالا ضائعا فصار فيئا لجميع المسلمين، لقوله صلى الله عليه وسلم: (أنا وارث من لا وارث له، أعقل عنه وأرثه)⁽⁴⁾.

وهذا فيه دليل على أن ماله يصبح لعامة المسلمين، لأنه من المعروف أن النبي صلى الله عليه وسلم لا يرث وإنما مال الميت الذي لا وارث له يرثه المسلمون ويصرف في مصالحهم⁽⁵⁾. وإذا مات الإنسان وانتقل لله تعالى، قد يكون بريء الذمة وقد لا يكون بريء الذمة من حقوق العباد، فإذا كان بريء الذمة لقي الله وذمته خالية من المطالبة

(1) الزيلعي،، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، 229/6، بدا ماد افتدي، عبدالرحمن بن سليمان، مجمع الأنهر، 748/2، الخطاب، مواهب الجليل، 406/6، الشرييني، مغني المحتاج، 9/4، ابن قدامة، المغني لابن قدامة، 319/6، المرادوي، أبو الحسن علي بن سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط2، د ت، 304/7، ابن تيمية، تقي الدين أبو العباس، المستدرك على مجموع الفتاوى، د م، ط1، 1418هـ، 128/4.

(2) الترمذي، محمد بن عيسى، سنن الترمذي، ت: بشار عواد، دار الغرب، الإسلامي، بيروت، د ط، 1988م، باب الفرائض، باب ما جاء في ميراث الخال، 492/3، برقم 2103، مرسل، وصححه الحاكم: الحاكم محمد بن عبدالله، المستدرك على الصحيحين، ت: مصطفى عبدالقادر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1411هـ، 1990م، 382/4، برقم 8003، حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه.

(3) بادماد أفندي، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر، 747/2.

(4) أبي داود، سليمان بن الأشعث، سنن أبي داود، ت: محمد محيي، المكتبة العصرية، بيروت، د ط، د ت، كتاب الفرائض، باب ميراث ذوي الأرحام، 123/3، برقم 2899، صححه ابن حجر، أبو الفضل احمد بن علي، التلخيص الحبير، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1419هـ، 1989م، كتاب الفرائض، 182/3، برقم 1345.

(5) الخطابي، أبو سليمان حمد بن محمد، معالم السنن شرح سنن أبي داود، المطبعة العلمية، حلب، ط1، 1353هـ، 1932، كتاب الفرائض، باب ميراث ذوي الأرحام، 98/4، الشرييني، مغني المحتاج، 9/4.

والانشغال للغير ولقي الله بريئاً لذمته، وقد تتعلق بالذمة حقوق للغير والتزامات كثيرة،
تتشغل الذمة بها ولا تتفك عنها (1).

ومن هنا تظهر مزايا الشريعة الإسلامية و مدى حرصها على إيصال الحقوق لمستحقيها، وإبراء ذمة الميت من تلك الالتزامات التي تعلق في ذمته، والتي قد تجعل ذمته معلقة في قبره تحول بينه وبين دخوله الجنة، لما روي عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم (كان يؤتى بالرجل الميت عليه الدين، فيسأل هل ترك لدينه من قضاء ؟ فإن حدّث أنه ترك وفاء، صلى عليه، وإلا قال: صلوا على صاحبكم) (2)، وهذا فيه دليل على مدى الحرص على الوفاء بالالتزامات التي تكون على الذمم لما لها من أهمية كبيرة في حياة الإنسان وموته (3).

والالتزامات في الفقه الإسلامي أو العقود، التي أنشأها الميت حال حياته تختلف بحسب طبيعة العقد أو الالتزام ونوعه، وقد قسم الفقهاء العقود في المعاملات المالية إلى أقسام وكل نوع من هذه العقود يختلف عن الآخر من حيث اللزوم والجواز وكيفية انعقاده وانفساخه وأثاره .

ومن خلال النظر في كتب التراث الفقهي، تبين أن موت الإنسان يؤثر على العقد، وهذا يختلف بحسب طبيعة ذلك العقد، فهناك عقود تبطل بالموت، وبعضها يبقى ساري المفعول لا تأثير للموت عليه، وبعضها ينتقل حق التصرف فيه إلى الورثة، وبعضها يصبح العقد حقا للتصرف فيه من الطرف الآخر.

وهذا ما سنبيّنه في هذه الدراسة إن شاء الله، حيث أننا سنعرض آراء الفقهاء في بيان أثر الموت على العقود المالية كعقود التبرعات والتوثيقات والشركات.

(1) التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح، 353/2، ابن رجب القواعد لابن رجب، 194/1.

(2) مسلم، مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، ت: محمد فؤاد، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د ط، د ت، كتاب الجنائز، باب من ترك مالا فلورثته، برقم 1619، 1237/3.

(3) النووي، شرح النووي على مسلم، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان د ط، د ت، كتاب الجنائز، حديث رقم 978، 47/7.

الفصل الرابع

أثر الموت في عقود التبرعات في الفقه الإسلامي

جاءت الشريعة الإسلامية للترغيب في كل ما يحقق التكافل والتعاون بين الناس، وإلى كل ما يعزز صلة التعاون والتقارب بين أفراد المجتمع المسلم، ونبهت إلى كل ما يثمر عنه تنازع واختلاف وفرقة المسلمين، لقوله صلى الله عليه وسلم: (المؤمن للمؤمن كالبنيان يشد بعضه بعضاً)⁽¹⁾، فالمسلمين بجملتهم غنيهم، وفقيرهم، جسد واحد يعضد بعضه بعضاً، ليساعد كل واحد منهما الآخر على تحمل أعباء الحياة⁽²⁾.

وقد بيّنت الشريعة الإسلامية، أن التبرعات لها أجر عظيم، فيما تعود به على صاحبها من تزكية النفس وتطهيرها، من الأنانية والبخل، لاسيّما أن الأجر العظيم والثواب الجزيل من الله تعالى، وحثت على القيام بها لما فيها من تلبية حاجات الناس، وتُسد بها نواقصهم والتزاماتهم وفيها يغنى الفقير والمسكين.

وعقود التبرعات تشمل، العارية والهبة والقرض والوقف والوصية، ثم الوكالة، وقد تحدث الفقه الإسلامي عن هذه العقود، وبيّن حقائقها وأثارها، ونحن في هذه الدراسة بصدد البحث عن المؤثرات التي تؤثر على طبيعة هذه العقود، بين استمرارها وانفساخها عند تعرض عاقدتها للموت.

1.4 أثر الموت في عقد العارية في الفقه الإسلامي

عقد العارية من العقود التي تحقق روح التعاون بين المجتمع وتعمل على تقوية روابطه من خلال منح الغير الانتفاع بملك الشخص واستعماله فيما يحقق غرضه ويلبي احتياجاته في الحياة .

(1) مسلم، صحيح مسلم، كتاب البر والصلة، باب تراحم المؤمنين وتعاطفهم، 4/1999، برقم 2585.

(2) النووي، شرح صحيح مسلم، كتاب البر والصلة، باب تراحم المؤمنين وتعاطفهم، 16/139، برقم 2585.

1.1.4 حقيقة العارية في اللغة والاصطلاح.

أولاً: العارية في اللغة، أصلها عار وجمعها عواري، وعاوره الشيء واستعاره وأعاره منه وأعاره أياه، والمعاورة والتعاور بمعنى التداول بين اثنين في الشيء، واستعار منه الشيء أي طلبه، واستعار من الشيء أي تعجب واستعجب، وسميت بالعارية لأن طلبها عار وعيب⁽¹⁾، قال الشاعر:

أما أنفسنا عارية والعواري قصار أن تردّ.

ثانياً : العارية في الاصطلاح.

عرّفها الحنفية⁽²⁾، تمليك المنفعة بلا عوض، أي هبة المنافع التي يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها. تمليك المنفعة بلا عوض أخرج الإجارة لأنه بعوض، والهبة إذا كانت عين .

وقد اعترض بعض الحنفية⁽³⁾، على قوله تمليك، لأن العارية إباحة الانتفاع في منفعة العين مع بقاء أصلها، لأنه لو كان تمليك لجاز للمستعير إجارة المنفعة المملوكة وهذا لا يصح في العارية، وقد تكون هبة إذا رافق الانتفاع هلاك العين وعدم بقاؤها كعطية الطعام لأن الانتفاع به يهلك عينه⁽⁴⁾.

عرّفها المالكية⁽⁵⁾، تمليك المنافع لمدة مؤقتة بلا عوض. قولهم : تمليك منفعة ليخرج الانتفاع، لأن المنفعة أعم من الانتفاع، لمدة مؤقتة، ليُخَرَجَ الوقف، لأنه على التأبيد، وحتى ترجع في مال الميراث للورثة .

عرّفها الشافعية⁽⁶⁾، إباحة منفعة ما يحل الانتفاع به مع بقاء عينه. قولهم: إباحة المنفعة ليخرج التمليك من المستعير لغيره كإجارة العارية، وما يحل الانتفاع به

(1) ابن منظور، لسان العرب، 619/4، مادة عار. الفيروزآبادي، القاموس المحيط، 447/1.

(2) السرخسي، المبسوط، 133/11. الموصل، الإختيار لتعليل المختار، 55/3.

(3) الزيلعي، تبيين الحقائق، 83/5.

(4) الزيلعي، تبيين الحقائق، 83/5.

(5) الحطاب، مواهب الجليل، 268/5. العدوي، حاشية العدوي، 273/2.

(6) البجيرمي، سليمان بن محمد، التجريد لنفع العبيد حاشية البجيرمي على شرح المنهج، مطبعة الحلبي، د ط،

1369هـ، 1950م، 95/3. الرملي، نهاية المحتاج، 117/5.

أخرج ما لا يحل الانتفاع به كالأشياء الهوائية، مع بقاء العين أخرج كل ما لا يمكن بقاءه مع الانتفاع بالطعام.

عرّفها الحنابلة⁽¹⁾، إباحة المنافع بلا عوض. قولهم: الإباحة، يُخرج ما ليس مملوكاً فلا يصح أعارته، بلا عوض ليخرج ما صحت فيه المبادلة كالبيع. من خلال ما سبق، يرى الباحث أن المفهوم اللغوي والاصطلاحي للعارية، يدل على التداول والتشارك في عين ومنفعة، بين اثنين مالك ومنفعة، فكل من مدلوليهما يدل على الآخر. وعليه تكون العارية، إباحة جائز التصرف المنافع بلا عوض مع بقاء عينها. شرح التعريف.

إباحة، ليخرج كل ما ليس مباح منفعتة، جائز التصرف، من تصح تصرفاته في أملاكه فلا تصح من مجنون أو صبي، قيد المنافع، دليل على عدم تملك العين لا سيما الانتفاع كإجارة العارية، مع بقاء عينها، بقائها على ملك المعير، ليخرج المعاوضة التي يحدث فيها انتقال الملك.

2.1.4 مشروعية العارية في الفقه الإسلامي.

ثبتت مشروعية العارية في الكتاب والسنة والإجماع.

أولاً: الكتاب.

أ. قال تعالى: ﴿ وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ ﴾⁽²⁾.

وجه الدلالة: دلت الآية على أن منع الماعون والتعاون والعطايا بين الناس من صفات المنافقين، وقال ابن عباس: هي العواري التي يتعاطها الناس بينهم حتى الفأس والدلو والآنية⁽³⁾.

(1) البهوتي، كشف القناع، 62/4. ابن مفلح، المبدع، 3/5

(2) سورة الماعون، الآية رقم 7.

(3) ابن حبان، محمد بن يوسف أبو حبان الأندلسي، البحر المحيط في التفسير، ت: صدقي محمد، دار الفكر، بيروت، د ط، 1420هـ، 554/10.

ب. قال تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾ (1).

وجه الدلالة : دلت الآية الكريمة على أن المسلم مأمور بتقديم المعونة وكل عمل فيه خير لأخيه المسلم، والعارية من عطايا الخير التي يعين المسلم بها أخيه (2).

ثانيا: السنة النبوية.

أ. ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال في العارية: (إطراق فحلها، وإعارة دلوها، ومنيحتها، وحلبها على الماء) (3).

وجه الدلالة : دل الحديث بمنطوقه على أن المسلم يعير دلو سقيا الماء لغيره لينتفع به وهذا دليل على استحباب الإعارة (4).

ب. ما روي عن صلى الله عليه وسلم، أنه قال : (العور مؤداة، والمنحة مردودة، والدين مقضي، والزعيم غارم) (5).

وجه الدلالة: أن العارية جائزة في الشرع ومن وجوه التعاون بين الناس (6).

ثالثا : الإجماع.

أجمعت الأمة الإسلامية على مشروعية العارية ولم يعلم لها مخالف (7).

(1) المائدة، الآية رقم 2.

(2) البيضاوي، تفسير البيضاوي، 114/2.

(3) مسلم، صحيح مسلم، كتاب الزكاة، باب منع الزكاة، 685/2، برقم، 988.

(4) النووي، شرح صحيح مسلم، كتاب الزكاة، باب إثم مانع الزكاة، 72/7. برقم 988.

(5) (5) أبي داود، سنن أبي داود، كتاب البيوع، باب في تضمين العور، 296/3، حديث رقم 3565. صححه الهيثمي، أبو الحسن نور الدين علي، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، ت: حسام الدين القدسي، مكتبة القدسي، القاهرة، 1414هـ، 1994م، كتاب البيوع، باب العارية، 145/4، برقم 6711، قال: رجاله ثقات. الكفالة.

(6) الخطابي، معالم السنن شرح سنن إبي داود، باب تضمين العارية، 176/3.

(7) ابن المنذر، محمد بن إبراهيم النيسابوري، الإجماع، ت: أبو حماد صغير احمد، مكتبة الفرقان، عجمان، الإمارات، ط2، 1420هـ، 1999م، ص 148.

3.1.4 أركان العارية في الفقه الإسلامي.

- ركن العارية عند الحنفية⁽¹⁾، الإيجاب والقبول فالإيجاب من المُعير فقط، كقوله:
أعرتك هذا الشيء، والقبول من المستعير قوله: قبلت.
أما أركان العارية، عند المالكية⁽²⁾ والشافعية⁽³⁾ والحنابلة⁽⁴⁾:
أ. المُعير، مالك العين أو المنفعة .
ب. المستعير، طالب العين أو المنفعة .
ج. المُستعار أو المُعار، الشيء المراد استعارته عينا أو منفعة.
د. الصيغة، الإيجاب والقبول

4.1.4 أثر الموت على عقد العارية في الفقه الإسلامي.

- العارية من العقود التي تتأثر بموت أحد العاقدين، لأنها من العقود الجائزة
فتنسخ بموت أحد أطراف العقد لانتهاء الإرادة.
موطن الاتفاق.
العارية تبطل بموت أحد العاقدين قبل القبض⁽⁵⁾.
موطن الاختلاف.
حكم العارية بموت أحد العاقدين بعد القبض بين الفسخ والإستمرار⁽⁶⁾

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، 214/6.

(2) عليش، محمد بن احمد، منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، دط، 1409هـ، 1989م، 50/7.

(3) الماوردي، الحاوي الكبير، 117/7،

(4) البهوتي، كشاف القناع، 62/4.

(5) الزيلعي، تبيين الحقائق، 84/5. القيرواني، خلف بن أبي القاسم محمد، التهذيب في اختصار المدونة،

312/4 الرلمي، نهاية المحتاج، 131/5، البهوتي، كشاف القناع، 73/4.

(6) الطحاوي، مختصر اختلاف العلماء، 407/4، ابن رشد، أبو الوليد محمد بن احمد، بداية المجتهد ونهاية
المقتصد، دار الحديث، القاهرة، دط، 1425هـ، 2044م.

سبب الإختلاف.

يعود سبب الإختلاف إلى تكييف عقد العارية بين الجواز واللزوم⁽¹⁾.

تحرير محل النزاع الفقهي

يدور محل النزاع الفقهي في الرجوع بالعارية بالنسبة للمُعير متى شاء⁽²⁾.
أولاً: أقوال الفقهاء في المسألة وأدلتهم.

اختلف الفقهاء في حكم موت المعير على عقد الإعارة على قولين:
القول الأول: ذهب الحنفية⁽³⁾ والشافعية⁽⁴⁾ والحنابلة⁽⁵⁾، والظاهرية⁽⁶⁾، إلى
انفساخ عقد العارية بموت المُعير أو المُستعير ولزم رد العارية إلى ورثته وإن لم
يطلبوها لانتهاء إرادة الإذن بالانتفاع بالعين المُعارة ولا يحق لورثة المُستعير تملك
المنفعة فتبطل بموت مورثهم.
أدلة القول الأول، استدلو بالمعقول.

1. عقد العارية عقد جائز، وعقد إباحة في التملك، جاز الرجوع فيه وفسخه في أي وقت⁽⁷⁾.
2. عقد الإعارة عقد على المنافع وهي تحدث شيئاً شيئاً، فيتجدد العقد حسب حدوث تلك المنافع ولا يكون ذلك بعد الموت من أحد أطراف العقد، لأن المنافع لا تورث⁽⁸⁾.

(1) الذهلي، يحيى بن محمد بن هبيرة، اختلاف الأئمة العلماء، ت: السيد يوسف احمد، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1423هـ، 2002م، 4/2، ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 97/4.

(2) الذهلي، اختلاف الأئمة العلماء، 4/2.

(3) ابن نجيم، زين الدين إبراهيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، ط2، دت، 282/7، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، 681/5، 685، الزيلعي، تبين الحقائق، 84/5. الكاساني، بدائع الصنائع، 215/6.

(4) الرملي، نهاية المحتاج، 131/5، الشربيني، مغني المحتاج، 339/2. النووي، أبو زكريا محي الدين، منهاج الطالبين، دار الفكر، بيروت، ط1، 1425هـ، 2005م، 145/1.

(5) البهوتي، كشاف القناع، 73/4. ابن قدامة، أبو محمد موفق الدين، الكافي في فقه الإمام احمد، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1414هـ، 1994م، 214/2، ابن قدامة، المغني، 170/5. المرادوي، الإنصاف، 104/6.

(6) ابن حزم المحلى، 137/8.

(7) الكاساني، بدائع الصنائع، 215/6، الشربيني، مغني المحتاج، 339/2، البهوتي، كشاف القناع، 73/4. ابن حزم المحلى، 137/8.

(8) السرخسي، المبسوط، 143/11، ابن نجيم، البحر الرائق، 282/7، الزيلعي، تبين الحقائق، 84/5.

3. لما كان عقد المنفعة بعوض يبطل بموت أحد العاقدين في الإجارة، فمن باب أولى بطلانه بلا عوض، فضلا إباحة المنافع تحتاج إلى إذن في استعمالها وقد فات بالموت⁽¹⁾.

القول الثاني: ذهب المالكية⁽²⁾، إلى عدم انفساخ عقد العارية بموت المُعير، أو المُستعير إذا قبض المُستعير العارية قبل موت المُعير إلى حين مدة انتفاعه بالإعارة إذا كانت مقيدة أو انتهاؤها باستيفاء المنفعة إذا كانت مطلقة، ولورثة المُستعير جواز تملك المنفعة في المدة الباقية إذا كانت مؤقتة أو استيفاء المنفعة على العمل لحين الانتهاء إذا أطلقت.

أدلة القول الثاني، استدلو بالمعقول.

أ. عقد العارية عقد لازم في وجهه وجائز في وجهه⁽³⁾.

ب. عقد العارية عقد لازم، إذا كانت المدة مؤقتة بزمن، أو إذا أطلقت لحين انتهاء استيفاء المنفعة بالعمل⁽⁴⁾.

ج. المُستعير إذا قبض العارية، لا يحق للمُعير الرجوع قبل انتهاء المدة واستيفاء العمل، ولورثة المُستعير عدم ردها إذا لم تنته مدة الإعارة أو استيفاء المنفعة بانتهاء العمل عند موت المُستعير⁽⁵⁾.

د. أن المُعير قد ملّكه المنفعة في مدة وصارت العين في يده عقد مباح، فلا يملك الرجوع فيها، بغير اختيار المالك للمنفعة، كالعبد الموصى بخدمته⁽⁶⁾.

(1) السرخسي، المبسوط، 143/11، الرملي، نهاية المحتاج، 131/5. البهوتي، كشاف القناع، 73/4.

(2) مالك، المدونة، 451/4. الذخيرة، القرافي، 215/6، الدسوقي، حاشية الدسوقي، 439/3.

(3) مالك، المدونة، 451/4، القيرواني، التهذيب في اختصار المدونة، 312/4، ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 97/4

(4) مالك، مالك بن أنس، المدونة، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1415هـ، 1994م 451/4، القيرواني، التهذيب في اختصار المدونة، 312/4.

(5) القرافي، الذخيرة، 215/6، الدسوقي، حاشية الدسوقي، 439/3.

(6) مالك، المدونة، 451/4

ثانيا: مناقشة أدلة الفقهاء في المسألة.

مناقشة أدلة القول الأول .

أ. الاستدلال بأن عقد العارية عقد جائز وعقد إباحة في التملك⁽¹⁾.

نوقش: أنه عقد جائز قبل القبض من المباح له بالانتفاع وبعد القبض لازم⁽²⁾.

ب. الاستدلال بأن المنافع لا تورث فتبطل بالموت⁽³⁾.

نوقش: أن عقد العارية لا يلزم الرجوع فيه من مالك المنفعة بأذن، دون الانتهاء

من المدة أو العمل، إلا بإرادته واختياره⁽⁴⁾.

ج. الاستدلال لما كان عقد المنفعة بعوض يبطل بموت أحد العاقدين في الإجارة،

فمن باب أولى بطلانه بلا عوض⁽⁵⁾.

نوقش: لا يفوت تملك المنفعة بالموت، لأنه قد يلحق المُستعير ضررا بالرجوع

قبل الاستيفاء، ولأنه ملكها بأذن واختيار من مالك العين⁽⁶⁾.

أدلة القول الثاني ومناقشتها. استدلو بالمعقول.

أ. الاستدلال بأن عقد العارية عقد لازم في وجه وجائز في وجه⁽⁷⁾.

نوقش: أنه عقد جائز بين طرفي العقد جاز الرجوع فيه بأي وقت⁽⁸⁾.

ب. الاستدلال بأن عقد العارية عقد لازم إذا كانت المدة مؤقتة بزمن، ولازم إذا أطلقت

لحين انتهاء استيفاء المنفعة بالعمل⁽⁹⁾.

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، 215/6، الشريبي، مغني المحتاج، 339/2، البهوتي، كشاف القناع، 73/4.

(2) مالك، المدونة، 451/4، ابن رشد، بداية المجتهد، 97/4، النفراوي، احمد بن غانم، الفواكه الدواني، دار

الفكر، بيروت، دط، دت، 168/2

(3) السرخسي، المبسوط، 143/11، ابن نجيم، البحر الرائق، 282/7، الزيلعي، تبيين الحقائق، 84/5.

(4) النفراوي، الفواكه الدواني، 18/2، ابن رشد، بداية المجتهد، 07/4

(5) السرخسي، المبسوط، 143/11، الرملي، نهاية المحتاج، 131/5.

(6) القيرواني، التهذيب، 312/4، القرافي، الذخيرة، 215/6.

(7) مالك، المدونة، 451/4، القيرواني، التهذيب في اختصار المدونة، 312/4، ابن رشد، بداية المجتهد، 97/4

(8) ابن حزم، المحلى، 137/8.

(9) مالك، المدونة، 451/4، القيرواني، التهذيب في اختصار المدونة، 312/4. الحطاب، مواهب الجليل،

271/5.

نوقش: أن عقد العارية لا يلزم، والمنافع فيه تحدث شيئاً فشيئاً، ولا يمكن تجديد ملك المنفعة بعد الموت لفوات الإذن بالتملك⁽¹⁾.

ج. الاستدلال بأن المُستعير إذا قبض العارية، لا يحق للمُعير الرجوع قبل انتهاء المدة واستيفاء العمل،⁽²⁾.

نوقش: أن بالموت انتقل الملك من المُعير لورثته، وانتقال الملك يستوجب الرد، لأن في بقاؤها بيد المستعير استعمال ملك دون إذن فوجب ردها⁽³⁾.

د. الاستدلال بأن المُعير قد ملكه المنفعة في مدة وصارت العين في يده عقد مباح، فلا يملك الرجوع فيها بغير اختيار المالك للمنفعة، كالعبد الموصى بخدمته⁽⁴⁾.

نوقش: أنها كانت في يد المُعير عقد تبرع بأذن وانتهت هذه المدة فلورثته حق الرد ولو لم تنتهي المدة بخلاف الإيضاء لأنه ليس بملكهم⁽⁵⁾.

ثالثاً: الترجيح في المسألة.

يرى الباحث بعد الاطلاع على أقوال الفقهاء في المسألة ومناقشتها، أن موت أحد العاقدين لا يؤثر على عقد العارية قبل انتهاء المدة الزمنية المقيدة، أو انتهاء العمل من إباحة الانتفاع في العين إذا أطلقت لحين الاستيفاء، وتكون لازمة بعد القبض، لأن مقصود العارية والغرض منه قضاء حاجة المُستعير، من خلال تلك المنفعة وهو من باب البر والعون بين الناس، وقبل تحقيق ذلك المقصود من قبل المُستعير، قد فات ذلك المقصود التي شرعت من أجله، وفي عرف غالب الناس أنها لا ترد حتى يقضي حاجته منها المُستعير، إلا إذا ردها باختياره، أما عند موت المُستعير فإنه لا يحق لورثته تملك منفعة العين، لأن المنافع لا تورث فوجب ردها إلى المُعير.

(1) السرخسي، المبسوط، 143/11

(2) القرافي، الذخيرة، 215/6،، الدسوقي، حاشية الدسوقي، 439/3.

(3) السرخسي، المبسوط، 143/11، ابن نجيم، البحر الرائق، 282/7، الرملي، نهاية المحتاج، 131/5

(4) مالك، المدونة، 451/4

(5) ابن قدامة، المغني، 170/5.

2.4 أثر الموت على عقد الهبة في الفقه الإسلامي.

عقد الهبة من العقود التي حثت عليها الشريعة الإسلامية، لتقوية الروابط المجتمعية بين الناس ونشر المحبة بينهم، وهي من قبيل عقود التبرعات المحضة التي لا عوض فيها ولا بديلها .

1.2.4 حقيقة الهبة في اللغة والاصطلاح.

أولاً: الهبة في اللغة، من الأصل وهب، واسم الفعل واهب والمفعول موهوب وجمعها مواهب، ويقال: وهبة له هبة وموهبة ووهبا إذ أعطيته، والوهاب أسم من أسماء الله تعالى أي المنعم بالعطايا على عباده بلا عوض ولا غرض ولا تكلف والوهّاب من الكثرة في العطايا الخالية من الأغراض والمبالغة في الصيغة للتكثير، والموهبة بالفتح السحابة تقع حيث وقعت، والموهبة غدير الماء الصغير، وفلان موهوبا أي أصبح قادرا، وأوهب لك الشيء أي أجعلك قادرا على أن تتاله، وأوهبني الشيء أي أعطاني أياه⁽¹⁾.

ثانياً: الهبة في الاصطلاح.

عرّفها الحنفية⁽²⁾، تملك العين بلا عوض في الحال. تملك العين : ليخرج العارية والإجارة، لأنها قائمة على المنافع دون الأعيان، بلا عوض : ليخرج البيع، في الحال ليخرج الوصية .
عرّفها المالكية⁽³⁾، تملك ذي منفعة لوجه المعطى بلا عوض . تملك ذي منفعة، ليخرج العارية، لوجه المعطى، أخرج به الصدقة، بلا عوض، أخرج البيع وهبة الثواب .

(1) الزبيدي، تاج العروس، 364/4، مادة وهب، ابن منظور، لسان العرب، 804/1، مادة وهب.

(2) الغيتابي، أبو محمد محمود بن احمد، البناء شرح الهداية، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1420هـ، 2000م، 159/10، الزيلعي، تبين الحقائق، 91/5.

(3) الرصاع، محمد بن قاسم، شرح حدود ابن عرفة، المكتبة العلمية، بيروت، 1350هـ، 421/1، الخطاب، مواهب الجليل، 49/6.

عرّفها الشافعية⁽¹⁾، تملك العين بلا عوض في حال الحياة تطوعا. قوله: تملك أخرج العارية والوقف والضيافة، قوله: العين، أخرج الدين، قوله: بلا عوض: أخرج البيع ولو وقع بلفظ الهبة، بالحياة: أخرج الوصية لأن الملك مضاف فيها لما بعد الموت، تطوعا: أخرج الزكاة والكفارات لوجوبها .

عرّفها الحنابلة⁽²⁾، تملك جائز التصرف مالا معلوما أو مجهولا تعذر علمه موجودا مقدورا على تسليمه، غير واجب في الحياة بلا عوض بما يعد هبة في العرف تملك جائز التصرف، الحر البالغ المكلف، معلوما منقولاً أو عقار، مجهولا تعذر علمه، اختلط بمال آخر لا يمكن تمييزه كالشركة، موجودا، مقدور على تسليمه أي غير ضال أو ضائع أو، غير رواجب أخرج الديون والنفقات، في الحياة أخرج الوصية، بلا عوض أخرج كل عقود المعاوضات، ما يعد هبة في العرف أخرج كل ما لم تتعارف عليه الناس .

يرى الباحث من خلال النظر في المفهوم اللغوي والاصطلاحي، أن كل منهما يدل على معنى واحد، أن الهبة مقتضاها العطية بلا عرض ولا تكليف ولا ثمرة ولا أو بدل، فهي محضة من المبادلة في النفع بين الواهب والموهوب. ولكن يضيف الباحث على التعريف بأن تكون مما أباحه الشرع ومما ينتفع به. فتكون الهبة، عقد تملك جائز التصرف عين منتفع بها مباحة شرعا في حال الحياة تطوعا. شرح التعريف.

تملك، ليخرج العارية. جائز التصرف، فلا تصح من غير البالغ أو المجنون. ما يباح الانتفاع به أخرج كل مالا ينتفع به كحبة قمح، مباح شرعا، ليخرج الآت اللهو والخمر والخنزير، في الحياة، أخرج الوصية، تطوعا، ليخرج الزكاة والكفارات .

(1) الشريبي، مغني المحتاج، 3/559.

(2) البهوتي، كشاف القناع، 4/298. ابن مفلح، المبدع، 5/190.

2.2.4 مشروعية الهبة في الفقه الإسلامي .

ثبتت مشروعية الهبة في الكتاب والسنة والإجماع .

أولاً: الكتاب .

1. قال تعالى: ﴿إِذَا حُيِّتُمْ بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا بِأَحْسَنَ مِنْهَا أَوْ رُدُّوهَا﴾⁽¹⁾.

وجه الدلالة: أن المراد بالتحية العطية، والسلام، والأول أظهر، وهذا يتحقق أو ردها، أي ردها بعينها⁽²⁾.

2. قال تعالى: ﴿إِنْ طِبَّنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا﴾⁽³⁾.

وجه الدلالة : إباحة الأكل بطريق الهبة⁽⁴⁾ دل على جواز الهبة⁽⁵⁾.

ثانياً : السنة النبوية .

1. ما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه، عن النبي صلى الله عليه وسلم، أنه قال: (تهادوا تحابوا)⁽⁶⁾.

وجه الدلالة: دل الحديث بمنطوقه بأن التهادي سبب يورث المحبة بين الناس⁽⁷⁾.

2. ما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه، عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: (يا نساء المسلمات، لا تحقرن جارة لجارتها، ولو في رسن شاة)⁽⁸⁾.

(1) سورة النساء، الآية رقم (86).

(2) البيضاوي، تفسير البيضاوي، 88/2. السرخسي، المبسوط، 48/12.

(3) سورة النساء، الآية رقم (4).

(4) الزمخشري، البحر المحيط، 469/1.

(5) الشربيني، مغني المحتاج، 559/3.

(6) البخاري، محمد بن إسماعيل، الأدب المفرد، دار الصديق للنشر، ط4، 1418هـ، 1997م، باب قبول الهبة، 221/1، برقم 240، وأخرجه، البيهقي، السنن الكبرى، كتاب الهبات، باب التحريض على الهبة، 280/6، برقم 11946، أخرجه ابن حجر، التلخيص الحبير، كتاب الهبة، 163/3، برقم 1315، حديث حسن.

(7) المناوي، زين الدين محمد، فيض القدير، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، ط4، 1356هـ، 271/3، برقم 3373.

(8) البخاري، صحيح البخاري، كتاب الهبة وفضل التحريض عليها، باب القليل من الهبة، 153/3، برقم 2566.

وجه الدلالة : دل الحديث بمنطوقه على جواز الهبة، والمقصود المبالغة في الحث عليها، ولو كان شيء يسير القيمة وذلك بقوله : فرسن شاة أي ما دون الرسغ في يدها وهو عظم قليل اللحم⁽¹⁾.

ثالثا: الإجماع.

أجمعت الأمة الإسلامية على مشروعية الهبة والعمل بها ولم يعلم في ذلك مخالف⁽²⁾.

3.2.4 أركان الهبة في الفقه الإسلامي.

ركن الهبة عند الحنفية⁽³⁾، الإيجاب من الواهب والقبول والقبض من الموهوب له، لأن الهبة تصرف شرعي والتصرف الشرعي وجوده باعتبار انعقاده شرعا والانعقاد لا يثبت بنفس الإيجاب فلا يكون هبة شرعا لخلوه من القبول. وأما أركان الهبة عند المالكية⁽⁴⁾ والشافعية⁽⁵⁾ والحنابلة⁽⁶⁾ .

1. الواهب، مالك الهبة وشرطه أن يكون مالكا للشيء الموهوب.
2. الموهوب له، يشترط فيه أهلية التملك .
3. الهبة، الشيء الموهوب .
4. الصيغة، الإيجاب والقبول، كأن يقول الواهب: وهبت كذا، ويرد الموهوب قبلت.

(1) العيني، أبو محمد محمود بن احمد، عمدة القاري شرح صحيح البخاري، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د ط، دت، كتاب الهبة، باب الهبة وفضل التحريض عليها، 126/13.

(2) ابن المنذر، الإجماع، ص 154.

(3) الكاساني، بدائع الصنائع، 115/6. الغيتابي، البناية شرح الهداية، 160/10.

(4) ابن رشد، المقدمات الممهديات، 408/2

(5) الشربيني، مغني المحتاج، 560/3،

(6) البهوتي، كشاف القناع، 298/4؟

4.2.4 أثر الموت على عقد الهبة في الفقه الإسلامي.

اختلف الفقهاء في أثر الموت على عقد الهبة، عند موت الواهب قبل القبض، وموت الموهوب بعد القبول قبل القبض في حياة الواهب على مذاهب، وهذا ما سنبيّنه إن شاء الله.

الفرع الأول: أثر موت الواهب قبل القبض على عقد الهبة في الفقه الإسلامي.
وجه الاتفاق في المسألة.

الهبة عقد كباقي العقود وجب فيه الإيجاب والقبول⁽¹⁾.
موطن الإختلاف .

حكم الهبة إذا مات الواهب بعد القبول قبل القبض من الموهوب له⁽²⁾.
سبب الخلاف⁽³⁾.

1-الإختلاف في تأويل الأخبار.

2-الاجتهاد.

3-الاختلاف في حقيقة عقد الهبة بين اللزوم والجواز.

تحرير محل النزاع الفقهي

يدور محل النزاع الفقهي فيما إذا يلزم عقد الهبة بمجرد القبول أو يحتاج إلى القبض⁽⁴⁾.

(1) الذهلي، اختلاف الأئمة العلماء، 51/2.

(2)الذهلي، اختلاف الأئمة العلماء، 51/2.

(3) الذهلي، اختلاف الأئمة العلماء، 51/2، ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 114/4.

(4) الذهلي، اختلاف الأئمة العلماء، 51/2

أولاً: أقوال الفقهاء وأدلتهم في المسألة.

القول الأول: ذهب الحنفية⁽¹⁾ والمالكية في رواية⁽²⁾، والشافعية⁽³⁾ والحنابلة في في إحدى الروايتين⁽⁴⁾ إلى بطلان عقد الهبة إذا مات الواهب قبل القبض من الموهوب له وتكون تركة لورثة الواهب .

أدلة القول الأول. استدلووا بالسنة النبوية والآثار والمعقول.
أولاً: السنة النبوية.

أ. ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم، أنه قال: (لا تجوز الهبة إلا مقبوضة)⁽⁵⁾.
وجه الدلالة : أن الهبة لا يحكم بملكها للموهوب له إلا بالحيازة والقبض⁽⁶⁾.
ب. ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم، أنه قال : (الواهب أحق بهبته مالم يثب)⁽⁷⁾.
وجه الدلالة : دل الحديث بمنطوقه أن الهبة ملك للواهب قبل التسليم والقبض للموهوب له⁽⁸⁾.

-
- (1) السرخسي، المبسوط، 48/12، العيني، البناية شرح الهداية، 163/10، الكاساني، بدائع الصنائع، 6/115.
(2) مالك، المدونة، 387/4، عليش، منح الجليل، 8/183.
(3) الرملي، نهاية المحتاج، 408/5، الشربيني، مغني المحتاج، 565/3، النووي، المجموع، 378/15، قليوبي وعميرة، حاشية قليوبي وعميرة، 3/112.
(4) المرادوي، الإنصاف، 133/7، ابن مفلح المبدع، 192/5، ابن قدامة، المغني، 41/6، البهوتي، كشاف القناع، 4/301.
(5) النعاني، المصنف، كتاب الوصايا، باب النحل، 104/9، حديث رقم 16515، أخرجه ابن حجر، أبو الفضل احمد بن علي، الدراية في تخريج أحاديث الهداية، ت: السيد عبدالله، دار المعرفة، بيروت، دط، دت، كتاب الهبة، 183/2، برقم 853، اسناده صحيح.
(6) السرخسي، المبسوط، 48/12. الغيتابي، البناية، 163/10. النووي، المجموع، 378/15.
(7) الدار قطني، أبو الحسن علي بن عمرو، سنن الدار قطني، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، 1424هـ، 2004م، كتاب البيوع، 461/3، برقم، 2971، أخرجه الحاكم، المستدرک على الصحيحين، كتاب البيوع، 60/2، برقم 2323، حديث صحيح. ابن حجر، الدراية، كتاب الهبة، باب الرجوع في الهبة، 184/2، برقم 856، اسناده صحيح.
(8) المناوي، زين الدين محمد، فيض القدير، المكتبة التجارية، مصر ط1، 1356هـ، 371/6، الصنعاني، سبل السلام، باب الهبة، كتاب الرجوع في الهبة، 136/2، برقم 884. السرخسي، المبسوط، 53/12.

ج. ما روي عن النبي ﷺ، (أنه أهدى للنجاشي ثلاثين أوقية مسكا، ثم قال لأم سلمة إني لأرى النجاشي قد مات ولا أرى الهدية التي قد أخذت إليه إلا تسترد فإذا ردت إلي فهي لك) (1).

وجه الدلالة : دل الحديث بمنطوقه أن الهبة لا تملك إلا بالقبض (2).

ثانيا: الآثار.

ما روي عن عائشة رضي الله عنها، أن أبا بكر رضي الله عنه، نحلها جذاذ عشرين وسقا من مال الغابة، فلما حضرته الوفاة قال: والله يا بنية ما من الناس أحد أحب إلي غنى بعدي منك ولا أعز علي فقرا بعدي منك، إلا أنني كنت نحلتك من مالي جذاذ عشرين وسقا، فلو كنت جذذته واحترزت به كان لك ذلك، وإنما هم أخواك وأختاك فاقتسموه على كتاب الله عز وجل (3).

وجه الدلالة: المراد من الدليل نفي الملك في الهبة قبل القبض والحيازة (4).

ثالثا: المعقول.

1. أن الهبة عقد تبرع لا يثبت الملك فيه بمجرد القبول كالوصية، لأن عقد التبرع ضعيف في نفسه لا يتعلق فيه صفة اللزوم (5).
2. لو ثبت الملك بمجرد القول لوجب على الواهب تسليم الهبة للموهوب له، والتبرع يخالف عقود المعاوضات (6).

(1) الشيباني، أبو عبدالله أحمد بن محمد، مسند الإمام أحمد بن حنبل، ت: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1424هـ، 2001م، مسند القبائل، حديث أم كلثوم بنت عقبة، 246/45، برقم 27276، أخرج، الهيثمي، أبو الحسن، نور الدين علي، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، ت: حسام الدين القدسي، مكتبة القدسي، القاهرة، د ط، 1414هـ، 1994م، باب ثواب الهدية، 148/4، برقم، 6728، حديث صحيح.

(2) الشوكاني، نيل الأوطار، 414/5، الشربيني، مغني المحتاج، 565/3. لم يجد الباحث توجيهها للدليل في غير نيل الأوطار على حسب حدود الاطلاع.

(3) الديهقي، السنن الكبرى، كتاب الهبات، باب شرط القبض في الهبة، 6280، برقم 11948، صححه ابن حجر، التلخيص الحبير، كتاب الهبة، 170/3، برقم 1328.

(4) الشوكاني، نيل الأوطار، كتاب الهبة، باب الافتقار إلى القبول، 417/5. برقم 2472. العيني، البناية شرح الهداية، 162/10. النووي، أبو زكريا محي الدين بن شرف، المجموع شرح المهذب، دار الفكر، بيروت، طبعة كاملة مع تكملة السبكي والمطيعي، دت، 378/15.

(5) السرخسي، المبسوط، 48/12.

(6) السرخسي، المبسوط، 48/12.

3. إذا أعطيت الهبة رياءً لغير وجه الله ومن غير قصد الثواب بطلت قبل الحيابة، وهذا ما يدل على أن الهبة بغير قصد الثواب خالفت الصدقة لوجه الله والتي يكتفى فيها بالقبول (1).

4. تبطل الهبة قبل الحيابة عند إحاطة مال الواهب بدين الغرماء (2).

5. أن التفريط في الحيابة سبب للبطلان لأن الإنسان الأصل فيه أن يبادر إلى حيابة ملكه وهو الأولى (3).

القول الثاني : ذهب المالكية (4) ورواية عند الشافعية في القديم (5) ورواية عند الحنابلة وهو المذهب (6)، والظاهرية (7)، إلى أن الهبة لا تبطل بموت الواهب قبل القبض ويقوم مقامه الورثة بالأذن في القبض .

أدلة القول الثاني، استدلووا بالسنة النبوية والمعقول.

أولاً: السنة النبوية .

ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم، أنه قال: (العائد في هبته كالكلب يعود في قيئه) (8).

وجه الدلالة: دل الحديث بمنطوقه عن النهي عن الرجوع في الهبة بعد منحها وعطيتها للموهوب له، فدل على أنها بمجرد القول والقبول وجب ملكها للموهوب له، ولأنها إزالة ملك بغير عوض كالوقف والعتق (9).

(1) القرافي، الذخيرة، 230/6، ، عlish، منح الجليل، 182/8.

(2) عlish، منح الجليل، 182/8.

(3) الحطاب، مواهب الجليل، 57/6، عlish، منح الجليل، 182/8.

(4) مالك، المدونة 387/4، عlish، منح الجليل، 183/8.

(5) النووي، المجموع شرح المذهب، 378/15. النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، 375/5، الشريبي، مغني المحتاج، 565/3. 148

(6) ابن مفلح، المبدع، 192/5، المرادوي، الإنصاف، 120/7، ابن قدامة، الكافي، 261/2.

(7) ابن حزم المحلى، 71/8.

(8) البخاري، صحيح البخاري، كتاب الهبة، باب هبة الرجل لإمرأته، 158/2، 2557.

(9) العيني، عمدة القاري شرح صحيح البخاري، 148/13، ابن مفلح، المبدع، 193/5. ابن حزم المحلى، 71/8.

ثانيا : المعقول .

1. أن الهبة تلحق بالبيع ويكتفي فيها بالقبول والحوز شرط لا ركن (1) .
2. أن الهبة الملك فيها في للحياة والقبول يكفي بخلاف الوصية وأنها مظنة المكافأة بأمثالها من الهبات وأنواع الثناء والمحامد فهي تقوم مقام الأعراض فينبغي أن تلحق بغيرها من العقود التي توجب بالعقد وتلزم بمجرد القول (2) .
3. أن القبض من شروط التمام وليس من شروط الصحة، لأن الأصل في العقود أنه لا قبض مشروط في صحتها حتى يقوم الدليل على اشتراط القبض (3) .
4. أن عقد الهبة عقد يؤؤل إلى اللزوم فلم تبطل قبل القبض (4) .
5. أن الهبة لا يلزم فيها القبض إلا بالمكيل والموزون كما في البيع (5) .
6. الهبة عقد فيه تملك لا يفسخ بموت الواهب، وينتقل للورثة مطلقا ويخلف الورثة الواهب في الإذن بقبض الهبة للموهوب له (6) .

ثانيا: مناقشة أدلة الفقهاء في المسألة .

مناقشة أدلة القول الأول، من السنة النبوية .

أ. الاستدلال بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم، أنه قال: (لا تجوز الهبة إلا مقبوضة) (7) .

نوقش: 1- أن الرواية ضعيفة (8) .

2- أن الهبة تملك بالعقد، والحيازة شرط التمام (9) .

(1) القرافي، الذخيرة، 230/6.

(2) القرافي، الذخيرة، 230/6.

(3) الخرشي، شرح مختصر خليل، 105/7، ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 114/4.

(4) النووي، المجموع شرح المذهب، 378/15.

(5) ابن قدامة، المغني، 41/6. المرادوي، الإنصاف، 120/7.

(6) الجمل، سليمان بن عمرو بن منصور، حاشية الجمل، دار الفكر، بيروت، د ط، د ت، 598/3.

(7) سبق تخريجه، ص 55.

(8) الزيلعي، نصب الراية، 114/4. ابن حزم المحلى، 71/8.

(9) الذخيرة، القرافي، 230/6،، النووي، المجموع، 378/15.

ب. الاستدلال بقوله صلى الله عليه وسلم : (الواهب أحق بهبته مالم يثب)⁽¹⁾.

نوقش: أن الهبة تلحق بغيرها من العقود المكتفى فيها بالقبول والحوز شرط لا ركن⁽²⁾ .

ج. الاستدلال بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم ، (أنه أهدى للنجاشي ثلاثين أوقية مسكا، ثم قال لأم سلمة إني لأرى النجاشي قد مات ولا أرى الهدية التي قد أخذت إليه إلا تسترد فإذا ردت إلي فهي لك)⁽³⁾.

نوقش: نوقش: أن الرد كان بسبب أن الموهوب له مات قبل العلم بالهبة والقبول، فردت لأنه لم يحدث قبول من النجاشي أصلا⁽⁴⁾.

وجه الدلالة : دل الحديث بمنطوقه إلى أن الهبة لا تملك إلا بالقبض⁽⁵⁾

من الآثار.

الاستدلال بما روي عن عائشة رضي الله عنها، أن أبا بكر رضي الله عنه، نحلها جذاذ عشرين وسقا من مال الغابة، فلما حضرته الوفاة قال: أني كنت نحلتك من مالي جذاذ عشرين وسقا، فلو كنت جذذته واحترزت به كان لك ذلك، وإنما هم أخواك وأختاك فاقتسموه على كتاب الله عز وجل⁽⁶⁾.

وجه الدلالة: المراد من الدليل نفي الملك في الهبة قبل القبض والحيازة⁽⁷⁾.

(1) الدار قطني، أبو الحسن علي بن عمرو، سنن الدار قطني، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، 1424هـ، 2004م، كتاب البيوع، 461/3، برقم، 2971، أخرجه الحاكم، المستدرک على الصحيحين، كتاب البيوع، 60/2، برقم 2323، حديث صحيح.

(2) القرافي، الذخيرة، 230/6.

(3) الشيباني، أبو عبدالله احمد بن محمد، مسند الإمام احمد بن حنبل، ت: شعيب الأرنؤط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1424هـ، 2001م، مسند القبائل، حديث أم كلثوم بنت عقبة، 246/45، برقم 27276، أخرجه، الهيثمي، أبو الحسن، نور الدين علي، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، ت: حسام الدين القدسي، مكتبة القدسي، القاهرة، د ط، 1414هـ، 1994م، باب ثواب الهدية، 148/4، برقم، 6728، حديث صحيح.

(4) الشربيني، مغني المحتاج، 566/3.

(5) الشوكاني، نيل الأوطار، 414/5، الشربيني، مغني المحتاج، 565/3.

(6) سبق تخريجه.ص56.

(7) العيني، البناء شرح الهداية، 162/10. النووي، المجموع، 378/15.

نوقش: 1- أن أبا بكر لم ينفذ هبته لأنها كانت مجهولة، لأن بيع عشرين وسقا ممتنع فلو كانت معلومة لنفذها⁽¹⁾.

2- هذا محمول على المكيل والموزون لا يثبت ملكه إلا بقبضه، لأن فيه جهالة⁽²⁾.

ثالثا: المعقول.

أ. الاستدلال بأن الهبة عقد تبرع لا يثبت الملك فيه بمجرد القبول كالوصية، لأن عقد التبرع ضعيف في نفسه لا يتعلق فيه صفة اللزوم⁽³⁾.

نوقش: أن الهبة عقد كباقي العقود صح فيه نقل الملك مجرد القول كالبيع، فلو وهب رجل عبد في نهار رمضان من صدقة الفطر وقبله بعد الغروب كانت صدقته واجبة في حق الموهوب له قبل القبض،⁽⁴⁾ لا سيما أن الورثة يقومون مقام الميِّت بالقبض وإذنه⁽⁵⁾.

ب. الاستدلال بأنه لو ثبت الملك بمجرد القول لوجب على الواهب تسليم الهبة للموهوب له⁽⁶⁾.

نوقش: لا يلزم الواهب بتسليم الهبة للموهوب مجرد القبول كان الملك له كالوصية، ولأنه إزالة ملك بغير عوض فلزم بمجرد العقد كالوقف والعنق⁽⁷⁾.

ج. الاستدلال بأنه إذا أعطيت الهبة رياء لغير وجه الله ومن غير قصد الثواب، بطلت قبل الحيابة، والتي خالف الصدقة بالقبول⁽⁸⁾.

نوقش: أن الهبة عقد تملك افتقر للقبض كالنكاح⁽⁹⁾.

د. الاستدلال بأن الهبة تبطل قبل الحيابة عند إحاطة مال الواهب بدين الغرماء⁽¹⁰⁾.

(1) القرافي، الذخيرة، 230/6، المرادوي، الإنصاف، 120/7، ابن مفلح، المبدع، 192/5.

(2) ابن قدامة، الكافي، 260/2. المرادوي الإنصاف، 120/7.

(3) السرخسي، المبسوط، 48/12.

(4) النووي، المجموع شرح المهذب، 378/15.

(5) ابن قدامة، الشرح الكبير على متن المقنع، 279/6.

(6) السرخسي، المبسوط، 48/12.

(7) عليش، منح الجليل، 182/8، ابن قدامة، المغني، 41/6.

(8) القرافي، الذخيرة، 230/6، عليش، منح الجليل، 182/8.

(9) ابن مفلح، المبدع، 192/5.

(10) عليش، منح الجليل، 182/8.

نوقش: أن الدين مقدم على كل العقود التي يجريها المالك، فلما قدم على الوصية وهي مندوبة فمن باب أولى سقوط الهبة (1).
هـ. الاستدلال بأن التفريط في الحياة، سبب للبطلان لأن الإنسان الأصل فيه أن يبادر إلى حياة ملكه وهو الأولى (2).
نوقش: لا يسقط حق التملك، لأنه عقد تبرع افتقر للقبض ويجبر الموهوب على قبضه (3).

مناقشة أدلة القول الثاني. من السنة النبوية .

الاستدلال بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم، أنه قال: (العائد في هبته كالكلب يعود في قيئه) (4).

نوقش: 1- أن الرواية تحمل على الرجوع بعد التسليم، لأنها لا تسمى هبة إلا بعد التسليم، وقد تحمل على الصدقة لأنه يراد بها وجه الله تعالى (5).

2- أن هذه الرواية قد خصصت برواية الواهب أحق بهبته مالم يثب (6).

ثانيا: المعقول.

أ. الاستدلال بأن الهبة تلحق بالبيع ويكتفي فيها بالقبول (7).

نوقش: ليس من صفة عقد الهبة اللزوم، فهو ضعيف في نفسه دون قبض وحياسة (8)

ب. الاستدلال بأن الهبة الملك فيها للحياة والقبول يكفي فتلزم بالقول (9).

نوقش: الهبة عقد تبرع يخالف عقود المعاوضات (10).

(1) مالك، المدونة، 387/4.

(2) الحطاب، مواهب الجليل، 57/6، عيش، منح الجليل، 182/8.

(3) القرافي، النخيرة، 230/6.

(4) سبق تخريجه، ص57.

(5) السرخسي، المبسوط، 53/12. الشوكاني، نيل الأوطار، 15/6.

(6) الشوكاني، نيل الأوطار، 15/6.

(7) القرافي، النخيرة، 230/6.

(8) الكاساني، بدائع الصنائع، 115/6.

(9) القرافي، النخيرة، 230/6.

(10) السرخسي، المبسوط، 48/12، الكاساني، بدائع الصنائع، 115/6.

ج. الاستدلال على أن القبض من شروط التمام وليس من شروط الصحة، لأن الأصل في العقود أنه لا قبض مشروط في صحتها⁽¹⁾.

نوقش: أن أبا بكر وعمر وعلي لم يوجبوا ملك الهبة إلا مقبوضة⁽²⁾، فضلا

على أن بالموت بطل الإذن بالقبض، لأن الإذن وكالة وهي تبطل بالموت⁽³⁾.

د. الاستدلال بأن عقد الهبة عقد يؤول إلى اللزوم فلم تبطل قبل القبض⁽⁴⁾.

نوقش: عقد الهبة عقد تبرع والتبرع لا يثبت فيه الملك إلا بالقبض⁽⁵⁾.

هـ. الاستدلال بأن الهبة لا يلزم فيها القبض إلا بالمكيل والموزون، كما في البيع⁽⁶⁾.

نوقش: أن الهبة تلزم بالقبض في المكيل والموزون والطعام والمعدود وغيره⁽⁷⁾.

و. الهبة عقد فيه تملك لا يفسخ بموت الواهب، وينتقل للورثة مطلقا ويخلف الورثة الواهب في الإذن بقبض الهبة للموهوب له⁽⁸⁾.

نوقش: أن الموت أحد موانع الهبة، والثابت للوارث غير ما كان ثابت للمورث

حقيقة، لأن الملك عرض يتجدد في كل زمان، فاعبر الملك بيد الورثة ملك

جديد لا التزام فيه⁽⁹⁾.

ثالثا: الترجيح في المسألة.

يرى الباحث بعد الاطلاع على أقوال الفقهاء وأدلتهم ومناقشتها، أن الهبة لا

تلزم إلا بالقبض، فلا يكتفي فيها القبول لأنها عقد تملك جائز لا يلزم إلا بتسليمها من

الواهب إلى الموهوب، فإذا مات الواهب أو الموهوب قبل الحياة بطلت الهبة، وهذا

بخلاف عقود التملك كالبيع وغيرها والتي يكتفي فيها القبول، وأن الأخبار الواردة في

النهي عن الرجوع فيها محمولة على ما قبل التسليم، هذا إذا كان المقصد من الهبة

(1) الدسوقي، حاشية الدسوقي، 101/4.

(2) الغيتابي، البناءة، 162/10، ابن قدامة، المغني، 41/6

(3) البهوتي، كشاف القناع، 301/4

(4) النووي، المجموع، 378/15.

(5) السرخسي، المبسوط، 48/12.

(6) ابن قدامة، المغني، 41/6. المرادوي الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، 120/7.

(7) ابن مفلح، المبدع، 192/5.

(8) الجمل، سليمان بن عمرو بن منصور، حاشية الجمل، دار الفكر، بيروت، د ط، د ت، 598/3.

(9) الكاساني، بدائع الصنائع، 129/6.

المودة والمحبة والقربى من الموهوب له، أما إذا كان المقصود من الهبة وجه الله تعالى والثواب كالصدقة فلا يجوز الرجوع فيها كالوقف لأنه المراد منها القربى لله تعالى فلا يصح الرجوع فيها.

الفرع الثاني: أثر موت الموهوب له على عقد الهبة في الفقه الإسلامي.
اختلف الفقهاء في حكم موت الموهوب له قبل القبض الهبة على مذاهب.
موطن الإختلاف .

اختلف الفقهاء في حال موت الموهوب له قبل القبض⁽¹⁾.

تحريم محل النزاع الفقهي .

موت الموهوب له قبل القبض بين ملكه للهبة وعدم ملكه⁽²⁾ .
سبب الإختلاف⁽³⁾.

1-الإختلاف في حكم عقد الهبة بين اللزوم والجواز.

2-الإختلاف في تأويل الأخبار.

أولاً: أقوال الفقهاء في المسألة .

القول الأول: ذهب الحنفية⁽⁴⁾ ورواية عند الشافعية⁽⁵⁾ ورواية عند الحنابلة⁽⁶⁾، إلى أن الهبة تبطل بموت الموهوب له قبل القبض .

(1) الذهلي، اختلاف الائمة العلماء، 51/2.

(2) الذهلي، اختلاف الائمة العلماء، 51/2.

(3) المصدر السابق، ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 114/4.

(4) ابن الهمام، فتح القدير، 20/9، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، 690/5، الأنصاري، جمال الدين أبو محمد علي، اللباب في الجمع بين السنة والكتاب، ت: محمد فضل، دار القلم، دمشق، سوريا، ط2، 1414هـ، 1994م، 542/2.

(5) الشربيني، مغني المحتاج، 566/3، النووي، المجموع، 378/15.

(6) البهوتي، شرح منتهى الإيرادات، 432/2، المرادوي، الإنصاف، 121/7. ابن مفلح، المبدع، 192/5، ابن قدامة، المغني، 41/6.

أدلة القول الأول. استدلووا بالسنة النبوية والمعقول.

أولاً : السنة النبوية.

أ. ما روي عن النبي ﷺ، (أنه أهدى للنجاشي ثلاثين أوقية مسكا، ثم قال لأم سلمة إني لأرى النجاشي قد مات ولا أرى الهدية التي قد أهديت إليه إلا تسترد فإذا ردت إلي فهي لك⁽¹⁾).

وجه الدلالة : دل الحديث بمنطوقه على أن الهبة قبل القبض في حال موت الموهوب له باقية على ملك الواهب، والدليل فعل النبي صلى الله عليه وسلم أنه لم يجعلها لورثة كسرى⁽²⁾.

ب. قول النبي ﷺ: يقول ابن آدم : (مالي مالي، وهل لك من مالك إلا ما أكلت فأفريت، أو لبست فأبليت، أو تصدقت فأمضيت ،وما سوى ذلك فهو مال الوارث)⁽³⁾، وزاد في رواية أخرى (اعطى قاقنتى)⁽⁴⁾.

وجه الدلالة : أن النبي ﷺ، بين أن الصدقة لا تكون إلا بالإمضاء وهو القبض والصدقة والهبة سواء⁽⁵⁾.

ثانياً: الآثار

ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه، قال: ما بال أقوام ينحلون أولادهم ،فإذا مات أحدهم قال: مالي بيدي، وإذا مات هو قال: كنت نحلته ولدي، لا نحلة إلا نحلة يحوزها الولد دون الولد فإن مات ورثه⁽⁶⁾.
وجه الدلالة: دل الخبر أن النحل وهو الهبة أو العطايا أو الهدايا أو ما في معناها، أنها لا تصح إلا مقبوضة، وهذا مذهب الصحابة أبي بكر وعمر وعثمان وعلي⁽⁷⁾.

(1) سبق تخريجه.ص59.

(2) السرخسي، المبسوط، 49/12

(3) مسلم، صحيح مسلم، كتاب الزهد والرقائق، 2278/4، برقم 2958.

(4) مسلم، صحيح مسلم، كتاب الزهد والرقائق، 2278/4، برقم 2959.

(5) النووي، شرح صحيح مسلم، كتاب الزهد، 94/18، برقم 2959، السرخسي، المبسوط، 48/12.

(6) البيهقي، السنن الكبرى للبيهقي، كتاب الهبة، باب يقبض للطفل أبوه، 282/6، برقم 11953، صححه

الزيلعي، نصب الراية، كتاب الهبة، 122/4. لم يجد الباحث تخريجا للحديث في غير نصب الراية، ووأخرجه

عبدالرزاق، المصنف، كتاب الوصايا، باب النحل، 101/9، برقم 16509.

(7) ابن قدامة، المغني 41/6.

ثالثاً: المعقول

أ. أن الهبة عقد تبرع، وفي تملك الهبة قبل القبض إلزام للمتبرع ما تبرع به، وهذا يخالف مقتضى التبرع⁽¹⁾.

ب. أن ثبوت الملك لا يتم إلا بالقبض، والوارث لا يملك أهلية اللزوم، وحق الوارث متأخر عن الوصية فلم يملكها⁽²⁾.

ج. أن للواهب حق الرجوع في هبته قبل التسليم لأنه يمنع إتمام العقد⁽³⁾.

د. أن عقد الهبة فيه صفة الجواز، يفسخ بموت الموهوب له كالوكالة⁽⁴⁾.

القول الثاني: ذهب المالكية⁽⁵⁾ والشافعية⁽⁶⁾ والحنابلة⁽⁷⁾، والظاهرية⁽⁸⁾، إلى أن الهبة لا تبطل بموت الموهوب له قبل القبض بعد القبول وتكون لورثته من بعده ولهم القبض أو الرد.

أدلة القول الثاني، استدلوا بالمعقول.

أ. الهبة عقد يلزم بمجرد القول، والموت لا يسقط ملكية الهبة لأن ورثة الموهوب له قادرين على حيازة الملك وهم بالخيار بين الرد أو القبض⁽⁹⁾.

ب. أصبحت الهبة حقاً للورثة وهي ملكهم، لأن من يترك حق يكون لورثته من بعده⁽¹⁰⁾.

(1) الزيلعي، تبين الحقائق، 99/5.

(2) ابن الهمام، فتح القدير، 21/9.

(3) ابن مازة الحنفي، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، 247/6.

(4) الشربيني، مغني المحتاج، 566/3.

(5) الغرناطي، التاج والأكليل لمختصر خليل، 15/8، الصاوي، حاشية الصاوي، 145/4، ابن جزيء، القوانين الفقهية، 242/1.

(6) الأنصاري، أسنى المطالب، 482/2، النووي، المجموع، 378/15، البجيرمي، حاشية البجيرمي، 219/3.

(7) الراميني، الفروع وتصحيح الفروع، 410/7، المرادوي، الإنصاف، 192/5. ابن مفلح، المبدع، 192/5، البهوتي، كشاف الفناع، 301/4. ابن قدامة، المغني، 41/6.

(8) ابن حزم المحلى، 71/8.

(9) ابن جزيء، القوانين الفقهية، 242/1.

(10) النفراوي، الفواكه الدواني، 160/2.

ج. أن الهبة بحكم غيرها من العقود كالبيع وغيره، الوارث فيها يقوم مقام الأب في الإمضاء والفسخ، ولأن البيع يفترق صحته على القبض إلا في المكيل والموزون لانعدام وجود وجه المنازعة في غيره (1).

د. أن الهبة تملك بالعقد بمجرد القبول، فلا تبطل بالموت ولأنها عقد يؤول إلى اللزوم فلا يبطله الموت كالبيع بشرط الخيار وهو بخلاف الشركة والوكالة، والوارث يقوم مقامه بالقبض أو الرد (2).

هـ. لا تبطل الهبة على أي حال من الأحوال بعد القبول، إلا إذا جن أو مرض أو أفلس الواهب أو تهاون الموهوب له في الحياة، ولم يكن جادا فيها والأصل أن يجبر عليها (3).

ثانيا: مناقشة أدلة الفقهاء في المسألة.

مناقشة أدلة القول الأول. من السنة النبوية .

أ. الاستدلال بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم، (أنه أهدى للنجاشي ثلاثين أوقية مسكا، ثم قال لأم سلمة إني لأرى النجاشي قد مات ولا أرى الهدية التي قد أهديت إليه إلا تسترد فإذا ردت إلي فهي لك (4).

نوقش: أن الرد كان بسبب أن الموهوب له مات قبل العلم بالهبة والقبول، فردت، لأنه لم يحدث قبول من النجاشي أصلا، والرسول في الهدية، أي الوكيل، ليس له الحق في إرسال الهدية بموت الموهوب له قبل علمه وقبوله، ليس له تسليمها للموهوب له قبل علم ورثة الواهب وترجع إليهم ميراث (5).

ب. الاستدلال بقول النبي صلى الله عليه وسلم: يقول ابن آدم : (مالي مالي، وهل لك من مالك إلا ما أكلت فأفانيت، أو لبست فأبليت، أو تصدقت فأمضيت، وما سوى ذلك فهو مال الوارث) (6).

(1) الأسيوطي، جواهر العقود، 313/1. الزركشي، شرح الزركشي، 305/4.

(2) النووي، المجموع شرح المذهب، 378/15، البجيرمي، حاشية البجيرمي، 219/3.

(3) الغرناطي، التاج والأكليل، 15/8، الصاوي، حاشية الصاوي، 145/4.

(4) سبق تخريجه. ص 59.

(5) الشربيني، مغني المحتاج، 566/3، ابن قدامة، المغني لابن قدامة، 43/6.

(6) مسلم، صحيح مسلم، كتاب الزهد والرقائق، 2278/4، برقم 2958.

نوقش: أن ليس ثمة شيء في الرواية يدل على أن الهبة الأصل فيها القبض،
والسؤال في الخبر عن المال الذي خرج من اليد⁽¹⁾.

من الآثار

الاستدلال بما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه، قال: ما بال أقوام
ينحلون أولادهم، فإذا مات أحدهم قال: مالي بيدي، وإذا مات هو قال: كنت نحلته
ولدي، لا نحلة إلا نحلة يحوزها الولد دون الوالد فإن مات ورثه⁽²⁾.

نوقش: أن هذا أثر عن عمر بن الخطاب وخالفه ابن عباس وابن مسعود، والأصل في
الأخبار الواردة عن النبي صلى الله عليه وسلم، النهي عن الرجوع في الهبة⁽³⁾.

من المعقول.

أ. الاستدلال بأن الهبة عقد تبرع، وفي تمليك الهبة قبل القبض إلزام للمتبرع ما
تبرع به، وهذا يخالف مقتضى التبرع⁽⁴⁾.

نوقش: أن الأصل في التبرع الإمضاء وهذا ليس إلزاما للمتبرع لأنه محاباة منه أو
ثواب يبغى به رضا الله تعالى، ولكن العقد فيه تمليك للغير ابتداء فلا يسقط
انتهاء بموت الموهوب له⁽⁵⁾.

ب. الاستدلال بأن ثبوت الملك لا يتم إلا بالقبض، والوارث لا يملك أهلية اللزوم،
وحق الوارث متأخر عن الوصية فلم يملكها⁽⁶⁾.

نوقش: أن عقد الهبة كغيره من العقود يفتقر للقبض كالبيع، وجاز للوارث إمضاء
البيع⁽⁷⁾.

(1) النووي، المجموع شرح المذهب، 371/15.

(2) سبق تخريجه، ص 64.

(3) الشربيني، مغني المحتاج، 569/3، ابن قدامة، المغني، 41/6.

(4) الزيلعي، تبين الحقائق، 99/5.

(5) مالك، المدونة، 288/4، الغرناطي، التاج والأكليل، 15/8، الصاوي، حاشية الصاوي، 145/4. البجيرمي،
حاشية البجيرمي، 219/3.

(6) ابن الهمام، فتح القدير، 21/9.

(7) القرافي، النخيرة، 230/6.

ج. الاستدلال بأن للواهب حق الرجوع في هبته قبل التسليم لأنه يمنع إتمام العقد⁽¹⁾.

نوقش: لا يصح له الرجوع بعد القبول إلا لمانع كجنون أو أغماء أو حجر وما يقوم مقامه من المنع⁽²⁾.

د. الاستدلال بأن عقد الهبة فيه صفة الجواز، يفسخ بموت الموهوب له كالوكالة⁽³⁾.

نوقش: أن عقد الهبة لا يفسخ بموت الموهوب له لأنه يؤول إلى اللزوم فلم يفسخ بالموت كالبيع بخلاف الوكالة، إلا إذا حدث للواهب حجر أو جنون أو إغماء، فيكون القبض بعد الإفاقة⁽⁴⁾.

مناقشة أدلة القول الثاني، استدلووا بالمعقول .

أ. الاستدلال بأن الهبة عقد يلزم بمجرد القول، والموت لا يسقط ملكية الهبة لأن وريثة الموهوب له قادرين على حيازة الملك وهم بالخيار بين الرد أو القبض⁽⁵⁾.

نوقش: أن ملك الموهوب له وإن كان لورثته فلا يلزم الواهب بالتبرع لهم، لأن إزمه خالف مقتضى التبرع، لأن المحسن لا سبيل عليه⁽⁶⁾.

ب. الاستدلال بأن الهبة أصبحت حقا للورثة وهي ملكهم، لأن من يترك حق يكون لورثته من بعده⁽⁷⁾.

نوقش: أن المقصود من الهبة أما الثواب لنيل رضا الله تعالى، أو المحاباة، أو للمدح والثناء، وكل هذه الأسباب إنما انقطعت بموت الموهوب له قبل الحيازة والتسليم، ولما كان الرجوع فيها وهي في يد مالكها جائز، لأن النهي عن الرجوع

(1) ابن مازة، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، 247/6.

(2) الجمل، حاشية الجمل، 598/3.

(3) الشربيني، مغني المحتاج، 566/3.

(4) البجيرمي، حاشية البجيرمي، 219/3، الجمل، سليمان بن عمرو، حاشية الجمل على شرح المنهج، دار الفكر، بيروت، دط، دت، 598/3.

(5) ابن جزئي، أبو القاسم محمد بن احمد، القوانين الفقهية، دار الكتب العلمية، بيروت، دط، دت، 242/1.

(6) الزيلعي، تبيين الحقائق، 99/5.

(7) النفراوي، احمد بن غانم، الفواكه الدواني على رسالة أبي زيد القيرواني، دار الفكر، بيروت، دط، 1415هـ، 1995م، 160/2.

كان للتقبيح لا للتحريم، فكان بالأولى أن لا تثبت على ملك وارث لم يعينه الواهب في هبته⁽¹⁾.

ج. الاستدلال بأن الهبة بحكم غيرها من العقود كالبيع وغيره، الوارث فيها يقوم مقام الأب في الإمضاء والفسخ، لأن البيع يفترق صحته على القبض إلا في المكيل والموزون لانعدام وجود وجه المنازعة في غيره⁽²⁾.

نوقش: أن الهبة عقد افتقر للقبض وهذا قول الصحابة وأجمعهم بالمكيل والموزون وغيره⁽³⁾.

نوقش: الموت مناف للملك في الهبة لأن الحكم فيها لحال الحياة، فلا يثبت ملكها بعد موت الموهوب لأن الملك فيها مضاف لما بعد الموت⁽⁴⁾

د. الاستدلال أن الهبة تملك بالعقد بمجرد القبول، فلا تبطل بالموت ولأنها عقد يؤول إلى اللزوم فلا يبطله الموت كالبيع بشرط الخيار وهو بخلاف الشركة والوكالة، والوارث يقوم مقامه بالقبض أو الرد⁽⁵⁾.

نوقش: لا تملك الهبة بمجرد العقد والقبول فيه، القبض في الهبة أثبات للملك وبعدهم ينتفي الملك، والثمرة في ذلك لو حلف أن لا يهب فوهب ولم يقبل الموهوب له يحنث⁽⁶⁾.

هـ. الاستدلال بعدم بطلان الهبة على أي حال من الأحوال بعد القبول، إلا إذا جن أو مرض أو أفلس الواهب أو تهاون الموهوب له في الحيابة ولم يكن جادا فيها والأصل أن يجبر عليها فمات الواهب أو الموهوب له قبل القبض بطلت على هذه الاستثناءات وقيل لا تبطل⁽⁷⁾.

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، 6/129.

(2) الأسيوطي، شمس الدين محمد بن احمد، جواهر العقود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1417هـ، 1996م، 313/1. الزركشي، شرح الزركشي، 4/305.

(3) العيني، البناية شرح الهداية، 10/162، ابن قدامة، المغني، 6/41. المرادوي، الإنصاف، 7/120.

(4) السرخسي، المبسوط، 12/48.

(5) النووي، المجموع شرح المذهب، 15/378، البجيرمي، حاشية البجيرمي، 3/219.

(6) الغيتابي، البناية، 10/160.

(7) الغرناطي، التاج والأكليل، 8/15، الصاوي، حاشية الصاوي، 4/145.

نوقش: تبطل الهبة قبل التسليم، لأن التسليم من ضرورات التملك والهبة عقد تبرع ابتداء وانتهاء، فإنه لو وهب وسلم جاز له الرجوع فيكيف قبل التسليم⁽¹⁾.

ثالثا: الترجيح في المسألة.

يرى الباحث بعد الإطلاع على أقوال الفقهاء وأدلتهم ومناقشتها، أن عقد الهبة يفسخ بموت الموهوب له قبل القبض، لأن الأصل في الهبة تكون محوزة والقبض في العقود من ضرورات التملك، ومن ثم أحالة الهبة لورثة الموهوب له لا يصح لأن عقد الهبة قام بين طرفين على سبيل التبرع، من الواهب وكان مقصوده الموهوب له فلا يحق لورثة الموهوب له المطالبة بملك الهبة باعتبار أنها ملك للورثة وأصبحت مال أبيهم وهي من التركة، وهذا مذهب الصحابة رضوان الله عليهم .

3.4 أثر الموت في الالتزامات الناشئة عن عقد الوقف في الفقه الإسلامي.

1.3.4 حقيقة الوقف في اللغة والإصطلاح.

أولاً: الوقف في اللغة، أصلها وقف وجمعها وقوف، والفاعل منها واقف، وهو ضد الجلوس، ويقال وقفت الأرض على المساكين أي حبسها بمعنى الحبس، يقال: حبس الدار، وحبس الفرس، وحبس العين عن ملك الواقف، أو على ملك الله⁽²⁾ .

ثانيا : الوقف في الإصطلاح

عرّفه الحنفية⁽³⁾، حبس المملوك المعين عن التملك للغير. وعرف عندهم أيضا، بأنه حبس العين على ملك الواقف والتصدق بمنفعتها أو صرف منفعتها إلى من أحب⁽⁴⁾.

عرّفه المالكية⁽⁵⁾، إعطاء منفعة شيء مدة وجوده، لازما بقاءه في ملك معطيه ولو تقديرا لجواز بيعه برضاه مع معطاه.

(1) العيني، البناءة شرح الهداية، 10/162.

(2) ابن منظور، لسان العرب، 9/359، مادة وقف . الفيروز آبادي، القاموس المحيط، 1/860، مادة وقف.

(3) السرخسي، المبسوط، 12/27.

(4) الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، 3/324.

(5) الرصاع، محمد بن قاسم، المكتبة العلمية، ط1، 1350هـ، 1/411، الحطاب، مواهب الجليل، 6/18.

عرّفه الشافعية (1)، حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه ممنوع من التصرف في عينه، تصرف منافعه في البر تقرباً إلى الله تعالى .
عرفه الحنابلة (2)، تحبب مالك مطلق التصرف ماله المنتفع به مع بقاء عينه بقطع تصرف الواقعة وغيره في رقبته يصرف ريعه إلى جهة بر تقرباً إلى الله تعالى .
نرى أن الفقهاء اتفقوا في تعريفاتهم بأن الوقف المنع وتحبب الأصل والتخلي عنه، وإخراجه عن الملك والتصرف وتسبيل المنفعة، وذكرهم منتفع به دل على إخراج كل ما لا ينتفع به كجلد ميتة ونحو ما ليس بمال لا يجوز وقفه .
ومن خلال ما سبق يرى الباحث، أن الوقف حبس جائز التصرف المال المملوك المنتفع به بقطع التصرف في العين، تصرف منافعه على جهة معينة تقرباً إلى الله تعالى .
شرح التعريف.

حبس، لأن الوقف معناه تحبب المال على الموقوف والتحبب التأييد، جائز التصرف، ممن يصح تصرفه شرعاً، وبذلك يكون الحبس في المال المملوك فكل ما هو غير مملوك لا يجوز حبسه، كحيوان شارد، مع عدم التصرف في الرقبة، تصرف المنافع فيه على جهة معينة محددة يقصد فيه القرية لله تعالى.

2.3.4 مشروعية الوقف في الفقه الإسلامي

ثبتت مشروعية الوقف في الكتاب والسنة والإجماع

أولاً : الكتاب

أ. قال تعالى : ﴿لَنْ تَأَلَوْا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ﴾ (3).

(1) الحصني، أبو بكر محمد بن عبدالمؤمن، كفاية الاخيار في حل غاية الاختصار، دار القلم، دمشق، ط1، 1994م، 305/1.

(2) الحجاوي، موسى بن احمد، الإقناع في فقه احمد بن حنبل، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د ط، د ت، 2/3.

(3) آل عمران، الآية رقم (92).

وجه الدلالة : دلت الآية الكريمة على استحباب نفقة المسلم من أعز ماله قربة لله تعالى وبذل الجهد في طاعة الله ومعاونة الناس، ليحصل على كمال الخير بالرضى والرحمة والفوز بالجنة⁽¹⁾.

ب. قال تعالى : ﴿إِنْ تُقْرِضُوا اللَّهَ قَرْضًا حَسَنًا يَضَاعِفْهُ لَكُمْ﴾⁽²⁾.

وجه الدلالة : دلت الآية الكريمة على حب الإنفاق في سبيل الله، وأن الله يخلف هذا الإنفاق ويضاعفه بالجزاء الحسن لصاحبه⁽³⁾.

ثانيا: السنة النبوية

1. روى ابن عباس أن سعد بن عبادة رضي الله عنهم جاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال: (يا رسول الله إن أُمِّي توفيت وأنا غائب عنها فهل ينفعها شيء إن تصدقت به عنها؟ قال : نعم، قال: فإنني أشهدك أن حائطي المخراف صدقة عنها)⁽⁴⁾.

وجه الدلالة: دل الحديث بمنطوقه على جواز مشروعية الوقف وأنه من الصدقة⁽⁵⁾.

2. عن ابن عمر، قال: أصاب عمر أرضا بخيبر، فأتى النبي صلى الله عليه وسلم، فقال: يا رسول الله إني أصبت أرضا بخيبر، لم أصب مالا قط هو أنفسي عندي منه، فما تأمرني به، قال: إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها، فقال: تصدق بها أن لا يباع أصلها ولا يبتاع ولا يورث ولا يوهب، فتصدق عمر في الرقاب والمساكين والفقراء وفي سبيل الله⁽⁶⁾.

(1) البضاوي، تفسير البضاوي، 38/2.

(2) التغابن، الآية، 17.

(3) ابن كثير، أبو الغداء إسماعيل بن عمر، تفسير القرآن العظيم، ت: سامي بن محمد، دار طيبة، ط2، 1420هـ، 1999م، 141/8.

(4) البخاري، صحيح البخاري، كتاب الوصايا، باب الإشهاد في الوقف والصدقة، 9/4، برقم 2763.

(5) العيني، أبو محمد محمود بن أحمد، عمدة القاري شرح صحيح البخاري، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط2، دت، كتاب الوصايا، باب الإشهاد في الوقف والصدقة، 56/14، برقم 1672.

(6) مسلم، صحيح مسلم، كتاب الوصية، باب الوقف، 1255/2، برقم 1632.

وجه الدلالة : دل الحديث بمنطوقه على صحة أصل الوقف، وفضيلته وهي الصدقة الجارية وفيه دلالة على الإنفاق مما يجب المرء من أعز ماله⁽¹⁾.

ثالثا : الإجماع

أجمعت الأمة الإسلامية على صحة الوقف وجوازه⁽²⁾.

3.3.4 أركان الوقف⁽³⁾

أولاً: الواقف، وهو الشخص الذي حبس المال.

ثانياً: الموقوف، المراد به المال المقصود وقفه.

ثالثاً : الموقوف عليه، وهو الذي قصد نفعه بالوقف، أي الجهة التي أوقف المال عليها.

رابعاً : الصيغة، المقصود بها اللفظ الدال على الوقف بأن هذا المال صار موقوفاً ومحبوساً على فلان، كقوله وقفت هذه الدار على علي أو حبست أو سبلت، وافتقر للقبول ولزم بمجرد القول⁽⁴⁾.

4.3.4 أثر الموت على عقد الوقف في الفقه الإسلامي .

الموت أحد العوارض السماوية التي تؤثر على عقد الوقف وأحكامه، ومن خلال هذه الدراسة سنبين مدى تأثير الموت على الواقف، والموقوف عليه في الفقه الإسلامي.

الفرع الأول: أثر موت الواقف على الوقف في الفقه الإسلامي.

تصوير المسألة

إذا أوقف شخص مال على جهة معينة، ثم مات .

(1) النووي، شرح النووي على مسلم، كتاب الوصايا، باب قول عمر أصاب أرضاً.....الخ، 86/11، برقم 1632

(2) الذهلي، اختلاف الأئمة العلماء، 45/2.

(3) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، 340/4. القرافي، الذخيرة، 301/6، الشريبي، مغني المحتاج، 524/3. ابن

قدامة، المغني، 5/6.

(4) الشريبي، مغني المحتاج، 534/3.

وجه الاختلاف.

1. الاختلاف في صحة الوقف، حيث أنه أثر عن أبو حنيفة⁽¹⁾ أن الوقف لا صحة له في الأصل ومشروعيته فأبطله مطلقاً⁽²⁾.
يعترض على هذا الأثر: أن مراد في ظاهر الرواية أن لا يجعله لازماً، وليس مراده الإبطال مطلقاً⁽³⁾.
2. الاختلاف في طبيعة العقد من جهة اللزوم والجواز⁽⁴⁾.

تحرير محل النزاع الفقهي

- يدور محل النزاع الفقهي بأن عقد الوقف يلزم بمجرد القول⁽⁵⁾.
أولاً: أقوال الفقهاء في المسألة.
القول الأول: ذهب أبو حنيفة⁽⁶⁾، إلى أن الوقف عقد جائز يجوز الرجوع فيه، وفي حال مات الواقف جاز لورثته الرجوع عنه وتملكه وبيعه وهبته والتصرف فيه.

(1) الإمام الأعظم النعمان بن ثابت بن كاوس بن هرمز بن مرزبان بن بهرام بن مهركز، ولد سنة (80هـ)، وقيل : (63هـ)، وأجمعوا على أنه مات سنة (150هـ) ببغداد، سمع عن بعض الصحابة، مثل عبدالله بن أنيس بن مالك وجابر بن عبدالله ووائلته بن الأسقع وغيرهم، ورع وزاهد في الله تحدث في الجرح والتعديل، محي الدين الحنفي، عبدالقادر بن محمد، الجواهر المضية في طبقات الحنفية، دط، دت، 37/1.
(2) السرخسي، المبسوط، 27/12، الكاساني، بدائع الصنائع، 218/6، ابن حزم، المحلى بالأثار، 149/8.
(3) السرخسي، المبسوط، 27/12. الذهلي، اختلاف الأئمة العلماء، 46/2، الطحاوي، شرح معاني الآثار، أبو جعفر احمد بن محمد، ت: محمد زهير، دار عالم الكتب، ط1، 1414هـ، 1994م، 97/4. السرخسي، المبسوط، 27/12.
(4) الذهلي، اختلاف الأئمة العلماء، 46/2، السرخسي، المبسوط، 27/12.
(5) الذهلي، اختلاف الأئمة العلماء، 45/2.
(6) السرخسي، المبسوط، 29/12، السمرقندي، محمد بن احمد، تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط2، 1414هـ، 1994م، 376/3.

أدلة القول الأول. استدلووا بالسنة النبوية والمعقول.

أولاً : السنة النبوية

1. ما روي عن ابن عباس أنه لما نزلت سورة النساء ،وفرضت فيها الفرائض، قال

عليه وسلم: (لا حبس عن فرائض الله)⁽¹⁾.

وجه الدليل : أي أنه لا مال يحبس بعد موت صاحبه عن القسمة بين الورثة، والوقف
حبس للمال عن الورثة⁽²⁾ .

2. ما روي أن عبد الله بن زيد، وقف حائطاً، فجاء أبواه إلى النبي صلى الله عليه

وسلم، فقالا له : إنه قوام عيشنا، فرده النبي صلى الله عليه وسلم، ثم ماتا
فورثهما ابنهما بعد⁽³⁾.

وجه الدلالة: دل الحديث على أن الوقف يجوز الرجوع فيه⁽⁴⁾.

ثانياً: الآثار

ما روي عن عمر بن الخطاب، أنه قال : لولا أنني نكرت صدقتي عند رسول

الله، لرددتها⁽⁵⁾.

(1) البيهقي، السنن الكبرى، احمد بن الحين بن علي، السنن الكبرى، ت: محمد عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3، 1424هـ، 2003م، كتاب الوقف، باب لا حبس عن فرائض الله، 6/268، 11908، ضعفه الهيتمي، مجمع الزوائد منبع الفوائد، باب الوقف، 3/129، برقم 4712 حديث منقطع أخرجه الزيلعي، نصب الراية، كتاب الوقف، 477/3.

(2) الشوكاني، محمد بن علي، نيل الأوطار، دار الحديث، مصر، ط1، 1913هـ، 1993م، كتاب الوقف، 6/30، الطحاوي، شرح معاني الآثار، 4/97، السرخسي، المبسوط، 12/27.

(3) البيهقي، السنن الكبرى، احمد بن الحين بن علي، السنن الكبرى، ت: محمد عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3، 1424هـ، 2003م، كتاب الوقف، 6/269، برقم 11913، حديث مرسل، أخرجه الزيلعي، نصب الراية، كتاب الوقف، 1/260. ملاحظة: لم يجد الباحث تخريجا في غير كتاب نصب الراية، بحسب حدود الإطلاع.

(4) الطحاوي، شرح معاني الآثار، 4/97.

(5) القرطبي، أبو عمر، يوسف بن عبدالله، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، ت: مصطفى بن احمد، وزارة عموم الأوقاف، المغرب، د ط، 1387هـ، 1/214. من حديث زياد بن سعد رقم 2، الطحاوي، شرح معاني الآثار، 4/97. أخرجه ابن حجر، التلخيص الحبير، كتاب الوقف، 3/158، برقم 1310،

وجه الدلالة: أن الملك لا يزول عن الرقبة، ويصح البيع والهبة والتصرف فالوقف للأرض نفسها لا يدل على المنع من التصرف، وإنما وفاء لما فارق النبي صلى الله عليه وسلم عليه⁽¹⁾.

ثالثاً: المعقول

أن الوقف لا يزول ملك الرقبة، وإنما صرف للمنفعة فهو بمنزلة العارية، فيمكن للوارث البيع والهبة والرجوع فيه، ولأنه نذر بالتصدق تبقى الرقبة فيه ملك على المالك ويتصرف به كيف ما يشاء، ولا ويلزم إلا إذا أضافه إلى بعد الموت، فيصبح بحكم الوصية ويكون في الثلث والزيادة عليه تحتاج إمضاء الورثة⁽²⁾.

القول الثاني: ذهب المالكية⁽³⁾، ورواية عند الحنابلة⁽⁴⁾، ومحمد بن الحسن الشيباني⁽⁵⁾ من الحنفية⁽⁶⁾، إلى أن الوقف لا يصح إلا بالقبض أي الحيازة، وإذا مات الواقف قبل حيازة الوقف من الموقوف عليه، بطل الوقف ورجع بالموقوف على الورثة وجاز لهم التصرف فيه بين الإمضاء أو الفسخ.

(1) المنبجي، جمال الدين أبو محمد علي، الباب في الجمع بين السنة والكتاب، دار القلم، دمشق، ط2، 1414هـ، 522/2.

(2) السرخسي، المبسوط، 27/12، السمرقندي، تحفة الفقهاء، 376/3.

(3) القرافي، الذخيرة، 230/6، الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، 107/4، ابن جزئي، القوانين الفقهية، 244/1، الحطاب، مواهب الجليل، 20/6.

(4) ابن مفلح، المبدع، 184/5، ابن قدامة، الشرح الكبير على متن المقنع، 206/6، ابن قدامة، المغني، 5/6.

(5) محمد بن الحسن ابن فرقد أبو عبدالله الشيباني، الكوفي صاحب أبو حنيفة، ولد بواسط سنة 132هـ، ونشأ بالكوفة، وروى عن أبي حنيفة، ومسعر، ومالك بن مغول، والأوزاعي ومالك بن أنس، أصله جزري، تولى القضاء، عرف بالزهد والورع والفصاحة، حتى قال الشافعي عنه، ولو أشاء أن أقول أن القرآن نزل بلفه محمد بن الحسن لفصاحته، ت سنة 182هـ بالري، قايمار، شمس الدين أبو عبدالله، سير أعلام النبلاء، دار الحديث، القاهرة، مصر، ط، 1427هـ، 2006م، 555/7. القرشي، عبدالقادر بن محمد، الجواهر المضية في طبقات الحنفية، ط، دت، 526/1.

(6) الزيلعي، تبيين الحقائق، 325/3. السرخسي، المبسوط، 27/12.

أدلة القول الثاني، استدلووا بالكتاب والسنة النبوية والمعقول.

أولاً: القرآن الكريم

قال تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾⁽¹⁾ .

وجه الدلالة: أن العقود التزامات وحقوق وجبت على أنفسكم فأوفوا بها⁽²⁾، لا سيما أن العقد إيجاب وقبول فما انعقد بالقول لزم بالقبض⁽³⁾.

ثانياً: السنة النبوية

ما روي عن أبي بكر الصديق، في قصة عائشة أنه كان نحلها جداد عشرين وسقا من ماله بالغابة، فلما حضرته الوفاة قال: والله يا بنية ما من الناس أحد أحب إلي غنى بعدي منك، ولا أعز علي فقرا بعدي منك، وإنني كنت نحلتك جداد عشرين وسقا، فلو كنت جددتني واحترزتيه لكان لك، وإنما هو اليوم مال وإرث، وإنما هما أخواك وأختاك فاقتسموه على كتاب الله؛ قالت عائشة: فقلت يا أبت والله لو كان كذا وكذا، لتركته وإنما هي أسماء، فمن الأخرى، فقال: ذو بطن بنت خارجة أراها جارية⁽⁴⁾.

وجه الدلالة : أن الوقف من الصدقة والهبة لا يصح تملكه إلا بالقبض والحياسة⁽⁵⁾.

ثالثاً: المعقول.

أن الوقف حبس للملك ورفع خاصية التصرف في الملك من المالك ودون الحياسة والقبض والتسليم بقي على ملكه ورجه له حق التصرف فيه فهو لا يلزم بمجرد القول، ولأن الصدقة من شروطها التسليم كما في الزكاة وغيرها من الصدقات المنفذة⁽⁶⁾.

(1) المائدة، الآية، رقم (1).

(2) الطبري، تفسير الطبري، 447/9.

(3) القرطبي، المقدمات الممهيات، 409/2، ابن جزيء، القوانين الفقهية، 244/1، الدسوقي، حاشية الدسوقي، 77/4

(4) سبق تخريجه، ص56.

(5) القرطبي، المقدمات الممهيات، 411/2. القرافي، الذخيرة، 318/6.

(6) الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، 415/1، الزيلعي، تبيين الحقائق، 325/3.

القول الثالث: ذهب الشافعية⁽¹⁾ والحنابلة في الرواية الراجحة⁽²⁾، والظاهرية⁽³⁾، وأبو يوسف⁽⁴⁾ من الحنفية⁽⁵⁾، إلى أن الوقف عقد لازم بمجرد القول، وإذا مات الواقف قبل تسليم الموقوف أو بعده لا يجوز الرجوع فيه ولا يصح للورثة التصرف فيه وتملكه. أدلة القول الثالث، استدلوا بالكتاب والسنة النبوية والمعقول.

أولاً: الكتاب

قال تعالى: ﴿وَأَفْعَلُوا الْخَيْرَ﴾⁽⁶⁾.

وجه الدلالة: دلت الآية الكريمة على أن المسلم يجب عليه تحري الخير في الطاعات والنوافل وما هو فيه قربة لله تعالى⁽⁷⁾ لا سيما أن الوقف مندوب إليه في الشرع، وتعارف عليه الأنبياء والصحابة واهل الإسلام ولم ينكره احد، تصرف فيه المنافع لله تعالى⁽⁸⁾.

ثانياً: السنة النبوية

أ. ما روي عن ستمر بن الخطاب، أنه أتى النبي صلى الله عليه وسلم يستأمره، في أرض أصابها بخبير، فقال: يا رسول الله، إني أصبت أرضاً بخبير، لم اصب ما لا قط هو أنفوس عندي منها، فما تأمرني به، قال: (ن شئت حبست

(1) الشيرازي، إبراهيم بن علي، المهذب في الفقه الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، د ط، د ت، 323/2،
الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد، الإقناع في الفقه الشافعي، د ط، د ت، 119/1. النووي، روضة الطالبين، 324/5.

(2) المرادوي، الفروع، 321/7، ابن قدامة، الشرح الكبير على متن المقنع، 206/6، المرادوي، الإنصاف، 3/7.
ابن قدامة، الكافي، 254/2.

(3) ابن حزم، المحلى بالأثار، 350/8.

(4) يعقوب بن إبراهيم بن حبيب بن حبيش بن سعد الأنصاري، ولد في الكوفة 113هـ، المشهور بأبي يوسف وهو من تلاميذ أبي حنيفة النعمان، تتلمذ على يده محمد بن الحسن الشيباني، تولى القضاء لثلاثة خلفاء المهدي والهادي والرشد توفي في بغداد 182هـ، محي الدين الحنفي، عبدالقادر بن محمد، الجواهر المضية في طبقات الحنفية، كراتشي، د ط، د ت، 220/2.

(5) الزيلعي، تبين الحقائق، 325/3، السرخسي، المبسوط، 27/12، الكاساني، بدائع الصنائع، 219/6.

(6) الحج، الآية، رقم، (77)

(7) البيضاوي، تفسير البيضاوي، 80/4.

(8) ابن مفلح، المبدع، 152/5.

أصلها وتصدقت بها، قال : فتصدق بها عمر، أنه لا يباع أصلها ولا يبتاع ولا يورث ولا يوهب (1).

وجه الدلالة: دل الحديث بمنطوقه على صحة الوقف وأنه فضيلة ينال المسلم فيه رضا الله تعالى وحبته، وفيه دلالة حبس للمال عن صاحبه يمنع من التصرف فيه بالبيع والهبة والميراث (2).

ب. قوله صلى الله عليه وسلم: (إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث، صدقة جارية، وعلم ينتفع به، وولد صالح يدعو له) (3).

وجه الدليل : دل الحديث على أن الوقف صدقة غير منقطعة فدل على خروج الملك عن صاحبه (4).

ثالثاً: المعقول

أن الوقف يكون لازماً بمجرد القول كما في الوصية بعد الموت فمن باب أولى لزومه في حال الحياة، لأنه إزالة ملك يلزم بالوصية، فإذا نجزه بالحياة لزم من غير حكم كالعق (5).

ثانياً : مناقشة أدلة الفقهاء في المسألة .

مناقشة أدلة القول الأول .

أولاً : السنة النبوية

أ. ما روي عن ابن عباس أنه لما نزلت سورة النساء ،وفرضت فيها الفرائض، قال صلى الله عليه وسلم (لا حبس عن فرائض الله) (6).

(1) مسلم، صحيح مسلم، باب الوقف، 1255/3، برقم 1632.

(2) النووي، شرح النووي على مسلم، كتاب الوصايا، حديث أصاب عمر أرضاً بخبير، 86/11، برقم 1632.

(3) الترمذي، سنن الترمذي، باب الوقف، 53/3، 1376. حسن صحيح. أخرجه ابن حجر، التلخيص الحبير، كتاب الوقف، 160/3، برقم 1311.

(4) الرملي، شمس الدين محمد، نهاية المحتاج، دار الفكر، بيروت، ط أخيرة، 1404هـ، 1984م، 359/5.

(5) النووي، روضة الطالبين، 324/5، ابن قدامة، الكافي، 254/2 ابن حزم المحلى، 154/8.

(6) سبق تخريجه، ص75.

نوقش: 1- أن الأثر ضعيف الإسناد⁽¹⁾، وإذا صح فإن التحبببس توقيف المال عن وارثه وعدم إطلاقه إلى يده على سبيل التأييد⁽²⁾.

2- المراد به حبس الجاهلية للسائبة والوصيلة، ثم أنه لا دليل على منع الوقف في آية الميراث لافتراقهما⁽³⁾.

ب. ما روي أن عبد الله بن زيد، وقف حائطا، فجاء أبواه إلى النبي صلى الله عليه وسلم، فقالا له : إنه قوام عيشنا، فرده النبي صلى الله عليه وسلم، ثم ماتا فورثهما ابنهما بعد⁽⁴⁾.

نوقش: أن مراده لم يكن الوقف وإنما صدقة، فلم يخرج عن ملكه من الأصل⁽⁵⁾.

ثانيا: الآثار

ما روي عن عمر بن الخطاب، أنه قال : لولا أنني ذكرت صدقتي عند رسول الله، لرددتها⁽⁶⁾.

نوقش: أن الصحابة أبي بكر، وعلي، وعثمان رضي الله عنهم أنكروا عليه، أو أنه أراد تغير مصرف المنفعة، أو أنه أراد بذلك الصدقة وليس الوقف.

ثالثا: المعقول

أن الوقف لا يزيل ملك الرقبة، وإنما صرف للمنفعة فهو بمنزلة العارية، فيمكن للوارث البيع والهبة والرجوع فيه، ولأنه نذر بالتصدق تبقى الرقبة فيه ملك على المالك ويتصرف به كيف ما يشاء، ولا ويلزم إلا إذا أضافه إلى بعد الموت، فيصبح بحكم الوصية ويكون في الثلث والزيادة عليه تحتاج إمضاء الورثة⁽⁷⁾.

(1) ابن حجر، الدراية في تخريج أحاديث الهداية، 268/6.

(2) العيني، العناية شرح الهداية، 203/6.

(3) السرخسي، المبسوط، 29/12.

(4) سبق تخريجه، ص75.

(5) الماوردي، الحاوي الكبير، 512/7.

(6) سبق تخريجه، ص75.

(7) السرخسي، المبسوط، 27/12، السمرقندي، تحفة الفقهاء، 376/3.

نوقش: 1- أن الوقف يزيل الملك عن المالك ويصبح ملكها لله تعالى ولا يجوز بيعها ولا هبتها ولا التصرف فيها بأي وجه وتصرف منافع الرقبة للموقوف عليه⁽¹⁾.
2- الوقف تحبس العين عن دخولها في ملك الغير، فملكه باق ولكنه لا يورث بعد وفاته، فملكه لا يزول عنه وإنما يمنع من التصرف⁽²⁾.
أجيب عليه: أن الحبس ليس إخراج الملك إلى غير مالك، بل إلى أجل المالكين وهو الله تعالى⁽³⁾.

مناقشة أدلة القول الثاني

الاستدلال بما روي عن أبي بكر الصديق، في قصة عائشة أنه كان نحلها جداد عشرين وسقا من ماله بالغابة، فلما حضرته الوفاة قال: والله يا بنية ما من الناس أحد أحب إلي غنى بعدي منك، ولا أعز علي فقرا بعدي منك، وإنني كنت نحلتك جداد عشرين وسقا، فلو كنت جدديته واحترزتيه لكان لك، وإنما هو اليوم مال وإرث، وإنما هما أخواك وأختاك فاقتسموه على كتاب الله؛ قالت عائشة: فقلت يا أبت والله لو كان كذا وكذا، لتركته وإنما هي أسماء، فمن الأخرى، فقال: ذو بطن بنت خارجة أراها جارية⁽⁴⁾.

نوقش: 1- أن الوقف صدقة لا يلزم من صحتها القبض⁽⁵⁾.
2- شرط القبض في الصدقة رأي لبعض الصحابة، خالفهم غيرهم فيه⁽⁶⁾.

(1) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، 338/4، الشريبي، مغني المحتاج، 524/3.

(2) السرخسي، المبسوط، 28/12.

(3) ابن حزم، المحلى، 154/8.

(4) سبق تخريجه، ص 59.

(5) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، 338/4، الكاساني، بدائع الصنائع، 220/6، الخرقى، مختصر الخرقى،

81/1،، الماوردي، الحاوي الكبير، 513/7

(6) ابن حزم، المحلى، 154/8.

ثانيا: المعقول.

الاستدلال بأن الوقف حبس للملك ورفع خاصية التصرف في الملك من المالك ودون الحيابة والقبض والتسليم بقي على ملكه، ولأن الصدقة من شروطها التسليم كما في الزكاة وغيرها من الصدقات المنفذة⁽¹⁾.

نوقش: 1- أن الوقف يفتقر للقبض بخلاف الصدقة، والقياس عليها باطل لأنها تلزم في الحياة بغير حكم الحاكم، والوقف خارج إلى قبض الله تعالى الذي هو وارث الأرض وما عليها وكل شيء في يده وقبضته⁽²⁾.

2- أن الوقف بمنزلة العتق يلزم بمجرد القول⁽³⁾.

أجيب عليه: لو كان لازما بمجرد القول لما أنقض بحكم الحاكم⁽⁴⁾.

مناقشة أدلة القول الثالث .

أولا: الكتاب

استدلّاهم بقوله تعالى : ﴿وَأَفْعَلُوا الْخَيْرَ﴾⁽⁵⁾.

نوقش: لا دليل في النص على إلزامية الوقف⁽⁶⁾.

ثانيا: السنة النبوية

أ. الاستدلال بما روي عن عمر بن الخطاب، أنه أتى النبي صلى الله عليه وسلم، يستأمره، في أرض أصابها بخبير، فقال : يا رسول الله، إني أصبت أرضا بخبير، لم اصب مالا قط هو أنفس عندي منها، فما تأمرني به، قال : (إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها، قال : فتصدق بها عمر، أنه لا يباع أصلها ولا يبتاع ولا يورث ولا يوهب)⁽⁷⁾.

(1) الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، 415/1، الزيلعي، تبيين الحقائق، 325/3.

(2) ابن قدامة، الكافي، 254/2.

(3) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، 338/4، الشربيني، مغني المحتاج، 523/3.

(4) الزيلعي، تبيين الحقائق، 326/3.

(5) الحج، الآية، رقم، (77).

(6) الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، 41/3.

(7) مسلم، صحيح مسلم، باب الوقف، 1255/3، برقم 1632.

نوقش: أن عمر بن الخطاب لولا أنه فارق النبي صلى الله عليه وسلم على العهد في تحبب الأرض لردّها وفيه دلالة على جواز الرجوع عن الوقف وإنما الذي منعه هو الوفاء للنبي صلى الله عليه وسلم (1).

ب. واستدلّهم بقوله صلى الله عليه وسلم: (إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث صدقة جارية، وعلم ينتفع به، وولد صالح يدعو له) (2).

نوقش: الوقف لا يصير لازماً إلا بحكم الحاكم، لأنه اجتهاد فلزم بقضائه وخرج عن ملكه (3).

ثالثاً: المعقول

الاستدلال بأن الوقف يكون لازماً في الوصية بعد الموت فمن باب أولى لزومه في حال الحياة، لأنه إزالة ملك يلزم بالوصية، فإذا نجزه بالحياة لزم من غير حكم كالعتق (4).

نوقش: الوقف صدقة لزم فيها القبض، لأنها من الصدقات المنفذة كالزكاة (5)

ثالثاً: الترجيح في المسألة.

يرى الباحث بعد الإطلاع أقوال الفقهاء وأدلّتهم ومناقشتها، أن الوقف عقد لازم مجرد التلفظ به، يتم فيه حبس الرقبة على المالك، دون القدرة في التصرف بها كالبيع والهبة والميراث والوصية، وتصرف منفعه على الموقوف عليه، فيصبح ملك العين لله تعالى، ويفتقر للقبض والحيازة والتسليم لأنه أعم من الهبة، هذا في حال تم تحديد الجهة الموقوف عليها، أما في حال عدم التحديد يلزم منه حكم الحاكم وصرف منفعه للمسلمين، فإذا تعذر من استخدامه افتقر للحيازة، عاد على ملك صاحبه، لأن حفظ المال مقصد من مقاصد التشريع، خشية ضياع المال وهلاكه دون وجه انتفاع.

(1) المنبجي، اللباب في الجمع بين السنة والكتاب، 552/2.

(2) سبق تخريجه، ص 79.

(3) المنبجي، اللباب في الجمع بين السنة والكتاب، 550/2، الزيلعي، تبيين الحقائق، 325/3.

(4) المنبجي، اللباب في الجمع بين السنة والكتاب، 550/2، الزيلعي، تبيين الحقائق، 325/3.

(5) الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، 415/1.

الفرع الثاني: حكم الوقف عند موت الموقوف عليه في الفقه الإسلامي.
تصوير المسألة.

إذا مات الموقوف عليه، ما هو مصير الوقف؟

وجه الاختلاف في المسألة.

الاختلاف بحكم عقد الوقف بين اللزوم مجرد التلفظ به، وبين الجواز وقدرة الرجوع عنه قبل الحيازة وبعدها، وفي شرط عقد الوقف بين التأييد والتأقيت وانقطاع جهة الوقف وعدمه⁽¹⁾.

محل النزاع الفقهي

الاختلاف في الجهة التي يصرف لها الوقف بعد موت الموقوف عليه بين صرفه للفقراء والمساكين وبين أن يصرف لأقرب الناس من الأرحام من جهة الواقف⁽²⁾.

ثالثاً: اقوال الفقهاء في المسألة .

القول الأول: ذهب الحنفية⁽³⁾، والمالكية في رواية⁽⁴⁾، والشافعية في رواية⁽⁵⁾، إلى بطلان الوقف عند موت الموقوف عليه المعين ويعود ملكه للواقف أو ورثته عند موته.

(1) الذهلي، اختلاف الأئمة العلماء، 46/2، الزيلعي، 325/3، الدسوقي، حاشية الدسوقي، 77/4، القرافي، الذخيرة، 236/6، الصاوي، حاشية الصاوي، 106/4، الرملي، نهاية المحتاج، 372/5، ابن مفلح، المبدع، 163/5.

(2) البابرتي، العناية شرح الهداية، 214/6، القرافي، الذخيرة، 326/6، الشربيني، مغني المحتاج، 536/3، ابن مفلح، المبدع، 163/5.

(3) البابرتي، العناية شرح الهداية، 203/6، السرخسي، المبسوط، 39/12، أبو المعالي، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، 111/4،

(4) الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، 107-102/4.

(5) الشربيني، مغني المحتاج، 536/3، الرملي، نهاية المحتاج، 374/5.

أدلة القول الأول . استدلووا بالمعقول .

أ. أن انقطاع الوقف من الجهة الموقوفة عليها يعود الملك فيه للواقف أورثته، ولا يصح صرفه لجهة أخرى إذا لم يقترن في الوقف، ما يدل على صرفه بعد انقطاعه كالفقراء والمساكين⁽¹⁾.

ب. أن بقاءه دون مصرف متعذر وصرفه إلى غيره دون تعيين من الواقف لا يصح فيتعين ارتفاع الوقف وعودته للواقف أو ورثته⁽²⁾.

القول الثاني: ذهب المالكية في الراجح⁽³⁾ والشافعية⁽⁴⁾، والحنابلة⁽⁵⁾، والظاهرية⁽⁶⁾ إلى بقاء الوقف وعدم بطلانه عند موت الموقوف عليه.

أدلة القول الثاني، استدلووا بالسنة النبوية والمعقول

أولاً: السنة النبوية

قوله صلى الله عليه وسلم: (صدقتك على غير رحمك صدقة، وعلى رحمك صدقة وصلة)⁽⁷⁾.

وجه الدلالة: أن الوقف صدقة، فيه إزالة الملك عن الرقبة على التأبيد وفي حال انقطاع الجهة الموقوف عليها تصرف منافعه لأقرب الناس من الواقف ولا تعود إلى ملكه أو لورثته بعد موته⁽⁸⁾.

ثانياً: المعقول.

الوقف إزالة الملك عن الرقبة على وجه التأبيد، وعند انقطاعه لا يعود إلى ملكه بل يصرف لأقاربه أو الفقراء والمساكين والقريبى أولى، لأن مقصد الوقف

(1) أبو المعالي، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، 111/6،، الزيلعي، تبين الحقائق، 331/3.السرخسي، المبسوط، 40/12.

(2) الرومي، العناية شرح الهداية، 213/6، الصاوي، حاشية الصاوي، 102/4، الرملي، نهاية المحتاج، 373/5، الشربيني، مغني المحتاج، 326/6..

(3) القرافي، الذخيرة، 326/6،، خليل، التاج والإكليل، 638/7

(4) قليوبي وعميرة، حاشية قليوبي وعميرة، 103/3،، الرملي، نهاية المحتاج، 374/5.

(5) .البهوتي، شرح منتهى الإيرادات، 406/2-408.ابن مفلح، المبدع، 163/5.

(6) ابن حزم المحلى، 150/8.

(7) البيهقي، السنن الكبرى، كتاب الزكاة، باب أن يؤثر بزكاته ذوي رحمه، 291/4، برقم 7734، صححه

الحاكم، المستدرک على الصحيحين العلمية، كتاب الزكاة، 564/1، برقم 1476.

(8) المناوي، فيض القدير، 193/4، برقم 4994، ابن مفلح المبدع، 163/5.

الصدقة والبر، فضلا عن أن بعودة الملك فوات لغرض الوقف وهو تسبيل المنفعة، والوقف بمنزلة العتق لا رجعة فيه⁽¹⁾.

ثانيا: مناقشة أدلة الفقهاء في المسألة .

مناقشة أدلة القول الأول.

أ. الاستدلال بأن انقطاع الوقف من الجهة الموقوفة عليها يعود الملك فيه للواقف أورثته⁽²⁾.

نوقش: أن الوقف عقد لازم بمجرد القول، خرج الملك عن مالكه لله تعالى، وفي حال انقراض الجهة المعينة للوقف وانقطاعها تصرف منا فعها إلى أقرب الناس رحما لا وجوبا، لأن الصدقة على الأقارب أفضل القربات فإن تعذرت فللفقراء والمساكين لأنه يؤول إليهم في الانتهاء⁽³⁾.

ب. الاستدلال بأن بقاءه دون مصرف متعذر وصرفه إلى غيره دون تعيين من الواقف لا يصح فيتعين ارتفاع الوقف⁽⁴⁾ .

نوقش: الوقف تبرع فيه إزالة للملك عن صاحبه كالعتق، وهذا هو مقصده الذي شرع من أجله، فيصرف إلى جهة أخرى يصح التبرع لها تحقيقا لمقصود الواقف⁽⁵⁾.

مناقشة أدلة القول الثاني.

أولا: السنة النبوية

الاستدلال بقوله صلى الله عليه وسلم: (صدقتك على غير رحمك صدقة، وعلى رحمك صدقة وصلة)⁽⁶⁾.

(1) الرملي، نهاية المحتاج، 373/5.

(2) أبو المعالي، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، 111/6، الزيلعي، تبين الحقائق، 331/3. السرخسي، المبسوط، 40/12.

(3) قليوبي وعميرة، حاشية قليوبي وعميرة، 374/5-375، الشربيني، مغني المحتاج، 536/3

(4) الرومي، العناية شرح الهداية، 213/6، الصاوي، حاشية الصاوي، 102/4، الرملي، نهاية المحتاج، 373/5، الشربيني، مغني المحتاج، 326/6..

(5) البهوتي، شرح منتهى الإيرادات، 406/2.

(6) سبق تخريجه، ص85.

نوقش: لا دليل على صرفه بعد انقطاع جهته، وورثته أحق بالرد عليهم⁽¹⁾.
ثانياً: المعقول.

الاستدلال بالوقف إزالة الملك عن الرقبة على وجه التأييد، وعند انقطاعه لا يعود إلى ملكه بل يصرف لأقاربه أو الفقراء والمساكين والقربى أولى، لأن مقصد الوقف الصدقة والبر، فضلاً عن أن بعودة الملك فوات لغرض الوقف⁽²⁾.
نوقش: ليس من شروط الوقف التأييد، وصرفه إلى غيره عند انقطاعه متعذر بسبب عدم اقتران الصرف بلفظ الوقف عند الابتداء⁽³⁾.
ثالثاً: الترجيح في المسألة.

يرى الباحث بعد الإطلاع على أقوال الفقهاء وأدلتهم ومناقشتها، أنه لو مات الموقوف عليه وانقطعت الجهة المعينة للوقف فإن الوقف لا يعود على المالك ولا لورثته أن مات الواقف، لأن الوقف إزالة للملك على وجه التأييد، وصار ملكاً لله تعالى وإنما بقي على ملكه، من باب حقيقة الملك وتصرف منافع الملك إلى جهة ذوي الأرحام من الأقارب، لأنه صدقة وخير البر ما يكون للأقرب فإن عدم صرفت للفقراء والمساكين، لأنها جهة يؤول الوقف عليها انتهاء، ومثله لو وقف ومات دون ذكر أو لم يقبل الموقوف عليه الوقف، لا يصح الرد فبمجرد اللفظ خرج الملك وحبس وصرفت المنفعة للأقرب ثم الأقرب انتهاء بالفقراء⁽⁴⁾.

4.4 أثر الموت على عقد الوصية في الفقه الإسلامي.

1.4.4 حقيقة الوصية في الفقه الإسلامي.

أولاً: الوصية في اللغة، من وصى وجمعها أوصياء، وأوصاه وأوصى إليه أي تعهد له، وأوصيت له بشيء أي جعلت له وتعهدت له، والاسم الوصية وسميت وصية

(1) القرافي، الذخيرة، 326/6.

(2) الرملي، نهاية المحتاج، 373/5.

(3) الدسوقي، حاشية الدسوقي، 77/4.

(4) البابرتي، العناية شرح الهداية، 214/6، القرافي، الذخيرة، 236/6، الصاوي، حاشية الصاوي، 106/4،

الرملي، نهاية المحتاج، 372/5، ابن مفلح، المبدع، 163/5.

لاتصالها بأمر الميت، وهي من ألفاظ الأضداد، قال تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ﴾⁽¹⁾، أي يفرض عليكم، وصى الشيء وصيا أي اتصل، وصل، يقال: وصى النبت أي اتصل وكثر⁽²⁾.

ثانيا : الوصية في الاصطلاح.

عرّفت بأنها تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع⁽³⁾. تملك تم أضافته إلى ما بعد الموت ليخرج الهبة والصدقة والعارية، لأنها تكون تبرع في حال الحياة، ولفظ تبرع ليخرج به التملك بعوض أي البيع⁽⁴⁾.

من خلال المقارنة بين المفهوم اللغوي والاصطلاحي نرى أن معنى الوصية يشترك بالتعهد، وهو ما يحصل من الإنسان في حال حياته أو في مرضه، يضيفه إلى ما بعد موته بطريق التعهد لشخص آخر من الأقارب من غير الورثة أو غيرهم بإعطائه جزء من ماله أو كله في حال أجازه الورثة .

يرى الباحث أن الوصية : تملك جائز التصرف عين أو منفعة مباحة إلى ما بعد الموت بطريق التبرع لوجه الله تعالى.

شرح التعريف.

تملك، لخروجه عن الملك بالإيضاء. جائز التصرف، فلا يصح من مجنون وصبي. عين أو منفعة، ليصح الإيضاء بالمنافع والأعيان. مباحة، ليخرج كل ما ليس بمباح فلا يصح الإيضاء بالخمير. إلى ما بعد الموت ليخرج الهبة في حال الحياة. إلى ما بعد الموت، ليخرج الهبة. بطرق التبرع، ليخرج البيع، لوجه الله تعالى، مقصود البر والقربة والثواب.

(1) سورة النساء، الآية رقم (11).

(2) الزبيدي، تاج العروس، 209/40، مادة وصي. الفيروز آبادي، القاموس المحيط، 1343/1، مادة وصى .

(3) السمرقندي، تحفة الفقهاء، 206/3، الحطاب، مواهب الجليل، 364/6. الهيثمي، احمد بن محمد، تحفة

المحتاج في شرح المنهاج، المكتبة التجارية، مصر، د ط، 1357هـ، 1983م، 3/7، ابن مفلح، المبدع، 227/5.

(4) المصدر السابق.

2.4.4 مشروعية الوصية في الفقه الإسلامي.

ثبتت مشروعية الوصية في الكتاب والسنة النبوية والمعقول.

أولاً: الكتاب

أ. قال تعالى : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ (1).

وجه الدلالة : دلت الآية الكريمة على مشروعية الوصية من المال بقوله : خيراً، والندب إليها (2).

ب. قال تعالى : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ ﴾ (3).

وجه الدلالة : دلت الآية الكريمة على مشروعية الوصية وأنها مندوبة ومقدمة على الميراث (4).

ثانياً: السنة النبوية .

أ. عن عبدالله بن عمر، أن النبي صلى الله عليه وسلم، قال: (ما حق أمرئ مسلم له شيء يوصي فيه، يبني ليلتين ألا ووصيته مكتوبة عنده) (5).

وجه الدلالة : دل الحديث بمنطوقه على أن الوصية مندوبة في الشرع للقادر، أي الذي له مال، خشية فجأة الموت للإنسان على غير عدة (6).

ب. ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه (قضى بالدين قبل الوصية، وأنتم تقرؤون الوصية قبل الدين) (7).

(1) البقرة، الآية رقم (180).

(2) البيضاوي، تفسير البيضاوي، 123/1. السرخسي، المبسوط، 142/27، الشريبي، مغني المحتاج، 66/4.

(3) النساء، الآية رقم (119).

(4) البيضاوي، تفسير البيضاوي، 63/2.

(5) البخاري، صحيح البخاري، كتاب الوصايا، باب وصيته الرجل مكتوبة عنده، 2/4، برقم 2738.

(6) القسطلاني، احمد بن محمد، إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري، المطبعة الأميرية، مصر، ط7، 1323هـ،

كتاب الوصايا، باب وصية الرجل مكتوبة عنده، 3/5، برقم 2738. ابن قدامه، المغني، 137/6.

(7) الترمذي، سنن الترمذي، باب الوصايا، كتاب ما جاء بالدين قبل الوصية، 506/3، برقم 2122. صححه

الزيلعي، نصب الراية، كتاب الوصايا، 405/4.

وجه الدليل : دل الحديث بمنطوقه على مشروعية الوصية وهي من المندوبات التي حث عليها الشرع في حال الحياه، ولأهميتها أنها تقضى وتنفذ بعد التزامات الميت وتقدم على الميراث⁽¹⁾ .

ثالثا: الأجماع.

أجمعت الأمة على مشروعية الوصية⁽²⁾.

3.4.4 أركان الوصية في الفقه الإسلامي.

ركن الوصية عند الحنفية⁽³⁾، هو الإيجاب والقبول، وخالفهم زفر⁽⁴⁾ من الحنفية⁽⁵⁾، بأن ركن الوصية هو الإيجاب من الموصي فقط، لأن الموصى له بمنزلة الوارث في الملك لأن كل من الملكين أي الوصية والميراث ينتقلان بالموت، ثم ملك الوارث لا يفتقر إلى القبول وكذلك ملك الموصى له⁽⁶⁾، وأما أركان الوصية عند المالكية⁽⁷⁾ والشافعية⁽⁸⁾ والحنابلة⁽⁹⁾ :

أ. موصٍ: صاحب الملك

ب. موصى به : الملك (المال المنتفع به شرعا).

ج. موصً له : من يصح تملكه (الذي يؤول إليه الملك).

(1) الشوكاني، نيل الأوطار، كتاب الوصايا، 64/6.

(2) ابن المنذر، الإجماع، ص 100.

(3) السرخسي، المبسوط، 48/28، الكاساني، بدائع الصنائع، 331/7

(4) زفر بن الهذيل بن قيس العنبري البصري الكوفي يكنى بأبى هذيل وكان أبوه من أهل أصفهان ولد سنة (110هـ)، فقيهها ورعا حافظا ثقة، من أئمة أصحاب المذهب الحنفي، توفي في البصرة في عام (158هـ)، عن عمر 48 سنة، الغزي، تقي الدين بن عبدالقادر، ت(1010هـ)، الطبقات السنية في تراجم الحنفية، دط، دت 283/1.

(5) زفر بن الهذيل العنبري، أبو الهذيل بن قيس بن مسلم، الفقيه المجتهد، ولد سنة 110هـ، وتوفي 158هـ، تفقه على يد أبي حنيفة، الذهبي، شمس الدين أو عبدالله، سير أعلام النبلاء، مؤسسة الرسالة، ط3، 1405هـ، 1985م، 39/8. ابن قتيبة، أبو محمد بن عبدالله، المعارف، د ط، د ت، ص 496.

(6) الكاساني، بدائع الصنائع، 332/7.

(7) الصاوي، حاشية الصاوي، 580/4.

(8) البكري، أبو بكر بن العراف، إعانة الطالبين، دار الفكر، بيروت، ط1، 1418هـ، 1997م، 234/3

(9).السيوطي، مطالب أولى النهى، 442/4.

د. الصيغة : اللفظ الدال على الوصية ولو بإشارة مفهومة.

4.4.4 أثر الموت على عقد الوصية في الفقه الإسلامي.

الفرع الأول: أثر موت الموصى له قبل موت الموصي في الفقه الإسلامي.
تصوير المسألة.

إذا مات الموصى له قبل الموصي، هل تصح الوصية؟

وجه الاتفاق .

استقرار الملك للموصى له بعد موت الموصي وقبوله الوصية وعلى أنه لا عبرة
للقبول أو الرد للوصية قبل موت الموصي أي في حال حياته⁽¹⁾.
وجه الاختلاف⁽²⁾.

1- حكم الوصية بعد موت الموصى له قبل موت الموصي .

2- حكم الوصية بعد موت الموصي وقبل القبول من الموصى له.

3- الاختلاف إذا أمضاها الورثة، بين أن تكون هبة، أو وصية مستأنفة

أولاً: اقوال الفقهاء وأدلتهم في المسألة في المسألة:

القول الأول: ذهب الحنفية⁽³⁾ والراجح عند المالكية⁽⁴⁾، والشافعية⁽⁵⁾ والحنابلة⁽⁶⁾، والظاهرية،
إلى أن الوصية تبطل بموت الموصى له قبل موت الموصي وتعود إلى ملكه وتستقر عليه .
أدلة القول الأول، استدلو بالمعقول.

(1) السرخسي، المبسوط، البابرّي، العناية 427/10، 48/28، الدسوقي، حاشية الدسوقي 424/4. الماوردي،

الحاوي الكبير، 193/8. البهوتي، كشاف القناع، 434/4.

(2) الذهلي، اختلاف الأئمة العلماء، 71/2، ابن رشد بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 120/4. المرادوي،

الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف، 202/7.

(3) البابرّي، العناية شرح الهداية، 427/10، الميرغناني، بداية المبتدي 263/1. الكاساني، البدائع، 332/7.

الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، 65/5،

(4) الحطاب مواهب الجليل، 367/6. رشد، المقدمات الممهّدات، 120/3، ابن رشد، بداية المجتهد، 120/4،

النمري، أبو عمر يوسف بن عبدالله، الكافي في فقه أهل المدينة، مكتبة الرياض، السعودية، ط2، 1980م،

1028/2، عليش، محمد بن احمد، منح الجليل شرح مختص خليل، دار الفكر، بيروت، دط، 1989م، 511/9.

(5) النووي، المجموع شرح المذهب، 434/15، الشربيني، مغني المحتاج

(6) البهوتي، كشاف القناع، 344/4، ابن مفلح المبدع، 241/5.

- أ. أن الوصية عطية صادفت المعطى ميتا فلم تصح كما لو وهب ميتا⁽¹⁾.
- ب. أن الوصية قبل الموت أي (موت الموصي)، غير لازمة فبطلت بالموت كما لو مات أحد المتابعين⁽²⁾.
- ج. أن الوصية لا حكم لها قبل موت الموصي، لذلك لا يعتبر القبول أو الرد ولا يثبت الملك قبل موت الموصي، فهي تبرع جائز بطلانه من الموصي حال حياته، كمن قال لأمراته إذا جاء غدا أنت طالق على ألف درهم فلا عبرة للقبول أو الرد حتى مجيء الغد وكذلك الوصية في حال حياة الموصي⁽³⁾.
- القول الثاني:** ذهب زفر من الحنفية⁽⁴⁾، والمالكية⁽⁵⁾، إلى استقرار الوصية على ملك الموصى له بعد موته وقبل موت الموصي، وتنتقل لورثته من بعده .
- أدلة القول الثاني، استدلو بالمعقول.**
- أ. ركن الوصية الإيجاب من الموصي فمجرد الإيضاء من الموصي صحت الوصية⁽⁶⁾.
- ب. ملك الموصى له بمنزلة ملك الوارث لأن كل واحد من الملكين ينتقل بالموت، ثم ملك الوارث لا ينتقل بالقبول، لاسيما أن الملك يثبت للموصى له ابتداءً من إيجابه⁽⁷⁾.
- ج. أن ورثة الموصى له يملكون بالاستحسان⁽⁸⁾.

(1) البهوتي، كشاف القناع، 344/4.

(2) الحطاب، مواهب الجليل، 367/6، النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، 355/1، الشربيني، مغني المحتاج، 87/4.

(3) السرخسي، المبسوط، 48/28.

(4) الكاساني، بدائع الصنائع، 332/7.

(5) الصاوي، حاشية الصاوي، 583/4، ابن رشد، المقدمات الممهدة، 120/3.

(6) السرخسي، المبسوط، 47/28.

(7) السرخسي، المبسوط، 47/28.

(8) الكاساني، بدائع الصنائع، 332/7.

د. ينتقل الملك لورثة الموصى له بحدود الثلث فقط ويحاصون بها⁽¹⁾.

ثانيا : مناقشة أدلة الفقهاء في المسألة .

مناقشة أدلة أصحاب القول الأول، استدلو من المعقول.

أ. أن الوصية عطية صادفت المعطى ميتا فلم تصح كما لو وهب ميتا⁽²⁾.

نوقش: أن هذه العطية صحت ونفذت ولا تحتاج لقبول ولا رد في حال حياة الموصي لعدم اعتبارها فكانت لورثته إن قبلوا بها بعد موت مورثهم أي الموصى له ولهم قبولها أو ردها على وجه الهبة⁽³⁾.

ب. أن الوصية قبل الموت أي (موت الموصي)، غير لازمة فبطلت بالموت كما لو مات أحد المتابعين⁽⁴⁾.

نوقش: أن ركن الوصية صدور الإيجاب من الموصي وتنتقل بعد موته للموصى له أو ورثته وهم بالخيار بين الرد أو القبول.⁽⁵⁾

ج. أن الوصية لا حكم لها قبل موت الموصي، لذلك لا يعتبر القبول أو الرد ولا يثبت الملك قبل موت الموصي، فهي تبرع جائز بطلانه من الموصي حال حياته، كمن قال لأمراته إذا جاء غدا أنت طالق على ألف درهم فلا عبرة للقبول أو الرد حتى مجيء الغد وكذلك الوصية في حال حياة الموصي⁽⁶⁾.

نوقش: بمجرد الإيضاء استقر الملك على الموصى له وتنتقل لورثته⁽⁷⁾.

مناقشة أدلة القول الثاني، استدلو بالمعقول.

أ. ركن الوصية الإيجاب من الموصي فمجرد الإيضاء من الموصي صحت الوصية⁽⁸⁾.

(1) الخطاب، مواهب الجليل، 367/6.

(2) البهوتي، كشاف القناع، 344/4.

(3) ابن رشد، المقدمات الممهدة، 120/3.

(4) الخطاب، مواهب الجليل، 367/6، النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، 355/1، الشربيني، مغني المحتاج، 87/4.

(5) الكاساني، بدائع الصنائع، 332/7.

(6) السرخسي، المبسوط، 48/28.

(7) الصاوي، حاشية الصاوي، 580/4.

(8) السرخسي، المبسوط، 47/12.

نوقش: أن القبول أحد ركني العقد وقد فات بالموت فيبطل الركن الآخر كما إذا أوجب البيع ثم مات المشتري قبل القبول، أو أوجب الهبة ثم مات الموهوب له قبل القبول فيبطل الإيجاب⁽¹⁾.

ب. ملك الموصى له بمنزلة ملك الوارث لأن كل واحد من الملكين ينتقل بالموت، ثم ملك الوارث لا ينتقل بالقبول⁽²⁾.

نوقش: لا يصح ذلك، لأنه نقل ملك لغير معين بغير طيب نفس⁽³⁾

ج. أن ورثة الموصى له يملكون بالاستحسان⁽⁴⁾.

نوقش: القياس بطلان الوصية، لأن الوصية إيجاب الملك بعد موت الموصي⁽⁵⁾.

د. ينتقل الملك لورثة الموصى له بحدود الثلث فقط ويحاصون بها⁽⁶⁾.

نوقش: تبطل الوصية بموت الموصى له في حال تحقق حياة الموصي، وذكر في المدونة، إن علم الموصي بموت الموصى له يحاصون في الثلث وتبطل بلا محاصصة إن لم يعلم الموصي موت الموصى له ولا شيء لورثته⁽⁷⁾.

ثالثاً: الترجيح في المسألة.

يرى الباحث بعد الإطلاع على اقوال الفقهاء وأدلتهم ومناقشتها في المسألة، أن موت الموصى له قبل موت الموصي يبطل الوصية لأن الأصل في تملكها أضافتها بعد موت الموصي للموصى له وهنا لم تتحقق الحياة للموصى له .

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، 332/7. القرافي، الذخيرة، 55/7.

(2) السرخسي، المبسوط، 47/28.

(3) ابن رشد، بداية المجتهد، 121/4.

(4) الكاساني، بدائع الصنائع، 332/7.

(5) الكاساني، بدائع الصنائع، 333/7. ابن عرفة، شرح حدود ابن عرفة، 530/1.

(6) الحطاب، مواهب الجليل، 367/6.

(7) مالك، المدونة، 379/4.

الفرع الثاني: موت الموصي قبل القبول من الموصى له.
تصوير المسألة.

إذا مات الموصي قبل القبول من الموصى له، هل تصح الوصية للموصى له؟
وجه الاختلاف في المسألة.

الوصية بين القبول أو مجرد الإيضاء تلزم بالعقد⁽¹⁾.

تحريم محل النزاع الفقهي في المسألة.

يدور محل النزاع فيما لو مات الموصي قبل القبول من الموصى له.

أولاً: أقوال الفقهاء وأدلته في المسألة .

القول الأول: ذهب الحنفية⁽²⁾ وبعض المالكية⁽³⁾ والشافعية⁽⁴⁾ وبعض الحنابلة⁽⁵⁾، إلى

بطلان الوصية في حال مات الموصي ولم يتم القبول في حال حياته من الموصى له.

أدلة القول الأول، استدلووا بالكتاب والمعقول.

أولاً: الكتاب.

قوله تعالى : ﴿ وَأَنْ لَيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى ﴾⁽⁶⁾.

وجه الدلالة : دلت الآية الكريمة على أن الإنسان لا يؤاخذ إلا على سعيه⁽⁷⁾، لا سيما

أنه لا يكون للإنسان شيء بدون سعيه فلو ثبت الملك للموصي من غير قبول لثبت

من غير سعيه، وهذا منفي إلا ما ورد تخصيصاً بالدليل⁽⁸⁾.

(1) الذهلي، اختلاف الأئمة العلماء، 71/2. السرخسي، المبسوط، 47/12.

(2) الكاساني، بدائع الصنائع، 332/7. الزيلعي، تبيين الحقائق، 184/6، السمرقندي، تحفة الفقهاء، 206/3.

(3) القرافي، الذخيرة، 54/7.

(4) البجيرمي، سليمان بن محمد، حاشية البجيرمي على شرح المنهج، مطبعة الحلبي، د ط، 1369هـ، 1950م،

273/3. الشربيني، مغني المحتاج، 70/4. النووي، روضة الطالبين، 103/6.

(5) البهوتي، كشاف القناع، 344/4. ابن مفلح، المبدع، 241/5.

(6) النجم، الآية رقم (39).

(7) البيضاوي، تفسير البيضاوي، 161/5.

(8) الزيلعي، تبيين الحقائق، 184/6، الكاساني، بدائع الصنائع، 332/7.

ثانياً: المعقول

أ. أن القبول من الموصى له شرط في صحة الوصية لأنه تملك بعقد يتوقف على القبول كسائر العقود (1).

ب. القبول شرط صحيح في حياة الموصي من الموصى له، لأن عدمه لا يستطيع معه الموصى له فسخ ما يلحقه من الموصي لفوات الآوان، ولا يستطيع دفع المنة عنه أي الموصى له فتنفذ الوصية ضرورة لتعذر الرد كما إذا مات المشتري وكان له الخيار قبل الإجازة فإن المبيع يدخل في ملكه لفوات الآوان وتعذر الرد (2).

القول الثاني: ذهب المالكية (3) والحنابلة في الراجح (4)، و زفر من الحنفية (5) إلى سريان حكم الوصية واستمرارها للموصى له وهو بالخيار بين القبول أو الرد. أدلة القول الثاني، استدلوا بالمعقول.

أ. أن ملك الوصية بحكم الوارث من الميراث لا تقتصر إلى قبول (6).
ب. أن القبول وعدمه في حياة الموصي لا أثر له لأن حكم الوصية مضاف تنفيذها إلى بعد موت الموصي، فالقبول والرد لا فائدة له قبل الموت (7).
ج. عقد الوصية غير لازم فيحق للموصي الرجوع فيه، فالقبول وعدمه سواء، فلو رد الموصي الوصية في حياة الموصي ورجع وقبلها بعد الموت صحت (8).

(1) الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، 65/5. الحلبي، إبراهيم بن محمد، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1419هـ، 1998م، 421/1. الذخيرة، القرافي، 55/7. البجيرمي، حاشية البجيرمي، 273/3. الشربيني، مغني المحتاج، 70/4.

(2) الموصلي، الاختيار، 65/5.

(3) خليل، خليل بن إسحاق، مختصر خليل، دار الحديث القاهرة، ط1، 1428هـ، 2005م، 256/1. الخرشي، شرح مختصر خليل، 169/8. الصاوي، حاشية الصاوي، 583/4.

(4) البهوتي، كشف القناع، 344/4. ابن رجب، القواعد لابن رجب، 397/1، المرادوي، الإنصاف، 196/7.

(5) المولى، محمد بن فرامرز، درر الحكام في شرح غرر الحكام، دار إحياء الكتب العربية، د ط، د ت، 430/2. الكاساني، بدائع الصنائع، 332/7. السمرقندي، تحفة الفقهاء، 206/3.

(6) الكاساني، بدائع الصنائع، 332/7. ابن قدامة، المغني لابن قدامة، 155/6.

(7) الصاوي، حاشية الصاوي، 583/4.

(8) الخرشي، شرح مختصر خليل، 169/8. ابن قدامة، المغني، 155/6.

ثانيا : مناقشة أدلة الفقهاء في المسألة .
مناقشة أدلة القول الأول، استدلووا بالكتاب والمعقول.
أولا: الكتاب.

الاستدلال بقوله تعالى : ﴿وَأَنْ لَيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى﴾⁽¹⁾.

نوقش: أن ملك الموصى له بمنزلة الوارث لا يحتاج سعي للتملك ولا يفترق ويتوقف على القبول⁽²⁾.

ثانيا: المعقول.

أ. الاستدلال بأن القبول من الموصى له شرط في صحة الوصية لأنه تمليك بعقد يتوقف على القبول كسائر العقود⁽³⁾.

نوقش: أن ركن العقد في الوصية هو الإيجاب من الموصي فقط لا يحتاج إلى قبول، لأن القبول ورد في حال الحياة غير معتبر والمعتبر إضافة القبول إلى ما بعد الموت لأن الموصي لا يملك إلا بعد الموت⁽⁴⁾.

ب. الاستدلال بأن القبول شرط صحيح في حياة الموصي من الموصى له، لأن عدمه لا يستطيع معه الموصى له فسخ ما يلحقه من الموصي نفوات الآوان، ولا يستطيع دفع المنة عنه أي الموصى له فتنفذ الوصية ضرورة لتعذر الرد كما إذا مات المشتري وكان له الخيار قبل الإجازة فإن المبيع يدخل في ملكه نفوات الآوان وتعذر الرد⁽⁵⁾.

نوقش: أن وجود الضرر الذي يلحق الموصى من الوصية يمكن دفعه بالرد وعدم القبول، كخيار الوريث بالرد⁽⁶⁾.

(1) النجم، الآية رقم (39).

(2) الكاساني، بدائع الصنائع، 332/7. المولى، درر الحكام، 430/2.

(3) الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، 65/5. الحلبي، إبراهيم بن محمد، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1419هـ، 1998م، 421/1. الذخيرة، القرافي، 55/7. البجيرمي، حاشية البجيرمي، 273/3. الشربيني، مغني المحتاج، 70/4.

(4) الزيلعي، تبين الحقائق، 184/6، الكاساني، بدائع الصنائع، 332/7. البهوتي، كشاف القناع، 344/4، ابن رجب، القواعد 397/1.

(5) الموصلي، الاختيار، 65/5.

(6) الزيلعي، تبين الحقائق، 184/6. البهوتي، كشاف القناع، 344/4.

مناقشة أدلة القول الثاني، استدلووا بالمعقول.

أ. الاستدلال بأن ملك الوصية بحكم الوارث من الميراث لا معنى للقبول فيه⁽¹⁾.
نوقش بعدة وجوه⁽²⁾:

- 1- الوصية تختلف عن الميراث لأنه خلافة عن الميت .
 - 2- يثبت للوارث خيار الرد بالعيب بخلاف الموصى له .
 - 3- الميراث يثبت جبرا وشرعا من غير قبول.
 - 4- ملك الموصى له من غير قبول فيه أجبار على الملك بلا اختيار وهذا ينافي مقتضى العقد في التشريع.
 - 5- قد يوصي الموصي بوصية فيها ضرر للموصى له مثل تعليق طلاقه على تملكه، فيكون القبول فيه إلزام بالضرر.
- ب. الاستدلال بأن القبول وعدمه في حياة الموصي لا أثر له لأن حكم الوصية مضاف تنفيذه إلى بعد موت الموصي، فالقبول والرد لا فائدة له قبل الموت⁽³⁾.
- نوقش: نعم صحيح أنه لا عبرة للقبول وعدمه في حياة الموصي هذا من باب التصرف والانتقال بالملك لأنه مضاف لما بعد الموت، ولكن القبول شرط في حياة الموصي لأن التملك لا ينتقل إلا به لأنها أي الوصية تملك مال أعتبر فيه القبول كالهبة، أما إذا كانت لجهة غير معينة كالفقراء فلا يشترط القبول للتعذر⁽⁴⁾.
- ج. الاستدلال بأن عقد الوصية غير لازم فيحق للموصي الرجوع فيه، فالقبول وعدمه سواء، فلو رد الموصي الوصية في حياة الموصي ورجع وقبلها بعد الموت صحت⁽⁵⁾.

نوقش: أن الوصية فيها تملك بطريق التبرع احتاجت إلى قبول⁽⁶⁾.

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، 332/7. ابن قدامة، المغني لابن قدامة، 155/6.

(2) الاختيار، لتعليق المختار، 65/5.

(3) الصاوي، حاشية الصاوي، 583/4.

(4) ابن مفلح، المبدع، 241/5.

(5) الخرشي، شرح مختصر خليل، 169/8. ابن قدامة، المغني، 155/6.

(6) النووي، روضة الطالبين، 102/6.

ثالثاً: الترجيح في المسألة .

يرى الباحث بعد الإطلاع على أقوال الفقهاء وأدلتهم ومناقشتها، إلى أن من صحة ملك الوصية القبول في حياة الموصي، لإثبات الملك بعد الموت، ولو أن القبول في ذلك الوقت لا عبرة له أي لا تأثير له في تحقيق أثر العقد إلا أنه طريقة لإثبات ملك، ألا ترى لو أوصى دون كتابة وجدد الورثة هذه الوصية، فعند القول : بعدم شرطية القبول ذهب حقه في التملك، فالقبول في عقود المهايأة والتبرع تحتاج إلى قبول وينفذ في الوصية عند موت الموصي .

الفرع الثالث: حكم الوصية إذا رد الموصى له الوصية بعد موت الموصي.

اختلف الفقهاء في حكم رد الوصية من الموصى له عند موت الموصي .
وجه الاتفاق.

رد الوصية من الموصى له في حال حياة الموصي لا أثر له في الرد وعدمه لأنها ما زالت قائمة على ملك الموصي لأن حكم تملكها مضاف إلى ما بعد موت الموصي.

وجه الاختلاف.

رد الوصية بعد موت الموصي (1).

تحرير محل النزاع الفقهي .

حكم الوصية في حال قبول الموصى له الوصية بعد موت الموصي، ثم أراد بعد ذلك الرجوع ورد الوصية بعد القبول قبل القبض وبعده.

(1) السرخسي، المبسوط، 47/28. الخرشي، شرح مختصر خليل، 169/8، النووي، المجموع، 430/15، ابن

قدامة، المغني، 154/6

أولاً: أقوال الفقهاء وأدلتهم في المسألة .

القول الأول : ذهب الحنفية⁽¹⁾ والمالكية⁽²⁾، وبعض الشافعية⁽³⁾، وبعض الحنابلة⁽⁴⁾، إلى بطلان الوصية في حال رد الموصى له الوصية بعد موت الموصي وبعد القبول. أدلة القول الأول، استدلووا بالمعقول.

أ. لا يملك أحد أثبات الملك لغيره إلا بقبوله، فلو رد ذلك صح لأنه تملك من غير بدل فصح رده قبل القبض كالوقف وبطلت الوصية،⁽⁵⁾.

ب. الملك موقوف على القبول من الموصى له، فهو بمنزل موت المشتري قبل قبوله وبعد إيجاب البائع⁽⁶⁾.

ج. أن إلزامه بالملك إدخال المال إلى ملكه قصراً من غير رغبة، وهذا يناهض مع مقتضى العقود وهو التراضي⁽⁷⁾.

د. أن القصد من الوصية منفعة الموصى له، فلو كان هنالك ضرر في الإيصال وألزمناه الوصية لملك ضرراً لا يمكن دفعه، مثل أن يوصي له بعبد أعمى لزمته نفقته من دون اختيار⁽⁸⁾.

(1) السرخسي، المبسوط، 47/28. البابرّي، العناية شرح الهداية، 429/10.

(2) الخرشي، شرح مختصر خليل، 169/8، الدسوقي، حاشية الدسوقي، 424/4، الصاوي، حاشية الصاوي، 583/4. العدوي، حاشية العدوي، 226/2.

(3) النووي، المجموع، 430/15.

(4) ابن قدامة، المغني، 154/6، المرداوي، الإنصاف، 203/7.

(5) الموصلي، الإختيار لتعليل المختار، 66/5، البابرّي، العناية شرح الهداية، 429/10. النووي، المجموع، 430/15.

(6) البابرّي، العناية شرح الهداية، 429/10.

(7) الموصلي، الإختيار لتعليل المختار، 66/5، البابرّي، العناية، 429/10.

(8) السرخسي، المبسوط، 47/28.

القول الثاني : ذهب الشافعية⁽¹⁾ والحنابلة⁽²⁾، وزفر من الحنفية⁽³⁾ إلى أن الوصية لا يجوز ردها بعد الموت لأنها أصبحت لازمة إذا تم القبول في حياة الموصي أو بعد موته فلا رد لها.

ثانيا: أدلة القول الثاني، استدلووا بالمعقول .

أ. الوصية عقد فيه إيجاب من الموصي في حياته، وقبول مضاف بعد موته وفي حال القبول من الموصى له في حياة الموصي أو بعد موته فإن الوصية استقرت على ملكه ولا يجوز الرجوع فيه⁽⁴⁾.

ب. أن الوصية تنتقل للموصى له كالميراث ولا يمكن رده⁽⁵⁾.

ج. أن الوصية خالفت عقود المحآباه كالهبة فلا تلزم بالقبض بل بمجرد القبول⁽⁶⁾.

ثانيا : مناقشة أدلة الفقهاء في المسألة .

مناقشة أدلة القول الأول، استدلووا بالمعقول.

أ. الاستدلال بأنه لا يملك أحد أثبات الملك لغيره إلا بقبوله⁽⁷⁾.

نوقش: أن بعد القبول استقر ملكه للوصية كسائر أملاكه⁽⁸⁾

ب. الاستدلال بأن الملك موقوف على القبول من الموصى له، فهو بمنزل موت المشتري قبل قبوله وبعد إيجاب البائع⁽⁹⁾.

(1) النووي، المجموع شرح المذهب، 430/15، الأسيوطي، جواهر العقود، 355/1. الشربيني، مغني المحتاج، 88/4.

(2) ابن قدامة، المغني، 154/6. الراميني، الفروع، 462/7، المرادوي، الإنصاف، 203/7. ابن مفلح، المبدع، 242/5.

(3) السرخسي، المبسوط، 47/28. البابرتي، العناية، 429/10.

(4) النووي، المجموع، 430/15، ابن مفلح المبدع، 243/5. البهوتي، كشف القناع، 345/4.

(5) السرخسي، المبسوط، 47/28.

(6) ابن قدامة، المغني، 154/6، البهوتي، كشف القناع، 345/4.

(7) الموصللي، الإختيار لتعليل المختار، 66/5، البابرتي، العناية شرح الهداية، 429/10. النووي، المجموع، 430/15.

(8) النووي، المجموع، 430/15، الراميني، الفروع، 462/7. البهوتي، كشف القناع، 345/4.

(9) البابرتي، العناية، 429/10.

ج. الاستدلال بأن إزماءه بالملك إدخال المال إلى ملكه قصرا من غير رغبة، وهذا ينافى مع مقتضى العقود وهو التراضي⁽¹⁾.

نوقش: أن التملك حدث بعد القبول لا جبر فيه، فضلا على أنه في الرد خالف مقصد الموصي الذي أمنه على ملكه ثم هو يرده ويخالف مقصده⁽²⁾

د. أن القصد من الوصية منفعة الموصى له، فلو كان هنالك ضرر في الإيضاء وألزمناه الوصية لملك ضررا لا يمكن دفعه، مثل أن يوصي له بعدد أعمى لزمته نفقته من دون اختيار⁽³⁾.

نوقش: لو ثبت الضرر لما قبل ويمكن دفعه بعدم القبول⁽⁴⁾

مناقشة أدلة القول الثاني، استدلووا بالمعقول

أ. الاستدلال بأن الوصية عقد فيه إيجاب من الموصي في حياته، وقبول مضاف بعد موته وفي حال القبول استقر الملك ولا رجعة⁽⁵⁾.

نوقش: أن الوصية خالفت الهبة فجاز له الرجوع بعد القبول قبل القبض⁽⁶⁾

ب. الاستدلال بأن الوصية تنتقل للموصى له كالميراث ولا يمكن رده⁽⁷⁾.

نوقش: أن في الميراث للوارث كان له من غير اختيار بخلاف الموصى له فإنه باختياره جاز له الرد⁽⁸⁾.

ج. الاستدلال بأن الوصية خالفت عقود المحاباة كالهبة فلا تلزم بالقبض بل بمجرد القبول⁽⁹⁾.

(1) الموصلي، الإختيار لتعليل المختار، 66/5، البابرّي، العناية، 429/10.

(2) الشربيني، مغني المحتاج، 88/4.

(3) السرخسي، المبسوط، 47/28.

(4) ابن قدامة، المغني، 154/6

(5) النووي، المجموع، 430/15، ابن مفلح المبدع، 243/5. البهوتي، كشاف القناع، 345/4.

(6) الموصلي، الإختيار لتعليل المختار، 66/5. الدسوقي، حاشية الدسوقي، 424/4

(7) السرخسي، المبسوط، 47/28

(8) البابرّي، 429/10

(9) ابن قدامة، المغني، 154/6، البهوتي، كشاف القناع، 345/4

نوقش: جاز له الرد، لأن الوصية قد يكون فيها ضرر يقع على الموصى له لم يطلع عليه ويعرفه إلا بعد القبول، فالإلزامه بتملك ضرر لا يمكن دفعه مخالف لمقتضى التراخي في العقود⁽¹⁾.

ثالثاً: الترجيح في المسألة.

يرى الباحث بعد الإطلاع على أدلة الفقهاء ومناقشتها، أن الوصية مضاف قبولها للموصى له بعد الموت، ولا تستقر على ملكه إلا بعد القبول، فإن قبلها لم يجز له ردها لأنها خالفت العقود في تأخير القبول وتعلقه بالإيجاب، ولا معنى للرد لأنه كان له الرجوع عنها في حال الحياة، وعدم القبول بعدم الموت، فقبولها بعد الموت استقرار لها على ملك الموصى له كسائر أملاكه، ولا يجوز ردها لورثة الموصي إلا من باب الهبة.

الفرع الرابع: موت الموصي بسبب الموصى له، (قتل الموصى له الموصي).

اختلف الفقهاء في حكم موت الموصي بسبب تعدي الموصى له عليه وكان التعدي سبباً للموت سواء بالقصد والعمد أو الخطأ.

تصوير المسألة

إذا قتل الموصى له الموصي، سواء كان القتل عمداً، أو خطأ، ما هو مصير

الوصية؟

سبب الاختلاف

الاختلاف بالأثار والتأويل⁽²⁾.

تحرير محل النزاع الفقهي.

يدور محل النزاع الفقهي في المسألة في وصية المقتول بين الصحة

والبطلان⁽³⁾.

(1) السرخسي، المبسوط، 47/28

(2) ابن هبيرة أبو المظفر، يحيى بن محمد، مختصر اختلاف العلماء، ت: السيد يوسف احمد، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1423هـ، 2002م، 73/2-74.

(3) الذهلي، اختلاف الأئمة العلماء، 73/2.

أولاً: أقوال الفقهاء وأدلتهم في المسألة.

القول الأول: ذهب الحنفية⁽¹⁾ ورواية عند الشافعية⁽²⁾، ورواية عند الحنابلة⁽³⁾، إلى بطلان الوصية في حال قتل الموصى له الموصي مباشرة، إلا أن يجيزها الورثة خلافاً لأبي يوسف⁽⁴⁾ الذي يمنع الإجازة، وذكروا مباشرة لأن التسبب لا يعد قتلًا عندهم .
أدلة القول الأول، استدلووا بالسنة النبوية والمعقول
أولاً: السنة النبوية .

أ. ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم، أنه قال : (لا وصية لقاتل)⁽⁵⁾.

وجه الدلالة : دل الحديث بمنطوقه أن القاتل المتعدي على النفس الإنسانية لا يباح له الإيذاء⁽⁶⁾.

ب. ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم، أنه قال : (ليس لقاتل شيء)⁽⁷⁾.

وجه الدلالة : دل الحديث بمنطوقه أن القاتل لا شيء له سواء من الميراث أو الوصية فهو عام يحتمل كل تملك، وذكر النكرة في محل النفي تفيد العموم في الميراث والوصية لأن الوصية اخت الميراث⁽⁸⁾.

(1) البابرّي، العناية شرح الهداية، 423/10، السرخسي، المبسوط، 176/27، الكاساني، بدائع الصنائع، 339/7

(2) الشربيني، مغني المحتاج، 73/4. الماوردي، الحاوي الكبير، 191/8.

(3) ابن تيمية، المحرر، 383/1، ابن مفلح المبدع، 255/5.

(4) السرخسي، المبسوط، 177/27، الكاساني، بدائع الصنائع، 339/7.

(5) الطبراني، سليمان بن احمد، المعجم الأوسط، ت: طارق بن عوض، دار الحرمين القاهرة، د ط، د ت، باب الميم، 161/8، برقم 8271، أخرجه الهيتمي، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، كتاب الوصايا، باب وصية رسول الله صلى الله عليه وسلم، 214/4، برقم 7102. مدلس فيه تدليس. ابن حجر، التلخيص الحبير، كتاب الوصايا، 202/3، 1368. ضعيف

(6) الكاساني، بدائع الصنائع، 329/7.

(7) البيهقي، السنن الكبرى، كتاب الفرائض، باب لا يرث القاتل، 360/6، برقم 12240، أخرجه ابن حجر، التلخيص الحبير، كتاب الفرائض، 192/3، برقم 1359، ضعيف، أخرجه الزيلعي، نصب الراية، كتاب الجنائيات، باب تحريم قتل المسلم، 329/4، حديث منقطع.

(8) الكاساني، بدائع الصنائع، 339/7. البابرّي، العناية، 423/10.

ثانياً: المعقول.

أ. أن الوصية بدرجة الميراث، فلا يحق للقاتل أن يرث ويتملك من المقتول، ولأن الورثة تتأذى بالوصية للقاتل كما يتأذى البعض في وضعها بالبعض فيؤدي إلى قطع الرحم⁽¹⁾.

ب. أن التعدي على النفس وإزهاقها، جناية عظيمة تستدعي الزجر والردع، والحرمان من الوصية يحقق ذلك⁽²⁾.

ج. أن حرمان القاتل من الوصية يكون من باب دفع المغايظة عن سائر الورثة، فإن قاسمهم بملك أبيهم أغاظهم⁽³⁾.

القول الثاني: ذهب المالكية⁽⁴⁾ و الشافعية⁽⁵⁾، إلى صحة الإيصال للقاتل العمد أو الخطأ إذا علم الموصي قبل الموت، أن القاتل هو سبب القتل وأوصى له، إلا من أوصى بأن وصيته لمن يقتله، كقوله: من يقتلني وله ثلث مالي.
أدلة القول الثاني، استدلو بالمعقول.

أ. أن عقد الوصية عقد تمليك كسائر العقود فيه إيجاب وقبول، فإذا أوصى المقتول للقاتل صح الإيصال وخالف الميراث في الحكم⁽⁶⁾.

ب. أن الإيصال للمقتول ينتفي فيه سبب استعجال ملك المال وظهر فيه عدم الندامة من الموصي (المقتول) إذا علم بالجرح أو سبب القتل⁽⁷⁾.

(1) السرخسي، المبسوط، 177/27، الشريبي، مغني المحتاج، 73/4. ابن مفلح، المبدع، 255/5.

(2) الكاساني، بدائع الصنائع، 339/7.

(3) السرخسي، المبسوط، 177/27. البابرقي، العناية شرح الهداية، 423/10.

(4) القيرواني، خلف بن أبي القاسم، التهذيب في اختصار المدونة، دار إحياء التراث، دبي، ط1، 1423هـ، 2005م، 252/4، الغرناطي، التاج والإكليل، 520/8، الخرشبي، شرح مختصر خليل، 171/8. الدسوقي، حاشية الدسوقي، 426/4.

(5) النووي، المجموع، 418/15، الشريبي، مغني المحتاج، 73/4، الرملي، نهاية المحتاج، 49/6.

(6) القيرواني، التهذيب في اختصار المدونة، 252/4. الدسوقي، حاشية الدسوقي، 426/4، الماوردي، الحاوي الكبير، 191/8، الرملي، نهاية المحتاج، 49/6.

(7) الخرشبي، شرح مختصر خليل، 171/8، المصدر السابق .

القول الثالث: ذهب الحنابلة وهو الراجح⁽¹⁾، إلى بطلان الوصية في قتل الموصى له للموصي قتلا مضمونا ولو خطأ، وصحتها إذا جرحه ثم أوصى له فمات من الجرح. أدلة القول الثالث، استدلووا بالمعقول.

أ. منع القاتل من الميراث، فكان من باب أولى أن يمنع أكدا من الوصية⁽²⁾.
ب. صح الإيصاء من الموصي للموصى له القاتل أو الجارح، لأنه إيصاء صدر من أهله وفي محله فلا يبطل⁽³⁾.
ثانيا: مناقشة أدلة الفقهاء في المسألة .
مناقشة أدلة القول الأول، استدلووا بالسنة النبوية والمعقول.
أولا: السنة النبوية.

أ. الاستدلال بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم، أنه قال: (لا وصية لقاتل)⁽⁴⁾.
نوقش: أن الحديث فيه تدليس ومترك فالرواية لا يحتج بها⁽⁵⁾.
ب. الاستدلال بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم، أنه قال: (ليس لقاتل شيء)⁽⁶⁾.
نوقش: 1- أن الرواية فيها انقطاع⁽⁷⁾.
2- أن الوصية تختلف عن الميراث لأنها عقد بتمليك قائم على الإيجاب والقبول بخلاف الميراث الذي يكون التملك فيه لا يحتاج إيجاب وقبول⁽⁸⁾.
ثانيا: المعقول.

أ. الاستدلال بأن الوصية بدرجة الميراث، فلا يحق للقاتل أن يرث ويتملك من المقتول⁽⁹⁾.

(1) ابن تيمية، المحرر، عبدالسلام بن عبدالناصر، مكتبة المعارف، الرياض، ط2، 1408هـ، 1984م، 383/1.
البهوتي، شرح منتهى الإيرادات، 466/2، ابن مفلح، المبدع، 255/5، ابن قدامة، المغني، 242/6.
(2) البهوتي، شرح منتهى الإيرادات، 466/2. ابن تيمية، المحرر، 383/1، ابن مفلح، المبدع، 255/5.
(3) البهوتي، شرح منتهى الإيرادات، 466/2. ابن قدامة، المغني، 442/6.
(4) سبق تخريجه، ص104.
(5) الهيتمي، مجمع الزوائد، 214/4. الزيلعي، نصب الراية، 402/4.
(6) سبق تخريجه، ص104.
(7) الزيلعي، نصب الراية، 329/4.
(8) الدسوقي، حاشية الدسوقي، 426/4، الشربيني، مغني المحتاج، 73/4.
(9) السرخسي، المبسوط، 177/27، الشربيني، مغني المحتاج، 73/4. ابن مفلح، المبدع، 255/5.

نوقش: أن الوصية تمليك المال بعقد كالبيع والهبة، وأذا بطل في الميراث لا يبطل بالوصية لاختلافهما، فإن منع الميراث لا يمنع الإيضاء (1)
ب. الاستدلال بأن التعدي على النفس وإزهاقها، جناية عظيمة تستدعي الحرمان من الوصية (2).

نوقش: أن التعدي إذا رافقه القصد في الاستعجال، للحصول على الملك يمنع، إذ كان بعد الإيضاء لندامة الموصي على ذلك، أما إذا جرحه ثم أوصي له أنتفى مقصد الاستعجال وكان ذلك من المالك فصح الإيضاء (3)
ج. الاستدلال بأن الحرمان من باب دفع المغايظة عن الورثة (4).

نوقش: أن المالك جاز له تمليك ماله بالإيضاء لغيره لأنه حر التصرف به (5).

مناقشة أدلة القول الثاني، استدلووا بالمعقول.

أ. الاستدلال بأن عقد الوصية عقد تمليك كسائر العقود فيه إيجاب وقبول، فإذا أوصى المقتول للقاتل صح الإيضاء، وخالف الميراث في الحكم (6).
نوقش: إذا منع القاتل من الميراث فمن باب أولى أن يمنع من الإيضاء (7).
ب. الاستدلال بأن الإيضاء للمقتول ينتفي فيه سبب استعجال ملك المال وظهر فيه عدم الندامة من الموصي (المقتول) إذا علم بالجرح أو سبب القتل (8).
نوقش: أن القاتل استعجل ما حلله الله من الملك وأخره وبفعله القتل حرم من الوصية سواء أوصى قبل القتل أو بعده (9).

(1) الخرخشي، شرح مختصر خليل، 171/8.

(2) الكاساني، بدائع الصنائع، 339/7.

(3) الرملي، نهاية المحتاج، 49/6. النووي، المجموع، 418/15.

(4) السرخسي، المبسوط، 177/27. البابرتي، العناية، 423/10.

(5) الرملي، نهاية المحتاج، 49/6. الماوردي، الحاوي الكبير، 191/8.

(6) القيرواني، التهذيب في اختصار المدونة، 252/4. الدسوقي، حاشية الدسوقي، 426/4. الماوردي، الحاوي الكبير، 191/8، الرملي، نهاية المحتاج، 49/6.

(7) الزيلعي، تبيين الحقائق، 182/6.

(8) الخرخشي، شرح مختصر خليل، 171/8، المصدر السابق.

(9) الزيلعي، تبيين الحقائق، 182/6، الموصلبي، الأختيار لتعليل المختار، 63/5.

مناقشة أدلة القول الثالث، استدلووا بالمعقول.

أ. الاستدلال بأن منع القاتل من الميراث، فكان أولى أن يمنع أكدا من الوصية⁽¹⁾.

نوقش: منع القتل من الميراث كان سبب في استعجاله للملك، فإذا نتفى القصد انفى الحكم وبطل⁽²⁾.

ب. الاستدلال بصحة الإيصال من الموصي للموصى له، القاتل أو الجرح، لأنه إيصال صدر من أهله وفي محله فلا يبطل⁽³⁾.

نوقش: أن في الإيصال للقاتل غيظ للورثة بمشاركة من قاتل مورثهم، فكان من الأولى أن يمنع من الإيصال، فضلا عن وجود الآثار التي أجمع عليها المسلمون من حرمان القاتل، ولما فيه ردع وزجر لعدم التعدي على أزهاق الأرواح⁽⁴⁾.

ثالثا: الترجيح في المسألة.

يرى الباحث بعد الإطلاع على أقوال الفقهاء وأدلتهم ومناقشتها، والنظر بصحة الإيصال للقاتل من المقتول، إذا علم المقتول أي الموصي سبب القتل وأن الموصى إليه هو المتسبب بالجرح له، لأنه تصرف أجاز له الشارع في ملكه فلا يمكن مصادرته منه، إن أوصى إليه من ماله، أما إذا كان الجرح أو القتل دون معرفة سبب القتل وبعد الإيصال منع منه الموصى له، كما في الميراث لتعديه على الموصي، ولوجود سبب وتهمة الاستعجال في قصد التملك، ولمنعه من مشاركة الورثة في مال والدهم الذي تعدى عليه وأزهق روحه.

(1) البهوتي، شرح منتهى الإيرادات، 466/2. ابن تمية، المحرر، 383/1، ابن مفلح، المبدع، 255/5.

(2) الرملي، نهاية المحتاج، 49/6.

(3) البهوتي، شرح منتهى الإيرادات، 466/2. ابن قدامة، المغني، 442/6.

(4) الكاسلني، بدائع الصنائع، 339/7، الزيلعي، تبين الحقائق، 182/6.

5.4 أثر الموت على عقد القرض في الفقه الإسلامي.

القرض أحد عقود التبرعات في الشريعة الإسلامية، والتي جاء الشرع بالحث عليها لما فيها من التيسير للمسلم على أخيه المسلم وسد حاجته وكربته، وقد ندبت الشريعة إليه وحببت به وحثت عليه (1).

1.5.4 حقيقة القرض في اللغة والإصطلاح.

أولاً: القرض في اللغة (2)، أصلها قرض، والمصدر منها القرض، والجمع القروض، وقد أقرضه وقارضه مقارضة وقراضاً، واستقرضت من فلان أي طلبت منه القرض فأقرضني، وأقرضت منه أي أخذت منه القرض، وقرضته قرضاً وقارضته أي جازيته، والقرض هو ما تعطيه من المال ليقضاه، ويطلق على كل أمر يتجازى به الناس فيما بينهم، ويدل القرض على القطع، يقال: أقرضته من مالي أي قطعت له من مالي، ويطلق على ما تعطيه لتقضاه، والقرض السلف، اقرضته سلفته (3).

ثانياً: القرض في الإصطلاح

أ. عرّفه الحنفية (4)، عقد مخصوص يرد على دفع مال مثلي لآخر ليرد مثله. قولهم: عقد مخصوص أي أن يكون بلفظ القرض ونحوه كالدين، يرد على دفع مال بمنزلة الجنس خرج به النكاح، وعارية ووديعة وهبة وصدقة، قولهم: مثلي، ليخرج القيمي .

قولهم ليرد مثله: خرج نحو وديعة وعارية لأنه يجب رد العين فيها .

ب. عرّفه المالكية (5)، دفع متمول في عوض غير مخالف له لا عاجلاً تفضلاً متعلق في الذمة . قولهم: متمول، أخرج كل ما ليس بمتمول لأنه لا يعد قرضاً، قولهم: في عوض، أخرج الهبة . قولهم: غير مخالف له، أي يريد أن

(1) الشربيني، مغني المحتاج، 31/3.

(2) ابن منظور، لسان العرب، 217/7، مادة قرض

(3) الفيروزآبادي، القاموس المحيط، 652/1، مادة قرض.

(4) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، 161/5.

(5) الخرشي، شرح مختصر خليل، 229/5.

يعود بالمثل .قولهم: لا عاجلا تفضلا، ليخرج المبادلة المثلية الحالة، تفضلا أي بلا نفع يعود على المقرض.

ج. عرفه الشافعية⁽¹⁾: تملك الشيء برد بدله، قولهم تملك، ليخرج الإعارة لأنها بلا عوض، رد البذل: أي ليرد المثل بالمثلي وصورة في المتقوم. والأصل أن يقول: تملك الشيء برد المثل ما هو ثابت في الذمة، لأن مقتضى القرض تملك مع الرد المثلي، ويتعلق في الذمة لعدم مبادلة المثلية في الحال .

د. عرفه الحنابلة⁽²⁾، دفع المال للغير لينتفع به مع رد بدله. مع رد البذل : دل على كل ما له بدل ويثبت في الذمة كالسلم ويمكن ضبطه في الوصف كالمكيل والموزون .

يلاحظ الباحث أن القرض في اللغة والإصطلاح يدلان على معنى واحد وهو دفع المال للغير على وجه السلف أو ما في معناه. وعليه يكون القرض، تملك جائز التصرف المال للغير إرفاقا على ما هو مثلي ليرد مثله متعلقا في الذمة بعقد مخصوص.

شرح التعريف

تملك المال للغير، ليخرج العارية. إرفاقا دل على الانتفاع وهو المقصد الشرعي من إباحة القرض بين الناس لا على وجه النفع للمقرض. على ما هو مثلي، حتى يكون للجنس مثل في السوق. ليرد مثله: أي يرد المثل في القرض. عقد مخصوص أي ما يكون بلفظ القرض وما دل على معناه كالسلف.

2.5.4 مشروعية القرض في الفقه الإسلامي .

ثبتت مشروعية القرض في الكتاب والسنة والإجماع.

أولا : الكتاب .

قال تعالى : ﴿مَنْ ذَا الَّذِي يُقْرِضُ اللَّهَ قَرْضًا حَسَنًا﴾⁽³⁾.

(1) الرملي، نهاية المحتاج، 4/219.

(2) ابن مفلح، المبدع، 4/195.

(3) سورة البقرة، الآية رقم (245).

وجه الدلالة : دل الآية الكريمة على إباحة القرض، وأنه من أعمال البر التي يقوم بها المسلم في الإنفاق وسد الحاجات والمضاعفة دلت على رد بدل القرض (1).

ثانيا : السنة النبوية .

أ. ما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ، قال: (من كشف عن مسلم كربة من كرب الدنيا كشف الله عنه كربة من كرب يوم القيامة، والله في عون العبد ما دام العبد في عون أخيه)(2).

ب. ما روي عن ابن مسعود أن النبي ﷺ قال: من سره أن ينجي الله من كرب يوم القيامة فليتنفس عن معسر)(3).

وجه الدلالة من الحديثين السابقين : أن الشريعة الإسلامية حبيت وندبت بقضاء حاجة المعسر والتفريج عنه، لأنها من وجوه الإحسان والبر والنجاة في الآخرة وكل ما ورد كان فيه من معنى الاقتراض(4).

ج. قول النبي ﷺ : (ما من مسلم يقرض قرضا مرتين إلا كان كصدقتهما مرة)(5).

وجه الدلالة : دل الحديث بمنطوقه على عظم أجر الإقراض لما فيه من مساعدة المسلم للمسلم وتفريج كرباتهم وسد حاجاتهم وهو ما يجعل المسلم يشعر بأخيه المسلم(6).

(1) البيضاوي، تفسير البيضاوي، 149/1، الرملي، نهاية المحتاج، 220/4.

(2) مسلم، صحيح مسلم، كتاب البر والصلة، باب تحريم الظلم، 1996/4، برقم 2580.

(3) مسلم، صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب فضل إنظار المعسر، 1196/3، برقم 1563.

(4) النووي، شرح النووي على مسلم، كتاب البيوع، باب فضل إنظار المعسر، 227/10، برقم 1564.

(5) ابن ماجه، سنن ابن ماجه، كتاب الصدقات، باب القرض، 812/2، برقم 2430، أخرجه ابن حجر العسقلاني، احمد بن علي، التلخيص الحبير، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1419هـ، 1989م، 271/3، اسناده ضعيف.

(6) السندي، محمد بن عبدالهادي، كفاية الحاجة في شرح سنن ابن ماجه، دار الجيل، بيروت، دط، دت، كتاب الصدقات، باب القرض، 81/2، برقم 2430.

ثالثاً: الإجماع.

أجمعت الأمة على مشروعية القرض (1).

3.5.4 أركان القرض في الفقه الإسلامي.

ركن القرض عند الحنفية (2) هو الإيجاب من المقرض كقوله: أقرضتك هذا الشيء والقبول من المقترض بقوله: قبلت هذا الشيء .

وأما أركان القرض عند المالكية (3) والشافعية (4) والحنابلة (5)، فهي:

1- المقرض، صاحب القرض ومالكه .

2- المقترض، طالب القرض وصاحب الحاجة للشيء المقرض.

3- الصيغة، الإيجاب من المقرض والقبول من المقترض.

4.5.4 أثر الموت على عقد القرض في الفقه الإسلامي .

الفرع الأول : أثر موت المقرض على عقد القرض في الفقه الإسلامي .
تصوير المسألة.

إذا أقرض شخصاً قرضاً لآخر، ثم مات فما هو مصير القرض، بين الإمضاء والفسخ؟

موطن الاختلاف .

اختلف الفقهاء في حكم القرض قبل القبض وبعده بين اللزوم والجواز (6).

تحريم محل النزاع الفقهي .

يدور محل النزاع الفقهي في المسألة، عند موت المقرض بعد القبول من المقترض قبل القبض، بين انفساخ العقد وسريانه (7).

(1) ابن المنذر، الإجماع، ص135.

(2) الكاساني، بدائع الصنائع، 394/7.

(3) الحطاب مواهب الجليل، 355/5.

(4) الشربيني، مغني المحتاج، 31/3.

(5)، البهوتي، كشف القناع، 313/3.

(6) المرادوي، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف، 125/5.

(7) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، 164/5، النووي، المجموع، 166/13، ابن قدامة، المغني، 237/4.

سبب الاختلاف.

يعود سبب الاختلاف إلى صفة عقد القرض بين اللزوم والجواز (1).

أولاً: أقوال الفقهاء في المسألة وأدلتهم .

القول الأول: ذهب الحنفية (2) والشافعية (3) والحنابلة (4)، إلى أن المقرض إذا مات قبل القبض من المقرض انفسخ عقد القرض، ولا يفسخ إذا مات بعد القبض.

أدلة القول الأول، استدلووا بالمعقول.

أ. أن القرض قبل القبض عقد غير لازم (5).

ب. أن القرض لا يخرج عن ملك صاحبه إلا بالقبض وهو دلالة التملك في عقد التبرع (6).

ج. أن عقد القرض يثبت في الذمة ويردّ فيه المثل، ولا يمكن ثبوته في الذمة قبل قبضه، فضلاً على أن الضمان لا يكون على المقرض قبل القبض، فهلاكه بعد قبوله على مالكة المقرض (7).

د. أن التصرف في القرض يقف على قبض المقرض له، فثبت الملك فيه بالقبض كالهبة (8)، ودليل ملك المقرض للقرض وقفه على القبض، أن نفقة القرض لا تلزم المقرض إلا بعد قبضه (9).

(1) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 24/4.

(2) الكاساني، بدائع الصنائع، 396/7، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، 164/5، ابن مازة البخاري، المحيط البرهاني، 131/7.

(3) الشربيني، مغني المحتاج، 35/3، الرملي، نهاية المحتاج، 232/4

(4) ابن مفلح، المبدع، 195/4، البهوتي، كشف القناع، 312/3. المرادوي، الإنصاف، 125/5، ابن قدامة، المغني، 237/4

(5) الشربيني، مغني المحتاج، 35/3، البهوتي، كشف القناع، 314/3.

(6) ابن عابدين حاشية ابن عابدين، 164/5. الشربيني، مغني المحتاج، 35/3

(7) ابن عابدين حاشية ابن عابدين، 164/5.

(8) النووي، المجموع، 166/13. ابن مفلح، المبدع، 196/4. البهوتي، كشف القناع، 314/3.

(9) النووي، المجموع، 166/13.

القول الثاني : ذهب المالكية ⁽¹⁾، إلى أن القرض يلزم بمجرد العقد، فلا يفسخ بموت المقرض وبعد قبول المستقرض .

أدلة القول الثاني، استدلو بالمعقول.

أ. أن مجرد العقد على القرض والقبول به من المقرض أصبح مالا كسائر أمواله كالهبة والصدقة والعارية⁽²⁾.

ب. أن المقرض لو تصرف في القرض قبل قبضه يقضى له به، وعليه ضمانه كرد مثله، فجاز بيعه والتصرف قبل الإستيفاء ⁽³⁾.

ج. أن الحيابة من تمام ملك القرض، فلا يبطل بموت المقرض ولورثته دفعه إلى المقرض لحيابته ولا يبطل إلا إن كان هنالك مانع يمنع الدافع من التسليم أو المقرض من الحيابة كهلاكه مثلا ⁽⁴⁾

القول الثالث : ذهب الشافعية في الرواية المشهورة ⁽⁵⁾، وأبي يوسف من الحنفية ⁽⁶⁾، إلى أن القرض لا يلزم على أي حال بموت المقرض قبل القبض أو بعده وينفسخ به ما دام القرض باقيا في يد المقرض إلا إذا تصرف به، أو تعلق به حق لازم .

أدلة القول الثالث، استدلو بالمعقول.

أ. أن القرض لا يملك بالقبض ما دام قائما في يد المقرض، إلا إذا استهلكه، أو تصرف به كبيع وهبة أو تعلق به حق لازم كرهن أو تعلق برقبته أرش جنابة⁽⁷⁾.

ب. أن القرض عقد تبرع كالعارية بدليل أنه لا يلزم فيه الأجل، ولو كان معاوضة للزم كسائر عقود المعاوضات ⁽⁸⁾.

(1) الدسوقي، حاشية الدسوقي، 226/3، الخرشي، شرح مختصر خليل، 232/5

(2) الدسوقي، حاشية الدسوقي، 226/3. ابن الحاجب، جامع الأمهات، 374/1.

(3) مالك، المدونة، 663/3، الدسوقي، حاشية الدسوقي، 226/3. القيرواني، الرسالة، 104/1.

(4) مالك،؟ المدونة، 663/3، الدسوقي حاشية الدسوقي، 226/3.

(5) الرملي، نهاية المحتاج، 232/4 الشربيني، مغني المحتاج، 35/3، البجيرمي، حاشية البجيرمي، 355/2.

(6) الكاساني، بدائع الصنائع، 396/7، ابن عابدين حاشية ابن عابدين، 164/5، ابن مآزة، المحيط البرهاني،

131/7.

(7) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، 164/6. النووي، المجموع، 166/13.

(8) الكاساني، بدائع الصنائع، 396/7

ج. أن للمقرض حق فسخ عقد القرض ما دام باقيا غير مستهلك، لأنه له طلب بدله عند فقده، فمن باب أولى المطالبة بعينه لأنه الأقرب (1).

ثانيا: مناقشة أدلثة الفقهاء في المسألة .

مناقشة أدلة القول الأول، استدلو بالمعقول .

أ. الاستدلال بأن عقد القرض قبل القبض عقد جائز، يصح للمقرض الرجوع فيه لأن التسليم لم يحدث (2).

نوقش: أن عقد القرض عقد لازم بمجرد التلفظ به فلا يصح الرجوع قبل أن يقبض من المقرض (3).

ب. الاستدلال بأن القرض لا يخرج عن ملك صاحبه إلا بالقبض (4).

نوقش: أن القرض عقد لزم المقرض بمجرد التلفظ به، وأصبح ملكا للمقرض ولو لم يقبض لأن القبض شرط التمام في صحة التملك بحق المقرض، فيكون كسائر أملاك المقرض كالهبة والصدقة وغيرها (5).

ج. الاستدلال بأن عقد القرض يثبت في الذمة ويرد فيه المثل ولا يمكن ثبوته في الذمة قبل قبضه (6).

نوقش: ثبوته في الذمة لضمان حق المقرض في رد القرض عينا أو مثلا، ولا دليل فيه على المنع من التملك قبل الحوز (7).

د. الاستدلال بأن التصرف في القرض يقف على قبض المقرض له، لأن الملك فيه يكون بالقبض كالهبة (8)،

نوقش: جاز التصرف في القرض قبل القبض، لأن ثابت في ذمة المقرض (9).

(1) الشربيني، مغني المحتاج، 35/3. الرملي، نهاية المحتاج، 232/4.

(2) الشربيني، مغني المحتاج، 35/3، البهوتي، كشاف القناع، 314/3.

(3) الخرشي، شرح مختصر خليل، 232/5. ابن الحاجب، جامع الأمهات، 374/1.

(4) ابن عابدين حاشية ابن عابدين، 164/5. الشربيني، مغني المحتاج، 35/3.

(5) الصاوي، حاشية الصاوي، 296/3.

(6) ابن عابدين حاشية ابن عابدين، 164/5. الشربيني، مغني المحتاج، 35/3.

(7) الدسوقي، حاشية الدسوقي، 226/3.

(8) النووي، المجموع، 166/13. ابن مفلح، المبدع، 196/4. البهوتي، كشاف القناع، 314/3.

(9) الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، 382/1. الثعلبي، التلقين، 161/2.

مناقشة أدلة القول الثاني، استدلووا بالمعقول .

أ. الاستدلال بأن مجرد العقد على القرض والقبول به من المقرض أصبح مالا كسائر أمواله كالهبة والصدقة والعارية⁽¹⁾.

نوقش: عقد القرض من عقود التبرعات لا يلزم قبل تسليمه للمقرض، وللمقرض فسخه قبل ذلك وإرجاعه على ملكه⁽²⁾.

ب. الاستدلال بأنه لو تصرف المقرض في القرض حكم له وصح فعله واعتبر في ذلك التصرف، وعليه ضمانه كرد مثله، فجاز بيعه والتصرف قبل الاستيفاء⁽³⁾.

نوقش : التصرف في القرض قبل القبض لا يصح لأنه لم يقع على ملك المقرض، ولأنه التصرف فيما لا يملك⁽⁴⁾.

ج. الاستدلال بأنه لا يبطل بموت المقرض، ولورثته دفعه إلى المقرض لحيازته ولا يبطل إلا إن كان هنالك مانع يمنع الدافع من التسليم أو المقرض من الحيازة كهلاكه مثلاً⁽⁵⁾.

نوقش: القرض عقد، معناه القطع من المال ولا يكون ذلك إلا بالتسليم، فالإسم دالا على شرط صحة العقد⁽⁶⁾.

مناقشة أدلة القول الثالث، استدلووا بالمعقول .

أ. الاستدلال بأن القرض لا يملك إلا إذا استهلكه، أو تصرف به كبيع وهبة أو تعلق به حق لازم كرهن أو تعلق برقبته أرش جنائية⁽⁷⁾.

(1) الدسوقي، حاشية الدسوقي، 226/3. ابن الحاجب، جامع الأمهات، 374/1.

(2) الزيلعي، تبيين الحقائق، 97/2، البلخي، الفتاوى الهندية، دار الفكر، بيروت، ط2، 201/1310.3.

(3) مالك، المدونة، 663/3، الدسوقي، حاشية الدسوقي، 226/3. القيرواني، الرسالة، 104/1.

(4) السرخسي، المبسوط، 32/14.

(5) مالك، المدونة، 663/3، الدسوقي حاشية الدسوقي، 226/3.

(6) الكاساني، بدائع الصنائع، 395/7.

(7) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، 164/6. النووي، المجموع، 166/13.

نوقش: أن عقد القرض إذا قبض وتم تسليمه للمقترض تملكه وجاز التصرف فيه، وعليه رد مثله، فلا يفسخ بعد القبض (1)

ب. الاستدلال بأن أن القرض عقد تبرع كالعارية بدليل أنه لا يلزم فيه الأجل، ولو كان معاوضة للزم كسائر عقود المعاوضات (2).

نوقش: أن عقد القرض لا يصح فسخه إلا قبل القبض لأنه يكون جائزا أما إذا تملك المقترض فهو ماله أباح الشرع له التصرف فيه، فهو تبرع ابتداء معاوضة انتهاء لثبوته في الذمة (3)

ج. الاستدلال بأن للمقرض حق فسخ عقد القرض ما دام باقيا غير مستهلك، لأنه له طلب بدله عند فقده، فمن باب أولى المطالبة بعينه لأنه الأقرب (4).

نوقش: لا يفسخ عقد القرض ولو كان القرض باقيا في يد المقترض ولو لم يتصرف به لأن له المثل عند الرد والمطالبة وهذا دليل على أن القبض يجعل من عقد القرض فيه صفة اللزوم (5).

ثالثا : الترجيح في المسألة.

يرى الباحث بعد الإطلاع على اقوال الفقهاء وأدلتهم ومناقشتها، أن عقد القرض يملك صفتين، أحدهما الجواز وهي تكون قبل قبض القرض من المقترض وحوزه، فيصح للمقرض الرجوع عن القرض وبطلان حكمه، لأنه ماله باق على ملكه، أما إذا قبض وتم تسليمه للمقرض، أصبح لازما لا يجوز فسخه، ولو لم يتعين فيه حق أو تصرف كبيع وهبة وإعارة ونحوها، لأنه ملك للمقترض كسائر أمواله جاز له التصرف فيه على أي وجه شاء، ويثبت في الذمة لرد المثل عند الطلب ولو كان باقيا.

(1) البهوتي، كشاف القناع، 314/3.

(2) الكاساني، بدائع الصنائع، 396/7.

(3) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، 164/5، ظ الموصلي، الاختيار لتعليل المحتار، 9/2.

(4) الشربيني، مغني المحتاج، 35/3. الرملي، نهاية المحتاج، 232/4.

(5) النووي، المجموع، 166/3، المرادوي، الانصاف، 125/5،

6.4 أثر الموت على عقد الوكالة في الفقه الإسلامي.

1.6.4 تحديد مفهوم الوكالة في اللغة والإصطلاح.

أولاً: الوكالة في اللغة، الوكالة والوكالة، بفتح الواو وكسرهما، ويقال: وكلته بأمر كذا توكيلاً، والتوكل، إظهار العجز عن التصرف والاعتماد على الغير، والاسم التكلان بضم التاء، واتكلت على فلان اعتمدت عليه، وموكل بالفتح اسم جبل، ويقال: تواكله الناس أي تركوه⁽¹⁾.

ثانياً: الوكالة في الاصطلاح، عرفها الفقهاء بتعريفات مختلفة:

عرفها الحنفية⁽²⁾، تفويض التصرف إلى الغير وتسليم المال إليه ليتصرف فيه، عجزاً أو ترفهاً. هذا التعريف قصر الوكالة على المال، ولكن الوكالة تكون في المال وغيره كالطلاق والنكاح، فهو ليس مانع وجامع لمعنى الوكالة".

عرفها المالكية⁽³⁾، نيابة ذي حق غير ذي امرأة ولا عبادة لغيره فيه غير مشروطة بموته، فيخرج نيابة إمام الطاعة أميراً أو قاضياً، وقوله: ولا عبادة أخرج ما إذا أناب غيره في الصلاة بدله، وقوله: غير مشروطة بموته، أخرج الوصية.

عرفها الشافعية⁽⁴⁾، تفويض شخص ما له فعلاً مما يقبل النيابة إلى غيره ليفعله في حياته. قوله: مما يقبل النيابة، ليخرج كل أمر لا وكالة فيه كاللعان والشهادة والإيمان والنذور والقسمة والظهار وغيرها مما لا يقبل الوكالة..

عرفها الحنابلة⁽⁵⁾، استتابة جائز التصرف فيما وكل فيه مثله فيما تدخله النيابة من قول كعقد وفسخ أو فعل كقبض وإقباض. قوله: استتابة جائز التصرف، ليخرج من لا يجوز أنابته في التصرف كالصبي والمجنون والسفيه.

يرى الباحث من خلال الإطلاع على المعنى اللغوي والاصطلاحي لمفهوم الوكالة بأن الوكالة هي النيابة في أمر ما، وعليه تكون الوكالة هي تفويض الغير ممن جاز تصرفه في قول أو فعل مما يقبل الاستتابة.

(1) ابن منظور، لسان العرب، 736/11. الفيروزآبادي، القاموس المحيط، 1069/1، مادة وكل.

(2) السرخسي، المبسوط، 2/19. ابن الهمام، فتح القدير، 499/7.

(3) العدوي، حاشية العدوي، 352/2.

(4) الشربيني، مغني المحتاج، 231/3.

(5) البهوتي، شرح منتهى الإبرادات، 184/2.

2.6.4 مشروعية الوكالة في الفقه الإسلامي.

جاءت مشروعية الوكالة في الكتاب والسنة والإجماع.

أولاً: الكتاب.

أ. قوله تعالى : ﴿وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا﴾⁽¹⁾

وجه الدلالة: دلت الآية الكريمة على ثبوت الأجر للعاملين على الصدقات⁽²⁾. لا سيما دليل جواز التوكيل في جمع الصدقات، وهو بحكم النيابة عن المستحقين⁽³⁾.

ب. قوله تعالى : ﴿فَابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ﴾⁽⁴⁾.

وجه الدلالة: (دلت الآية الكريمة على جواز مخالطة المالة والوكالة في التصرف فيه)⁽⁵⁾.

ثانياً: السنة النبوية.

أ. عن أبي هريرة رضي الله عنه، أن رجلاً جاء إلى النبي ﷺ، فأغلظ، فهم به أصحابه، فقال: دعوه فإن لصاحب الحق مقال، ثم قال: (أعطوه فإن من خيركم أحسنكم قضاءً)⁽⁶⁾.

وجه الدلالة: دل الحديث النبوي بمنطوقه على جواز الوكالة في قضاء الدين، وفيه أيضاً جواز الوكالة بالعموم فيما يجوز التوكيل فيه⁽⁷⁾.

(1) سورة التوبة، الآية (60).

(2) البضاوي، تفسير البضاوي، 83/3

(3). البهوتي، شرح منتهى الإيرادات، 184/2.

(4) سورة الكهف، الآية (19).

(5) ابن حيان، أبو حيان محمد بن يوسف بن علي، البحر المحيط في التفسير، ت: صدقي محمد جميل، دار الفكر، بيروت، ط، 1420هـ.

(6) البخاري، صحيح البخاري، كتاب الوكالة، باب الوكالة في قضاء الديون، 99/3، برقم 2306.

(7) العيني، عمدة القاري شرح صحيح البخاري، كتاب الوكالة، باب الوكالة في قضاء الديون، 135/12، برقم 6032.

ب. عن عروة البارقي رضي الله عنه قال: (دفع إلي النبي صلى الله عليه وسلم، دينارا لأشتري له شاة، فاشتريت له شاتين)⁽¹⁾.

وجه الدلالة: دل الحديث بمنطوقه على جواز الوكالة شرعا⁽²⁾.

ثالثا: الإجماع.

أجمعت الأمة على جواز الوكالة⁽³⁾.

3.6.4 أركان الوكالة في الفقه الإسلامي .

ركن الوكالة عند الحنفية⁽⁴⁾، الإيجاب والقبول، فالإيجاب من الموكل قوله: وكلتك بكذا، والقبول قول: الوكيل قبلت وما يجري مجراه، وبغيرهما لا يتم العقد وأما أركانها عند المالكية⁽⁵⁾ والشافعية⁽⁶⁾ والحنابلة⁽⁷⁾ فهي:

أ. التوكيل، امر التفويض.

ب.ب-الموكل، وشرطه، صحة المباشرة في التوكيل، وهو التصرف المأذون فيه.

ج. الوكيل، صاحب أمر الوكالة.

د. الصيغة، الإيجاب والقبول.

4.6.4 أثر الموت على عقد الوكالة في الفقه الإسلامي.

وجه الاتفاق.

عقد الوكالة عقد جائز بين الطرفين⁽⁸⁾.

(1) الترمذي، سنن الترمذي، كتاب البيوع، 550/2، برقم 1258. أخرجه ابن حجر، التلخيص الحبير، كتاب

الوكالة، 1257، وأخرجه في كتاب البيع 1127، وقال: حديث حسن صحيح.

(2) السرخسي، المبسوط، 2/19

(3) ابن المنذر، الإجماع، ص 181.

(4) الكاساني، بدائع الصنائع، 38/6

(5) الغرناطي، التاج والأكليل، 160/7،

(6) البجيرمي، حاشية البجيرمي، 48/3.

(7) ابن مفلح، المبدع، 332/4.

(8) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 86/4.

تحرير محل النزاع الفقهي

انفساخ عقد الوكالة بالموت يفيد بطلان عقد الوكالة (1).

أولاً: أقوال الفقهاء في المسألة .

القول الأول: ذهب الحنفية (2)، ورواية عند المالكية (3)، والشافعية (4)،

والحنابلة (5) والظاهرية (6) إلى بطلان الوكالة بموت الموكل أو الوكيل.

أدلة القول الأول، استدلووا بالمعقول.

أ. الوكالة عقد جائز، يفسخ بموت أحد طرفي العقد كالمضاربة والشركة (7).

ب. أن التوكيل بأمر الموكل وقد بطلت أهلية الأمر بالموت أي أهلية التصرف لأنه

لا يملكها فتبطل الوكالة علم الوكيل بموته أم لم يعلم (8).

ج. أن الوكيل نائب عن الموكل في التصرف في ماله، وقد انتقل لورثته بموته فلا

يلزمهم تصرف الوكيل بمالهم لانقطاع الوكالة بموت الموكل (9).

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، 38/6، قليوبي وعميرة، حاشية قليوبي وعميرة، 436/2. ابن مفلح، المبدع، 332/4.

(2) الكاساني، بدائع الصنائع، 38/6، الموصل، الاختيار لتعليل المختار، 163/2، السمرقندي، تحفت الفقهاء، الفقهاء، 236/3.

(3) الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 396/3.

(4) الشربيني، مغني المحتاج، 258/3، النووي، المجموع شرح المذهب، 156/14، قليوبي وعميرة، حاشية قليوبي وعميرة، 436/2.

(5) المرदाوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، 368/5. ابن مفلح، المبدع، 332/4. البهوتي، كشاف القناع، 468/3.

(6) ابن حزم، المحلى بالآثار، 94/7.

(7) البابر، العناية شرح الهداية، 141/8.

(8) الكاساني، بدائع الصنائع، 38/6. البابر، العناية شرح الهداية، 510/7، الشربيني، مغني المحتاج،

258/3. النووي، المجموع شرح المذهب، 156/14.

(9) الدسوقي، حاشية الدسوقي، 396/3.

القول الثاني، ذهب المالكية وهو المذهب⁽¹⁾، ورواية عند الحنفية⁽²⁾، ورواية عند الحنابلة⁽³⁾، إلى بطلان عقد الوكالة إذا علم الوكيل بموت الموكل، فإن لم يعلم وتصرف في الوكالة فهو ماض في التصرف لحين علمه بموت موكله.

أدلة القول الثاني، استدلوا بالمعقول.

أ. أن تصرف الوكيل بالوكالة دون العلم بموت الموكل، هو تصرف قائم على ما اتفق عليه أمر الوكالة وماض فيها، وأحكامه نافذة لعدم العلم بانقطاع التوكيل⁽⁴⁾.

ب. أن الوكالة لا تنفسخ بعدم علم موت الموكل، وتصرف الوكيل بالبيع أو الشراء لازم لورثته دون علمه⁽⁵⁾.

ج. أن في انعزال الوكيل قبل العلم بالموت ضرر، لأنه قد يتصرف بعد الموت فيلزمه الضمان بعد ذلك، والضرر مدفوع في الشرع⁽⁶⁾.

القول الثالث: رواية عند الحنابلة⁽⁷⁾، والظاهرية⁽⁸⁾، لا تبطل الوكالة بالموت إذا كان الوكيل له ولاية التصرف على الغير كولي اليتيم أو ناظر الوقف، أو ولاية الإمام.

أدلة القول الثالث.

أ. إذا كان المفوض له ولاية على ما يتصرف فيه كولي اليتيم أو ناظر الوقف، فهو متصرف على غيره لا على نفسه، فلا تنفسخ الوكالة بالموت⁽⁹⁾.

(1) الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، 523/3، خليل، مختصر خليل، 183/1

(2) الزيلعي، تبيين الحقائق، 287/4. لجنة علماء، مجلة الأحكام العدلية، 296/1.

(3) النجدي، عبدالرحمن بن محمد بن قاسم، حاشية الروض المربع، ط1، 1397هـ، 214/5، ابن قدامة المغني لابن قدامة، 89/5.

(4) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 86/4، الصاوي، حاشية الصاوي، 523/3، الدسوقي، حاشية الدسوقي، 396/3.

(5) عيش، منح الجليل، 413/6.

(6) الزيلعي، تبيين الحقائق، 287/4. مجلة الاحكام العدلية، 296/1.

(7) ابن رجب، القواعد لابن رجب، 114/1.

(8) المحلى بالآثار، 94/7.

(9) ابن رجب، القواعد لابن رجب، 114/1.

ب. أن الولاية لهم أمر الوكالة من الإمام، ولا تنفسخ بموته لحاجة الناس لمن يقوم على أمرهم، وأن ولاية النبي صلى الله عليه وسلم، بقيت نافذة أحكامهم إلى بعد موته لحين تغييرهم بأمر الخلافة⁽¹⁾.

ثانيا: مناقشة أدلة الفقهاء في المسألة.

مناقشة أدلة القول الأول.

أ. الاستدلال بالوكالة عقد جائز، ينفسخ بموت أحد طرفي العقد كالمضاربة والشركة.

نوقش: دون العلم والتبليغ بالموت، أحكام الوكالة نافذة على أمر التوكيل والأذن ابتداء من الموكل وانقطاع العلم أمر خارج عن إرادة الوكيل⁽²⁾

ب. الاستدلال بأن التوكيل بأمر الموكل وقد بطلت أهلية الأمر بالموت أي أهلية التصرف لأنه لا يملكها فتبطل الوكالة⁽³⁾.

ج. الاستدلال بأن الوكيل نائب عن الموكل في التصرف في ماله، وقد انتقل لورثته بموته فلا يلزمهم تصرف الوكيل بمالهم⁽⁴⁾.

نوقش: تصرفات الوكيل نافذة لحين عزله من الورثة فلا تبطل بمجرد موت الموكل، لأن الوكيل قد يكون ابتاع واشترى بأمر الوكالة⁽⁵⁾

د. الاستدلال بأن الوكالة تعتمد الحياة وبالموت تنتفي لانتهاء صحتها وما تعتمد عليه وهو أهلية التصرف⁽⁶⁾.

(1) ابن حزم، المحلى بالآثار، 94/7

(2) البهوتي، شرح منتهى الإيرادات، 191/3.

(3) الكاساني، بدائع الصنائع، 38/6. البابرّي، العناية شرح الهداية، 510/7، الشرييني، مغني المحتاج، 258/3. النووي، المجموع شرح المذهب، 156/14

(4) الدسوقي، حاشية الدسوقي، 396/3

(5) ابن رشد، المقدمات الممهّدات، 54/3

(6) ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، 332/4.

نوقش: أن الوكالة لا تنفسخ بالموت دون العلم، لأن الرضا ابتداءً لزم ورثة الموكل انتهاءً بالتصرف بعد الموت، وتنفسخ عند مظنة العلم بالموت إذا مات الموكل بنفس بلد الوكيل (1).

مناقشة أدلة القول الثاني

أ. الاستدلال بأن تصرف الوكيل بالوكالة دون العلم بموت الموكل، هو تصرف قائم على ما اتفق عليه أمر الوكالة وماض فيها، وأحكامه نافذة (2).
نوقش: أن نفاذ أحكام الوكالة والتصرف يحتاج إلى إذن ورضا وبالموت، تفترق الوكالة إلى الرضا وبذلك يسقط العقد (3)

ب. الاستدلال بأن الوكالة لا تنفسخ بعدم علم موت الموكل، وتصرف الوكيل بالبيع أو الشراء لازم لورثته دون علمه (4).

ج. الاستدلال بأن في انعزال الوكيل قبل العلم بالموت ضرر، لأنه قد يتصرف بعد الموت فيلزمه الضمان بعد ذلك، والضرر مدفوع في الشرع (5).

نوقش: أن تصرف الوكيل بعد الموت هو تصرف بمال الغير فلا يلزمهم لأن الوكالة كانت له من الموكل، وقد انقطعت بالموت، وانتقل الملك لغيره فيحتاج إذن ورضا من صاحب الملك وهم ورثة الموكل (6).

مناقشة أدلة القول الثالث.

أ. الاستدلال بأنه إذا كان المفوض له ولاية على ما يتصرف فيه كولي اليتيم أو ناظر الوقف، فهو متصرف على غيره لا على نفسه، فلا تنفسخ الوكالة بالموت (7).

(1) الدسوقي، حاشية الدسوقي، 396/3.

(2) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 86/4، الصاوي، حاشية الصاوي، 523/3، الدسوقي، حاشية الدسوقي، 396/3

(3) ابن قدامة، المغني لابن قدامة، 89/5.

(4) عليش، منح الجليل، 413/6.

(5) الزيلعي، تبيين الحقائق، 287/4. مجلة الاحكام العدلية، 296/1

(6) الدسوقي، حاشية الدسوقي، 396/3

(7) ابن رجب، القواعد لابن رجب، 114/1.

نوقش: الوكالة عقد جائز يفسخ بموت أحد طرفي العقد، وفي نفاذها رغم الموت تحول لصيغة العقد من الجواز إلى اللزوم، والموت عبارة عن انتهاء لزمن عقد الوكالة (1).

ب. الاستدلال بأن الولاية لهم أمر الوكالة من الإمام، ولا تنفسخ بموته لحاجة الناس لمن يقوم على أمرهم، وأن ولاية النبي صلى الله عليه وسلم بقيت نافذة أحكامهم إلى بعد موته لحين تغييرهم بأمر الخلافة (2).

نوقش: أن الموت بخلاف العزل، الموت تبطل فيه الوكالة، والخلافة كانت قائمة بعد موت النبي صلى الله عليه وسلم ولا تقاس الوكالة في الولاية أو القضاء على أمر الوكالة في المال، لأن الأول أمر في السياسة الشرعية ولا يمكن الانفكاك بمجرد موت الوالي، إلا حين تقليد غيره (3).

ثالثاً: الترجيح في المسألة.

يرى الباحث بعد الإطلاع على أقوال الفقهاء في المسألة ومناقشتها، أن عقد الوكالة يبطل بموت أحد طرفي العقد عند العلم بالموت، لإنهاء أمر الوكالة، وأما إذا لم يعلم الموت فإن تصرفات الوكيل نافذة إلى حين علمه بالموت، ولازمة لورثة الموكل وإن كان العقد من العقود الجائزة التي تبطل بالموت، وذلك لأن الوكيل قد يكون تصرف في أمر الوكالة باعتبار الإذن ابتداءً بالتصرف في الوكالة بعد موت الموكل، فعند القول بالبطلان قد يلحق الضرر بالوكيل في ذلك التصرف .

(1) قليوبي وعميرة، حاشية قليوبي وعميرة، 436/2.

(2) ابن حزم، المحلى بالآثار، 94/7

(3) الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد، الاحكام السلطانية، دار الحديث، القاهرة، دط، دت 55/1.

7.4 أثر الموت على عقد اللقطة في الفقه الإسلامي.

1.7.4 اللقطة في الفقه والاصطلاح.

أولاً: اللقطة: اللقط، أخذ الشيء من الأرض، لقطه يلقطه لقطاً، يثال: لكل ساقطة لاقطة، أي لكل ماندر من الكلام من يسمعها ويذيعها، ولاقطة الحصى: قانصة الطير يجتمع فيها الحصى، واللقطة، اسم الشيء الذي تجده ملقى فتأخذ⁽¹⁾.
ثانياً: اللقطة في الاصطلاح.

عرفها الفقهاء، بأنها المال الضائع من مالكة⁽²⁾.

يلاحظ الباحث من خلال المقارنة بين التعريف اللغوي والإصطلاحي للقطة بأنها الشيء المأخوذ من الأرض، غير معروف ملكه.

2.7.4 مشروعية اللقطة في الفقه الإسلامي.

أولاً: السنة النبوية.

أ- قول النبي صلى الله عليه وسلم : لأبي بن كعب رضي الله عنه، (احفظ وعاءها وعددها ووكاءها، فإن جاء صاحبها، والإفاستمتع بها)⁽³⁾.

وجه الدلالة: دل الحديث على جواز إلتقاط، وحفظ المال من الضياع⁽⁴⁾

ثانياً: المعقول.

أن الشرع الحنيف أمر بحفظ المال خشية الترك والضياع، فدل العقل على الندب إلى إلتقاط المال خوفاً من الهلاك⁽⁵⁾.

(1) ابن منظور، لسان العرب، 392/7، مادة لقط.

(2) البابرتي، العناية، 118/6، الذخيرة، القرافي، 87/9، الشربيني، مغني المحتاج، 576/3، ابن مفلح، المبدع، 118/5.

(3) البخاري، صحيح البخاري، كتاب اللقطة، باب باب إذا أخبره رب اللقطة بالعلامة، 124/3، برقم 2426.

(4) العيني، عمدة القاري، كتاب اللقطة، باب إذا أخبره رب اللقطة، 264/12، برقم 2426.

(5) النووي، المجموع شرح المذهب، 250/15.

3.7.4 أركان اللقطة.

أركان اللقطة ثلاثة⁽¹⁾:

أ- الالتقاط.

ب- الملتقط.

ت- اللقطة.

4.7.4 أثر الموت على اللقطة في الفقه الإسلامي.

تصوير المسألة.

إذا التقط شخص لقطة ما ثم مات بعد الالتقاط فما هو مصير اللقطة؟

وجه الاتفاق.

أ- أن اللقطة إن لم تكن يسيرة أو تافهة وجب تعريفها سنة.

ب- إذا جاء صاحبها فإنه أحق بها من منلتقطها إذا ثبت للملتقط أنه صاحبها.

أولاً: القول الفقهي في المسألة.

اتفق الفقهاء من الحنفية⁽²⁾ والمالكية⁽³⁾ والشافعية⁽⁴⁾ والحنابلة⁽⁵⁾، والظاهرية⁽⁶⁾

بأن الملتقط إذا مات قبل التعريف باللقطة أو بعدها وبعد مضيء الحول أو قبله فإن

وارثه يقوم مقامه بالتعريف والإقباض لصاحب اللقطة وهي ضمان عليهم بعد الحول،

لا قبله لأنها أمانة في يده قبل إتمام الحول لا يضمن إلا بالتقصير والتعدي⁽⁷⁾.

(1) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 88/4.

(2) الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، 33/3.

(3) الدسوقي، حاشية الدسوقي، 119/4.

(4) الشربيني، مغني المحتاج، 586/3.

(5) ابن مفلح، المبدع، 129/5.

(6) ابن حزم، المحلى بالائثار، 110/7.

(7) ابن قدامة، المغني، 93/6.

الفصل الخامس

أثر الموت على عقود التوثيق وعقد الشركة في الفقه الإسلامي.

1.5 أثر الموت على عقود التوثيق في الفقه الإسلامي.

عقود التوثيق من أهم العقود التي جاءت بها الشريعة الإسلامية لتنظم المعاملات بين الناس، فمن خلالها يحفظ الناس حقوقهم ومصالحهم، فضلا على أن هذه العقود تمنع من وقوع المنازعات بين الناس بعد وفاة أصحاب الملك والمصلحة، فعقود التوثيق عقود شرعت لحفظ حقوق الدائنين وتمنع من استغلال الأموال والغش والخداع والغبن. لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمَانَتَهُ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ﴾⁽¹⁾. وهذه العقود هي: الرهن والضمان أو الكفالة والحوالة. والموت أحد العوارض السماوية التي تتأثر فيها عقود التوثيق، وهذا ما سنبينه في هذا الفصل إن شاء الله .

1.1.5 أثر الموت على عقد الرهن في الفقه الإسلامي.

1.1.1.5 تحديد مفهوم الرهن في اللغة والإصطلاح.

أولاً: الرهن في اللغة، ما وضع عند الإنسان مما ينوب مناب ما أخذ منه، يقال: رهنت فلانا دارا رهنا وارتهنه إذ أخذه رهنا والجمع رهون ورهان ورهْن بضم الهاء، وكل شيء يحتبس به شيء فهو رهينة، والرهان والمرهنة المخاطرة، والرهن الشيء الملزم، يقال: هذا رهن لكأي دائم محبوس عليك⁽²⁾، لقوله تعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾⁽³⁾، أي محتبس بعمله، ورهينة محبوسة بكسبها، وكل شيء ثبت ودام فقد رهن، والمرهنة والرهن المسابقة⁽⁴⁾، والرهن الثبوت والاستقرار، وهو ما يوضع وثيقة للدين⁽⁵⁾.

(1) سورة البقرة، الآية (283).

(2) ابن منظور، لسان العرب، 189/13، مادة رهن.

(3) سورة المدثر، الآية، (38).

(4) ابن منظور، لسان العرب، 189/13، مادة رهن.

(5) الزبيدي، تاج العروس، 122/35، مادة رهن.

ثانيا: الرهن في الاصطلاح.

عرّفه الحنفية⁽¹⁾، حبس شيء بحق يمكن استيفاؤه منه كالدين. قيد اللفظ بالحق لأن الرهن كما يصح بالدين يصح بالغصب والحق يشملهما.

عرّفه المالكية⁽²⁾، جعل عين لها قيمة مالية في نظر الشرع، أي كل ما جاز بيعه. جعل عين أي بدل الدين، لها قيمة مالية أخرج كل ما هو ليس له قيمة كالحشرات والميتة. وعُرف عندهم أيضا⁽³⁾، مال قبض توثقا به في دين. أي مال يقبض توثقا بالرهن وهو البيع في حال عدم على الوفاء بالدين.

عرّفه الشافعية⁽⁴⁾ والحنابلة⁽⁵⁾، جعل عين مال متمولة وثيقة بدين تستوفى عند تعذر الوفاء. قوله: جعل عين مال، اخرج به الاختصاصات وكل ما ليس بعين لأنها مقبوضة فهي العين لا الحدث، ومتمولة ليخرج كل ما هو غير متمول كحبة القمح والحببتين. يلاحظ الباحث من خلال المقارنة بين التعريف اللغوي والاصطلاح، أن كل منهما يدل على معنى واحد وهو توثيق الدين وحبسه بعين والدوام والثبات إلى حين الاستيفاء، وعليه يكون تعريف الرهن بأنه عقد جائز التصرف توثيق الدين بعين مالية متمولة تستوفى عند العجز عن الوفاء بالدين. فمعنى عقد وثيقة بمال نُخرج الكفالة والحوالة لأنهما عقد وثيقة بذمة. تستوفى عند العجز، مقصود الرهن بدل الدين استيثاقا لعدم القدرة على السداد.

2.1.1.5 مشروعية الرهن في الفقه الإسلامي.

أولا: الكتاب.

أ. قال تعالى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾⁽⁶⁾.

(1) الزيلعي، تبيين الحقائق، 62/6، البابرتي، العناية شرح الهداية، 135/10 و.

(2) الحطاب، مواهب الجليل، 2/5.

(3) النفراوي، الفواكه الدواني، 166/2.

(4) الرملي، نهاية المحتاج، 234/4.

(5) ابن مفلح، المبدع شرح المقنع، 202/4.

(6) سورة البقرة، الآية (282).

وجه الدلالة: دلت الآية الكريمة على مشروعية الرهن، ذلك بأن الله تعالى جعل لتوثيق الدين طرقاً منها الرهن⁽¹⁾.

ب. قال تعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾⁽²⁾.

وجه الدلالة: دلت الآية الكريمة على أن كل نفس مرهونة بعملها، والرهن محبوس بما فيه⁽³⁾.

ثانياً : السنة النبوية.

أ. عن النبي صلى الله عليه وسلم، قال: (الرهن يركب بنفقته، ويُشرب الدر إذا كان مرهوناً)⁽⁴⁾.
وجه الدلالة: دل الحديث بمنطوقه على جواز الرهن والانتفاع به إذا قام بمصلحته ولو لم يأذن له إذا أنفق عليه⁽⁵⁾.

ب. عن عائشة رضي الله عنها قالت: (اشترى عليه وسلم، من يهودي طعاماً بنسيئة، فأعطاه درعاً له رهناً)⁽⁶⁾.

وجه الدلالة: دل الحديث بمنطوقه على جواز الرهن⁽⁷⁾.

ثالثاً: الإجماع .

أجمعت الأمة على مشروعية الرهن⁽⁸⁾.

3.1.1.5 أركان عقد الرهن في الفقه الإسلامي.

ركن عقد الرهن عند الحنفية⁽⁹⁾ هو الإيجاب والقبول، وهو أن يقول الراهن: رهنتك هذا الشيء بما لك علي من الدين، ويقول المرتهن: ارتهنت أو قبلت.

(1) القرطبي، تفسير القرطبي، 404/3.

(2) سورة المدثر، الآية، (38).

(3) السيوطي، جلال الدين محمد بن احمد، تفسير الجلالين، دار الحديث، القاهرة، ط1، دت، 777/1.

(4) البخاري، صحيح البخاري، كتاب الرهن، باب الرهن مركوب وحلوب، 143/3، برقم 2511.

(5) ابن حجر، احمد بن علي بن حجر، فتح الباري شرح صحيح البخاري، كتاب الرهن، باب الرهن مركوب وحلوب، 144/5، برقم 2511.

(6) مسلم، صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب الرهن وجوازه في الحضر والسفر، 1226/3، برقم 1603.

(7) النووي، شرح النووي على مسلم، كتاب البيوع، باب الرهن وجوازه في الحضر والسفر، 39/11، برقم 1603.

(8) ابن المنذر، الإجماع، ص138.

(9) الكاساني، بدائع الصنائع، 135/6.

- وأما أركان عقد الرهن عند المالكية⁽¹⁾ والشافعية⁽²⁾ والحنابلة⁽³⁾ فهي:
- أ. العاقدان، الراهن وهو الذي عليه الدين، والمرتهن صاحب الدين.
- ب. مرهون، العين المرهونة بدل الدين، المال المبذول
- ج. مرهون به، الدين
- د. الصيغة، الإيجاب والقبول.

4.1.1.5 أثر الموت على عقد الرهن في الفقه الإسلامي.

عقد الرهن من العقود الازمة من جانب واحد، فهو لازم من جهة الراهن وجائز من جهة المرتهن⁽⁴⁾.

الفرع الأول : أثر موت الراهن على عقد الرهن قبل القبض.

تصوير المسألة

موت الراهن قبل قبض الرهن من المرتهن

وجه الاتفاق.

عقد الرهن يكون لازماً بعد القبض من المرتهن⁽⁵⁾.

وجه الاختلاف.

اختلف الفقهاء في حكم الرهن قبل القبض، بعد الإيجاب والقبول من الراهن والمرتهن بين اللزوم والجواز⁽⁶⁾.

(1) الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، 304/3.

(2) الرملي، نهاية المحتاج، 234/4.

(3) المرداوي، الإنصاف، 137/5.

(4) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، 479/6. ابن رشد، المقدمات الممهدة، 363/2. الشريبي، مغني المحتاج،

39/3. المرداوي، الإنصاف، 149/5، ابن قدامة، المغني، 249/4.

(5) الزيلعي، تبين الحقائق، 63/6. الدسوقي، حاشية الدسوقي، 313/3، النووي، المجموع شرح المهذب،

184/13. المرداوي، 149/5.

(6) الطحاوي، مختصر اختلاف العلماء، 306/4. الكاساني، بدائع الصنائع، 135/6، ابن رشد المقدمات

الممهدة، 363/3، الرملي، نهاية المحتاج، 270/4، ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام احمد، 88/2.

سبب الخلاف⁽¹⁾.

أ- القبض شرط لصحة لزوم الرهن.

ب- القبض شرط لتمام اللزوم.

ت- القبض شرط صحة لزوم للرهن المعين، وفي غير المعين لا يلزم القبض.

تحرير محل النزاع الفقهي

ملك الرهن بمجرد القول أو لزومه بالقبض⁽²⁾.

أولاً: اقوال الفقهاء في المسألة وأدلتهم.

القول الأول: ذهب الحنفية⁽³⁾ والمالكية⁽⁴⁾ والشافعية في رواية⁽⁵⁾، وفي الراجح عند

الحنابلة⁽⁶⁾ والظاهرية⁽⁷⁾، إلى أن عقد الرهن قبل القبض لا يلزم، فإذا مات الراهن قبل

قبض الرهن انفسخ عقد الرهن.

أدلة القول الأول، استدلوها بالكتاب والمعقول.

أولاً: الكتاب.

أ- قال تعالى ﴿ وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ ﴾⁽⁸⁾.

وجه الدلالة: دلت الآية الكريمة على أن الرهن لا يتم إلا بالقبض ويلزم به،

ومن دونه لا ينعقد العقد ولا يتم إلا به⁽⁹⁾.

(1) الزيلعي، تبيين الحقائق، 63/6، الدسوقي، حاشية الدسوقي، 313/3، ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية

المقتصد، 58/4، الماوردي، الحاوي الكبير، 7/6، ابن مفلح، المبدع، 208/4.

(2) الذهلي، اختلاف الائمة العلماء، 416/1.

(3) الزيلعي، تبيين الحقائق، 63/6، الكاساني، بدائع الصنائع، 145/6، الموصلي، الإختيار لتعليل المختار،

64/2

(4) خليل، مختصر، خليل، 166/1، العدوي، حاشية العدوي، 271/2، الصاوي، حاشية الصاوي، 316/3.

الدسوقي، حاشية الدسوقي، 241/3

(5) الشافعي، الأم، 142/3.

(6) البهوتي، شرح منتهى الإبرادات، 108/2. ابن قدامة، المغني لابن قدامة، 247/4

(7) ابن حزم، المحلى بالآثار، 381/6.

(8) سورة البقرة، الآية (282).

(9) الزيلعي، تبيين تالحقائق، 63/6

ب-قال تعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾⁽¹⁾.

وجه الدلالة: دلت الآية الكريمة في مضمونها بأن الرهن ينبيء عن الحبس، وحبس الشيء لا يكون إلا بقبضه وحيازته تحت اليد⁽²⁾.

ثانيا: المعقول.

أ. أن عقد الرهن لا يتم إلا بالتخلية والحيازة أي القبض لأنه يتم بالقبول ويلزم بالقبض، كما في البيع والهبة⁽³⁾.

ب.الأصل في الرهن أنه يلزم بمجرد العقد والحوز شرط تمام القبض، لكن عند حصول مانع كالموت قبل الحيازة، ينفسخ العقد ولو جد المرتهن في الحوز⁽⁴⁾، حتى لا يختص بالدين دون غيره من الغرماء⁽⁵⁾.

ج. لو لزم دون القبض لم يكن للتقييد فائدة، فالعقد احتاج للقبول فلا يلزم إلا بالقبض كالهبة والقرض⁽⁶⁾.

القول الثاني : ذهب الشافعية⁽⁷⁾ والحنابلة في رواية⁽⁸⁾، إلى أن عقد الرهن لا يبطل بالموت قبل القبض.

أدلة القول الثاني، استدلو بالمعقول.

أ. أن عقد الرهن عقد يؤول إلى اللزوم فلا يتأثر بالموت كالبيع في زمن الخيار⁽⁹⁾.
ب.أن ورثة الراهن والمرتهن يقومون مقامهما بالإقباض والقبض⁽¹⁰⁾.

(1) سورة المدثرن الآية، 38.

(2) الميرغاني، الهداية شرح بداية المبتدي، 413/4.

(3) الموصلي، الإختيار لتعليل المختار، 63/2، البابرتي، العناية شرح الهداية، 137/10.

(4) العدوي، حاشية العدوي، 271/2؟

(5) مالك ن المدونة، 142/4.

(6) الشربيني، مغني المحتاج، 58/3.

(7) الرملي، نهاية المحتاج، 257/4. الشربيني، مغني المحتاج، 60/3

(8) البهوتي، شرح منتهى الإيرادات، 108/2.

(9) الشربيني، مغني المحتاج، 60/3.

(10) الشربيني، مغني المحتاج، 60/3. الهيثمي، احمد بن محمد بن علي، تحفة المحتاج وحواشي الشرواني

والعبادي، المكتبة التجارية الكبرى، مصرط، 1983م، ثم صورها دار إحياء التراث العربي، بيروت، دط، دت،

70/5-71. البهوتي، شرح منتهى الإيرادات، 108/2. ابن قدامة، الفروع وتصحيح الفروع، 368/6.

ثانيا: مناقشة أدلة الفقهاء في المسألة.

مناقشة أدلة القول الأول.

أ. الاستدلال بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾⁽¹⁾.

ب. الاستدلال بقوله تعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾⁽²⁾.

نوقشت الآيات السابقة: مع أن القبض شرط صحة للزوم الرهن، لكنه لا يسقط بالموت باعتبار مثاله للزوم، فلا يتأثر بالموت⁽³⁾.

ج. الاستدلال بأن الأصل في الرهن أنه يلزم بمجرد العقد والحوز شرط تمام القبض، لكن عند حصول مانع كالموت قبل الحياة، يفسخ العقد ولو جد المرتهن في الحوز⁽⁴⁾.

نوقش: إذا انعقد عقد الرهن وتم الإيجاب والقبول، ولم يقبض ومات الراهن أو المرتهن، فالورثة يقومون مقامهما بالقبض والإقباض، كإنابة الورثة في إتمام غيرهما من العقود⁽⁵⁾.

مناقشة أدلة القول الثاني.

أ. الاستدلال بأن عقد الرهن عقد يؤول إلى اللزوم فلا يتأثر بالموت كالبيع في زمن الخيار⁽⁶⁾.

نوقش: القبض والتخلية شرط صحة العقد ومن دون القبض يسقط العقد وينفسخ⁽⁷⁾، كما لو أخذه المرتهن ثم أعاده للراهن انفسخ العقد⁽⁸⁾.

(1) سورة البقرة، الآية (282).

(2) سورة المدثر، الآية، (38).

(3) الشربيني، مغني المحتاج، 60/3.

(4) العدوي، حاشية العدوي، 271/2.

(5) الرملي، نهاية المحتاج، 258/4.

(6) الشربيني، مغني المحتاج، 60/3.

(7) البابرتي، العناية شرح الهداية، 136/10. ابن حزم، المحلى بالآثار، 363/6.

(8) الكاساني، بدائع الصنائع، 146/6.

ب. الاستدلال بأن ورثة الراهن والمرتهن يقومون مقامهما بالإقباض والقبض⁽¹⁾.
نوقش: أن الرهن قد يتعلق به حقوق للغير، فلا يخصص المرتهن دون غيره من
الورثة⁽²⁾.

ثالثا: الترجيح في المسألة .

يرى الباحث من بعد الإطلاع على اقوال الفقهاء في المسألة، وأدلتهم
ومناقشتها، أن عقد الرهن لا يلزم إلا بالقبض، لوصف القبض بالنص الشرعي،
لأنه لو لم يفسخ بالموت فقد يؤدي إلى النزاع بين الغرماء، إذا تعلق في الرهن
حقوق للغير فلا يخصص من دون الغرماء ويكون أسوة معهم في الرهن.

الفرع الثاني: أثر الموت على عقد الرهن بعد القبض (موت الراهن أو المرتهن).
أولا: اقوال الفقهاء في المسألة وأدلتهم.

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية⁽³⁾ والمالكية⁽⁴⁾ والشافعية⁽⁵⁾ والحنابلة⁽⁶⁾،
إلى أن الرهن بعد القبض لازم، لا يفسخ بالموت سواء مات الراهن أو المرتهن.
أدلة القول الأول، استدلو بالمعقول.

أ- أن الرهن بمثابة مبادلة مال بمال، وعند الموت حل الدين وأخذ المرتهن ماله من
الرهن وموجب عقد الرهن الاستيفاء، والاستيفاء لا يكون إلا بالقبض والتخلية، وهذا
معناه حصول القبض بيد المرتهن على الرهن⁽⁷⁾.

(1) الشريبي، مغني المحتاج، 60/3. الهيثمي، احمد بن محمد بن علي، تحفة المحتاج وحواشي الشرواني
والعبادي، المكتبة التجارية الكبرى، مصرط، 1983م، ثم صورها دار إحياء التراث العربي، بيروت، دط، 70/5-71.
البهوتي، شرح منتهى الإيرادات، 108/2. ابن قدامة، الفروع وتصحيح الفروع، 368/6.
(2) مالك، المدونة، 142/4.

(3) السرخسي، المبسوط، 68/21. أبو الشخنة، احمد بن محمد بن محمد، لسان الحكام في معرفة الأحكام، الباب
الحلي، القاهرة، ط2، 1973م، 374/1. الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، 64/2.

(4) الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، 303/3. ابن رشد، المقدمات الممهدة، 363/2.

(5) الشريبي، مغني المحتاج، 270/4. النووي، المجموع شرح المذهب، 195/13.

(6) ابن مفلح، المبدع، 208/4. المرادوي، الانصاف، 149/5.

(7) السرخسي، المبسوط، 68/21. البابرتي، العناية شرح الهداية، 142/10.

ب- أن الرهن بدل الدين، وموت الراهن بعد القبض قد أدى إلى حلول الأجل والإبراء من الدين، فضلا على أن الرهن مضمون بنفسه ضمانا صحيحا يتم به الإستيفاء وهو معنى الرهن⁽¹⁾، فلا ينفك حتى يبرأ الراهن من جميع الدين لأنه وثيقة محضة⁽²⁾

ت- عقد الرهن يلزم بصفة القبض، فالقبض أولى للزوم إلى المرتهن⁽³⁾ فاعتبار اليد عليه تدل على أن المرتهن أحق بالرهن من غيره من الغرماء⁽⁴⁾.

القول الثاني: ذهب الظاهرية⁽⁵⁾، إلى انفساخ الرهن بعد موت الراهن أو المرتهن .

أدلة القول الثاني، استدلوا بالكتاب والمعقول.

أولا : الكتاب.

قال تعالى : ﴿ لَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا ﴾⁽⁶⁾.

وجه الدلالة: أن الآية الكريمة تدل على أن النفس لا تؤخذ بذنب غيرها وفعلها التي فعلته⁽⁷⁾ فالمرتهن يسقط حقه بالموت ويعود المال لأصحابه⁽⁸⁾.

ثانيا: المعقول.

أ- إن مات الراهن فقد حل الدين المؤجل، والمرتهن ليس أولى وأحق من غيره بالرهن لتعلق حقوق للغير به⁽⁹⁾.

ب- الرهن ملك للورثة فلا يحق للمرتهن التصرف به بعد موت الراهن⁽¹⁰⁾.

(1) الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، 63/2.

(2) النووي، المجموع شرح المذهب، 195/13.

(3) مالك، المدونة، 143/4، الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، 303/3. ابن رشد، المقدمات الممهدة، 363/2.

(4) ابن قدامة، المغني، 303/4. المرادوي، الانصاف، 149/5.

(5) ابن حزم، المحلى بالآثار، 380/6.

(6) سورة، الأنعام، الآية (164)

(7) القرطبي، تفسير القرطبي، 157/7.

(8) ابن حزم، المحلى بالآثار، 380/6.

(9) ابن حزم، المحلى بالآثار، 380/6.

(10) ابن حزم، المحلى بالآثار، 380/6.

ثانيا: مناقشة أدلة الفقهاء في المسألة .

مناقشة أدلة القول الأول.

أ- الاستدلال بأن الرهن بمثابة مبادلة مال بمال، وعند الموت حل الدين وأخذ المرتهن ماله من الرهن وموجب عقد الرهن الاستيفاء، والاستيفاء لا يكون إلا بالقبض والتخليّة، وهذا معناه حصول القبض بيد المرتهن على الرهن، فاعتبار اليد عليه تدل على أن المرتهن أحق بالرهن من غيره من الغرماء⁽¹⁾.

نوقش: حلول الدين لا يعني أن المرتهن أحق وأولى من غيره بالسداد فهو كسائر غيره من الغرماء فلا يخصص بالرهن من دونهم⁽²⁾.

ب- الاستدلال بأن موجب عقد الرهن الاستيفاء، والاستيفاء لا يكون إلا بالقبض والتخليّة، وهذا معناه حصول القبض بيد المرتهن على الرهن، فاعتبار اليد عليه تدل على أن المرتهن أحق بالرهن من غيره من الغرماء⁽³⁾.

نوقش: وإن كان عقد الرهن لاستيفاء الحق، فإن الموت يسقط هذا العقد ويفسخه لأن ملك الرهن عاد للورثة وخرج عن ملك الراهن، وبموت المرتهن فإنما كان العقد معه لا مع ورثته⁽⁴⁾.

ت- الاستدلال أن عقد الرهن يلزم بصفة القبض، فالقبض أولى للزوم إلى المرتهن⁽⁵⁾.
نوقش: عقد الرهن يلزم بالقبض في الحياة، وبالموت لا عقد مع الورثة فالواجب رد متاع الرهن إلى الراهن أو ورثته⁽⁶⁾.

مناقشة أدلة القول الثاني.

أ. الاستدلال بقوله تعالى ﴿ لَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا ﴾⁽⁷⁾.

(1) السرخسي، المبسوط، 68/21.

(2) ابن حزم، المحلى بالآثار، 380/6.

(3) السرخسي، المبسوط، 68/21. مالك، المدونة، 143/4.

(4) ابن حزم المحلى بالآثار، 380/6.

(5) الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، 303/3. ابن رشد، المقدمات الممهدة، 363/2.

(6) ابن حزم، المحلى بالآثار، 380/6-381.

(7) سورة، الأنعام، الآية (164)

نوقش: قبض الرهن دليل على استيفاء الحق، وملك للمرتهن عند موت الراهن والإ ما المعنى من الرهن⁽¹⁾.

ب. الاستدلال بأنه إذا مات الراهن فقد حل الدين المؤجل، والمرتهن ليس أولى وأحق من غيره بالرهن لتعلق حقوق للغير به⁽²⁾.

نوقش: 1- عند حلول الدين جاز للمرتهن أن لم يوفي الراهن الدين بيع الرهن والاستيفاء⁽³⁾،

2- المرتهن أولى بغيره من الديون لأنه بيده فيختص بثمنه عن سائر الغرماء لأنه متعلق بعين الرهن وذمة الراهن معا⁽⁴⁾.

ج. الاستدلال بأنه لا ينفك الرهن إلا بأداء الدين، فلا يفسخ بالموت إذا كان مقبوضا فهو وثيقة بالدين في كل جزء منه⁽⁵⁾

ب- الرهن ملك للورثة فلا يحق للمرتهن التصرف به بعد موت الراهن⁽⁶⁾.

نوقش: 1- أن النخلية والقبض دليل استيفاء الحق، والثابت للمرتهن يد الاستيفاء وهو ملك اليد والحبس فلا يفسخ الرهن بالموت⁽⁷⁾.

2- عند حلول الدين، لم يجز للراهن بيع الرهن وحده، بل يباع وهو في يد المرتهن، وبالموت يكون أولى الاستيفاء وهو في يد المرتهن فلا يفسخ عقد الرهن مادام مقبوضا⁽⁸⁾.

ثالثا: الترجيح في المسألة.

يرى الباحث من بعد على اقوال الفقهاء في المسألة وأدلتهم ومناقشتها بأن الرهن لا يفسخ بعد القبض لأن مقتضاه الاستيفاء، فإذا بطل بالموت بعد القبض فلا معنى

(1) الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، 63/2.

(2) ابن حزم، المحلى بالآثار، 380/6.

(3) ابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبد الله، عمدة الفقه، ت: احمد محمد عزوز، المكتبة العصرية، دط، 1425هـ، 2004م، 58/1.

(4) ابن قدامة المغني، 303/4.

(5) النووي، المجموع شرح المذهب، 195/13.

(6) ابن حزم، المحلى بالآثار، 380/6.

(7) البابرني، العناية شرح الهداية، 142/10.

(8) الرملي، نهاية المحتاج، 271/4.

ولا فائدة من الرهن إن لم يستوفى بالدين الذي حل بعد الموت، فالقبض والتخلية تجعل للمرتهن يد على الرهن بدل الدين، فما زاد من الرهن أعاده للورثة وما نقص كان له حق المطالبة من التركة .

2.1.5 أثر الموت على عقد الحوالة في الفقه الإسلامي.

1.2.1.5 حقيقة الحوالة في اللغة والإصطلاح.

أولاً: الحوالة في اللغة، من الحول والجمع أحوال، والحيلة القوة، والاسم الحوالة، وحال عليه الحول أي مرّ، وحال عن العهد أي انقلب، وحال لونه تغير، وحال الشيء بيني وبينه يحول حولاً وحُؤلاً أي حجز، والتحول الانتقال من موضع إلى موضع آخر، ومحيل واحال عليه بدينه⁽¹⁾، وحال الشيء وتحول انصرف عنه إلى غيره، والحوالة بالكسر اسم من أحال الغريم إذا دفعه عنه إلى غريم آخر⁽²⁾، وتحول عن الشيء زال عنه إلى غيره، ويقال أحلت فلانا على فلان براهم أحيله إحالة وإحالا، وأحال الغريم أي زجاه عنه إلى غريم آخر⁽³⁾.

ثانياً: الحوالة في الاصطلاح.

عرّفها الحنفية⁽⁴⁾ والمالكية⁽⁵⁾، والشافعية⁽⁶⁾، والحنابلة⁽⁷⁾، بأنها نقل الدين من ذمة إلى ذمة أخرى، أو نقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه.

يلاحظ الباحث من خلال المقارنة بين المفهوم اللغوي والاصطلاحي بأن الحوالة في اللغة والاصطلاح تشترك بنفس المعنى وهو نقل الدين من ذمة الغريم إلى ذمة غريم آخر. ومن خلال ما سبق فإن الحوالة عقد يتم من خلال نقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، وخص اللفظ بالدين لأنه ينبئ عن النقل والتحويل وهو

(1) الرازي، مختار الصحاح، 84/1، مادة حول.

(2) الزيات وآخرون، المعجم الوسيط، 209/1، مادة حال.

(3) ابن منظور، لسان العرب، 190/11، مادة حول.

(4) الزيلعي، تبيين الحقائق، 171/4، الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، 3/3.

(5) العدوي، حاشية العدوي، 364/2، الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 325/3.

(6) الأسيوطي، جواهر العقود، 144/1، الرملي، نهاية المحتاج، 421/4.

(7) ابن قدامة، الشرح الكبير على متن المقنع، 54/5، ابن مفلح، المبدع، 251/4.

في الدين دون العين لأن الدين وصف شرعي ينتقل حكما من ذمة إلى ذمة وتظهر فيه المطالبة دون العين فلا تنتقل بالنقل الحكمي بل النقل الحسي والمادي.

2.2.1.5 مشروعية الحوالة في الفقه الإسلامي.

أولاً: السنة النبوية.

أ. عن أبي هريرة رضي الله عنه، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (مطل الغني ظلم، ومن أتبع على مليّ فليتبّع)⁽¹⁾.

وجه الدلالة: دل الحديث بمنطوقه على مشروعية الحوالة، وأن الحوالة مباحة شرعا لإبراء الذمم وسقوط الدين⁽²⁾.

ب. عن سلمة بن الأكوع رضي الله عنه، قال: (أتي بجنّازة، فقالوا: يا رسول الله صل عليها، قال: هل عليه دين؟ قيل: نعم، قال: هل ترك شيئاً؟ قالوا: لا، قال: صلوا على صاحبكم، قال أبو قتادة صل عليه يا رسول الله وعليّ دينه، فصلى عليه)⁽³⁾.

وجه الدلالة: دل الحديث بمنطوقه، على جواز حوالة الدين من ذمة إلى ذمة أخرى⁽⁴⁾.

ثانياً: الإجماع.

أجمعت الأمة على مشروعية الحوالة⁽⁵⁾.

(1) البخاري، صحيح البخاري، كتاب الحوالات، باب إذا أحال على ملي فليس له رد، 94/3، برقم 2288.

(2) ابن حجر، فتح الباري، باب الحوالة، باب إذا أحال على ملي فليس له رد، 465/4، برقم 2287.

(3) البخاري، صحيح البخاري، كتاب الحوالات، باب إن حال دين المنيت على رجل جاز،

(4) ابن حجر، فتح الباري، باب الحوالة، باب إن أحال دين الميت على رجل جاز، 467/4، برقم 2289.

(5) ابن المنذر، الإجماع، ص 141.

3.2.1.5 أركان عقد الحوالة في الفقه الإسلامي.

ركن عقد الحوالة عند الحنفية⁽¹⁾، الإيجاب من المحيل والقبول من المحال والمحال عليه، وأما أركانها عند المالكية⁽²⁾ والشافعية⁽³⁾ والحنابلة⁽⁴⁾، هي:

أ. محيل، المدين.

ب. محال، الدائن.

ج. ومحال عليه. مدين المحيل.

د. ثبوت الدين للمحيل في ذمة المحال عليه.

هـ. ثبوت دين للمحال في ذمة المحيل .

و. الصيغة، الإيجاب والقبول.

4.2.1.5 أثر الموت على عقد الحوالة في الفقه الإسلامي.

الفرع الأول: أثر موت المحيل على عقد الحوالة في الفقه الإسلامي.
تصوير المسألة.

لو أحال المدين بالدين الذي عليه (المحيل)، الدائن (المحال)، إلى طرف آخر مدين (المحال عليه)، هو للمحيل أي المدين الأول، ومات المحيل قبل أن يقبض المحال الدين من المحال عليه، هل تنفسخ الحوالة بالموت أم تبقى في ذمة المحال عليه إلى أن يبرأ المحال؟

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، 6/15.

(2) الدسوقي، حاشية الدسوقي 3/325.

(3) الشربيني، مغني المحتاج، 3/190.

(4) ابن مفلح، المبدع، 4/254.

وجه الاتفاق في المسألة.

اتفق الفقهاء من الحنفية⁽¹⁾ والمالكية⁽²⁾ والشافعية⁽³⁾ والحنابلة⁽⁴⁾، والظاهرية⁽⁵⁾، على أن الحوالة مقتضاها انتقال الدين من ذمة المحيل إلى المحال عليه مع براءة المحيل. وجه الاختلاف في المسألة.

اختلفوا في رضى المحال والمحال عليه بالأعتبار وعدمه، واختلفوا في جحود المحال عليه أو فلسه إذا نوى المال المحال، بالرجوع على المحيل أو عدم الرجوع عند عدم وجود بينة للمحال⁽⁶⁾.

تحرير محل النزاع الفقهي في المسألة.

ويدور محل النزاع الفقهي في المسألة في معنى البراءة في الحوالة، بين البراءة المطلقة التي تقتضي نقل الدين من المحيل إلى المحال عليه مع البراءة من المطالبة أيضاً، وبين تقييد البراءة بالمطالبة دون الدين⁽⁷⁾.

القول الأول وأدلتهم في المسألة.

القول الأول: ذهب الحنفية في الراجح⁽⁸⁾ والمالكية⁽⁹⁾ والشافعية⁽¹⁰⁾ والحنابلة⁽¹¹⁾ والظاهرية⁽¹²⁾، إلى أن الحوالة لا تنفسخ بموت المحيل ولا رجوع عن الحوالة

(1) الميرغناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، 99/3

(2) القرافي، الذخيرة، 244/9

(3) الماوردي، الحاوي الكبير، 421/6

(4) ابن مفلح، المبدع، 252/4.

(5) ابن حزم، المحلى بالأثر، 392/6

(6) الذهلي، اختلاف الأئمة، 1-438-439.

(7) الزيلعي، تبيين الحقائق، 171/4، المرادوي، الإنصاف، 227/5، ابن حزم المحلى، 392/6

(8) البابرتي، العناية شرح الهداية، 241/7، الزيلعي، تبيين الحقائق، 171/4. الكاساني، بدائع الصنائع، 17/6، ابن عابدين، الدر المختار وحاشية ابن عابدين، 244/5.

(9) مالك، المدونة، 126/4، القرافي، الذخيرة، 244/9.

(10) الأسيوطي، جواهر العقود، 145/1، النووي، المجموع شرح المهذب 436/13

(11) ابن قدامة، الشرح الكبير على متن المقنع، 55/5، المرادوي، الإنصاف، 227/5.

(12) ابن حزم، المحلى، 393/6.

أدلة القول الأول، استدلوا بالسنة النبوية والمعقول.

أولاً: السنة النبوية.

عن أبي هريرة رضي الله عنه، عن النبي صلى الله عليه وسلم، أنه قال: (مطل الغني ظلم، ومن أتبع على مليّ فليتبّع)⁽¹⁾.

وجه الدلالة: أن الحوالة لا تنسخ بموت المحيل والرجوع عليه بدليل شرط الملاءة⁽²⁾، ولو رجع لما كان لاشتراطها فائدة، وشرط الملاءة دلالة على انتقال الحق انتقالاً لا رجعة فيه⁽³⁾.

نوقش: أن المقصود من الحوالة التوثق، وهذا يكون بازدياد المطالبة كالكفالة⁽⁴⁾، فأصل الدين باق في ذمة المحيل، وبيراً من المطالبة دون الدين⁽⁵⁾.

يعترض عليه: أن الكفالة موجبها ضم الذمة إلى الذمة، بخلاف الحوالة التي يقتضي معناها براءة الأصل لانتقال الدين من ذمة إلى ذمة ولا يتحقق ذلك في براءة الأصل، لأن الأحكام الشرعية تثبت على وفق المعاني اللغوية وهو هنا الانتقال والتحويل⁽⁶⁾.

ثانياً: المعقول.

أ. أن الحوالة متى ما تمت بشروطها وأركانها الصحيحة، صحت وبرء المحيل من الدين الذي للمحال⁽⁷⁾.

ب. أن الحوالة تقتضي معنى التحويل والنقل والبراءة، ومتى تمت برء المحيل من المطالبة⁽⁸⁾، ولا تحل بموته لبراءته بالحوالة⁽⁹⁾.

(1) سبق تخريجه، ص 138.

(2) الغيتابي، عمدة القاري شرح صحيح البخاري، 109/12، برقم 7822.

(3) الماوردي، الحاوي الكبير، 421/6.

(4) الزيلعي، تبين الحقائق، 171/4.

(5) الكاساني، بدائع الصنائع، 17/6.

(6) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، 344/5، الزيلعي، تبين الحقائق، 171/4، البابرتي، العناية شرح الهداية، 241/7

(7) الدسوقي، حاشية الدسوقي، 326/3، القرافي، الذخيرة، 243/9

(8) الحطاب، مواهب الجليل، 95/5.

(9) الرملي، نهاية المحتاج، 426/4، الشربيني، مغني المحتاج، 193/3.

ج. أن الحوالة بمنزلة القبض⁽¹⁾، متى تمت براء المحيل ولا رجوع عليه، سواء أمكن استيفاء الحق أو تعذر⁽²⁾.

القول الثاني: ذهب بعض الحنفية⁽³⁾، إلى أن الحوالة إذا كانت مقيدة⁽⁴⁾، تنفسخ بموت المحيل، وإذا كانت مطلقة⁽⁵⁾، لا تنفسخ بموت المحيل .
أدلة القول الثاني، استدلو بالمعقول.

أ. أن الحوالة إذا قيدت تعلقت بالدين الذي للمحيل على المحال عليه، فتكون مطالبة المحال باقية فقط في الدين، فإذا مات المحيل أصبح المحال كغيره من الغرماء في ذلك الدين ولا يختص به لوحده، فيقضى مع الغرماء من مال الميراث⁽⁶⁾.

ب. في الحوالة المطلقة لا تنفسخ الحوالة، لأن الحوالة تعلقت في ذمة المحال عليه دون تقييد بدين، فتبقى قائمة بعد موت المحيل⁽⁷⁾.

ثانياً: مناقشة أدلة الفقهاء في المسألة.

مناقشة أدلة القول الأول.

أ. الاستدلال بأن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (مطل الغني ظلم، ومن أتبع على مليّ فليتبع)⁽⁸⁾.

نوقش: أن المقصود من الحوالة التوثق، وهذا يكون بازدياد المطالبة كالكفالة⁽⁹⁾، فأصل الدين باق في ذمة المحيل، ويبرأ من المطالبة دون

(1) ابن مفلح، المبدع، 252/4

(2) النجدي، حاشية الروض المربع، 119/5-120

(3) السرخسي، المبسوط، 54/20، الكاساني، بدائع الصنائع، 17/6، الزيلعي، تبيين الحقائق، 173/4،

الموصللي، الاختيار لتعليل المختار، 4/3. ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، 343/5

(4) الحوالة المطلقة، أحوال المحالة على المحال عليه دون تعيين بالدين الذي للمحيل على المحال عليه. الكاساني، بدائع الصنائع، 16/6.

(5) الحوالة المقيدة، وهي الإحالة بالدين الذي للمحيل على المحالة عليه، الكاساني، بدائع الصنائع، 16/6.

(6) الكاساني، بدائع الصنائع، 17/6. ابن نجيم، البحر الرائق، 267/6

(7) الكاساني، بدائع الصنائع، 17/6. ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، 347/5.

(8) سبق تخريجه، ص138.

(9) الزيلعي، تبيين الحقائق، 171/4.

الدين، لأن التوثيق لا يعني البراءة بل مقصده زيادة المطالبة وهذا يكون مع المحال عليه⁽¹⁾.

يعترض عليه: أن الكفالة موجبها ضم الذمة إلى الذمة، بخلاف الحوالة التي يقتضي معناها براءة الأصل لانتقال الدين من ذمة إلى ذمة ولا يتحقق ذلك في براءة الأصل، لأن الأحكام الشرعية تثبت على وفق المعاني اللغوية وهو هنا الانتقال والتحويل⁽²⁾

ب. الاستدلال بأن الحوالة متى ما تمت بشروطها وأركانها الصحيحة، صحت وبرء المحيل من الدين الذي للمحال⁽³⁾.

نوقش: أن المحيل يبرأ إذا اطلق الحوالة ولم يقيدها بدين فإذا قيدها بدين ومات المحيل قبل أن يؤدي المحال عليه الدين إلى المحال، كان المحال أسوة غيره من الغرماء في ذلك الدين ولا يختص به عن غيره⁽⁴⁾.

ج. الاستدلال بأن الحوالة تقتضي معنى التحويل والنقل والبراءة، ومتى تمت براءة المحيل من المطالبة⁽⁵⁾، ولا تحل بموته لبراءته بالحوالة⁽⁶⁾.

نوقش: أن الحوالة تقتضي البراءة ولكن لا تقتضي البراءة مطلقاً من الدين والمطالبة بل في معناها البراءة من المطالبة دون الدين فهو باق إلى أن يبرأ المحال عليه المحتال من الدين⁽⁷⁾.

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، 17/6.

(2) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، 344/5، الزيلعي، تبیین الحقائق، 171/4، البابرتي، العناية شرح الهداية، 241/7

(3) الدسوقي، حاشية الدسوقي، 326/3،

(4) الكاساني، بدائع الصنائع، 17/6

(5) الحطاب، مواهب الجليل، 95/5.

(6) الشربيني، مغني المحتاج، 193/3. الرملي، نهاية المحتاج، 426/4.

(7) البابرتي، العناية شرح الهداية، 241/7.

مناقشة أدلة القول الثاني.

أ. الاستدلال بأن الحوالة إذا قيدت تعلق بالدين الذي للمحيل على المحال عليه، فتكون مطالبة المحال باقية فقط في الدين، فإذا مات المحيل أصبح المحال كغيره من الغرماء في ذلك الدين ولا يختص به لوحده، فيقضى مع الغرماء من مال الميراث، فتتفسخ الحوالة بالتقييد⁽¹⁾، فالبراءة مؤقتة وفائدة ذلك أن المحيل لو مات لا يرجع عليه المحال ليأخذ الدين من تركته بل يأخذ كفيلا من الورثة أو الغرماء مخافة أن يتوى حقه أي يعجز عن الوصول إليه⁽²⁾.

نوقش بوجهين: الوجه الأول: أن المحال لما رضي بالحوالة فقد اسقط حقه بمطالبة الغريم وأبرا الغريم من الدين جملة فلا رجعة على المحيل⁽³⁾.
الوجه الثاني: أن النبي صلى الله عليه وسلم، أمر باتباع المحال عليه فلا رجوع على المحيل⁽⁴⁾.

ب. الاستدلال بأن الحوالة المطلقة لا تتفسخ الحوالة، لأن الحوالة تعلق في ذمة المحال عليه دون تقييد بدين، فتبقى قائمة بعد موت المحيل⁽⁵⁾.
نوقش: أن الحوالة معناها انتقال الدين من ذمة إلى ذمة أخرى، فمحمل أمرها نقل الدين، فلا تصح بغير دين للمحيل على المحال عليه، وإلا كانت وكالة بالقبض من المحال للمحيل وفي هذه الصورة لا يبرأ المحيل عليه من الدين وتخرج عن معنى الحوالة⁽⁶⁾ وتصبح حمالة⁽⁷⁾ جاز الرجوع فيها على المحيل إذ لم يشترط البراءة من الدين ورضي المحال⁽⁸⁾.

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، 17/6. ابن نجيم، البحر الرائق، 267/6

(2) الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، 4/3، ابن عابدين، الدر المختار وحاشية ابن عابدين، 344/5.

(3) عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، 184/6. ابن قدامة، الشرح الكبير، 56/5

(4) ابن حزم، المحلى بالآثار، 392/6.

(5) الكاساني، بدائع الصنائع، 17/6. ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، 347/5.

(6) قلوبوي وعميرة، حاشية قلوبوي وعميرة، 399/2

(7) الحمالة، هي اشغال ذمة أخرى بالحق فهي كالكفالة والزعامة والضمان، الثعلبي، التلقين في الفقه المالكي، 174/2.

(8) الدسوقي، حاشية الدسوقي، 326/3، عليش، منح الجليل، 180/6

ثالثاً: الترجيح في المسألة.

يرى الباحث من خلال الإطلاع على اقوال الفقهاء وأدلتهم في المسألة، بأن الحوالة تقتضي نقل الذمة إلى ذمة أخرى، وهذا يفيد بأصله نقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، وببراً المحيل براءة مطلقة من الدين والمطالبة، ولا رجعة عليه، هذا إذا كان المحال عليه مليئاً عند عقد الحوالة، أما إذا كان المحال عليه مفلساً أو جاحداً وقت الحوالة، فلا معنى للحوالة لعدم وجود الملاءة، وجاز للمحال عليه الرجوع عليه حياً ومطالبته بالدين وعدم براءته منه، ورجع على ورثته وأخذ من تركته إن كان ميتاً، وإن رضي المحال ابتداءً قبل معرفة حال المحال عليه، لأن معنى الحوالة كان للتوثقة وقبض الدين، وبعدم وجود الملاءة من المحال كان لا بد من الرجوع على المحيل أو تركته إن كان ميتاً، حتى لا تضيع الحقوق وتكون الحوالة طريقاً لأكل أموال الناس بالباطل وهذا ما نهى عنه الشرع الإسلامي.

الفرع الثاني: أثر موت المحال عليه على عقد الحوالة في الفقه الإسلامي. تصوير المسألة.

لو مات المحال عليه قبل إبراء المحال من دين الحوالة، هل تنفسخ الحوالة بموت المحال عليه ويرجع للمحيل، أم تبقى الحوالة قائمة في ذمة المحال عليه وتأخذ من تركته.

وجه الاتفاق في المسألة.

اتفق الفقهاء من الحنفية⁽¹⁾ والمالكية⁽²⁾ والشافعية⁽³⁾ والحنابلة⁽⁴⁾، على أن المحال عليه إذا مات مليئاً، لم يجز للمحال الرجوع عن الحوالة ومطالبة المحيل بها، ويقضى من تركته .

(1) السمرقندي، تحفة الفقهاء، 247/3.

(2) الغرناطي، التاج والإكليل، 23/7.

(3) النووي، المجموع شرح المذهب، 434/13.

(4) البهوتي، كشاف القناع، 383/3.

وجه الاختلاف في المسألة.

رضا المحال عليه بين الاعتبار وعدمه، ورجوع المحال على المحيل عند موت المحال عليه⁽¹⁾.

تحرير محل النزاع الفقهي في المسألة.

يدور محل النزاع الفقهي في المسألة فيما إذا مات المحال عليه مفلساً أو جاحداً للحوالة⁽²⁾.

أولاً: أقوال الفقهاء في المسألة وأدلتهم .

القول الأول: ذهب الحنفية في الراجح من المذهب⁽³⁾، إلى أن الحوالة لا تنسخ بموت المحال عليه إلا إذا مات مفلساً أو جاحداً للحوالة ولا بينة للمحال، فجاز له الرجوع ومطالبة المحيل.

أدلة أصحاب هذا القول، استدلوا بالسنة النبوية والمعقول.

أولاً: السنة النبوية.

ما روي عن أبي أمامة رضي الله عنه، قال: سمعت النبي صلى الله عليه وسلم، يقول: (العارية مؤداة، والزعيم غارم، والدين مقضي)⁽⁴⁾.

وجه الدلالة: دل الحديث بمنطوقه على أن الدين لا يسقط إلا بالقضاء، فالدين كان ثابتاً في ذمة المحيل قبل الحوالة، فدل على أنه في حال عدم القدرة على الوصول للحق جاز الرجوع على المحيل⁽⁵⁾.

(1) الذهلي، اختلاف الأئمة العلماء، 439/1.

(2) الذهلي، اختلاف الأئمة العلماء، 439/1.

(3) الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، 4/3،

(4) سبق تخريجه، ص44.

(5) الكاساني، بدائع الصنائع، 18/6، لم يجد الباحث في شروح الحديث توجيهها كما أراد أصحاب القول لبيان وجه نظرهم في الدليل .

ثالثاً: المعقول.

أ. أن المقصود من الحوالة سلامة حق المحال وهي مقيدة بذلك، فأذا فاتت السلامة انفسخت كالعيب في المبيع⁽¹⁾.

ب. أن الفلاس يؤدي إلى العجز عن الوصول للحق فكان لا بد من الرجوع إلى المحيل ومطالبته⁽²⁾.

ج. أن الحوالة ليست بقضاء ولا إبراء، ولكن يتم من خلالها انتقال المطالبة من المحيل إلى المحال عليه إلى غاية التوى⁽³⁾، فإذا وجدت التوى انفسخت الحوالة ورجع على المحيل⁽⁴⁾.

القول الثاني: ذهب المالكية في الراجح⁽⁵⁾ والشافعية في رواية⁽⁶⁾ والحنابلة⁽⁷⁾، والظاهرية⁽⁸⁾، إلى عدم انفساخ الحوالة بموت المحال عليه بعد رضى المحال، إلا إذا اشترط المحال (اليسار أي يسر وملاءة المحال عليه) أو غره في الملاءة، فإن تبين للمحال فليس وعسر المحال عليه رجع على المحيل عليه، فإن لم يشترط لم يجز له الرجوع على المحيل وإن كان مفلساً حال حياته أو موته.

**أدلة القول الثاني، استدلووا بالسنة النبوية والمعقول
أولاً: السنة النبوية.**

عن أبي هريرة رضي الله عنه، عن النبي ﷺ، قال: (مطل الغني ظلم، ومن أتبع على مليّ فليتبّع)⁽⁹⁾.

(1) الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، 4/3.

(2) المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، 99/3

(3) والعجز عن الوصول إلى الحق، ويكون بشيئين وهما الموت مفساً، وجحود الحوالة من المحال عليه مع يمينه ودون بينة للمحال عليه، الكاساني، بدائع الصنائع، 18/6

(4) الكاساني، بدائع الصنائع، 18/6

(5) خليل، مختصر خليل، 175/1، الحطاب، مواهب الجليل، 95/5، الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، 427/3

(6) النووي، المجموع شرح المذهب، 434/13، الشربيني، مغني المحتاج، 194/3،

(7) ابن مفلح، المبدع، 255/4، البهوتي، كشف القناع، 383/3، المرادوي، الإنصاف، 229/5.

(8) ابن حزم، المحلى بالأثر، 392/6.

(9) سبق تخريجه، ص138.

وجه الدلالة: دل الحديث بمنطوقه على أن الحوالة براءة من الدين، انتقل فيه الحق والمطالبة إلى المحال عليه، ولو جاز الرجوع لما كان للحوالة أي فائدة، فالمماثلة وعدم القدرة على الوصول للحق سبب الحوالة ونقل الدين⁽¹⁾.

ثانياً: المعقول.

أ. أن المحيل إذا أغر المحال رجع عليه لأن الأصل عدم التغير⁽²⁾، ولما كانت الحوالة مثلها الوصول للحق، وشرط المحال على المحيل البراءة إلا بالفلس فهو شرط لا يخالف مقتضى العقد وجاز له الرجوع بثبوت شرطه في اليسار والملاءة⁽³⁾.

ب. الحوالة إما أن تكون تحويل حق أو بيعه، وكل منهما يفيد براءة ذمة المحيل، لأنها مشتقة من تحويل الحق فوجب إعطاء كل لفظ ما يقتضيه، وهنا مقتضاها البراءة من الدين والمطالبة، إذا لم يشترط المحال اليسار⁽⁴⁾.

ج. إذا اشترط المحال على المحيل الرجوع بالفلس جاز له الرجوع لأن الفلس عيب فاستحق به الفسخ والرجوع كما في العيب بالمبيع⁽⁵⁾.

القول الثالث: ذهب المالكية في رواية⁽⁶⁾، والشافعية وهو المذهب⁽⁷⁾، إلى عدم الرجوع على المحيل إطلاقاً بعد موت المحال عليه سواء كان مفلساً أو متيسراً بعد رضاه بالحوالة.

(1) ابن حجر، فتح الباري، 466/4، برقم 2287.

(2) النفراوي، الفواكه الدواني، 240/2.

(3) النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، 232/4. ابن قدامة، الشرح الكبير، 55/5.

(4) النووي، المجموع، 434/13، الشربيني، مغني المحتاج، ابن قدامة، الشرح الكبير على متن المقنع، 55/5.

(5) ابن قدامة، الكافي، 125/2، البهوتي، الروض المربع، 378/1.

(6) الحطاب، مواهب الجليل، 95/5، الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، 317/1، الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، 427/3.

(7) النووي، المجموع، 434/13، النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، الرملي، نهاية المحتاج، 429/4، الشربيني، مغني المحتاج، 194/3.

أدلة أصحاب هذا القول. استدلوا بالسنة النبوية والمعقول.

أولاً: السنة النبوية.

عن أبي هريرة رضي الله عنه، عن النبي ﷺ، قال: (مطل الغني ظلم، ومن أتبع على مليّ فليتبّع)⁽¹⁾.

وجه الدلالة: دل الحديث بمنوطه على أن الحوالة، نقل الدين من ذمة على ذمة أخرى، والنقل يدل على البراءة من الدين⁽²⁾.

أ. أن الحوالة تسقط حق المطالبة في الدين من المحال بمجرد انعقادها، فلا رجعة على المحيل ولو اشترط، لأن الشرط مناقض لعقد الحوالة⁽³⁾، والحوالة مقتضاها إزالة الدين من ذمة إلى ذمة أخرى⁽⁴⁾.

ب. أن الحوالة عقد لازم لا رجوع فيه، كما الغبن في البيع لا رجعة فيه ولأن الأوجب اتباع المحال مطلقاً وهذا مفهوم الخبر الوارد في الحوالة، فالحق انتقل انتقالاً لا رجعة فيه⁽⁵⁾، فضلاً على أن لا صحة لأي شرط في عقد الحوالة، لأن الحوالة تجري مجرى الإبراء⁽⁶⁾.

القول الرابع: ذهب زفر⁽⁷⁾ من الحنفية⁽⁸⁾، وقول اختاره الخري⁽⁹⁾ عند الحنابلة⁽¹⁰⁾ إلى عدم براءة المحيل مطلقاً.

(1) سبق تخريجه

(2) ابن حجر، فتح الباري، 4/466، برقم 2287، الرملي، نهاية المحتاج، 4/428.

(3) الحطاب، مواهب الجليل، 5/95.

(4) الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، 1/317.

(5) الرملي، نهاية المحتاج، 4/429.

(6) النووي، المجموع شرح المذهب، 13/433-434.

(7) زفر بن الهذيل بن قيس العنبري البصري الكوفي يكنى بأبي هذيل وكان أبوه من أهل أصفهان ولد سنة (110هـ)، فقيهاً ورعاً حافظاً ثقة، من أئمة أصحاب المذهب الحنفي، توفي في البصرة في عام (158هـ)، عن عمر 48 سنة، الغزي، نقي الدين بن عبد القادر، ت(1010هـ)، الطبقات السننية في تراجم الحنفية، دط، 1/283.

(8) الكاساني، بدائع الصنائع، 6/17.

(9) أبو القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله البغدادي الحنبلي، صاحب المختصر، كان من كبار العلماء تفقه بوالده الحسين، كان له كتب ومصنفات كثيرة، ولكنها احترقت لما خرج من بغداد لما ظهر سب الصحابة، وقدم دمشق وتوفي بها توفي سنة 334هـ، ولم يعرف ولادته، الذهبي، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد، ذيل طبقات الحنابلة، دار الحديث، القاهرة، دط، 1527هـ، 2006م، 11/542.

(10) المرادوي، الإنصاف، 5/228.

أدلة هذا القول، استدل بالمعقول.

أن الحوالة لا توجب براءة المحيل مطلقا والحق في ذمته باق بعد الحوالة، فهي كالكفالة سواء، فالحوالة شرعت وثيقة للدين، وليس من الوثيقة براءة الأصيل بل الوثيقة في مطالبة الكفيل مع بقاء الدين على حاله، فأجراها مجرى الضمان (1).

ثانيا: مناقشة أدلة الفقهاء في المسألة

مناقشة أدلة القول الأول. الاستدلال بالسنة النبوية.

ما روي عن أبي أمامة رضي الله عنه، قال: سمعت النبي صلى الله عليه وسلم، يقول: (العارية مؤداة، والزعيم غارم، والدين مقضي) (2).

نوقش: نعم أن الدين لا يسقط إلا بالقضاء، لكنه لما رضي المحال بالحوالة، دل على أنه اسقط حقه بمطالبة المحيل وأبرأه من الدين فلا يحق له الرجوع على المحيل، وإلا كانت حمالة توجب إشغال ذمة مع عدم براءة المحيل، فتجري مجرى الضمان (3).

الاستدلال بالمعقول

أ. أن الفليس يؤدي إلى العجز عن الوصول للحق فكان لأبد من الرجوع إلى المحيل ومطالبته (4).

نوقش: أن هذا ينافي عقد الحوالة بما يقتضيه معناه لأن الحوالة مشتقة من تحويل الحق إلى ذمة، وإلا هذا كان ضمانا وليس بحوالة (5).

(1) الزيلعي، تبیین الحقائق، 171/4، الكاساني، بدائع الصنائع، 17/6.

(2) سبق تخريجه، ص44.

(3) الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، 319/1-320.

(4) المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، 99/3.

(5) النووي، المجموع شرح المذهب، 435/434/13.

ب. أن الحوالة ليست بقضاء ولا إبراء، ولكن يتم من خلالها انتقال المطالبة من المحيل إلى المحال عليه إلى غاية التوى⁽¹⁾، فإذا وجدت التوى انفسخت الحوالة ورجع على المحيل⁽²⁾.

نوقش: أن الحوالة براءة من الدين فهي بمنزلة القبض إذا أطلقها المحال دون قيد، إلا أن يشترط المحال على المحيل اليسار فكان له الشرط⁽³⁾.

مناقشة أدلة القول الثاني، الاستدلال بالسنة النبوية.

ما روى أبي هريرة رضي الله عنه، عن النبي ﷺ قال: (مطل الغني ظلم، ومن أتبع على مليّ فليتبّع)⁽⁴⁾.

نوقش: أن الحوالة براءة بقصد الوصول للحق، أما إذا بان أن الحق سيهلك ولم يكن هنالك قدرة للوصول إليه، رجع على المحيل لأن مقتضى الحوالة السلامة من عدم القدرة على الوصول للحق، فالحوالة مقيدة بالسلامة فإن فاتت انفسخ العقد كما العيب في المبيع⁽⁵⁾.

استدلالهم بالمعقول.

أ. أن المحيل إذا أغر المحال رجع عليه لأن الأصل عدم التغيرير⁽⁶⁾، ولما كانت الحوالة مئالها الوصول للحق، وشرط المحال على المحيل البراءة إلا بالفلس فهو شرط لا يخالف مقتضى العقد وجاز له الرجوع بثبوت شرطه في اليسار والملاءة⁽⁷⁾.

نوقش: أن جهالة المحتال تعبر تقصيرا منه بترك البحث والتحري، فكانت كما لو اشترى شيئا وهو مغبون فيه⁽⁸⁾.

(1) هلاك المال والعجز عن الوصول إلى الحق، ويكون بشيئين وهما الموت مفسا، وجود الحوالة من المحال

عليه مع يمينه ودون بينة للمحال عليه، الكاساني، بدائع الصنائع، 18/6

(2) الكاساني، بدائع الصنائع، 18/6

(3) ابن مفلح المبدع، 252/4

(4) سبق تخريجه، ص138.

(5) الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، 4/3.

(6) النفراوي، الفواكه الدواني، 240/2.

(7) النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، 232/4. ابن قدامة، الشرح الكبير، 55/5.

(8) الرملي، نهاية المحتاج، 429/4.

ب. الحوالة إما أن تكون تحويل حق أوبيعه، وكل منهما يفيد براءة ذمة المحيل، لأنها مشتقة من تحويل الحق فوجب إعطاء كل لفظ ما يقتضيه، وهنا مقتضاها البراءة من الدين والمطالبة، إذا لم يشترط المحال اليسار⁽¹⁾.

نوقش: لا يثبت له شرط الخيار لأن عقد الحوالة لم يبنى على المغابنة⁽²⁾
ج. إذا اشترط المحال على المحيل الرجوع بالفلس جاز له الرجوع لأن الفلس عيب فاستحق به الفسخ والرجوع كما في العيب بالمبيع⁽³⁾.

نوقش: الإعسار نقص فلو ثبت له الخيار لثبت من غير شرط كالعيب في المبيع، يثبت دون شرط⁽⁴⁾.

مناقشة أدلة القول الثالث، الاستدلال بالسنة النبوية.

ما روى أبي هريرة رضي الله عنه، عن النبي صلى الله عليه وسلم، أنه قال: (مطل الغني ظلم، ومن أتبع على مليّ فليتبّع)⁽⁵⁾.

نوقش: الحوالة نقل للدين مع البراءة، لكن إن لم يرضى بها المحال أو اشترط الرجوع عند عدم الملاءة صح الشرط ورجع على المحيل للمطالبة، لأن الفلس عيب في الحوالة انفسخ العقد به كالرجوع في المبيع المعيب⁽⁶⁾.

الاستدلال بالمعقول

أ. أن الحوالة تسقط حق المطالبة في الدين من المحال بمجرد انعقادها، فلا رجعة على المحيل ولو اشترط، لأن الشرط مناقض لعقد الحوالة⁽⁷⁾، والحوالة مقتضاها إزالة الدين من ذمة إلى ذمة أخرى⁽⁸⁾.

(1) النووي، المجموع، 434/13، الشريبي، مغني المحتاج، ابن قدامة، الشرح الكبير على متن المقنع، 55/5

(2) النووي، المجموع شرح المهذب، 433/13.

(3) ابن قدامة، الكافي، 125/2، البهوتي، الروض المربع، 378/1.

(4) النووي، المجموع شرح المهذب، 434/13.

(5) سبق تخريجه، ص 138.

(6) ابن مفلح، المبدع شرح المقنع، 252/4.

(7) الحطاب، مواهب الجليل، 95/5.

(8) الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، 317/1

نوقش: أن الحوالة تسقط حق المطالبة، ولكنها مقيدة بسلامة حق المحال، فلو عجز عن الوصول إليه رجع على الأصيل وهو المحيل⁽¹⁾

ب. أن الحوالة عقد لازم لا رجوع فيه، كما الغبن في البيع لا رجعة فيه ولأن الأوجب اتباع المحال مطلقا وهذا مفهوم الخبر الوارد في الحوالة، فالحق انتقل انتقالا لا رجعة فيه⁽²⁾، فضلا على أن لا صحة لأي شرط في عقد الحوالة، لأن الحوالة تجري مجرى الإبراء⁽³⁾.

نوقش: أن الحوالة براءة من الدين إن لم يشترط المحال الرضى أو اليسار، لأن حدوث الفلس عيب استحق به الرجوع ولو كان العقد لازما كما العيب في المبيع⁽⁴⁾، فضلا على أن شرط اليسار شرط فيه مصلحة العقد فيثبت الفسخ بفواته، وقد يثبت بالشرط ما لا يثبت بإطلاق العقد بدليل اشتراط صفة المبيع⁽⁵⁾.

مناقشة أدلة القول الرابع، الاستدلال بالمعقول.

أن الحوالة لا توجب براءة المحيل مطلقا والحق في ذمته باق بعد الحوالة، فهي كالكفالة سواء، فالحوالة شرعت وثيقة للدين، وليس من الوثيقة براءة الأصيل بل الوثيقة في مطالبة الكفيل مع بقاء الدين على حاله، فأجراها مجرى الضمان⁽⁶⁾.

نوقش: أن هذا يخالف مقتضى عقد الحوالة ومعناها والأحكام الشرعية تثبت وفق المعاني اللغوية، لأن الحوالة انتقال الدين انتقالا لا رجعة فيه، ولو لم يكن لما كان لها لزوم في الانتقال، بخلاف الضمان الذي يوجب ضم الذمم إلى بعضها⁽⁷⁾.

(1) الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، 4/3.

(2) الرملي، نهاية المحتاج، 429/4.

(3) النووي، المجموع شرح المذهب، 433/13-434.

(4) البهوتي، الروض المربع، 378/1.

(5) ابن قدامة، المغني، 394/4.

(6) الزيلعي، تبيين الحقائق، 171/4، الكاساني، بدائع الصنائع، 17/6.

(7) المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، 99/3، الغرناطي، التاج والأكليل، 28/7، النووي، المجموع شرح

المذهب، 343/13، البهوتي، الروض المربع، 377/1،

الترجيح.

يرى الباحث من خلال الإطلاع على اقوال الفقهاء وأدلتهم ومناقشتها، أن عقد الحوالة يوجب براءة الذمة من الدين وانتقالها للمحال عليه، فببإر المحيل من الدين والمطالبة، إذا اطلق العقد دون قيد وشرط، أما إذا اشترط المحال على المحيل ملاءة ويسر المحال عليه، ومات المحال عليه قبل قبض الدين مفلسا وكان المحال غير قادر على الوصول إلى حقه جاز له الرجوع بحكم الشرط الذي اشترطه على المحيل.

3.1.5 أثر الموت في عقد الكفالة في الفقه الإسلامي.

1.3.1.5 حقيقة الكفالة في اللغة والإصطلاح.

أولاً: الكفالة في اللغة. مصدرها كفل، والجمع كفلاء وأكفال والكفل بفتح الفاء هو العجز، وقيل: القطن يكون للإنسان والدابة، والكفل بكسر الكاف وتسكين الفاء من مراكب الرجال وهو كساء يؤخذ فيعقد طرفاه ثم يلقي مقدمه على الكاهل ومؤخره مما يلي العجز، وقيل: الحظ، فيقال: يؤتكم كفلين أي حظين، والكافل العائل كفله يكفله وكفله أياه، والكافل القائم على أمر اليتيم المربي له، والكفيل الضمين، والكافل والكفيل الضامن، والكفل بالكسر النصيب، يقال: لك كفلان من الأجر⁽¹⁾.

ثانياً: الكفالة في الإصطلاح.

قبل الخوض ببيان مفهوم الكفالة في الإصطلاح، لا بد أن نبين أن الفقهاء اختلفوا فيما بينهم على تحديد مفهوم الكفالة، والمعروف أن الكفالة قد تكون كفالة بالمال وكفالة بالبدن (النفس)، وكفالة بالعين، فقد ذهب الحنفية⁽²⁾ إلى أن الضمان والزعامة بمعنى الكفالة والغرامة بمعنى الضمان لقوله صلى الله عليه وسلم: (الزعيم غارم)⁽³⁾، أي الكفيل ضامن، فالضمان هو اللفظ المترتب على الكفالة، فالأصل في ضم الذمة إلى الذمة في المطالبة هو الكفالة وما يترتب عليها هو الضمان أي الغرامة⁽⁴⁾.

(1) ابن منظور، لسان العرب، 11/588-590، مادة، كفل، الزبيدي، تاج العروس، 30/333، مادة كفل.

(2) السرخسي، المبسوط، 19/160.

(3) سيق تخريجه، ص44.

(4) الكاساني، بدائع الصنائع، 6/2.

وذهب المالكية⁽¹⁾ والحنابلة⁽²⁾ إلى أن الضمان اسم شامل لمعنى الكفالة على مختلف أنواعها سواء كانت بنفس أو دين أو عين، ويكون الضمان جار وشامل لكل معنى يحتمله سواء كفالة أو زعامة أو حمالة أو ما أجراه العرف وأطلقه ويحتمل التضمين وضم الذمم، لقوله صلى الله عليه وسلم: (الزعيم غارم)⁽³⁾، فالزعامة هي الكفالة والغرم الضمان، لأن ذمة الضامن تتضمن الحق⁽⁴⁾، وذهب الشافعية⁽⁵⁾، بتفصيل أكثر بيانا على حسب استعمال العرف للفظ وإن كان ذات معنى واحد، فتكون دلالة اللفظ بحسب ما يقتضيه ويستعمله، فإذا كانت الكفالة بالمال سميت ضمانا وإذا كانت في الديات سميت حمالة وإذا كانت في الأموال العظام سميت زعامة وإذا كانت في النفوس سميت كفالة.

من خلال ما سبق يرى الباحث، بأن الخلاف يدور في تحديد ما يطلق على الكفالة، وليس له أثر على اختلاف مدلول اللفظ، فكل من الكفالة أو الضمان يوجب إشغال الذمة، فالأصل لا مشاحة في الاصطلاح بعد الاتفاق على المعنى. ولكن يميل الباحث إلى ما ذهب إليه الحنفية بأن الكفالة هي المصطلح الدال على ضم الذمم في المطالبة، لأن ما يترتب عليها وهو الضمان فرع لأصل فالأصل أن تكون كفيلا في البداية ومن ثم، يطالب الكفيل بما كفله وهو ضمان الحق. عرفها الحنفية⁽⁶⁾، ضم ذمة إلى ذمة في حق المطالبة بنفس أو دين أو عين، حيث أنه يتم من خلالها ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة. وعرفها المالكية⁽⁷⁾، إشغال ذمة أخرى بحق. وعرفها الشافعية⁽⁸⁾، حق ثابت في ذمة الغير.

(1) عيش، منح الجليل، 198/6.

(2) البهوتي، كشاف القناع، 363/3

(3) سبق تخريجه

(4) البهوتي، شرح منتهى الإيرادات، 122/2

(5) الشربيني، مغني المحتاج 198/3

(6) السمرقندي، تحفة الفقهاء، 237/3، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، 281/5.

(7) خليل، مختصر خليل، 176/1.

(8) الشربيني، مغني المحتاج، 198/3.

وعرفها الحنابلة⁽¹⁾، ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق. يجد الباحث أن تعريفات الفقهاء تدور حول معنى واحد للكفالة وهو إشغال الذمة بحق للغير، ولا خلاف بينهم في معنى الكفالة. ومن خلال النظر ومقارنة المعنى اللغوي والاصطلاحي لمفهوم الكفالة، فقد تبين أن المعنى الشرعي جاء على وفق المعنى اللغوي الالتزام أو الضمان ومفادها إشغال الذمة كما عرفها الفقهاء. تعريف الباحث للكفالة، عقد موجب لإشغال الذمة بحق ثابت للغير بمال أو نفس أو عين.

2.3.1.5 مشروعية الكفالة في الفقه الإسلامي.

أولاً: الكتاب.

قال تعالى: ﴿وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا﴾⁽²⁾.

قال تعالى: ﴿وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلقُونَ أَقْلَامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يَخْتَصِمُونَ﴾⁽³⁾.

وجه الدلالة: دلت الآيات الكريمة السابقة على أن الكفالة مشروع، في أصلها، فقد ضم الله عز وجل مريم عليها السلام إلى سيدنا زكريا عليه السلام، وقوله كفَّلها أي ضمها الله إليه⁽⁴⁾.

قال تعالى: ﴿وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ جِمْلٌ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾⁽⁵⁾.

وجه الدلالة: دلت الآية الكريمة على أن الزعيم هو الكفيل⁽⁶⁾.

ثانياً: السنة النبوية.

قول النبي صلى الله عليه وسلم: (الزعيم غارم)⁽⁷⁾.

(1) ابن مفلح، المبدع، 233/4.

(2) سورة آل عمران، الآية رقم (37).

(3) سورة آل عمران، الآية رقم (44).

(4) الطبري، تفسير الطبري، 345/6، 409.

(5) سورة يوسف، الآية رقم (72).

(6) القرطبي، تفسير القرطبي، 231/9.

(7) سبق تخريجه.

وجه الدلالة: دل الحديث بمنطوقه على أن الزعيم هو الكفيل أي ضمين وغارم ما ضمنه بمطالبة المضمون له⁽¹⁾.

ثالثاً: الإجماع.

أجمعت الأمة على مشروعية الكفالة⁽²⁾.

3.3.1.5 أركان عقد الكفالة في الفقه الإسلامي

ركن عقد الكفالة عند الحنفية⁽³⁾، الإيجاب من الكفيل، والقبول من المكفول له (الدائن).

وأما أركانها عند المالكية⁽⁴⁾ والشافعية⁽⁵⁾ والحنابلة⁽⁶⁾ فهي:

1. الضامن، الكفيل الملتزم بالأداء.
2. مضمون عنه. الأصيل في الدين، المدين.
3. مضمون له، الدائن، الطالب للحق.
4. مضمون به، الحق الثابت، سواء في المال أو البدن.
5. الصيغة، ما يدل على الالتزام. الإيجاب من الضامن، والقبول من المضمون له.

(1) المناوي، زين الدين محمد بن تاج، فيض القدير، المكتبة التجارية، مصر، ط1، 1356هـ، 369/4، برقم 5652.

(2) ابن المنذر، الإجماع، 141.

(3) الكاساني، بدائع الصنائع، 2/6.

(4) الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، 431/3.

(5) الرملي، نهاية المحتاج، 433/4.

(6) ابن قدامة، الشرح الكبير على متن المقنع، 70/5.

4.3.1.5 اقسام عقد الكفالة في الفقه الإسلامي.

تقسم الكفالة إلى قسمين (1) :

أ. الكفالة بالمال، الإلتزام الكفيل بأداء الدين عن الأصيل (المكفول عنه) لصاحب الدين (المكفول له)، أو إشغال الذمة بحق مالي للمكفول له، وتصح بالدين، والعين، كالعين المغصوبة، والفعل، كتسليم الرهن بعد الأداء، والعين المستأجرة للمؤجر بعد انتهاء مدة الكفالة.

ب. الكفالة بالبدن (النفس)، وتعني الإلتزام بإحضار من عليه حق مالي إلى مالكة، وتسمى كفالة الوجه، البدن، المطالبة، النفس.

5.3.1.5 أثر الموت على عقد الكفالة في المال في الفقه الإسلامي.

الفرع الأول: أثر موت المكفول عنه في الكفالة بالمال في الفقه الإسلامي.
تصوير المسألة:

إذا مات المكفول عنه قبل أداء الدين لصاحبه، فهل يحل الدين بمجرد موت المكفول عنه سواء كان الدين حالاً أو مؤجلاً.

وجه الاتفاق في المسألة.

اتفق الفقهاء من الحنفية⁽²⁾ والمالكية⁽³⁾ والشافعية⁽⁴⁾ والحنابلة⁽⁵⁾، على أن :

إذا مات المكفول وترك مالا وكان الدين حالاً، كان للمكفول له أخذ الدين من التركة، وله مطالبة من يشاء في الحياة والموت.

ومن أوجه الاتفاق، أن الكفالة لا ينتقل فيها الحق عن المكفول عنه الحي بنفس الضمان وإنما ينتقل بالأداء⁽⁶⁾.

(1) السرخسي، المبسوط، 162/19، الكاساني، بدائع الصنائع، 4/6، 10/6، العدوي، حاشية العدوي، 363/2،

الرملي، نهاية المحتاج، 432/4. البهوتي، كشاف القناع، 374/3-375.

(2) السرخسي، المبسوط، 30/20.

(3) ابن رشد، المقدمات الممهدة، 379/2.

(4) الشربيني، مغني المحتاج، 215/3.

(5) البهوتي، الروض المربع، 372/1.

(6) الذهلي، اختلاف الأئمة العلماء، 440/1.

وجه الاختلاف في المسألة.

اختلف الفقهاء من الحنفية⁽¹⁾ والمالكية⁽²⁾ والشافعية⁽³⁾، والحنابلة⁽⁴⁾، فيما إذا مات المكفول عنه وخلف تركة وكان الدين مؤجلا، فهل يصح للمكفول له مطالبة الورثة واستيفاء الحق؟

تحريم محل النزاع الفقهي في المسألة.

يدور محل النزاع الفقهي في المسألة، فيما لو مات المكفول عنه وكان الدين مؤجلا هل للطالب أخذ المال من التركة عند موت المكفول عنه أم يطالب الكفيل عند حلول الدين المؤجل.

أولا: اقوال الفقهاء في المسألة وأدلتهم.

القول الأول: ذهب الحنفية⁽⁵⁾ والمالكية⁽⁶⁾ والشافعية⁽⁷⁾، والحنابلة في رواية⁽⁸⁾ أنه إذا مات الأصيل (المكفول عنه)، وكان له تركة كان للدائن مطالبة الورثة وأخذ الدين من التركة، سواء كان الدين حالا أو مؤجلا. وإن لم يترك مالا وكان الدين مؤجلا لم يكن للمكفول له مطالبة الكفيل إلا حين الأجل، وله المطالبة في الدين الحال.

أدلة القول الأول، استدلو بالمعقول.

أ. موت المدين سبب لحلول الأجل وتوجه المطالبة بقضاء الدين، لأنه ثابت في ذمته فبموته حل الدين وإن كان مؤجلا لاستغنائه عن الأجل⁽⁹⁾، فضلا على أن الموت يؤدي إلى خراب الذمة، فكان لا بد من أخذ المال من التركة⁽¹⁰⁾.

(1) الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، 169/2.

(2) الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، 441/3.

(3) الرملي، نهاية المحتاج، 459/4.

(4) ابن مفلح، المبدع، 244/4.

(5) السرخسي، المبسوط، 230/20، الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، 169/2.

(6) المدونة، 100/4، الخرخشي، شرح مختصر خليل، 28/6، الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 337/3.

(7) النووي، المجموع شرح المذهب، 22/14، الشربيني، مغني المحتاج، 216/3.

(8) ابن مفلح، المبدع، 244/4.

(9) السرخسي، المبسوط، 28/20، 30.

(10) الشربيني، مغني المحتاج، 216/3.

ب. أن التركة قد تهلك، فلا يستطيع الضامن الرجوع على المضمون عنه إذا غرم، وأبرء المضمون له بالأداء⁽¹⁾.

ج. أن المكفول عنه لا يبرأ من الدين إلا بالأداء فلدائن مطالبة من شاء الأصيل أو الكفيل، ولأن الدين ثابت في ذمته بالأصل⁽²⁾.

القول الثاني: ذهب الحنابلة في الراجح⁽³⁾، والظاهرية⁽⁴⁾، أن الدين إذا كان مؤجلاً لا يحل بموت المكفول عنه، وإذا كان حالاً حل بموته⁽⁵⁾.

أدلة القول الثاني. استدلو بالمعقول.

أ. أن الدين المؤجل لا يلزم قضاؤه إلا عند أجله⁽⁶⁾.

ب. أن التأجيل حق من حقوق الميِّت، فلم يبطل بموته كسائر حقوقه⁽⁷⁾.

ثانياً: مناقشة أدلة الفقهاء في المسألة.

مناقشة أدلة القول الأول.

أ. الاستدلال بأن موت المدين سبب لحلول الأجل، وإن كان مؤجلاً لاستغنائه عن الأجل⁽⁸⁾.

نوقش: أن الدين المؤجل له أجل يقضى به فلا يثبت بموت صاحبه⁽⁹⁾.

ب. الاستدلال بأن الموت يؤدي إلى خراب الذمة، فكان لا بد من أخذ المال من التركة⁽¹⁰⁾.

(1) الشربيني، مغني المحتاج، 216/3.

(2) ابن قدامة، الشرح الكبير، 70/5، المرادوي، الإنصاف، 190/5.

(3) المرادوي، الإنصاف، 208/5، البهوتي، شرح منتهى الإيرادات، 132/2. البهوتي، كشف القناع، 374/3.

(4) ابن حزم، المحلى بالأثر، 396/6.

(5) ابن مفلح، المبدع، 244/4. المرادوي، الإنصاف، 190/5.

(6)، ابن قدامة، المغني لابن قدامة، 408/4.

(7) ابن مفلح، المبدع، 244/4.

(8) السرخسي، المبسوط، 28/20، 30.

(9) ابن قدامة، المغني، 408/4.

(10) ابن مفلح، المبدع، 244/4.

نوقش: أن للمدين مطالبة المكفول عنه إذا كان الدين حالاً لا مؤجلاً، لأن الدين ثابت في ذمته ولا يبرأ إلا بالأداء لحلول الأجل⁽¹⁾.

ج. الاستدلال بأن المكفول عنه لا يبرأ من الدين إلا بالأداء فلدائن مطالبة من شاء الأصيل أو الكفيل، ولأن الدين ثابت في ذمته بالأصل⁽²⁾.

نوقش: أن حلول الدين المؤجل بموت المكفول عنه تعدي على حقوقه⁽³⁾.

مناقشة أدلة القول الثاني.

أ. الاستدلال بأن الدين المؤجل لا يحل بالموت⁽⁴⁾.

نوقش: أن الديون المؤجلة تحل بالموت، باتفاق أهل الفقه⁽⁵⁾.

ب. الاستدلال بأن التأجيل حق من حقوق الميِّت، فلم يبطل بموته كسائر حقوقه⁽⁶⁾.

نوقش: قد تضيع التركة، ولا يجد الضامن مالا لاستيفاء حقه⁽⁷⁾.

ثالثاً: الترجيح في المسألة.

يرى الباحث من خلال الإطلاع على أقوال الفقهاء وأدلتهم ومناقشتها، أن المكفول عنه الأصيل في الدين إذا مات وخلف تركة كان للدائن أن يطالب الورثة بالقضاء من التركة سواء كان الدين حالاً أو مؤجلاً، لأن الكفالة لا تعني الإبراء بل اشغال الذمة من أجل زيادة التوثقة في القضاء، ولأن التركة قد تهلك فلا يستطيع الكفيل الرجوع على المكفول عنه بعد الأداء للمدين.

(1) البهوتي، كشاف القناع، 364/3.

(2) ابن قدامة، الشرح الكبير، 70/5، المرادوي، الإنصاف، 190/5.

(3) ابن مفلح، المبدع، 244/4.

(4) ابن قدامة، الشرح الكبير، 94/5، ابن قدامة، المغني، 408/4،

(5) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، 319/5، الماوردي، الحاوي الكبير، 456/6.

(6) ابن مفلح، المبدع، 244/4. البهوتي، كشاف القناع، 374/3.

(7) الشربيني، مغني المحتاج، 216/3.

الفرع الثاني: أثر موت الكفيل بالمال على عقد الكفالة في الفقه الإسلامي.
تصوير المسألة.

إذا مات الكفيل قبل القضاء، فهل يصح للمكفول له الاستيفاء من التركة.
وجه الاتفاق في المسألة.

اتفق الفقهاء من الحنفية⁽¹⁾ والمالكية⁽²⁾ والشافعية⁽³⁾ وبعض الحنابلة⁽⁴⁾،

أ. أنه إذا مات الكفيل حل الدين في تركته وكان للمكفول له حق الاستيفاء، إذا كان الدين حالاً، أو مؤجلاً.

ب. إذا كان الدين مؤجلاً حل في تركته الكفيل، ولا يصح لورثته الرجوع على المكفول عنه إلا حين حلول الأجل، فلا يلزم من حلول الدين بموت الكفيل حلوله على الأصيل (المكفول عنه)، وهذا باتفاق الفقهاء.

وجه الاختلاف في المسألة.

خالف الحنابلة في الراجح من المذهب⁽⁵⁾، أن الدين إذا كان مؤجلاً ومات

الكفيل لا يحل في تركته إلا عند حلول الأجل.

تحرير محل النزاع الفقهي في المسألة.

يدور النزاع فيما إذا كان الدين مؤجلاً ومات الكفيل، هل يحل الدين في تركته؟

أولاً: أقوال الفقهاء في المسألة وأدلتهم.

القول الأول: ذهب الحنفية⁽⁶⁾ والمالكية⁽⁷⁾ والشافعية⁽⁸⁾ ورواية عند الحنابلة⁽⁹⁾،

والظاهرية⁽¹⁰⁾، إلى أن الكفيل إذا مات وكان الدين حالاً أو مؤجلاً حل في تركته، ولا

(1) السرخسي، المبسوط، 30/20.

(2) الغرناطي، التاج والإكليل، 43/7.

(3) الرملي، نهاية المحتاج، 459/4.

(4) ابن مفلح، المبدع، 244/4.

(5) المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، 208/5.

(6) السرخسي، المبسوط، 230/20، الميرغاني، الهداية في شرح البداية، 88/2.

(7) مالك، المدونة، 100/4. الخرشي، شرح مختصر خليل، 28/6.

(8) الرملي، نهاية المحتاج، 459/4.

(9) المرادوي، الإنصاف، 208/5. ابن مفلح، المبدع، 244/4.

(10) ابن حزم، المحلى بالأثر، 396/6.

يلزم حلوله في تركة الكفيل حلوله في مال المكفول عنه، ولا يصح لورثة الكفيل الرجوع على المكفول إلى عند حلول أجل الدين.

أدلة القول الأول. استدلووا بالمعقول.

أ. أن الكفيل بالموت استغنى عن الأجل، والأجل كان منفعة لمن عليه الدين فأدى أدى إلى الضرر بالمكفول له سقط الأجل⁽¹⁾.

ب. أن الضامن قد شغلت ذمته بالحق، فلما مات حل الدين في تركته⁽²⁾

ج. أن الموت يؤدي إلى خراب ذمة الميت، فإذا مات الكفيل حل الدين المؤجل، ولا يلزم حلوله على المكفول عنه لا ارتفاعه بالأجل⁽³⁾.

القول الثاني: ذهب الحنابلة في الراجح⁽⁴⁾ من المذهب إلى أن الكفيل إذا مات وكان الدين مؤجلاً لم يحل المطالبة في تركته إلا إلى حين حلول الأجل.
أدلة القول الثاني، استدلووا بالمعقول.

أ. أن الدين كان مؤجلاً عند موت الكفيل، فلا يصح مطالبته قبل حلول الأجل⁽⁵⁾.

ب. أن الدين حق من حقوق الميت، فلم يبطل بموته كسائر حقوقه⁽⁶⁾.

ثانياً: مناقشة أدلة الفقهاء في المسألة.

مناقشة أدلة القول الأول.

أ. الاستدلال بأن الكفيل بالموت استغنى عن الأجل، والأجل كان منفعة لمن

عليه الدين فأدى أدى إلى الضرر بالمكفول له سقط الأجل⁽⁷⁾.

نوقش: أن الأجل باق على حاله فلا يبطل بالموت⁽⁸⁾.

(1) السرخسي، المبسوط، 230/20

(2) الغرناطي، التاج والإكليل، 43/7.

(3) الرملي، نهاية المحتاج، 459/4. ابن مفلح، المبدع، 244/4.

(4) ابن قدامة، الشرح الكبير، 94/5، المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، 208/5، البهوتي، كشف القناع، 374/3.

(5) ابن قدامة، الشرح الكبير، 94/5.

(6) ابن مفلح، المبدع، 244/4، البهوتي، كشف القناع، 374/3.

(7) السرخسي، المبسوط، 230/20

(8) ابن مفلح، المبدع، 244/4.

ب. الاستدلال بأن الضامن قد شغلت ذمته بالحق، فلما مات حل الدين في تركته⁽¹⁾.

نوقش: أن ذمة الضامن مشغولة بالحق سواء كان الدين حالا أو مؤجلا، فعند الحلول صحت المطالبة، وعند الأجل لا تصح إلا بحلوله، فموت الكفيل قبل الأجل لا تحل به المطالبة⁽²⁾.

ج. أن الموت يؤدي إلى خراب ذمة الميت، فإذا مات الكفيل حل الدين المؤجل، ولا يلزم حلوله على المكفول عنه لا رتفاقه بالأجل⁽³⁾.

نوقش: أن التأجيل حق من حقوق الميت، فلا تعدي على حقوقه بالإبطال، فتبقى حقوقه على ما اشترط قبل موته⁽⁴⁾.

مناقشة أدلة القول الثاني في المسألة.

أ. الاستدلال بأن الدين كان مؤجلا عند موت الكفيل، فلا يصح مطالبته قبل حلول الأجل⁽⁵⁾.

نوقش: أن بالموت خربت الذمة واستغنى الكفيل عن الأجل⁽⁶⁾.

ب. الاستدلال بأن الدين في الدين حق من حقوق الميت، فلم يبطل بموته⁽⁷⁾.

نوقش: أن المضمون له أسوة الغرماء في تركة الضامن فيقضي دينه من التركة ويحاصص معهم لأن حقه ثبت في ذمة الضامن⁽⁸⁾، فضلا على أن الذمة مشغول بالحق فوجب في الحياة والموت من باب أولى، والموت مفضي إلى خراب الذمة، فلا تبقى على الحال الذي كانت عليه، كما في الحر إذا استرق خربت ذمته وحل دينه المؤجل⁽⁹⁾.

(1) الغرناطي، التاج والإكليل، 43/7.

(2) ابن قدامة، الشرح الكبير، 94/5، البهوتي، كشاف القناع، 364/3،

(3) الرملي، نهاية المحتاج، 459/4. ابن مفلح، المبدع، 244/4.

(4) ابن مفلح، المبدع، 244/4.

(5) ابن قدامة الشرح الكبير، 94/5.

(6) السرخسي، المبسوط، 244/4.

(7) ابن مفلح، المبدع، 244/4، ابن قدامة، المغني، 408/4.

(8) الدسوقي، حاشية الدسوقي، 337/3.

(9) الشربيني، مغني المحتاج، 216/3، قليوبي وعميرة، حاشية قليوبي وعميرة، 413/2.

ثالثاً: الترجيح في المسألة.

يرى الباحث من خلال الإطلاع على اقوال الفقهاء وأدلتهم ومناقشتها، أن الكفيل إذا مات حل الدين في تركته، سواء كان الدين حالاً أو مؤجلاً، ويكون أسوة الغرماء في التركة، لأن الكفالة توجب إشغال ذمة الكفيل كما هو الأصل، فضلاً على أن الدين حل في تركته إن كان مؤجلاً، خوفاً من ضياع التركة، وعدم القدرة على الأداء حين الأجل، وللورثة الحق في الرجوع على المكفول عنه عند حلول أجل الدين، والاستيفاء منه، وهذا كله لأن الضامن اشغل ذمته بالحق كما هي ذمة الأصل.

6.3.1.5 أثر الموت على عقد الكفالة بالنفس في الفقه الإسلامي

الفرع الأول: أثر الموت على المكفول به بالنفس في الفقه الإسلامي.
تصوير المسألة.

إذا كفل رجل كفالة نفس، وخلال فترة الكفالة مات المكفول به بالنفس، فما هو

مصير عقد الكفالة

وجه الاتفاق في المسألة.

اتفق الحنفية⁽¹⁾، والمالكية⁽²⁾، والشافعية⁽³⁾، والحنابلة⁽⁴⁾، على أن الكفيل بعد

التسليم المكفول به للمكفول عنه، سقطت عنه الكفالة وأُبرء من الكفالة، فلو مات المكفول به لم يلزمه شيء.

وجه الاختلاف في المسألة.

اختلفوا عند العجز عن الإحضار خلال مدة الكفالة، بسبب الغياب أو الموت⁽⁵⁾

(1) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، 293/5.

(2) الخرشي، شرح مختصر خليل، 34/6.

(3) الشربيني، مغني المحتاج، 209/3.

(4) ابن مفلح، المبدع، 247/4.

(5) الذهلي، اختلاف الأئمة العلماء، 443/1.

تحرير محل النزاع الفقهي في المسألة.

موت المكفول به بين الزام الكفيل بالكفالة وتغريمه المال، وبين فسخ عقد الكفالة وانتهائها بموت المكفول به وبراءة الكفيل من الكفالة⁽¹⁾.

أولاً: اقوال الفقهاء في المسألة وأدلتهم.

القول الأول: ذهب الحنفية⁽²⁾، والمالكية⁽³⁾، والشافعية في الراجح من المذهب⁽⁴⁾ والحنابلة في الراجح من المذهب⁽⁵⁾، أنه إذا مات المكفول به بالنفس سقطت الكفالة عن الكفيل ولا يطالب بالدين الذي على المكفول بالنفس، لأنه ضمن النفس دون الدين.

أدلة القول الأول، استدلو بالمعقول.

1. أن بالموت سقطت الكفالة، وسقوطها موجب لبراءة الكفيل، لقوات محل التسليم⁽⁶⁾.

2. تسقط الكفالة لأن الكفيل عجز عن احضار النفس المكفولة، وبسقوط الحضور عن الأصيل يلزم تبعاً سقوطه عن الكفيل⁽⁷⁾.

3. أن بالموت سقط الحضور عن المكفول به، فلزم سقوطه عن الكفيل، كالكفيل إذا قضى المكفول عنه الدين للمدين⁽⁸⁾.

(1) البابرّي، العناية شرح الهداية، 170/7. الخرشي، شرح مختصر خليل، 35/6. الشريبي، مغني المحتاج، 211/3. البهوتي، كشف القناع، 379/3.

(2) السرخسي، المبسوط، 163/19، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، 292/5.

(3) مالك، المدونة، 97/4-98، الخرشي، شرح مختصر خليل، 35/6. الدسوقي، الشرح الكبير، 346/3.

(4) النووي، المجموع شرح المذهب، 55/14.

(5) ابن مفلح، المبدع شرح المقنع، 248/4، البهوتي، كشف القناع، 379/3، المرادوي، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف، 215/5.

(6) السرخسي، المبسوط، 163/19.

(7) البابرّي، العناية شرح الهداية، 170/7. الدسوقي، الشرح الكبير، 346/3.

(8) النووي، المجموع شرح المذهب، 55/14، البهوتي، كشف القناع، 378/3.

القول الثاني: ذهب المالكية في رواية (1) والشافعية في رواية (2) والحنابلة في رواية (3)، أنه إذا مات المكفول به بالنفس، لا تسقط الكفالة عن الكفيل وعليه الضمان وزاد بعض المالكية (4) والحنابلة (5) إلا أن يشترط البراءة من المال فإن لم يشترط لزمه. أدلة القول الثاني، استدلوا بالمعقول.

- أ. أن من ضمن الوجه فقد ضمن المال، لأن الضمان موجب للغرم، اشترط البراءة من المال أم لم يشترط فقد غرم إذا تعذر الوصول إلى المكفول به بالنفس (6).
ب. أن الكفالة توثقة، فيطالب الكفيل بالمال لعجزه عن الإحضار (7).
ج. أن موت المكفول به بالنفس، يستوفى الحق من كفيله بوثيقة الكفالة كالرهن لأن الرهن تعلق به المال فاستوفى منه والكفيل بمثابة الرهن (8).

ثانياً: مناقشة أدلة الفقهاء في المسألة.

مناقشة أدلة القول الأول،

- أ. الاستدلال بأن بالموت سقطت الكفالة، وسقوطها موجب لبراءة الكفيل، لفوات محل التسليم (9).
نوقش: أن الضمان موجب للغرم، وضمان الوجه يضمن فيه الكفيل المال تبعاً له (10)

(1) مالك، المدونة، 96/4، ابن رشد، المقدمات الممهدة، 402/2. ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 79/4.

(2) الشربيني، مغني المحتاج، 211/3، الرملي، نهاية المحتاج، 452/4.

(3) ابن مفلح، المبدع شرح المقنع، 248/4.

(4) مالك، المدونة، 97/4.

(5) ابن مفلح، المبدع، 249/4. المرادوي، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف، 216/5.

(6) ابن رشد، المقدمات الممهدة، 402/2.

(7) الشربيني، مغني المحتاج، 211/3.

(8) ابن مفلح المبدع، 249/4.

(9) السرخسي، المبسوط، 163/19.

(10) ابن رشد، المقدمات الممهدة، 402/2.

ب. الاستدلال بأن تسقط الكفالة لأن الكفيل عجز عن احضار النفس المكفولة،
 وبسقوط الحضور عن الأصيل يلزم تبعا سقوطه عن الكفيل⁽¹⁾.
 نوقش: أن الكفالة توثقة ودلالة على الإلتزام، كما في الرهن لإستيفاء الحق،
 فشابه الكفيل بالكفالة الرهن بالمال لاستيفاء الحق منه⁽²⁾
 ج. الاستدلال بأن بالموت سقط الحضور عن المكفول به، فلزم سقوطه عن
 الكفيل، كالكفيل إذا قضى المكفول عنه الدين للمدين⁽³⁾.
 نوقش: أن الموت دل على عجز احضار المكفول به، ومقابل العجز يغرم
 الكفيل المال بالكفالة التي قبلها⁽⁴⁾.

مناقشة أدلة القول الثاني:

أ. الاستدلال بأن من ضمن الوجه فقد ضمن المال، لأن الضمان موجب
 للغرم⁽⁵⁾.
 نوقش: أن الكفيل بالوجه لا يضمن المال إلا إذا قصر وفرط في اتباع
 المكفول به في زمن يقدر على تسليمه، وإلا انتفى عنه الضمان للعجز
 وعدم القدرة على التسليم بالموت⁽⁶⁾
 ب. الاستدلال بأن الكفالة توثقة، فيطالب الكفيل بالمال لعجزه عن الإحضار⁽⁷⁾.
 نوقش: أن فوات محل التسليم وهو موت النفس المكفولة دل على سقوط
 الكفالة للعجز وعدم القدرة على التسليم⁽⁸⁾ وفوات محل الضمان⁽⁹⁾

(1) البابرّي، العناية شرح الهداية، 170/7. الدسوقي، الشرح الكبير، 346/3.

(2) ابن مفلح، المبدع، 249/4.

(3) النووي، المجموع شرح المهذب، 55/14 البهوتي، كشاف القناع، 378/3.

(4) الرملي، نهاية المحتاج، 452/4.

(5) ابن رشد، المقدمات الممهّدات، 402/2.

(6) الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 346/3. ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 79/4.

(7) الشربيني، مغني المحتاج، 211/3.

(8) البابرّي، العناية شرح الهداية، 170/7.

(9) الماوردي، الحاوي الكبير، 434/6.

ج. الاستدلال بأن موت المكفول به بالنفس، يستوفى الحق من كفيله بوثيقة الكفالة كالرهن⁽¹⁾.

نوقش: أن المكفول به بالموت سقطت مطالبته، فسقوطها عن المكفول به يسقطها عن الكفيل من باب أولى لأنه كان تبعا في الالتزام⁽²⁾، فضلا على أن الموت عجز مستمر فيه تسقط الكفالة⁽³⁾.

ثالثا: الترجيح في المسألة.

يرى الباحث بعد الإطلاع على اقوال الفقهاء في المسألة وأدلتها ومناقشتها، أن الكفيل ضامن للكفالة بالوجه، ويلزم من ماله قضاء المكفول له بمقتضى عقد الكفالة، لأنها موجبة للالتزام ابتداءً، فتحل بماله انتهاءً، عند عدم القدرة على تسليم المكفول به، وإن اشترط البراءة من المال في ضمان الوجه، لم يصح هذا الشرط لأن الشرط مخالف لمعنى عقد الكفالة، وهو ضم الذمم في الالتزام للمكفول له.

ملاحظة: لم يورد الباحث قول المذهب الظاهري⁽⁴⁾، مع اقوال الفقهاء في مسألة ضمان الوجه، لأن المذهب لا يجيزها ابتداءً فهي غير مشروعة عندهم أي تبطل في الأصل، فلا تصح في مال ولا حد ولا غيره.

الفرع الثاني: أثر موت الكفيل على الكفالة بالنفس في الفقه الإسلامي. تصوير المسألة.

إذا مات الكفيل قبل تسليم المكفول به بالنفس، هل يفسخ عقد الكفالة أم يلتزم الورثة بين الاحضار والتسليم للمكفول به بالنفس أو الوفاء من التركة. وجه الاتفاق في المسألة.

إذا اشترط البراءة من المال دون الوجه فلا يلزم الكفيل بعد موته اطلاقا الكفالة، فتفسخ بموت الكفيل على هذا الشرط⁽⁵⁾.

(1) ابن مفلح المبدع، 249/4.

(2) السرخسي، المبسوط، 163/19.

(3) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، 292/5.

(4) ابن حزم، المحلى بالأثر، 407/6.

(5) العيني، البناية شرح الهداية، 426/8، ابن رشد، المقدمات الممهدة، 401/2، الرملي، نهاية المحتاج،

452/4، المرادوي، الانصاف، 216/5.

وجه الاختلاف في المسألة.

دار الاختلاف بين ضمان المال وعدمه بعد موت الكفيل اذ لم يشترط عند الكفالة كفالة المال بأن : قال كفلت نفس فلان أو كفلت وجهك⁽¹⁾ .

تحريم محل النزاع الفقهي في المسألة.

أذا مات الكفيل قبل احضار المكفول به بالنفس، فهل يلزمه الوفاء من المال أو تطالب الورثة بالتسليم عند قول الكفيل قبل الموت وقت الكفالة كفلت نفسه واطلق اللفظ دون قيد وشرط.

أولاً: اقوال الفقهاء في المسألة وأدلتهم.

القول الأول: ذهب الحنفية في الراجح من المذهب⁽²⁾، والمالكية⁽³⁾، والشافعية⁽⁴⁾ إلى انفساخ عقد الكفالة بموت الكفيل بالنفس، والحنابلة⁽⁵⁾ إذا لم يشترط ضمان المال برأ مطلقاً.

أدلة القول الأول، استدلو بالمعقول.

أ. أن بالموت لم يعد الكفيل قادراً على تسليم المكفول به بالنفس فينفسخ عقد الكفالة⁽⁶⁾.

ب. أن موت الكفيل لا يوجب ضمان المال من تركته لأن كفالة الوجه خالفت كفالة المال في القضاء من التركة⁽⁷⁾.

(1) السرخسي، المبسوط، 164/19، مالك، المدونة، 96/4، الشرييني، مغني المحتاج، 211/3، المرادوي، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف، 216/5.

(2) السرخسي، المبسوط، 164/19، العيني، البناية شرح الهداية، 426/8، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، 292/5.

(3) مالك، المدونة، 96/4، ابن رشد، المقدمات الممهدة، 401/2،

(4) الماوردي، الحاوي الكبير، 466/6. الشرييني، مغني المحتاج، 211/3.

(5) المرادوي، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف، 216/5.

(6) السرخسي، المبسوط، 164/19، العيني، البناية شرح الهداية، 426/8.

(7) الماوردي، الحاوي الكبير، 466/6. الشرييني، مغني المحتاج،

ج. أن ضمان الوجه لا يلزم الكفيل ضمان المال لأنه فارق الكفالة بالمال، ف ضمان الوجه اختلف في حقيقة الضمان عن ضمان المال، فهو قائم على احضار الوجه أو النفس دون تغريم، فإن تعذر الاحضار لا يضمن⁽¹⁾

القول الثاني: ذهب بعض الحنفية⁽²⁾ وبعض المالكية⁽³⁾، إلى أن موت الكفيل لا يسقط عقد الكفالة والضمان في ماله الذي تركه، والحنابلة⁽⁴⁾، إذا اطلق الضمان دون شرط لزمته المطالبة ولم يبرأ من الكفالة.

أ. من ضمن الوجه فقد ضمن المال فيلزمه، فالموت لا يسقط الالتزام إن لم يحضر المكفول به⁽⁵⁾، لأن ضمان الوجه محمول على ضمان المال في معنى الالتزام فيعود على ماله ويقضى منه⁽⁶⁾

ب. أن الكفالة موجبة للضمان إذا لم يشترط الكفيل ضمان الوجه دون المال، لأن كفالة الوجه تحتمل معنى كفالة المال⁽⁷⁾، ومال الكفيل يصلح للأداء فيؤخذ من التركة إذا عجز عن احضار المكفول به⁽⁸⁾.

ثانيا: مناقشة أدلة الفقهاء في المسألة.

مناقشة أدلة القول الأول.

أ. الاستدلال بأن بالموت لم يعد الكفيل قادرا على تسليم المكفول به بالنفس فينفسخ عقد الكفالة⁽⁹⁾.

نوقش: أن الورثة يقومون مقام المورث بالأداء أو الاحضار، فماله يصلح للوفاء⁽¹⁰⁾

(1) الماوردي، الحاوي الكبير، 466/6.

(2) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، 296/5.

(3) ابن رشد، المقدمات الممهيات، 402/2، الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، 453/3.

(4) البهوتي، كشاف القناع، 379/3، المرادوي، الانصاف، 216/5.

(5) مالك المدونة، 97/4، ابن رشد، المقدمات الممهيات، 401/2.

(6) الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، 453/3.

(7) ابن مفلح المبدع، 249/4.

(8) البهوتي، كشاف القناع، 379/3.

(9) السرخسي، المبسوط، 164/19، لعيني، البناية شرح الهداية، 426/8.

(10) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، 296/5، البهوتي، كشاف القناع، 379/3.

ب. الاستدلال بأن موت الكفيل لا يوجب ضمان المال من تركته لأن كفالة الوجه خالفت كفالة المال في المعنى لأن المقتضى القدرة على الاحضار وفاتت بالموت⁽¹⁾.

نوقش: أن ضمان الوجه يحتمل معنى ضمان المال، فإما الاحضار أو الوفاء من المال عند عدم القدرة على التسليم ولا فائدة للكفالة ومعناها، إن لم يتبع الكفيل الأصيل في الوفاء⁽²⁾.

مناقشة أدلة القول الثاني.

أ. الاستدلال أن من ضمن الوجه فقد ضمن المال فيلزمه، فالموت لا يسقط الالتزام إن لم يحضر المكفول به⁽³⁾.

نوقش: أن كفالة الوجه خالفت كفالة المال في القضاء من التركة⁽⁴⁾.

ب. الاستدلال بأن مال الكفيل يصلح للأداء فيؤخذ من التركة إذا عجز عن احضار المكفول به ويطالب الورثة بذلك⁽⁵⁾.

نوقش: لا تتوجه المطالبة للكفيل بالموت ولا تتوجه المطالبة بالتسليم على الورثة لأنهم لم يكفلونه، فالورثة يخلفون المورث بالمطالبة بما له من حقوق دون ما عليه من التزامات⁽⁶⁾.

ثالثا: الترجيح في المسألة.

يرى الباحث من خلال الاطلاع على اقوال الفقهاء وأدلتهم ومناقشتها في المسألة، أن الكفيل بالوجه ملزم بأداء المال عند تعذر تسليم المكفول به بالنفس، لأن كفالة النفس موجبة للالتزام، كما هي كفالة المال، والورثة بالتخيير بين احضار المكفول بالنفس، أو الوفاء من التركة، لأن مال مورثهم يصلح للقضاء والوفاء كسائر التزاماته.

(1) الماوردي، الحاوي الكبير، 466/6.

(2) الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، 453/3.

(3) مالك المدونة، 97/4، ابن رشد، المقدمات الممهدة، 401/2.

(4) الماوردي، الحاوي الكبير، 466/6.

(5) البهوتي، كشاف القناع، 379/3.

(6) السرخسي، المبسوط، 164/19.

2.5 أثر الموت على عقود الشركات في الفقه الإسلامي.

الشركات في الفقه الإسلامي تقسم إلى عدة أقسام (1) :

1. شركة أملاك، كالإشتراك في شراء عين أو منفعة معينة، أو ما يثبت بملك الميراث.
2. شركة العقد، وهي التي يقدم فيها رأس المال من أطراف عقد الشركة على اختلاف نوعها، شركة أموال، شركة أعمال، شركة التقبل، شركة وجوه.
3. شركة المضاربة وهي التي يكون فيها رأس المال من احد اطراف العقد، والعمل من الطرف الآخر.

1.2.5 مشروعية عقد الشركة وأركانها في الفقه الإسلامي.

1.1.2.5 مشروعية الشركة في الفقه الإسلامي.

ثبتت مشروعية الشركة في الكتاب والسنة والإجماع.

أولاً: الكتاب.

1. قال تعالى: ﴿اعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ

وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَأَبْنِ السَّبِيلِ﴾ (2).

وجه الدلالة: دلت الآية الكريمة على أن الشركة بأصلها جائز، ودليها

مشروعية القسمة والحصص بين الأقسام المذكورة في النص (3)

2. قال تعالى: ﴿وَإِنَّ كَثِيرًا مِنَ الْخُلَطَاءِ لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ﴾ (4).

وجه الدلالة: دل الآية الكريمة بصراحة اللفظ على مشروعية الشركة وإطلاق

لفظ الخلطاء عليهم وتعني الشركاء (5).

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، 56/6، 109. ابن رشد، المقدمات الممهديات، 35/3، الشريبي، مغني المحتاج،

222/3، ابن قدامة، الشرح الكبير، 109/5.

(2) سورة الانفال، الآية رقم (41).

(3) البضاوي، تفسير البضاوي، 60/3.

(4) سورة ص، الآية رقم (24).

(5) القرطبي، تفسير القرطبي، 178/15.

ثانيا: السنة النبوية.

1. ما روي عن النبي ﷺ، أنه قال: (وما كان من خليطين فإنهم يتراجعا بينهما بالسوية)⁽¹⁾.

وجه الدلالة: دل الحديث بمنطوقه على جواز الشركة ومشروعيتها والخليطين هما الشريكان⁽²⁾.

2. ما روي عن النبي ﷺ، أن الله يقول: (أنا ثالث الشريكين ما لم يخن احدهما صاحبه، فإذا خان خرجت منهما)⁽³⁾.

وجه الدلالة: دل الحديث بمنطوقه على جواز عقد الشركة، وأن الله معهم ما داموا على العهد والأمانة، حيث البركة والمعونة في التجارة، فإذا حصلت الخيانة نزع البركة⁽⁴⁾.

ثالثا: الإجماع.

أجمعت الأمة على مشروعية الشركة⁽⁵⁾.

2.1.2.5 أركان عقد الشركة في الفقه الإسلامي.

ركن عقد عند الحنفية⁽⁶⁾، الإيجاب والقبول، وهو أن يقول احدهم : شاركتك في كذا ويقول الآخر : قبلت.

وأما أركانها عند المالكية⁽⁷⁾ والشافعية⁽⁸⁾ والحنابلة⁽⁹⁾، فهي:

1. العاقدان، اطراف العقد.

(1) البخاري، صحيح البخاري، كتاب الشركة، باب ما كان من خليطين، 138/3، برقم 2487.

(2) العيني، عمدة القاري شرح صحيح البخاري، كتاب الشركة، باب شركة الخليطين، 44/13.

(3) أبو داود، سنن أبي داود، كتاب البيوع، باب في الشركة، 256/3، برقم 3383، أخرجه الحاكم، المستدرک على الصحيحين، كاب البيوع، 60/2، برقم 2322، حديث صحيح.

(4) الصنعاني، سبل السلام، 91/2.

(5) ابن المنذر، الإجماع، ص 137.

(6) البابرتي، العناية شرح الهداية، 154/6.

(7) العدوي، حاشية العدوي، 202/2.

(8) النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، 275/4.

(9) البهوتي، شرح منتهى الإيرادات، 209/2.

2. الصيغة، ما يدل على الإذن في التصرف.

3. المعقود عليه، محل الشركة، المال والأعمال.

فرع: أنواع شركة العقد في الفقه الإسلامي.

أ- شركة الابدان، أن يشترك اثنان فأكثر بإيديهم، كالصناع يشتركون في صناعتهم وتسمى شركة أعمال⁽¹⁾.

ب- شركة وجوه، أن يشترك اثنان فأكثر بوجاهتم وثقة التجار بهما من غير رأس مال، فهي شركة على الذمم⁽²⁾.

ت- شركة المفاوضة، تفويض كل الشركاء بعضهم في التصرف عن صاحبه في حضوره وغيابه⁽³⁾.

ث- شركة العنان، أن يشترك رجلان بماليهما على أن يعملأ فيه بأبدانهما والربح بينهما⁽⁴⁾

3.1.2.5 أثر الموت على عقد الشركة في الفقه الإسلامي.

تصوير المسألة .

إذا مات أحد اطراف عقد الشركة، فهل تبقى الشركة نافذة، أم تبطل بالموت؟.

وجه الاتفاق.

الموت موجب لبطلان عقد الشركة، لانقطاع الإذن في التصرف⁽⁵⁾.

(1) البابرتي، الهداية، 186/6، الدسوقي، حاشية الدسوقي، 374/3

(2) ابن رشد، بداية المجتهد، 255/2.

(3) الر ملي، نهاية المحتاج، 3/5.

(4) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، 311/4.

(5) البابرتي، العناية شرح الهداية، 194/6، ابن الحاجب، جامع الأمهات، 394/1. الماوردي، الحاوي الكبير،

484/6

ابن قدامة، الشرح الكبير على متن المقنع، 213/5

أولاً: اقوال الفقهاء في المسألة وأدلتهم.

القول الأول: ذهب الحنفية⁽¹⁾، والمالكية⁽²⁾، والشافعية⁽³⁾ والحنابلة⁽⁴⁾، والظاهرية⁽⁵⁾ إلى أن الموت يبطل عقد الشركة .
أدلة القول، استدلووا بالمعقول.

1. أن الموت يبطل الملك وأهلية التصرف، لأن الشركة وكالة والموت يبطل عقد الوكالة⁽⁶⁾، فضلا على أن المال أصبح للورثة فخرج عن ملك الشريك بالموت⁽⁷⁾
2. أن الشركة أذن بالتصرف في المال، وبالموت انقطع الإذن وبطلت الشركة⁽⁸⁾.
3. أن الشركة من العقود الجائزة، تبطل بالموت كالوكالة لانقطاع الإذن في التصرف⁽⁹⁾.

ثانياً: الترجيح في المسألة.

يرى الباحث بعد الإطلاع على اقوال الفقهاء في المسألة وأدلتهم، إلى بطلان عقد الشركة بالموت، لأن الشركة من العقود الجائزة كالوكالة والوكالة تبطل بالموت.

2.2.5 أثر الموت على عقد شركة المضاربة في الفقه الإسلامي.

1.2.2.5 حقيقة المضاربة في اللغة والاصطلاح.

أولاً: المضاربة في اللغة، مصدر الضرب، وضربته يضربه ضرباً، والضارب المتحرك فالموج يضطرب بعضه بعضاً، واضطرب أمره اختل، وضرب في الأرض خرج فيها تاجراً وغازياً، وقيل: أسرع، وقيل: سار في طلب الرزق، والطيور الضوارب، التي تطلب

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، 78/6.

(2) مالك، المدونة، 628/3. ابن الحاجب، جامع الأمهات، 394/1.

(3) الماوردي، الحاوي الكبير، 484/6، الشرييني، مغني المحتاج، 228/3.

(4) ابن قدامة، الشرح الكبير على متن المقنع، 213/5. البهوتي، كشاف القناع، 506/3.

(5) ابن حزم، المحلى بالأثر، 418/6.

(6) الكاساني، بدائع الصنائع، 78/6.

(7) مالك، المدونة، 628/3.

(8) ابن الحاجب، جامع الأمهات، 394/1.

(9) الماوردي، الحاوي الكبير، 484/6. الشرييني، مغني المحتاج، 228/3. ابن قدامة، الشرح الكبير على متن

المقنع، 213/5.

رزقها، وضربت في الأرض طلبت رزقها، وإذا ضرب في الأرض، سافر للرزق، والضرب أنواع، ضرب في التجارة، وفي سبيل الله، وضاربه في المال من المضاربة، وهي القراض، والمضاربة أن تعطي إنسان من مالك ليتجر فيه على أن يكون الربح بينكما⁽¹⁾

ثانيا: المضاربة في الاصطلاح.

عرّفها الحنفية⁽²⁾، شركة بمال من جانب وعمل من جانب. يعني أن يكون رأس المال من أحدهما والعمل من الآخر.

عرفها المالكية⁽³⁾ والشافعية⁽⁴⁾ والحنابلة⁽⁵⁾، قطع المالك من ماله للعامل للتصرف فيه والربح بينهم، سمي بالقطع، لاقتطاع المالك للمال جزءا منه لآخر يتصرف فيه، وعرفها المالكية بتعريف آخر، بأنها تمكين مال لمن يتجر به بجزء من ربحه⁽⁶⁾. سمي بتمكين المال لأنه يضعه تحت تصرف غيره .

يختلف لفظ المضاربة عند الفقهاء فيطلق عليها اهل العراق، المضاربة وهو السفر في التجارة، ويطلق عليها أهل الحجاز القراض وهو مشتق من القطع⁽⁷⁾.

من خلال الربط بين المفهوم اللغوي والاصطلاحي يرى الباحث أن المضاربة هي شراكة بين اثنين في المال من احدهما والعمل من الآخر والربح بينهما، واختلاف الألفاظ لا يغير بالمدلول شيئا فهو كما اقتضاه العرف لديهم، ولكن الالفاظ الشرعية تأتي وفق المعاني اللغوية، فيذهب الباحث بتسمية العقد بالمضاربة لأن الضرب في مدلول اللغة يعني الاتجار في السفر وسمي هذا العقد بها. وعليه يكون عقد المضاربة، عقد بين اثنين فأكثر ممن جازت تصرفاتهم على أن يكون المال من أحدهما والعمل من الآخر والربح بينهما.

(1) ابن منظور، لسان العرب، 544/1، مادة ضرب. الفيروزآبادي، القاموس المحيط، 107/1، مادة ضرب.

(2) الزيلعي، تبيين الحقائق، 52/5.

(3) الخرخشي، شرح مختصر خليل، 202/6،

(4) الرملي، نهاية المحتاج، 219/5،

(5) ابن مفلح، المبدع، 368/4

(6) الحطاب، مواهب الجليل، 356/5.

(7) الخرخشي، شرح مختصر خليل، 202/6، الرملي، نهاية المحتاج، 219/5، ابن مفلح، المبدع، 368/4.

2.2.2.5 مشروعية عقد المضاربة في الفقه الإسلامي.

ثبتت مشروعية المضاربة في الكتاب والسنة النبوية والإجماع.

أولاً: الكتاب.

أ. قال تعالى: ﴿وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ﴾⁽¹⁾.

وجه الدلالة: دلت الآية الكريمة بمعناها أن الضرب في الأرض السفر⁽²⁾، والمضاربة يكون فيها السفر للإتجار إن قصد⁽³⁾.

ب. قال تعالى: ﴿وَأَخْرُونَ يَضْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ﴾⁽⁴⁾.

وجه الدلالة: دلت الآية الكريمة على جواز المضاربة، والضرب في الأرض المسافرة للإتجار⁽⁵⁾

ثانية السنة النبوية.

أ. ما روي أن النبي ﷺ، دفع إلى عروة البارقي، دينار ليشتري له به شاة، فاشترى به شاتين، وباع أحدهما بدينار، وجاء بشاة فقال النبي ﷺ: (بارك الله لك في صفقة يمينك)⁽⁶⁾.

وجه الدلالة: دل الحديث بمنطوقه على صحة الوكالة في المال والاتجار، والمضاربة وكالة، فصحت المضاربة بالمال⁽⁷⁾.

ب. أن العباس بن عبدالمطلب دفع مالا مضاربة اشترط على صاحبه، أن لا يسلك به بحرا ولا ينزل به واديا، ولا يشتري به ذا كبد رطبة، فإن فعله فهو ضامن ورفع شرطه إلى النبي ﷺ، فأجازه⁽⁸⁾

(1) سورة النساء، الآية رقم (101).

(2) البضاوي، تفسير البضاوي، 93/2.

(3) الحطاب، مواهب الجليل، 355/5.

(4) سورة المزمل، الآية رقم (20).

(5) البضاوي، تفسير البضاوي، 258/5.

(6) البخاري، صحيح البخاري، كتاب المناقب، باب فضائل أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم، برقم 2463.

(7) العيني، عمدة القاري شرح صحيح البخاري، كتاب المناقب، باب فضائل أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم، 166/16، برقم 2463.

(8) الدار قطني، أبو الحسن علي بن عمر، ت(385هـ)، سنن الدار قطني، ت: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، 1424هـ، 2004، كتاب البيوع، 52/4، 3081. أخرجه الهيثمي، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، باب المضاربة وشروطها، 161/4، برقم 6809، متروك.

وجه الدلالة: الإقرار من النبي ﷺ، دل على جواز المضاربة⁽¹⁾.

ثالثا: الإجماع.

أجمعت الأمة الإسلامية على جواز المضاربة، وهي القراض بلغة أهل الحجاز⁽²⁾.

3.2.2.5 أركان عقد المضاربة في الفقه الإسلامي.

ركن عقد المضاربة عند الحنفية⁽³⁾، الإيجاب والقبول، وهي الالفاظ الدالة على المضاربة والقراض والمعاملة، بأن يقول رب المال خذ هذا المال مضاربة، ويقول المضارب: رضيت أو قبلت، وأما أركانها عند المالكية⁽⁴⁾ والشافعية⁽⁵⁾ والحنابلة⁽⁶⁾.

1. العاقدان، رب المال والمضارب(العامل).

2. عمل.

3. ربح.

4. رأس المال .

5. صيغة، الإيجاب والقبول.

4.2.2.5 أثر الموت على شركة المضاربة في الفقه الإسلامي.

تصوير المسألة.

إذا مات رب المال أو العامل في شركة المضاربة، فهل يبقى العقد سائرا أم يفسخ بالموت؟

وجه الاتفاق.

اتفق الفقهاء على أن شركة المضاربة من العقود الجائزة التي تفسخ بالموت⁽⁷⁾.

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، 79/6

(2) ابن المنذر، الإجماع، ص140.

(3) الكاساني، بدائع الصنائع، 79/6.

(4) القرافي، الذخيرة، 25/6

(5) الرملي، نهاية المحتاج، 220/5.

(6) ابن مفلح، المبدع، 396/4.

(7) البابرقي، العناية شرح الهداية، 466/8. مالك، المدونة، 664/3، النووي، المجموع شرح المهذب 385/14، ابن مفلح، المبدع، 382/4.

أولاً: أقوال الفقهاء في المسألة وأدلتهم.

ذهب الحنفية⁽¹⁾ والمالكية⁽²⁾ والشافعية⁽³⁾ والحنابلة⁽⁴⁾، إلى بطلان شركة المضاربة بموت أحد طرفي عقد المضاربة، رب المال أو العامل إذا كان المال ناضاً، وإذا كان المال عرضاً وكان الميِّت رب المال، جاز للعامل الاستمرار بالمضاربة إلى حين تنضيض⁽⁵⁾ المال⁽⁶⁾.

أدلة القول في المسألة. استدلووا بالمعقول.

أ. أن المضاربة وكالة والوكالة تبطل بالموت⁽⁷⁾.

ب. أن المضاربة من العقود الجائزة كالوديعة بطلت بالموت⁽⁸⁾.

ج. ببطلان المضاربة تقويت الربح على العامل، فإن كان المال عرض لم ينض

بعد جاز له البقاء في التصرف بالمضاربة لحين التنضيض، إلا أن يختار

الورثة تقويم المال وبيان الربح⁽⁹⁾.

ثانياً: الترجيح في المسألة.

يرى الباحث من خلال الإطلاع على أقوال الفقهاء وأدلتهم في المسألة، أن المضاربة تبطل بموت أحد طرفي العقد، رب المال أو العامل، إذا كان المال ناضاً، أما إذا كان المال عرضاً فإنه جاز للعامل تنضيض المال وأخذ حصته من الربح وأعادت المال إلى ورثة رب المال.

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، 6/112.

(2) مالك، المدونة، 3/664،، الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 3/583.

(3) النووي، المجموع شرح المذهب، 14/385، الرملي، نهاية المحتاج، 5/244.

(4) ابن قدامة، الشرح الكبير، 5/174، البهوتي، الروض المربع، 1/404.

(5) التنضيض، تحويل المال من عرض إلى نقد، النووي، المجموع شرح المذهب، 14/389.

(6) النووي، المجموع شرح المذهب، 14/389، ابن مفلح، المبدع، 4/382.

(7) الكاساني، بدائع الصنائع، 6/112. البابرتي، العناية شرح الهداية، 8/466.

(8) النووي، المجموع شرح المذهب، 14/385. ابن مفلح، المبدع، 4/382.

(9) النووي، المجموع شرح المذهب، 14/385. ابن مفلح، المبدع، 4/382.

3.2.5 أثر الموت على شركة المزارعة في الفقه الإسلامي.

1.3.2.5 تحديد مفهوم المزارعة في اللغة والإصطلاح.

أولاً: المزارعة في اللغة، زرع الحب يزرعه زرعاً وزراعة، بذره، والاسم الزرع وقد غلب على البر والشعير، وجمعه زروع، وقيل: الزرع نبات كل شيء يحرث، والزرع طرح البذر في الأرض⁽¹⁾.

ثانياً: المزارعة في الإصطلاح، عقد بين مالك الأرض وآخر على أن يزرعها أو يعمل بها بنسبة معينة من الخارج منها⁽²⁾.

2.3.2.5 أركان عقد المزارعة⁽³⁾.

أ- العامل.

ب- المالك.

ت- محل العقد .

ث- الصيغة، الإيجاب والقبول.

3.3.2.5 أثر الموت على عقد المزارعة.

تصوير المسألة.

إذا مات أحد طرفي عقد المزارعة بعد العقد أو قبله ما هو مصير المزارعة؟
وجه الاختلاف.

الاختلاف في الجواز وعدمه⁽⁴⁾

تحريم محل النزاع الفقهي.

يدور محل النزاع الفقهي إذا مات أحد طرفي العقد قبل الزراعة وبعد إبرامه.

(1) ابن منظور، لسان العرب، 141/8، مادة زرع.

(2) ابن الهمام، فتح القدير، 462/9.

(3) ابن الهمام، فتح القدير، 462/9.

(4) ابن الهمام، فتح القدير، 462/9، البهوتي، كشاف القناع، 532/3، ابن قدامة، المغني، 309/5.

أولاً: اقوال الفقهاء في المسألة وأدلتهم.

القول الأول: ذهب الحنفية⁽¹⁾، ورواية عند الحنابلة⁽²⁾، والظاهرية⁽³⁾ إلى انفساخ عقد المزارعة بموت أحد طرفي العقد قبل العمل، وبعد العمل جاز لورثة الميّت الإستمرار في عقد المزارعة.

أدلتهم في المسألة.

أ- القياس على الإجارة في الانفساخ قبل استيفاء المنفعة⁽⁴⁾.

ب- أن الفسخ قبل البدء بالزراعة دلالة على عدم بدء العمل، أما بعده جاز ذلك استحساناً لدفع ما يصيب أحدهم من ضرر.

القول الثاني: ذهب الحنابلة⁽⁵⁾ إلى لزوم المزارعة وعدم انفساخها بموت أحد طرفي عقد المزارعة.

دليلهم في المسألة.

أن المزارعة عقد لازم لا يفسخ بالموت، يقوم الوارث بالمقام في العمل⁽⁶⁾.

ثانياً: مناقشة اقوال الفقهاء في المسألة .

أ- الاستدلال بأن القياس على الإجارة في الانفساخ قبل استيفاء المنفعة⁽⁷⁾.

نوقش: الأجارة عقد لازم لا يفسخ بالموت⁽⁸⁾

ب- الاستدلال بأن الفسخ قبل البدء بالزراعة دلالة على عدم بدء العمل، أما بعده جاز ذلك استحساناً لدفع ما يصيب أحدهم من ضرر.

نوقش: لا يفسخ بالموت لأن الوارث يقوم مقام الميّت في الاستمرار بالعقد⁽⁹⁾.

(1) البابرتي، الهداية شرح العناية، 473/9

(2) البهوتي، كشاف القناع، 537/3.

(3) ابن حزم، المحلى، 77/9.

(4) الكاساني، بدائع الصنائع، 38/8.

(5) ابن قدامة، المغني، 302/5.

(6) ابن قدامة، المغني، 302/5.

(7) الكاساني، بدائع الصنائع، 38/8.

(8) ابن قدامة، المغني، 313/5.

(9) ابن قدامة، المغني، 313/5.

رابعاً: الترجيح.

يرى الباحث من خلال الإطلاع على أقوال الفقهاء وأدلتهم ومناقشتها أن عقد المزارعة قبل البدء بالعمل عقد جائز جاز فسخه، وبعد البدء بالعمل لازم لا يفسخ بالموت ويقوم الوارث مقام المتوفي باستمرارية العقد دفعا لما ينتج عن الفسخ من ضرر.

تم بحمد الله وعونه

الخاتمة

النتائج والتوصيات:

- 1- الموت، خروج الروح من البدن ومفارقتها على وجه اليقين.
- 2- الالتزام، إيجاب الشخص شيئاً على نفسه بطريق الاختيار بناءً على عقد يشغل ذمته لطرف آخر.
- 3- العقد، التزام بين طرفين يرتبط فيه الإيجاب بالقبول على وجه يبين أثره الشرعي في المحل.
- 4- التبرع، تملك جائز التصرف العين أو المنفعة للغير حالاً أو مثلاً بلا عوض.
- 5- التوثيق، عقد جائز التصرف بحفظ المال المملوك المباح المثلي به غالباً بضمانه بالدين.
- 6- الشركة، عقد بين اثنين فأكثر ممن جاز تصرفهم على وجه الاستحقاق والتصرف الموجب للانتفاع أو الربح والخسارة.
- 7- الأهلية، صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات.
- 8- الذمة، محل اعتباري قي الشخص تشغل به الحقوق التي تتحقق عليه.
- 9- الموت يؤدي إلى ضعف الذمة فتصبح مشغولة في حقوق ومنتفية بالآخرى.
- 10- العارية، إباحة جائز التصرف المنافع للغير بلا عوض مع بقاء عينها.
- 11- موت احد العاقدين لا يؤثر على العارية، إلى حين انتهاء المدة المقيدة بالزمن، أو استيفاء المنفعة المطلوبة إذا اطلقت المدة.
- 12- الهبة، تملك جائز التصرف العين أو المنفعة المباحة في حال الحياة تطوعاً.
- 13- تبطل الهبة قبل القبض ويثبت ملكها به.
- 14- بطلان حكم الوصية إلى الموصى له إذا مات، قبل الموصي، لأن الأصل في الوصية تملك مضاف إلى ما بعد موت الموصي.
- 15- المعتبر في الوصية القبول في حياة الموصي، وانتقال الملك بعد موته ومن دون القبول لا تصح الوصية وشرطه في حياة الموصي.
- 16- قتل الموصى له للموصي لا يبطل الوصية إذا علم الموصي بقتله وأقر الوصية بغض النظر عن سبب القتل بقصد أو عدمه، وتبطل عند عدم العلم بالقتل.

- 17- الوقف، حبس جائز التصرف المال المملوك المنتفع به بقطع التصرف في العين تصرف منافعه على جهة معينة تقرباً إلى الله تعالى.
- 18- الموت لا يؤثر على صحة الوقف، لخروج الملك عند الوقف ولزومه.
- 19- موت المقرض قبل قبض القرض من المقرض يبطله، ويصح عند قبضه، فلو مات المقرض بعد القبض لزم ولا رجعة فيه.
- 20- تبطل الوكالة بموت أحد العاقدين، وعند عدم العلم بالموت تبقى احكام الوكالة نافذة بعقد الوكالة إلى حين العلم وتلزم الورثة تصرفات الوكيل.
- 21- يبطل عقد الرهن بموت المقرض قبل القبض، ويلزم بعد القبض دون تأثر بالموت.
- 22- إذا مات المحيل وخلف مالا جاز للمحال الاستيفاء من تركته، خشية ضياع المال وعدم قدرة المحيل عليه الاستيفاء عند مطالبة ورثة المحيل.
- 23- إذا مات المحال عليه وكان الدين حالاً أو مؤجلاً حل في تركته واستوفى المحال منه الدين، ورجع ورثته عند حلول الأجل على المحيل.
- 24- إذا مات المكفول عنه وترك مالا استوفى المكفول له الدين من التركة.
- 25- إذا مات الكفيل وترك مالا استوفى المكفول له الدين من مال التركة، ورجع ورثته على المكفول عنه عند حلول الأجل إذا كان الدين مؤجلاً.
- 26- يضمن المال الكفيل بالنفس عند موته أو موت المكفول به، إلا إذا اشترط ضمان الوجه دون المال عند الكفالة.
- 27- تبطل الشركة بموت أحد العاقدين .
- 28- تبطل شركة المضاربة بموت أحد العاقدين، وفي حال وجود المال عرضاً جاز للعامل الاستمرار في المضاربة إلى حين تنضيض المال .
- 29- أوصى الباحثين بدراسة أثر الموت الحقيقي في حقوق القصاص والدية والأرش في الأطراف في باب الجنایات في الفقه الإسلامي.
- 30- أوصى الباحثين بدراسة أثر الموت في الحقوق المالية المتعلقة بالأحوال الشخص

المصادر والمراجع

القرآن الكريم

- الاحمد، القاضي بن عبد النبي بن عبدالرسول، (1421هـ، 2000م)، دستور العلماء، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1.
- الأزدي، عبدالحق بن عبدالرحمن، (1406هـ، 1986م)، العاقبة في ذكر الموت، مكتبة دار الأقصى، الكويت، ط1.
- الأسيوطي، شمس الدين محمد بن احمد، (1417هـ، 1996م)، جواهر العقود، ت: مسعد عبدالحميد، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1.
- أمير بادشاه، محمد أمين محمود، (د.ت)، تيسير التحرير، دار الفكر، بيروت، دط.
- أمير حاج، أبو عبدالله شمس الدين محمد، (1403هـ، 1983م)، التقرير والتحبير، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2.
- أمين أفندي، علي حيدر خواجه، (1411هـ، 1991م)، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، دار الجيل، ط1.
- الأنصاري، زكريا بن محمد بن زكريا، (د.ت)، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، دار الكتاب الإسلامي، دط.
- البابرتي، محمد بن محمد بن محمود، (د.ت)، العناية شرح الهداية، دار الفكر، بيروت، دط.
- البجيرمي، سليمان بن محمد، (1369هـ، 1950م)، التجريد لنفع العبيد حاشية البجيرمي على شرح المنهج، مطبعة الحلبي، دط.
- البخاري، محمد بن إسماعيل، (1418هـ، 1997م)، الأدب المفرد، دار الصديق للنشر، ط4.
- البخاري، محمد بن إسماعيل، (1422هـ)، صحيح البخاري، ت: محمد زهير، دار طوق النجاة، ط1.
- بداماد افتدي، عبدالرحمن بن محمد، (د.ت)، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر، دار إحياء التراث العربي، دط.

البكري، أبو بكر بن العراف، (1418هـ، 1997م)، إغاثة الطالبين، دار الفكر، بيروت، ط1.

البهوتي، منصور بن يونس بن صلاح، (د.ت)، كشف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، دط.

البهوتي، منصور بن يونس، (1414هـ، 1993م)، شرح منتهى الإيرادات، دار عالم الكتاب، ط1.

البيضاوي، ناصر الدين أو سعيد، عبدالله بن عمر، (1418هـ)، تفسير البيضاوي، ت: محمد عبدالرحمن، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط1.

البيهقي، احمد بن الحين بن علي، (1424هـ)، السنن الكبرى، ت: محمد عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3.

الترمذي، محمد بن عيسى، (1988م)، سنن الترمذي، ت: بشار عواد، دار الغرب، الإسلامي، بيروت، د ط.

التقازاني، سعد الدين مسعود، (د.ت)، شرح التلويح على التوضيح، مكتبة سميح، مصر، د ط.

ابن تيمية، تقي الدين أبو العباس، (1418هـ)، المستدرک على مجموع الفتاوى، ط1. الثعلبي، أبو محمد عبدالوهاب بن علي، (1425هـ، 2004م)، التلقين في الفقه المالكي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1.

جاك غيستان، (1420هـ، 2000م)، المطول في القانون المدني، ترجمة منصور القاضي، مراجعة، د فيصل كلثوم، المؤسسة الجامعية للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط1.

الجرجاني، علي بن محمد، (1403هـ، 1983م)، التعريفات، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1.

ابن جزيء، أبو القاسم محمد بن احمد، (د.ت)، القوانين الفقهية، دط. الجمل، سليمان بن عمرو بن منصور، (د.ت)، حاشية الجمل على شرح المنهج، دار الفكر، بيروت، د ط.

ابن الحاجب، جمال الدين أبو عمرو، (د.ت)، جامع الأمهات. دط.

- الحاكم، الحاكم محمد بن عبدالله، (1411هـ، 1990م)، **المستدرك على الصحيحين**، ت: مصطفى عبدالقادر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1.
- أبو حبيب، سعدي أبو حبيب، (1408هـ، 1988م)، **القاموس الفقهي**، دار الفكر، دمشق، سوريا، ط2.
- الحجاوي، موسى بن احمد، (د.ت)، **الإقناع في فقه احمد بن حنبل**، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د ط.
- ابن حجر العسقلاني، احمد بن علي، (1419هـ، 1989م)، **التلخيص الحبير**، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1.
- ابن حزم، أبو محمد علي بن احمد، (د.ت)، **المحلى بالآثار**، دار الفكر، بيروت د ط.
- ابن حزم، أبو محمد علي بن احمد، (د.ت)، **مراتب الإجماع**، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د ط.
- الحصني، أبو بكر محمد بن عبدالمؤمن، (1994م)، **كفاية الاخيار في حل غاية الاختصار**، دار القلم، دمشق، ط1.
- الخطاب، أبو عبدالله محمد المكي، (2011م)، **تحرير الكلام في مسائل الالتزام**، ت: يوسف احمد، دار كتاب، بيروت، لبنان، ط1.
- الخطاب، أبو عبدالله محمد بن احمد، (1412هـ، 1992م)، **مواهب الجليل في شرح مختصر خليل**، دار الفكر، بيروت، ط3.
- الجلبي، إبراهيم بن محمد، (1419هـ، 1998م)، **مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر**، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1.
- الحموي، احمد بن محمد بن علي، (د.ت)، **المصباح المنير في غريب الشرح الكبير**، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، د ط.
- ابن حيان، محمد بن يوسف أبو حيان الأندلسي، (1420هـ)، **البحر المحيط في التفسير**، ت: صدقي محمد، دار الفكر، بيروت، د ط.
- الخرشي، محمد بن عبدالله، (د.ت)، **شرح مختصر خليل**، دار الفكر، بيروت، د ط.
- الخرقي، أبو القاسم عمر بن الحسين، (1413هـ، 1993م)، **مختصر الخرقى**، دار الصحابة، د ط.

- الخطابي، أبو سليمان حمد بن محمد، (1353هـ، 1932م)، معالم السنن شرح سنن أبي داود، المطبعة العلمية، حلب، ط1.
- خليل، خليل بن إسحاق، (1428هـ، 2005م)، مختصر خليل، دار الحديث القاهرة، ط1.
- خليل، رشاد حسن خليل، (1401هـ، 1981م)، الشركات في الفقه الإسلامي، دار الرشيد، ط3.
- الدار قطني، أبو الحسن علي بن عمرو، (1424هـ، 2004م)، سنن الدار قطني، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1.
- الداري، تقي الدين بن عبدالقادر، (د.ت)، الطبقات السننية في تراجم الحنفية، دط.
- أبو داود، سليمان بن الأشعث، (د.ت)، سنن أبي داود، ت: محمد محيي، المكتبة العصرية، بيروت، د ط.
- الدسوقي، محمد بن احمد بن عرفة، (د.ت)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، بيروت، دط.
- الذهبي، أبو عبدالله محمد بن احمد، (1527هـ، 2006م)، ذيل طبقات الحنابلة، دار الحديث، القاهرة، دط.
- الذهبي، أبو عبدالله محمد بن احمد، (1405هـ، 1985م)، سير أعلام النبلاء، مؤسسة الرسالة، ط3.
- الذهلي، يحيى بن محمد بن هيبيرة، (1423هـ، 2002م)، اختلاف الأئمة العلماء، ت: السيد يوسف احمد، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1.
- الرازي، أبو عبدالله محمد بن أبي بكر، (1420هـ، 1999م)، مختار الصحاح، ت: يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية، دار النموذجية، بيروت، لبنان، ط5.
- الراميني، محمد بن مفلح، (1424هـ، 2003م)، الفروع وتصحيح الفروع، ت: عبدالله بن عبدالمحسن، مؤسسة الرسالة، ط1.
- ابن رجب، زين الدين عبدالرحمن بن احمد، (د.ت)، القواعد لابن رجب، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، دط.

- ابن رشد، أبو الوليد محمد بن احمد، (1408، 1988م)، **المقدمات الممهديات**، دار الغرب الإسلامي، ط1.
- ابن رشد، أبو الوليد محمد بن احمد، (1425هـ، 2004م)، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، دار الحديث، القاهرة، د ط.
- الرصاص، محمد بن قاسم، (1350هـ)، **شرح حدود ابن عرفة**، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان،، ط1.
- الرملي، شمس الدين محمد، (1404هـ، 1984م)، **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط أخيرة.
- الزرقا، مصطفى احمد الزرقا، (1420هـ، 1999م)، **المدخل إلى نظرية الالتزام**، دار القلم، دمشق، ط1.
- الزركشي، أبو عبدالله بدر الدين محمد، (1405هـ، 1985م)، **المنثور في القواعد الفقهية**، وزارة الأوقاف الكويتية، ط2.
- الزركلي، خير الدين بن محمود، (2002م)، **الأعلام**، دار العلم للملايين، ط15.
- الزمخشري، أبو القاسم محمود بن عمرو، (1407هـ)، **تفسير الزمخشري**، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ط3.
- الزيات وآخرون، (د.ت)، **المعجم الوسيط**، دار الدعوة، د ط.
- الزيلعي، عثمان بن علي، (1313هـ)، **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق**، المطبعة الكبرى، بولاق، القاهرة، ط1.
- السبكي، تقي الدين عبد الوهاب، (1991م)، **الأشباه والنظائر**، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1.
- السرخسي، محمد بن احمد، (د.ت)، **أصول السرخسي**، دار المعرفة، بيروت، د ط.
- السرخسي، محمد بن احمد، (1414هـ، 1993م)، **المبسوط**، دار المعرفة، بيروت، د ط.
- السلامي، زين الدين بن عبدالرحمن، (1425هـ)، **ذيل طبقات الحنابلة**، مكتبة العبيكان، الرياض، ط1.
- السمرقندي، محمد بن احمد، (1414هـ، 1994م)، **تحفة الفقهاء**، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط2.

السندي، محمد بن عبدالهادي، (د.ت)، كفاية الحاجة في شرح سنن ابن ماجه، دار
الجيل، بيروت، دط.

السنهوري، عبدالرزاق السنهوري، (د.ت)، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دار
إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، دط.

السيوطي، عبدالرحمن بن أبي بكر، (1396هـ)، طبقات المفسرين، ت: علي بن محمد،
مكتبة وهبة، القاهرة، مصر، ط1.

السيوطي، جلال الدين محمد بن احمد، (د.ت)، تفسير الجلالين، دار الحديث، القاهرة،
ط1.

السيوطي، عبد الرحمن بن احمد، (1411هـ، 1990م)، الأشباه والنظائر، دار الكتب
العلمية، بيروت، ط1.

السيوطي، مصطفى بن سعد، (1415هـ، 1994م)، مطالب أولى النهى شرح غاية
المنتهى، المكتب الإسلامي، ط2.

السيوطي، عبدالرحمن بن أبي بكر، (د.ت)، الدر المنثور في التفسير بالمأثور، دار
الفكر، بيروت، د ط.

الشربيني، شمس الدين محمد، (1415هـ، 1994م)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني
الألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1.

الشوكاني، محمد بن علي، (1413هـ، 1993م)، نيل الأوطار، ت: عصام الدين
الصباطي، دار الحديث، القاهرة.

الشيباني، أبو عبدالله احمد بن محمد، (1424هـ، 2001م)، مسند الإمام احمد بن
حنبل، ت: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1.

الشيرازي، إبراهيم بن علي، (د.ت)، المذهب في الفقه الشافعي، دار الكتب العلمية،
بيروت، د ط.

الصاوي، أبو العباس احمد بن محمد، (د.ت)، حاشية الصاوي على الشرح الصغير،
على الشرح الصغير، دار المعارف، بيروت، لبنان، دط.

الصنعاني، محمد بن إسماعيل بن صلاح، (د.ت)، سبل السلام، دار الحديث القاهرة،
دط.

الطبراني، سليمان بن احمد، (د.ت)، المعجم الأوسط، ت: طارق بن عوض، دار
الحرمين القاهرة، د ط.

الطحاوي، أبو جعفر احمد بن محمد، (1414هـ، 1994م)، شرح معاني الآثار، ت:
محمد زهير، دار عالم الكتب، ط1.

الطحاوي، أبو جعفر احمد بن محمد، (1417هـ، 1997م)، مختصر اختلاف العلماء،
ت: عبدالله نذير، دار البشائر، بيروت، ط2.

ابن عابدين، محمد أمين، (1412هـ، 1992م)، حاشية ابن عابدين، دار الفكر،
بيروت، ط2.

عبدالزاق الصنعاني، أبو بكر عبدالرزاق بن همام، المصنف، ت: حبيبي الأعظمي،
المجلس العلمي ن الهند، المكتب الإسلامي، بيروت، ط2، 1403هـ.

عبدالعزیز البخاري، عبدالعزیز بن احمد بن محمد، (د.ت)، كشف الأسرار شرح أصول
البزدوي، دار الكتاب الإسلامي، د ط.

العدوي، أبو الحسن علي بن احمد، (د.ت)، حاشية العدوي على كفاية الطالب
الرباني، ت: يوسف الشيخ، دار الفكر، بيروت، لبنان، دط.

العطار، عبدالناصر توفيق، (1421هـ، 2000م)، مصادر الالتزام الإرادية في قانون
المعاملات المدنية، مطبوعات جامعة الإمارات، ط2.

عليش، محمد بن احمد، (1409هـ، 1989م)، منح الجليل شرح مختصر خليل، دار
الفكر، ت: بيروت، دط.

العيني، أبو محمد محمود بن احمد، (1420هـ، 2000م)، البناءية شرح الهداية، دار
الكتب العلمية، بيروت، ط1.

العيني، أبو محمد محمود بن احمد، (د.ت)، عمدة القاري شرح صحيح البخاري، دار
إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د ط.

الغرناطي، محمد بن يوسف، (1416هـ، 1994م)، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار
الكتب العلمية، بيروت، ط1.

الفارابي، إسماعيل بن حماد، (1407هـ، 1987م)، الصحاح تاج اللغة وصحاح
العربية، ت: احمد عبدالغفور، دار العلم للملايين، بيروت، ط4.

- ابن فارس، احمد بن فارس، (1399هـ، 1979م)، معجم مقاييس اللغة، ت:
عبدالسلام محمد، دار الفكر، بيروت، د.ط.
- الفيروزآبادي، مجد الدين أبو طاهر، (1426هـ، 2005م)، القاموس المحيط، دار
الرسالة، بيروت، لبنان، ط.8.
- قايماز، شمس الدين أبو عبدالله، (1427هـ)، سير أعلام النبلاء، دار الحديث،
القاهرة، مصر، د.ط.
- ابن قتيبة، أبو محمد بن عبدالله، (د.ت)، المعارف، د.ط.
- ابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبدالله، (د.ت)، الشرح الكبير على متن المقنع، دار
الكتاب العربي، د.ط.
- ابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبدالله، (1417هـ، 1994م)، الكافي في فقه الإمام
احمد، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط.1.
- ابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبدالله، (1388هـ، 1968م)، المغني، مكتبة القاهرة،
د.ط.
- القرافي، أبو العباس شهاب الدين احمد، (1994م)، الذخيرة، ت : محمد بو خبزة، دار
الغرب الإسلامي، بيروت، ط.1.
- القرافي، احمد بن إدريس، (د.ت)، الفروق، دار المعرفة، بيروت، د.ط.
- القرشي، عبدالقادر بن محمد، (د.ت)، الجواهر المضية في طبقات الحنفية، د.ط.
- القرطبي، أبو عمر يوسف بن عبدالله، (1387هـ)، التمهيد لما في الموطأ من
المعاني والأسانيد، ت: مصطفى بن احمد، وزارة عموم الأوقاف، المغرب،
د.ط.
- القرطبي، محمد بن احمد، (1964م)، تفسير القرطبي، ت: احمد البيروني، دار الكتب
المصرية، القاهرة، مصر، ط.2.
- القسطلاني، احمد بن محمد، (1323هـ)، إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري، المطبعة
الأميرية، مصر، ط.7.
- قليوبي وعميرة، (1415هـ، 1995م)، حاشيتا قليوبي وعميرة، دار الفكر، بيروت،
د.ط.

القيرواني، أبو محمد عبدالله، (د.ت)، الرسالة، دار الفكر، بيروت، لبنان، د.ط.
القيرواني، خلف بن أبي القاسم، (1423هـ، 2002م)، التهذيب في اختصار المدونة،
دار إحياء التراث، دبي، ط.1.

ابن القيم، محمد بن أبي بكر، (د.ت)، الروح، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د.ط.
الكاساني، علاء الدين أبو بكر، (1406هـ، 1986م)، بدائع الصنائع في ترتيب
الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط.2.

ابن كثير، أبو الفداء إسماعيل بن عمر، (1419هـ، 1999)، تفسير القرآن العظيم،
ت: محمد حسين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط.1.

ابن مازة الحنفي، برهان الدين محمود، (1424هـ، 2004م)، المحيط البرهاني في
الفقه النعماني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

مالك، مالك بن أنس، (1415هـ، 1994م)، المدونة، دار الكتب العلمية، بيروت،
لبنان، ط.1.

الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد، (د.ت)، الإقناع في الفقه الشافعي، د.ط.
الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد، (د.ت)، الاحكام السلطانية، دار الحديث، القاهرة،
د.ط.

الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد، (1419هـ، 1999م)، الحاوي الكبير، دار الكتب
العلمية، بيروت، لبنان.

المرداوي، أبو الحسن علي بن سليمان، (د.ت)، الإنصاف في معرفة الراجح من
الخلافا، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط.2.

المرزباني، أبو عبيدالله محمد بن عمران، (1402هـ، 1982م)، معجم الشعراء، دار
إحياء الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط.2.

مسلم، مسلم بن الحجاج، (د.ت)، صحيح مسلم، ت: محمد فؤاد، دار إحياء التراث
العربي، بيروت، لبنان، د.ط.

ابن مفلح، إبراهيم محمد بن عبدالله، (1418هـ، 1997م)، المبدع في شرح المقنع، دار
الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

ابن مفلح، محمد بن مفلح، (1424هـ، 2003م)، الفروع وتصحيح الفروع، مؤسسة الرسالة، ط1.

المنبجي، زين الدين محمد، (1356هـ)، فيض القدير، المكتبة التجارية، مصر ط1.
المنبجي، جمال الدين أبو محمد علي، (1414هـ)، اللباب في الجمع بين السنة والكتاب، دار القلم، دمشق، ط2.

ابن المنذر، أبو بكر محمد بن إبراهيم، (1405هـ، 1985م)، الأوسط في السنن والإجماع والاختلاف، ت: حماد صغير، دار طيبة، الرياض، السعودية، ط1.

ابن المنذر، أبي بكر محمد بن إبراهيم، (1420هـ، 1999م)، إجماع، ت: أبو حماد صغير أحمد، مكتبة الفرقان، عجمان، الإمارات، ط2.
ابن منظور، محمد بن مكرم، (1414هـ)، لسان العرب، دار صادر، بيروت، لبنان، ط3.

الموصللي، عبدالله بن محمود بن مودود، (1356هـ، 1937م)، الاختيار لتعليل المختار، مطبعة الحلبي، القاهرة، دط.

المولى، محمد بن فرامرز، (د.ت)، درر الحكام في شرح غرر الحكام، دار إحياء الكتب العربية، د ط.

الميرغنائي، علي بن أبي بكر، (د.ت)، بداية المبتدي، مكتبة محمد صبح، القاهرة، دط.
ابن نجيم، زين الدين إبراهيم، (د.ت)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، ط2.

النعاني، أبو بكر عبدالزاق بن همام، (1403هـ)، المصنف، ت: حبيب الرحمن الأعظمي، المجلس العلمي، الهند، المكتب الإسلامي، بيروت، ط2.

النمري، أبو عمر يوسف بن عبدالله، (1980م)، الكافي في فقه أهل المدينة، مكتبة الرياض، السعودية، ط2.

النووي، أبو زكريا محي الدين بن شرف، (1412هـ، 1991م)، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ت: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط3.

النووي، أبو زكريا محي الدين، (1425هـ، 2005م)، منهاج الطالبين وعمدة المفتين
في الفقه، دار الفكر، بيروت، ط1.
النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف، (1408هـ)، تحرير الألفاظ التنبيهية، ت: عبدالغني
الدقر، دار القلم دمشق، سوريا، ط1.
النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف، (د.ت)، شرح النووي على مسلم، دار إحياء
التراث العربي، بيروت، لبنان د ط.
ابن الهمام، كمال الدين محمد عبدالواحد، (د.ت)، فتح القدير، دار الفكر، بيروت، دط.
ابن هبيرة، أبو المظفر يحيى بن محمد، (1423هـ، 2002م)، مختصر اختلاف العلماء،
ت: السيد يوسف احمد، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1.
الهيتمي، أبو الحسن نور الدين علي، (1414هـ، 1994م)، مجمع الزوائد ومنبع
الفوائد، ت: حسام الدين القدسي، مكتبة القدسي، القاهرة.
الهيتمي، احمد بن محمد، (1357هـ)، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، المكتبة
التجارية، مصر، د ط.

Arman HOSSAIN, (2019), **Death in forensic medicine.** 20th
July.<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/p>.

الملحق (أ)
ملحق الآيات القرآنية

فهرست الآيات القرآنية

الرقم	الآية	الصفحة
1	قال تعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ ذَائِقَةُ الْمَوْتِ﴾	1
2	قال تعالى: ﴿وَالَّتِي لَمْ تَمُتْ فِي مَنَامِهَا﴾	11
3	قال تعالى: ﴿وَيَأْتِيهِ الْمَوْتُ مِنْ كُلِّ مَكَانٍ وَمَا هُوَ بِمَيِّتٍ﴾	11
4	قال تعالى: ﴿كَيْفَ تَكْفُرُونَ بِاللَّهِ وَكُنْتُمْ أَمْوَاتًا فَأَحْيَاكُمْ﴾	12
5	قال تعالى: ﴿وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا﴾	14
6	قال تعالى: ﴿وَلَوْلَا كَلِمَةٌ سَبَقَتْ مِنْ رَبِّكَ لَكَانَ لِزَامًا وَأَجَلٌ مُسَمًّى﴾	15
7	قال تعالى: ﴿لَنْ يُؤَخِّرَ اللَّهُ نَفْسًا إِذَا جَاءَ أَجَلُهَا وَاللَّهُ خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ﴾	16
8	قال تعالى: ﴿كُلُّ مَنْ عَلَيْهَا فَانٍ﴾	16
9	قال تعالى: ﴿فَمِنْهُمْ مَنْ قَضَىٰ نَحْبَهُ﴾	16
10	قال تعالى: ﴿أَمْ يَقُولُونَ شَاعِرٌ نَتَرَبَّصُّ بِهِ رَيْبَ الْمُنُونِ﴾	16
11	قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾	19
12	قال تعالى: ﴿وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ﴾	43
13	قال تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ﴾	43
14	قال تعالى: ﴿إِذَا حُيِّتُمْ بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا بِأَحْسَنَ مِنْهَا أَوْ رُدُّوهَا﴾	52
15	قال تعالى: ﴿إِنْ طِبَّنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا﴾	52
16	قال تعالى: ﴿لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّىٰ تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ﴾	72
17	قال تعالى: ﴿إِنْ تُقْرِضُوا اللَّهَ قَرْضًا حَسَنًا يضاعفه لَكُمْ﴾	73
18	قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾	19
19	قال تعالى: ﴿وَأَفْعَلُوا الْخَيْرَ﴾	78

88	قال تعالى : ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ﴾	20
89	قال تعالى : ﴿مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دِينٍ﴾	21
110	قال تعالى : ﴿مَنْ ذَا الَّذِي يُقْرِضُ اللَّهَ قَرْضًا حَسَنًا﴾	22
119	قال تعالى : ﴿وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا﴾	23
119	قوله تعالى : ﴿فَابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ﴾	24
128	قوله تعالى : ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾	25
129	قال تعالى : ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾	26
128	قال تعالى : ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾	27
158	قال تعالى : ﴿وَكَقَلَهَا زَكْرِيَّا﴾	28
158	قال تعالى : ﴿وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يَخْتَصِمُونَ﴾	29
158	قال تعالى : ﴿وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلٌ بَعِيرٌ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾	30
175	قال تعالى : ﴿اعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ﴾	31
175	قال تعالى : ﴿وَإِنَّ كَثِيرًا مِنَ الْخُلَطَاءِ لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ﴾	32
180	قال تعالى : ﴿وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ﴾	33
180	قال تعالى : ﴿وَآخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ﴾	34

الملحق (ب)
ملحق الأحاديث النبوية

فهرست الأحاديث النبوية

الرقم	الحديث	الصفحة
1	قال عليه وسلم (إن الميت إذا وضع في قبره وتولى عنه أصحابه إنه ليسمع قرع نعالهم)	12
2	قال عليه وسلم (الخال وارث من لا وارث له، يعقل عنه ويرثه)	39
3	قال عليه وسلم (أنا وارث من لا وارث له، أعقل عنه وأرثه)	39
4	عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم (كان يؤتى بالرجل الميت عليه الدين، فيسأل هل ترك لديته من قضاء؟ فإن حدث أنه ترك وفاء، صلى عليه، وإلا قال: صلوا على صاحبكم)	40
5	قال عليه وسلم (إطراق فحلها، وإعارة دلوها، ومنيحتها وحلبها على الماء)	44
6	قال عليه وسلم (العور مؤداة، والمنحة مردودة، والدين مقضي، والزعيم غارم)	44
7	قال النبي صلى الله عليه وسلم: (تهادوا تحابوا)	52
8	ما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه، عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: (يا نساء المسلمين، لا تحقرن جارة لجارتها، ولو في رسن شاة)	52
9	ماروي عن النبي صلى الله عليه وسلم، (أنه أهدى للنجاشي ثلاثين أوقية مسكا، ثم قال لأم سلمة إنني لأرى النجاشي قد مات ولا أرى الهدية التي قد أخذت إليه إلا تسترد فإذا ردت إلي فهي لك)	56
10	عن النبي صلى الله عليه وسلم، أنه قال: (لا تجوز الهبة إلا مقبوضة)	55
11	روي عن النبي صلى الله عليه وسلم، أنه قال: (الواهب أحق بهبته مالم يثب)	55

57	ما روي عن النبي <small>صلى الله عليه وسلم</small> ، أنه قال: (العائد في هبته كالكلب يعود في قبئه)	12
64	قول النبي <small>صلى الله عليه وسلم</small> : يقول ابن آدم : (مالي مالي، وهل لك من مالك إلا ما أكلت فأفنيته، أو لبست فأبليت، أو تصدقت فأمضيت ،وما سوى ذلك فهو مال الوارث)	13
72	روى ابن عباس أن سعد بن عبادة رضي الله عنهم جاء إلى النبي <small>صلى الله عليه وسلم</small> فقال: (يا رسول الله إن أمني توفيت وأنا غائب عنها فهل ينفعها شيء إن تصدقت به عنها؟ قال : نعم، قال: فإنني أشهدك أن حائطي المخراف صدقة عنها)	14
72	عن ابن عمر، قال : أصاب عمر أرضا بخبير، فأتى النبي <small>صلى الله عليه وسلم</small> ، فقال : يا رسول الله إني أصبت أرضا بخبير، لم أصب ما لا قط هو أنفوس عندي منه، فما تأمرني به، قال : إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها، فقال : تصدق بها أن لا يباع أصلها ولا يبتاع ولا يورث ولا يوهب، فتصدق عمر في الرقاب والمساكين والفقراء وفي سبيل الله)	15
76	قال <small>صلى الله عليه وسلم</small> : (لا حبس عن فرائض الله)	16
89	عن عبدالله بن عمر، أن النبي <small>صلى الله عليه وسلم</small> ، قال: (ما حق أمرئ مسلم له شيء يوصي فيه، يبني ليلتين ألا ووصيته مكتوبة عنده)	17
89	ما روي عن النبي <small>صلى الله عليه وسلم</small> أنه (قضى بالدين قبل الوصية، وأنتم تقرءون الوصية قبل الدين)	18
104	ما روي عن النبي <small>صلى الله عليه وسلم</small> ، أنه قال : (لا وصية لقاتل)	19
104	ما روي عن النبي <small>صلى الله عليه وسلم</small> ، أنه قال: (ليس لقاتل شيء)	20
111	ما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي <small>صلى الله عليه وسلم</small> ، قال: (من كشف عن مسلم كربة من كرب الدنيا كشف الله عنه كربة من كرب يوم القيامة، والله في عون العبد ما دام العبد	21

	في عون أخيه	
111	ما روي عن ابن مسعود أن النبي <small>صلى الله عليه وسلم</small> قال: من سره أن ينجيه الله من كرب يوم القيامة فلينفس عن معسر)	22
111	قول النبي <small>صلى الله عليه وسلم</small> : (ما من مسلم يقرض قرضا مرتين إلا كان كصدقها مرة)	23
119	عن أبي هريرة رضي الله عنه، أن رجلا جاء إلى النبي <small>صلى الله عليه وسلم</small> ، فأغلظ، فهمّ به أصحابه، فقال: دعوه فإن لصاحب الحق مقال، ثم قال: (أعطوه فإن من خيركم أحسنكم قضاءً)	24
120	عن عروة البارقي رضي الله عنه قال: (دفع إلي النبي <small>صلى الله عليه وسلم</small> ، دينارا لأشتري له شاة، فاشتريت له شاتين)	25
120	عن النبي <small>صلى الله عليه وسلم</small> ، قال: (الرهن يركب بنفقته، ويُشرب الدر إذا كان مرهونا	26
140	عن أبي هريرة رضي الله عنه، عن النبي <small>صلى الله عليه وسلم</small> قال: (مطل الغني ظلم، ومن أتبع على مليّ فليتبّع)	27
140	عن سلمة بن الأكوع رضي الله عنه، قال: (أتي بجنّازة، فقالوا: يا رسول الله صل عليها، قال: هل عليه دين؟ قيل: نعم، قال: هل ترك شيأ؟ قالوا: لا، قال: صلوا على صاحبكم، قال أبو قتادة صل عليه يا رسول الله وعليّ دينه، فصلّى عليه)	28
176	ما روي عن النبي <small>صلى الله عليه وسلم</small> ، أنه قال: (وما كان من خليطين فإنهم يتراجعا بينهما بالسوية)	29
176	ما روي عن النبي <small>صلى الله عليه وسلم</small> ، أن الله يقول: (أنا ثالث الشريكين ما لم يخن احدهما صاحبه، فأذا خان خرجت منهما)	30

الملحق (ج)
ملحق الأعلام

فهرست الأعلام

الصفحة	الأعلام	الرقم
11	عدي بن الرعاء	1
12	القرطبي	2
18	الخطاب	3
78	أبو حنيفة النعمان	4
76	محمد بن الحسن الشيباني	5
90	زفر بن هذيل	6
78	أبو يوسف	7
151	الخرقي	8