انشودون الموت في عقود المعاوضات في الفقه الإسلامي

"بحث مقارن"

بتعليم الدكتور محمد داود

* أستاذ الشريعة بكلية الحقوق بجامعة القاهرة والمعار حاليا إلى كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة
تتناولنا في بحث سابق على صفحات العدد الثاني من هذه المجلة : (١) " ماهية مرض الموت وتأثيره في التصرفات بصفة عامة" وأشارنا في مقدمة هذا البحث إلى أننا سنعود مرة أخرى إلى تفصيل الحديث عن تأثير مرض الموت في التصرفات المختلفة . ودعونا الله أن يكون لنا في هذا التفصيل على صفحات هذه المجلة.

ونحن الله على أنه استجاب هذا الدعاء ، وناحن نقدم في هذا العدد دراسة تفصيلية لتأثير هذه المرض في نوع من هذه التصرفات ، ونعني به عقود المعواوضات ، وسنولى الحديث التفصيلي عن تأثيره في عقود التبرعات وغيرها من التصرفات في لقاءات أخرى على صفحات هذه المجلة . بمشيئة الله سبحانه وتعالى.

هذا وتجدر الإشارة إلى أننا تناولنا في العدد السابق من هذه المجلة التعريف بمرض الموت ، وبين أراة الفقهاء تفصيلًا في حقيقته ، ومن ثم لا نجد ضرورة لإعادة الحديث عنه ، وسنكتفي هنا ببحث تأثير مرض الموت في عقود المعوضات المختلفة.

(١) وهو العدد الصادر في رمضان سنة ١٤٠٨ هـ
توطين وتقييم:

المعاوضة في اللغة: مفاعة من العوض، ومعناته البائع المشتري مثل: أي بادله، وذلك لأن كلا منهما يأخذ مقابل لما أعطى.

ورباد يبرد المعاوضة في الاستلاح الفقهي: تلك العقد التي تقوم على أساس المبادلة وإنشاء الزجات متقابلة بين الطرفين.

وهذه المبادلة قد تكون مبادلة مال بالمال، وهي تشمل البيع بجميع صوره كالبيع المطلق، والسلم، والصرف، وقد تكون مبادلة مال بمنفعة كالإجارة والمزارة والمسافة والضريبة، وقد تكون مبادلة مال بما ليس بمال كالزواج (2).

والخلع (4).

هذا ولا يصح الاعتراض على عقود المعاوضات التي يشتغلها المريض مرض الموث إذا لم تدخلها المحاباة. لأن حقوق الدائنين والورثة تتلقى بقية الشركة، وقيمته الشركة لا تقل بالمعاوضة الخالية من المحاباة، إذ أن ما يخرج من الشركة يدخل تنظر قيمته فيها، فلا ضرر - حينئذ - على الدائنين أو الورثة.

أما إذا استحلعقد المعاوضة الذي يبره المريض على محاباة ليعمل معه فهذا هو الذي يصح للدائنين والورثة الاعتراض عليه في القدير المحابي به، فمن حق الدائنين الاعتراض على هذا القدير في حدود ديبهم، فإذا تبقى من هذا القدر شيء بعد سداد الدين كان من حق الورثة الاعتراض على مازاد على

(2) المصادح الطيب، والمجموع الوسيط (مادة: عوض) ج 4 ص 188، 118: "العين والقف، والضد كلامان صحيحان، أحاديثما قال بيد للشيء، والآخر على زمان ".

(3) اعتبار الزواج من عقود المعاوضات - بناء على أن الزوج يدفع المهر عوضا، فإن استضاءة بزوجته - هو رأي بعض الفقهاء. ومنذ فريق آخر يرى أن المهر الذي يدفعه الزوج انا هو تكريم من الله للزوجة، لتحصول الإلفة والمحبة بينهما وبين الزوج، وليس في مقابلة استضاءة الزوج بها، لأنما كما يستمتع بها فإنها تستمتع به، بل ربما كان استضاءها به أكثر من استضاءها بها ... انظر: حاشية الباجوري على شرح ابن قاسم العبادي ج 2 ص 131.

(4) انظر: المدخِل د/سلام: المراجع السابق ص 488، المدخِل د/د. مثل: المراجع السابق ص 448-449.
(5) هذا الباقي، لأن المحاباة تضر بحقوقهم، إذ أنها في معنى التبرع.
وسنتناول أثر المرض في عقود المعاوضات في ثلاثة فصول:
الفصل الأول: في أثر المرض في عقود المعاوضات المالية.
الفصل الثاني: في أثر المرض في عقد الزواج.
الفصل الثالث: في أثر المرض في الخلع.

(5) انظر: الرجيك للغزالي ج 1 272-273. وإذا باع بمن المثل من ورث (ح) أو من بعض الغرما، تفغم رأس المال، فلو كان بمحاكاة قدر المحاباة من الثلث، وإن نكح باكثر من مهر المثل فالزيادة من الثلث... فإن أجر دوابه أو عبيده باقل من أجرة المثل فالمحاباة من الثلث...
الفصل الأول
أثر الرض في عقود المعاملات المالية

تقسيم:

يتناول هذا الفصل أثر الرض في كل من عقد البيع، عقد الإجاره، عقد المضاربة، عقد المزارة، وعقد الساقاة، ويدرس لكل من هذه العقود مبذلاً خاصاً.

المبحث الأول
أثر الرض في عقد البيع

تمهيد وتقسيم:

3 - البيع في اللغة: إعطاء الثمن وأخذ الرض، ويبقى الشراء وهو: إعطاء الثمن وأخذ الرض (٦).

وشرعاً: عقد يتضمن مقابلة مال بمال بشروط معينة (٧).

4 - ولبيان أحكام بيع الرض لا بد من التفرقة بين حالتين:

الأولى: أن يبيع أو يشتري بثمن المثل.

والثانية: أن يبيع باقل من ثمن المثل أو يشتري باكثر من ثمن المثل، وهو ما يعرف عند الفقهاء، بالمحاباة وتنصيص لكل حالة من هاته الحالتين مطلباً.

6 - يبيح لبيع الشراء ويجعل لبيع الشراء معينًا ما ينصب من ثمن والمثل، وعلى هذا جاء قوله تعالى في قصة يوسف عليه السلام (عندما بإعهض عنه): "وعبره بثمن خط (يوسف ٢٣) أي بثمن لنثيل لجاء فيه: يبيعه المثل بثمن المثل، لا يبيعه المثل بثمن المثل، ليس يبيعه المثل، راجع مادة (١) في المفردات في غريب القرآن للراغب الأصفهاني، مجمع مقالات للغة فين قارس.

7 - نهاية المحتاج، وباحشية الشهري، ص ١٢٦٢.
المطلب الأول
البيع أو الشراء بثمن المثل

5 - إذا باغ المريض أو أشترى بثمن المثل فبيعه وشراءه نافذ دون توقف على إجازة من دانتيه أو ورثته، فإن حق الدانتين والورثة لا يتعلق بأعيان الورثة وإنما يتعلق بقيمتها، وقيمة الورثة لم تنقص، لأن ما خرج منها قد دخل فيها ما يساويه في القيمة، وهذا ما ذهب إليه المالكة (4) والشافعية (8) والحنابلة (10) والصاحب (11).

6 - وذهب أبو حنيفة (12) إلى أنه إذا باغ المريض لوارثه أو اشترى منه بثمن المثل، فإن تصرفه يكون موقعا على إجازة بقية الورثة، بخلاف ما إذا كان تصرفه لأجنبي فإنه يكون نافذا دون حاجة إلى إجازة الورثة.

وقد استند الإمام أبو حنيفة في عدم جواز تصرف المريض للوارث بثمن المثل إلى أن المريض متهم في ذلك بمحاباة الورث، لأن المحاباة كما تكون بالبيع للوارث بالقليل من غير المثل تكون بالباقورة بين معينه من الورثة ولو بثمن المثل، وذلك أن النفس قد تتعلق بعض أعيان الورثة دون سواها، فإذا باغها المريض

(4) جاء في شرح الخرشي ج 4 ص 415: "يغني أن صاحب المرض المخوف يحجع عليه في غير مؤته، وفي غير ما يدأبه به، لضرورة قوام بذله، وفي غير المعاوضة المالية كالبيع ونحوه، مما فيه تنمية المال له، إذا كان ذلك بغير محاباة، ولا فكيف تمثله ان مات حيث كانت المحاباة لغير وارث، ولا بل تلك، إن يجبها له بقية الورثة، فتكون عملية منهم له.

(12) الشرياح الصغير ج 2 ص 418.

(4) انظر: الأم الظافرة ج 7 ص 107 فقد جاء فيها: "وإذا باغ الرجل المريض بيعا من بعض ورثته بثمن المثل، أو بما يتعاين الناس به، ثم مات فبالبيع جائز، والبيع لا هي وسيلة فيرد.

(11) التزام ج 3 ص 184.

(10) غزاة المنتمي ج 2 ص 241.

(11) التزام ج 3 ص 184.

(12) المرجع السابق: نفس الموضوع، جامع الفصول ج 2 ص 245-246.
ب فمن المثل لأحد الورثة كان ذلك سبباً في إيجاد صدور بقيّة الورثة عليه، وهذا ما يحرص التشريع الإسلامي على إبعاده، لِيحل بين أفراد الأسرة الواحدة اليومن والوفاق، والمحبة والتعاون، ويُشهد لهذا حظر الشريعة الوفيقية للوارث ولو باقل من الثلث وإياباً ذلك بالنسبة للأجنبي.

7 - وأساس الخلاف في هذه المسألة بين جمهور الفقهاء وأبي حنيفة هو الخلاف بينهم فيما يتعلق حق الورثةulet هو قيمته للشركة أو أعوانها، فالجمهور يوجد أن يتعلق حق الورثة هو قيمة الشركة، وما كانت القيمة لا تتعلق بالبيع للوارث بمثل المثل قالوا إنه فذاء هذا التصرف، والإمام أبو حنيفة يرى أن حق الورثة متعلق بعائين الشركة، عليه فلا ينفع البيع للوارث بمثل المثل لتعلق حق بقيّة الورثة بالعين المبيعة (١٣).

8 - والراجح - في نظرنا - هو رأي الإمام أبي حنيفة، وذلك لأنه يؤدي إلى ترابط الأسرة وتعاونها، وبعدها عن أساليب الشقاق والخلاف، ومن ناحية أخرى فقد أثبتVERTA فقهاء الشافعيون - في الأصول من مذهبهم - إلى عدم جواز تقسيم الوراثة تركته بن ورثته بطريقة الوفيقية، كل حسب نصيبته (١٤)، فلا يجوز للمورث أن يوصي - مثلًا - لأحده ولده بالصنع، ولآخر بالمزروعة، حتى ولوا كان كل منهما قد حصل، فأنا على ذلك ضرر، وعليكم ذلك بأن الأعيان تختلف فيما الأعراض، فقد يرغب من حصول على المصنع في الحصول على المزروعة، وقد يرغب من حصول على المزروعة في الحصول على المصنع، وهكذا، وهذا التعليق هو ما علّه الإمام أبو حنيفة تتعلق حق الورثة بعائين الشركة، مما يجعلنا نقول: إن اختلاف الأعراض في تملك الأعيان ليس رأياً لأبي حنيفة وحده، ولكن رأى الشافعي أيضاً في مسألة تقسيم أعيان الشركة بين المستحقين بطريقة الوفيقية وفقاً لأنصبهم الشرع.

(١٣) المراجع السابق: نفس الموضوع، جامع الفصولين II ص ٢٤٨-٢٤٩.
(١٤) راجع قرعة ٧٥ وما بعدها من مقالات الس asi في العدد الثاني من هذه المجلة ص ٩٠ وما بعدها.
المطلب الثاني
البيع أو الشراء بالمحاباة

معنى المحاباة:

9 - اختفف فقهاء الشريعة في تعريف المحاباة، فعرفوا بعضهم بأن يعوض الشخص باله ويسمح لن عوضه ببعض عوضه (15)، وذلك كان يبيع ناقل من
ثنين مثل أو يشتري بكثر منه (16).

وعرفها المالكية (17) بأنها: البيع بالنقل من القيمة بكثير قضاء للفع الشتري،
أو الشراء بكثر من القيمة بكثير قضاء للفع البائع، فما نقص من القيمة في
البيع أو زاد عليها في الشراء فهو عملية وفية من المرض للمشتري أو البائع.
ويظهر من تعريف المالكية للمحاباة أنهم يشترطون لتحقق المحاباة أن يقصد
المريض بالتنازل عن جزء من عوضه نفع من تعامل معه، فإذا لم يتوفر لدى هذا
القصد كان ذلك غبياً (18) لا محاباة، وأصحاب التعريف الأول لا يشترطون
هذا الشريط في المحاباة، فسيانون عنهم أن يكون المرض قد قصد نفع من
تعامل معه أو لا، طالما أنه تنازل عن جزء من عوضه لينتعامل معه.

10 - والتعريف الأول هو الأقرب إلى الصحة، لأمر:

الأول: أن المريض يخرج في المحاباة بعض عوضه دون مقابل، سواء قصد
نفع التعامل معه أو لا، وهذا - في حد ذاته - يلحق الضرر بالدائنين والورثة.

الثاني: أن تعريف المالكية قصر المحاباة على البيع والشراء، مع أنها في
الواقع تدخل في غير ذلك، كالزواج، فقد يتزوج المريض بكثير من مهر
المثل (19).

15 المغني ج 6 ص 96-97 وانظر فيه أقسام المحاباة الثلاثة، وفي المحاباة في البيع والشراء،
والمحاباة في التزويج، والمحاباة في الخلع.

16) كشف التقات ج 4 ص 268.
17) شرح مبارة على تفسير الحكما لأبي عاصم ج 2 ص 18.
18) المصدر السابق: نفس الموضع.
19) المغني ج 6 ص 96-97.
أنواع المحاباة:

تنقسم المحاباة باعتبار من يباحه المريض إلى نوعين:

أ - محاباة المريض لوارثه.

ب - محاباة المريض لغير وارثه (الأجنبئ).

وستتناول كلا النوعين في مسألة خاصة.

المسألة الأولى: محاباة المريض لوارثه:

١٦ - إذا حابي المريض مرض الموت وارثه بأن باعه ما يساوي عشرة جنيهات مثل بخمسة، أو أشتري منه ما يساوي خمسة عشرة، فقد اختلف الفقهاء في حكم هذا التصرف على خمسة آراء:

الأرأي الأول: به قال أهل الظاهر (٢٠) ويعض المالكية (٢١) - أن هذا التصرف باطل مطلقا، أي فيما يقابل ما دفع فيه العوض، وفيما حابي فيه وارثه، واستدلوا على ذلك: بأن المريض المشترى دفع الثمن في مقابل البيع كله واليزيض لا يملك البيع كله بالثن الذي اتقا عليه، لأنه أنقص من ثمن المثل، فلا يصح هذا البيع. كما لا يصح البيع عندما يقول البائع للمشتري بيعه هذه السيارة بألف جنيه ويعمل المشتري قبض شراء نصفها.

ويمكن أن يتاشق هذا الدليل: بأن المريض يملك الشئ المبيع، فله بحكم هذه الملكية بيع كله، لكن يخف نفاذ تصرفه على إجازة الوراثة أن تصرفه بمحاباة فيه إضرار بحقهم.

٢١) جاء حكم المحاباة عند الظاهرية بمناسبة بيع الولى أو شرائه من تحت ولايته، فقد يباحي الولى نفسه في هذا البيع أو الشراء. انظر: المله ج ٨ ص ٢٧٣ المسالة، ١٤٠١، الملفج ج ٦ ص ٩٢.

٢١) حاشية الحسن بن رحال المدائي على شرح ميارة لتحفة الحكام ج ٢ ص ١٨.
الرأي الثاني: وله قال الشافعية (٢٢): يصح البيع في الشئ المبيع كله، سواء ما قبل منه الثمن المسمى أو المقدار الذي حابه به، لكن لا ينفذ البيع إلا بإجازة الورثة، فإن أجازوا نفاذ البيع في المبيع كله وإن لم يجزوا لم ينفذ في القدر المحابي به فقط، ونفاذ في القدر المقابل للثمن المسمى.

الرأي الثالث: وله قال بعض المالكية (٢٣) وبيس الحنابلة (٢٤): ينفاذ البيع فيما يقابل الثمن المسمى ولا ينفاذ في القدر المحابي، أو بإجازة الورثة، فإذا أجازوا كانت إجازتهم عملية مبتدأة، فتطبق عليها أحكامها.

الرأي الرابع: وله قال أبو حنيفة (٢٥): البيع صحيح لكنه موقف كله على إجازة الورثة، فإن أجازوه نفاذ البيع في الجمع، وإلا بطل في الجمع.

وهذا الرأي مبني على أن حق الورثة متعلق بأعيان الورثة، فلا يصح بيعه للوارث مطلقًا، سواء بمحاباة أم لا.

الرأي الخامس: وله قال الصاحبان (٢٦): البيع صحيح وموقف على إجازة الورثة، فإن أجازوه صار نافذاً، وإن لم يجزوه كان البائع مخيبًا بين أمراء ما بيع.

(٢٢) جاء في شرح الشيخ زكريا الأنصاري على منهجة للبيعة ج ٤ ص ١١٢: فإن الزائد على ما يتسامع به غالبًا بحسب من الثرك، فإن كانت مع الوارد أو ضيق الثرك، فإن توقف على الإجازة، فإن أجازت فقد تقدم في الجمع، وإلا بطل فيما لا يخرج من الثرك، وكذا فيما يخرج مع الوارد.

(٢٣) جاء في شرح ميارة على تحق ابن عاصم ج ٣ ص ١٨: إذا أجاز الورثة الورثة للوارث، أو الزائد على الثرك في الورثة الفعلي، فإن إجازتهم تقرر قبل الموسي، فلا تقرر لحوز، أو ذلك إنشاء عملية من الورث فتفتق للحوز، فإن مات الوارد قبل حوزها بطلت؟ قولان.

(٢٤) المغني ج ٦ ص ٣٩.

(٢٥) جاء في جامع الفصولين ج ٢ ص ٢٤٥: ولو كان هذا، البيع من البائع - مع الوارد - يجز عند أبي حنيفة رحمه الله أصلاً، إلا بيعة ورثة ولو بملك قيمته، وعندما - أي الصاحبين - يجوز، ويجب بينفسك ولدها فين أو محاباة، وكذا وارد صحيح باع، من موريث البائع فهو على هذا الخلاف، عند أبي حنيفة رحمه الله لا يجز ولو بقيته، وعندما يجوز.

(٢٦) المصدر السابق: نفس العبارة، مرآة المجلة ج ١ ص ١٩٠.
الأول: أن يفسخ عقد البيع، ويرد البيع، وتأخذ الثمن الذي دفعه.

الثاني: أن يرفع الثمن إلى ثمن المثل، فإذا فعل ذلك لم يكن للورثة الحق في فسخ البيع، لعدم تأثير مالية التركية بذلك، فما خرج منها دخل فيها مثله في القيمة.

الرأي الداعم:

الرأي المستنير: فيما يظهر لنا هو الرأي الرابع وهو رأي الإمام أبي حنيفة، وذلك لما يأتي:

أولاً: أن هذا الرأي يمنع من محاباة الريض لوارثه، لأن المحاباة كما تكون بالتنازل عن جزء من قيمة الشيء، تكون بإثارة أحد الورثة بعين من الأعيان كما سلف أن بينا، في الأخذ بهذا الرأي يمنع من العداوة والشحنة بين أفراد الأسرة الواحدة.

ثانياً: أن الآراء الأخرى يمكن مناقشتها، وقد سيق مناقشة الرأي الأول، ويمكن مناقشة الآراء الباقية بأنها تعطي للوارث المحابي الحق في أخذ البيع كله أو بعضه - على اختلاف بين هذه الأقوال - دون رضا بقية الورثة، وذلك بأن يأخذ من البيع مقدار ما يقابل الثمن الذي دفعه، كما في الرأي الثاني والثالث، أو بأن يدفع للورثة ما نقص عن ثمن المثل كما في الرأي الخامس، وهذا لا يتفق مع الغاية التي من أجلها حرمت النومية لوارث (27).

الرأي المستنير:

الرأي المستنير: فيما يظهر لنا هو الرأي الرابع وهو رأي الإمام أبي حنيفة في هذه المسألة، فنصت المادة 393 منها على أنه:

- إذا باع شخص في مرض موته شيئاً من ماله لأحد ورثته يستحق ذلك موقفاً على إجارة سائر الورثة، فإن أجازها بعد موت الريض ينفذ البيع.
- وإن لم يجوزه لا ينفذ (28).

(27) جاء في كشف الفتاوى ج 4 ص 362: "إلا حابي الريض وارثه بثت تصرفاته في قدرها.
(28) من أثير في مراجع هذه المادة في الفقه الحنفي: مراجعة المجلة 1 ص 190-191.
المسألة الثانية: محاكاة المريض لغير وارث:

15- انتهى فيما سبق من بيان حكم محاكاة المريض لوارث، ونأخذ الآن في بيان حكم محاكاة المريض لغير وارث، أو لاجنبي، فقوله: إذا كانت المحاكاة من المريض لأجنبي فإن يجب النظر في القاعد المحابي به: فإذا كان في حدود ثلث التركيب فقد دون حاجة إلى إذن الوريث (29)، أما إذا زاد على الثلث فيجب إجازة الوريث، فإن أجازوا نفذ البيع، لأن المنع للمحافظة على حقوقهم، وإذا لم يجيزوا فقد اختفى الفقهاء في حكم البيع في هذه الحالة على ثلاثة أراء:

الرأي الأول: ويه قال المالكية (30): لا ينفذ البيع في قدر المحاكاة الزائد على ثلث التركيب، وينفق فيما عدا ذلك.

الرأي الثاني: ويه قال الحنفية (31) والشافعية (32): للمشترى أن يختار أحد أمراء:

الأول: أن يفسخ البيع، فيرد الشيء المبيع، ويدخ الخس الذي نفده.

(29) من أمثلة المحاكاة في حدود ثلث التركيب: أن بيع المريض لشخص حديثة لا يملك سواها بعشرين ألفاً، وهم في الواقع - تساوي ثلاثين ألفاً، فالمحاكاة هنا بمئة ألف، وهي ثلث التركيب. ومن أمثلة المحاكاة التي تجاوزت حدود الثلث: أن بيع حديثة تساوي ثلاثين ألفاً بمئة ألف، فالمحاكاة هنا بمئة ألفاً، وهو أكثر من ثلث التركيب.

(30) جاء في الملف المبدي ج 6 ص 158: "وكان فيه محاكاة خيار الورث بين الاجازة وبين أن يقطعوا له ثلث ما عليه.

(31) انظر جامع الفصولين ج 2 ص 246 فقد جاء فيه: "مرض عليه دين يحبب بهما لو باع عينا من لاحه من أجنبي بيض لم تجز المحاكاة، فإن تجاوزت الورث لا، فالمشترى يتج القيمة أو يفسخ البيع، والله دين عليه جازت بقدر الثالث.

(32) جاء في الأم للشافعي بملة جاز، وإن باع بمال، يتغافن الناس بمثله قبل الوراث: حكم الزيادة على ما يتغافن الناس بمثل حكم الوصية، وأتت فلا رصية أن، فإن نبت فارد البيع إذا لم يسلم لك ما باعل، وإنما شائعت الورث من شن السلعة مازاد على ما يتغافن الناس بمثله.
الثاني: أن يدفع لورطة المريض ثمن المقدار المحاذي به الزائد على الثمن.

الرأي الثالث: وبه قال الحنابلة (23) - إذا أجاز لورطة البيع صار لا زاما وإذا لم يجوز فانشأ ماله بالخيار بين فسخ البيع وإمضائه، فإذا اختار الإيضاء نفذ البيع في بعض البيع ببعض الثمن، وذلك أن تسقط قيمة الثمن من قيمة البيع، ثم تنسق الثمن إلى الباقى، فيكون الكسر الناتج عن هذه النسبة هو الذي يصح البيع بمقداره (24).

وقد رجع ابن قادمه (5) الحنابلة الرأي الثالث، واحتج له بأنه في مقابلة بعض البيع بقسمه من الثمن عند تغرر أخذ جميع جمعه، وذلك نظير ما لو أشترى سلعتين بثمن فانفسخ البيع في إحداهما لعبأ أو غيره (36).

وقد ناقش ابن قادمه الرأي الأول: بأن المريض يفع للجنسي البيع كله بالثمن المتفق عليه بينهما، فلا يصح أن يأخذ بعضه بالثمن كله، ونظير ذلك ما لو قال لشخص: يعد هذه الدار بالالف فيقول المشتري قبته نصفها بالألف (27).

(23) المغني ج 6 ص 92 - 93 .
(24) قوله ما يساري تسنين ثلاثين ولم يكن له شيء آخر يملكه، فتسنق قيمة الثمن وفي ثلاثين.
(25) مع أنه يساري تسنين ثلاثين، ومعه يساري تسنين ثلاثين، ثم ينسق الثمن، وفإن مثله - هو ثلاثين - إلى الباقى.
(26) هو أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قادمة المقتسي، الباجشي من كبار فقهاء الحنابلة، ولد سنة 233 في إحدى قرى نابي بقليس، وتلقى العلم في دمشق، وأثر إلى بغداد، ثم عاد إلى دمشق، توفي سنة 320 هـ. من مؤلفاته كتاب المغني.
(27) المغني ج 6 ص 94 .
(28) النابغة 102، شفرات الذهب 80، مقدمة كتاب المغني.
(29) المغني ج 6 ص 94 .
(30) المغني ج 6 ص 96 .
كما ناقش الرأي الثاني: بأن فيه إجبار الورثة على المعاوضة على غير
الوجه الذي عاووا مورتهم به (28).

موقف القانون من حكم بيع المريض:

17- أورد القانون المدني المصري حكم تصرفات المريض- سواء أكانت بيعا
أم غيره في المادة 916، وهي تنص على أن: "كل عمل قانوني يصدر
من شخص في مرض الموت ويكون مقصودا به التبرع يعتبر تصرفًا
مضارفا إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية، أي كانت التسمية
التي تتعلي لهذا التصرف.

2- وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانوني قد صدر من مورتهم
وهو في مرض الموت، ولم يثبت ذلك بجميع الطرق، لا يحق على
الورثة بتاريخ هذا السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا.

3- وإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورتهم في مرض الموت اعتبار
التصريف صادرا على سبيل التبرع، ما لم يثبت من صدر له التصرف
عكس ذلك، كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخلفه.

وجاء في الفقرة الثالثة من المادة 477 مدني: "يساري على بيع المريض مرض
الموت أحكام المادة 916، وعلى هذا فإذا توفي الورثة بعد موت المريض في بيعه
فوجب عليهم أولا أن يثبتوا أن البيع قد صدر من مورتهم وهو في مرض مورته.
ولهم إذا أثبتوا ذلك بجميع الطرق، إذا أثبتوا ذلك اعتبار البيع- قانونا - هيئة من
المريض للمشتري، واعتراف باستثنى المذكور في العقد، فتسري عليه أحكام
الوصية، إلا إذا أثبت المشتري أنه فعلاً لم يقل عن قيمة (29).

وبهين حكم بيع المريض تقصيل الفرق بين أربع حالات على النحو التالي:

الحالة الأولى: البيع بما لا يقل عن القيمة:

18- إذا استطاع المشتري أن يثبت أنه دفع ثمن البيع لا يقل عن قيمة كان
البيع صحيحًا، فإذا دون حاجة إلى إجازة الورثة، وسواء في ذلك أن
يكون البيع لورثة الأم لغير ورثه، وحكم القانون في حالة البيع لورث

("المراجع السابق: نفس الموضوع، 
"الوساطة ج4 المجلد الأول ص 326 - 282.

59
يساير جمهور الفقهاء ويخالف رأي أبي حنيفه على نحو ما سبق.

(40).

أما في حالة البيع لغير وارث فالقانون يتفق مع جميع من ذهب من علماء الشريعة إلى تأثير مرض الموت في التصرفات.

الحالة الثانية: البيع بأقل من القيمة في حدود ثلثة التركة:

١٩ - وإذا أثبت المشتري أن الثمن الذي دفعه أقل من قيمة البيع بما لا يجاوز ثلث الفاليف صحيح نافذ دون حاجة إلى إجازة الورثة، سواء كان البيع لوارث أم لغير وارث. وقد كان البيع - بأقل من القيمة - بما لا يجاوز ثلث التركة في عهد التنقين المدني السابق يرق في فيه ما إذا كان البيع لغير وارث، ولكن الحكم فيه ما قدمته، وما إذا كان البيع لوارث فلا ينفذ إلا بإجازة الورثة، وذلك أن أيّة محاباة في الثمن تعتبر تبرعاً فتأخذ حكم الوداع، وكانت الورثة في عهد التنقين المدني السابق لا تجوز لوارث إلا بإجازة الورثة، إلى أن صدر قانون الورثة (رقم ٧١ لسنة ١٩٤٧) ففاز الورثة لوارث دون حاجة إلى إجازة الورثة (٤١).

الحالة الثالثة: البيع بأقل من القيمة بما يجاوز ثلث التركة:

١٩ - وإذا تمكن المشتري من إثبات دفعه مما أقل من قيمة البيع بمقدار أكثر من ثلث التركة فالبيع في هذه الحالة لا يكون نافذًا في القدر الزائد على الثلث إلا بإجازة الورثة، أي أن المقدار المحالي يأخذ حكم الوداع، وسيتعت في ذلك أن يكون البيع لوارث أم لغير وارث (٤٢).

(٤٠) راجع ما سبق فقره رقم ٥ وسبعه.

(٤١) الوسيط ٤: المجلد الأول ص ٣٣٠، وانظر في آراء الفقهاء وأداتهم وموقف القانون من الورثة: كتابنا أحكام الورثة في الفقه الإسلامي والقانون ص ٩٤ - ١٠٠.

(٤٢) وعلى هذا فلما بيع المريض سبارة قبلها عند مولاه ٤٠٠ جنيه بمبلغ ٢٠٠ جنيه، فإن المقدار المحالي ي يكون ٢٠٠ جنيه، وهذا المبلغ أكثر من ثلث التركة، إذ أن ثلثها يزيد ب١٠٠ جنيه، يكون المقدار الزائد عن التلك هو ٧٠٠ جنيه وتاحتا إلى إجازة الورثة لتفاوض المريض فيه، فإذا لم يجيبه كان للمشتري فسخ البيع، فيرد السبارة يأخذ =
وقد كان التقنين المدني السابق يفرق في البيع بأقل من القيمة بما لا يتجاوز ثالث
التركة بين ما إذا كان البيع لغير وارث، فيكون حكمه ما قمنا، وما إذا كان
البيع لوارث فلا ينفذ في حق الوارث في جميع البيع إلا بإجازتهم (43).

الحالة الرابعة: البيع بغير ثمن أصلاً:

21 - إذا لم ينفع المشترى إثبات دفع أي ثمن للمريض فإن تصرف المريض
يعتبر حينئذ هبة بلا مقابل، فلها حكم الوصية لوقوعها في مرض الموت.

وعلى هذا فإذا كان البيع لا تزيد قيمته على ثلث التركة نذ البيع دون
حاجة إلى إجازة الوارث، أما إذا زادت قيمته على ثلث التركة لم ينفذ
التصريف في القدر الذي على الثلث إلا بإجازة الوارث، فإن لم يجزوا
كان على المشتري أن يرد الزائد على الثلث إلى التركة، وسواء في هذا
أن يكون البيع لوارث أم لغير وارث.

وفي ظل التقنين المدني السابق كان يفرق بين ما إذا كان البيع لغير وارث
فحكمه ما سبق، وما إذا كان البيع لوارث فلا ينفذ البيع في جزء من
المبيع إلا بإجازة الوارث (44).

= الثمن الذي دفعه، وهو ألف جنيه، وكان له أن يمضى البيع يؤدي إلى ألف جنيه، ويفضل
إلى الأهل الذين دفعهم ثمناً بالسيارة، وهذا المبلغ (400 + 1000 = 1400) هو ثلث
التركة الذي يستحقه الوارث، أما الثلث الآخر فقد منه الشارع المريض يتبرع به لزيادة
حساباته. راجع الوسيط ج 4: المجلد الأول ص 377 بتصريف.

الوساط: ج 4: المجلد الأول ص 323.

المصدر السابق: ج 4: المجلد الأول ص 333.

61
المبحث الثاني
أثر المرض في عقد الإيجار

تمييز:

22 - الإيجار في اللغة : اسم للأجرة، وهي ما يعنى في مقابل العمل (46).

وقد استدعت بعد أن نقلها الفقهاء إلى دائرة البحث الفقهي في العقد نفسه، باعتبار أنه سبب لوجورها، ومن ثم جاء تعريفها لها باعتبار أنها عقد لا بإعتبار أنها أجارة (47)، ومن تعريفات الفقهاء لها باعتبار أنها عقد: "تبع منفعة معلومة بأجر معلوم"، وقيل: "تمليك المائق بعوض (47) ".

والمرض عندما ما يؤجر نفسه أو ماله قد لا يحابي المستأجر، وفي هذه الحالة تكون إجازته إجازة صحيحة نافذة، فإنه لا ضرر لحق الورثة والدائنين من ذلك، وقد يحابي من تعامل معه، وتعين يجب التفرقة بين ما إذا كان يؤجر نفسه أو ماله، وسنتعرض ذلك في مطلبين.

المطلب الأول
تأجير المريض ماله بمحاباة

23 - اختفى الفقهاء فيما لو أجر المريض ماله وحابي من تعاقده معه، كما هو

(46) جاء في لسان العرب لأين منظور (ماده: أجر).

(47) حاشية الباجوري ج2 ص 27، مفتاح الكرامة جد 2 ص 1.

(48) شرح العيني على الكتب ج2 ص 148، وانظر مزيدا من تعريفات الفقهاء المذكرين في رسالتان: "نظام استقلال الأراضي الزراعية بين الشريعة، والقانون ج1 ص 166 (ط دار الثقافة العربية بالقاهرة 1987)."
الحال فيما لو أجر سيارته بمائة جنيه في الشهر بينما أجرة المثل لهذه
السيارة تقدر بثلاثمائة جنيه مثلاً على مذهبين:
المذهب الأول - ويه قال المالكية (48) والشافعية (49) والحنابلة (50) - أن هذه
المحاربة تنفذ في حدود الثلث إذا كانت المحاباة لأجنبي، ولا
ينفذ شيء منها إلا بإجازة الورثة إذا كانت لوارث.
المذهب الثاني - ويه قال الحنفية (51) - أنه لا أثر للمرض في هذه المحاباة،
فتنفذ دون حاجة إلى إجازة الورثة مهما بلغت.

- 244 - وقد استند الحنفية فيما ذهبوا إليه إلى دليلين:

1- القياس على الإعارة، فالمرض له أن يصير دون تقد قيد حدود الثلث، فذكر
له أن يؤجر بمحاباة دون تقييد بالثلث، والجهة الجامعة بين الإجارة
والإعارة أنها عقدان واردان على المنفعة (52).

- 2 - أن الإجارة تنتهي بموت أحد العاقدين، وعلى هذا فلا ضرر على الورثة
والدائنين من الإجارة بمحاباة، لأن ملكية منافق الشئ المستأجر تكون
لمريض قبل موته، ثم تنتهي الإجارة بالموت وتعود المنفعة لورثته، غير

(48) انظر عبارة الخنشري التي سبقت
(49) جاء في شرح البهجة ج 4 ص 12
(50) انظر كشف القضاة ج 4 ص 342 فقد جاء فيه:
(51) جاء في جامع الفصولين ج 2 ص 246:
(52) مريض أجر يبلغ بدون أجر مثله لا يعتبر من
الثلث، إذ لو أجاز جاز.
محملة بأي حق لشخص آخر، ومن هنا فلا ضرر يلحق بالورثة أو الدائنين (52).

- 25 - يمكن أن نناقش دليل الحنفية الأول بأن الإعارة تحتسب أجرتها وتخرج من المال، وقد نص على هذا الشافعية (53).

كما يمكن مناقشة دليلهم الثاني: بأن جمهور (55) الققهاء لا يقومون بفسخ الإجراء بموجب أحد العاقدين، وإنما يقوم وارث كل منها مقام مورثه حتى تنتهي مدة العقد.

- 26 - هذا يجب أن نعترف بأن ترجيح أحد الرأيين في هذه المسألة على الآخر غير ممكن إلا بعد معرفة أي الرأيين أرجح في مسألة فسخ الإجراء بموجب أحد العاقدين، وما كان المقام هنا لا يجعل عرض أداة الرأيين في هذه المسألة والوازن بينها (51)، فاننا نكتفي بالإشارة إلى

- 53 - انظر في فسخ الإجراء بموجب أحد العاقدين عند الحنفية: الميضط 164-165 ص. 154-156، البديع ج. 4 ص 223، الزيدي ج. 5 ص 144، إباح الأنصار والبصائر ص 405، أحكام العاملات الشرعية للنفييف ص 478.

- 54 - وعند الظاهرية: المحلي ج. 8 ص 216، وعن بعد الضميدة: البحر الزخار ج. 4، ص 60.

- 55 - نهاية المحتاج ج. 6 ص 55، انظر المالكية: الأقران الفقهية ص 34، بداية المجتهد ج. 2 ص 230، والنظرية ج. 4، ورقة 141.

- 56 - الشعراني: الحادي ج. 9 ورقة 768، وكفاية الأخبار ج. 1 ص 168، الزمان للشعراني ج. 2 ص 80، رحمة الآلهة ص 160.

- 57 - المحيط ج. 5 ص 248، الروض الموجب ج. 1 ص 167، غاية المنتهى ج. 2-21.

- 58 - الإيمانية: المختصر النافع ص 165، مفتاح الكرامة ج. 7 ص 71، سلسلة النجاة ج. 2 ص 15.

أنه ينبغي تطبيق الرأي الذي يتفق مع مصلحة العاقدين، فإذا كانت المصلحة تقتضي بقاء العقد، لأن الورثة في حاجة إلى بقائه، وكان عندهم استعداد للقيام بمقام مورثهم - وجب الحكم ببقائه كما يقول الجمهور - وذلك حرضاً على مصلحتهم، ودفعاً للضرر عنهم، وإذا كانت المصلحة تقتضي عدم بقاء العقد كما هو الحال لو ترك المستأجر ورثة صفارًا أو عجزة لا يستطيعون القيام بإتمام العمل فيجب الحكم بفسخ العقد، أخذ بذهب الحنفية (57).

وعلى هذا ففي حالة تطبيق رأي الجمهور تحسب المحاباة في الأجرة من الثالث وفي حالة تطبيق رأي الحنفية تحسب المحاباة من رأس المال.

المطلب الثاني
تأجير المريض نفسه بمحاباة

27- إذا أجر المريض نفسه بأقل من أجرة المثل - كما هو الحال لو أجر نفسه في الشهر بمائة جنيه وكانت أجرة المثل تقدر بمائتي جنيه - فهل يتعلق حق الورثة بالقدر الذي حاباه به المريض المستأجر أولاً؟

يرى الشافعية (58) والحنبلاة (59) أن حق الورثة يتعلق بالأموال الحاصلة فعلا في تركه، ولا يتعلق بما سيحصل عليه المريض من عمله، ثم إن الورثة لا مطمع لهم في عمل المريض، ولا يتعلق حقهم ببنده.

(57) المرجع السابق جـ 1 ص 354.
(58) راجع هامش 2 فقرة 22.
(59) راجع هامش 3 فقرة 23.
المبحث الثالث
أثر المرض في عقد المضاربة

تعميد:

28 - المضاربة - وتسمى القراض والمعاملة - نوع من أنواع الشركة في
الشريعة الإسلامية ، وهي شركة في الربح لا في رأس المال وسميت
بذلك لأن كلا من صاحب المال والعامل يضرب فيها بسهم في الربح (10).

ويعرف فقهاء الشريعة المضاربة بأنها . عقد على نقد ليصرف فيه
العامل بالتجارة. ليكون الربح بينهما على حسب ما يشتترطهما (11).

ويعنى هذا أن المضاربة عقد على الشركة في الربح بمال من أحد
الجانبين تجزؤه للعامل الآخر، والعمل يكون بالتجارة والربح
بينهما على حسب الشرط .

مضاربة المريض باكثر من أجرة المثل:

29 - وإذا قدم المريض مالا للعامل ليتاجر فيه، وشرط للعامل جزء من الربح
أكثر من أجرة مثله. فهل للوراثة؟ بعد وفاة المريض حق الاعتراض على
هذا التصرف أولا؟

(10) تهذيب الأسماء واللفات - القسم الثاني - ج1 ص 182 (مادة : ضرب) والشركات في
الشريعة الإسلامية والقانون الرمسي - القسم الثاني - ص 50.
(11) حاشية الرملي على أسئلة المطالب ج2 ص 280.
نقول: لا يرى فقهاء الحنفية (22) والشافعية (23) والحنبالة (24) حقًا للورقة في الاعتراف على هذا التصرف، لأن الزيادة عن أجر المثل التي يأخذها العامل في المضاربة ليست من مال العميل. وإنما هي من الربح المحقق بسبب التجارة، والربح يحدث منذ البداية على ملك العامل، ولا يحدث على ملك المالك ثم يتحول بعد ذلك إلى العامل (25).

2- ويخالف هذا محاباة المرض لأجيري في الأجرة، فإن المقدار المحابي به:

(22) جاء في جامع الفصولين ج 2 ص 247:
"مرض دفع ألفاً إليه على أن ما رزق الله تعالى فهو بينهما مصاف، فربع ألفاً، دفعت، وأجر ملك المضاربة أقل من حصة من الربح، وعلى المالك دين محيط. فللضارب نصف الربح، بيداً به قبل دينه إذا دفع يوم وقع للضارب، ولم يملكه رب المال.

(23) انظر شرح الбедجة ج 4 ص 12 قطً فج فيه:
"يأبر شرط في مرضه لمصر القراض أكثر من أجرة مله فالها يحسب من المال، إذ لا تقوية، بخلاف مله في المسافة حيث يحسب منه، فإن الشروط كالأصالحة، لحصولها بنفسها في وقت معلوم، بخلاف الربح.

(24) في كشف القناع ج 3 ص 512:
"... وإن قراض المرض (في المرض) المخوف وما فيه كال泡 (فأجري من مال المال، وإن زاد على تسمية المثل) أي ما يفقي لمه من رأس المال، وإن زاد على تسمية المثل، أي ما يفقي لمه من مال المال (ولا يحسب من ماه، ويسمى مله) لأن ذلك لا يأخذ منه ماه، وإنما يستحقه مله في الربح المحقق، ويدفع على ملك المضاربة، بخلاف ماه حالي خير في الأجر، فإنه يحسب بما حاصل منه ماه، لأن الأجر يأخذ من ماه.

(25) المصدر السابق: نفس العبارة، وإنظر فتح العزيز ج 12 ص 77 - 77 فقي جداً فيه:
"لو قراض في مرض موت شب، وإذا ربح العامل صلى الله عليه وسلم لأجل القرض، وإن زاد على أجرة مثل عمله، ولا يحسب من المله، لأن المحسوب من المله ما يفقيه من ماه، والربح ليس بحاصم حتى يفقيه، وإنما هو شيء يتوقع حصوله، فإذا حصل حصول بتصريف المله ركبة.

67
يعتبر من الثالث، وذلك لأن الأجرة التي يحصى عليها الأجير يأخذها من
عين مال المؤجر (١٦) 

هذا ولا يخفى أن عامل الضمارية الذي شرّطته له حصّة من الربح أكثر
من أجرة مثله يقدم على الدائنين في أخذ حصّته من الربح، لأن حق
الدائنين يتعلق بمال المريض دون مال العامل (١٧).

٦٦ المصدر السابق: نفس العبارة.
٦٧ انظر ما سبق تناوله عن جامع الفصولين وكتاب الفناء.
المبحث الرابع
أثر المرض في عقد المساقاة

تمهيد:

31. المساقاة في اللغة: مفاعة من السقي، وهو إشرام الماء وما أشبهه (26).
وشرعاً: مفاعة على دفع الأشجار إلى من يعمل فيها، على أن تكون
الشرة بينهما (26). وسمي هذا النوع من التعامل المساقاة لأن السقي
كان أعظم ما تتطلبه هذه الأشجار في بلاد الحجاز، حيث نقل المياه،
ويكون جل الاعتماد على الري من الآبار (30).

مساقاة المريض:

22. وإذا كان المريض يملك بستاناً فقدمه للعامل ليعمل فيه جزء من شرته،
فإذا أن يكون هذا الجزء في حدود أجرة المثل أو يزيد عليها، فإن كان
في حدود أجرة المثل كانت المساقاة صحيحة نافية دون حجة إلى إجازة
من أحد، لأن هذا التصرف لا يضر بالورثة أو الدانتين. أما إذا زاد
الجزء المشرط للعمل في المساقاة عن أجرة المثل - كما هو الحال لو
كان قد شره له الثلثان وأجرة المثل النصف - فقد اختلف الفقهاء في
ذلك على رأيين:

الرأي الأول: الزيادة على أجر المثل تكون محاباة، فتحسب من الثلث إذا كان
العامل غير وارد، وهذا قال الحنفية (27) والمالكية (27).

(18) مجمع مقتيسين اللغة لابن فارس (مادة: سقى).
(26) شرح المعنى على الكترون ج2 ص 188 وانظر تعريفات أخرى لها مع بيان لأهم الفروق بينها
في رسالة: نظام استغلال الأراضي الزراعية ج2 ص 216-219.
(20) كشف الفتعاون ج3 ص 523.
(27) المسبط ج3 ص 224، جامع الفصولين ج2 ص 247.
(22) المدونة ج5 ص 17.
والمائدة (٢٣) وهو الرأي الأول عند الشافعية (٧٤)

الرأي الثاني: ويهال بعض الشافعية (٧٥) أن الرأي على أجر المثل تكون
نافذة من رأس المال دون التقيد بالثمن.

٢٣- وقد احتاج أصحاب الرأي الأول إلى أن الثمن الذي يحصل عليها العامل
في الساقبة هي جزء من عين مال المريض (٧٦) فالمقادير بها من قبل
المريض تعتبر تبرعاً، والترعع لا ينفع إلا في حدود ثلث التركة إذا كان
من تعامل معه المريض غير وارد.

٢٤- وعند أصحاب الرأي الثاني إلى أن الثمن لم تكن موجودة بالفعل عند
إنشاء عقد الساقبة، ويجودها يعمر إلى عمل العامل، ويعادلها
ليست (٧٧) وعلى هذا فليس الثمرة جزء من عين مال المريض، حتى
تخضع لقاعدة التبرع.

٢٥- ويبدو لنا أن الرأي الأول هو الراجح، لأن هناك فرقاً بين الثمرة
الحائلة في الساقبة والربح الحاصل في المضاربة، فثمرة في
الساقبة جزء من عين مال المريض - وهو الشرك، وليس كذلك الربح
في المضاربة فإنه ليس جزء من عين مال المريض وإنما يحصل نتيجة
تناول هذا المال بالبيع والشراء.

(٧٣) في كشف الفتاوى ج٣ ص١٤٢ : " (وان سقي ) المريض ( أر وزاري في مرض موته).
(٧٥) المخيف ( حسب ) الزائدة ( من الثلث ) لأنه من عين المال، يحصول الربح في المضاربة.
(٧٦) جاء في فتح العيزز ج ٢٧ ص ٣ : ولا ساقية في مرض الموت، ودائما الحاصل على أجرة
المثل فيجلان، أنهما اتته حسب من الثلث أيضاً، لأنه لم يكن حينئذ الثمرة، وحصولها
منسوب إلى عمل العامل ويتعده، وأنه يصبح احتساب زيادة من الثلث، لأن الثامن وقتا
معلوماً ينطوي، وفيه قد يحصل من عين النخيل من غير عمل فكانت كالشيء الحاصل.

٥ - بخلاف الأرباح، وانظر مع ذلك شرح البهجة ج ٤ ص ١٢.

لا مصدر السابق : العبارة نفسها.

١١ - انظر عبارة كشف الفتاوى السابقة.
٣٧ - انظر عبارة فتح العيزز السابقة.
هذا كله إذا كان المريض هو صاحب المال أو الشجر، أما إذا كان المريض هو العامل في المضاربة أو المساقة - كما هو الحال لو دفع شخص صحيح إلى شخص مريض مالا على سبيل المضاربة أو شروحا على سبيل المساقة - وكان قد شرط للعامل المريض أجل من أجله المثل - فإن فقهاء الحنفية (78) قد نصوا على أن المريض له أكثر مما شرط له، سواء كانت محاولاته في حدود الثلاث أم لا، وذلك لأن المريض هنا لم يصرف في ماله حتى يقال إنه أضر بالورثة والدائنين ولكنه تصرف في منافع بده، وهذه لاسلطان للورثة أو الدائنين عليها.

وأما ذهب إليه الحنفية هنا، قد ذهب إلى قريب منه الشافعية (79) والحنابلة (80) عندما اعتبروا تأجير المريض نفسه بالقليل من أجله المثل من باب تبرع بمنافع بده، وهي لا تخضع للحجر.

(78) جاء في جامع الفضولين ج. 2 ص 247: "ولو دفع الصحيح ألفا مضارب إلى مريض على أن المضارب عشر الرياح: قرئ ألفا، وأجره مثله خمسمائة، فمات برضه ذلك، عليه دين محيط، قلله عشر الرياح فقط، ولو أقل من أجر مثل عمله، إذ تبرع بمنافعة نفسه، ولا حجر فيه. "وجاء في المسبوق ج. 32 ص 132: "ولو دفع الصحيح إلى المريض نخله ومعه، وأجر مثل ذلك العمل أكثر من حصته فليس له إلا ما شرط له، لأن المريض إذا تصرف هنا فيما لاحق له فيه لفماهات ولورثته، وهو منافع بده، و"

(79) راجع هامش الفقرة 23.

(80) راجع هامش الفقرة 23.
المبحث الخامس
آخر المرض في عقد المزارة

تعريف المزارة :
لفظ الزرع ” مفرغة من الزرع ، وله معاني :
1 - الأول حقيقى وهو الإنبات ، يقال : زرع الله ، أي أبنته.
2 - الثاني مجازى وهو : طرح البذور وإلقاؤه على الأرض (81).

أما من الناحية الشرعية فقد اختلف الفقهاء في تعريفها ، فقالهم الحنفية (82) بأنها : "عقد على الزرع ببعض الخارج ".
وعرفها المالكية (83) بأنها : "الشركة في الزرع "، وعرفها الشافعية (84) بأنها ...

(81) تهذيب الأسماء واللفات - القسم الثاني - مادة زرع - الكليات لأبي البقاء ص 201.
(82) البائع ج 6 ص 176.
(83) مذكرة الجليل للشيخ علي شج 3 ص 328.
(84) نهاية المطلب ج 7 الورقة 41. ق应有的 وزيزج ج 12 ص 110.
المعاملة على الأرض ببعض ما يخرج منها، والبذر من المالك. وعرفها الحنبيلة(85)، بانها: "دفع الأرض إلى من يزرعها أو يعمل عليها والزرع بينهما.

والمتعلق في هذه التعريف يجد أنها - فيما عدا تعريف المالكة - تجمع على تصوير المزارة بانها "العقد على الزرع ببعض الخارج من الأرض." أما المالكة فقد عرفوها بتصرف يتفق بالنظام الخاص الذي قالوا مشروعيته(86)، فهم يعتبرون المزارة شركة أبتداء وانتهاء، وهذها أعتدله عندهم أحكام الشركة، وهذه النظرية تتفاوت نظرة الجمهور إلى المزارة، فهي عندهم إجارة أبتداء، وشركة في الحصول أنتهاء (87).

مشروعيتهما:

29- هذا وقد اختفى فقهاء الشريعة في جوام المزارة على ثلاثة مذاهب:

المذهب الأول: أنها جائزه مطلقا، سواء كان البذر من المالك أم من العامل .. وهذا رأى كثير من الصحابة والتابعين وسائر فقهاء الحديثين، وبعض أتباع المذاهب الأربعة وغيرهم (88).

المذهب الثاني: أن المزارة لا تجوز مطلقا، سواء كان البذر من المالك أم من العامل .. وقد رويا هذا عن بعض الصحابة وبعض التابعين، وعن أبي حنيفة، والمالك، والشافعي وغيرهم (89).

المذهب الثالث: أن المزارة تجوز إذا كان البذر من المالك، ولا تجوز إذا كان

(85) المغني ج- 5ص 282.
(86) راجع في النظام الخاص بالمزارة المشروعة عند المالك: رسالتنا: نظام استغلال الراضي الزراعي ج- 2 ص 199 - 212.
(87) البندنج ج- 7 ص 179 - 178، الزيلعي ج- 5 ص 28.
(88) راجع في تحديد القائنين بهذا الرأي، والمراجع التي وردت فيها آراءهم رسالتنا: نظام استغلال الراضي الزراعية ج- 2 ص 23 - 6.
(89) المرجع السابق ج- 2 ص 295 - 296.
المطلب الأول
البذر من المريض (المالك)

41 - إذا قدم المريض أرضه مزارعة لشخص، وباشرط أن يكون البذر عليه لا على العامل، وكان قد حابي العامل في الحصة المشروطة له - كما هو الحال لو شرط للعامل ثلاثة أرباع الحصول مع أن أجره مثله ربع.

المراجع السابق (279) العفّي لين قدمته (288).

(99) راجع في أداة هذه المذابة، والمريحة بينها، واستخلاص الراج منهما: رسالتنا: نظام استغلال الأراضي الزراعية (2) ص 70-71.
المحصول فقط - فقد ذهب الحنفية (92) والحنابلة (93) إلى أن المقدار
الزائد عن أجراً المثل يحسب من ثلث التركة المريض إذا كان العامل
أجنبياً، وذلك لأن هذه الزيادة تعتبر تبرعاً من جانب المريض بجزء من
عين ماله حيث أنها متوافقة ومستخرجة من أرضه، ومنع هذا أن
الحكم في هذه الحالة لا يختلف عن الحكم في المساقة عند هؤلاء
المحقوقين.

ولا يبعد رأي من أجزاء من الشافعية (44) المزارعة عن هذا الرأي، فقد
أعلنا رأيه في ذلك صراحة في باب المساقة، ولا فرق بين المزارعة
والمساقاة من حيث أن كلا منهما إجازة للعامل بجزء من المحصول.

أما المالكية فقد لاحظنا من ترعيهم للمزارعة أنهم يطلبون عليها طابع
الشركة، ويضعون لصحتها شروطًا (45) تجعل هذا العقد بعيدا عن
مظلة وقوع المحاباة فيه.

المطلب الثاني
البذر من العامل

- وإذا قدم المريض أرضه للعامل على أن يزرعها ببذر من عند العامل
وشرط للعامل أكثر من أجره مثله - كما هو الحال لو شرط له أربعة
أحاسس الحصول، ولصاحب الأرض الخمس وكانت أجرة مثل العامل
أقل من ذلك - ففي هذه الحالة يعتبر هذا التصرف نافذاً، دون حاجة
إلى إجازة الورثة، وذلك لأن مالك الأرض (المريض) أو أعارها لجاز له

(92) جاء في جامع الفصولين ج ٢ ص ٤٤٧ : "هل دفع أرضه وذره مزارعة بالنص إلى آخر
وأجر مثل عمله أقل من ذلك، وعلى دين لا يسلم له ما شرط، والفرق أن المالك في الزيادة
على أجر مثل متبرع بين ماله إذ الخارج متبرع من عين ماله ..

(93) كشف القناة ج ٣ ص ٥١٢ : (أو يرعى في مرض موه) الخوف ( حسب ) الزائد ( من
الثالث) لأنه من عين المال، يخلاف الأرباع في المضاربة 3

(94) راجع: هامش 4 فقرة ٣٣

(95) للمزارعة الصحيحة عند المالكية شروط أربعة
ذلك ، ولم يمكح لأحد الاعتراض عليه ، إذ من حقه التبرع بالمنفعة، وهذا
كذلك إذا وقعت الخصومة بعد إذراك الزرع.

أما إذا مات المريض قبل إذراك الزرع فينبغي أن يخير المزارع بين أن
يضجر بحصته ، وبين أن يقلل الزرع ، قياسًا على ما لو انتهت المدة
المقررة في عقد الإيجار ، موات رب الأرض فإن المزارع مخير بين هذين
الأمرتين(96) .

= الأول : سلامة كراء الأرض بممنوع .

الثاني : تقسيم الخارج من الزراعة بين الحاقدين بنسبة رأس مال كل منهما.

الثالث : خلل الزراعة - أي - البذور.

الرابع : اتخاذ البذور في الجنس والتنوع.

انظر في تفصيل هذه الشروط ، أسهل المدارك للكشناوي جـ 2 ص 259 ، القوانين الفقهية لابن
جيري ص 277 ، حاشية النسفي على الشرح الكبير جـ 2 ص 273 ، فتاوي الشيخ علي
جـ 2 ص 188 ، سعد الشماس والأقمار ص 159 ، رسلانتا : نظام استغلال الأراضي
الزراعية جـ 2 ص 199 - 212 .

96) جامع الفصولين جـ 2 ص 247 .

76
الفصل الثاني
أثر المرض في عقد الزواج

وفي اصطلاح الفقهاء: عقد يتضمن إباحة الوطهر بلفظ إنكاح أو تزويج أو ترجمه(18).

عقد الزواج قد يكون أحد طرفية (الزواج أو الزوجة) مريضاً. وقد يكون بمهر المثل أو بقليل أو باكر منه، وينفي لبيان أثر مرض الموت في هذا العقد أن تنطلق الفروض الثلاثة التالي:

1 - زواج المريض بمهر المثل أو أقل منه.
2 - زواج المريض بقليل من مهر المثل.
3 - زواج المريضة بقليل من مهر مثلاً.

وينصرف لكل فرض من الفروض الثلاثة مبheiten مستقل.

المبحث الأول
زواج المريض بمهر المثل أو بقليل منه

44 - اختلف فقهاء الشريعة في حكم زواج المريض بمهر المثل أو أقل منه على ردبين:

(97) معجم مقاييس اللغة، المفردات في غريب القرآن (مادة: زوج).
(98) مفتي المحتاج ج2 ص 123.
الرأي الأول - وله قال الجنفية (٩٩) والشافعية (١٠٠) والحايلة (١٠١) وغيرهم (١٠٢) - : أنه جائز وصحيح سواء أكان المريض محتاجا للزواج أم لا.

الرأي الثاني : وله قال المالكية - أنه لا يجوز للمريض أن يتزوج سواء كان محتاجا إلى النكاح أم لا على المشهور (١٠٣).

وإذا خالف المريض فتتزوج بالفعل في مرضه فقيد التعجيل يفسح عقد زواجه عند العثور والإطلاع عليه ، سواء كان ذلك قبل الدخول أم بعده ، إلا إذا شفي المريض فلا يفسح ، لأن النجع كان لخوف موته ، وقد بان عدمة (١٠٤).

٩٩ جاء في شرح البداية : " وله هذا منع - أي المريض - من التبرع والمحاباة ، إلا بقدر الثلث بخلاف النكاح ، لأنه من حاجات الأصلية ، وهو مهر المثل " ... انظر : تكلفة فنح القدر ج ١٧ ص ٢-٣.

١٠٠ انظر الأم ج ٤ ص ٣٣ فقد جاء فيها : " ويجوز للمريض أن ينكح جميع ما أهل الله : أربعا وما دونه نما ، كما يجوز له أن يقترب ، فإن أصدق كل واحدة منهن صداقة منها جاز لها من جميع المال ...".

١٠١ المغني ج ٦ ص ٣٣٦.

١٠٢ ملل شرحي القاضي .. انظر الأم ج ٤ ص ١٢٤ - ١٢٥.

١٠٣ حتى لو أذن له الوراث بإزاءه ، جاء في شرح الخرشي ج ٣ : " : لا يجوز له - أي المريض - أن يتزوج ، وإن أذن له الوراث الرشد في ذلك ، لا دائم مت، أي صيروته غير وراث ، سواء أخذ المريض إلى النكاح أم لا ، وهو المشهور عند النحاة للنفي عن إدخال وراث ، وإنما لم يمنع من وفاء زوجه لأن في النكاح إدخال وراث محقق ، وليس كك رض حمل.

والقول الآخر يقول : منع النكاح المذكور - وإن أذن الوراث - مقدى بعد الامتياز إلى النكاح أو إلى من يقوم به ، ويقدم في مرضه ، وعليه : أن احتج إلى ذلك جاز له النكاح وإن متعه الوراث منه ، قال في الجوهر : وهو المشهور ، ويحقق بالمريض في ذلك كل محجوز من حاضر صف القتال ، ومقرب لقطع ، ومحيسان لقتل ... انظر : شرح الصغير بحاشية الصاوي ج ٢ ص ١٢٨ وعابده.
وإذا تزوج في مرضه ولم يفسخ النكاف لعدم الإطلاع عليه ثم مات المرض فيجب من تزوج بها الأقل من المره السمي ومن صداق المثل سواء دخل بها أم لا (105).

45 - هذا وقد استدل أصحاب كل رأي من هذين الرأيين بادلة لا تخلو من المناقش، وسنعرض هذه الأدلة، ونقوم بمناقشةها، لننتهي من ذلك إلى الرأي الراجح في نظرنا.

أدلة أصحاب الرأي الأول ومناقشتها:

46 - استدل أصحاب الرأي الأول على أنه يجوز للمريض الزواج بمهر المثل أو باقل منه أثناء مرض موته بعض الآثار والمقول.

47 - استدلوا من الآثار - أولما رأى أن معاذ بن جبل (116) قال في مرضه الذي مات فيه زوجته لا ألقى الله تعالى وأن عزب (107).

واستدلوا ثانيا - بما رأى أن عبد الرحمن بن أم الحكم (108) أراد في إصراع:

48 - شرح الخرشي وحاشيش العيدي على ج2 ص 27، وفاء في القرائن الفقهية لأبن جزير ص 221، ولا يجوز تذكير المريض والمرضة المخفية علىهما على المشهور، خلافاً لهما - أي لا يبيح الثقفي، والشافعي - ويفسخ إلا إن صح قبل الفسخ فادخل في فسخه، ويشفع فيه بالثلاث، فإن لم يدخل فليس لها صدق، وإن دخل فعلى الصداق السمي، وقيل صداق المثل.

49 - هو معاذ بن جبل الأنصاري، صحابي جليل، أسلم في الثامنة عشرة من عمره، وشهد مع الرسول صلى الله عليه وسلم جميع المشاهد، وله الرسول الكريم قضاء اليمن، وكان من جمعوا القرآن، توفي سنة 32 ه. تذيب الأسماء واللغات، القسم الأول ج2 ص 98 - 99.

107 - الأحمدي ج3 ص 1 2.

108 - الأحمدي ج2 ص 7.

107 - الأحمدي ج3 ص 2.

108 - الأحمدي ج2 ص 7.

108 - الأحمدي ج2 ص 7.


108 - هو عبد الرحمن بن عبد الله بن أبي عقيل الثقفي، يقال له ابن أم الحكم نسبة لزهابه، وهي بين أبي سفيان، وله خلافة البدر سنة 57 هم، وله الجزيرة، وكان قد غزا الروم سنة 57 هم، ولم تثبت له صحة، ومن قال ذلك فهو متروم، راجع: الإصابة ج2.

108 - الأحمدي ج2 ص 7.
شكاوه أن يخرج أمرئه من ميراثها منه، فابت، فت нек عليه ثلاث نسوة، وأصدقهن ألف دينار كل مرآة منهم، فاجاز ذلك عبد الملك بن مروان، وشرك بينهم في المين (109).

فقد دل هذا الأثران على جواز زواج المريض، إذ الظاهر أن ما فعله معاصي بن جبل وعبد الرحمن بن أم الحكم إنما كان بحضور صاحبة رسول الله صلى الله عليه وسلم - لم يذكر علىهما منكر.

وبالتالي أن ينالáln استدلالهم باثر معاصي بن جبل: لأن معاصي طلب أن يزوجه لحاجته إلى الزواج، إذ لم يكن وقتها مزوجا، فلا تأبه في قال: لا ألقى الله تعالى وأنا عز. بالإحصان والغفارة صورة من صور الحاجة إلى الزواج، وهذا أخص مما ادعاه أصحاب هذا الرأي فإنهم أجازوا زواج المريض ولو كان غير محترج إلى الزواج.

كما يمكن مناقشة الأثر الثاني: بأن عبد الرحمن بن أم الحكم لم تثبت له صحبة (110) لرسول الله صلى الله عليه وسلم حتى يكون في فعلا حجة، وأجازة عبد الملك بن مروان لما فعله عبد الرحمن لا تدل أيضا على جواز هذا الفعل لأن عبد الملك ليس صاحبيا، وإنما هو تابعي (111) ولا حجة في رأي التابعي.

وأспеш أصحاب هذا الرأي على جواز زواج المريض من العقول بما يلي:

(109) الأم: ٤ ص ١٠١ المغني ابن قادمة - ١٠ ص ٢٢٧.

(110) جاء في الإصابة: ٢ ص ٣٧: 'وخلط ابن منه وتبعه ابن نعيم وابن عساكر بترجمته عبد الرحمن بن أبي عقيل الثقفي، والفرق بينهما ظاهر، فإن المتأمي صريح الصحابة، صرحوا بأنه وقد على النبي صلى الله عليه وسلم، وروى ذلك عنه صحابي منه، وأما هذا - يعني XB الملك بن أم الحكم - فلم تثبت له رية إلا بالتميم.

(111) هو عبد الملك بن مروان الأموي الفرشي، من أئمة الخلفاء، ودحهم، نشأ في المدينة فقوما واسع العلم، رضاء الله عليه، واستعمله معاهد علي المدينة وانتقل إلى الخلافة سنة ٨٦ هـ فكان حازما قويا جمع كلمة المسلمين، توفي سنة ٨٨ هـ .. انظر: الأعلام ٢ ص ٢٠١.

٨٠
أولا: أن الزواج كالبيع في أن كلا منهما عقد معوضة، والبيع يجوز في حال الصحة، والمرض، فيصبح كذلك الزواج في حالة الصحة والمرض على حد سواء.

ثانيا: أن عقد الزواج حال المرض صدر من أهله في محلة بشرته، فيصبح قياسا على صحته عند صدوره من السليم (112).

ثالثا: أن الزواج من الحوائز الأصلية، والمصالح الأساسية، لأن بقاء النوع الإنساني بالتناسل ولا طريق للتناسل إلا بالنكاح، والمرض لا يمنع من الحوائز الأصلية كالصرف في ثمن الأدوية والأغذية، فلا يمنع كذلك من النكاح (113).

ويمكن أن ينافق الدليل الأول، بأن قياس الزواج فيه على البيع قياس مع الفارق، فإن البيع فيه معوضة مالية من الطرفين، بخلاف الزواج فإن دفع المال فيه فإنه يكون من قبل الزوج وحده.

كما يمكن مناقشة الدليل الثاني: بأن شروط النكاح لا تتوق في نكاح المريض، لأن من شروط النكاح ألا يكون أحد الزوجين مريضا غير متاح إلى الزواج.

ويمكن أن ينافق الدليل الثالث، كذلك - بأن النكاح يعتبر من الحوائط الأصلية، والمصالح الأساسية، عندما يكون المريض في حاجة إليه، أما إذا كان غير متاح إلى فلا يكون من الحوائط الأصلية في حقه، وإنما يكون سببا من أسباب إلحاق الضرر بالوراثة، وهو أمر غير جائز.

أمثلة أصحاب الرأي الثاني ومناقشتها:

51 - واستدل المالكية في المشهور عندهم على أنه لا يجوز للمريض الزواج

112) أنظر في الدليل الأول والثاني: المغني ج 6 ص 376 فقد جاء فيه: "ولنا أنه عقد معوضة في صحة فتصبح في المرض كالبيع، ولأنه نكاح صدر من أهله في محله بشرته.
فيصبح حال الصحة.

113) لكلمة فتح القدر ج 7 ص 4.
تثناء مرضه مرض الموت، ولو كان يحتاجه إلى هذا الزواج، بأنه لو جاز هذا الزواج لأدخل المريض بذلك على الورثة وارثاً جيداً، وهو منهي عنه لما فيه من الإضرار بالورثة، وقليل أنصبتهم في اليرث (114).

52 - ويمكن مناقشة هذا الدليل بأن هؤلاء الفقهاء لم يذكروا هنا - فيما أطلعنا عليه - دليل واحد بدأ على النبي عن إدخال وارث جديد، على أن دخل الزواج ضمن الورثة في حالة احتاج المريض للزواج لا يكون قصدًا بل تبعًا، فالقصد من الزواج أساسًا بالنسبة للمريض المحتج هو سد حاجته، أما دخل الزواج ضمن الورثة ومشاركته لهم فهو أمر تبعي.

الرأي الراجح:

53 - يستطع بعد عرض أدلل الرأيين ومناقشتها على النحو السابق القول بأنه ينبغي التفرقة بين مريض محتج إلى الزواج فهذا يجوز له الزواج، ومريض غير محتج إليه فلا يجوز له أن يتزوج. وهذه التفرقة في الحكم ضرورية للحفاظ على مصالح المريض من ناحية، ومصالح الورثة والدائنين من ناحية أخرى، فإتنا لو أجازنا للمريض الزواج وهو غير محتج إليه - كما يقول أصحاب الرأي الأول - كان في هذا إضرار بالدائنين والورثة ولو منعنا المريض من الزواج في حالة احتاجه إليه - كما يقول الملقبة - كنا بهذا قد الحقنا الضرر بالمرض، فالخير فيما انتهى إليه من جواز زواج المريض المحتج إلى الزواج، ومنع المريض غير المحتج إليه تحقيقاً لصلاحية الجميع، والله أعلم.

(114) أنظر عیارة الخرتشي السابقة: هامش الفقرة 45، وجب في الشرح الصغير جز. ص. 472.

: "...وعلة المنع: أن فيه إدخال وارث..."
المبحث الثاني
زواج المريض بأكثر من مهر المثل

54- وفقنا - فيما سبق - على حكم زواج المريض بمهر المثل أو باقل منه، ولا يخفى أن الزواج إذا تم على هذا النحو فإنه يجب تسليم المهر إلى المرأة كاملاً، سواء كان في حدود ثلث الثروة أم زاد على ذلك، لأن الزواج في هذه الحالة يشبه البيع بمهر المثل، وقد عرفنا فيما سبق - أن البيع بثمن المثل صحيح، ويوافق من رأس المال (115).

ولكن ما هو الحكم إذا كان المهر السامي للمرأة من قبل المريض قد زاد على الثلث، كما لو كان مهر مثلها خمسة آلاف جنيه فعقد عليها بمهر قدره عشرة آلاف جنيه؟

هنا يجب التفرقة بين ما إذا كانت الزواجة وارثة للمريض أو غير وارثة له، فإنما كانت الزواجة وارثة للمريض ففجأ لها مهر المثل، وما زاد عليه لا تستحقه إلا بإجازة بقية ورثة المريض، وذلك لأن هذه الزيادة محاباة للوارث، فلا تنفذ إلا بإجازة باقي الورثة (116).

أما إذا كانت الزواجة غير وارثة للمريض - كما لو كانت ذمية أو ماتت قبل موته الزوج - ففجأ لها مهر المثل، وما زاد على مهر المثل إن كان في

(115) تكلفة فتح الشاقي ج. 7 ص 604، جامع الفصول ج. 7 ص 333، المغتفي ج. 6 ص 377، وفاء في المذهب المثيري ج. 1 ص 453: "وإن باع المريض بثمن المثل أو زوج امرأة بمهر المثل صح العقد، ولم يعتبر العوض من المثل، لأنه ليس بوصية، لأن الوصية أن يخرج مالاً من غير عوض، ولم يخرج هما شيئاً من غير عوض.

(116) المراجع السابقة، انظر: الأنيس الفراشي ج. 2 ص 773 - 774: "وإن كنا - أي المريض - بأكثر من مهر المثل فزيادة من الثلث."
مبحث الثالث
زواج المريضة بأقل من مهر مثلها

117 جاء في المغني ج2 ص 94:

"لولا تزوج الرجل الصحيح إمرأة مريضة فإما أن يصدقها مهر المثل أو أكثر منه أو دونه، فإن أصدقها مهر المثل أو أكثر منه استحقت ما أصدقها وليس لأحد الاعتراض على هذا التصرف. أما إذا أصدقها دون مهر المثل فقد ذهب الشرعية (118) إلى التفرقة بين ما إذا كان الزوج وارثًا أو غير وارث، فإذا كان وارثًا فثوب الزوجة المريضة مطالبة الزوج بنكيل مهر المثل، لأن قبول الزوجة بأقل من مهر المثل يعتبر تبرعًا لزوج الوراث، والتربر للوارث لا يجوز إلا بإجازة بقية الوراثة. وإذا كان الزوج غير وارث - كما لو كان الزوج مسلمًا والزوجة ذميت، اعتبر ما نقص عن مهر المثل من ثلث، فإذا كان ما نقص في حدوت الثلث نفذ بدون إجازة، وإن زاد على الثلث احتاج الزائد إلى إجازة الوراثة."

118 جاء في شرح البهجة ج4 ص 11: "وفي النكتاح في المرض (التحابي جعلا تبرعا لوارث) فلا ينفذ إلا بإجازة بقية الوراثة. ولكي نكنها المريض أكثر من مهر مثلا، أو نكحمها المريضة بونه، فإن لا يكون من حقب منهما وارثًا فهو ما بقيله، وإن تموت الزوجة الزوج (وأي أي قبل موت زوجها المدرك (أو) لم تمت قبله لكن (لم ترث) منه، فإن كانت ذمة وهو مسلم (فوافقه المهر احتسب) (أنت (من ثلث) المال من غير توقف على إجازة)."
وواضح من الفقرة السابقة أن الشافعية يعتبرون الزوجة قد فوّت على ورثتها حقاً ما لها، وبهذا أجازوا لورثة حق الاعتراض على تصرفها.

75 وذهب الحنابلة (118) إلى عدم الفقرة بين ما إذا كان الزوج وارثًا أو غير وارث، فقالوا: إذا تزوج الصحيح امرأة مريضة بصداق أقل من مهر مثلها فليس لها إلا مهر المثل، ولا حق لأحد من ورثة الزوجة في الاعتراض على تصرفها سواء كان الزوج وارثًا أم غير وارث، وذلك لأن حق الدائنين والورثة يتعلق بتأمين المريض ولا يتعلق بمكافأة بدنها، والمرأة المريضة التي قبلت الزواج بأقل مهر مثلها لم تصرف في مال وإنما تصرفت في مكافأة بدنها، ونظر ذلك ما لو أجرت نفسها بأقل من أجرة المثل فإن ذلك جائز كما سبق بيانه (120).
الفصل الثالث
أثر المرض في الخلع

تمييز وتقييم:
58- الخلع في اللغة: النزع، يقال خلع فلان ثوبه، أو خلع نعله، بمعنى
نزعه (121) وفي اصطلاح الفقهاء هو: الفرقة بعوض يأخذه الزوج (122).
واعتبار الخلع من عقود المعارضات مبني على ما فيه من معنى
المعوضة، فالزوجة تدفع لزوجها مبلغًا من المال في مقابل الموافقة على
مفارقتها وإنها زواها. ومن المواقع يؤثر في الخلع من النواحي
التالية:

أ - مجموعته.
ب - مقدار العوض الذي تدفعه الزوجة.
ج - عدم وقوع التورث بين الزوجين.

وتتناول كل جانب من هذه الجوانب التي يؤثر فيها المرض في مبحث خاص.

المبحث الأول
منهجية الخلع
59- اختلف فقهاء الشرعية في جواز خلع المريض أو المريضة على مذهبين:

121) المغرب - المطيري (مادة: خلع).
122) الأئمة لأعمال الأعراب ج 3 من 300.

وجه مناسبة المذهب الشرعي المعني اللغوي: إن كلا من الزوجين لاباس الأخر، قال تعالى:
"هن لباسكم وأنتن لباس لهن". فإذا انتهت المرأة نفسها من زوجها بمالها، وقام الزوج
بتلقيها، فكانهما نزعًا لباسمها.

انظر: المغرب في مادة خلع، مفتي المحتاج ج 3 من 262.
المذهب الأول - وبه يقول الحنفية (123) والشافعية (124) والحنابلة (165): الإمام مالك (126) في رواية أنه يجوز للمريض أن يخالل زوجته، ويحرم للمرضة أن تخالل زوجها، ولمانع من ذلك شرعا.

المذهب الثاني - وبه يقول الإمام مالك (177) في الرواية الأخرى عنده: أنه لا يجوز لأي من الزوجين إذا كان مريضا مخالفة الآخر، لكن إذا وقع ذلك بالفعل فإنه يكون نافذاً.

(123) جاء في حاشيته: اللآل الديرة في الفوائد الخيرية ج 2 ص 327: "ولو اختلعت من زوجها وهي محببته، والزوج مريض فالخلع جائز بالسمي، قبل ذلك أو أكثر، ولا غيرها بينهما، سواء مات بعد انقضاء العدة أو قبل انقضاء العدة، لوجود الزوج من كل واحد منهما ببطلان حقه.

(124) الأثار لأعمال الأشراف ج 2 ص 106 وفاطمة في الأمصص 5 ص 200: "والخلع في المرض والصحة جائز، كما يجوز البيع في المرض والصحة سواء أنها كان المريض: أحدهما دون الآخر، أوهما معًا.

(125) المغني ج 6 ص 95 ج 7 ص 88-89، وجمعه الأدم أن المخالفة في المرض صحيحة، سواء كان الزوج المريض أو الزوجة أوهما جميعاً.

(126) جاء في المتنبي للبابي ج 4 ص 6: "وأما المرضة في كتاب ابن المازرن مالك لا يجوز الخلع، وروى ابن عبد الحكيم عن جواز ذلك.

وجه القول الأول: أنه عوضها بالطلاق على أمر لا تملكه، لأن الزوجة لاتملك تصوير مالها إليه حال مرضها.

وجه القول الثاني: أن مرض أحد الزوجين لا يمنع وقوع الطلاق، فلم يمنع المشروض به من إزالة الملك.

(127) المرجع السابق: نفس العبارة، الشرح الصغير بحاشية الصاوي ج 2 ص 572.

87
٦٠ - وقد استند أصحاب المذهب الأول إلى الأدلة التالية:

أولاً: أن البائع يجوز في المرض والصحة، فيجوز الخلع كذلك بطرق القياس في المرض والصحة، إذ أن كلا منهما عقد معاوضة (٢٨٧).

ثانياً: أنه يجوز للمريض أن يطلق زوجته أثناء مرضه، فيجوز لزوجته أن يخلعها من باب أولى، لأنه إذا جاز للمريض فقسم عري الزوجية بدون مقابل عن طريق الطلاق، فإنه يجوز له فصمها بمقابل عن طريق الخلع من باب أولي (١٢٩).

ثالثاً: أنه يجوز للمريضة صرف مالها في أغراضها وشهواتها وملذاتها، فيجوز لها صرف مالها في اختلاها من زوجها، باعتبار أن الخلع أحد أعراضها (١٢٠).

رابعاً: أن البضع (١٢١) لا يتعلق بها حق للوارث، فيجوز لذلك الخلع الزوج والزوجة المريضة (١٢٢).

٨٨
١٢٩ جاء في الأم ج٥ ص ٢٠٠: "إذ كان الزوج المريض فخلعها بالكلل من مهر ملكها ما كان أو أكثر فخلع جائز، وإن مات من المرض، لأنه لم تقله بغير شيء كان الطلاق جائزاً.

١٣٠ جاء في نهاية المحتاج ج٦ ص ٢٩٠: "ويسح خلع المريض بالكلل شيء، لأن طلاقه مجاناً صحيح، فيما أولاً.

١٣١ نهاية المحتاج ج٦ ص ٢٣٠: مفتي المحتاج ج٦ ص ٢٦٥٥-٢٦٤.

١٣٢ نهاية المحتاج ج٦ ص ٢٣٠: مفتي المحتاج ج٦ ص ٢٦٥٥-٢٦٤.

٨٨

٦٠ - وقد استند أصحاب المذهب الأول إلى الأدلة التالية:
66 - واستدلال أصحاب الذهب الثاني على عدم جواز خلع المريض والرضبة:
بأنه لو جاز الخلع لما أدى ذلك إلى إخراج وارث (132)، لأن الزوجة
نتهي بالخلع وهي سبب الإرث، وإخراج وارث أمر محروم.
وإضداوا على عدم جواز الخلع من الزوجة المريضة: بأن الزوجة لا تملك
حق إعطاء مالها إلى زوجها أثناء مرضها (124).

67 - لكن يمكن أن ينقش الدليل الأول لأصحاب الذهب الثاني: بأن الخلع
ينتمي برغبة كل من الزوج والزوجة، لأنه عقد كسائر العقود التي يشترط
فيها رضي الطرفين، وعلى هذا فخروج الوارث تم باختياره وليس قهرًا
عنهم. كما يمكن مناقشة دليلهم الثاني بأن المريضة من حقها أن تصرف
مالها في مطالبها وأغراضها التي تحتاج إليها، والخلع داخل في هذه
الطالب والأغراض، فلا تمنع المريضة منه، لا سيما وأنه عقد معاوضة
وليس تباعًا.

68 - وعلى هذا يمكنا ترجيح الذهب الأول القائل بجواز خلع المريض
والرضبة، لسلامة أدلةه من المناقشة، كما رأينا فيما سبق، والله أعلم.

المبحث الثاني
المرض الذي تدفع الزوجة
69 - يختلف الحكم في العوام الذي تدفع الزوجة في الخلع بخلاف شخص
المريض، فإذا كان المريض هو الزوج فلا تأثير للمرض بحال، سواء
كان ما أخذ المريض من زوجته مساوياً لمهر مثلها أم أقل أم أكثر، فلا
حق للورثة في الاعتراض على هذا التصرف إذا من المقرر أن المريض

(132) جاء فيشرح الصغير ج2 ص 273: "(ففقد خلع المريض) مرضًا مخفًا... وأشار
بقوله (ففقد خلع المريض) إلى أنه لا يجوز إبداء لما فيه من إخراج ورثة.
(134) انظر عبارة الباقية السابقة.
يسح منه طلاق زوجته مع أنه بغير مقابل، فإذا خالع زوجته مقابل كأن الخط صحيحاً من باب أولى (۱۲۵).

۶۵ - أما إذا كان المريض هو الزوجة فقد اختفى الفقه فيما يجب للزوج على أربعة آراء:

الرأي الأول - ويه قال الحنفية (۱۳۶) - : أنه يجب التفرقة في الحكم بين ماذا مات الزوجة قبل انقضاء العدة أو بعدها، فإذا مات قبل انقضاء العدة كان للزوج الأقل من ثلاثة أشياء: العوض المتفق عليه في الخلع، أو مقدار ما يبره على اعتراض أنه وارث، أو شكل التركبة. وإذا مات الزوجة بعد انقضاء العدة كان للزوج الحق في الأقل من شيئين: العوض المتفق عليه في الخلع، أو شكل التركبة.

وقد قال الحنفية بوجب الأقل من ثلاثة أشياء أو من شيئين مخافة أن تكون الزوجة قد عبدت إلى نفع زوجها لا بكثر من نصيبه في المرثى عن طريق الخلع.

الرأي الثاني - ويه قال الحنفية(۱۳۷) وهو المعول عليه عند المالكية(۱۲۸) - : أن الزوج يستحق الأقل من شيئين: العوض المتفق عليه في الخلع.

۱۲۵ - راجع: المسطوح ج. ۲ ص. ۱۳۶، ۱۳۷ وâmûrûtûا. المفسرة السابقة، المغني ج. ۷ ص. ۸۸ وقد جاء فيه: "أما خلعه لزوجته فلا إشكال في صحته، سواء كان بغير ملكها أو أكثر أو أقل، ولا يعتبر من ذلك. لأنه لو طلق بغير عوض لصح، فإننا جميع بخصوص أولى، وإن الزوجة لا يقوين بخلع شه، فإنه لو مث ولها امرأة لم تثبت بمثle ولم تنقل إلى زواجه.

۱۲۶ - المسطوح ج. ۲ ص. ۱۳۶، ۱۳۷ جامع الفصول ج. ۹ ص. ۲۳۰ - ۲۳۸.

۱۲۷ - جاء في المغني ج. ۷ ص. ۸۶: "ثم إذا خالفته المريضة بمراتب منها فما دونه صبح ولا رجوع. وإن خالفته زواج بملك الإزادة، وهذا قول الثوري، واسحق وانظر المغني في موضوع آخر ج. ۶ ص. ۱۰۵ فقد قارن بين المذهب في المسألة.

۱۲۸ - جاء في شرح الخرساوي ج. ۳ ص. ۱۶۰: "أعلم أن مالكة قال في المدينة: ومن اختلف في= ۹۰
أو المقدار الذي يستحقه على فرض أنه وارث. وحتجتهم: أن الزوجة التي تظل زوجها في مرضها متمهّمة بأنها قد تزيد نفع زوجها بنصيب أكثر مما يستحقه بطريقة الميراث، فإذا وجب على الأقل مسماً، مما يستحقه على فرض إرث فقد زالت هذه التهمة، لأن الزوج إذا لم يأخذ هذه طريق الخلع فإنها يأخذه بطريقة الميراث (129).

الرأي الثالث - وبه قال عدد قليل من فقهاء المالكية (140) - أن على الزوج أن يرد كل ما دفعته له الزوجة التي خالتته في مرضها. وهذا الرأي منتقد، لأنه مبني على أن الخلع في مرض الموت حرام.

وقد أثبتنا قبل رحجان جوازه (141).

- مرضها - وهو صحيح - يجمع مالها لم يجز ولا يرثها. وقال ابن الاقاسم فيها وأنه آرى أنها إذا اختلطت منه بكثر من ميراث منها فله قدر ميراثه ويرد الزائد فإن اختلط منه بقدر ميراثه فاقل ذلك جائز، ولم يتوارث.

واختلف هل قولهما خلاف؟ وإليه ذهب ابن الزواز وابن نافع، وعليه يقول مالك لم يجز. أي يبطل جميعه، ويرد مال زائد منه. أو فقده وهو ماذبه إليه غدراً والأكثر عليه قول مالك لم يجز. أي لم يجز الزائد من الخلع به على إرثه. ذي أنه يبطل.

القدر المبالر إلزمه مما خالت به.

وانظر حاشية العدوى على القرشي: في نفس الموضع: الشرح الصغير ج2 ص 628 - 524.

(129) أنظر المغني ج7 ص 88. فقد جاء فيه - تعليقاً لعدم جواز الخلع بكثر مم ميراث الزوج.

(141) راجع الفقرة 59 وما بعدها
الرأي الرابع: ويقول الشافعية (١٤٢): أن الزوج لا يحقق إلا مهر الملل
أما مزاド عليه فإنه يكون تبرعا لا ينفد منه إلا مئات في حدود
الثلث.

وعلي هذا قلنا كان بدل الخلع خمسة آلاف جنيه، ومهر مثلا ثلاث آلاف
استحق الزوج ثلاثة آلاف، والألفان الزائدة عن مهر المثل لا يستحقهما
الزوج إلا إذا كانا في حدود ثلاث الدرهم، فإذا كانا أكثر من الثلث أخذ
منهما مقدار الثلث فقط.

ودليلهم على ما ذهبوا إليه: أن مزاود على مهر المثل يعتبر تبرعا من
الزوجة للزوج، لأنهم لم تأخذ مقابله له، فيجري عليه حكم المحاباة في
البيع.

ويمكن مناقشة هذا الرأي بأن الزوجة المريضة متهمة بأنها قد تم إعطاء
زوجها مال بطرق الخلع أكثر من نصبه بطرق الميراث، فلذا كان
ضروريا الاستعانة على ما ذهب إليه الحباب الإداريه وأكثر المالكية من جعل
نصيب الزوج الأقل من أمرين: عوض الخلع أو نصيبه في الميراث.

الراجح:

٦٦ - هذا وقد تبين مما سبق أن الرأج في هذه المسألة ما ذهب إليه الحباب
ومع معه، حيث سلم دليلهم من المناقشة في حين أنه لم تسلم أدلة
الآراء الأخرى من ذلك، والله أعلم.

(١٤٢) انظر نهاية المحتاج ج٦ ص ٣٩٠ فقد جاء فيها: • • • وهي مثل اخطاع المريضة مرض
تولى لأن لها صرف مالها في شؤونها، بخلاف السفيرة (ولا يحسب من الثلث إلا زائد
على مهر المثل) لأن الزياد عليه هو التبرع وليس مازاد على وارث، لخروج الخلع عن الإرث
ومن ثم لازم بنوتو عم توقف الزائد بيجالة مطلقًا. أما مهر المثل فاقل فإن رأس
المال..
المبحث الثالث

عدم وقوع التوتر بين الزوجين

27- إذا خالعت المرأة زوجها فإنه يتزوج على ذلك عدم التوتر بينهما،
باعتبار أن سبب الإرث هو الزوجية، وقد زالت بالخلاص.
ولقد اختلف الفقهاء في مدى تطبيق هذا الحكم، فذهب جمهورهم (1)
إلى أنه يستوي في هذا الحكم أن يكون الزوج هو الزوجة،
لأنه لا يتصور من أحدهما الفرار من الإرث بالخلع، ذلك أن الخلع يتم
بإرادتهما.
وهب المالكية (2) إلى التفرقة بين فرضين:

الفرض الأول: أن يكون الزوج هو الزوج: وهي هذا الفرض فإن الزوجة ترثه
إن لم تقبلها، ولا يبرثن إن مات قبلاً. أما أنها ترثه فإنه قد
يقصد بالخلع حرمانها من الإرث، بناء على مادهها إليه من
أن النقر يمكن وجوده حتى مع رضي الزوجة بالفرق، وأما أنه
لا يبرثن فإنها هو الذي أسقط ما كان يستحقه ميراثًا بقبوله
الخلع.

الفرض الثاني: أن يكون الزوج الزوجة: وفي هذا الفرض لا يبرث أي من
الزوجين الآخر.

وإلى هنا ينتهي - يحمد الله تعالى - ماردننا تضمينه هذا
البحث والله نسأل أن يجعله خالصاً لوجهه الكريم وأن ينتفع به
أمين.

(1) جامع الفصولين وحاشية اللالة الدرية ج ص 237 - 238 
290ـ 328، نهاية الخلاف (2) نظر الخلاف 
وقد مرتب تزوجها، وفجاء في الأم ج ص 200: ولذرته المتصلة في المرض ولا في
الصحة زوجها، ولا يبرثن ولو مات أدمهها وهي في العدة، ولانظر المغني فين قدماء ج ص
233 (ط: المثار 1947).

(2) جاء في شرح الصغير ج ص 247: ( forn خلع الزوج ) مرسما مخوا ( وترتبه
) زوجته المتخلة من مرضه إن مات منه، ولو خرجت من العدة وتزوجت بغيره ( دونها ) أي
فلا يبرثن فإن مات ففي مرضه قبله، ولو كانت مرتبة حال الخلع أيضاً، لأنها هو الذي
أسقط ما كان يستحقه، ولانظر: شرح الخليلي ج ص 158.