الجامعة الأردنية
كلية الدراسات العليا

عميد كلية الدراسات العليا

أحكام الصلح بالمال
في الفقه الإسلامي

ذوالكفلي بن مودا بن يوسف

إشراف:

فضيلة الدكتور سري زيد الكيلاني

قدمت هذه الرسالة استكمالا لمتطلبات نيل درجة الماجستير في الفقه وأصوله بكلية الدراسات العليا في الجامعة الأردنية

١٤١٦ هـ /١٩٩٥ م

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

نوقشت هذه الرسالة بتاريخ ١٩٩٥/٨/٥م وأجيزت.

أعضاء اللجنة		التوقيع
١) الدكتور سري زيد الكيلاني	مشرفا ورئيسا	.....
٢) الأستاذ الدكتور محمد حسن أبو يحيى	عضوا	.....
٣) الدكتور يوسف علي محمود	عضوا	.....

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الشكر

أتقدم بالشكر والتقدير إلى أستاذي الفاضل الدكتور سري زيد الكيلاني على تفضله بالإشراف على هذه الرسالة وتوجيهاته ونصائحه السديدة.

كما أتقدم بالشكر الجزيل لأستاذي الكريمين الفاضلين:

١- الأستاذ الدكتور محمد حسن أبو يحيى

٢- الدكتور يوسف علي محمود

على تكرمهما بقبول مناقشة هذه الرسالة لإبداء الملاحظات القيمة والتوجيهات النافعة.

وأقدم خالص شكري وامتناني لكل من قدم لي النصح والعون في كلية الشريعة بالجامعة الأردنية.

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم والحمد لله رب العالمين.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المحتويات

قرار اللجنة ..... ب

الإهداء ..... ج

الشكر والتقدير ..... د

محتويات الرسالة ..... هـ

الملخص باللغة العربية ..... ك

المقدمة ١

الفصل الأول: حقيقة الصلح بالمال وأركانه وشروطه ومشروعيته ٨

المبحث الأول: حقيقة الصلح في الشريعة الإسلامية ومشروعيته وأنواعه ومجالاته ٨

المطلب الأول: مفهوم الصلح في الشريعة الإسلامية ٨

الفرع الأول: مفهوم الصلح لغة واصطلاحا ٨

الغصن الأول: المفهوم اللغوي ٨

الغصن الثاني: المفهوم الاصطلاحي ٩

الغصن الثالث: التعريف المختار ١١

المطلب الثاني: مفهوم الصلح بالمال ١٢

المطلب الثالث: حكم الصلح في الشريعة الإسلامية ١٢

الفرع الأول: مشروعية الصلح في الشريعة الإسلامية ١٤

الغصن الأول: من الكتاب ١٤

الغصن الثاني: من السنة النبوية ١٧

الغصن الثالث: من الإجماع ١٨

الفرع الثاني: مشروعية الصلح بالمال ١٩

المطلب الرابع: أنواع الصلح ومجالاته ٢٠

الفرع الأول: أنواع الصلح ٢٠

الفرع الثاني: مجالات الصلح ٢٠

المبحث الثاني: أركان الصلح بالمال وشروطه ٢١

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المطلب الأول: أركان الصلح بالمال ٢١
المطلب الثاني: شروط الصلح بالمال ٢٢
الفرع الأول: شروط الصيغة ٢٢
الفرع الثاني: شروط العاقدين ٢٤
الفرع الثالث: شروط محل العقد ٢٥
الفرع الرابع: شروط بدل الصلح ٢٩

الفصل الثاني: أحكام الصلح بالمال في العقود المالية ٣١
المبحث الأول: الصلح بالمال في العقود المالية مع الإقرار ٣٢
المطلب الأول: مفهوم الصلح بالمال مع الإقرار وصوره ٣٢
الفرع الأول: مفهومه ٣٢
الفرع الثاني: صوره ٣٢
المطلب الثاني: أحكام الصلح بالمال في العقود المالية مع الإقرار ٣٤
الفرع الأول: الصلح على العين المدعاة ٣٤
الفرع الثاني: الصلح على غير العين المدعاة ٣٧
الفرع الثالث: الصلح على الدين المدعى ٣٨
الفرع الرابع: الصلح على غير الدين المدعى ٣٩
الفرع الخامس: الصلح على منفعة العين المدعاة ٤٠
الفرع السادس: الصلح على منفعة غير العين المدعاة ٤١

المبحث الثاني: أحكام الصلح بالمال في العقود المالية مع الإنكار ٤٢
المطلب الاول: الصلح بالمال مع الإنكار مفهومه وصوره ٤٢
الفرع الأول: مفهوم الصلح بالمال مع الإنكار ٤٢
الفرع الثاني: صور الصلح بالمال مع الإنكار ٤٢
المطلب الثاني: أحكام الصلح بالمال في العقود المالية مع الإنكار ٤٢

المبحث الثالث: الصلح بالمال في العقود المالية مع السكوت ٤٩
المطلب الأول: مفهوم الصلح بالمال مع السكوت وصوره ٤٩

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المطلب الثاني: أحكام الصلح بالمال في العقود المالية مع السكوت ٤٩

المبحث الرابع: آثار الصلح بالمال في العقود المالية ٥١

الفصل الثالث: أحكام الصلح بالمال في قضايا الأحوال الشخصية ٥٣

المبحث الأول: مفهوم الصلح بالمال في قضايا الأحوال الشخصية ومشروعيته وأركانه وشروطه.. ٥٤

المطلب الأول: مفهوم الصلح بالمال في قضايا الأحوال الشخصية وأركانه وشروطه ٥٤

المطلب الثاني: مشروعية الصلح بالمال في قضايا الأحوال الشخصية ٥٨

المطلب الثالث: أركان الصلح بالمال في قضايا الأحوال الشخصية وشروطه ٦٠

المبحث الثاني: أحكام الصلح بالمال في قضايا الأحوال الشخصية ٦٤

المطلب الأول: الخلع ٦٤

الفرع الأول: معنى الخلع لغة واصطلاحا ومشروعيته ٦٤

الغصن الأول: المعنى اللغوي ٦٤

الغصن الثاني: الخلع في الإصطلاح الفقهي ٦٤

الغصن الثالث: مشروعية الخلع ٦٥

الفرع الثاني: حكم الخلع ٦٥

الفرع الثالث: الخلع هو الصلح بالمال ٦٧

الفرع الرابع: بيان الأحكام المتعلقة بالخلع بكل عنصر من عناصره ٦٧

الغصن الأول: العقد ٦٧

- المسألة الأولى: الخلع بالمعاطاة ٦٨

- المسألة الثانية: خلع السفيه ٦٩

- المسألة الثالثة: خلع المريض مرض الموت ٧٠

- المسألة الرابعة: خلع الصغير والمجنون وما في حكمهما ٧١

الغصن الثاني: وجود التراضي ٧٣

- الحالة الأولى: حالة عدم قيام الزوجة بحقوق زوجها ٧٣

- الحالة الثانية: حالة استقرار الحياة الزوجية ٧٤

- الحالة الثالثة: عضل الرجل زوجته على الخلع ٧٧

الغصن الثالث: بدل الخلع "العوض" ٧٩

- النقطة الأولى: مقدار العوض ٧٩

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

- المسألة الأولى: هل حدد الشارع مقدارا معينا في العوض ٧٩
= المسألة الثانية: الخلع بالشيء المجهول ٨٢
– النقطة الثانية: أنواع العوض ٨٣
= النوع الأول: المهر ٨٣
- النوع الثاني: الخلع على النفقة المالية ٨٤
= النوع الثالث: الخلع على نفقة الصغير ٨٤
= النوع الرابع: الخلع على إرضاع الصغير ٨٥
= النوع الخامس: الخلع على حق السكنى للمختلعة ٨٦
= النوع السادس: الخلع على إسقاط الحضانة ٨٧
الفرع الخامس: آثار الخلع ٨٨
المطلب الثاني: التخارج ٨٩
الفرع الأول: تعريف التخارج ومشروعيته ٨٩
الفرع الثاني: التخارج هو الصلح بالمال ٩٠
الفرع الثالث: حالات التخارج ٩٠
الفرع الرابع: آثار التخارج ٩١

الفصل الرابع: أحكام الصلح بالمال في الجنايات والعقوبات ٩٢
المبحث الأول: مفهوم الصلح بالمال في الجنايات والعقوبات ومشروعيته وشروطه ٩٣
المطلب الأول: مفهوم الصلح بالمال في الجنايات والعقوبات ٩٣
المطلب الثاني: مشروعية الصلح بالمال في الجنايات والعقوبات ١٠٠
المطلب الثالث: شروط الصلح بالمال في الجنايات والعقوبات ١٠١

المبحث الثاني: أحكام الصلح بالمال في الجنايات والعقوبات (فيما يوجب حدا وقصاصا) ١٠٢
المطلب الأول: الصلح بالمال في القصاص ١٠٢
الفرع الأول: معنى القصاص لغة واصطلاحا ومشروعيته ١٠٢
الغصن الأول: القصاص لغة ١٠٢
الغصن الثاني: معنى القصاص اصطلاحا ١٠٢
الغصن الثالث: مشروعيته ١٠٣
الفرع الثاني: أحكام الصلح بالمال في القصاص ١٠٣
الغصن الأول: العنصر الأول (العقد) ١٠٤

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

- المسألة الأولى: من يستحق تولي عقد الصلح ١٠٤
- المسألة الثانية: ولي من لا ولي له ١٠٦
- المسألة الثالثة: هل يجوز للولي الصلح عن الصغير أو المجنون ١٠٧
الغصن الثاني: العنصران الثاني والثالث (وجود التراضي ورفع النزاع) ١٠٨
- المسألة الأولى: هل يجب القصاص عينا ولا يتحول إلى الصلح إلا برضا الجاني ١٠٩
- المسألة الثانية: هل يسقط القصاص بصلح بعض الأولياء ١١٠
الغصن الثالث: العنصر الرابع (العوض) ١١٢
- المسألة الأولى: هل حدد الشارع قدر عوض الصلح في الجنايات ١١٢
= النوع الأول: الدية ١١٢
= النوع الثاني: الأرش المقدر ١١٥
= النوع الثالث: الأرش غير المقدر ١١٦
= النوع الرابع: المبلغ الذي اتفق عليه الطرفان ١١٧
- المسألة الثانية: هل الجاني وحده يتحمل بدل الصلح ١١٧
المطلب الثاني: الصلح بالمال في الحدود ١١٩

المبحث الثالث: آثار الصلح بالمال في العقوبات والجنايات ١٣٠

الفصل الخامس: أحكام الصلح بالمال في المعاهدات الدولية ١٢٢
المبحث الأول: مفهوم الصلح بالمال في المعاهدات الدولية ومشروعيته وشروطه ١٢٣
المطلب الأول: مفهوم الصلح بالمال في المعاهدات الدولية ١٢٣
المطلب الثاني: مشروعية الصلح بالمال في المعاهدات الدولية ١٢٥
المطلب الثالث: أركان الصلح بالمال في المعاهدات الدولية وشروطه ١٢٧
المبحث الثاني: أحكام الصلح بالمال في المعاهدات الدولية ١٣٠
المطلب الأول: الصلح بالمال على حق المواطنة ١٣٠
الفرع الأول: عقد الذمة لغة واصطلاحا ١٣٠
الغصن الأول: المعنى اللغوي ١٣٠
الغصن الثاني: المعنى الإصطلاحي ١٣٠
الفرع الثاني: حكم عقد الذمة ١٣٢
- أولا: العنصران العقد والتراضي ١٣٣
= المسألة الأولى: من يتولى إجراء عقد الذمة ١٣٥

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

= المسألة الثانية: من الذي أن تعقد له الذمة ١٣٥
- ثانيا: العنصر الثالث رفع النزاع..... ١٤٠
- ثالثا: العنصر الرابع بدل العوض..... ١٤٠
= المسألة الأولى: من يجب عليه الجزية..... ١٤١
- المسألة الثانية: مقدار الجزية ١٤٣
- المسألة الثالثة: وقت وجوب الجزية ١٤٤
- المسألة الرابعة: ما تكون منه الجزية ١٤٥
المطلب الثاني: الصلح بالمال مع الدول غير الإسلامية ١٤٥
الفرع الأول: أحوال الصلح بالمال مع الدول غير الإسلامية ١٤٥
الفرع الثاني: آثار الصلح بالمال مع الدول غير الاسلامية..... ١٤٨

الفصل السادس : فسخ عقد الصلح بالمال وانفساخه ١٥٠
المبحث الأول: أسباب فسخ عقد الصلح بالمال ١٥١
المطلب الأول: في العقود المالية..... ١٥١
المطلب الثاني: في الأحوال الشخصية..... ١٥٢
الفرع الاول: في الخلع ١٥٢
الفرع الثاني: في التخارج..... ١٥٣
المطلب الثالث: في الجنايات والعقوبات..... ١٥٣
المطلب الرابع: في المعاهدات الدولية ١٥٤
الفرع الاول: في المعاهدات الدولية..... ١٥٤
الفرع الثاني: في عقد الذمة ١٥٥

المبحث الثاني: انفساخ عقد الصلح بالمال وأسبابه ١٥٩

المبحث الثالث: آثار فسخ عقد الصلح بالمال ١٦٢

الخاتمة..... ١٦٤
المراجع..... ١٦٧
الملخص باللغة الإنجليزية..... ١٨٠

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الملخـــــــــص

احكام الصلح بالمال في الفقه الاسلامـــــــي

ذو الكفلي بن محمود بن يوسف

اسم المشرف : الدكتور ســـــرى زيـــد الكيلاني

يتبوأ عقد الصلح مكانة سامية وأهمية خاصة وأثـرا بالغـا في إنهـاء الخصومـة والحفـاظ علـى سلامة المجتمع المسلم واستقرار العلاقات الإجتماعية حيث رغب الإسـلام فيـه وحـث عليـه وهـو مـا دعاني إلى اختياره موضوعا لهذ البحث.

ونظرا لتنوع عقد الصلـح في الفقـه الإسـلامي فقـد اخـترت الصلـح بالمـال لدراسـة حقيقتـه وأحكامه فجاء بيان ذلك في ستة فصول شملت:

- مفهومه
- ومشروعيته
- وأحكامه
- وآثار هذه الأحكام
- والأمور التي تفسخ هذا العقد
- وما يترتب على ذلك في كل مـن العقـود الماليـة وقضايـا الأحـوال الشـخصية ومسـائل الجنايـات والعقوبات ومجال المعاهدات الدولية.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

مقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة على المبعوث رحمة للعالمين وعلى آله وصحبه ومن تبعه بإحسان إلى يوم الدين . أما بعد :-

فإن الله سبحانه وتعالى قد سخر للناس هذا الكون واستعمرهم -في هذه الأرض- ليحققوا خلافة الله فيها وفق منهجه سبحانه وتعالى. ولما كان الإنسان مدنيا بالطبع ويعيش بين أفراد مجتمع إنساني ، فإن مصالحه قد تتعارض -أحيانا- مع مصالح الغير ، وقد يؤدي هذا التعارض إلى المنازعات والخصومات. ولذلك جاء الإسلام بالأحكام الهادفة لاستئصال جذور مثل هذه المنازعات والخصومات ، ومن هذه الأحكام الصلح.

وسأقوم في هذا البحث بدراسة جزء هام من موضوع الصلح وهو "الصلح بالمال". فالموضوع عبارة عن بحث فقهي يتناول قضية فقهية خاصة تبين دور الشريعة الإسلامية في بناء الأحكام المتعلقة بالمصالحة عن طريق التعويض المالي.

ومما ينبغي ذكره أن الموضوع يتناول أحكام الصلح بالمال فقط ، أما الصلح بغير المال كالعفو والإبراء وغير ذلك فإنه لا يدخل في إطار البحث. وعليه فإن البحث يتناول أحكام الصلح بالمال في الأحوال الشخصية وفي العلاقات الدولية وفي العقوبات والجنايات بالإضافة الى أحكام الصلح بالمال في العقود المالية.

أما أسباب اختيار هذا الموضوع فهي ما يلي:-

١- عدم وجود بحث مستقل يتناول هذا الموضوع من جميع جوانبه حيث لم أجد إلا ما تناوله الفقهاء في كتبهم على شكل جزئيات متناثرة ، لذلك تأتي هذه الدراسة لتجميع جوانب هذا الموضوع بصورة متكاملة متناسقة مستقلة.

٢- إن الموضوع له مساس مباشر بواقع الناس وحياتهم لأنه يتعرض لقضايا شائعة منتشرة بينهم يعيشونها ويتفاعلون معها ولا بد -والحالة هذه- من بيان حكم الشريعة وموقفها في هذه القضايا فضلا عن إبراز كفاية الشريعة في تحقيق الأهداف السامية من إقامة الحق ونشر العدل ومحاربة الظلم والفساد بين الناس في الحياة.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

٣- حاجة أفراد المجتمع الإسلامي إلى معرفة هذه الأحكام وبخاصة في العصر الحاضر حيث عمت بلوى التشاجر والتشاحن بين الناس ، لعل هذه المعرفة النظرية لديهم تنتقل إلى صورة التطبيق العملي ليتم بذلك تمثل أحكام الشريعة والإلتزام بها في مجالات الحياة الإنسانية وميادينها المتعددة.

الجهود السابقة

سبق القول أن الموضوع لم يسبق لأحد من الباحثين أن أفرده ببحث خاص مستقل وإن كان قد تناوله كثير من الفقهاء القدامى والباحثين المعاصرين في مواضع شتى من كتبهم الفقهية ومؤلفاتهم القيمة غير أنها لم تجمع شتات الموضوع وتبرزه بصورة متكاملة مستقلة ، حيث تعرض بعض الباحثين المعاصرين الى أحكام الصلح بصورة عامة من هؤلاء:

١- الدكتور ياسين محمد يحيى في كتابه "عقد الصلح بين الشريعة الاسلامية والقانون المدني". حيث تعرض إلى أحكام الصلح في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي المطبق في الدول العربية -وبخاصة في مصر- فجاء بحثه في صورة دراسة مقارنة فقهية قضائية تشريعية. ولعل هذه الدراسة محاولة جادة من محاولات عديدة مفيدة تقصد إلى إحياء التراث الفقهي الإسلامي الذي كان نبراسا وهاديا لمن اشتغل بتقنين القوانين وهو بسبيل سن التشريعات التي تدعو إليها الحاجة لتنظيم مختلف العلاقات القانونية في المجتمع الاسلامي المعاصر.

والكتاب -على سبيل الإختصار- يقوم على أساسين:

الأساس الأول: المقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي من حيث أحكام الصلح.

الأساس الثاني: إظهار وإخراج أحكام الصلح في الشريعة الاسلامية في صورة قانونية معاصرة.

ولعل من المفيد هنا أن أبين جوانب تميز البحث الذي أقوم به عن ذلك الكتاب حيث يبدو ذلك التميز في أمرين ، هما:

الأمر الأول: تخصيص البحث في نوع من أنواع أحكام الصلح وهو الصلح بالمال فقط. أما باقي أحكام الصلح العامة كالصلح بدون عوض والصلح بعوض معنوي والعفو والإبراء وغيرها. فلا يتناولها بحثي في هذه الدراسة.

الأمر الثاني: إن موضع إهتمامي هنا هو بيان الأحكام المتعلقة بالصلح بالمال في الفقه الإسلامي من خلال المذاهب الفقهية فقط ، وذلك من خلال الدراسة المقارنة بين هذه المذاهب دون التعرض لأحكام الصلح بالمال في القانون الوضعي.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

٢- الأستاذ محجوب عبد النور ، في كتابه "الصلح وأثره في إنهاء الخصومة في الفقه الاسلامي" حيث قدمه لكلية دار العلوم جامعة القاهرة بمصر لنيل درجة الماجستر وقد اهتم بالأمور الآتية:

الأمر الأول: مقارنة عقد الصلح الإسلامي بعقد الصلح في القانون الوضعي.

الأمر الثاني: البحث عن كل ما يتعلق بالصلح في مجال العقود المالية والأحوال الشخصية والجنايات والمعاهدات الدولية.

الأمر الثالث: البحث لا يختص ببيان أحكام الصلح بالمال فقط بل يستوعب الصلح بدون المال والصلح بالعوض المعنوي.

ويتميز بحثي عنه في الإقتصار على دراسة الجانب الفقهي الشرعي دون القانوني الوضعي وذلك فيما يتعلق بأحكام عقد الصلح الذي يتم بعوض مادي لا غير.

٣- الدكتور نزيه حماد ، حيث تناول موضوعا بعنوان "الصلح في الأموال" وقد تحدث فيه عن أحكام الشريعة في الصلح في العقود المالية (المعاملات) في تحصيل البراءة بين المتخاصمين وقطع النزاع بينهما.

ويتميز بحثي عنه في أن بحثي لا يقتصر على أحكام الصلح بالمال في العقود المالية فقط بل يستوعب كل عقود التصالح والمصالحة بالمال كعقد الهدنة الدولية والديات في القصاص والخلع والتخارج وغيرها.

منهج البحث

يمكن وصف المنهج الذي اتبعته في هذا البحث كما يلي:

أولا: الرجوع إلى كتاب الله وجمع الآيات الكريمة التي تتعلق بالموضوع ثم تتبع آراء المفسرين في تأويل هذه الآيات من خلال كتب التفسير المتعلقة بالأحكام الفقهية مثل "الجامع لأحكام القرآن" للقرطبي و"أحكام القرآن" لكل من ابن العربي والجصاص.

ثانيا: الرجوع -بعد القرآن- إلى كتب الحديث وجمع الأحاديث التي لها علاقة بالموضوع ثم الإلتزام بالصحيح والحسن منها وعرض أراء العلماء فيها -استنباطهم وفهمهم- من خلال كتب فقه الحديث مثل "نيل الأوطار" للشوكاني "وسبل السلام" للصنعاني "وفتح الباري" للعسقلاني.

ثالثا: الرجوع إلى كتب الفقه المعتمدة - في المذاهب الأربعة والمذهب الظاهري- وتحري الأبواب التي لها علاقة بالموضوع ثم استقراء النصوص وتحليلها ثم عرض الأراء ومقارنتها موضحا في ذلك أدلة كل رأي مع مناقشتها -بقدر الإمكان- ثم اختيار ما يترجح لدي منها.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

رابعا: في ثنايا ذلك قمت ببيان معاني المصطلحات التي تقتضي الضرورة بيانها إلى جانب التوثيق العلمي الصحيح من حيث توثيق الآيات والأحاديث وإسناد النصوص إلى مراجعها.

خطة البحث

مقدمة: بيان أهمية الموضوع وسبب اختياره وأهدافه وبيان منهج البحث وخطته.

الفصل الأول: حقيقة الصلح بالمال وأركانه وشروطه ومشروعيته

المبحث الأول: حقيقة الصلح في الشريعة الإسلامية ومشروعيته وأنواعه ومجالاته

المطلب الأول: مفهوم الصلح في الشريعة الإسلامية

المطلب الثاني: مفهوم الصلح بالمال

المطلب الثالث: الصلح في الشريعة الإسلامية

مشروعية الصلح في الشريعة الإسلامية

مشروعية الصلح بالمال

المطلب الرابع: أنواع الصلح ومجالاته

أنواع الصلح

مجالات الصلح

المبحث الثاني: أركان الصلح بالمال وشروطه

المطلب الأول: أركانه

المطلب الثاني: وشروطه

الفصل الثاني: أحكام الصلح بالمال في العقود المالية

المبحث الأول: الصلح بالمال في العقود المالية مع الإقرار

المطلب الأول: مفهومه وصوره

المطلب الثاني: أحكام الصلح بالمال في العقود المالية مع الإقرار

المبحث الثاني: الصلح بالمال في العقود المالية مع الإنكار

المطلب الأول: مفهومه وصوره

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المطلب الثاني: أحكام الصلح بالمال في العقود المالية مع الإنكار

المبحث الثالث: الصلح بالمال في العقود المالية مع السكوت

المطلب الأول: مفهومه وصوره

المطلب الثاني: أحكام الصلح بالمال في العقود المالية مع السكوت

المبحث الرابع: آثار الصلح بالمال في العقود المالية

الفصل الثالث: أحكام الصلح بالمال في الأحوال الشخصية

المبحث الأول: مفهوم الصلح بالمال في الأحوال الشخصية ومشروعيته وأركانه وشروطه

المطلب الأول: مفهوم الصلح بالمال في الأحوال الشخصية

المطلب الثاني: مشروعية الصلح بالمال في الأحوال الشخصية

المطلب الثالث: أركان الصلح بالمال وشروطه في الأحوال الشخصية

المبحث الثاني: أحكام الصلح بالمال في الأحوال الشخصية

المطلب الأول: الخلع

المطلب الثاني: التخارج

الفصل الرابع: أحكام الصلح بالمال في الجنايات والعقوبات

المبحث الأول: مفهومه ومشروعيته وشروطه

المطلب الأول: مفهوم الصلح بالمال في الجنايات والعقوبات

المطلب الثاني: مشروعية الصلح بالمال في الجنايات والعقوبات

المطلب الثالث: شروط الصلح بالمال في الجنايات والعقوبات

المبحث الثاني: أحكام الصلح بالمال في الجرائم (فيما يوجب حدًا وقصاصًا)

المطلب الأول: الصلح بالمال في القصاص

المطلب الثاني: الصلح بالمال في الحدود

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المبحث الثالث: آثار الصلح بالمال في الجرائم (فيما يوجب حدًا وقصاصًا)

الفصل الخامس: أحكام الصلح بالمال في المعاهدات الدولية

المبحث الأول: مفهوم الصلح بالمال في المعاهدات الدولية ومشروعيته وشروطه

المطلب الأول: مفهوم الصلح بالمال في المعاهدات الدولية

المطلب الثاني: مشروعية الصلح بالمال في المعاهدات الدولية

المطلب الثالث: شروط الصلح بالمال في المعاهدات الدولية

المبحث الثاني: أحكام الصلح بالمال في المعاهدات

المطلب الأول: الصلح بالمال على حق المواطنة (عقد الذمة)

المطلب الثاني: الصلح بالمال مع الدول غير الإسلامية

الفصل السادس: فسخ عقد الصلح بالمال وانفساخه

المبحث الأول: أسباب فسخ عقد الصلح بالمال

المطلب الأول: أسبابه في العقود المالية

المطلب الثاني: أسبابه في الأحوال الشخصية

المطلب الثالث: أسبابه في العقوبات

المطلب الرابع: أسبابه في المعاهدات

المبحث الثاني: انفساخ عقد الصلح بالمال وأسبابه

المبحث الثالث: ما يترتب على فسخ عقد الصلح بالمال

الخاتمة

المصادر والمراجع

ملخص باللغة الإنجليزية

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الفصل الأول
حقيقة الصلح بالمال وأركانه وشروطه ومشروعيته

تمهيد

ينبغي للباحث في أي موضوع من الموضوعات الفقهية أن يعرفه تعريفا دقيقا يتميز به عن غيره من الموضوعات المتشابهة ، وأن يبين مشروعيته وأن يحدد أركانه وشروطه ومقوماته.

وعليه فإن موضوع "الصلح بالمال" يخضع لهذه القاعدة وبذلك سوف نتكلم في هذا الفصل عن معنى الصلح لغة وشرعا كما سنقوم ببيان أنواعه ومجالاته وأركانه وشروطه فضلا عن تقديم أدلته الشرعية من الكتاب و السنة مع بيان حكمه الشرعي.

وعلى هذا فقد قسمت الحديث في هذا الفصل إلى مبحثين وهما:

المبحث الأول: حقيقة الصلح في الشريعة الإسلامية ومشروعيته

المبحث الثاني: أركانه وشروطه.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المبحث الأول

حقيقة الصلح في الشريعة الإسلامية ومشروعيته وأنواعه ومجالاته

تمهيد

في هذا المبحث جمعت بعض تعاريف الصلح عند فقهاء المذاهب الإسلامية بالإضافة إلى بيان معناه في اللغة ثم اخترت أرجح هذه التعاريف وبعد ذلك بينت مشروعيته وحكمه. ولذلك جاء هذا المبحث في ثلاثة مطالب هي:

المطلب الأول: مفهوم الصلح في الشريعة الإسلامية ومشروعيته وحكمه.

المطلب الثاني: أنواع الصلح وتقسيماته

المطلب الثالث: الصلح بالمال معناه ومشروعيته ومجالاته.

المطلب الأول: مفهوم الصلح في الشريعة الإسلامية

الفرع الأول: مفهوم الصلح لغة واصطلاحا

الفصن الأول: المفهوم اللغوي

الصلح مشتق من صلح-صلح يصلح صلاحا وصلوحا وصلاحية ومعناه ضد "فسد" أي زال عنه الفساد. يقال صلحت حال فلان أي زال عنها الفساد.[١]

فكلمة "الصلح" معناها إنهاء الخصومة.[٢]

---

(١) المنجد في اللغة والاعلام، الطبعة الحادية والثلاثون ١٩٩١ م، دار المشرق، بيروت: ص٤٣٢، حيث يأتي يشار اليه ب"المنجد".

(٢) ابراهيم أنيس وعبد الحليم منتصر وعطية الصوالحي ومحمد خاف الله أحمد / المعجم الوسيط، الطبعة الثانية، وأشرف على الطبع الاستاذ حسن عطية، الأمواج للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت: ١/٥٢٠، حيث يأتي يشار اليه ب"الجماعة/ المعجم الوسيط".

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الفصل الثاني: المفهوم الإصطلاحي

عرف الحنفية الصلح "بأنه عقد وضع لرفع المنازعة بالتراضي" [١] أو بتعبير أخر "عقد يرفع النزاع". [٢] ومنهم من قال "أنه عقد يرتفع به التشاجر والتنازع بين الخصوم وهما منشأ الفساد ومثار الفتن". [٣]

وعرفه المالكية "بأنه هو قبض الشيء عن عوض". [٤] وعرفه القاضي عياض "هو معاوضة عن دعوى". [٥] وعرفه إبن عرفة المالكي "بأنه إنتقال عن حق أو دعوى بعوض لرفع نزاع أو خوف وقوعه". [٦]

ومن فقهاء الشافعية من عرفه بقوله "هو الذى تنقطع به خصومة المتخاصمين". [٧] وقال آخر "الصلح لغة قطع النزاع وشرعا عقد يحصل به ذلك". [٨]

---

(١) العلامة الهمام الشيخ نظام ومعه جماعة من علماء الهند الاعلام / الفتاوى الهندية في مذهب الامام الأعظم أبي حنيفة، الطبعة الرابعة ١٩٨٦ م ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت: ٢٢٨/٤ ، حيث يأتي يشار اليه ب"النظام/الفتاوى الهندية".

(٢) داماداًفندي ، عبد الله بن سليمان المعروف بداماداًفندي المتوفى سنة ١٠٧٨ هجرية / مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت: ٣٠٧/٢ ، حيث يأتي يشار اليه ب"داماداًفندي / مجمع الأنهر".

– ابن نجيم ، زين الدين بن ابراهيم بن محمد الشهير بابن نجيم المتوفى سنة ٩٧٠ هجرية / البحر الرائق شرح كنز الدقائق، الطبعة الثانية، دار الكتاب العربي ، القاهرة : ٢٥٥/٧ ، حيث يأتي يشار اليه ب"ابن نجيم / البحر الرائق".

– العيني ، أبي محمد محمود بن أحمد العيني / البناية في شرح الهداية ، الطبعة الثانية ١٩٩٠ م، دار الفكر، بيروت: ٣/٩ ، حيث يأتي يشار اليه ب"العيني / البناية".

(٣) الموصلي ، عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي المتوفى سنة ٦٨٣ هجرية / الإختيار لتعليل المختار ، دار المعرفة، بيروت: ٥/٣ ، حيث يأتي يشار اليه ب"الموصلي / الاختيار".

(٤) الحطاب ، أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المتوفى سنة ٩٥٣ هجرية / مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل، الطبعة الثالثة ١٩٩٢ م ، دار الفكر ، بيروت: ٧٩/٥ ، حيث يأتي يشار اليه ب"الحطاب / مواهب الجليل".

(٥) الحطاب / مواهب الجليل ٧٩/٥

(٦) الحطاب / مواهب الجليل ٧٩/٥

(٧) الحسيني ، تقي الدين أبي بكر بن محمد الحسيني الحصني المتوفى سنة ٨٢٩ هجرية / كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار ، تحقيق علي عبد الحميد بلطجي ، الطبعة الأولى ١٩٩١ م ، دار الخير: ص٢٦٠ ، حيث يأتي يشار اليه ب"الحسيني / كفاية الأخيار".

(٨) الأنصاري ، أبو يحيى زكريا الأنصاري المتوفى سنة ٩٢٥ هجرية / فتح الوهاب بشرح منهاج الطلاب ، دار الفكر، بيروت: ٢٠٨/١ ، حيث يأتي يشار اليه ب"الأنصاري / فتح الوهاب".

– الشربيني ، شمس الدين محمد بن أحمد الشربيني الشافعي المتوفى سنة ٩٧٧ هجرية / مغني المحتاج الى شرح المنهاج : ١٧٧/٢ ، حيث يأتي يشار اليه ب"الشربيني / مغني المحتاج".

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

وأما الحنابلة فقالوا في تعريف الصلح "أنه معاقدة يتوصل بها إلى موافقة بين المختلفين".[١] ووافق إبن قدامة المقدسي على هذا التعريف إلا أنه عبر "بالإصلاح" بدل "الموافقة" فكان تعريف الصلح عنده "معاقدة يتوصل بها إلى الإصلاح بين المختلفين".[٢]

والناظر في التعريفات المذكورة يجد أن الجميع قد إتفقوا على أمرين هما:

الأمر الأول: أن الصلح عقد من العقود وإن كانت تعاريف المالكية خلت من ذكر العقد ولكنه لا يمنع من إجرائه كعقد إذ أن عبارة "إنتقال حق أو دعوى" كما جاء في تعريف إبن عرفة و"قبض الشئ عن عوض" كما قال القاضي عياض و"معاوضة عن حق" كما جاء في تعريف بعضهم هي عبارات دالة على معنى العقد أو على صورة عقد أو على نتيجة عقد.

الأمر الثاني: ضرورة وجود التراضي بين الطرفين إذ أن الملك يثبت بسبب من أسبابه لا ينتقل إلا برضا صاحبه بعقد من العقود الناقلة للملكية وهذه العقود أساسها الرضا لقوله تعالى ﴿يأيها الذين أمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا ان تكون تجارة عن تراض منكم﴾ (٣) فلذلك يشرع الإيجاب والقبول في عقد الصلح.

٤٥٨١١٨

كما يلاحظ أيضا إتفاق فقهاء الأحناف والشافعية والحنابلة على أن عقد الصلح يحدث بعد النزاع بين الطرفين وهذا يطابق تعريف الصلح في اللغة بينما إنفردت تعاريف المالكية في أن عقد الصلح لا يشترط فيه وجود النزاع السابق بل يصح إذا خشي الطرفان وقوعه.

– الرملي ، شمس الدين محمد بن أبي عباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي المتوفى سنة ١٠٠٤ هجرية/ نهاية المحتاج الى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي ، طبعة ١٣٨٧ هجرية ، مطبعة مصطفى الحلبي بمصر: ٣٨٢/٤ ، حيث يأتي يشار اليه ب"الرملي / نهاية المحتاج".

(١) البهوتي ، منصور بن ادريس البهوتي المتوفى سنة ١٠٥١ هجرية / كشاف القناع عن متن الإقناع ، طبعة ١٤٠٢ هجرية ، دار الفكر ، بيروت: ٣٩٠/٣ ، حيث يأتي اليه يشار اليه ب"البهوتي / كشاف القناع".

– ابن النجار ، تقي الدين محمد بن أحمد الفتوحي الحنبلي المصري المعروف بابن النجار المتوفى سنة ٩٧٢ هجرية / منتهى الإرادات في الجمع بين المقنع ، مكتبة علم القلم: ٤١٩/١ ، حيث يأتي يشار اليه ب"ابن النجار / منتهى الإرادات".

(٢) ابن قدامة ، أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي المتوفى سنة ٦٢٠ هجرية / المغني ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت: ٥٢٧/٤ ، حيث يأتي يشار اليه ب"ابن قدامة / المغني".

(٣) سورة النساء أية ٢٩

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

ويلاحظ أن المالكية –في تعاريفهم– قد ذكروا بأن الصلح يتم بالعوض أو البدل ، بينما أغفل الأحناف والشافعية والحنابلة ذكر ذلك في تعريفاتهم.(١)

وفي ظني أن العوض أو بدل الصلح شئ بدهي في عقد الصلح إذ أن في معظم الأحوال يتم هذا العقد مع العوض ولذلك نرى في كتب الفقه على إختلاف مذاهبه ما يفيد أن كلمة الصلح تحتاج إلى حرف تعدي مثل "الباء" أو"على" ونحوهما وذلك كله يقتضي المعاوضة.(٢)

الفصل الثالث: التعريف المختار

بعد النظر في التعريفات التى قدمها الفقهاء على اختلاف مذاهبهم نجد أن تعريف إبن عرفة المالكي بقول "أن الصلح هو إنتقال عن حق أو دعوى بعوض لرفع نزاع أو خوف وقوعه" –نجده– أفضل التعاريف وأرجحها وهو ما نختاره في هذه الدراسة وذلك للمبررات الآتية:

أولا: لأنه يذكر فيه بدل الصلح وهو العوض فيكون جامعا لكل عناصر الصلح إذ الغالب في الصلح أن يتم بعوض سواء كان مالا أو ما يقوم مقام المال كالمنفعة أو غيرها.

ثانيا: قوله "انتقال عن حق أو دعوى" صريح في جواز الصلح مع إقرار المدعى عليه أو إنكاره (٣) أو بعبارة أخرى فإن التعريف شامل للصلح عن الإقرار أو الإنكار في المعاملات. أما بقية التعريفات فهي عامة غير مانعة لدخول الأمور الأخرى فيها مما ليس من مفهومها.(٤)

ثالثا: إن هذا التعريف المختار يتضمن النص على عنصرين ضروريين للعقد وهما كونه عقدا ووجود التراضي. هذا فضلا عن عنصرين سابقين وهما كونه رافعا للنزاع وكونه يتم بعوض.

رابعا: قوله "لرفع نزاع أو خوف وقوعه" يعني أن الصلح ليس فقط رافعا للخصومة أمام القاضي بل مانعا لوقوعها (٥) حيث يجوز الصلح قبل رفع الخصومة أمام القاضي. فيمتاز بهذا الشمول عن تعريفات الأخرين.

---

(١) وقد تعرض لهذه النقطة الأستاذ محجوب عبد النور / الصلح وأثره في إنهاء الخصومة ، رسالة الماجيستر المقدمة الى دار العلوم ، جامعة القاهرة ، الطبعة الأولى ١٩٨٧م ، دار الجيل ، بيروت: ص ٣٠ ، حيث يأتي يشار اليه ب"محجوب / الصلح وأثره في إنهاء الخصومة".

(٢) انظر : المقدسي ، شمس الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر المتوفى ٦٨٢ هجرية / الشرح الكبير على متن المقنع ، الطبعة الأولى ١٩٨٤ م، دار الفكر ، بيروت: ٥/ ٥ ، حيث يأتي يشار إليه ب"المقدسي / الشرح الكبير".

(٣) انظر : النفراوي ، أحمد بن غنيم بن سالم / الفواكه الدواني ، الطبعة الثالثة ١٩٥٥ م ، مطبعة مصطفى الحلبي ، القاهرة: ١١٢/٢ ، حيث يأتي يشار اليه ب"النفراوي / الفواكه".

(٤) انظر : الاستاذ محجوب عبد النور / الصلح وأثره في إنهاء الخصومة ص ٣١

(٥) انظر المرجع السابق ص ٣١

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المطلب الثاني: مفهوم الصلح بالمال

لقد تكلمنا عن مفهوم الصلح وحكمه الشرعي وأنواعه. أما مفهوم الصلح بالمال -الذى هو موضوع البحث- فإنه لا يختلف عن مفهوم الصلح نفسه إلا أنه مقيد بالمال أي بالعوض. وهذا التقييد يخرج به سائر أنواع الصلح كالعفو وهو الصلح بغير مقابلة الشئ وكالصلح بعوض معنوي كالصلح في مقابلة رحيل أحد الطرفين.

ويدخل في إطار الموضوع الصلح بالمال المقدر شرعا كالصلح بأخذ الدية من القاتل أو ذويه.

فالمال في نظر الإسلام عبارة عن كل ماله قيمة يلزم متلفه بضمانه (١) أو هو " ما يمكن حيازته وإحرازه والإنتفاع به إنتفاعا معتادا".(٢)

ومن هنا فتعتبر مالية الشئ بعنصرين:

١- العنصر الاول: إمكانية الإحراز والحيازة.(٣) فما يمكن إحرازه وحيازته وهو عين الأشياء يعتبر مالا وأما ما لا يمكن حيازته وإحرازه فلا يعد مالا كالعلم والذكاة والهواء والبرد والحرارة وغير ذلك.

٢- العنصر الثاني: إمكانية الانتفاع به عادة وشرعا وبذلك يخرج منه الخنزير والخمر والنجاسات ونحوها.فإن هذه الأشياء لا يمكن الإنتفاع به أصلا فلا تعد مالا.(٤) كما خرج أيضا قطرة ماء أو حبة من الأرز أو حبة من الفول لعدم إمكانية الانتفاع بها عادة.

ومما ينبغي ملاحظته أن المال الذي يصح الصلح به هو المال المملوك لا المال العام وإن كان يمكن الإنتفاع به وينطبق إسم المال عليه. ومثال المال العام النهر فلا يصح الصلح على الانتفاع منه.

المطلب الثالث: حكم الصلح في الشريعة الإسلامية

الصلح من حيث ذاته مندوب إليه. وقد يكون واجبا إذا تمحضت المصلحة فيه وقد يكون حراما إذا تمحضت فيه المفسدة وقد يكون مكروها إذا ترجحت المفسدة على المصلحة.وقد ذكر

---

(١) انظر: السيوطي ، جلال الدين عبد الرحمن السيوطي المتوفى سنة ٩٢١ هجرية / الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية ، مطبعة مصطفى الحلبي ١٩٥٩ م بالقاهرة: ص ٣٢٧ ، حيث يأتي يشار اليه ب"السيوطي/ الأشباه والنظائر".

(٢) الشلبي ، الاستاذ محمد مصطفى الشلبي/ المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي ، دار النهضة العربية، بيروت:ص٣٣٠، حيث يأتي يشار اليه ب"الشلبي / المدخل".

(٣) فتخرج المنفعة وهي مال على رأي الجمهور إذ المال عندهم كل ما له قيمة يلزم متلفه بضمانه.

(٤) هذا عن الأحناف بخلاف الجمهور.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

سابقا عند حديثنا عن أدلة مشروعية الصلح أن الشارع أمر به ودعا إليه حيث قال تعالى﴿فاتقوا الله وأصلحوا ذات بينكم﴾ (١) وقال ايضا ﴿فأصلحوا بينهما﴾.(٢)

فالأصل أن صيغة الأمر تفيد الوجوب إلا إذا وجدت قرينة راجحة تصرفه إلى غيره. وإذا أمعنا النظر في عقد الصلح تبين لنا أنه يتضمن معنى الهبة إذ قد يتنازل الشخص عن بعض حقه من تلقاء نفسه. وعلى هذا فالأمر لا يفيد الوجوب إذ الوجوب هو ما طلب الشارع فعله على وجه اللزوم بحيث يذم تاركه ومع الذم العقاب ويمدح فاعله ومع المدح الثواب.(٣) أو بعبارة أخرى فإن الوجوب ما يثاب على فعله ويعاقب على تركه. وهذا لا ينطبق مع الصلح إذ أن تاركه لا يستحق الذم ولا العقاب.

كما أنه أيضا لايفيد الاباحة إذ الإباحة هي ما خير الشارع المكلف فيه بين الفعل والترك.(٤) والشارع قد وصف الصلح بالخير كما في قوله تعالى ﴿الصلح خير﴾ (٥) وقد دعا إليه كما في قوله تعالى ﴿فأصلحوا بينهما﴾ (٦) وقد مدحه كما في قوله تعالى ﴿أو إصلاح بين الناس﴾.(٧)

فإذا إنتفى الوجوب والإباحة بقي الندب. وعلى ذلك فإن الصلح أمر مندوب ولذلك يندب للقاضي دعوة المتخاصمين إلى الصلح والإشارة عليهما به كما روى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه في كتابه الى أبي موسى الأشعري أنه قال "ردوا الخصوم حتى يصطلحوا فإن فَصل القضاء يورث بينهم الضغائن".(٨) فندب عمر القضاة إلى حث المتنازعين على الصلح لئلا يورث القضاء بينهم الكراهة والحقد.

---

(١) سورة الأنفال أية ١

(٢) سورة الحجرات أية ٩

(٣) انظر: الآمدي ، أبو الحسن علي بن أبي علي بن محمد الآمدي / الإحكام في أصول الأحكام ، طبعة ١٩٨١م ، دار الفكر ، بيروت: ١/٧٤ ، حيث يأتي يشار اليه ب"الآمدي / الإحكام".

(٤) انظر: الآمدي / الإحكام ١/٩٤

(٥) سورة النساء أية ١٢٨

(٦) سورة الحجرات أية ٩

(٧) سورة النساء أية ١١٤

(٨) الهندي / كنز العمال ٥/٨٠٥

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

ومع ذلك فقد يعتريه الوجوب في بعض الحالات كما قد يعتريه أيضا الحرمة أو الكراهة في حالات أخرى وقد أشار إلى ذلك إبن عرفة المالكي بقوله " وقد يعرض وجوبه عند تعيين مصلحته وحرمته وكراهته لإستلزام مفسدة واجبة الدرء أورجحته".(١)

ومن أمثلة جواز الصلح إذا ضعفت الدولة الاسلامية وقويت دولة العدو شوكة وسلاحا وعدة فيجوز للدولة الاسلامية عندئذ قبول الصلح ولو بدفع المال إلى تلك الدولة المعادية ومع ذلك يشترط في قبول هذا الصلح تحقق المصلحة لجانب الدولة الاسلامية وأن يكون الصلح مؤقتا.(٢)

ومن أمثلة حرمة قبول الصلح: الصلح مع العدو على الإقرار له على بغيه وعدوانه وإنتهاكه لحرمة أوطان المسلمين وسلبه حقوقهم. فهذا الصلح محرم لأن واجب المسلمين عندما يدخل الكفار ديارهم أن يقاتلوهم ويدافعوا عن أوطانهم ويحموها منهم.(٣)

الفرع الأول: مشروعية الصلح في الشريعة الإسلامية

لقد ثبتت مشروعية الصلح بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

الفصل الأول: من الكتاب

فقد جاءت عدة آيات تشير إلى مشروعية الصلح والأخذ به والحث عليه.ومن هذه الآيات:

---

(١) الخرشي ، المحقق سيدي عبد الله محمد الخرشي المتوفى ١١٠١ هجرية / شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل ، دار الفكر ، بيروت: ٢/٦ ، حيث يأتي يشار اليه ب"الخرشي / شرحه".

- الحطاب / مواهب الجليل ٨٠/٥

(٢) انظر: ابن قدامة المقدسي ، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسي المتوفى سنة ٦٨٣ هجرية/ الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل ، طبعة ١٤١٢ هجرية ، دار الفكر: ٢١١/٤ ، حيث يأتي يشار اليه ب"المقدسي / الكافي".

- الشيرازي ، أبو اسحاق ابراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي المتوفى سنة ٤٧٦ هجرية / المهذب في فقه الامام الشافعي ، دار الفكر: ٢٦٠/٢ ، حيث يأتي يشار اليه ب"الشيرازي / المهذب".

- الموصلي / الإختيار ١٢١/٤

- ابن العربي ، أبو بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي المتوفى سنة ٥٤٣ هجرية / أحكام القرآن ، تحقيق علي محمد البجاوي ، طبعة ١٩٨٥ م ، دار إحياء التراث العربي: ١٠٢٠/٢ ، حيث يأتي يشار اليه ب"ابن العربي / أحكام القرآن".

(٣) انظر: فخر الرازي المتوفى سنة ٦٠٦ هجرية / التفسير الكبير المعروف بتفسير الفخر الرازي ٢٦٠/٦ ، حيث يأتي يشار اليه ب"فخر الرازي / تفسير الرازي".

- الشرقاوي ، عبد الله بن حجازي بن ابراهيم الشافعي الأزهري الشهير بالشرقاوي / حاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب، دار إحياء التراث العربي: ٣٩٣/٢ ، حيث يأتي يشار اليه ب"الشرقاوي / حاشية الشرقاوي".

- الخطيب الشربيني / مغني المحتاج ٢٠٨/٤ ، ابن قدامة / المغني ٣٤٦/٨

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

١-قوله تعالى﴿وإن امرأة خافت من بعلهانشوزا أو إعراضا فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحا والصلح خير﴾.(١)

وجه الدلالة : قوله تعالى ﴿والصلح خير﴾ ينص على مشروعية الصلح. فقد وصفه تعالى بأن الصلح خير ولا يوصف الشيء بالخير إلا اذا كان مأذونا فيه ومشروعا. فالأية عامة وهي لا تدل على جواز الصلح في أحوال النزاع بين الزوجين فقط بل تدل أيضا على جواز الصلح عند الإنكار والصلح عن المجهول كما قاله الإمام الجصاص.(٢)

وقال الإمام القرطبي "قوله ﴿الصلح خير﴾ لفظ عام مطلق يقتضي أن الصلح الحقيقي الذى تسكن إليه النفوس ويزول به الخلاف خير على الإطلاق".(٣)

فإن قيل إن الأية خاصة بين الزوجين لأن اللغة تقتضي ذلك لأنها أعيدت فيها النكرة معرفة فتكون عين الأولى فكأنه قيل "والصلح الواقع بين الزوجين خير". (٤) فالجواب عنه بأمرين:

الاول: إن الأية وإن كانت تمس قضية خاصة لكنها تخضع إلى قاعدة عامة عند المفسرين وهي أن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب (٥) إلا إذا دلت قرينة على أنها خارجة عنها. ولذا قال الإمام الجصاص "قوله تعالى ﴿والصلح خير﴾ قال بعض اهل العلم- يعني خير من الإعراض والنشوز. وقال آخرون خير من الفرقة. ويجوز أن يكون عموما في جواز الصلح في سائر الأمور إلا ما خصه الدليل".(٦)

الثاني: لا نسلم أن مقتضى اللغة يمنع الإستدلال على مشروعية الصلح لأنه إن كان المراد به مطلق اللفظ كما يدل عليه الإتيان بالاسم الظاهر دون الضمير فالأمر ظاهر. وإن كان المراد به الصلح بين الزوجين كما يدل عليه سياق الأية فغيره يقاس عليه.(٧)

---

(١) سورة النساء أية ١٢٨

(٢) انظر : الجصاص ، أبو بكر أحمد بن علي الرازي المتوفى سنة ٣٧٠ هجرية / أحكام القرآن ، تحقيق محمد الصادق القمحاوي ، طبعة ١٩٨٥ م ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت: ٢٨٣/٣ ، حيث يأتي يشار اليه ب"الجصاص / أحكام القرآن".

(٣) القرطبي ، أبو عبد الله محمد بن أحمد القرطبي المتوفى ٦٧١ هجرية / الجامع لأحكام القرآن المعروف بتفسير القرطبي، مؤسسة مناهل العرفان ، بيروت: ٤٠٦/٥ ، حيث يأتي يشار اليه ب"القرطبي / الجامع لأحكام القرآن".

(٤) انظر: العيني / البناية ٤/٩ ، والرملي / نهاية المحتاج ٣٨٢/٤

(٥) انظر: مناع القطان / مباحث في علوم القرآن ، مؤسسة الرسالة ، بيروت: ص ٨٢ ، حيث يأتي يشارإليه ب"القطان/ مباحث في علوم القرآن".

(٦) الجصاص / أحكام القرآن ٢٦٧/٣

(٧) السيد البكري ، أبو بكر بن السيد محمد الشطا الدمياطي / حاشية إعانة الطالبين ، دار الفكر ، بيروت : ٨١/٣ ، حيث يأتي يشار اليه ب"السيد البكري / حاشية إعانة الطالبين".

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

٢-قوله تعالى﴿ لا خير في كثير من نجواهم إلا من أمر بصدقة أو معروف أو إصلاح بين الناس﴾.(١)

ففي الآية أمر من الله تعالى بالإصلاح بين الناس ، وهي عامة في الدماء والأموال والأعراض وفي كل شيء يقع التداعي والإختلاف فيه بين الناس.(٢) وقد كتب عمر بن الخطاب إلى أبي موسى الأشعري رضي الله عنهما: "ردوا الخصوم حتى يصطلحوا فإن فصل القضاء يورث بينهم الضغائن".(٣)

وهذه الاية-كما قال الإمام الجصاص-نظير قوله تعالى﴿وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما﴾(٤) وقوله تعالى ﴿إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما﴾.(٥)

٣-قوله تعالى﴿وإن طائفتان من المؤمنين إقتتلوا فأصلحوا بينهما فإن بغت إحداهما على الأخرى فقاتلوا التي تبغي حتى تفيئ إلى أمر الله فإن فاءت فأصلحوا بينهما بالعدل وأقسطوا إن الله يحب المقسطين إنما المؤمنون إخوة فأصلحوا بين أخويكم واتقوا الله لعلكم ترحمون﴾.(٦)

فالأيتان تنصان من المسلمين أن يسعوا إلى الإصلاح بين الجماعتين اللتين همتا أن تقتتلا وسبيل هذا الإصلاح إنما هو النصح والدعاء إلى حكم الله تعالى والإلتزام به.

قال أبو السعود في تفسيره:

"قوله تعالى ﴿فأصلحوا بين أخويكم﴾ فالفاء فيها للإيذان بأن الأخوة الدينية موجبة للإصلاح ووضع المظهر مقام المضمر مضافا إلى المأمورين للمبالغة في تأكيد وجوب الإصلاح والتخصيص عليه وتخصيص الإثنين بالذكر لإثبات وجوب الإصلاح فيما فوق ذلك بطريق الأولوية لتضاعف الفتنه والفساد فيه".(٧)

فهذا كله يدل على مشروعية الصلح من خلال نصوص القرآن الكريم.

---

(١) سورة النساء أية ١١٤

(٢) القرطبي / الجامع لأحكام القرآن ٣٨٤/٥

(٣) الهندي ، العلامة علاء الدين المتقي بن حسام الدين / كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال ، طبعة ١٩٨٩م، مؤسسة الرسالة: ٨٠٥/٥ حيث يأتي يشار إليه ب"الهندي/كنز العمال".

(٤) سورة الحجرات أية ٩

(٥) سورة النساء أية ٣٥

(٦) سورة الحجرات الأيتان ٩ ، ١٠

(٧) أبو السعود ، القاضي أبو السعود محمد بن محمد العمادي / تفسير أبي السعود المسمى إرشاد العقل السليم الى مزايا القرآن الكريم ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت: ١٠/٩ ، حيث يأتي يشار اليه ب"أبو السعود / تفسير أبي السعود".

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

وجه الدلالة في الحديث "أصلح النبي ﷺ بأن استوضع عليه الصلاة والسلام من دين كعب الشطر وأمر غريمه بأداء الشطر" وقد استدل به إبن رشد كما ذكره الحطاب في "مواهب الجليل" على مشروعية الصلح.(١)

فالحديث يدل على مشروعية الصلح بل قد إستدل به بعضهم على إن خير الصلح الشطر ولا صلح إلا بوزن.(٢)

٣-عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال "من قتل متعمدا دفع إلى أولياء المقتول فإن شاؤا قتلوا وإن شاؤا أخذوا الدية وهي ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفة وذلك عقل العمد وما صالحوا عليه فهو لهم وذلك تشديد العقل".(٣)

ووجه الدلالة في قوله ﷺ "وما صالحوا عليه فهو لهم" حيث لما كان القصاص ليس بمال جاز الصلح عنه بما يمكن أن يتفق عليه الفريقان لأنه صلح عما لا يجري فيه الربا فيصح أن يكون بدل الصلح قليلا أو كثيرا من جنس الدية أو من خلاف جنسها.(٤)

***الفصل الثالث*: من الاجماع**

وقد أجمعت الأمة على مشروعية الصلح في الجملة.(٥) فكونه مجمعا عليه لا يعني أنهم أجمعوا على مشروعية جميع أجزائه بل هناك أمور إختلفوا فيها كإختلافهم في جواز الصلح على الإنكار.(٦) ولكن هذه الأمور لا تمنع وقوع الإجماع على مشروعية الصلح.

وتتأيد مشروعيته أيضا بالعقل إذ أن المجتمع البشري إذا تخلى عن الصلح ساده التنازع والخصومة. إذن أنه من قطعيات الشرع والعقل معًا.

-صديق بن حسن بن علي الحسيني القنوجي ، العلامة أبو طيب / الروضة الندية شرح الدرر البهية ، الطبعة الثانية ١٩٨٨ م، دار الندوة الجديدة: ٢٥٤/٢ حيث يأتي يشار إليه ب"صديق حسن خان/الروضة الندية".

(١) الحطاب / مواهب الجليل ٨٥/٥

(٢) الحطاب / مواهب الجليل ٨٥/٥

(٣) الترمذي / سنن الترمذي ٦/٤ باب الدية وقال حديث حسن.

- ابن ماجه ، الحافظ أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني المتوفى سنة ٢٧٥ هجرية / سنن إبن ماجه ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت: ٩٤/٢ (كتاب الديات وقال حديث حسن) ، حيث يأتي يشار إليه ب"ابن ماجه / سنن ابن ماجه".

(٤) عبد القادر عودة / التشريع الجنائي الإسلامي ومقارنته بالقانون الوضعي ، الطبعة الرابعة ١٩٨٥ م ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت: ١٦٧/٢-١٦٨ ، حيث يأتي يشار اليه ب"عبد القادر عودة / التشريع الجنائي".

(٥) انظر: ابن قدامة المقدسي / المغني ٥٢٧/٤ ،

- النووي ، محي الدين أبو زكريا يحيى بن شرف النووي المتوفى سنة ٦٧٧ هجرية / المجموع شرح المهذب ، تحقيق محمد نجيب المطيعي ، مكتبة الإرشاد: ٣٧٥/١٣ ، حيث يأتي يشار اليه ب"النووي / المجموع".

(٦) سيأتي في الفصل الثاني ص ٤٦

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الفرع الثاني: مشروعية الصلح بالمال

الصلح بالمال أمر مشروع وتدل على مشروعيته جملة الأدلة الواردة في مشروعية الصلح عامة. وقد تكلمنا عنها في المطلب السابق ، ولكن نورد فيما يلي بعض الأدلة الخاصة في مشروعية مبادلة المال في الصلح ومنها:-

ما روى عن أبي هريرة رضى الله عنه أنه قال إن الحارث بن عمرو المري وعيينة بن حصن الفزاري (وهما قائدا غطفان) طلبا من النبي صلى الله عليه وسلم ثلث ثمار المدينة لينصرفا بمن معهما من غطفان (في غزوة الأحزاب) ويخذلان قريشا ويرجعان بقومهما عنهم ، فاستشار عليه الصلاة والسلام أصحابه فقالوا (أي الصحابة) "... والله لا نعطيهم إلا السيف حتى يحكم الله بيننا وبينهم". فلم يعطهم صلى الله عليه وسلم شيئا.(١)

فالحديث يدل على جواز مبادلة المال في الصلح.

يقول إبن العربي في ذلك:

"يجوز عند الحاجة -للمسلمين- عقد الصلح بمال يبذلونه للعدو".(٢)

قال الإمام أبو اسحاق الشيرازي:

"لا يجوز عقد الهدنة بمال يؤدى إليهم -أي إلى الكفار- من غير ضرورة لأن في ذلك إلحاق صغار بالإسلام فلم يجز من غير ضرورة فإذا دعت إلى ذلك ضرورة بأن أحاط الكفار بالمسلمين وخافوا الإصطلام (٣) جاز بذل المال".(٤)

---

(١) انظر: ابن هشام ، أبو محمد عبد الملك بن هشام بن أيوب الحميري / السيرة النبوية ، الطبعة الأولى ١٩٩١م، دار الجيل ، بيروت: ٤/١٨٠ ، حيث يأتي يشار اليه ب"ابن هشام / سيرة ابن هشام".

- ابن القيم ، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد المتوفى سنة ٧٥١ هجرية / زاد المعاد في هدى خير العباد ، تحقيق شعيب الأرنؤوط وعبد القادر الأرنؤوط ، الطبعة الثالثة عشر ١٤٠٦ هجرية ، مؤسسة الرسالة ، بيروت: ٣/٢٧٣ ، حيث يأتي يشار اليه ب"ابن القيم / زاد المعاد". وقد ذكر هذا الخبر وهو معمول به.

(٢) إبن العربي / أحكام القرآن ٢/١٠٢٠

(٣) الاصطلام هو الاستئصال بالقتل وغيره والطاء بدل التاء وأصله استئصال قطع الأذن ، يقال ظليم مصطلم وهو خلقة فيه ، والظليم ذكر النعام. راجع : محمد بن أحمد بن بطال الركبي / النظم المستعذب في شرح غريب المهذب ، مطبوع مع "المهذب في الفقه الشافعي" للشيرازي ، دار الفكر ، بيروت: ٢/٢٦٠ ، حيث يأتي يشار إليه ب"الركبي/النظم المستعذب".

(٤) الشيرازي / المهذب ٢/٢٦٠

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

ويؤيد ذلك ما روى أن هدبة بن خشرم قتل قتيلا في عهد معاوية رضى الله عنه فبذل سعيد ابن العاص والحسن والحسين رضي الله عنهم لإبن المقتول سبع ديات ليعفو عنه فأبى ذلك فقتله.(١) فهذا يدل على مشروعية مبادلة المال في الصلح.

المطلب الرابع: أنواع الصلح ومجالاته

الفرع الأول: أنواع الصلح

ينقسم الصلح باعتبارات متعددة الى أنواع مختلفة تبعا لتلك الإعتبارات. وسنقتصر الذكر هنا على تقسيمات الصلح وأنواعه باعتبار العاقد والعوض المقابل.

١- وأما باعتبار العاقد فإن الصلح ينقسم بهذا الإعتبار الى أربعة أنواع هي:-

الأول: الصلح بين المسلمين وأهل الحرب بعقد الهدنة.

الثاني: الصلح بين أهل العدل وأهل البغي.

الثالث: الصلح في الأحوال الشخصية.

الرابع: الصلح في المعاملات.

٢- وأما باعتبار المقابلة والعوض فإن الصلح ينقسم بهذا الإعتبار الى نوعين هما:-

النوع الأول: الصلح بمقابلة الشيء كأن يجري الصلح على المال. وهذا مثل أن يدعى شخص على آخر سيارة في يده فيقر المدعى عليه بها ثم يصالحه عنها على مائة دينار.

النوع الثاني: الصلح بدون مقابلة الشيء وذلك كالعفو عن قصاص فلا يستحق المجني عليه أو ذويه شيئا.

الفرع الثاني: مجالات الصلح بالمال

إنطلاقا من مفهوم الصلح بالمال السابق ذكره نستطيع أن نقول أنه يشمل مجالات العقود المالية وقضايا الأحوال الشخصية والمهادنة بين الدولة الإسلامية وبين غيرها من الدول ومسائل الجنايات والديات.

وعليه فسنقوم ببيان احكام الشرع في كل من هذه المجالات في الفصول القادمة ان شاء الله.

---

(١) ذكر إبن قدامة هذا الأثر في المغني ٤/٥٤٥

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المبحث الثاني
أركان الصلح بالمال وشروطه

تمهيد

قلنا سابقا أن الصلح عقد من العقود. والعقد عبارة عن الربط بين كلامين أو ما يقوم مقامهما ينشأ عنه أثره الشرعي أو بعبارة أخرى هو إرتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه.(١) ومعنى هذا أن العقد لا يوجد إلا إذا وجد الإيجاب والقبول والعاقدان والمحل وهو المعقود عليه.

فالصلح عقد من العقود لا يتم إلا بالأركان والشروط المعينة. وفي هذا المبحث سنتولى بيان أركانه وشروطه في المطلبين التاليين.

المطلب الاول: أركان الصلح بالمال

لكل عقد من العقود أركانه المعينة التي يتم بها والصلح بالمال له أركانه التي لايتم إلا بها.

وركن عقد الصلح عند الحنفية هو الإيجاب والقبول أو أي صيغة مؤلفة من الإيجاب والقبول دالة على التراضي أو ما يقوم مقامهما.(٢)

أما جمهور الفقهاء من المالكية (٣) والشافعية (٤) والحنابلة (٥) فيدخل في أركان العقد عندهم العاقدان ومحل العقد فضلا عن الصيغة.

وعلى ذلك فإن أركان الصلح بالمال أربعة هي:-

١- الصيغة وهي تتكون من الأمرين هما الإيجاب والقبول.

٢- العاقدان وهما المدعي والمدعى عليه إذا وافقا على الصلح.

٣- محل العقد وهو المعقود عليه ، ففي عقد الصلح يسمى المصالح عنه وهو الشئ المتنازع فيه.

---

(١) - زيدان / المدخل ص ٢٤٢ والزرقاء / المدخل ص ٣١٨

(٢) انظر: داماداًفندي / مجمع الأنهر ٣٠٨/٢

(٣) انظر: الدسوقي ، شمس الدين محمد عرفة الدسوقي المتوفى سنة ١٢٣٠ هجرية / حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء التراث العربي ، بيروت: ٢/٣ ، حيث يأتي يشار اليه ب"الدسوقي / حاشية الدسوقي".

(٤) انظر: الشربيني / مغني المحتاج ٣/٢

(٥) انظر: البهوتي ، منصور بن يونس البهوتي المتوفى سنة ١٠٥١ هجرية / الروض المربع بشرح زاد المستقنع ، الطبعة التاسعة ١٤٠٧ هجرية ، دار الكتب العلمية ، بيروت: ١٨٥/٢ ، حيث يأتي يشار اليه ب"البهوتي / الروض المربع".

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

٤- بدل الصلح أو العوض سواء كان مالا أو ما يقوم مقامه ، ففي عقد الصلح يسمى المصالح به.

المطلب الثاني: شروط الصلح بالمال

تتعدد الشروط في عقد الصلح وتتنوع ، فمنها ما يتعلق بالصيغة ومنها ما يتعلق بالعاقدين ومنها ما يتعلق بمحل العقد ومنها ما يتعلق ببدل الصلح.

الفرع الاول: شروط الصيغة (١)

اولا: أن تكون الصيغة واضحة الدلالة على المراد أي أن تكون الألفاظ صالحة للدلالة على عقد الصلح كقول المدعي للمدعى عليه "صالحتك على أن تكون لك سكنى هذه الدار لمدة سنة كاملة" ، فأجاب المدعى عليه "قبلت".

ثانيا: موافقة القبول للإيجاب أي تطابق القبول والإيجاب بما يدل على توافق إرادتي المتعاقدين أي اتحاد موضوع الإيجاب والقبول. فإذا خالف القبول مقتضى الإيجاب وحدثت بينهما المخالفة لم ينعقد العقد كما إذا قال أحد العاقدين " صالحتك على أن تكون لك عشرة دنانير " فأجاب الاخر" قبلت الصلح على أن تكون لي خمسة عشر دينارا".

ثالثا: إتصال القبول بالإيجاب بأن يعلم كل من الطرفين بما صدر من الآخر ويتحقق معنى الإتصال بأمرين:

١-أن يكون المتعاقدان في مجلس العقد.(٢)

٢-ألا يعرض الموجب عن الإيجاب قبل قبول صاحبه.(٣) أي ألا يصدر من الموجب ما يدل على إعراضه عن التعاقد.

---

(١) انظر: البرباتي ، العلامة أكمل الدين / شرح العناية على الهداية ، دار الفكر ، بيروت: ٦/٢٤٨-٢٤٩ حيث يأتي يشار إليه ب"البرباتي/شرح العناية على الهداية".

والشربيني / مغني المحتاج ٢/٥ وابن النجار/منتهى الإرادات ٢/٤ والدسوقي / حاشية الدسوقي ٣/٥

- الكاساني ، علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني المتوفى سنة ٥٨٧ هجرية / بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، دار الكتاب الإسلامي ١٩٨٢ م ، بيروت: ٥/١٣٦ ، حيث يأتي يشار اليه ب"الكاساني / البدائع".

(٢) المراد بمجلس العقد هو المكان الذي يوجد فيه المتعاقدان (أي الحالة التفاوضية التي يكون عليها المتعاقدان) ، ويبدأ من وقت صدور الإيجاب ويبقى ما دام المتعاقدان منصرفين إلى التعاقد و لم يصدر من أحدهما إعراض عنه.

راجع: زيدان ، الدكتور عبد الكريم / المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية ، الطبعة الحادية عشر ١٤١٠ هجرية، مؤسسة الرسالة ، بيروت: ص ٢٤٥ حيث يأتي يشار إليه ب"زيدان / المدخل".

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

وفسر الشافعية إتصال القبول بالإيجاب بصدور القبول فورا عقب الإيجاب بحيث لو تخلل لفظ أجنبي بينهما فلا يتحقق الإتصال المطلوب.

قال الامام الرملي:

"فيشترط ألا يتخلل لفظ لا تعلق له بالعقد ولو يسيرا بأن لم يكن من مقتضاه ولا من مصالحه ولا من مستحباته".(١)

التعبير عن الارادة بغير اللفظ.

ويلحق بالصيغة مسألة التعبير عن الإرادة بغير اللفظ كما في الإشارة والكتابة.

أما الإشارة فهي إما أن تكون من القادر على النطق أو من العاجز عنه كالاخرس. فأما القادر على النطق فجمهور العلماء -غير المالكية- يرون أن العقد بها غير صحيح ولا تعتبر إشارته ، لأن الأصل في التعبير عن الإرادة أن يكون بالكلام ولا يلجأ إلى الإشارة إلا عند التعذر عن الأصل وعند الضرورة.(٢)

بينما المالكية اعتبروا إشارة العاقد وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة.(٣)

أما العاجز على النطق كالأخرس فتعتبر إشارته المعهودة بلا خلاف بين الفقهاء (٤) إذا لم يعرف الكتابة حتى لا يحرم من حق التعاقد.

وإذا كان الأخرس يستطيع الكتابة فالرأي الراجح عند الأحناف (٥) عدم إعتبار إشارته لأن الكتابة أدل على التعبير وهو قادر عليها.

---

(٣) انظر: الحطاب / مواهب الجليل ٢٠٤/٤ والكاساني / البدائع ١٣٧/٥ والدسوقي / حاشية الدسوقي ٥/٣ وابن النجار / منتهى الإرادات ٤/٢ والبهوتي / كشاف القناع ١٤٨/٣ والمقدسي / الشرح الكبير ٤/٤

(١) الرملي / نهاية المحتاج ٣٨٢/٣

(٢) انظر: الكاساني / البدائع ١٣٥/٥

- ابن نجيم ، زين الدين بن ابراهيم الشهير بابن نجيم المتوفى سنة ٩٧٠ هجرية / الأشباه والنظائر دار الفكر ، بيروت: ص ٤٠٨ ، حيث يأتي يشار اليه ب"ابن نجيم / الأشباه والنظائر".

(٣) انظر: الدسوقي / حاشية الدسوقي ٣/٣ والحطاب / مواهب الجليل ٢٢٩/٤

(٤) انظر: ابن الهمام ، الإمام كمال الدين بن عبد الواحد السيواسي المتوفى ٦٨١ هجرية / فتح القدير على الهداية ، دار الفكر ، بيروت: ٤٢/٣ حيث يأتي يشار إليه ب"ابن الهمام / فتح القدير".

- والخرشي / شرح الخرشي ٥/٥ والرملي / نهاية المحتاج ٣٨٥/٣ والبهوتي / كشاف القناع ١٧٣/٢

(٥) انظر: ابن الهمام / فتح القدير ٤٢/٣

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

وهناك رواية أخرى عند الأحناف أن العقد ينعقد بالإشارة كما بالكتابة ما دامت إشارته مفهومة.[١]

أما الكتابة فينعقد العقد بها سواء كان ممن يستطيع النطق أو ممن لا يستطيعه بشرط أن تكون الكتابة واضحة الدلالة يفهمها العاقدان. وهذا هو رأي فقهاء الحنفية والمالكية.[٢] أما الشافعية والحنابلة فقد قيدوا صحة العقد بالكتابة بأن يكون العاقدان غائبين،[٣] فلا يصح العقد بها إذا كانا حاضرين لأنهما قادران على النطق مباشرة.

الفرع الثاني:شروط العاقدين

١- أن يكون كل واحد من طرفي عقد الصلح أهلا للتعاقد ، فلا يصح صلح المجنون والصبي غير المميز والنائم والناسي وكذا المغمى عليه والمعتوه. ذلك لأنهم لا يستطيعون مباشرة أي عقد من العقود المالية لعدم أهليته للتعاقد. وهذا أمر لا خلاف فيه بين العلماء. [٤]

ولكن بقي السوال هل يصح عقد الصلح إذا أبرمه الصبي المميز؟

فعند الأحناف [٥] والمالكية [٦] يشترط في العاقد أن يكون مميزًا. وأما عند الشافعية والحنابلة[٧] فيشترط في العاقد أن يكون بالغا عاقلا.

٢- ويشترط في الولي في إبرام العقد لموليه أن تكون ولايته مستمدة من الشارع. وقد ثبتت الولاية على الصغير أو من في حكمه كالمجنون والمعتوه وتكون هذه الولاية لمن تثبت لهم شرعا كالأب والجد والقاضي أو أوليائهم. وهؤلاء الأولياء يقدم بعضهم على بعض حسب حال المولى عليه.[٨]

---

(١) انظر: ابن نجيم / الأشباه والنظائر ٤٠٨

(٢) انظر: الدسوقي / حاشية الدسوقي ٣/٣ والكاساني / البدائع ١٣٧/٥

(٣) انظر: الشيرازي / المهذب ٢٥٧/١ وابن النجار / منتهى الإرادات ٤/٢

(٤) انظر: الشيرازي / المهذب ٣٤٢/١ والبهوتي / كشاف القناع ٦/٢

– ابن عابدين ، العلامة محمد أمين المتوفى سنة ١٢٥٢ هجرية / حاشية رد المختار على الدر المختار ، الطبعة الثالثة ، ١٩٨٤ م، مطبعة مصطفى الحلبي ، القاهرة: ٥٠٤/٤ حيث يأتي يشار إليه ب"ابن عابدين/حاشية ابن عابدين".

(٥) انظر: ابن عابدين / حاشية ابن عابدين ٥٠٤/٤ ونظام / الفتاوى الهندية ٢٢٩/٤

(٦) انظر: الدردير ، أبو البركات سيدي خليل أحمد الدردير المتوفى سنة ١٢٠١ هجرية / الشرح الكبير المسمى منح القدير على مختصر خليل ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت: ٥/٣ ، حيث يأتي يشار اليه ب"الدردير / الشرح الكبير".

(٧) انظر: الشربيني / مغني المحتاج ٧/٢ وابن النجار / منتهى الإرادات ٥/٢

(٨) انظر: الزيلعي ، فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي المتوفى سنة ٧٤٣ هجرية / تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ، دار الكتاب الاسلامي: ١٥٤/٥ ، حيث يأتي يشار اليه ب"الزيلعي / تبيين الحقائق".

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

٣- ويشترط في الولي عند إبرام العقد عدم الإضرار بالمولى عليه ، فإذا ادعى أحد على مجنون حقا فصالح أبو هذا المجنون من دعواه من ماله الخاص فالصلح جائز. أما إذا صالح على مال موليه المجنون فالصلح جائز أيضا إذا كانت الدعوى فيها بينة تثبت حق المدعي. وإن لم تكن للمدعي بينة فلا يجوز.(١)

لأن الصلح حينئذ يقع تبرعا بمال المجنون والتبرع ضرر محض فلا يملكه الأب.

٤- ألا يكون مرتدا (ذكرا) لأن تصرفات المرتد عنده موقوفة وأما عند الصاحبين فلا يشترط ذلك بناء على نفاذ تصرفات المرتد عندهما. وأما المرتدة فصلحها جائز بالاتفاق عندهم.

الفرع الثالث: شروط محل العقد او المعقود عليه.

١- أن يكون حقا للانسان لا حقا من حقوق الله كالحدود والزكوات والكفارات. فلا يصح صلح السارق مع القاضي على ألا تقطع يده بعد أن تثبت جريمته لأنه إعتداء على حق الله سبحانه وتعالى.

قال الامام ابن القيم:

"فحق الله لا مدخل للصلح فيه كالحدود والزكوات والكفارات ونحوها وإنما الصلح بين العبد وبين ربه في إقامتها لا في إسقاطها ولهذا لا يقبل بالحدود".(٢)

أما اذا اجتمع في محل العقد حقان -حق الله وحق العبد- فينظر :

ا- ان كان حق الله فيه غالبا فلا يجوز. وذلك كحد القذف فلا يجوز الصلح فيه.

ب- وإن كان حق العبد فيه غالبا فيجوز وذلك كالقصاص فيصح الصلح بالمال فيه.(٣)

٢- أن يكون المعقود عليه حقا ثابتا حتى يصح الاعتياض عنه.

-الكاساني / البدائع ٥/١٥٥ وابن النجار / منتهى الإرادات ٢/١٥٤ والبهوتي / كشاف القناع ٢/٢٣٣ والدردير / الشرح الكبير ٢/١٣٠-١٣١

(١) انظر: نظام / الفتاوى الهندية ٤/٢٢٩ والشربيني / مغني لمحتاج ٢/١٧٢

(٢) ابن القيم ، شمس الدين أبو عبد الله بن أبي بكر المعروف بابن القيم الجوزية المتوفى سنة ٧٥١ هجرية / اعلام الموقعين عند رب العالمين ، دار الجيل ، بيروت: ١/١٠٨ ، حيث يأتي يشار اليه ب"ابن القيم / اعلام الموقعين".

(٣) انظر: التفتازاني / التلويح ٢/١٢١

- خلاف ، عبد الوهاب خلاف المتوفى سنة ١٣٧٦ هجرية / علم أصول الفقه ، دار القلم ، كويت: ص ٢١٤ ، حيث يأتي يشار اليه ب"خلاف / علم أصول الفقه".

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

بناء عليه لو أن الرجلين تشاجرا على الإنتفاع بماء النهر فصالح أحدهما الآخر عنه على شيء فالصلح باطل لأن النهر ليس ملكا لهما بل هو ملك عام للجميع لقوله ﷺ "المسلمون شركاء في ثلاثة الماء والنار والكلأ".(١)

٣- ويشترط في المحل (المعقود عليه) أن يكون معلوما ، ويتحقق العلم بمعرفة جنسه ونوعه ووصفه سواء من طريق الرؤية أو الإشارة. وأما إذا كان المعقود عليه مجهولا فإن للفقهاء في الصلح عنه أراء هي:

الرأي الأول: عدم صحة الصلح عن المجهول مطلقا. وهذا رأي الشافعية (٢) وابن حزم الظاهري.(٣) وقد اعتمدوا فيما ذهبوا إليه على ما يلي:-

ا- أن الصلح عقد من العقود المالية فيشترط أن يكون محل العقد فيها معلوما.(٤)

ب- أن في الصلح عن المجهول غررا وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر.(٥)

---

(١) أبو داود ، سليمان ابن الأشعث السجستاني المتوفى سنة ٢٧٥ هجرية / سنن أبي داود ، المكتبة العصرية ، بيروت: ١٣٥/٣ (في باب المياه) ، حيث يأتي يشار إليه ب"أبي داود / سنن أبي داود".

- الزيلعي ، جمال الدين عبد الله ابن يوسف / نصب الراية لأحاديث الهداية ، الطبعة الثانية ، مكتبة الرياض الحديثة: ٢٩٤/٤ (قال "وفيه حريز بن عثمان وقال أحمد وابن معين عنه: ثقة") ، حيث يأتي يشار إليه ب"الزيلعي / نصب الراية".

٢ - الشافعي / الأم ٢٢٦/٣

٣ - ابن حزم / المحلى ١٦٥/٨

(٤) انظر: الشافعي ، أبو عبد الله محمد بن ادريس الشافعي المتوفى سنة ١٥٠ هجرية / الأم ومعه مختصر المزني، دار الفكر ، بيروت: ٢٢٦/٣ ، حيث يأتي يشار اليه ب"الشافعي / الأم".

(٥) النسائي ، أبو عبد الرحمن أحمد ابن شعيب المتوفى سنة ٣٠٣ هجرية / سنن النسائي ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت: ٢٦٢/٧ (كتاب البيوع) ، حيث يأتي يشار إليه ب"النسائي / سنن النسائي".

- الدارقطني ، علي ابن عمر المتوفى سنة ٣٨٥ هجرية / سنن الدارقطني ، الطبعة الرابعة ١٩٨٦ م، مكتبة عالم الكتب: ١٥/٣ ، حيث يأتي يشار إليه ب"الدارقطني / سنن الدارقطني".

- مسلم ، أبو الحسين مسلم ابن حجاج النيسابوري المتوفى سنة ٢٦١ هجرية / الجامع الصحيح ، دار الآفاق الجديدة، بيروت: حديث ١٥١٣ (كتاب البيوع)، حيث يأتي يشار إليه ب"مسلم / صحيح مسلم".

وأحمد / مسند الإمام أحمد ١٤٤/٢

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

ج- أن الصلح بالمجهول يتنافى مع مبدأ التراضي(١) كما جاء في القران.(٢) إذ الغالب أن الجهالة تفضي إلى المنازعة.

الرأي الثاني: وذهب الأحناف إلى أن الصلح عن المجهول له حالتان:

الحالة الأولى: إذا كان المعقود عليه يفتقر إلى القبض والتسليم فيشترط فيه أن يكون معلوما ، فلا يصح الصلح عن المجهول في هذه الحالة لأن الجهالة فيه تؤدي إلى الخصومة.

جاء في البحر الرائق:

"الجهالة فيه إن كانت تفضي إلى المنازعة كوقوعها فيما يحتاج إلى التسليم منعت صحته وإلا فلا فبطل إن كان المصالح عنه (المعقود عليه) مجهولا يحتاج إلى التسليم كصلحه بعد دعواه مجهولا على أن يدفع له مالا و لم يسمه".(٣)

الحالة الثانية: إذا كان المعقود عليه لا يحتاج إلى التسليم وجهالته في الغالب لا تؤدي الى المنازعة فالعقد صحيح.(٤)

مثال ذلك إذا ادعى شخص على آخر حقا مجهولا فأقر المدعى عليه بذلك فتصالحا على بعضه فالصلح صحيح لأنه يجري بطريق الإسقاط لا بطريق المعاوضة فلا يحتاج إلى التسليم.

الرأي الثالث: وهو رأي المالكية والحنابلة أن جهالة المعقود عليه تبطل العقد إلا إذا تعذرت معرفته ولا توجد طريق للوصول إلى معرفته فحينئذ جائز.(٥)

ففي المدونة الكبرى:

"لا يجوز هذا الصلح (أي الصلح عن الشيء المجهول) لأن مالكا رحمه الله قد جعل الصلح بمنزلة البيع فلا يجوز فيه المجهول كما لا يجوز في البيع المجهول إذا كان يعرف ما يدعى من الدار مثلا من أن يسميه ثم يصطلحان بعد تسمية ذلك على ما أحبا فان لم يفعلا فالصلح فاسد لا شفعة فيه لأنه غير جائز إلا أن يكونا لا يعرفان ذلك فيجوز الصلح".(٦)

---

(١) انظر: ابن حزم ، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلوسي المتوفى سنة ٤٥٦ هجرية / المحلى ، دار الآفاق الجديدة ، بيروت: ١٦٥/٨ ، حيث يأتي يشار اليه ب"ابن حزم / المحلى".

(٢) سورة النساء آية ٢٩

(٣) ابن نجيم / البحر الرائق ٢٥٦/٧

(٤) انظر: الموصلي / الاختيار ٦/٣

(٥) انظر: الخطاب / مواهب الجليل ٨٠/٥ والبهوتي / الروض المربع ٢٢٤/٢ والبهوتي / كشاف القناع ٣٩٦/٣ والمقدسي / الكافي ١٥٠/٢

(٦) مالك بن أنس الأصبحي المتوفى سنة ١٧٩ هجرية / المدونة الكبرى ، رواية الإمام سحنون بن سعيد التنوخي على الإمام عبد الرحمن بن القاسم ، دار الفكر ، بيروت: ٢٣٨/٤ ، حيث يأتي يشار اليه ب"مالك / المدونة الكبرى".

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

وفي تقديري أن سبب إختلافهم يرجع إلى أمور:

١-خوف وقوع النزاع.

٢-خوف وقوع الغرر.

٣-تيسير الطريق المؤدية إلى الصلح.

فالحنفية يرون أن من المصلحة أن لا يغلق باب الصلح لمجرد جهالة الشيء المتنازع فيه لأن هذا يؤدي إلى إغلاق باب التفاهم والتسامح والأخوة في المجتمع ومع ذلك إذا كان الصلح عن الشيء المجهول يؤدي إلى المنازعة (مثل الصلح عن المجهول الذي يحتاج الى القبض والتسليم وفي الغالب أن هذه الجهالة تؤدي إلى النزاع) فهذا الصلح لا يصح لأنه يتنافي مع حكمة مشروعية الصلح.

أما الشافعية فيرون أن فتح باب الصلح في مثل هذه الحالة يؤدي إلى الغرر أولا ثم إلى المنازعة ثانيا فمن المصلحة أن يحكم ببطلانه إبتداء.

وأما المالكية والحنابلة فإنهم يرون أن الصلح أمر مستحب ولذلك لا بد من تسهيل الطريق إليه. فمن المصلحة أن يشترط في الشيء المتنازع عليه أن يكون معلوما لأن جهالته تؤدي إلى النزاع والغرر وقطع الأخوة ونحوها. ولكن إذا تعذرت معرفته (أي الشيء المتنازع عليه) لكونه في بلد أخر يصعب البلوغ إليه حالا فمن المصلحة أن يفتح باب الصلح لأنه أمر مرغوب وكونه مجهولا لا يمنع من جريان الصلح عنه لأن الشارع لا يأمر المكلفين ولا يرغبهم في الامر إلا أن هذا الأمر شيء يطاق عندهم.(١) وبهذه الاعتبارات يمكن القول أن رأي المالكية والحنابلة أرجح الأقوال والله أعلم.

٤- أن يكون محل العقد مقدورا على تسليمه (٢) من قبل الملتزم بالتسليم عند التعاقد لأن المقصود من العقود ترتب آثارها بعد ابرامها. وعلى هذا فلا يجوز الصلح عن الطير في الهواء ولا السمك في الماء ولا الآبق.

---

(١) انظر: ابن رشد ، محمد بن رشد القرطبي المتوفى سنة ٥٩٥ هجرية / بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، الطبعة التاسعة ١٩٨٩ م، دار المعرفة ، بيروت: ١٧٠/٢ حيث يأتي يشار إليه ب"ابن رشد/بداية المجتهد".

- القرافي ، العلامة شهاب الدين أبو العباس الصنهاجي المتوفى سنة ٦٨٤ هجرية / الفروق ، مكتبة عالم الكتب، بيروت: ١٥٠/١ حي يأتي يشار إليه ب"القرافي/الفروق".

(٢) انظر: الخرشي / شرح الخرشي ١٦/٥ والدسوقي / حاشية الدسوقي ١١/٢ وابن نجيم / البحر الرائق ٧٩/٦ والزيلعي / تبيين الحقائق ٤٥/٤ والشربيني / مغني المحتاج ١٣/٢ البهوتي / كشاف القناع ١٦٢/٣

- السرخسي ، شمس الدين محمد بن أبي سهل المتوفى سنة ٤٩١ هجرية / المبسوط ، الطبعة الثالثة ١٩٨٧ م، دار المعرفة ، بيروت: ١٢/١٢ ، حيث يأتي يشار إليه ب"السرخسي / المبسوط".

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الفرع الرابع: شروط بدل الصلح.

١- أن يكون مالا متقوما. والمال المتقوم هو كل ما صار في حيازة الإنسان وجاز الانتفاع به شرعا في حالة السعة والإختيار كالدور والسيارات والنقود والثياب والكتب ونحوها.(١)

ويدخل في المال الذي يصح أن يكون بدل الصلح:

آ- الأعيان فيصح أن يكون بدل الصلح أرضا أو دارا أو سيارة.

ب- المنافع (٢) فيصح أن يكون سكنى الدار بدل الصلح.

ج- الحقوق غير المتعلقة بالمال كحق الحضانة للأم على الصغير. لأنها بمنزلة المنفعة فيصح الصلح بها كما لو صالح أحد امرأة على أن ترضع ابنه. والدليل على ذلك جواز أخذ المرأة أجرة على رضاعة إبن الغير كما كان عادة العرب في عهد الرسالة.

أما الحقوق العامة المتعلقة بالمال كحق شرب ماء النهر فلا يصح الصلح بها لأنها مملوكة للجميع وليست مختصة لأفراد معينين والدليل على ذلك قوله ﷺ "المسلمون شركاء في ثلاثة الماء والنار والكلأ "(٣)

٢- أن يكون معلوما.

ولا يصح الصلح بشئ مجهول لأن جهالته بمنزلة جهالة الثمن في البيع (٤) ولأنه تمليك يؤدي إلى النزاع. (٥) هذا فيما يحتاج إلى التسليم والقبض. أما اذا كان لا يؤدي الى المنازعة والتشاجر وهو فيما لا يحتاج إلى القبض والتسليم فلا تضر جهالته. هذا هو رأي الحنفية.(٦) ولكن اعترض على هذا الرأي بأن الجهالة في الغالب يفضي إلى الخصومة والمنازعة.

أما الشافعية والحنابلة فقد ذهبوا إلى أنه لا فرق بين ما يفضي الى التنازع وبين غيره فالكل باطل غير صحيح. والسبب في ذلك عدم توافر عناصر العقد التي منها وجوب تسليم المعقود عليه والجهل يمنع هذا التسليم.(٧)

والرأي الأخير في نظري أرجح القولين لأمرين:

---

(١) زيدان / المدخل ص ١٨٦

(٢) جاء في البدائع " ولا فرق بين أن يكون المال دينا أو عينا أو منفعة" ٤٨/٦

(٣) سبق تخريجه في هامش ٨٩

(٤) انظر: دامادأفندي / مجمع الأنهر ٣٠٨/٢

(٥) انظر: الموصلي / الإختيار ٦/٣

(٦) انظر: الكاساني / البدائع ٤٦/٦

(٧) انظر: البهوتي / كشاف القناع ٣٩٦/٣ والأنصاري / فتح الوهاب ١٥٩/١ والشافعي / الأم ٢٢٦/٣

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الأمر الأول: أنه يتماشي مع قاعدة سد الذريعة اذ الجهالة قد تلازم الغرر والغرر يؤدي إلى المنازعة.

الأمر الثاني: أنه عقد معاوضة ومن شروطه الأساسية أن يكون المعقود عليه معلوم الوجود ومعلوم الصفة ومعلوم القدر.

٣- أن يكون مملوكا للمصالح.

فإذا صالح أحد على أن يدفع له مال ثم استحق من يد المدعي لم يصح الصلح لأنه ليس مملوكا للمصالح.

ولذا قال صاحب المغني:

"فإذا تبين أن العوض كان مستحقا أو حرا كان البيع فاسدا فرجع فيما كان له بخلاف الصلح عن القصاص فإنه ليس ببيع وإنما يأخذ عوضا إسقاط القصاص".(١)

ومن هذا المقال من صاحب المغني تبين لنا أن الصلح يأخذ حكم البيع إلا إذا تعلق بالقصاص فإنه ليس ببيع وهذا الأمر أيضا مفهوم من عبارات سائر الفقهاء على اختلاف مذاهبهم مما يجعلنا نستطيع القول بأن هذا الشرط لا خلاف فيه.(٢)

٤- أن يكون بدل الصلح مقدور التسليم.(٣) وقد قلنا سابقا أن الصلح قد يأخذ حكم الإجارة وقد يأخذ حكم السلم. وتعتبر هذه العقود عقود معاوضات ومن شروطها الأساسية أن يكون المعقود عليه (سواء كان ثمنا أو مثمنا عليه) مقدور التسليم وقت التعاقد. ولذلك لو صالح بالعين المغصوبة مما لا يقدر على انتزاعها من الغاصب فلا يصح الصلح.

والله تعالى أعلم بالصواب وإليه ترجع الأمور

---

(١) إبن قدامة / المغني ٤/٥٤٥

(٢) انظر: الحسيبي / كفاية الأخيار ٢٣٦ والكاساني / البدائع ٥/١٥٥ وابن رشد / بداية المجتهد ٢/١٧٢ وابن قدامة / المغني ٤/٥٤٥

(٣) انظر: العيني / البناية ٩/٦ وداماد أفندي/ مجمع الأنهر ٢/٣٠٨ والحسيبي / كفاية الأخيار ٢٣٦ والمقدسي/الكافي ٢/٩ والخرشي/ شرح الخرشي ٥/١٦

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الفصل الثاني
أحكام الصلح بالمال في العقود المالية

التمهيد

سوف نتعرض في هذا الفصل إلى أحكام الشريعة الاسلامية في العقود المالية.

ويتكون الفصل من المباحث الآتية:

المبحث الأول: أحكام الصلح بالمال في العقود المالية مع الاقرار

المبحث الثاني: أحكام الصلح بالمال في العقود المالية مع الانكار

المبحث الثالث: أحكام الصلح بالمال في العقود المالية مع السكوت

المبحث الرابع: آثار أحكام الصلح بالمال في العقود المالية

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المبحث الأول
الصلح بالمال مع الإقرار

المطلب الأول: مفهوم الصلح بالمال مع الإقرار وصوره

الفرع الأول: مفهومه

هو أن يجري الصلح بين المدعي والمدعى عليه بالمال سواء من العين المدعاة أو من غيرها أو بالمنفعة سواء من العين المدعاة أو من غيرها. وأساس هذا الصلح مبني على إقرار المدعى عليه بالدعوى.

فإذا ادعى عمرو على بكر دارا فأقر بكر بالدعوى ثم صالحه عمرو عنها -أي العين المدعاة- كلها أو بعضها أو على عين أخرى أو على منفعة العين المدعاة أو على منفعة غين أخرى ، فهذه هي صورة الصلح بالمال مع الاقرار.

الفرع الثاني: صوره

يتضمن الصلح بالمال مع الاقرار إحدى الصور الخمسة التالية:

١- *صورة الهبة* : وهي أن يجري الصلح بين الطرفين-المدعي والمدعى عليه-بعد الإقرار من المدعى عليه بالدعوى على أن يكون له ربع العين المدعاة مثلا فوافق على ذلك المدعي فهذا الصلح يأخذ حكم الهبة.(١) ذلك لأن الهبة عبارة عن عقد يفيد التمليك بلا عوض حال الحياة تطوعا.(٢)

٢- *صورة البيع* : وهو أن يصالح المدعي المدعى عليه بعد إقراره بالدعوى على أن يعطي المدعى عليه للمدعي مالا معلوما من غير العين المدعاة. وهذا الصلح في حكم البيع.(٣) وذلك لأن

---

(١) انظر: الشرقاوي / حاشية الشرقاوي ٦٥/٢ والأنصاري / فتح الوهاب ٢٠٨/١

- المواق ، أبو عبد الله سيد محمد بن يوسف أبي القاسم العبدري المشهور بالمواق المتوفى سنة ١٢٤١ هجرية / التاج والإكليل لمختصر الشيخ سيدي خليل ، الطبعة الثالثة ١٩٩٢ م ، دار الفكر ، بيروت: ٨١/٥ ، حيث يأتي يشار اليه ب"المواق / التاج والإكليل".

(٢) انظر: الشربيني / مغني المحتاج ٣٩٦/٢

(٣) انظر: المواق / التاج والإكليل ٧٩/٥ والمقدسي / الكافي ١٤٧/٢ والأنصاري / فتح الوهاب ٢٠٨/١

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

البيع عبارة عن مبادلة مال بمال على وجه مخصوص أو بعبارة أخرى هو مبادلة شئ مرغوب فيه بمثله على وجه مفيد مخصوص أي بإيجاب أو تعاط.(١)

٣- *صورة الإجارة* : وهي أن تجري المصالحة بين الطرفين بعد الإقرار من المدعى عليه بالعين المدعاة على أن تكون له منفعة عين أخرى كسكنى الدار مثلا لمدة معلومة وهذا العقد في الحقيقة عقد إجارة (٢) ويترتب على ذلك سائر أحكامها.(٣)

٤- *صورة الإعارة* : إذا ادعى أحد على آخر بملكية الدار وأقر المدعى عليه بالدعوى ثم صالحه المدعي على سكناها لمدة معينة فالصلح يكون إعارة (٤) لأن الإعارة عبارة عن تمليك أو إباحة المنفعة بلا عوض وتختلف الإعارة عن الهبة بأن الأولى واردة على منفعة شئ والثانية واردة على عينه.(٥)

٥- *صورة السلم* : وهي جريان الصلح بينهما بعد الإقرار بعوض موصوف في الذمة ويكون الصلح في حكم السلم (٦) لأنه عقد على شئ موصوف في الذمة مؤجل بثمن مقبوض بمجلس العقد.(٧)

---

(١) انظر: ابن عابدين / حاشية إبن عابدين ٤/٣ و الكاساني / البدائع ١٣٣/٥ وابن الهمام / فتح القدير ٧٣/٥

(٢) انظر: الشرقاوي / حاشية الشرقاوي ٦٦/٢ والمقدسي / الكافي ١٥٠/٢ والأنصاري / فتح الوهاب ٢٠٨/١ والمواق / التاج والإكليل ٨٠/٥

(٣) لأن الإحارة عبارة عن عقد على منفعة مقصودة ومعلومة قابلة للبذل والإباحة بعوض معلوم. الشربيني/مغني المحتاج ٣٣٢/٢

(٤) انظر: الأنصاري / فتح الوهاب ٢٠٨/١

(٥) انظر: السرخسي / المبسوط ١٣٣/١١ والبهوتي / كشاف القناع ٦٧/٤ والشربيني / مغني المحتاج ٢٦٤/٢

- ابن جزى ، أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزى الكلبي المتوفى سنة ٧٤١ هجرية / القوانين الفقهية ، طبعة ١٩٧٧ م، دار القلم ، بيروت: ص ٣٧٣ ، حيث يأتي يشار اليه ب"ابن جزى / القوانين الفقهية".

(٦) انظر: الشرقاوي / حاشية الشرقاوي ٦٦/٢ والأنصاري / فتح الوهاب ٢٠٨/١

(٧) انظر: الشربيني / مغني المحتاج ١٠٢/٢ والبهوتي / كشاف القناع ٢٧٦/٣

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المطلب الثاني: أحكام الصلح بالمال مع الإقرار

الفرع الأول: الصلح على العين المدعاة

إذا ادعى مدع على آخر أرضا وأقر المدعى عليه بالدعوى ثم صالحه على نصفها مثلا فللفقهاء في هذه المسألة أقوال:

القول الأول: يصح العقد إن تم بلفظ الهبة أو ما في معناها كالتمليك ونحوه.ولا يصح بلفظ الصلح أو البيع أو نحوها. وهذا قول عامة الشافعية (١) والحنابلة.(٢)

ووجه صحة العقد بلفظ الهبة أو ما في معناها من جانبين:

الأول: كون المدعي حر التصرف فله حق الهبة كما له حق الإستيفاء.(٣)

الثاني: إنه قد توفرت في العقد شروط الهبة إذ أن العقد يجري على بعض العين المدعاة وعليه فهو هبة في بعضها الباقي لواضع اليد -المدعى عليه- فتثبت أحكام الهبة المقررة في كتب الفقه لصدقها على ذلك.(٤)

كما يبدو بطلان العقد بلفظ الصلح أو البيع أو نحوها في الجوانب التالية:

الجانب الأول: أن من اعترف بحق وامتنع عن أدائه حتى صولح على بعضه فالصلح باطل لأنه صالح عن بعض ماله ببعضه الأخر وهذا لا يجوز.(٥)

الجانب الثاني: أن العقد بلفظ الصلح لا يخلو من أمرين:

الأمر الأول- الشرط كقول المدعي "صالحتك بنصفها على أن تعطيني الباقي". وهذا يستلزم المعاوضة عن بعض حقه ببعضه الآخر. ومثل هذه المعاوضة ممنوع لإستحالة أن يقابل الإنسان ملكه بملكه.(٦)

---

(١) انظر: الهيتمي ، شهاب الدين أحمد بن حجر الهيتمي المتوفى سنة ٩٧٣ هجرية / تحفة المحتاج شرح المنهاج ، دار الفكر ، بيروت: ١٩١/٥ ، حيث يأتي يشار اليه ب"الهيتمي / تحفة المحتاج".

- الأنصاري / فتح الوهاب ٢٠٨/٢

(٢) انظر: البهوتي / كشاف القناع ٣٩١/٣ والبهوتي / الروض المربع ٢٢٣/٢

(٣) انظر: البهوتي / كشاف القناع ٣٧٩/٣

- ابن المفلح ، أبو اسحاق برهان الدين بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح المتوفى سنة ٧٦٣ هجرية/ المبدع ، طبعة ١٩٨٠ م ، المكتب الاسلامي: ٢٧٩/٤ ، حيث يأتي يشار اليه ب"ابن المفلح / المبدع".

(٤) انظر: الشربيني / مغني المحتاج ١٧٨/٢

(٥) انظر: إبن قدامة / المغني ١٦/٥-١٧

(٦) انظر: البهوتي / كشاف القناع ٢٩١/٤

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الأمر الثاني- منع المدعى عليه حق المدعي حتى يصالحه المدعي فلا يصح الصلح بذلك لأنه من قبل أكل أموال الناس بالباطل وهو ممنوع شرعا.

الجانب الثالث: أن في العقد -بلفظ الصلح- لزوم المدعي ترك بعض حقه عن غير طيب نفس منه وهو أمر ورد فيه قول الرسول عليه الصلاة والسلام حيث يقول "لا يحل مال إمرئ مسلم إلا من طيب نفسه".(١)

الجانب الرابع: أن لفظ الصلح يقتضي المعاوضة لأنه إذا قال أحد لآخر"صالحني بهبة كذا أو على هبة كذا أوعلى نصف هذه العين" فقد أضاف إليه بالمقابلة فصار فكأنه قال"بعني بكذا".(٢)

إعتراضات على القول الأول

١-اعترض على قولهم " أن العقد لا ينعقد بلفظ الصلح أو بما في معناه" بأن العبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني. (٣) فالعقد وإن تم بلفظ الصلح لكن الذي يثبت فيه إنما هو أحكام الهبة لتوفر أركانها وشروطها أو بعبارة الشيخ خطيب الشربيني "لصدق حدها على ذلك".(٤)

٢-اعترض على قولهم " أن في العقد شرطا وهو يتنافى مع الهبة" بأن الشرط في العقد لا يمنع صحته لأن الأئمة الأربعة اتفقوا على صحة عقد الهبة بالعوض المشروط كقول الواهب "وهبت لك هذا القلم على أن تعوضني هذا الثوب".(٥)

٣-اعترض على قولهم " أن العقد -بلفظ الصلح- يجري عن غير طيب نفس من المدعي" بأن العقد في الحقيقة يجري عن رضا المدعي بإسقاط بعض حقه بدليل أنه يستطيع أن يسترد حقه عن طريق القضاء. فإذا وهب بعض حقه للمدعى عليه دل ذلك على رضاه.

---

(١) الدارقطني / سنن الدارقطني ٢٦/٣

(٢) المقدسي / الشرح الكبير ٤/٥

(٣) الزرقاء ، مصطفى أحمد / المدخل الفقهي العام ، جامع دمشق: ٢٣٠/١، حيث يأتي يشار اليه ب"الزرقاء/ المدخل".
- الندوي ، علي بن أحمد / القواعد الفقهية ، رسالة الماجيستر ، الطبعة الثانية ١٩٩١ م، دار القلم ، دمشق: ص ٥٥، حيث يأتي يشار اليه ب"الندوي / القواعد الفقهية".

(٤) الشربيني / مغني المحتاج ١٧٨/٢

(٥) انظر : الكاساني / البدائع ١٣٢/٦ والدسوقي / حاشية الدسوقي ١١٤/٣ وابن جزى / القوانين الفقهية ص٣٠٢ والشيرازي / المهذب ٤٤٧/١

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

٤-اعترض على قولهم "أن لفظ الصلح يقتضي المعاوضة" بأن لفظ الصلح يقتضي المعاوضة إذا كان ثم عوض. أما إن تم بدون العوض فلا يقتضي المعاوضة. ولفظ الصلح يعني الإتفاق والرضى وقد يحصل هذا من غير عوض كالتمليك.(١)

القول الثاني: يصح العقد سواء تم بلفظ الهبة أو بلفظ الصلح أو نحوها. وهذا هو المذهب عند المالكية (٢) والرأي الثاني (المرجوح) عند الشافعية.(٣)

وإحتجوا :

١- بأن الصلح على بعض العين المدعاة في الحقيقة يعني "الهبة" وإن تم بلفظ الصلح لأن أخذ بعضها يعني هبة للبعض المتروك وإبراء منه.(٤)

٢- بأن الخاصية التي يفتقر إليها لفظ الصلح هي سبق الخصومة وقد حصلت.(٥) فلذلك لو طلب أحد صلحا قبل الدعوى (الخصومة) كقوله مثلا "صالحني عن دارك بكذا" لم يصح.(٦)

اعتراضات على القول الثاني

أولا: أن بعض العين المدعاة لا يجوز أن يكون عوضا عن كلها.

ثانيا: أنه يتنافى مع الهبة لأن المدعي له -بعد ذلك- حق الادعاء في الباقي.

القول الثالث: لا يصح العقد سواء تم بلفظ الهبة أو بلفظ الصلح أو نحوها. وهذا هو المذهب عند الحنفية (٧) حيث قالوا:

١- أنه إذا وقع العقد على بعض العين فهذا يستلزم أن المدعي قد أسقط بعضه الباقي. وهذا باطل لأن الإسقاط عن الأعيان عند الأحناف باطل لعدم ثبوت الأعيان في الذمة والإسقاط إبراء

---

(١) المقدسي / الشرح الكبير ٥/٤

(٢) انظر: الدسوقي / حاشية الدسوقي ٣١٥/٣ والخرشي / شرح الخرشي ٣/٦

(٣) انظر: الشيرازي / المهذب ٣٤٠/١ و الحسيني / كفاية الأخيار ٢٦٢/١

- النووي ، أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي المتوفى سنة ٦٧٧ هجرية / روضة الطالبين وعمدة المتقين ، الطبعة الثانية ١٩٨٥ م ، المكتب الاسلامي: ١٩٣/٤ ، حيث يأتي يشار اليه ب"النووي / روضة الطالبين".

(٤) انظر: الدسوقي / حاشية الدسوقي ٣١٥/٣

(٥) الشربيني / مغني المحتاج ٣٧٢/٤

(٦) انظر: الأنصاري / فتح الوهاب ٢٠٨/١

(٧) انظر: ابن نجيم / البحر الرائق ٢٥٦/٧ والموصلي / الإختيار ٥/٣ وداماداًفندي / مجمع الأنهر ٣٠٩/٢

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

والذي يقبل الإسقاط هو ما يشغل الذمم من الحقوق فيكون الإبراء عن الأعيان باطل فصار وجوده بمنزلة العدم.

٢- أن بعض العين المدعاة لا يجوز أن يكون عوضا عن كلها إذ البعض في حكم الكل فيستلزم أن يكون الشيء عوضا عن نفسه وهذا غير معقول.(١)

٣- بناء على هذين الأمرين يكون للمدعي حق الادعاء بباقي المدعى به وهذا يتنافى مع الهبة فيكون العقد باطلا.(٢)

إعتراضات على القول الثالث

أولا : اعترض على الأحناف في قولهم " أن الإسقاط عن الأعيان باطل" بأن عقد الصلح ليس بإبراء عن الأعيان بل هو في الواقع إبراء عن دعواها. فالإبراء عن الدعوى جائز وصحيح.

قال العيني رحمه الله في البناية:

"إذا قال المدعي أبرأتك أو برئت من دعوى هذه الدار صح الإبراء لأن الإبراء عن دعوى العين جائز".(٣)

الفرع الثاني: الصلح على غير العين المدعاة

إذا إدعى شخص على آخر دارا فأقر المدعي عليه بها ثم صالحه عنها على سيارة فهذا الصلح جائز باتفاق الفقهاء لأنه يقع بيعا ولذلك يشترط فيه جميع أركان البيع وشروطه من القدرة على التسليم والعلم بالبدل والملكية وإمكانية الإنتفاع به وعدم النسيئة وعدم جواز التفاضل عند إتحاد الجنس.(٤)

فإذا جرى الصلح عن نصف رطل ذهبا بعد إقرار المدعى عليه بالدعوى على ثلث رطل ذهبا فالعقد باطل لأن الذهب من الأموال الربوية فيمتنع فيها التفاضل عند إتحاد الجنس (٥) لقوله

---

(١) انظر: العيني / البناية ١١/٩

(٢) انظر: نفس المرجع ١١/٩

(٣) نفس المرجع ١١/٩

(٤) انظر: دامادأفندي / مجمع الأنهر ٣٠٨/٢ والموصلي / الإختيار ٥/٣ والزيلعي / تبيين الحقائق ٣١/٥ وابن نجيم / البحر الرائق ٢٥٦/٧ والخرشي / شرح الخرشي ٢/٦ والحطاب / مواهب الجليل ٨٠/٥ والشيرازي / المهذب ٣٤٠/١ والرملي / نهاية المحتاج ٣٧١/٤ وابن مفلح / المبدع ٢٨٢/٤

(٥) انظر: ابن نجيم / البحر الرائق ٢٥٦/٧

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

عليه الصلاة والسلام "الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل سواء بسواء يدا بيد فإذا إختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم ".(١)

الفرع الثالث: الصلح على الدين المدعى(٢)

إذا ادعى شخص على آخر ألف دينار حالة في ذمته وأقر بذلك المدعى عليه ثم صالحه المدعي على أربعمائة دينار حالة منه أي من الألف كان الصلح صحيحا عند الجمهور _الأحناف(٣) والمالكية (٤) والشافعية (٥)_ سواء تم العقد بلفظ الإسقاط أو الحط أو الإبراء أو نحوها لأن العبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني.

أما المذهب عند الحنابلة فإن العقد صحيح إذا تم بلفظ الإبراء أو الهبة غير معلقين بشرط. أما إذا إقترن بشرط فالعقد باطل لأن الهبة عبارة عن تقديم الواهب الشيء الموهوب للشخص الموهوب له عن طيب نفسه.

جاء في منتهى الإرادات:

"...فيصح (الصلح بلفظ الهبة أو نحها) لا بلفظ الصلح أو بشرط أن يعطيه الباقي أو أن يمنعه حقه بدونه".(٦)

وكذا إن تم بلفظ الصلح فلا يصح العقد لأن المدعي قدصالح المدعى عليه عن ماله بماله.(٧)

أقول : إن ما ذهب إليه الحنابلة لايخفى ضعفه لأمور:-

١- أن الشرط في العقد لا يمنع صحته لأن الأئمة الاربعة اتفقوا على صحة عقد الهبة بالعوض المشروط. فإذا قال الواهب للموهوب له "وهبت لك هذا القلم على أن تعوضني هذا الثوب" صح العقد.(٨)

---

(١) مسلم / صحيح مسلم :ح-٨١و٨٢ باب الربا (١٥) والزيلعي / نصب الراية ٣٥/٤ باب الربا : حديث حسن صحيح.

(٢) انظر: الشرقاوي / حاشية الشرقاوي ٦٦/٢ والمواق / التاج والإكليل ٧٩/٥ والأنصاري / فتح الوهاب ٢٠٨/١

(٣) انظر: ابن نجيم / البحر الرائق ٢٥٩/٧ والزيلعي / تبيين الحقائق ٤١/٥ والموصلي / الإختيار ٢٦/٢

(٤) انظر: الخرشي / شرح الخرشي ٣/٦ والدسوقي / حاشية الدسوقي ١٠/٣

(٥) انظر: الشربيني / مغني المحتاج ٧٨/٢ والشيرازي / المهذب ٣٣٣/١

(٦) ابن النجار / منتهى الإرادات ٤١٩/١

(٧) نفس المرجع ٤١٩/١

(٨) انظر: الكاساني / البدائع ١٣٢/٦ والدسوقي / حاشية الدسوقي ١١٤/٣ والشربيني / مغني المحتاج ٤٠٤/٢ وابن جزى / القوانين الفقهية ص٣٥٢

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

ب- أن العقد في الحقيقة يجري على رضى المدعي (بإسقاط بعض حقه) لأنه يستطيع أن يسترد حقه عن طريق القضاء. فإذا وهب بعض حقه للمدعى عليه دل ذلك على رضاه.

ج- أن ترك المدعي بعض الدين له صلحا جائز لجواز الصلح عن العين المدعاة ببعضها -كما رجحنا- لأنهما يشتركان في معنى الهبة.(١)

ولهذه الأمور أقول أن ما ذهب اليه الجمهور هو الراجح.

الفرع الرابع: الصلح على غير الدين المدعى(٢)

إذا ادعى أحد على آخر دينا في ذمته-ألف دينار مثلا-وأقر المدعى عليه بذلك ثم صالحه المدعي على ألف درهم فإن العقد صحيح وإن تم بلفظ الصلح.(٣)

وهذا النوع من الصلح لا يخلو من عدة حالات:

الحالة الأولى: أن يتم العقد بأحد النقدين. فإذا ادعى رجل على آخر أربعة دنانير ثم أقر المدعى عليه بذلك وصالحه على عشرين درهما فالصلح صحيح بإتفاق المذاهب الأربعة.(٤) وذلك لأن العقد قد تم ببيع أحد النقدين بالآخر وهذا جائز.

أما إذا تم العقد بنفس جنس النقد المدعى به كما لو ادعى أحد على آخر بمائة دينار وأقر المدعى عليه بذلك ثم صالحه المدعي على مائة وعشرين دينارا كان هذا الصلح باطلا عند الجميع لأنه بيع دينار بدينار وهو باطل إلا إذا كان مثلا بمثل يدا بيد سواء بسواء كما جاء في الحديث السابق ذكره.(٥)

الحالة الثانية: أن يتم العقد عن نقد بمنفعة كسكنى الدار مثلا. وهذا العقد صحيح عند الجمهور(٦) (الأحناف والشافعية والحنابلة). أما المالكية فلم يتعرضوا لهذه الصورة في كتبهم ولكن

---

(١) إذ الهبة عبارة عن عقد يفيد التمليك بلا عوض حال الحياة تطوعا. أنظر: الشربيني / مغني المحتاج ٣٩٦/٢

(٢) انظر: الأنصاري / فتح الوهاب ٢٠٨/١ والشرقاوي / حاشية الشرقاوي ٦٦/٢

(٣) انظر: الكاساني / البدائع ٤٧/٦ والخرشي / شرح الخرشي ٣/٦ وابن جزى / القوانين الفقهية ص ٣٤٣ والشيرازي / المهذب ٣٤٠/١ وابن مفلح / المبدع ٢٨٣/٤

(٤) انظر: دامادأفندي / مجمع الأنهر ٣١٥/٢ والخرشي / شرح الخرشي ٣/٦ وابن مفلح / المبدع ٢٨٣/٤ والرملي / نهاية المحتاج ٣٧٣/٤

(٥) اعني حديث عبادة بن الصامت وفيه " الذهب بالذهب والفضة بالفضة....إلى آخره.

(٦) انظر: الكاساني / البدائع ٤٧/٦ والشيرازي / المهذب ٣٤٠/١ والبهوتي / كشاف القناع ٣٨٢/٣

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

نستطيع القول -طبقا لقاعدتهم- إن مثل هذا العقد جائز إلحاقا بالصلح عن العين المدعاة بمنفعة عين آخرى حيث قالوا أنه يجوز لما فيه معنى الإجارة.(١)

الحالة الثالثة: أن يتم العقد عن الدين بالعين فإذا صالح المدعي المدعى عليه بعد إقراره بالدين على سيارة -مثلا- فالصلح صحيح. وقد نص على ذلك فقهاء المذاهب الأربعة.(٢)

ووجه صحته أن العقد تم بمبادلة مال بمال وهو في معنى البيع.

الفرع الخامس: الصلح على منفعة العين المدعاة

إذا ادعى رجل على آخر دارا وأقر المدعى عليه بالدعوى ثم صالحه المدعي على سكناها لمدة معينة فالصلح جائز لأنه في حكم الإعارة إذ الإعارة عبارة عن تمليك أو إباحة منفعة بلا عوض.(٣) هذا هو رأي الشافعية في الأصح عندهم.(٤)

وذهب الحنابلة إلى بطلانه لأن المدعي صالح المدعى عليه عن ملكه على منفعة ملكه وهذا باطل لأن المدعي إبتاع داره بمنفعتها وهذا هضم للحق.(٥)

أما الأحناف والمالكية فلم يتعرضوا لهذه المسألة في كتبهم ولكن نستطيع القول -طبقا لقاعدتهم- أن مثل هذا العقد جائز عند المالكية إلحاقا بجواز الصلح عن العين المدعاة ببعضها وغير جائز عند الأحناف إلحاقا ببطلان الصلح عن العين المدعاة ببعضها.(٦)

أقول: أن رأي الحنابلة هو الراجح لأن المدعي في هذه الحالة اشترى شيئا هو يملكه.

---

(١) انظر: الحطاب / مواهب الجليل ٨١/٥ والخرشي / شرح الخرشي ٢/٦

(٢) انظر: ابن قدامة / المغني ١٧/٤ والرملي / نهاية المحتاج ٣٧٣/٤ والكاساني / البدائع ٤٣/٦

(٣) انظر: السرخسي / المبسوط ١٣٣/١١ والبهوتي / كشاف القناع ٦٧/٤ وابن جزى / القوانين الفقهية ص ٣٧٣ والشربيني / مغني المحتاج ٢٦٤/٢

(٤) انظر: الرملي / نهاية المحتاج ٣٧٣/٤ والنووي / روضة الطالبين ١٩٧/٤

(٥) انظر: البهوتي / كشاف القناع ٣٩٢/٣ وابن مفلح / المبدع ٢٨١/٤

(٦) وقد سبق ذكر أحكامها في الصفحات السابقة.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الفرع السادس: الصلح على منفعة غير العين المدعاة

إذا ادعى شخص على آخر أرضا -مثلا- وأقر المدعى عليه بالدعوى ثم صالحه المدعي على سكنى الدار لمدة سنة فالصلح جائز بلا خلاف لوجود معنى الإجارة فيه ويترتب على ذلك ثبوت أحكامها فيه.(١)

(١) انظر: دامادأفندي / مجمع الأنهر ٣٠٩/٢ والزيلعي / تبيين الحقائق ٣٢/٥ والخرشي / شرح الخرشي٢/٦ والحطاب / مواهب الجليل ٨١/٥ والبهوتي / كشاف القناع ٣٨٢/٣ والرملي / نهاية المحتاج ٣٧٠/٤ والحسيني/كفاية الأخيار ١٦٩/١

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المبحث الثاني
أحكام الصلح بالمال مع الإنكار

المطلب الأول: الصلح بالمال مع الإنكار مفهومه وصوره.

الفرع الأول: مفهوم الصلح بالمال مع الإنكار.

هو أن يجري الصلح بالمال بين الطرفين -المدعي والمدعى عليه- بعد الدعوى من المدعي والإنكار من المدعى عليه. وأساس هذا العقد أن المدعي معتقد أن ما ادعاه حق وكذا المدعى عليه يعتقد أن الحق معه. فإذا ادعى احمد بإستحقاق الأرض التي تحت يد زيد وأنكر زيد بذلك وتعذر أحمد أن يأتي ببينة وطلب من زيد اليمين على إنكاره فلزيد (وهو المدعى عليه) أن يطلب من أحمد (وهو المدعي) الصلح عن هذه الدعوى بمال قطعا للخصومة وإفتداء لليمين ولأحمد قبول هذا الطلب.

الفرع الثاني: صور الصلح بالمال مع الإنكار

قد يقع الصلح مع الإنكار في صورة البيع وقد يقع في صورة الإجارة وقد يحدث أيضا في الدين. فإذا إدعى رجل على آخر دارا وأنكر المدعى عليه بالدعوى ثم صالحه المدعي على سيارة كان الصلح عندئذ يأخذ حكم البيع لوجود مبادلة شئ بشئ. وإذا جرى الصلح بعد إنكار المدعى عليه على أن يكون له منفعة غير العين المدعاة كحق إستخدام السيارة لمدة معلومة فالصلح عندئذ يأخذ حكم الإجارة.

والصلح مع الإنكار جائز أيضا في الدين كما لو ادعى رجل على آخر بألف دينار حالة في ذمته وأنكر المدعى عليه فصالحه المدعي على أربعمائة دينار حالة كان الصلح صحيحا جائزا.

المطلب الثاني: أحكام الصلح بالمال مع الإنكار

إختلف الفقهاء في جواز الصلح بالمال مع إنكار المدعى عليه في كل صوره السابقة -البيع والإجارة والصلح في الدين- على رأيين هما:

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الرأي الأول: رأي الجمهور (الأحناف والمالكية والحنابلة) أن هذا الصلح -في الجملة- صحيح.(١)

واستدل الجمهور على قولهم بأمور:

١- قوله تعالى ﴿وإن إمرأة خافت من بعلها نشوزا أو إعراضا فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحا والصلح خير﴾.(٢)

وجه الدلالة في قوله تعالى ﴿والصلح خير﴾ وهو لا يدل على جواز الصلح في أحوال النزاع بين الزوجين فقط بل النص على عمومه حيث يدل أيضا على جواز الصلح مع الإنكار كما قاله الإمام الجصاص رحمه الله.(٣) ويؤيد ذلك قوله ﷺ "الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا".(٤)

وقد اعترض على هذا الإستدلال بأن الأية ليست على عمومها وأن الله تعالى لم يرد قط كل صلح ولا كل عقد. فقد صح أنه ليس في القرآن ولا في السنة تصحيح الصلح على الإنكار.(٥)

واجيب عن هذا الاعتراض بأن العبرة في الأية بعموم لفظها لا بخصوص سبب نزولها كما هو متقرر عند جمهور المفسرين.(٦) ولذلك قال الإمام القرطبي رحمه الله "قوله تعالى (الصلح خير) لفظ عام مطلق يقتضي أن الصلح الحقيقي الذي تسكن إليه النفوس ويزول به الخلاف خير على الإطلاق".(٧)

كما اعترض على الإستدلال بحديث "الصلح جائز بين المسلمين .....إلى آخره" بأنه حديث ضعيف لأنه إنفرد به كثير بن عبدالله بن زيد بن عمرو وهو ساقط متفق على إطراحه.(٨)

واجيب عن ذلك بأن الحديث قد رواه الإمام الترمذي وقال عنه: إنه حديث حسن كما أن ابن حبان قد صححه ، وأيضا رواه الحاكم عن أنس وعائشة وقال صحيح بشرط الشيخين وكذلك أخرجه الإمام أحمد عن سليمان بن بلال بن علاء عن أبيه عن أبي هريرة وفي سنده عبدالله بن

---

(١) انظر: الصنعاني / سبل السلام ١١٢/٣ والشوكاني / نيل الأوطار ٣٧٦/٥ وصديق حسن خان / الروضة الندية ٢٣٣/٢ والكاساني / البدائع ٤٠/٦ وابن جزى / القوانين الفقهية ٣٤٣ وابن قدامة / المغني ١٠/٤

(٢) سورة النساء أية ١٢٨

(٣) الجصاص / أحكام القرآن ٢٦٩/٣

(٤) سبق تخريجه في الفصل الأول صفحة ١٦

(٥) إبن حزم / المحلى ١٦٣/٨

(٦) انظر: القطان / مباحث في علوم القرآن ص ٨٢

(٧) القرطبي / الجامع لأحكام القرآن ٤٠٦/٥

(٨) ابن حزم / المحلى ١٦٣/٨

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الحسن المصيصي وهو ثقة وكثير بن زيد الذي قال أبو زرعة فيه صدوق وثقه إبن معين والوليد بن رباح وهو صدوق.(١)

وعلى ذلك فإن طرق الحديث يشهد بعضها لبعض فأقل أحوالها أن يكون المتن الذي إجتمعت عليه حسنا.(٢)

٢- حديث كعب بن مالك حيث رواه إبنه عبدا لله بن كعب بن مالك "لما تنازع مالك مع إبن أبي حدرد في دين عليه أي على إبن أبي حدرد أصلح النبي ﷺ بينهما بأن استوضع من دين كعب الشطر وأمر غريمه بأداء الشطر".(٣)

فالحديث صريح في جواز الصلح عند إنكار المدعى عليه حيث أن النبي ﷺ قد أصلحهما عندما تنازعا في الدين . والتنازع بينهما إما في المقدار وإما في التأجيل التعجيل. وإن كان التنازع بينهما في المقدار فالصلح يكون عن الإنكار وإن كان في التعجيل والتأجيل فالصلح أيضا يكون عن الإنكار لأن منكر الأجل قد صولح على أن يتعجل البعض من دينه ويسقط الباقي إلى مقابل دعوى صاحبه للأجل.(٤)

٣- إجماع الصحابة رضي ا لله عنهم. فقد روي عن عمر بن الخطاب أنه أمر برد الخصومة إلى الصلح مطلقا في قوله "ردوا الخصوم حتى يصطلحوا فإن فصل القضاء يورث الضغائن".(٥) و لم ينكره أحد من الصحابة فيكون إجماعا منهم.(٦)

وقد اعترض عليه:

أ- بأن الأثر من رواية عبدالملك بن الوليد بن معدان عن أبيه. وقال إبن حزم عنهما "كلاهما لا شئ" أي لا ينبغي الإحتجاج بما روي عنهما.(٧)

ب- ثم إن دعوى الإجماع غير صحيحة لأن الخلاف فيه معروف. فقد خالف الجمهور غيرهم من الفقهاء مثل الشافعية والظاهرية والهادوية وإبن أبي ليلى وغيرهم. وهذا يكفي لرد دعوى الاجماع.

---

(١) انظر: الشوكاني / نيل الأوطار ٣٧٦/٥ وصديق حسن خان / الروضة الندية ٢٣٢/٢

(٢) انظر: الشوكاني / نيل الأوطار ٣٧٦/٥ والصنعاني / سبل السلام ١١١/٣

(٣) قد سبق تخريجه في الفصل الأول

(٤) صديق حسن خان / الروضة الندية ٢٣٤/٢

(٥) الهندي / كنز العمال ٨٠٥/٥

(٦) انظر: الكاساني / البدائع ٤٠/٦ حيث نقل فيه إجماع الصحابة.

(٧) ابن حزم / المحلى ١٦٣/٨

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

٥- إن في الصلح مع الإنكار إفتداء لليمين. (١) فإذا ادعى أحد على آخر دارا فأنكر المدعى عليه و لم يكن مع المدعي بينة تثبت دعواه ، فللقاضي طلب المدعى عليه لليمين وعندئذ يجوز للمدعى عليه طلب الصلح مع المدعي إفتداء ليمينه. فإذا صح الصلح لإفتداء اليمين صح الصلح عن الإنكار لأن اليمين لا تكون إلا عند إنكارالمدعى عليه.

فقد جاء في التاج والإكليل لمختصر جليل:

"من لزمته اليمين فإفتدى منها بمال جاز".(٢)

غير أن ابن حزم رحمه الله قد اعترض على ذلك بقوله "...لا تخلو تلك اليمين التي يطلب لها المنكر من أن تكون صادقة إن حلف بها أوكاذبة فإن كان المطلوب كاذبا فإنه أكل مال خصمه بالباطل وإن كان صادقا في حلفه بها فيكون حراما على الطالب أن يأخذ منه فلسا".(٣)

اجيب عن هذا الاعتراض بأن هذا الافتداء جائز قياسا على جواز إفتداء المرأة نفسها من زوجها بمال تبذله له في مسألة الخلع. (٤) أي أجيز الخلع لتخليص الزوجة من الضرر.

الرأي الثاني: وهو أن هذا النوع من الصلح غير جائز. وذهب إليه الشافعية(٥) والظاهرية(٦) وإبن أبي ليلى(٧) واستدلوا على ذلك بأمور منها:

١- قوله تعالى ﴿لا تأكلو أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾.(٨)

فالأية تنهى عن أكل أموال الناس بالباطل والصلح مع إنكار المدعى عليه هو نوع من أكل المال بالباطل لأن من ادعى على غيره دارا في يده فأنكر ذلك المدعى عليه ثم صالحه عنها بالعوض كان قد ابتاع ماله بماله وهذا لا يجوز.(٩)

---

(١) انظر: المقدسي / الكافي ١٤٧/٢ والعيني / البناية ٧/٩ والحطاب / مواهب الجليل ٨٣/٥ والمواق/ التاج والإكليل ٨٣/٥ وابن قدامة / المغني ١١/٤

(٢) المواق / التاج والإكليل ٨٣/٥

(٣) ابن حزم / المحلى ١٦٣/٨

(٤) انظر: ابن قيم / إعلام الموقعين ٣٧٠/٣

(٥) انظر: الرملي / نهاية المحتاج ٣٧٥/٤ والحسيني / كفاية الأخيار ٢٦١/٢

(٦) انظر: ابن حزم / المحلى ١٦٠/٨-١٦٣

(٧) انظر: ابن حزم / المحلى ١٦٣/٨

(٨) سورة النساء أية ٢٩

(٩) النووي / المجموع ٧١/١٣

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

واعترض على هذا الإستدلال بأن مناط صحة العقد هو التراضي. وفي عقد الصلح بالمال مع إنكار المدعى عليه قد تحقق التراضي حيث أن المنكر قد رضي بأن يكون عليه بعض ما أنكره وأي مقتضي يمنع هذا.(١)

٢- قوله (ص) "الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا".(٢)

ووجه الدلالة في قوله ﷺ "إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا" فإنه يدل على أن المدعي إذا كان صادقا في دعواه ثم قبل الصلح مع المدعى عليه فقد حرم على نفسه ما يحل له من أموال وإن كان كاذبا في دعواه ثم صالح مع المدعى عليه فقد أحل مال الغير أي مال المدعى عليه وهذا نوع من أكل أموال الناس بالباطل وهو حرام.

قال إبن حزم رحمها الله في المحلى:

"إن الصلح عن الإنكار لا يخلو من أحد الوجهين إما أن يكون الطالب طالب حق والمطلوب مانع حق أو مماطلا لحق أو يكون الطالب طالب باطل ولا بد من أحدهما. فإن كان الطالب محقا أي صادقا فحرام على المطلوب بلا خلاف أو أن يماطله وهو قادر أيضا على إنصافه حتى يضطره إلى أسقاط بعض حقه أو أخذ غير حقه فالمطلوب في هذه الجهة أكل مال الطالب بالباطل أو بالظلم وإن كان الطالب مبطلا أي كاذبا فحرام عليه الطلب بالباطل فالكاذب في هذه الجهة أكل مال المطلوب بالباطل".(٣)

واعترض على هذا الإستدلال بأن الصلح مع الإنكار لا يدخل في مفهوم هذا الحديث لأن المنهي عنه أن يحل العقد شيئا قد ثبتت حرمته شرعا فحينئذ يكون العقد باطلا فإذا تم العقد على إحلال بضع محرم مثلا فالصلح غير صحيح وكذا لو تم بشئ محرم كالخنزير.(٤)

٣- قوله عليه الصلاة والسلام "لايحل مال إمرئ مسلم إلا من طيب نفسه".(٥)

قالوا "لا يصح الصلح مع الإنكار. ومعنى عدم صحته أنه لا يطيب مال الخصم مع إنكار المصالح وذلك حيث يدعي عليه أخر عينا أو دينا فيصالح ببعض العين أو الدين مع إنكار خصمه فإن الباقي لا يطيب له بل يجب تسليمه".(٦)

---

(١) صديق حسن خان / الروضة الندية ٢٣٤/٢

(٢) قد سبق تخريجه في صفحة ١٥

(٣) ابن حزم / المحلى ١٦٣/٨

(٤) انظر: ابن قدامة / المغني ١٠/٤

(٥) الدارقطني /سنن الدارقطني ٢٦/٣

(٦) الصنعاني / سبل السلام ١١١/٣

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

جاء في البدائع للكاساني رحمه الله:

"لو ادعى أحد على إنسان ألفا وأنكره المدعى عليه فصالحه على مائة درهم على أن يقر له بالألف فهو باطل لأن المدعي لا يخلو إما أن يكون صادقا في دعواه بالألف وإما أن يكون كاذبا فيها فإن كان صادقا فيها فالألف واجبة على المدعى عليه ويكون أخذ العوض عليه في معنى الرشوة وأنه حرام".(١)

لو سلمنا أن ما دفعه المدعي للمدعى عليه لقطع النزاع يعتبر رشوة فلا بأس لدفعها لدفع الظلم خاصة عند الخوف على النفس أو المال.(٢)

جاء في الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل:

"وإن بذلت المرأة عوضا للمدعي عن دعواه (في الزواج) صح لأنها تدفع شره عن نفسها".(٣)

وبعد بياننا لحجج كل فريق نستطيع القول بأن الرأي الراجح هو ما قاله الجمهور من أن الصلح بالمال مع الإنكار صحيح وذلك للأمور التالية:

١- عموم قوله تعالى ﴿والصلح خير﴾ ، فالأية وإن نزلت في النزاع بين الزوجين إلا أنها تخضع لقاعدة " العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب".

٢- أن العقد وإن تم بلفظ الصلح إلا أنه يمكن أن يتفق مع صورة البيع أو صورة الإجارة أو صورة الإعارة أو صورة الهبة. وإذا اتفق مع صورة البيع فإنه يأخذ حكمه. وكذلك إذا اتفق مع صورة الإجارة فإنه يأخذ حكمها. وهكذا إذا إتفق مع صور أخرى فإنه يأخذ حكم هذه الصور.

---

(١) الكاساني / البدائع ٥١/٦

(٢) انظر: العيني / البناية ٥/٩

(٣) المقدسي / الكافي ١٤٨/٢

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المبحث الثالث

الصلح بالمال مع السكوت

المطلب الأول : مفهوم الصلح بالمال مع السكوت وصوره

المراد بالصلح بالمال مع السكوت هو أن يجري الصلح بين الطرفين -المدعي والمدعى عليه- بعد الدعوى من المدعي والسكوت من المدعى عليه. وأساس هذا الصلح أن المدعي يعتقد أن ما إدعاه حقه وأن المدعى عليه يتوقف لا يقر بذلك ولا ينكر.

وهذا النوع من الصلح قد يكون على صورة البيع (١) كما لو ادعى شخص على شخص آخر أرضا وسكت المدعى عليه على ذلك ثم تصالحا على دار مثلا.

وقد يكون على صورة الإجارة (٢) كما لو جرى الصلح -بعد الدعوى من المدعي والسكوت من المدعى عليه- على أن يكون للمدعى عليه إستخدام سيارة المدعي لمدة سنة كاملة فالصلح يأخذ حكم الإجارة.

ويجوز أيضا الصلح بالمال في الدين (٣) مع سكوت المدعى عليه كما لو ادعى أحد على آخر مائة دينار حالة في ذمته وسكت المدعى عليه ثم صالحه المدعي على خمسين دينارا حالة فالصلح جائز وصحيح.

المطلب الثاني: أحكام الصلح بالمال مع السكوت

للفقهاء في الصلح بالمال مع سكوت المدعى عليه قولان. ويعود إختلافهم إلى أنه هل يعتبر السكوت إقرارا أو إنكارا ؟ فذهب الأحناف (٤) والمالكية (٥) والحنابلة (٦) إلى أن السكوت يعتبر إنكارا فجاز الصلح معه. وإحتجوا على ذلك بنفس الأدلة التي إعتمدوها على جواز الصلح مع الإنكار وقد سبق ذكرها في المبحث الثاني السابق.(٧)

---

(١) انظر: السرخسي / المبسوط ١٤٣/٢٠ وابن رشد / بداية المجتهد ٣٧٧/٢ وابن قدامة / المغني ١٢/٤

(٢) انظر: ابن نجيم / البحر الرائق ٢٥٦/٧ والبهوتي / كشاف القناع ٣٩٧/٣ وابن رشد / بداية المجتهد ٣٧٧/٢

(٣) انظر: البهوتي / كشاف القناع ٣٩٧/٣ والموصلي / الإختيار ٢٥٤/٢ وابن رشد / بداية المجتهد ٣٧٧/٢

(٤) انظر: الكاساني / البدائع ٤٠/٦ والموصلي / الإختيار ٢٥٤/٢ وابن نجيم / البحر الرائق ٢٥٦/٧

(٥) انظر: الخرشي / شرح الخرشي ٤/٦

(٦) انظر: البهوتي / كشاف القناع ٣٨٥/٣

(٧) انظر صفحة ٤٦

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

أما إبن أبي ليلى (١) فذهب إلى جوازه أيضا وقال أن السكوت من المدعى عليه يعتبر إقـرارا منه والصلح مع الإقرار جائز بإجماع الفقهاء.

وذهب الشافعية (٢) ومعهم إبن حزم(٣) إلى عدم إنعقاد هذا النوع من الصلح لأن الساكت يعد منكرا –حكما– حتى يتبين حق المدعي بالبينة. وإحتجـوا بما إحتجـوا بـه في بطـلان الصلـح مـع الإنكار وقد سبق ذكره في المبحث الثاني السابق.(٤)

وأقول أن الصلح بالمال مع سكوت المدعى عليه صحيح لأننا إذا قلنا بجـواز الصلـح في حالـة الإنكار فمن باب الأولى أن نحكم بصحة هذا الصلح.

---

(١) انظر: ابن حزم / المحلى ١٦٢/٨

(٢) انظر: الأنصاري / فتح الوهاب ٢٠٩/١

(٣) انظر: ابن حزم / المحلى ١٦٢/٨

(٤) انظر صفحة ٤٩

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المبحث الرابع
آثار الصلح بالمال في العقود المالية

ويترتب على عقد الصلح بالمال -في الجملة- أمران:

١- النفاذ

٢- الإلزام

المراد بالنفاذ هو أن العقد منتج لنتائجه المترتبة عليه شرعا من انعقاده أي أن حكم ذلك وآثاره الخاصة في الحقوق والأموال التي ورد العقد عليها حاصلة بمجرد رضى عاقديه.(١)

وأما الإلزام فيراد به وجوب تنفيذ إلتزامات التعاقد عملا بقوله تعالى ﴿ياأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾.(٢)

وقد قلنا سابقا أن عقد الصلح بالمال إما يتضمن معنى البيع أو الإجارة أو الإعارة أو الهبة. فالصلح بالمال مع إقرار المدعى عليه بالدعوى هو في الحقيقة بمعنى عقد بيع إذا كان بدل الصلح عينا غير العين المدعاة ، ويترتب على ذلك إنتقال ملكية المبيع -وهو المصالح عنه-للمقر له والثمن -وهو بدل الصلح- للمقر ، كما يترتب على ذلك أيضا إيجاب تنفيذ الإلتزامات على الطرفين كتسليم المبيع وتسلم الثمن وحق الرد بالعيب وعدم جواز التصرف في بدل الصلح قبل القبض.

ويشترط في المصالح عنه وبدل الصلح ما يشترط في المبيع والثمن من القدرة على التسليم والتسلم والعلم بهما وإمكانية الإنتفاع بهما وغير ذلك من الشروط اللازمة في عقد البيع.

كما أن عقد الصلح بالمال مع الإقرار من المدعى عليه بالدعوى فيه معنى عقد الإجارة إذا كان بدل الصلح هو منفعة غير العين المدعاة وكما فيه معنى عقد الإعارة إذا كان بدل الصلح هو منفعة العين المدعاة ، ويترتب على ذلك:

١-ثبوت حق تملك المنفعة للمقر له.

٢-وجوب تنفيذ الإلتزامات على الطرفين كتمكين المقر للمقر له حق الإنتفاع وما يتعلق به.

وكذلك فإن عقد الصلح بالمال مع إقرار المدعى عليه بالدعوى فيه معنى عقد الهبة إذا كان بدل الصلح هو نفس العين المدعاة ، ويترتب على ذلك:

١-وجوب تنفيذ الإلتزامات على المدعى عليه من تسليم بدل الصلح وتمكينه للمقر له أن يتصرف فيه.

---

(١) الزرقاء / المدخل ٤١٨/١

(٢) سورة المائدة آية ١

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

٢-ثبوت حق تملك العين المدعاة للمدعي المقر له.

وإذا انعقد الصلح مع إنكار المدعى عليه أو سكوته فإنه يكون إما بيعا وذلك إذا صالح المدعي المدعى عليه بغير العين المدعاة ، وإما إجارة وذلك إذا صالح المدعي المدعى عليه على منفعة غير العين المدعاة. ويترتب على ذلك ما يترتب في عقد الصلح مع إقرار المدعى عليه من إنتقال ملكية المبيع وحق تملك المنفعة وغير ذلك.

والله أعلم بالصواب واليه تعالى ترجع الأمور كلها

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الفصل الثالث
أحكام الصلح بالمال في قضايا الأحوال الشخصية

تمهيد:

لقد اهتم الإسلام بأمر الأسرة وجعله في إطار الضوابط والأسس التي تكفل لها الأستقرار ، غير أن واقع الحياة يدل على أن الزواج -وهو اللبنة الأولى في تكوين الأسرة- قد يتعرض لبعض الأمور التي بها تنفصم وتنقطع رابطته. وذلك إما بالموت أو بسبب من أسباب الفرقة.

لذلك فإن الإسلام لم ينس و لم يتجاهل هذه الحقيقة بل وضع لها أحكاما متعددة بحيث تسير بها الأمور في إطار العدل ومراعاة حقوق الجانبين.

ويأتي هذا الفصل ليتناول أحكام الصلح بالمال في مجال الأحوال الشخصية ، وينحصر الحديث فيه في مبحثين هما:

المبحث الأول: مفهوم الصلح بالمال في قضايا الأحوال الشخصية ومشروعيته وشروطه.

المبحث الثاني: أحكام الصلح بالمال في قضايا الأحوال الشخصية.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المبحث الأول

مفهوم الصلح بالمال في قضايا الأحوال الشخصية ومشروعيته وأركانه وشروطه.

المطلب الأول: مفهوم الصلح بالمال في قضايا الأحوال الشخصية وأركانه وشروطه

إن عقد الزواج عقد يتم بعناصره من الإيجاب والقبول ومطلق الإرادة ، ولكنه ليس كسائر العقود لما فيه من رجحان جانب التعبد أو القربة.(١)

فالإسلام كما جعل مطلق الإرادة في تشكيل عقد الزواج ، جعل أيضا مطلق الإرادة في إنهاء هذا العقد ، وراعى بعد نظر الرجل في سياسة الحياة فجعل حق الطلاق -في الأصل- بيد الرجل دون المرأة.

ومع ذلك فإنه ليس في وسع الرجل أن يتعسف فيه وأن يستعمله بدافع الهوى. ولهذا جاء الأثر عن أبي موسى الأشعري رضي الله عنه أنه قال " تزوجوا ولا تطلقوا فإن الله لا يحب الذواقين".(٢)

بل يجب على الزوج أن يجعل أمر الطلاق آخر الطرق لحل مشاكل الحياة الزوجية حيث أن تعاليم الإسلام وتوجيهاته تدل على أنه عندما يموج الماء المنعكر في حياة الزوجين فإنها تحث وتدعو الى الصلح ، فقال تعالى ﴿وإن امرأة خافت من بعلها نشوزا أو إعراضا فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحا والصلح خير﴾.(٣)

وقد لا ينتهي الحال عند هذا الحد بل قد تكون المرأة مظلومة فيتسع النزاع ، وعندئذ تدل التوجيهات على أن العلاج في ذلك إنما يكون عن طريق بعث حكم من جانب الزوج وحكم من جانب الزوجة التزاما بأمر الله القائل ﴿فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحا

---

(١) هذا واضح في أن الأصل في الابضاع الحرمة. وأنه عقد لا بد فيه من الإيجاب والقبول والإشهاد عليها. وأنه يشترط في الولي والشاهدين أن يكونوا عدولا.

(٢) الهندي / كنز العمال ٦٦١/٩

(٣) سورة النساء آية ١٣٨

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

يوفق الله بينهما﴾.(١) واشترط في الحكمين العدالة والخبرة في شؤون العائلات ونظام البيوت مع توفر حسن النية ، وهما إن يريدا إصلاحا وتوفيقا بين الزوجين قاصدين وجه الله فالله سيوفق(٢) ويهدي إلى الخير وإلا فقد يكون من الخير لهما الطلاق.

إذن قد تكون نتيجه الصلح بين الجانبين عودة الحياة الزوجية بينهما وقد تكون الفرقة بينهما خاصة عندما يحس الطرفان أنها أحسن الطرق لحل النزاع والخصومة في مثل تلك الأحوال.

ولذا قال بعضهم عن مهمة الحكمين:

"فإذا بلغا إلى الشتم والضرب بعث الحاكم الحكمين للإصلاح أو التفريق". (٣)

فعودة الحياة الزوجية إلى مجراها الطبيعي أو الطلاق ، هما من نتائج عملية الصلح. فالأولى واضحة وهي المقصود الأول من إيجاد الصلح ، وأما الثانية وهي الطلاق فلها صور و أنواع متعددة منها:-

الصورة الأولى : أن يقع الطلاق وهو حاصل من عوامل الإختلاف وأسباب النزاع من تباين أخلاق الجانبين أو تنافي طباعهما أو سوء العشرة لا يحتمل بحيث تستحكم هذه الأمور وتستقضي على الإصلاح ولا يجري معها أي محاولة لرأب الصدع وعندها يصبح الزواج مصدرا للشقاء فيكون الزواج عبئا ونقمة بدلا من كونه أمنا ونعمة. وفي هذه الحالة شرع الإسلام الطلاق ليخلص الأسرة من بؤس دائم وعذاب مستمر.(٤)

الصورة الثانية : أن يطلق الرجل زوجته ويدفع إليها عقب الطلاق مالا معلوما فيكون هذا المال المعلوم مقابل فراقها. وهو يسمى " المتعة ".

قال الشافعية(٥) أن المتعة واجبة لكل المطلقة سواء طلقت قبل الدخول أم بعده. وقال المالكية(٦) والحنابلة(٧)" أن المتعة مستحبة لكل مطلقة ولا تجب بأية الحال".

أما الأحناف فلم يتعرضوا في "المتعة" في كتبهم.

---

(١) سورة النساء آية ٣٥

(٢) حجازي ، محمد محمود / التفسير الواضح ، الطبعة العاشرة ١٩٩٢ م، دار التفسير للطبع والنشر الزقازيق، مصر: ٣٧١/١، حيث يأتي يشار اليه ب"حجازي / التفسير الواضح".

(٣) النووي / المجموع ١٤٠/١٨

(٤) انظر : محمد عقلة / نظام الاسرة في الاسلام ، الطبعة الثانية ١٩٨٩ م، مكتبة الرسالة الحديثة، عمان: ٢٠/٣، حيث يأتي يشار اليه ب"عقلة / نظام الاسرة".

(٥) هم الشافعية – انظر وراجع : النووي / المجموع ٧٠/١٨

(٦) انظر: القرطبي / الجامع لأحكام القرآن ٢٠٠/٣٠ مع أنه يرجح أن المتعة واجبة.

(٧) انظر: المقدسي/ الكافي ٧٥/٣

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

ويعود اختلافهم في قوله تعالى ﴿ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف حقا على المحسنين﴾(١) وقوله تعالى ﴿وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين﴾.(٢)

قال من بوجوبها بأن قوله تعالى ﴿وللمطلقات متاع﴾ أي أن المتعة حق لكل مطلقة فدل على وجوبها لها دون التفريق. وقوله تعالى ﴿حقا على المتقين﴾ تأكيد لوجوبها لأن التقوى واجبة على كل مسلم. (٣)

والذي قال باستحبابها قال " قوله تعالى ﴿حقا على المتقين﴾ وقوله تعالى ﴿حقا على المحسنين﴾ فقد ترك سبحانه وتعالى أمرها إلى التقوى والإحسان وخصها بأهلهما. فلو كانت واجبة لعمت الجميع دون التمييز. (٤)

فثمرة الإختلاف واضحة -في تقديري- فيما إذا شرطت الزوجة على زوجها أن يدفع لها شيئا معلوما مقابل فراقها. فالذين قالوا بوجوبها قالوا إن هذا الشرط لا يؤثر في وجوب المتعة لأنها وجبت قبل الشرط فذكره أو عدمه سواء.

أما الذين قالوا باستحبابها قالوا إذا شرطت من جهة الزوجة فوافق على ذلك زوجها تكون المتعة واجبة عليه ، لا لأنها وجبت في بداية الأمر بل وعد فوجب وفاؤه.

وعلى أية حال أن المتعة أمر مستقل من الطلاق وليست من عناصره ، فوجودها لا يؤثر في الطلاق.

الصورة الثالثة : أن يقع الطلاق نتيجة من طلب المرأة بعد أن خافت أو أحست أنها سوف لا تؤدي حقوق زوجها عليها لسوء خلقه مثلا أو نحوه. ولإرضاء زوجها تعطي له شيئا معلوما من المال مقابل هذا الطلاق. هذا يسمى في الفقه الإسلامي "الخلع".

فالخلع هو الصلح لأن وقوعه مبنى على طلب الزوجة على الفرقة لكراهتها إياه. وقد يكون الزوج يأبى طلاقها لخوف العار أو الضرر عليه فاتفقا على الطلاق على أن تدفع الزوجة للزوج مالا معلوما به يتشفي صدره. فهذا الإتفاق هو الصلح بينهما لأن الإتفاق على إنهاء الحياة الزوجية بعد الخصومة صلح بينهما لأن في بقائها تضطرب الأمور أو تتصادم الشعور.

---

(١) سورة البقرة أية ٢٣٦

(٢) سورة البقرة أية ٢٤١

(٣) انظر : القرطبي / الجامع لأحكام القرآن ٣/٢٠٠ والنووي / المجموع ١٨/ ٧٠٠ والشربيني / مغني المحتاج ٣٤١/٣

(٤) انظر : القرطبي / الجامع لأحكام القرآن ٣/٢٠٠ ومالك / المدونة الكبرى ٢٢٩/٢

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

فالإسلام – كما يعطي للزوج حق الطلاق بإرادته المنفردة لسبب من الأسباب – لم يهمل جانب المرأة فيعطي الحق لها في فداء نفسها من جحيم الحياة الزوجية. فهذا الفداء إنما جعل للمرأة مقابل الطلاق بيد الرجل إذا فرك المرأة. (١)

وبعد أن علمنا تلك الصور كلها نعود إلى تحديد صور وجدت فيها عناصر الصلح. وقد قلنا في الفصل الأول أن عناصر الصلح بالمال أربعة وهي:

١- أنه العقد

٢- أنه يرفع النزاع

٣- وجود التراضي

٤- العوض

فالصورة الأولى لا تنطبق عليها عناصر الصلح بالمال لأنها طلاق محض. فمثل هذا الطلاق لا يشترط فيه رضا الزوجة لأن الزوج يملكه فيكون الطلاق بيده ولو بدون رضا الزوجة. هذا فضلا عن كونه لا يرفع النزاع بله السبب الأساسي في وقوع الطلاق ، فانتفى فيه عنصران اساسيان للصلح (وهما وجود التراضي ورفع النزاع).

فالصورة الثانية لا تنطبق أيضا فيها عناصر الصلح بالمال لأنها في الحقيقة طلاق محض فالمتعة التي يدفعها الزوج إلى امرأته ليست عوضا مقابل الطلاق بل الطلاق يقع بدونها. فالمتعة أمر مرغوب فيه تطييبا لنفسها وتخفيفا لألم مفارقتها أهلها. أن المتعة –في الحقيقة– هبة يهبها الرجل لمطلقته.

أما الصورة الثالثة وهي الخلع قد اجتمعت فيه عناصر الصلح بالمال الأربعة:

العنصر الأول : العقد

فالخلع عقد بين الزوجين على إنهاء الرابطة الزوجية على عوض تقدمه الزوجة إلى زوجها. فكونه عقدا لا خلاف فيه بين العلماء. (٢) وإن قيل أن الخلع ليس عقد معاوضة أي مقابلة مال بمال. أجيب بأن عقد الصلح ليس عقد معاوضة في كل الوجوه ، بل أن بعض صوره ينطبق عليها مقومات عقد المعاوضات وبعضها لا تنطبق عليها.

العنصران الثاني والثالث : وهما رفع النزاع ووجود التراضي

فعقد الخلع يرفع النزاع بين الزوجين لأنه يكون على أساس التراضي بينهما. وذلك بأن ترضي الزوجة بدفع البدل ويرضي الزوج بالخلع وبالبدل الذي بذلته الزوجة.

العنصر الرابع: بدل الصلح أو العوض

---

(١) ابن رشد / بداية المجتهد ٢/٦٨

(٢) فانتفاد هذا العقد تحت شروط العقد الذي فصلناه في الفصل الأول ص ٢٥

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

فعقد الخلع مبني على دفع الزوجة العوض مقابل قبول الزوج على الفراق.

وبذا تمت عناصر الصلح بالمال بكاملها في عقد الخلع. وبهذا أيضا حددنا مفهوم الصلح بالمال في نظام الأسرة.

أما في نظام الإرث فما وجدت شيئا اجتمعت فيه عناصر الصلح بالمال إلا في التخارج وهو أن يتصالح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث بشيء معلوم سواء كان جزءا من التركة أو من غيرها فاجتمعت فيه العناصر الأربعة وهي أنه عقد يرفع النزاع بتراضي الطرفين بعوض معلوم.

المطلب الثاني: مشروعية الصلح بالمال في قضايا الأحوال الشخصية

تحدثنا في الفصل الأول عن أدلة مشروعية الصلح - بصورة عامة - وهنا نأتي بأدلة تدل على مشروعية الصلح بالمال في نظام الأسرة والإرث بصورة خاصة زيادة على تلك الأدلة العامة السابق ذكرها.

فقد ثبتت مشروعية الصلح بالمال في قضايا الأحوال الشخصية في الكتاب والسنة والإجماع.

١- من الكتاب

قوله تعالى ﴿ ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئا إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به تلك حدود الله فلا تعتدوها ﴾ (١)

فمعنى الآية " أن المرأة إن لم تستطع مع زوجها الصبر وخافت أن يقع منها نشوزا ومخالفة لأمر الله وحكمه فلا جناح عليها أن تفتدي نفسها منه بإعطائها شيئا من المال الذي دفعه صداقا أو غيره ولا جناح عليه أن يأخذه لأن السبب منها". (٢)

٢- من السنة النبوية

ما روى عن ابن عباس أنه قال جاءت امرأة ثابت بن قيس إلى النبي ﷺ فقالت "يا رسول الله ما أنقم على ثابت في دينه ولا خلقه إلا أني أخاف الكفر" فقال رسول الله ﷺ " فتردين عليه حديقته؟" ، فقالت" نعم". فردت عليه وأمره مفارقتها. (٣)

---

(١) سورة البقرة أية ٢٢٩

(٢) حجازي / التفسير الواضح ١/ ١٤٦

(٣) رواه البخاري -فتح الباري واللفظ له ١٠/ ٧٠ .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

قال العلامة ابن حجر العسقلاني عن الحديث:

"وفي رواية ابن عباس أول خلع كان في الإسلام امرأة ثابت بن قيس. وقولها " ما انقم على ثابت في دينه ولا في خلقه " أي لا أريد مفارقته لسوء خلقه ولا لنقصان دينه. وقولها " ولكن أكره الكفر في الإسلام " أي أكره أن اقمت عنده أن أقع فيما يقتضي الكفر ويحتمل أن تريد بالكفر كفران العشير إذ هو تقصير المرأة في حق زوجها. وقال الطيبي " معناه أخاف على نفسي في الإسلام ما ينافي حكمه من نشوز وبغض وغيره مما يتوقع من الشابة الجميلة المغضبة لزوجها إذا كان بالضد منها فأطلقت على ما ينافي مقتضي الإسلام وهو الكفر". (١)

٣- من الإجماع

وقد انعقد الإجماع على مشروعية الصلح بالمال في قضايا الأحوال الشخصية إلا ما روي عن أبي بكر بن عبدالله المزني فشذ عن الجمهور وقال أن الزوج لا يحل له أن يأخذ شيئا من زوجته ، واستدل على رأيه بقوله تعالى ﴿ وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا ﴾ (٢) وقال: أن هذه الآية ناسخة لآية الخلع السابق ذكرها. (٣)

ورد هذا القول الشاذ بأمور:

١- دعوى النسخ لا تسمع حتى يثبت أمران ، أولهما تعذر الجمع والثاني تأخر الآية الناسخة في النزول عن المنسوخة. (٤) ولم يثبت شيئ من ذلك (٥) في أية الخلع.

٢- أن أية ﴿ وإن أردتم استبدال زوج .... الأية ﴾ لا تنسخ أية الخلع لأن كلا منهما مقصورة الحكم على حال مذكورة فيها.(٦)

---

(١) ابن حجر / فتح الباري ١٠/ ٦٨

(٢) سورة النساء أية ٢٠

(٣) يعني أية ٢٢٩ من سورة البقرة .

(٤) انظر : خلاف / علم أصول الفقه ٢٢٩

- الجاوي ، أحمد بن عبد اللطيف الخطيب / حاشية النفحات على شرح الورقات ، مطبعة مصطفى الحلبي ، القاهرة: ص ١١٥ ، حيث يأتي يشار اليه ب"الجاوي / حاشية النفحات".

(٥) ابن قدامة / المغني ١٧٥/٨

(٦) حصاص / أحكام القرآن ٤٩/٣

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

قال القرطبي رحمه الله:

" والصحيح إن هذه الآيات محكمة وليس فيها ناسخ ولا منسوخ وكلها يبني بعضها على بعض. قال الطبري هي محكمة ولا معنى لقول أبي بكر. إن أرادت هي العطاء فقد جوز النبي ﷺ لثابت أن يأخذ من زوجته ما ساق اليها".(١)

٣- أن الصحابة قد اجمعوا على مشروعية الخلع ، وإجماع الصحابة حجة قاطعة. (٢)

المطلب الثالث: أركان الصلح بالمال في قضايا الأحوال الشخصية وشروطه

إن أركان الصلح بالمال في قضايا الأحوال الشخصية (الخلع والتخارج) هي -في الجملة- نفس أركان الصلح عامة (٣) اللهم إلا في العوض أو بدل الصلح فهو ركن من أركان الخلع والتخارج. ولا يكون الخلع إلا بعوض. أما في سائر أنواع الصلح فإن المصالح به ليس ركنا من أركانه بل يصح بدونه إذا اتفق الطرفان على ذلك.

فأركان الخلع أربعة:

١- المخالع والمختلعة وهما المصالحان أو العاقدان.

٢- المخالع عنه - وهو المصالح عنه.

٣- الصيغة وهي الإيجاب والقبول.

٤- عوض الخلع وهو المصالح به أو بدل الصلح

وكذا أركان التخارج:

١- العاقد أو المصالح.

٢- والمصالح عنه وهو الإرث.

٣- الصيغة.

٤- عوض الصلح.

---

(١) القرطبي / الجامع لأحكام القرآن ١٠١/٥

(٢) انظر : ابن قدامة / المغني ٥٣/٧

(٣) قد فصلناه في الفصل الأول ص ٢٤

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

فيشترط في المصالح أو العاقد: (١)

١- البلوغ

فيشترط في الزوج المخالع أن يكون بالغا ، فلا يقع الخلع الصبي وإن كان عاقلا ، لأن الخلع لم يشرع إلا عند إحلال رابطة النكاح لمصلحة ، وإنما تعرف تلك المصلحة بالتأمل والصبي لإشتغاله بالأشياء التافهة كاللهو واللعب لا يتأمل ولا يعرف وجه المصلحة فلا يقع خلعه. (٢) كما يشترط أيضا بلوغ المختلعة.

وخالف في ذلك الحنابلة (٣) فقالوا بصحة الطلاق والخلع من زوج عاقل مختار ولو كان صبيا مميزا دون عشر سنين لعموم قوله ﷺ "الطلاق لمن أخذ بالساق".(٤)

٢- العقل

ويشترط في العاقدين (المخالع والمختلعة) العقل ، فلا يصح خلع المجنون لقوله ﷺ " رفع القلم عن ثلاث عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يفيق " (٥) ولأن العقل شرط أهلية التصرف ، به يعرف كون التصرف مصلحة أم لا. وقد انعقد الإجماع على هذا الشرط.(٦)

---

(١) على الجملة ما يشترط في المطلق يشترط في المخالع. انظر : ابن عابدين / حاشية ابن عابدين ٤٦٣/٣ والشربيني/مغني المحتاج ٢٧٨/٣

(٢) شرط البلوغ هو رأي الجمهور. انظر: الكاساني/ البدائع ١٠٠/٣ وابن عابدين / حاشيته ٢٤٢/٣ والشربيني/مغني المحتاج ٢٧٩/٣ والدسوقي /حاشية الدسوقي ٣٦٥/٢

(٣) البهوتي / كشاف القناع ٢٢٢/٥

(٤) ابن ماجه / سنن ابن ماجه ٦٧٢/١ كتاب الطلاق.

(٥) البخاري / صحيح البخاري ٥٩/٧ كتاب الطلاق باب الطلاق في الإغلاق والكره والسكران.

(٦) انظر : ابن قدامة / المغني ٨٣/٧ والبهوتي / كشاف القناع ٢٣٢/٥ والكاساني / البدائع ٩٨/٣ والشربيني/مغني المحتاج ٢٧٩/٣ والدسوقي / حاشية الدسوقي ٢/ ٣٦٥

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

٣- الإختيار

أي أن يكون العاقد مختارا غير مكره على الطلاق والخلع ، لأن الإكراه يعدم الرضا. وهذا هو مذهب المالكية (١) والشافعية (٢) والحنابلة (٣) والظاهرية.(٤)

واستدلوا بقوله ﷺ " إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه" (٥) وبقوله ﷺ " لا طلاق ولا عتاق في إغلاق " (٦)

قال ابن حجر العسقلاني رحمه الله:

"الإغلاق هو بكسر الهمزة وسكون المعجمة الإكراه على المشهور وقيل له ذلك لأن المكره يتغلق عليه أمره ويتضيق عليه تصرفه".(٧)

وذهب فقهاء الأحناف والشعبي والنخعي والزهري والثوري (٨) إلى وقوع الخلع من المكره ، لأنه مختار في التكلم إختيارا كاملا غير أنه محمول على إختياره ذلك ، ولا تأثير لهذا في نفي الحكم الذي لا يرضى به هو ، لأن عدم رضاه غير مخل بترتب الحكم على قوله كالهازل.(٩)

٤- أن تكون المختلعة زوجة شرعا -حقيقة أو حكما(١٠)- فلا يصح خلع المطلقة طلاقا بائنا. ويخرج بهذا القيد أيضا ما إذا كان عقد النكاح فاسدا فلا يصح الخلع عندئذ ، لأن المرأة فيه لا تعتبر زوجة شرعية.

ويشترط في صيغة الخلع أن تكون مؤدية معنى الخلع سواء كانت بلفظ الخلع أم غيره من الألفاظ الصريحة كمفاداة والمفارقة على المال ونحوها. كما ينعقد الخلع بألفاظ الكناية وهي ألفاظ تحتاج إلى نية العاقد مثل كلمة البيع والإبانة. وانفرد الشافعية في اشتراط عدم تخلل كلام أجنبي بين الإيجاب والقبول وإلا بطل العقد.

---

(١) انظر : الحطاب / مواهب الجليل ٤/ ٢٤٥

(٢) انظر : النووي / المجموع ١٨/ ١٩٨ والشربيني / مغني المحتاج ٣/ ٢٧٩

(٣) انظر : البهوتي / كشاف القناع ٥/ ٢٣٥

(٤) انظر : ابن حزم / المحلى ٢٠٢/١٠

(٥) ابن ماجه / سنن ابن ماجه كتاب الطلاق باب طلاق المكره والناسي ٣٤٧/١ ح: ١٦٦٢ والحاكم / المستدرك كتاب الطلاق ١٩٨/٢ وقال "صحيح على شرط الشيخين".

(٦) أبو داود / سنن أبي داود باب طلاق على الغضب ٢٥٩/٢ ح: ٢١٩٣ ، وابن ماجه / سنن ابن ماجه ٣٤٨/١

(٧) ابن حجر / فتح الباري ٤٨٨/١٠

(٨) انظر : ابن الهمام / الهداية وفتح القدير ٤٨٨/٣ وابن قدامة / المغني ١١٨/٧

(٩) ابن الهمام / الهداية وفتح القدير ٤٨٨/٣

١٠ - مثال ذلك المطلقة في عدتها.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

كذلك يشترط في بدل الخلع مايشترط في بدل الصلح وقد سبق ذكره في الفصل الأول.(١)

أما في التخارج فقد يكون الصلح عقد قسمة وذلك فيما لو كان البدل الذي يأخذه المتخارج جزءا من التركة فيأخذ عندئذ حكم القسمة وشروطها. وقد يكون الصلح عقد بيع وذلك فيما لو كان البدل الذي يأخذه المتخارج شيئا من خارج التركة فيأخذ عندئذ أحكام البيع وشروطه

(١) انظر صفحة ٣٢

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المبحث الثاني
أحكام الصلح بالمال في قضايا الأحوال الشخصية

تمهيد:

يتكون هذا المبحث من مطلبين هما:

المطلب الأول: الخلع

المطلب الثاني: التخارج

المطلب الأول: الخلع

الفرع الأول: معنى الخلع لغة واصطلاحا ومشروعيته

الفصل الأول: المعنى اللغوي

الخلع في اللغة (١) النزع خلع الشيء يخلعه ، خلعه واختلعه كنزعه خلع النعل والثوب والرداء خلعا أي جرده.

وخلع امرأته خلعا وخلاعا فاختلعت وخالعته أي أزالها عن نفسه وطلقها على بذل منها له فهي خالع والاسم الخلعة.

وفي لسان العرب " وقد تخالعا واختلعت منه اختلاعا فهي مختلعة وسمي ذلك الفراق بين الزوجين خلعا لأن الله تعالى جعل النساء لباسا للرجال والرجال لباسا لهن فقال تعالى ﴿هن لباس لكم وأنتم لباس لهن﴾ (٢) وهي ضجيعه وضجيعته فإذا افتدت المرأة بمال تعطيه لزوجها ليبينها منه فأجابها إلى ذلك فقد بانت منه وخلع كل واحد منها لباس صاحبه والاسم من كل ذلك الخلع".(٣)

الفصل الثاني: الخلع في الإصطلاح الفقهي

يتوافق المعنى الاصطلاحي مع المعنى اللغوي وقد تعددت تعريفات الخلع لدي الفقهاء

---

(١) جماعة / المعجم الوسيط ص ٢٥٠

(٢) سورة البقرة آية ١٨٧

(٣) ابن منظور ، جمال الدين محمد بن مكرم الأفريقي المصري المتوفى سنة ٦٣٠ هجرية / لسان العرب ، دار صادر ، بيروت: ٧٦/٤ ، حيث يأتي يشار اليه ب"ابن منظور / لسان العرب".

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

فقال الأحناف "هو إزالة ملك النكاح ببدل بلفظ الخلع" (١) أو بعبارة أخرى إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبول الزوجة بلفظ الخلع أو ما في معناه".(٢)

وفي فقه المالكية أن الخلع "هو طلاق بعوض". (٣)

وجاء تعريفه عند الشافعية بقولهم "فرقة بين الزوجين بعوض مقصود راجع لجهة الزوج بلفظ طلاق أو خلع". (٤)

وهو عند الحنابلة "فراق الزوج امرأته بعوض يأخذه الزوج من امرأته أو نحوها بألفاظ مخصوصة." (٥)

وفسره ابن حزم الظاهري "إذا كرهت المرأة زوجها فخافت أن لا توفيه حقه أو خافت أن يبغضها فلا يوفيها حقها فلها أن تفتدي منه أو يطلقها إن رضي هو".(٦)

وعلى ضوء هذا التعريف للخلع لدى فقهاء المذاهب تبين أن عناصر الخلع هي:

١- أنه عقد بين الطرفين.

٢- وجود وتحقق الرضا منهما في هذا العقد ومضمونه وآثاره.

٣- وقوع الفرقة بين الزوجين وإنهاء الرابطة الزوجية تبعا لهذا الاتفاق التعاقدي.

٤- يكون وقوع الخلع بعوض تدفعه الزوجة المختلعة لزوجها.٧

الفصل الثالث : مشروعية الخلع

لقد ثبتت مشروعية الخلع في الكتاب والسنة والإجماع كما سبق بيانه في المبحث الأول.(٨)

الفرع الثاني: حكم الخلع

---

(١) البرباتي / العناية ٢١٠/٤

(٢) ابن عابدين / حاشيته ٥/٤ وابن نجيم / البحر الرائق ٧٧/٤

(٣) الدسوقي / حاشية الدسوقي ٣٤٧/٢

(٤) الشربيني / مغني المحتاج ٢٦٢/٣ انظر : الأنصاري / فتح الوهاب ٦٦/٢ والسيد البكري / إعانة الطالبين ٣٨٠/٣

(٥) البهوتي / كشاف القناع ٢١٢/٥ وانظر: ابن النجار / المنتهى الإرادات ٢٣٦/٢

(٦) ابن حزم / المحلى ٢٣٥/١٠

(٧) وعلى هذا الأساس فتعريف الحنابلة للخلع هو التعريف المختار.

(٨) انظر صفحة ٦٢-٦٣

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الخلع نوع من أنواع الطلاق فيأخذ حكمه. ومن المعلوم أن الطلاق هو أبغض الحلال الى الله ولذلك فهو أمر مكروه -في الأصل- عند الشارع ، وكذلك الخلع.

وأما من حيث العوض الذي تفتدي المرأة به نفسها ، فأمر جائز.

قال صاحب مغني المحتاج(١):

"هو مكروه لما فيه من قطع النكاح الذي هو مطلوب الشرع ولقوله ﷺ "أبغض الحلال عند الله الطلاق".(٢)

جاء في حاشية الدسوقي: " أما من حيث كونه طلاقا فهو مكروه بالنظر لأصله اتفاقا لقوله ﷺ " أبغض الحلال عند الله الطلاق".(٣)

قال أبو طيب صديق حسن خان : "ولو اختلعت بلا سبب فجائز مع الكراهية لأن النبي ﷺ وأصحابه لم يفتشوا عن سبب اختلاع امرأة ثابت بن قيس".(٤)

وقد يكون الخلع جائزا إذا وجد ما يبرره كأن كان الزوجان في حالة الشقاق بسبب الخلق أو الدين.(٥)

لذا قال ابن حجر في فتح الباري: "الخلع مكروه إلا في حالة مخافة أن لا يقيما حدود الله أو واحد منهما ما أمر به".(٦)

ووافق على ذلك الأحناف والحنابلة(٧)

وهناك رواية عن ابن عباس رضي الله عنه تفيد تحريم المخالعه في حالة الوئام والوفاق بين الزوجين وقد ذكر ابن قدامة أنه قول ابن منذر.(٨)

---

(١) الشربيني / مغني المحتاج ٢٦٢/٣

(٢) أبو داود / سنن أبي داود ٢٥٥/٢ رقم ٢١٧٨ كتاب الطلاق.

(٣) الدسوقي / حاشية الدسوقي ٢/ ٣٤٧

(٤) صديق حسن خان / الروضة الندية ٥٨/٢

(٥) انظر: السرخسي / المبسوط ١٧١/٥ والخرشي / حاشية الخرشي ١٢/٢ النووي / روضة الطالبين ٣٥٧/٧ وابن حزم / المحلى ٥١٣/٩

(٦) ابن حجر / فتح الباري ٣٨٧/١٠

(٧) انظر: الموصلي / الاختيار ٢٠١/٥ والمقدسي / الكافي ٩٧/٣

(٨) انظر : ابن قدامة / المغني ٥٤/٧

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الفرع الثالث: الخلع هو الصلح بالمال.

قد أشرنا في المبحث الأول الى أن الخلع هو الصلح بالمال فقولنا هذا مبني على أساسين :

الأساس الأول : أن الخلع هو الصلح لأن وقوعه مبني على طلب الزوجة الفراق لكراهتها الزوج أو لخوفها من عدم أداء حقوقه. وقد يأبى الزوج طلاقها خوفا من العار أو الضرر عليه فيتصالحا ويتفقا على الطلاق على أن تدفع زوجته له مالا معلوما مقابل طلاقها. فهذا الإتفاق هو الصلح بينهما وهو الخلع.

الأساس الثاني : أن الخلع قد اجتمع فيه عناصر الصلح الأربعة وهي العقد والتراضي ورفع النزاع والعوض.

أما العنصر الأول وهو العقد. فالخلع عقد بين الزوجين لأنه يقوم على توافق إرادتيهما على إنهاء الرابطة الزوجية على عوض تقدمه الزوجة إلى زوجها.

أما العنصران الثاني والثالث وهما التراضي ورفع النزاع ؛ فعقد الخلع يتحقق فيه تراضي الزوجين على رفع النزاع ، وذلك بأن ترضى الزوجة دفع البدل ويرضى الزوج بالخلع وبالبدل الذي بذلته الزوجة المختلعة.

أما العنصر الرابع هو العوض وهو ركن أساسي في الخلع ، به يتميز الخلع عن غيره من أنواع الطلاق حيث لا خلع إلا بعوض.

وبهذا تتحقق عناصر الصلح بالمال بكاملها في عقد الخلع(١) فيكون الخلع هو الصلح بالمال.

الفرع الرابع : بيان الأحكام المتعلقة بالخلع بكل عنصر من عناصره

الغصن الأول: العقد

الخلع هو عقد بين الزوجين على إنهاء العلاقة الزوجية على عوض تبذله الزوجة المختلعة إلى زوجها المخالع. فلا يكون العقد إلا بصيغة تدل على الرضا. فالصيغة تكون بالإيجاب من أحد الطرفين والقبول من طرف أخر.

فإذا تحققت الصيغة بعنصريها –وهما الإيجاب والقبول– انعقد العقد وصح. ولكن هناك تساؤلات :

هل يصح الخلع بالمعاطاة؟

هل يصح عقد الخلع ممن فقد بعض شروط العاقد؟

وهل يجوز للولي أن يقوم مقام موليه في عقد الخلع؟ وغيرها من التساؤلات.

---

(١) انظر صفحة ٦١

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المسألة الأولى : الخلع بالمعاطاة.

وصورة المسألة أن تقوم الزوجة بفعل معين يدل على أنها تريد به إيقاع الخلع ثم يصدر بعد ذلك من الزوج ما يدل على موافقته وقبوله لذلك الفعل. فهل يصح الخلع بذلك؟ اختلف الفقهاء في ذلك حيث ذهب الى جوازه شريطة جريان العرف به فقهاء المالكية وقالوا "كفت المعاطاة في الخلع عن النطق بالطلاق إن جرى بها عرف كأن يجري عرفهم بأنها متى دفعت له أسورتها أو عقدها فأخذه وانصرفت كان ذلك خلعا".(١)

ووافق هذا الرأي أبو حفص العبكري وابن شهاب وغيرهم من الحنابلة وقالوا "في قصة خلع زوجة ثابت بن قيس ، جاء فيها قول النبي ﷺ لها " أتردين عليه حديقته قالت"نعم" ففرق النبي ﷺ بينهما وقال: " خذ ما أعطيتها ولا تزداد " ولم يستدع لفظا".(٢) ويؤيد ذلك كون الخلع عقد معاوضة عند البعض ولما صح عقد المعاوضة بالمعاطاة فإنه يصح عقد الخلع بها أيضا.(٣)

بينما ذهب الشافعية وبعض الحنابلة إلى عدم صحة الخلع بالمعاطاة لما فيه من التصرف في البضع بعوض فلم يصح بدون لفظ كالنكاح والطلاق.(٤)

أما قصة خلع زوجة ثابت بن قيس فقد جاء قوله ﷺ لثابت " أقبل الحديقة وطلقها تطليقة" ، هذا كما جاء في رواية البخاري وهو صريح في اعتبار اللفظ.

ولعل قول من قال بعدم صحة الخلع بالمعاطاة هو الراجح لعدة أمور منها:

١- أن الخلع نوع من أنواع الطلاق ، فيأخذ حكمه ، فإذا لم يقع الطلاق إلا بلفظ فكذلك الخلع.

٢- أن الخلع قطع للرابطة الزوجية وبه تحصل البينونة بينهما ، فالاحتياط واجب في اشتراط وجود اللفظ في وقوعه.

---

١) الدردير ، أحمد ابن محمد ابن أحمد المتوفى ١٢٠١ هجرية / الشرح الصغير ، طبعة ١٩٥٢ م، مطبوع مع "بلغة السالك" ، مطبعة مصطفى الحلبي ، القاهرة: ٤٤٦/١ ، حيث يأتي يشار إليه ب"الدردير/الشرح الصغير".

والخطاب / مواهب الجليل ٣٧/٤

(٢) ابن قدامة / المغني ٥٨/٧

(٣) البهوتي / كشاف القناع ١١٣/٥ والدسوقي / حاشية الدسوقي ٣٤٧/١

(٤) انظر : الشربيني / مغني المحتاج ٢٦٩/٣ والبهوتي / كشاف القناع ١١٣/٥

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

٣- لا يمكن قياس عقد الخلع على عقد البيع في صحة العقد بالمعاطاة ، لأن الأصل في الأبضاع الحرمة فيحتاج العقد إلى اللفظ إحتياطا بخلاف البيع فإن الأصل فيه الحل فيصح بالمعاطاة.[١]

قال الأستاذ عبد الوهاب خلاف:

"إنما كان الأصل في الأشياء الإباحة لأن الله سبحانه قال في كتابه الكريم (هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعا)[٢] وصرح في عدة آيات بأنه سخر للناس ما في السموات وما في الأرض ، ولا يكون ما في الأرض مخلوقا للناس ومسخرا لهم إلا إذا كان مباحا لهم لأنه لو كان محظورا عليهم ما كان لهم".(٣)

أما في الأبضاع فالأصل فيها الحرمة ولذلك يحرم الوطء للشاك في النكاح.(٤)

المسألة الثانية : خلع السفيه

القاعدة في شروط المخالع أن "من صح طلاقه صح خلعه". وتبعا لذلك فإن السفيه يصح خلعه لصحة طلاقه. وهذا أمر متفق عليه عند عامة الفقهاء.(٥)

ولكن إذا صح خلعه فهل يدفع إليه العوض أم إلى وليه ؟

لقد نص بعض الفقهاء على وجوب دفع العوض إلى الولي.

قال الإمام النووي رحمه الله في المنهاج:

"فلو خالع عبد أو محجور عليه بسفه صح ، ووجب دفع العوض إلى مولاه ووليه".(٦)

وعند المالكية لا يشترط ذلك ولا يجب بل يجوز تسليمه إليه.(٧)

وأرى أن من المصلحة أن يدفع العوض إلى الولي لأن السفيه محجور عليه بأمر من الشارع وهو ممنوع عن التصرف في أمواله. وبدل الخلع أو العوض عنه هو مال فيتناوله هذا المنع.

---

١ - الخلاف قد وقع في البيع بالمعاطاة فمن باب أولى الخلع.

٢ - سورة البقرة آية

(٣) خلاف / أصول الفقه ٩١-٩٢

(٤) انظر: الزحيلي ، الدكتور وهبة مصطفى الزحيلي / أصول الفقه الإسلامي ، الطبعة الأولى ١٩٨٦ م، دار الفكر ، بيروت: ٢/٨٧٠ ، حيث يأتي يشار إليه ب"الزحيلي / أصول الفقه".

(٥) انظر: ابن عابدين / حاشيته ٣/٢٣٨ والدردير / الشرح الكبير ٢/٣٦٥ والشربيني / مغني المحتاج ٣/٢٧٩ وابن قدامة / المغني ٧/٥٢-٥٣

(٦) انظر : الشربيني / مغني المحتاج ٣/٢٦٣

(٧) انظر : الدسوقي / حاشية الدسوقي ٢/٣٥٢ وإليه ذهب بعض الحنابلة. انظر: المقدسي / الكافي ٣/٩٩

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المسألة الثالثة : خلع المريض مرض الموت.

لقد ذهب عامة الفقهاء إلى أن المريض مرض الموت إذا خالع صح خلعه. ذلك لأنه لو طلق زوجته بغير عوض كان طلاقها صحيحا فبالعوض من باب أولى.(١)

وذهب المالكية إلى عدم جواز ذلك ابتداء لما فيه من إخراج الوارث.(٢)

ويترتب على هذه الفرقة عند الجمهور عدم استحقاق الزوجة المختلعة تركة زوجها المخالع لوقوعه الفرقة بقبولها ورضاها (٣) ولوقوع البينونة بينهما.(٤)

أما عند المالكية في مسألة إرثها قولان عندهم:

القول الأول: ترثه بعد موته.

القول الثاني: لا ترثه لانتفاء التهمة لكونها طالبة الطلاق.(٥)

أما مقدار العوض الذي يجوز للمريض الخلع به ، هناك رأيان :

أحدهما : ما سماه الزوجان واتفقا عليه قليلا كان أو كثيرا. وهذا هو رأي الأحناف.(٦)وهذا الرأي مبني على أن الأصل في بدل الخلع ما اتفق عليه الطرفان.

الثاني: ما دون مهر المثل لأن الزوجة لا تنتقل إلى الورثة بموته. وهذا هو رأي الشافعية.(٧)

أما خلع الزوجة في حالة مرضها مرض الموت فلا خلاف عند عامة الفقهاء في اعتبار خلعها. ذلك لأنه عقد معاوضة فيصح في المرض كالبيع.(٨) فيكون خلعها حالة المرض كخلعها في حالة الصحة.

أما عند المالكية فإن هذا الخلع لا يجوز بل يحرم ولكن إذا وقع نفذت أحكامه ووقع به الطلاق. ثم لو ماتت قبله في عدتها فلا توارث بينهما.(٩)

---

(١) انظر : السرخسي / المبسوط ١٩٣/٦ وابن قدامة / المغني ٨٩/٧ والشربيني / مغني المحتاج ٢٦٤/٣

(٢) انظر : الحطاب / مواهب الجليل ٢٧/٤

(٣) انظر : السرخسي / المبسوط ١٩٣/٦ وانظر: العيني / البناية ٢٠٥/٥

(٤) انظر : الشربيني / مغني المحتاج ٢٦٥/٣

(٥) انظر: الدردير / الشرح الصغير ٤٤٤/١

(٦) انظر: السرخسي/ المبسوط ١٩٣/٦

(٧) انظر: الشربيني / مغني المحتاج ٢٦٥/٣

(٨) انظر: ابن قدامة / المغني ٨٨/٧

(٩) انظر: الدردير / الشرح الكبير ٣٥٤/٢

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المسألة الرابعة : خلع الصغير والمجنون وما في حكمهما.

اتفق عامة الفقهاء (١)على عدم صحة خلع المجنون لأن من شرط المخالع العقل. وكذا خلع الصبي فلا يصح لأن من شروطه البلوغ. ولم يخالف في ذلك إلا الحنابلة (٢) حيث قالوا بصحة الطلاق والخلع من زوج عاقل مختار ولو كان صبيا مميزا دون عشر سنين لعموم قوله عليه الصلاة والسلام "الطلاق لمن أخذ بالساق".(٣)

ولكن هل يجوز أن يخالع عنهما وليهما ؟

اختلف الفقهاء في ذلك فذهب بعضهم (الحنفية (٤) والشافعية (٥) وأحد رأيي الحنابلة كما جاء في المغني (٦) إلى أن الولاية إنما تثبت على الصبي والمجنون لمعنى النظر له ولتحقق الحاجة إليه. وذلك لا يتحقق في الطلاق والخلع.(٧)

بينما ذهب الحنابلة –في الرأي الثاني عندهم– إلى أنه يجوز لوليهما أن يفعل ذلك لأنه إذا صح له أن يزوجهما فإنه يصح له أن يطلق أو يخالع عنهما إذا لم يكن متهما عندهما. وهذا قول عطاء وقتادة ، ويؤيد ذلك ما روي أن ابن عمر طلق عن ابن له معتوه. (٨)

والرأي الثاني هو الراجح وذلك لأن الولاية إنما تثبت على الصبي والمجنون لتحقق مصلحتهما سواء في المال أو في التصرفات الفعلية. ولذلك إذا رأى وليهما تحقق المصلحة في الخلع يجوز له أن يخالع عنهما لهما.

أما خلع الصغيرة والمجنونة (ومن في حكمهما) ، فالشافعية و الحنابلة يرون أنه لا يجوز ، لأن الولي إنما يملك التصرف في مالهما فيما فيه حظ لهما وليس في هذا حظ لهما ، بل فيه إسقاط حقهما الواجب (٩) من المهر والنفقة والإستمتاع. (١٠) ولذلك لا يجوز.

---

(١) انظر: السرخسي/ المبسوط ١٧٨/٦ النووي/ المجموع ١٥١/١٨ والدردير / الشرح الصغير ٤٤٢/١

(٢) انظر: البهوتي / كشاف القناع ٢١٤/٥

(٣) سنن ابن ماجه ٦٧٢/١ باب الطلاق.

(٤) انظر: السرخسي / المبسوط ١٧٨/٦

(٥) انظر: النووي / المجموع ٨٧/١٨

(٦) انظر: ابن قدامة / المغني ٨٧/٧

(٧) انظر: السرخسي / المبسوط ١٧٨/٦

(٨) انظر : ابن قدامة / المغني ٨٧/٧

(٩) البهوتي / كشاف القناع ٥/ ٢١٤

(١٠) النووي / المجموع ١٥١/١٨

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

واعترض ابن قدامة عليه بقوله " ويمكن أن يكون الحظ لها فيه بتخليصها ممن يتلف مالها وتخاف منه على نفسها وعقلها ولذلك لم يعد بذل المال في الخلع تبذيرا ولا سفها فيجوز لها بذل مالها لتحصيل حظها وحفظ نفسها ومالها.(١)

وأما المالكية فقد ذهبوا إلى القول بصحة خلع الولي المجبر (٢) عن الصغيرة والمجنونة حيث جاء في الشرح الصغير "وجاز الخلع من المجبر أبا كان أو سيدا أو وصيا عن مجبرته بغير إذنها ولو بجميع المهر ، ذلك ظاهر قبل الدخول وكذا بعده في السيد مطلقا وفي الأب والوصي إذا كانت بحيث تأيمت بطلاق أو موت كانت مجبرة لصغر أو جنون ولا يجوز من غير الولي المجبر من سائر الأولياء".(٣)

ووافق الحنيفة المالكية في صحة خلع الولي عن صغيرته ومجنونته ولكن لا يلزمها بذل المال ويقع به الطلاق.

قال صاحب الهداية:

"من خلع ابنته وهي صغيرة بمالها لم يجز عليها. وإذا لم يجز لا يسقط المهر ولا يستحق مالها ثم يقع الطلاق في الأصح".(٤)

ويلاحظ على أراء الفقهاء السابقة أنهم جميعا أرادوا من أقوالهم تحقق مصلحتها (الصغيرة أو المجنونة أو من في حكمهما) ، فالحنابلة يرون أن من المصلحة أن لا يتدخل الولي في الخلع لأنه يتعلق بمالها ولا يجوز مسه إلا بما فيه حظ لها. أما المالكية فيرون أن الولي المجبر له حق الخلع ولو بدفع مالها لأنه في الغالب لا يفعل شيئا إلا في مصلحتها ، وقد يكون في الخلع مصلحة لها. ويرى الحنفية والشافعية رأي الحنابلة في عدم جواز التصرف في مالها لما يؤدي ذلك إلى خسرانها ولكنهم مع ذلك يرون أنه قد يكون في الخلع مصلحة لها فيعطي الحق لوليها فيه ولكن شريطة أن لا يمس مالها بسوء حظ.

---

(١) ابن قدامة / المغني ٨٣/٧

(٢) الولي المجبر عند المالكية الأب ووصي الأب عند عدم الأب ومالك العبد. انظر: الدسوقي / حاشيته ٢٢١/٢ وما بعدها.

(٣) الدردير / الشرح الصغير ٤٤٢/١

(٤) المرغيناني / الهداية ٢٣٧/٤

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الفصل الثاني : وجود التراضي

لا خلاف بين العلماء المسلمين في أن مصدر الأحكام الشرعية لجميع أفعال المكلفين هو الله سبحانه سواء أظهر حكمه في فعل المكلف مباشرة من النصوص التي أوحى بها إلى الرسول ﷺ أم اهتدى المجتهدون إلى حكمه في فعل المكلف بواسطة الدلائل والأمارات التي يشرعها لإستنباط أحكامه ولهذا اتفقت كلمتهم على تعريف الحكم الشرعي بأنه خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين طلبا أو تخييرا أو وضعا.(١) وهذا مصداق قوله تعالى ﴿ إن الحكم إلا لله ﴾(٢)

فالحاكم هو الله يحكم ما يريد. ولذلك فإن حل الشيء أوحرمته إنما تستفاد من حكم الشرع لا من مجرد اتفاق الناس عليه. فلما قال الله تعالى ﴿ وأحل الله البيع وحرم الربا ﴾(٣) فيكون عقد الربا حراما وباطلا ولو صدر عن رضا العاقدين.

وعقد الخلع يحتكم به إلى هذه القاعدة. فلذلك فإن بعض الحالات يحل فيها للزوجة بذل العوض ويحل فيها للزوج أخذه بينما هناك حالات لا يحل فيها البذل والأخذ. وسنبين هذه الحالات فيما يلي:-

الحالة الأولى : حالة عدم قيام الزوجة بحقوق زوجها.

وبيان ذلك أن الزوجة إذا أحست أنها لا تستطع القيام بالواجبات والحقوق المترتبة عليها لزوجها كما أوجبها الله مما يؤدي إلى سوء العشرة أوالشقاق والخصام فعندئذ يجوز لها أن تفتدي نفسها من زوجها بما تبذله من مال أو مهر كما يجوز للزوج أخذه. والدليل على ذلك من الكتاب والسنة ، أما من الكتاب فقوله تعالى ﴿ فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به ﴾.(٤)

وقال ابن كثير: " وإذا تشاقق الزوجان و لم تقم المرأة بحقوق الرجل وأبغضته و لم تقدر على معاشرته فلها أن تفتدي منه بما أعطاها ولا حرج عليها في بذلها له ولا حرج عليه في قبول ذلك."(٥)

---

(١) خلاف / علم أصول الفقه ص ٩٦

(٢) سورة الأنعام أية ٥٧

(٣) سورة البقرة أية ٢٧٥

(٤) سورة البقرة أية ٢٢٩

(٥) ابن كثير / تفسيره ٢٥٨/١

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

كما يدل على ذلك أيضا قوله تعالى ﴿ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة﴾.(١)

فالفاحشة في الآية هي نشوز الزوجة وسوء عشرتها وإذا حدث ذلك حل للزوج أن يأخذ منها الفدية لأن النشوز من جهتها.(٢)

وأما من السنة النبوية فمما يدل على ذلك حديث امرأة ثابت بن قيس السابق ذكره.(٣) حيث يستفاد منه أن الشقاق إذا حصل من قبل المرأة جاز الخلع والفدية ولا يتقيد ذلك بوجوده منهما.(٤)

وقد أجمع العلماء على ذلك ونقله صاحب المغني حيث قال " إذا كرهت المرأة زوجها لخلقه أو دينه أو كبره أو ضعفه أو نحو ذلك وخشيت أن لا تؤدي حق الله في طاعته جاز لها أن تخالعه بعوض تفتدي به نفسها منه لقوله تعالى ﴿ فإن خفتم ..... ﴾ وحديث امرأة ثابت بن قيس. وبهذا قال جميع الفقهاء ولا يعرف لهذا القول مخالف من الصحابة.(٥)

الحالة الثانية : حالة استقرار الحياة الزوجية.

إن الإسلام حرص على الزوجين أن يحققا حياة سعيدة طاهرة ولذا ناشد الرجل أن يختار ذات الخلق والدين لقوله ﷺ "تنكح المرأة لأربع لمالها ولجمالها ولدينها ولحسبها فاظفر بذات الدين تربت يداك".(٦)

وكذا أعطى الحق للمرأة أن تختار من كان كفؤا لها في المال والحسب والدين والخلق والعمر، لعل حياة الزوجين بعد العقد تكون في ظل السعادة. وإذا انتفى الشقاق والكراهية والبغض والخصام عن حياتهما فقد تحقق المقصود الأعلى من العقد. فلا داعي بعد ذلك للفرقة والطلاق والخلع وغيرها.

---

(١) سورة النساء آية ١٩

(٢) الزمخشري ، أبو القاسم جار الله محمود بن عمر المتوفى سنة ٥٢٨ هجرية / الكشاف عن حقائق التنزيل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل ، دار المعرفة ، بيروت: ١/٤٩٠ ، حيث يأتي يشار اليه ب"الزمخشري/الكشاف".

(٣) انظر الحديث في صفحة ٦٢

(٤) ابن حجر / فتح الباري ١٠/ ٥٠٤

(٥) ابن قدامة / المغني ٧/ ٥١

(٦) البخاري / صحيح البخاري ٩/٧ وأحمد / مسند الإمام أحمد ٤٢٨/٢ والنساني / سنن النساني ٦٨/٦

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

ولكن على الرغم من ذلك قد تطلب الزوجة في مثل هذه الحالة الطيبة من زوجها المخالعة. فما هو موقف الشريعة من ذلك؟ وعليه فقد تعددت أراء العلماء في هذه المسألة كما يلي:-

الرأي الأول: إن هذا الخلع حرام ويترتب عليه البطلان لعقد الخلع وعدم جواز البذل من المرأة وكذلك الأخذ من زوجها. وقد ذهب إلى هذا الرأي ابن حزم الظاهري(١) وابن منذر كما ذكر أيضا عن ابن عباس وكثير من أهل العلم.(٢)

الرأي الثاني: إن هذا الخلع جائز وصحيح في هذه الحالة وقد ذهب اليه بعض الشافعية.(٣)

الرأي الثالث : كراهية الخلع في حالة استقرار الحياة الزوجية. وقد ذهب الى هذا الرأي جمهور العلماء.(٤)

واستدل أصحاب الرأي الأول القائل بعدم صحة الخلع في هذه الحالة بقوله تعالى ﴿ فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به ﴾(٥) فالآية تفيد أن الخلع مختص بحالة الشقاق والضرر وأنه شرط في الخلع حيث حرمه الله و لم يجزه إلا بعد الخوف من عدم إقامة حدود الله بينهما وأكد التحريم بالوعيد لمن تعدى ذلك الحد والقيد. وعضد هذا المعنى بما رواه أبو داود أن امرأة ثابت بن قيس ما طلبت الخلع إلا بعد أن كان يضربها زوجها.(٦)

وقد قال ابن حزم الظاهري :

"إذا كرهت المرأة زوجها فخافت أن لا توفيه حقه أو خافت أن يبغضها فلا يوفيها حقها فلها أن تفتدي منه ويطلقها إن رضي هو وإلا لم يجبر هو واجبرت هي. إنما يجوز ذلك بتراضيهما ولا يحل الإفتداء إلا بأحد الوجهين فإن وقع بغيرهما فهو باطل ويرد عليها ما أخذ منها.(٧)

كما استدلوا أيضا بما روى عن الرسول ﷺ أنه قال " أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير بأس فحرام عليها رائحة الجنة".(٨)

---

(١) ابن حزم / المحلى ٢٣٥/١

(٢) ابن قدامة / المغني ٥٤/٧

(٣) النووي / المجموع ١٤٨/١٨

(٤) انظر : ابن حجر / فتح الباري ٨٢/١

(٥) سورة البقرة آية ٢٢٩

(٦) القرطبي / الجامع لأحكام القرآن ٣/ ١٣٧-١٤٠

(٧) ابن حزم / المحلى ٢٣٥/١

(٨) أبو داود / سنن أبي داود ٢٦/٢ في كتاب الطلاق ، باب الخلع ح:٢٢٢٦

– الدارمي ، أبو محمد عبد الله ابن عبد الرحمن / سنن الدارمي ، الطبعة الأولى ١٩٩١ م، دار القلم ، دمشق: ٦٠٣/٢ في كتاب الطلاق ، باب النهي المرأة الطلاق) ، حيث يأتي يشار إليه ب"الدارمي / سنن الدارمي".

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

أما الفريق الثاني القائل بجواز الخلع في هذه الحالة فقد احتجوا بقوله تعالى ﴿ فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا ﴾(١)

قال المفسرون " أنه تعالى لما أمر الأزواج بإيتاء الزوجات صدقاتهن ، عقب على ذلك بذكر جواز قبول إبرائها وهبتها لزوجها ولكن هذا بشرط أن يكون ذلك الإبراء من غير إضرار ولا خديعة".(٢)

فاعترض على هذا الإستدلال بأن الآية لا تنطبق على المخالعة والفراق لأنها تتعلق بهبة الزوجة لزوجها في حالة قيام الرابطة الزوجية.

وأجيب بأن الآية جاءت مطلقة غير مقيدة بأية حال.

أما الفريق الثالث القائل بالكراهة فقد احتجوا بما احتج به الفريق الأول القائل بالجواز إلا أنه يكره ٣ لقوله ﷺ "أبغض الحلال عند الله الطلاق ".(٤)

الرأي الثالث هو الرأي الراجح لأمرين:-

١- حديث رسول الله ﷺ "أبغض الحلال عند الله الطلاق"(٥) حيث جاء مختصا بموضوع الطلاق وهو مكروه وكذلك الخلع إذا لم يوجد ما يدعو إليه فإنه مكروه.

٢- أما الأدلة التي استدل بها الفريق الأول القائل بحرمته فإنها -في الحقيقة- تدل على جواز الخلع في حالة الشقاق وعدم إقامة الزوجين لحدود الله. وهذا لا يعني عدم صحة الخلع في حالة استقرار الحياة الزوجية بل يصح فيها مع الكراهة للحديث السابق ذكره.

- قال الشوكاني : "وفي بعض طرقه من غير بأس" : الشوكاني / نيل الأوطار ٤١/٧

(١) سورة النساء آية ٤

(٢) انظر : فخر الرازي / تفسير الرازي ١٨١/٩

- الطبري ، محمد بن جرير بن يزيد / جامع البيان عن تأويل القرآن ، دار المعارف ، بيروت: ١٤٣/٤ ، حيث يأتي يشار اليه ب"الطبري / تفسيره".

- الشوكاني ، محمد بن علي بن محمد المتوفى سنة ١٢٥٥ هجرية / فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير ، الطبعة الأولى ١٩٩٤ م ، دار الكتب العلمية ، بيروت: ٦٣٤/١ ، حيث يأتي يشار اليه ب"الشوكاني / فتح القدير".

(٣) الشربيني / مغني المحتاج ٢٦٢/٣

(٤) قد سبق تخريجه صفحة ٦٩

(٥) سبق تخريجه صفحة ٦٩

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

ولذا جاء في حاشية الدسوقي " أما من حيث كونه طلاقا فهو مكروه بلا نظر لأصله اتفاقا لقوله (ص) " أبغض الحلال عند الله الطلاق ".(١)

الحالة الثالثة : عضل الرجل زوجته على الخلع.

اتفق الفقهاء على حرمة أن يعضل الرجل زوجته ويكرهها ويضارها حتى تبذل له مالا مقابل خلعه لها وذلك لقوله تعالى ﴿ ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة ﴾ .(٢) فقد حرم الله في هذه الآية المضارة لأجل أن يأخذ الرجل منها بعض ما كان أتاها من صداق وغيره.(٣)

ومعنى قوله تعالى ﴿ ولا تعضلوهن ﴾ أي لا تضاروهن في العشرة لتترك ما أصدقتها أو بعضه أو حقا من حقوقها عليك أو شيئا من ذلك على وجه القهر لها والإضرار بها. ومعنى قوله تعالى ﴿ لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن ﴾ أي الرجل تكون له امرأة وهو كاره لصحبتها ولها عليه مهر فيضرها لتفتدي به.(٤)

ولكن الفقهاء اختلفوا بعد ذلك في صحة العقد في هذه الحالة وفي لزوم العوض على الزوجة على أراء هي:-

الرأي الأول: وهو أن العقد صحيح والعوض لازم وإن كان صاحبه آثما. وقد ذهب إلى هذا الرأي أبو حنيفة.

وهذا الرأي مبني على أن عقد الخلع في أصله مشروع وإذا اقترن به عارض محظور اقتضى التحريم. وعقد الخلع -في حالة عضل الزوج زوجته على المخالعة- محرم ، ولكنه ليس محرما لذاته بل محرم لغيره.(٥) فالمحرم لغيره عند الأحناف يصلح أن يكون سببا شرعيا وتترتب عليه آثاره لأن التحريم عارض له ليس أصليا فهو كعقد البيع وقت النداء يوم الجمعة حيث أن العقد صحيح وإن أثم صاحبه.

---

(١) الدسوقي / حاشية الدسوقي ٢/ ٣٤٧

(٢)سورة النساء أية ١٩

(٣) الرضا ، الإمام محمد رشيد / تفسير القرآن الحكيم الشهير بتفسير المنار ، الطبعة الثانية ، دار الفكر ، بيروت: ٤/٤٥٤ ، حيث يأتي يشار اليه ب"الرضا / تفسير المنار".

(٤) ابن كثير ، أبو الفداء اسماعيل بن كثير المتوفى سنة ٧٧٤ هجرية / تفسير القرآن العظيم ، الطبعة الأولى ، الدار المصرية اللبنانية: ١/ ٤٤١ ، حيث يأتي يشار اليه ب"ابن كثير / تفسيره".

- انظر : الجصاص / أحكام القرآن ٣/٤٦

(٥) المحرم ينقسم إلى قسمين :

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الرأي الثاني: وهو أن العقد باطل ويترتب عليه عدم لزوم العوض على الزوجة ، وذهب إلى هذا الرأي الجمهور. وهو مروي عن ابن عباس وعطاء ومجاهد والشعبي والنخعي والقاسم بن محمد وعروة عمرو بن شعيب والزهري ومالك والثوري والشافعي وإسحاق.(١)

وقالوا أن الحرمة هنا تلازم البطلان فإذا حرم الله على الرجال عضل أزواجهم فدل ذلك على بطلانه وفساده وعدم اعتباره ، فعقد الخلع في هذه الحالة يكون باطلا وغير معتبر.(٢)

وأرى أن الرأي الراجح ما قاله الجمهور لأن العقد مبني على التراضي والعضل ينافيه فلذلك يكون العقد باطلا فضلا عن أنه محرم لقوله تعالى ﴿ ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن﴾(٣) فالأصل أن النهي يقتضي الحرمة والفساد.

وإذا قلنا أنه باطل فهل يقتضي ذلك الطلاق أم لا ؟

صرح المالكية بأنه يقتضي وقوع الطلاق. جاء في الشرح الصغير للدردير: "وللزوجة حيث خالعت زوجها بمال وادعت أنها إنما خالعته لضررمنه يحذر التطليق به".(٤)

أما الجمهور فقد ذهبوا -كما يفهم من عبارتهم - إلى عدم وقوع الطلاق وأن النكاح بينهما باق ، بل قد صرح بذلك بعضهم فقال "وإن عضلها ظلما لتفتدي نفسها فالخلع باطل والعوض مردود والزوجية بحالها".(٥)

ولعل ما ذهب إليه المالكية هو الراجح في رأيي لأن الخلع في الحقيقة نوع من الطلاق ولذا

---

١) المحرم لذاته : هو ما حكم الشارع بتحريمه ابتداءا ومن أول الأمر وذلك لما اشتمل عليه من مفسدة راجعة إلى ذاته كالزنى والسرقة. وهذا المحرم يلازم البطلان.

٢) المحرم لغيره : ما يكون مشروعا في الأصل واقترن به عارض اقتضى التحريم كالصلاة في ثوب مغصوب فالصلاة مشروعة في أصلها فالغصب حرام. فإذا صلاة أحد في ثوب مغصوب فالصلاته صحيحة ولكن آثم".

انظر: أبو زهرة ، الإمام محمد أبو الزهرة / أصول الفقه ، دار النهضة العربية ، بيروت: ص ٣٨ ، حيث يأتي يشار اليه ب"أبو زهرة / أصول الفقه".

- الزحيلي / أصول الفقه الإسلامي ٨٢/١

(١) انظر: ابن قدامة / المغني ٥٥/٧

(٢) انظر : البهوتي / كشاف القناع ٢١٣/٥ وابن قدامة / المغني ٥٥/٧

(٣) سورة النساء آية ١٩

(٤) انظر : الدردير / الشرح الصغير ٥٣٠/٢

(٥) البهوتي / كشاف القناع ٢١٣/٥

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

يصح الخلع بلفظ الطلاق.(١)

الحالة الرابعة: إذا كان سبب الخلع يعود إلى أمر خارجي. فما موقف الشريعة الإسلامية في ذلك؟ أرى أن أحكام هذه المسألة تعود إلى الحالة الأولى والحالة الثانية ، و لم أر ترديدها هنا.

الفصل الثالث : بدل الخلع " العوض "

لقد سبق القول بأن من أركان عقد الخلع العوض حيث لا يصح الخلع بدونه. والعوض هو ما تلتزم الزوجة ببذله إلى زوجها مقابل الخلع. وقد ذكرنا شروطه في الفصل الأول.(٢)

ولما كان هذا العوض أنواعا متعددة ، فأي نوع يصح الخلع به؟ وأي نوع لا يجوز عقد الخلع به ؟ ثم هل يصح عقد الخلع بأي مقدار كان إذا اتفق عليه الطرفان ؟ فللإجابة على هذه التساؤلات سنقوم ببيان النقطتين التاليتين وهما مقدار العوض وأنواعه في جملة مسائل.

النقطة الأولى: مقدار العوض ، وفيه مسائل هي:

١– المسألة الأولى : هل حدد الشارع مقدارا معينا في العوض ؟

إن الفقهاء قد اختلفوا فيه على أراء :

الرأي الأول : يتعين مقداره بما اتفق عليه الطرفان ويتراضيا عليه دون التقيد بمقدار معين. وهذا مذهب الجمهور من الشافعية(٣) والمالكية (٤) والظاهرية(٥) ، وبه قال ابن عمر وابن عباس ومجاهد وعكرمة وإبراهيم النخعي وقبيضة بن ذؤيب والحسن بن صالح وغيرهم.(٦)

والرأي الثاني : لا يجوز أخذ العوض أكثر مما أعطاها. وهذا قول سعيد بن مسيب وعطاء وعمرو بن شعيب والزهري وطاووس والشعبي وحماد بن أبي سليمان وربيع بن أنس.(٧)

---

(١) انظر : ابن تيمية ، أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام المتوفى سنة ٧٢٨ هجرية / مجموع الفتاوى ، جمعه ورتبه عبالرحمن بن محمد بن القاسم وساعده ابنه محمد ، الطبعة الثانية ، حقوق الطبع محفوظة لهما: ٣٣ /١٥٤ ، حيث يأتي يشار اليه ب"ابن تيمية / مجموع الفتاوى".

(٢) انظر صفحة ٢٥

(٣) انظر : النووي / المجموع ١٨/ ١٦٥

(٤) انظر : ابن رشد / بداية المجتهد ٢/٦٧

(٥) انظر : ابن حزم / المحلى ١٠/٢٣٥

(٦) انظر : ابن كثير / تفسيره ١/٢٧٥

(٧) انظر : القرطبي / الجامع لأحكام القرآن ٣/١٤١ وصديق حسن خان / الروضة الندية ٢/ ٥٩

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

والرأي الثالث: يستحب أن لا يأخذ الزوج أكثر مما أعطاها -المهر- ويكره الأخذ بأكثر منه وهو قول أكثر أهل العلم.(١) وهو رأي الحنفية فيما إذا كان النشوز من قبل الزوجة.(٢)

الرأي الرابع: له أن يأخذ أقل مما دفع من مهر حتى لا يكون الاستمتاع بلا مقابل.

وقد استدل الجمهور على حرية الطرفين في تحديد العوض بعموم قوله تعالى ﴿ فلا جناح عليهما فيما افتدت به ﴾.(٣) حيث جاءت الآية عامة دون قيد فجاز للزوجين الاتفاق على مقدار يريدانه سواء كان قليلا أو كثيرا وسواء بقدر ما أعطاها الزوج أو أقل أو أكثر.(٤)

واعترض على هذا الإستدلال بأن هناك روايات متضمنة للنهي عن الزيادة كحديث ثابت بن قيس الذي رواه الدارقطني حيث جاء فيه أنه كان أصدقها حديقته فقال النبي ﷺ لزوجة ثابت " أتردين عليه حديقته التي أعطاك" قالت: "نعم وزيادة" فقال النبي ﷺ "أما الزيادة فلا ولكن حديقته" فقالت "نعم". فهذه الرواية اسنادها صحيح وهي تصلح أن تكون مخصصة لعموم آية "فلا جناح عليهما فيما افتدت به ".(٥)

وأجيب بأن هذه الرواية خبر آحاد فلا يجوز تخصيص العام القطعي به فإنه ظني الثبوت.(٦)

كما استدل الجمهور أيضا بما رواه البخاري أن عثمان بن عفان رضي الله عنه أجاز مخالعة المرأة بعوض شمل ما دون عقاص فلم ينكر أحد من الصحابة على عثمان بن عفان فيما افتي به فيكون إجماعا على جواز ذلك.(٧)

---

(١) انظر: ابن قدامة / المغني ٥٢/٧ وابن النجار / منتهى الارادات ١٥٧/٢

(٢) انظر: المرغيناني / الهداية ٢١٥/٤-٢١٦ والموصلي / الاختيار ١٥٧/٣

(٣) سورة البقرة أية ٢٢٩

(٤) انظر : القرطبي / الجامع لأحكام القرآن ١٤/٣ والرملي / نهاية المحتاج ٦/ ٣٩٨

(٥) صديق حسن خان / الروضة الندية ٥٩/٢ والشوكاني / نيل الأوطار ٤١/٧

(٦) قال الأستاذ وهبة الزحيلي "إذا ورد عام قطعي الثبوت في القرآن أو السنة المتواترة فهل يجوز تخصيصه بدليل ظني كخبر الواحد أو القياس؟ رأى الحنفية أنه لا يجوز تخصيص العام القطعي بالظني لأن دلالة العام على أفراده قطعية. وقطعي الكتاب والسنة المتواترة لا يصح تخصيصه بالظني كخبر الواحد والقياس لأن التخصيص عندهم تغيير ومغير القطعي لا يكون ظنيا. أجاز الجمهور هذا التخصيص لأن دلالة العام على أفراده ظنية فيجوز تخصيصه بالدليل الظني من خبر الواحد أو القياس". الزحيلي / أصول الفقه ٢٥٢/١

(٧) انظر : ابن قدامة / المغني ٥٣/٧ وابن حجر / فتح الباري ٣٩٤/٩

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

وأما الفريق الثاني القائل بعدم جواز أخذ الرجل أكثر مما أعطاها فقد استدلوا بحديث ثابت ابن قيس السابق وفيه أن النبي ﷺ قال لها "أتردين عليه حديقته التي أعطاك" فقالت "نعم وزيادة" فقال النبي ﷺ "أما الزيادة فلا ولكن حديقته" فقالت "نعم".(١)

فالحديث أفاد أنه لا يجوز للزوج أن يأخذ منها أكثر مما صار إليها منه حيث ورد فيه نهيه عليه السلام لها عن الزيادة وهو متأكد بقوله تعالى ﴿ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئا إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله﴾ .(٢)

فالآية تنص على منع أخذ ما أعطاها الزوج إلا عند خوف عدم قيام الحقوق فيجوز له الأخذ مما آتاها لا غير.

فقد قال الصديق حسن خان :

" فدلت الآية على منع الأخذ مما آتوهن إلا مع ذلك الأمر ، فلا بأس أن يأخذوا مما آتوهن لا كله فضلا عن زيادة عليه".(٣)

وأما الفريق الثالث القائل باستحباب عدم أخذ الزوج أكثر مما أعطاها فقد استدلوا بما استدل به الجمهور، وقالوا يكره الأخذ بأكثر من ذلك لما رواه عطاء أن النبي عليه الصلاة والسلام كره أن يأخذ الزوج من المختلعة أكثر مما أعطاها.

قال ابن قدامة:

" فنجمع بين الآية(٤) وبين هذا الخبر فنقول إن الآية دالة على الجواز والنهي عن الزيادة على ما أعطاها للكراهة". (٥)

أما الحنفية فيرجع رأيهم إلى ما روى في اختلاع زوجة ثابت منه حيث جاء قوله ﷺ " أما الزيادة فلا " فكان النشوز منها. فكان هذا القول من الرسول ﷺ نفيا لإباحة أخذ ما زاد على ما أعطاها فيكون أخذ الزيادة عليه مكروها.(٦)

وينبغي الملاحظة أن آية الفداء عامة فتفيد جواز الإفتداء بأكثر من المهر أو بأقل منه حسب ما اتفق عليه الطرفان. ثم جاء حديث امرأة ثابت بن قيس بألفاظ صريحة تمنع ذلك حيث قال

---

(١) الشوكاني / نيل الأوطار ٧/ ٣٥

(٢) سورة البقرة آية ٢٢٩

(٣) صديق حسن خان / الروضة الندية ٢/٥٩

(٤) سورة البقرة آية ٢٢٩

(٥) انظر : ابن قدامة / المغني ٧/٥٣

(٦) انظر : المرغيناني / الهداية ٤/٢١٦ والموصلي / الإختيار ٣/١٥٧

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الرسول عليه الصلاة والسلام " أما الزيادة فلا " فيصلح مخصصا لعموم الآية أو مفسرا لإجمالها. فقد قال الشوكاني: " لا يخفي أن هذه الروايات المتضمنة للنهي عن الزيادة مخصصة لهذا العموم ومرجحة على تلك الرواية المتضمنة للتقرير لكثرة طرقها وكونها مقتضية للحصر وهو أرجح من الإباحة عند التعارض كما ذهب إليه جماعة من الأصوليين".(١)

فإن قيل كيف يكون خبر الآحاد -وهو ظني الثبوت- مخصصا للآية وهي قطعي الثبوت وهو ليس في قوتها في الثبوت. قلنا إن خبر الآحاد يصلح أن يكون مخصصا لعموم الكتاب ما دام اسناده لا بأس به ، وهذا ما ذهب اليه جمهور الأصوليين.(٢)

أما ما جاء عن رواية عطاء أنه ﷺ كره أن يأخذ الزوج من المختلعة أكثر مما أعطاها فكلمة " كره " محتملة لمعنى الحرمة والكراهة. وهي إلى معنى الحرمة أقرب ، وذلك لوجود العضل من حديث امرأة ثابت بن قيس.

ولهذا أرى أن ما قاله أصحاب الرأي الثاني في عدم جواز أخذ العوض أكثر من المهر هو الرأي الراجح.

٢-المسألة الثانية : الخلع بالشيء المجهول.

ذهب الحنفية والحنابلة(٣) إلى صحة الخلع بالعوض المجهول. ذلك لأن الخلع إسقاط لحق الزوج من البضع وليس فيه تمليك شئ ، والإسقاط تدخله المسامحة. (٤) وبيان ذلك أن الخلع مبني على التوسع والتسامح فيحتمل جهالة ونحوها ما لا يحتملها النكاح فيصح على ما لا يصح مهرا بجهالة أو غرر.

وبناء على هذا الرأي تجوز المخالعة على ما في ضرع الشاة من اللبن أو على ما في النخلة من التمر (٥) أو على ما يثمر عليها.

---

(١) انظر : الشوكاني / نيل الأوطار ٤١/٧

(٢) انظر : خلاف / علم أصول الفقه ص ١٨٩

(٣) انظر : العيني / البناية ٣٠٨/٥ والموصلي / الإختيار ١٥٨/٣ والبهوتي / ٢٢٢/٥

(٤) انظر : المقدسي / الكافي ١٠٦/٣ والبهوتي / كشاف القناع ٢٢٢/٥ وابن النجار / منتهى الإرادات ٢٤٠/٢

(٥) انظر : المقدسي / الكافي ١٠٦/٣

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

وذهب بعض الفقهاء إلى اشتراط العلم بالعوض لأنه عقد معاوضة فلا يصح بالمجهول كالبيع.

ومن القائلين بهذا المالكية والشافعية وأبو حنيفة في رواية وأبو بكر العكبري من الحنابلة.(١)

النقطة الثانية: أنواع العوض

قد سبق ذكر ما يشترط في المصالح به أو بدل الصلح ، (٢) ومن ذلك اشتراط كونه مالا متقوما يجوز الإعتياض به. فالمال -كما قلنا - هو ما يمكن الإنتفاع به وإحرازه ، فيدخل فيه مفهومه الأعيان والمنافع والحقوق. فعقد الخلع لا يتم إلا بالعوض وكل ما جاز جعله صداقا جاز جعله عوضا في الخلع.(٣)ومن ذلك الأنواع التالية:-

النوع الأول : المهر .

لقد اتفق الفقهاء (٤) على صحة أن يكون المهر عوضا في الخلع سواء كان المهر قد أدى لصاحبه أو كان مؤجلا. وأساس هذا الإتفاق من الفقهاء قوله عليه السلام لامرأة ثابت بن قيس "أتردين عليه حديقته " وكان ثابت أصدقها.

فقد جاء في الفتاوى الهندية :

"وإن خالعها على مهرها فإن كانت المرأة مدخولا بها وقد قبضت مهرها يرجع الزوج عليها بمهرها وإن لم يكن مقبوضا سقط من الزوج".(٥)

وقال صاحب نهاية المحتاج:(٦)

"ويصح عوضه قليلا أو كثيرا دينا أو عينا أو منفعة كالصداق لعموم قله تعالى ﴿فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾".(٧)

---

(١) انظر : ابن رشد / بداية المجتهد ٢/٦٧-٦٨ والمقدسي / الكافي ٣/١٠٦ والبهوتي / كشاف القناع ٥/٢٢٢ والحسيني / كفاية الأخيار ص ٢٣٧

(٢) انظر صفحة ٢٥

(٣) المقدسي / الكافي ٣/١٠٥

(٤) انظر: نظام / الفتاوى الهندية ١/٤٨٩ والرملي / نهاية المحتاج ٦/٣٩٨ وابن قدامة / المغني ٧/٥٢ القرطبي / الجامع لأحكام القرآن ٣/١٤١

(٥) نظام / الفتاوى الهندية ١/٤٨٩

(٦) الرملي / نهاية المحتاج ٦/٣٩٨

(٧) سورة البقرة آية ٢٢٩

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

النوع الثاني : الخلع عن النفقة المالية .

إن النفقة المادية واجبة على الزوج لزوجته من بداية العقد وهي ممتدة ما دامت الرابطة بينهما قائمة ، بل ممتدة إلى نهاية وقت انتهاء العدة.

فيصح أن تكون هذه النفقة عوضا نظير الخلع لأن النفقة في الحقيقة ملك للزوجة وهي وجبت لها في ذمة زوجها سواء بالقضاء أو التراضي ولإنها تصح دينا لها عليه إن لم يتم أداؤها إليها ، ولإنها لا تسقط إلا بالأداء أو بالإبراء. وأساس جواز ذلك عموم قوله تعالى ﴿ فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾.(١)

جاء في الفتاوى الهندية: "....امرأة اختلعت مع زوجها على مهرها ونفقة عدتها وعلى أن تمسك ولدها منه ثلاث سنين بنفقتها صح الخلع (٢)

وفي الروض المربع في الفقه الحنبلي عبارة: ".....وإن خالعت بنفقة عدتها صح ولو قلنا النفقة للحمل لأنها في التحقيق في حكم المالك لها مدة الحمل". (٣)

النوع الثالث : الخلع على نفقة الصغير .

لو خالع الرجل امرأته على أن تنفق على ابنه الصغير سواء كان منها أو من غيرها مدة معلومة صح الخلع ولزمها الإنفاق في تلك الفترة. وهذا لا خلاف فيه –في ما أعلم– (٤) فإن امتنعت الزوجة المختلعة بعد ذلك أو هربت أو مات الولد قبل انتهاء المدة وجب عليها بدل قيمة النفقة لباقي المدة.

---

(١) سورة البقرة أية ٢٢٩

(٢) نظام / الفتاوى الهندية ٤٩٠/١

(٣) البهوتي / الروض المربع ٣٢٣

(٤) انظر : ابن النجار / منتهى الإرادات ٣٤٠/٢ ونظام / الفتاوى الهندية ٤٩٠/١ والدردير / الشرح الصغير ٤٤٢/١ والرملي / نهاية المحتاج ٣٩٨/٦

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

فإن ماتت يؤخذ من تركتها وهذا رأي الجمهور.(١) وذهب بعض المالكية إلى سقوط ما بقي من المدة. (٢) وإن خالعته على نفقة ولده الصغير وهي في حالة العسر ، فلها حق مطالبته بنفقته على أن تكون دينا له عليها إذا أيسرت.(٣)

النوع الرابع : الخلع على إرضاع الصغير .

فالأصل أن الرضاعة يصح الإستئجار عليها لقوله تعالى ﴿ فإن ارضعن لكم فآتوهن أجورهن﴾.(٤)

فإذا فارق الرجل امرأته فعليه أجرة رضاعة ولده. وإن قامت مطلقته على إرضاعه فحق لها أن تطلب الأجرة من أبي ولدها. ولذا يصح أن يكون الإرضاع عوضا في الخلع. فهذا أمر لا خلاف فيه عند عامة الفقهاء. (٥)

ولكن فيما يتعلق باشتراط تعيين مدة الإرضاع في عقد الخلع ، فقد ذهب الجمهور(٦) إلى عدم اشتراط التعيين وذلك لأن العوض عندهم يصح أن يكون مجهولا لأنه مبني على التوسع والتسامح فيحتمل جهالة ونحوها. وعدم تعيين المدة في الرضاعة في منزلة المجهول. ولذا صح الخلع عليه. ولكن إذا قيد بمدة معينة فوجب الإلتزام بها.

وإذا اطلق و لم يحدد بمدة معينة فالمدة تحمل على سنتين إن كان الخلع عقب وضع الحمل أو قبله ، وتحمل على بقية السنتين إن كان الخلع في اثنائهما لأن الكلام إذا اطلق حمل على المعهود في الشرع وهو أن مدة الرضاعة سنتان. قال تعالى ﴿ والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين﴾(٧) وقال رسول الله ﷺ " لا رضاع بعد حولين ".(٨)

---

(١) انظر: نظام / الفتاوى الهندية ٤٩١/١ والبهوتي / كشاف القناع ٢٢٠/٥

(٢) انظر : الدردير / الشرح الصغير ٤٤٢/١

(٣) انظر : الدردير / الشرح الصغير ٤٤٢/١

(٤) سورة الطلاق آية ٦

(٥) انظر : البهوتي / كشاف القناع ٢٢٠/٥ والكاساني / البدائع ١٤٩/٣ والدسوقي / حاشية الدسوقي ٣٥٧/٢ والنووي / المجموع ١٨ ١٦٧

(٦) انظر : البهوتي / كشاف القناع ٢٢٠/٥ والدر المختار حيث قال المصنف " وإن لم يؤقتا ترضعه حولين بخلاف الفطيم " ٤٧٨/٣

(٧) سورة البقرة آية ٢٣٣

(٨) البخاري / صحيح البخاري ١٢/٧ كتاب النكاح باب من قال لا رضاع بعد حولين.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

وقال الشافعية أنه يشترط في عوض الخلع ما يشترط في الثمن من كونه متمولا معلوما أو مقدورا على التسليم (١) وبناء عليه كان الخلع على الإرضاع عندهم - طبقا لهذه الشروط - لا يصح إلا إذا قيد بمدة معينة.

ولكن إذا تعذرت الرضاعة بسبب من الأسباب كموت الولد مثلا رجع الزوج عليها بقيمة الرضاعة للمدة التي اتفقا عليها ، لأن موت الولد كهلاك عوض الخلع في المختلعة قبل التسليم إلى صاحبه. وإذا تعذرت الرضاعة بعد مضي بعض الفترة رجع عليها بقيمة ما بقي من المدة. وهذا هو رأي الأحناف والحنابلة.(٢)

أما المالكية فقالوا إذا تعذرت الرضاعة فليس للزوج أن يرجع عليها ما بقي منها إذا كانت عادتهم عدم الرجوع وإلا رجع عليها.(٣)

وهناك قول عند الشافعية بأن الزوج لا يجوز له أن يرجع عليها بشيء إذا تعذرت الرضاعة.(٤)

النوع الخامس : الخلع على حق السكني للمختلعة.

سكني المعتدة في فترة العدة حق من حقوق الله تعالى لقوله ﴿ ولا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة ﴾.(٥)

قال الجصاص :

"فيه نهي للزوج عن إخراجها ونهي لها من الخروج وفيه دليل على وجوب السكني لها ما دامت العدة لأن بيوتهن التي نهى الله عن إخراجها منها هي البيوت التي كانت تسكنها قبل الطلاق." (٦)

فإذا خالع الرجل امرأته على أن لا سكني لها فلها السكني لأنه حق الله تعالى فلا يملكه الزوج فلا يجوز أن يكون عوض الخلع.

---

(١) انظر : الشيرازي / المهذب ٧٣/٢

(٢) انظر : نظام / الفتاوى الهندية ٤٩١/١ والكاساني / البدائع ١٤٩/٣ والبهوتي / كشاف القناع ٢٢٠/٥

(٣) انظر: الدسوقي / حاشيته ٣٥٧/٢

(٤) انظر : النووي / المجموع ١٦٦/١٨

(٥) سورة الطلاق أية ١

(٦) الجصاص / أحكام القرآن ٣٤٨/٥

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

قال صاحب الدر المختار : "...تسقط النفقة إلا السكني لأنها حق الشرع ولأن سكناها في غير بيت الطلاق معصية".(١)

جاء أيضا في حاشية الدسوقي : " .....كمخالعتها على خروجها من سكناها الذي طلق فيه فإنه يرد بأن ترد الزوجة له لأنه حق الله لا يجوز لأحد إسقاطه إلا أن يريد بخروجها من السكني أنها تتحمل بأجرة المسكن زمن العدة من مالها فيجوز.(٢)

فعبارة "إلا إن يريد بخروجها من المسكن أنها تتحمل بأجرة المسكن زمن العدة من مالها فيجوز" تشير إلى أنه إذا اشترط على ألا تكون عليه أجرة السكني صح الخلع.

النوع السادس : الخلع على إسقاط الحضانة .

اختلف الفقهاء في الحضانة ، هل هي حق الولد أو حق الحاضنة ؟ فذهب جماعة منهم أنها حق للولد وقد صرح بذلك السرخسي في المبسوط(٣) وابن النجيم الحنفي في البحر الرائق.(٤) وحجتهم أن الأم إنما تكون أحق بالولد بحق الولد ، لأن الولد عندها أنفع له. ولهذا لو تزوجت لم تكن أحق بحضانته لأنها مشغولة بخدمة زوجها. فإذا ثبتت أنها من حق الولد فليس لها أن تبطلها بالمخالعة بها ونحوها.(٥)

أما الجمهور (٦) فقد ذهبوا إلى أن حق الحضانة للحاضنة. فالحضانة عندهم هي تربية الولد في المدة التي لا يستغنى فيها عن النساء ممن لها الحق في تربيته شرعا.(٧)

والدليل على أنها حق الحاضنة هو ما وردت به الآثار الصحيحة ومنها ما روى أن امراة جاءت إلى النبي ﷺ وقالت : يا رسول الله هذا ابني كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثديي له سقاء وإن أباه طلقني وأراد أن ينزعه مني فقال الرسول (ص) : " انت أحق به ما لم تتزوجي".(٨)

---

(١) ابن عابدين / حاشيته ٤٥٣/٣

(٢) انظر : الدسوقي / حاشية الدسوقي ٣٥٠/٢

(٣) راجع : السرخسي / المبسوط ١٦٨/٦

(٤) راجع : ابن نجيم / البحر الرائق ١٨٠/٤

(٥) انظر : السرخسي / المبسوط ١٦٩/٦

(٦) انظر : الدردير / الشرح الصغير ٥٢٧/١ والرملي / نهاية المحتاج ٢٢٥/٧

(٧) ابو زهرة ، الإمام محمد أبو زهرة / الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي ، القاهرة: ص ٤٠٦ ، حيث يأتي يشار اليه ب"أبو زهرة / الأحوال الشخصية".

(٨) أحمد / مسند الإمام أحمد ١٨٢/٢ والحاكم / المستدرك ٢٠٧/٢

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

وروى أيضا أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه طلق امرأته من الأنصار بعد أن أعقب منها ولده عاصما فرآه في الطريق وأخذه فذهبت جدته أم أمه وراءه وتنازعا بين يدي أبي بكر رضي الله عنه فأعطاها إياه وقال لعمر " ريحها ومسها ومسحها وريقها خير له من الشهد عندك ".(١)

وعلى هذا الأساس قالوا أن الخلع مقابل تنازل الزوجة المختلعة عن الحضانة لزوجها المخالع صحيح.

والملاحظ أن الشارع ينظر إلى حقوق الولد أنه لا بد من المحافظة عليها ولذا أعطى الحق لمحارمة الإناث (ابتداء من أمه) في حضانته لأنهن بالمحضون أشفق وعلى القيام به أبصر.(٢)

والحضانة في الحقيقة حق مشترك بين الحاضن والمحضون لأنها -بطبيعتها- لا توجد إلا بهما ولكل منهما حق ، فحق المحضون متمثل في البقاء وحق الحاضن متمثل في التربية ورعاية محضونه إلا أن حق المحضون فيها أقوى. (٣)

ولهذا أرى أنه من الأفضل أن لا تكون حضانة الولد عوضا للخلع وهو ما ذهب إليه الأحناف.

الفرع الخامس: آثار الخلع

أن الخلع عقد معاوضة فلا يتعدى أثره إلى غير ما تراضى عليه الزوجان المختلعان وسياه في العقد وهو العوض ، فلا يتعدى أثره إلى غير العوض مثل النفقة أو مهر المثل.

هذا هو رأي الجمهور منهم الحنابلة (٤) والظاهرية (٥) والشافعية.(٦) وهو أيضا رأي عطاء والأوزاعي والزهري. وهذا ما ذهب إليه محمد(٧) صاحب أبي حنيفة إذا جرى الخلع بلفظه أي بلفظ الخلع.

---

(١) الإمام مالك بن أنس / الموطأ ، طبعة ١٩٨٥ م، دار إحياء التراث العربي ، بيروت: حديث رقم ١٤٥٤، حيث يأتي يشار إليه ب"مالك / الموطأ".

انظر أيضا : أبو زهرة / الأحوال الشخصية ص ٤٠٦.

(٢) انظر : السيد البكري / إعانة الطالبين ١٠١/٤

(٣) عقلة / نظام الأسرة ٣٠٣/٣

(٤) انظر : ابن قدامة / المغني ٥٦/٧

(٥) انظر : ابن حزم / المحلى ٢٤٤/١

(٦) انظر : الحسيني / كفاية الأخيار ٣٨٤

(٧) انظر : الموصلي / الاختيار ١٦٠/٣

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

وعلى هذا الأساس أن نفقة العدة وغيرها من حقوق النكاح لا تسقط بالخلع إلا إذا صرحت الزوجة أنها خالعت زوجها على أن تجعلها – أي النفقة وغيرها من الحقوق – عوضا في الخلع.

أما الإمام أبوحنيفة رحمه الله ومعه صاحبه أبو يوسف رحمه الله فقالا إن الخلع شرع لقطع النزاع بين الزوجين بسبب ما بينهما من صلة النكاح ولا يتم هذا المقصود إلا بجعل الخلع مسقطا لما وجب بسببها.

وحجتهما أن لفظ الخلع يفيد عند اطلاقهما انخلاع كل منهما عن الآخر على وجه الكمال من كل وجه وثبوته بهذه الكيفية إنما يتم بسقوط مطالبة كل منهما للآخر بما وجب له بسبب النكاح. (١)

وعلى هذا الأساس إذا طلبت الزوجة الخلع ووافق زوجها على ذلك ، ترتب على ذلك عدم وجوب النفقة لها عليه خلافا للجمهور.

أقول إن الخلع في الحقيقة نوع من أنواع الطلاق فيترتب على ذلك ما يترتب على الطلاق تماما من وجوب النفقة على الزوج لزوجته ودفع مهرها وغيرها من الحقوق لعموم قول الله تعالى في سورة الطلاق ﴿لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة﴾.(٢)

المطلب الثاني : التخارج.

الفرع الأول: تعريف التخارج ومشروعيته

التخارج تفاعل من الخروج ، يقال تخارج القوم فمعناه أخرج كل منهم نفقة على قدر نفقة صاحبه. ويقال تخارج الشركاء أي خرج كل واحد من شركته عن ملكه إلى صاحبه بالبيع ، وفي حديث ابن عباس "لا بأس أن يتخارج القوم في الشركة تكون بينهم". (٣)

وهو في الإصطلاح الفقهي أن يتصالح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث بشيء معلوم.(٤)

ففي البناية: ".....التخارج إخراج بعض الإرث عما يستحقه في التركة بمال يدفع إليه".(٥)

---

(١) انظر : ابن الهمام / فتح القدير ٣/ ٢١٦-٢١٧

(٢) سورة الطلاق أية ١

(٣) انظر : ابن منظور / لسان العرب ١/ ٢٥١ وجماعة / المعجم الوسيط ١/ ٢٢٤

(٤) ابن الهمام / فتح القدير ٨/ ٤٣٩

(٥) العيني / البناية ٩/ ٤٧

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

أما مشروعيته فقد ثبتت بالإجماع ، وقد روي أن الخليفة الراشد عثمان بن عفان رضي الله عنه لما طلق عبد الرحمن بن عوف امرأته تماضر بنت الأصبغ في مرض موته ثم مات وهي في العدة فورثها (أي عثمان) مع ثلاث نسوة أخر ، فصالحها ورثة عبد الرحمن على شئ من المال على خروجها من الميراث دون إنكار من أحد من الصحابة فدل ذلك على مشروعيته.(١)

الفرع الثاني: التخارج هو الصلح بالمال

بناء على التعريفين السابقين يبدو أن التخارج له مقومات وهي:-

١- أنه عقد

٢- أنه يرتفع به النزاع

٣- وجود التراضي بين الطرفين

٤- وجود بدل أو عوض الصلح فيه.

فإذا خلت هذه المقومات أو أحدها بطل التخارج إلا إذا تصالحوا على تنازل بعضهم عن حقه بدون بدل. وهذه المقومات هي في الحقيقة نفس عناصر الصلح بالمال الأربعة السابق ذكرها ، وهي عقد ورفع النزاع ووجود التراضي ووجود بدل الصلح. وبذلك يتحقق كون التخارج صلحا بالمال.

الفرع الثالث: حالات التخارج

هناك حالات لا يجوز فيها التخارج كحالة ظهور الدين على تركة الميت أو ظهور الوارث الأخر أو الموصى له أو ظهور الغبن الفاحش.

وهناك حالات يجوز فيها التخارج منها:-

الحالة الأولى : أن يتخارج أحد الورثة مع بقية الورثة على أن يكون له شيء معلوم من التركة. فهذا التخارج جائز.

وفي هذه الحالة تحل المسألة الإرثية أولا بمعرفة نصيب كل وارث ومن ضمنهم المتخارج ثم نفرد ونخص من التركة بدل التخارج ثم نقسم باقي التركة. ولا يجوز أن نجعل المتخارج كالمعدوم وأن نقسم الأموال على اعتبار عدمه أصلا.

الحالة الثانية: أن يتصالح أحد الورثة مع أحدهم على مال معين يدفعه من التركة ، ففي هذه الحالة يكون الذي يدفع المال صلحا إلى المتخارج يحل محله في استحقاق مال التركة.

الحالة الثالثة : يكون فيها المتخارج قد صالح بقية الورثة على مال معلوم من غير التركة.

---

(١) انظر: الزيلعي / نصب الراية ٤/١١٢-١١٣

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الفرع الرابع : آثار التخارج.

اولا: إن التخارج قد يكون العوض فيه من التركة أي جزء منها. وهو في هذه الحالة عقد قسمة إذ هو عبارة عن تعيين نصيب كل شريك في مشاع (١) أو تمييز بعض الأنصباء عن بعض وأفرازها عنها بتجزئة الأنصباء بالكيل وغيره. (٢)

ومن ثم يشترط فيه ما يشترط في عقد القسمة ولذا فإنه يكون قابلا للنقض سواء بالإقالة أو بالتراضي على فسخه.

ثانيا: أما إذا كان العوض الذي يأخذه المتخارج من خارج التركة فالعقد في الحقيقة عقد بيع إذ هو عبارة عن مبادلة الشيء بالشيء. فكان المتخارج في الحقيقة باع شيئا يملكه لبقية الورثة بالثمن الذي اتفقوا عليه. ويترتب على ذلك حق الرد بالعيب وبالرؤية وعدم التصرف في بدل الصلح قبل القبض وغير ذلك.

ثالثا: يتعين نصيب كل شريك بعد التخارج ، فيملكه مستقلا كما يملك تصرفاته من بيع وإجارة ورهن وغيرها من الأمور.

رابعا: أن يكون المتخارج عالما بنصيبه من التركة خشية الغرر.

خامسا: يشترط التقابض فيما هو عقد صرف لعدم الوقوع في الربا. ولذلك إذا كانت التركة نقدا (ذهبا أو فضة) فيصح الصلح إذا كان من جنس غير جنس مال التركة كإعطاء الذهب بالفضة لأنه بيع الجنس بخلاف جنسه فلا يعتبر التساوي ولكن بشرط قبض العوضين في مجلس العقد لأنه عقد صرف..

والله أعلم بالصواب وإليه تعالى ترجع الأمور كلها

---

(١) الدردير / الشرح الصغير ٢٣٧/٢

(٢) ابن قدامة / المغني ١٢٩/٩ والهيتمي / تحفة المحتاج ١٩٣/١٠ والبهوتي / كشاف القناع ٣٧٠/٦

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الفصل الرابع
أحكام الصلح بالمال في الجنايات والعقوبات

تمهيد:

لقد نص الله سبحانه وتعالى في كتابه الكريم على عقوبات للمخالفين لأوامره سبحانه وعمل بها رسول الله ﷺ. فهذه العقوبات فيها ردع ومنع قبل وقوع المخالفة أو الجريمة ، وفيها زجر للجاني من العود إليها بعد وقوعها. ولهذا قال فقهاؤنا "إن العقوبات موانع قبل الفعل وزواجر بعده أي العلم بشرعيتها يمنع الإقدام على الفعل وإيقاعها بعده يمنع من العود إليه". (١)

فالعقوبات أنواع ، منها الحدود وهي العقوبات المقدرة حقا لله تعالى. والمراد بحق الله ما يتعلق به النفع العام من غير الإختصاص بأحد ، فينسب إليه تعالى لعظيم خطره وشمول نفعه.(٢) ومنها القصاص وهو ما يجب فيما يتعمده الإنسان من جرائم القتل والجرح وقطع الأطراف.(٣) ومنها التعزير وهو تأديب على ذنب لا حد فيه ولا كفارة.(٤)

ولذلك سيتناول هذا الفصل أحكام الصلح بالمال في العقوبات والجنايات في ثلاثة مباحث هي:

المبحث الأول: مفهوم الصلح بالمال في الجنايات والعقوبات ومشروعيته وشروطه.

المبحث الثاني: أحكام الصلح بالمال في الجنايات والعقوبات.

المبحث الثالث: آثار الصلح بالمال في الجنايات والعقوبات

---

(١) ابن الهمام / الهداية وفتح القدير ١١٢/٤

(٢) التفتازاني ، سعد الدين مسعود بن عمر المتوفى سنة ٧٩٢ هجرية / شرح التلويح على التوضيح ، دار الكتب العلمية ، بيروت: ١٥١/٢ ، حيث يأتي يشار اليه ب"التفتازاني / التلويح".

(٣) زيدان ، عبد الكريم زيدان / مجموعة البحوث الفقهية ، مؤسسة الرسالة ، بيروت: ص ٤١٧ ، حيث يأتي يشار اليه ب"زيدان / البحوث الفقهية".

(٤) الهيتمي / تحفة المحتاج ١٧٥/٩ والشربيني / مغني المحتاج ١٩١/٤ والأنصاري / فتح الوهاب ٢ /١٦٦

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المبحث الأول

مفهوم الصلح بالمال في الجنايات والعقوبات ومشروعيته وشروطه.

المطلب الأول: مفهوم الصلح بالمال في الجنايات والعقوبات

لقد قرر علماؤنا أن الجرائم أنواع متعددة منها الاعتداء على حق الله الخالص ومنها الإعتداء على حق العبد الخالص ومنها الإعتداء على الحقين معا. أما النوع الأول فلا يجوز إسقاطه ولا لأحد التنازل عنه أو الخروج عليه لأنه يتعلق به النفع العام من غير الإختصاص بأحد ولهذا ينسب هذا الحق إلى رب العالمين وذلك نظرا لعظيم خطره وشمول نفعه.

وأما الثاني فهو ما كان المقصود فيه مصلحة خاصة للفرد. ومثاله سائر الحقوق المالية للأفراد كضمان المتلفات واستيفاء الديون والدية وغيرها.(١) وهذا يجوز الصلح فيه بل إن الصلح فيه خير وأفضل.

أما النوع الثالث كالقصاص من القاتل العمد ، ففيه مصلحة عامة وحفظ الأمن وتأمين حياة الناس ﴿ولكم في القصاص حياة يا اولى الألباب﴾(٢) فيكون فيه بهذا الإعتبار حق الله تعالى كما فيه أيضا شفاء صدور أولياء المقتول وإزالة حقدهم وغضبهم على الجاني فيكون فيه بهذا الإعتبار حق العبد.(٣) فهذا النوع من الجرائم إذا اجتمع فيه حقان جاز إسقاط الحق والتنازل عنه بالصلح أو العفو. ولحاكم المسلمين بعد ذلك أن يوقع على الجاني عقوبة تعزيرية.(٤)

ومن هنا كان الصلح في الجنايات والعقوبات -في الجملة- جائزا ولكنه مقيد بشروط أهمها أن لا يكون في حق من حقوق الله الخالصة.

---

(١) زيدان ، عبد الكريم زيدان / الوجيز في أصول الفقه ، طبعة ١٩٨٧ م ، مؤسسة الرسالة ، بيروت: ص ٨٣-٨٤ ، حيث يأتي يشار اليه ب"زيدان / الوجيز".

- انظر : السرخسي ، محمد بن أحمد بن سهل المتوفى سنة ٤٩٠ هجرية / أصول السرخسي ، حققه أبو الوفاء الأفغاني، دار المعرفة ، بيروت: ٢٩٧/٢ ، حيث يأتي يشار اليه ب"السرخسي / أصوله".

- انظر أيضا : التفتازاني / التلويح ١٥١/٢

(٢) سورة البقرة أية ١٧٩

(٣) انظر: زيدان / الوجيز ص ٨٥

(٤) انظر: ابن فرحون اليعمري المتوفى سنة ٧٩٩ هجرية / تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام ، بهامش كتاب فتح العلي المالك ، دار المعرفة ، بيروت: ٢٩٥/٢ ، حيث يأتي يشار اليه ب"ابن فرحون / تبصرة الحكام".

- الأستاذ محمد الزحيلي / النظريات الفقهية ، دار القلم ، دمشق: ص ٦٢ ، حيث يأتي يشار اليه ب"محمد الزحيلي / النظريات".

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

ولذلك فإن للصلح في الجنايات والعقوبات صورا متعددة منها:

الصورة الأولى: إذا وقعت الجريمة على النفس كالقتل فيحق لولي المقتول أن يقتص من الجاني وإذا عفا عنه وتنازل عن القصاص فله ذلك. وهذا العفو هو في الحقيقة صلح بدون مقابلة شيء وهو تخفيف ورحمة كما جاء في قوله تعالى ﴿ فمن عفي له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان ذلك تخفيف من ربكم ورحمة ﴾ (١) ، ومن الثابت أن الرسول ﷺ كان بعد أن يقرر حكم القصاص يحرص على العفو وبخاصة إذا كان القصاص بين قوم بينهم مودة وصلة وقد قطعها الجاني بجريمته.(٢)

الصورة الثانية: قد يحدث القتل خطأ بأن يقتل أحد شخصا في دار الحرب يظنه حربيا مهدور الدم فيظهر أنه معصوم الدم لكونه مؤمنا يكتم إيمانه ، ففي هذه الحالة تجب الكفارة على القاتل المخطئ.(٣) قال تعالى ﴿ فإن كان من قوم عدولكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة﴾.(٤)

فالآية كما -قال الإمام القرطبي رحمه الله- تفيد أن المؤمن يقتل في بلاد الكفار أو في حروبهم على ظن أنه من الكفار ثم تبين أنه مؤمن قد آمن وبقي في قومه وهم كفرة فلا دية في قتله وإنما فيه كفارة تحرير رقبة مؤمنة.(٥)

والشارع في هذه الحالة أوجب الصلح ومنع القصاص والدية ، لأن القتل صدر من صاحبه من غير معرفة منه ولا علم ولا قصد ابتداء. ووجه وجوب الكفارة (تحرير رقبة) على القاتل أنه لما أمات نفسا كان الواجب عليه -بالمقابل- أن يحيي نفسا أخرى بطريق تحرير رقبة.

الصورة الثالثة: إذا وقعت جريمة القتل عمدا وصالح أولياء المقتول القاتل على الدية فلهم ذلك ، لأن عقوبة جريمة القتل العمد إما القصاص وإما الدية. والدية مقدرة بقدر معين من قبل الشارع.

روى الإمام أحمد وابن ماجه والترمذي وحسنه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال "من قتل متعمدا دفع إلى أولياء المقتول فإن شاؤوا قتلوا وإن شاؤوا أخذوا الدية وهي

وانظر أيضا: عبد القادر عودة / التشريع الجنائي ١/١٣٠

(١) سورة البقرة أية ١٧٨

(٢) فقد يقتل أخ اخاه وولي الدم هو الأب فإن من مصلحة الأب ألا يقتل له ولدان هما كل ولده.

(٣) انظر: البهوتي / كشاف القناع ٦/٦٦

(٤) سورة النساء أية ٩٢

(٥) القرطبي / الجامع لأحكام القرآن ٥/٣٢٣

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

ثلاثون حقة (١) وثلاثون جذعة (٢) وأربعون خلفة (٣) وذلك عقل العمد وما صولحوا عليه فهو لهم".(٤)

الصورة الرابعة: إذا وقعت جريمة القتل وصالح أولياء الدم القاتل على أن يدفع لهم مالا معلوما قدره وجنسه (سواء كان بقدر الدية أو أكثر أو أقل) جاز ذلك ووجب على القاتل دفع هذا المبلغ الموعود.

والدليل على ذلك ما روى أن هوية بن خشرم قتل قتلا فبذل سعيد بن العاص والحسن والحسين ابنا علي رضي الله عنهم أجمعين لابن المقتول سبع ديات ليعفو عنه فأبى ذلك وقتله،(٥) وما روى عن الرسول ﷺ "وما صولحوا عليه فهو لهم ". (٦)

الصورة الخامسة: إذا وقعت جريمة إتلاف عضو من أعضاء الإنسان فحق للمجني عليه القصاص من الجاني. وذلك التزاما بقول تعالى ﴿كتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص ﴾.(٧)

فالآية وإن كانت تخبر عن أحكام التوراة إلا أنه ثبت حكمها في حق المسلمين بإجماع أهل العلم.(٨) طبقا للقاعدة " أن المذكور في القرآن من شرع من قبلنا شرع لنا ما لم يكن هناك دليل على نسخة أو إبطاله في شرعنا ".(٩)

وإذا عفا المظلوم وهو المجني عليه عن الجاني وصالحه على الدية فله ذلك. فقد روي عن عمرو بن حزم أن النبي ﷺ كتب كتابا إليه وفيه " وإن في النفس الدية مائة من الإبل وفي الأنف إذا

---

(١) حقة هي إبل إذا استكملت ثلاث سنين ودخلت في الرابعة انظر: الحسيني / كفاية الأخيار ١٧٥/١

(٢) جذعة هي إبل إذا دخلت في السنة الخامسة. انظر: نفس المرجع ١٧٥/١

(٣) خلفة الحامل من النوق. انظر: نفس المرجع ٤٦٠/٢

(٤) الترميذي / سنن الترمذي ٦/٤ كتاب الديات وقال حديث حسن. وابن ماجه / سنن ابن ماجه ٩٣/٢ كتاب الديات وقال حديث حسن أيضا.

(٥) انظر صفحة ١٦

(٦) سبق تخريجه صفحة ١٧

(٧) سورة المائدة أية ٤٥

(٨) انظر: ابن كثير / تفسير ابن كثير ٦٢/٢ والجصاص / أحكام القرآن ٩٤/٤

(٩) اختلف الأصوليون في هذه القاعدة فمنهم من قال أن شرع من قبلنا ليس شرعا لنا ومنهم من قال أنه شرعًا لنا إذا يتأيد بالقرآن والسنة ومنهم من قال بالتوقف حتى يتبين الدليل الصحيح. والرأي عندنا أنه شرع لنا ما لم يكن هناك دليل على خلافه. وقد رجح هذا الرأي بعض القدامى وجمهور المعاصرين. انظر: السرخسي / أصول السرخسي ٧٦/٢ وخلاف / علم أصول الفقه ص ١٠٦ والزحيلي / أصول الفقه الاسلامي ٨٤٧/٢

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

أوعب جدعه الدية وفي اللسان الدية وفي الشفتين الدية وفي الخصيتين الدية وفي الذكر الدية وفي الصلب الدية وفي العينين الدية ".(١)

الصورة السادسة: إذا وقعت الجريمة على ما دون النفس ولكن يتعذر القصاص فيه وليس له أرش مقدر من الشرع ككسر العظام مثلا فوجب عندئذ الأرش غير المقدر وهو ما يسمى أيضا بالحكومة أو حكومة العدل.

والمراد بالأرش أو الحكومة أو حكومة العدل أن يقوم المجني عليه بإعتباره عبدا لا جناية عليه ثم يقوم بعد إصابته بالجناية وبرئه. فما نقصت الجناية من قيمته فله بنسبة هذه النقيصة من ديته. فذلك هو ما يستحق المجني عليه ولكن يشترط أن لا تبلغ الحكومة أرش جرح مقدر.(٢)

الصورة السابعة: إذا عفا المجني عليه أو وليه وصالح على أن يرتحل الجاني من البلد التي يقيم فيها ولي المجني عليه وأهله فله ذلك ،(٣) لأن في تنفيذ الشرط مصلحة له ولأهله وذلك لأنه يقلل غيظ الصدر ويريح النفس ، فهذا الشرط ملائم للمقصود من العفو.(٤)

وبعد ذكرنا هذه الصور نعود إلى تحديد الصور التي وجدت فيها عناصر الصلح بالمال على ضوء ما سبق ذكره من العناصر الأساسية للصلح بالمال (وهي عقد ووجود التراضي ورفع النزاع والعوض).

أما الصورة الأولى –وهي عفو المجني عليه أو وليه عن الجاني بلا مقابل– فهي نوع من أنواع الصلح لأنه قد تمت فيها عناصر الصلح العام من العقد ووجود التراضي ورفع النزاع ولو لم يتحقق العوض المالي. فالعقد في هذه الصورة يتم بدون الحاجة إلى قبول الجاني لفظا (٥) لأنه في حكم الهبة فالهبة عبارة عن تمليك عين بعقد على غير عوض معلوم في الحياة.(٦)

ولذلك فإن هذه الصورة ليست صلحا بالمال لأنها تقوم على أساس التنازل عن حق وعدم مقابلة الشيء. ومن ضرورات الصلح بالمال كما هو ثابت وجود بدل الصلح ماديا.

---

(١) النسائي / سنن النسائي ٥٩/٨ ح:٤٨٥٦ كتاب القسامة باب ذكر حديث ابن حزم وقال حديث صحيح، والدارمي / سنن الدارمي ٦٣٦/٢ –٦٣٧ باب كم دية من الإبل ح:٢٢٧٦

(٢) هذه طريقة تقيم عندما انتشر في العالم الرق أما اليوم فهذه الطريقة لا تصلح لأن الرق قدأبطل من العالم فلا يمكن معرفة القيم المختلف – عبد القادر عودة / التشريع الجنائي الإسلامي ٢٨٦/٢

(٣) انظر: الصاوي / بلغة السالك ١٥١/٢

(٤) انظر: محمد أبو زهرة / العقوبات ، دار الفكر العربي ، القاهرة: ص ٤٨٤ ، حيث يأتي يشار إليه بـ"أبو زهرة / العقوبات".

(٥) انظر: الكاساني / البدائع ١١٥/٦

(٦) الصنعاني / سبل السلام ١٧١/٣

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

أما الصورة الثانية (وهي وجوب الكفارة في القتل الخطأ المحض كقتل مؤمن يظنه القاتل كافرا) لا تنطبق عليها عناصر الصلح بالمال لأن الكفارة فيها ليست عوض الصلح بدليل:

١- أنها شيء أوجبه الشارع عينا ولا يمكن التنازل عنه.

٢- أنها ليست مدفوعة للمجني عليه أو وليه. فالصلح بالمال -كما قلنا - عبارة عن صلح بين الطرفين المتخاصمين بعوض يدفعه أحدهما إلى صاحبه.

أما الصور الباقية فقد تمت فيها عناصر الصلح بالمال بكاملها. ومن ثم يصلح أن يطلق عليها مصطلح "الصلح بالمال " وتأخذ أحكامه.

فالصلح في الصورة الثالثة ينبني على دفع الدية وهي المال الواجب لجريمة إتلاف النفس أو ما دونها المعين قدره من قبل الشارع ، فإذا اتفق المتخاصمان وهما القاتل وولي المقتول أمام القاضي على الصلح وتنازل ولي المقتول عن حقه " القصاص " واختار أن يكون له دية يدفعها القاتل فقد انعقد الصلح بالمال.

وفي الصورتين الرابعة والسادسة انبنى الصلح على أساس الإتفاق بين الطرفين على أن يدفع الجاني إلى المجني عليه أو وليه قدرا معلوما من المال.

كما انعقد الصلح في الصورة الخامسة إذ تم العقد على أن يدفع الجاني الأرش إلى المجني عليه.

وأما في الصورة الأخيرة (الصلح في مقابلة الارتحال) فهذه الصورة قد توفرت فيها مقومات الصلح بالمال لأنها -وإن كانت لم تتم بعين المال- إلا أن حق الارتحال يعتبر مالا.(١)

---

(١) الفقهاء في اعتبار مالية المنافع والحقوق يفترقون إلى رأيين:

- ذهب الحنفية إلى أن المنافع (كسكنى الدار وركوب السيارة) والحقوق (كحق الشرب وحق المرور) ليست أموالا، ذلك لأن هذه الأشياء لا يمكن إحرازها ، وتعتبر مالية الشئ -عندهم- إذا تحقق الأمران أولهما أن يكون شيئا ماديا يمكن إحرازه وحيازته ، والثاني أن يكون منتفعا به انتفاعا معتادا. فالمنافع والحقوق لا يمكن إحرازها وحيازتها فلا تعتبر أموالا.

والحقوق عندهم نوعان:

١- حقوق مالية وذلك إذا تعلق الحق بالمال بأن كان خادما للمال أو قائما به مثل حق الشرب وحق المرور وحق المسيل أو كان موثقا له كما في حق الارتهان.

٢- حقوق شخصية وذلك إذا تعلق بمحض الإرادة والاختيار و لم يتعلق بالمال كحق الشفعة وحق الولاية.

-وذهب الجمهور إلى أن المنافع والحقوق أموال ، وذلك لأن المال -عندهم- عبارة عن كل ما له قيمة ويلزم متلفه بضمانه. ويدخل بناء على التعريف:

١- الأعيان ٢- المنافع كسكنى الدار واستخدام السيارة ٣- الحقوق كحق الشرب وحق المرور وحق الارتحال في مقابلة الصلح .

والواقع أن القول بأن المنافع والحقوق أموال أولى بالأخذ والاعتبار. وذلك لأن الأعيان لا تقصد لذاتها بل لمنافعها. ولذلك أجاز الشرع جعل المنافع والحقوق مهرا في النكاح كما أجاز جعلها فداء للخلع.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

أما الحدود وهي العقوبات المقدرة لجريمة الزنى والسرقة وشرب الخمر والقذف والحرابة أي قطع الطريق.(١) فلا يجوز الصلح فيها (ما عدا القذف) ولا يجوز العفو لأنها وجبت حقا لله.(٢) والمراد بحق الله أي حق المجتمع العام. وهذا يعني أنها شرعت لصالح العامة ودفع الضرر عنهم. فكل جناية يرجع فسادها إلى العامة وكذلك منفعة جزائها تعود إلى العامة كان الجزاء الواجب فيها حقا لله على الخلوص تأكيدا للنفع والدفع لئلا تسقط بإسقاط العبد.(٣)

أما عقوبة القذف فقد ذهب أكثر الأحناف(٤) إلى أن حد القذف يغلب فيه حق الله وقالوا:

١- لما كان القاذف قد هتك عرض المقذوف -و لله تعالى في عرض المقذوف حق وللمقذوف حق- ثبت للعبد حق إلا أن حق الله فيه غالب.

٢- لأن حق الحد في القذف للسلطان ولا يكون للسلطان إلا في حق الله لأن من أعظم وظائفه تولى حق العام للمجتمع.

وذهب بعض الفقهاء (٥) إلى جواز الصلح فيه وقالوا أن حد القذف من الحقوق المشتركة بين الله تعالى وبين عبده وأن حق العبد فيه غالب. واحتجوا على ذلك:

١- بأن عرض المقذوف حقه ولذا قال عليه الصلاة والسلام " كان أبو ضمضم يقول إذا أصبح اللهم إني تصدقت بعرضي على عبادك ".(٦) فالمدح يكون على التصدق بما هو حقه ولا يكون التصدق بالعرض إلا بما وجب له.

انظر: ابن عابدين / حاشيته ٥٠١/٤ والتفتازاني / التلويح ٩٢/٢ والسيوطي / الأشباه والنظائر ٣٢٧ والزرقاء / المدخل ١١٤/٣-١١٦ وشلبي / المدخل ص ٣٣١ وزيدان / المدخل ١٨٣-١٨٤

والعبادي ، عبد السلام داود / الملكية في الشريعة الاسلامية ، طبعة ١٩٧٤ م ، مكتبة الأقصى ، عمان: ص ١٨٢-١٨٩ ، حيث يأتي يشار إليه ب"العبادي / الملكية".

وبدران أبو العينين بدران / تاريخ الفقه الاسلامي ، دار النهضة العربية ، بيروت: ص ٢٨٣ ، حيث يأتي يشار إليه ب"بدران / تاريخ الفقه".

(١) انظر: الماوردي / أحكام السلطانية ٢١٥

(٢) ابن عابدين / حاشيته ٣/٤ وابن الهمام / شرح فتح القدير ٢١٢/٥

(٣) الكاساني / البدائع ٥٦/٧

(٤) انظر: الكاساني / البدائع ٤٨/٦ و٥٦/٧

(٥) هم الشافعية والحنابلة. انظر: الشيرازي / المهذب ٢٧٤/٢

- المقدسي ، شرف الدين الحجاوي / الإقناع في فقه الامام أحمد ، دار المعرفة ، بيروت: ٢٥٩/٤ ، حيث يأتي يشار اليه ب"المقدسي / الإقناع".

(٦) انظر : الشيرازي / المهذب ٢٧٤/٢

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

٢- بأن حد القذف يستوفى بناء على طلب المقذوف. فكان له الحق في العفو عنه.(١)

فأجاب أصحاب الرأي الأول عن حديث أبي ضمضم بأنه لم يرد به حقيقة التصدق وإنما أراد به أنه لا يطالب بموجب الجناية. (٢)

وقالوا إن ولاية الإستيفاء في القذف للإمام وهذا أمر مجمع عليه ولو كان للمقذوف حق لكان ولاية الإستيفاء له. وإن حد القذف يتنصف برق القاذف ولا يحتمل التنصيف بالرق إلا في حق الله تعالى.(٣)

وذهب ابن حزم الظاهري رحمه الله إلى أن حد القذف من الحقوق الخالصة لله تعالى وأسند رأيه إلى ما روي عن عائشة رضي الله عنها(٤) أنها قالت " لما نزل عذري -في قصة حديث الإفك - صعد النبي ﷺ على المنبر فأمر بالمرأة والرجلين فضربوا حدهم.(٥)

فقال رحمه الله :

" قد أقام رسول الله ﷺ حد القذف و لم يشاور عائشة فيه فلو كان لها حق في ذلك لما عطله ﷺ وهو أكثر الناس حضا على العفو والصلح.(٦)

واعترض على هذا القول:

١- بأن الحديث لم يتعرض مسألة العفو أوعدم العفو وإنما هو بيان أن من قذف رجلا أو امرأة و لم يأت بأربعة شهداء فعليه حد أي ضرب ثمانين جلدة.

٢- بأن عائشة لم تعف عن حقها.

أما الإمام مالك رحمه الله فقد قال في حد القذف أنه حق العبد قبل الشكوى. (٧) والدليل على ذلك الأثر "إذا بلغ الحد السلطان فلا شفاعة له". وعلى ذلك قالوا بجواز العفو أو الصلح قبل رفع الدعوى إلى القاضي.

---

(١) انظر: نفس المرجع ٢٧٤/٢

(٢) انظر: البخاري ، عبد العزيز بن أحمد المتوفى سنة ٧٣٠ هجرية / كشف الأسرار على أصول البزدوي ، شركة الصحافة العثمانية ١٣٠٨ هجرية ، استنبول: ١٥٩/٤ ، حيث يأتي يشار اليه ب"البخاري / كشف الاسرار".

(٣) الكاساني / البدائع ٥٦/٧

(٤) أبو داود / سنن أبي داود ١٥٧/٤ كتاب الحدود رقم:٤٤٧٤ والترمذي / سنن الترمذي ١٢٤/٥ كتاب التفسير.

(٥) ابن حزم / المحلى ٢٨٩/١١

(٦) ابن حزم / المحلى ٢٨٩/١١

(٧) انظر: الدسوقي / حاشية الدسوقي ٣٣١/٤

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

اعترض على هذا القول بأنه ليس لأحد أن يعترض أمرًا إذا ثبت أنه حق من حقوق الله سواء قبل الرفع إلى القاضي أو بعده.

هذه هي آراء الفقهاء في حد القذف فالقائلون بأنه حق الله الخالص لم يجوزوا الصلح فيه ولا العفو. وقد توسط إمام المدينة مالك بن أنس رحمه الله في ذلك وجعل جواز الصلح في حد القذف قبل رفع الدعوى إلى الحاكم ، أما بعده فلا يجوز. وهذا الرأي في الحقيقة أرجح الأقوال وأقربها إلى الحق لأمرين:

١- قول الرسول ﷺ لصفوان بن أمية عندما عفا عن السارق بعد رفع الأمر إلى الحاكم (وهو رسول الله ﷺ) "هلا كان ذلك قبل أن يأتيني به؟"(١) فالحديث يدل على أن الحدود إذا رفعت إلى القاضي لا يجوز إهمالها.

٢- أن حد القذف منصوص في القرآن فدل على أنه حق الله ولكن إذا لم يرفع إلى القاضي فليس من حقه التعرض له.

وبهذا قد تم تحديدنا لمفهوم الصلح بالمال في الجنايات والعقوبات. ونستطيع القول بأن الصلح بالمال ينحصر في ثلاثة أنواع:

١- الصلح بالمال المعين قدره من قبل الشارع وهو الدية.

٢- الصلح الذي يعقده الطرفان المتخاصمان على مال معلوم اتفقا على قدره.

٣- الصلح في القذف قبل الدعوى إلى القاضي.

المطلب الثاني: مشروعية الصلح بالمال في الجنايات والعقوبات

وقد ثبتت مشروعية الصلح بالمال في الجنايات والعقوبات من الكتاب والسنة والإجماع.

فمن الكتاب :

١-قوله تعالى ﴿ فمن عفي له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان ذلك تخفيف من ربكم ورحمة فمن اعتدى بعد ذلك فله عذاب أليم ﴾.(٢)

فالآية تفيد أن القاتل إذا عفي عنه ولي المقتول عن دم مقتوله وأسقط القصاص فإنه يأخذ الدية ويتبع بالمعروف ويؤدي إليه القاتل بإحسان. وقوله تعالى ﴿ذلك تخفيف من ربكم ورحمة﴾ لأن

---

(١) - أبو داود / سننه ١٣٨/٤ في كتاب الحدود النسائي / سننه ٦٨/٨ كتاب السارق والحديث صحيح

(٢) سورة البقرة آية ١٧٨

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

أهل الإنجيل كان لهم العفو و لم يكن لهم قود ولا دية فجعل الله ذلك تخفيفا لهذه الأمة. فمن شاء أخذ الدية ومن شاء عفا.(١)

ومن السنة النبوية :

١- عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال "من قتل متعمدا دفع إلى أولياء المقتول فإن شاؤوا قتلوا وإن شاؤوا أخذوا الدية وهي ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفة وذلك عقل العمد وما صولحوا عليه فهو لهم".(٢)

٢- عن أبي شريح الخزاعي قال :سمعت رسول الله ﷺ يقول : " من أصيب بدم أو خبل فهو بالخيار بين إحدى ثلاث إما أن يقص أو يأخذ العقل أو يعفو ".(٣)

٣- روى أن هوية بن خشرم قتل قتيلا فبذل سعيد بن العاص والحسن والحسين ابنا علي رضي الله عنهم لابن المقتول سبع ديات ليعفو عنه فأبى ذلك فقتله ".(٤)

فالأحاديث دلت على مشروعية الصلح بالمال سواء كان بالدية أو بالمبلغ الذي اتفق عليه الطرفان. فقوله ﷺ "وما صالحوا عليه فهو لهم" يدل على جواز الصلح في الدماء بأكثر من الدية.(٥)

وقد أجمع الفقهاء على مشروعيته في الجملة وإن كان هناك اختلاف فهو في الجزئيات.(٦)

المطلب الثالث: شروط الصلح بالمال في الجنايات والعقوبات

سبق ذكرنا الشروط العامة للصلح بالمال في الفصل الأول. (٧) فالصلح بالمال في الجرائم ينقاد تحت هذه الشروط. فيشترط في المصالح أن يكون عاقلا بالغا مختارا أهلا للتعاقد. ويشترط في المصالح عنه أن لا يكون حقا من حقوق الله تعالى وأن يكون مما يصح الإعتياض عنه وأن يكون مملوكا معلوما.

---

(١) انظر: القرطبي / الجامع لأحكام القرآن ٢/٢٥٥

(٢) انظر صفحة ١٧

(٣) الدارمي / سنن الدارمي ٢/١٨٨ كتاب الديات باب الدية في قتل العمد ، وأبو داود / سنن أبي داود ٤/١٦٩ ح:٤٤٩٦ وضعيف سنن أبي داود للألباني ٤٤٩ في كتاب الديات وقال حديث ضعيف.

(٤) انظر صفحة ٢٣

(٥) الشوكاني / نيل الأوطار ٥ /٢٥٩

(٦) انظر صفحة ١٧

(٧) انظر صفحة ٢٥

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المبحث الثاني
أحكام الصلح بالمال في الجنايات والعقوبات

وسيتناول البحث هذه الأحكام في المطلبين التاليين وهما:

المطلب الأول : الصلح بالمال في القصاص

المطلب الثاني : الصلح بالمال في الحدود

المطلب الأول : الصلح بالمال في القصاص

الفرع الأول: معنى القصاص لغة واصطلاحا ومشروعيته

الفصل الأول: القصاص لغة

القصاص من " قص -يقص - وقصاصا " معناه القطع والمساواة. قص الشعر والصوف والظفر يقصه قصا وقصصه وأقصاه أي قطعه. يقال قصصت ما بينهما أي قطعه.

قال أبو منصور : " ...القصاص في الجراح مأخوذ من هذا إذا اقتص له منه يجرحه مثل جرحه إياه".(١)

وفي الصحاح: " قص أثره أي تتبعه قال تعالى " فارتدا على آثارهما قصصا " (٢) وكذلك اقتص أثره وتقصص أثره. (٣)

الفصل الثاني: معنى القصاص اصطلاحا

يرى بعض العلماء (٤) أن القصاص يعتبر من قبل الحدود ويعرفون الحد تعريفا عاما شاملا لعقوبات القصاص والديات. (٥)

---

(١) ابن منظور / لسان العرب ٣/ ٧٣

(٢) سورة الكهف آية ٦٤

(٣) الرازي / مختار الصحاح ص ٢٥٥

(٤) انظر: البهوتي/ كشاف القناع ٦/٧٧ والشرقاوي / حاشية الشرقاوي ٢/٤٢٧ وابن رشد / بداية المجتهد ٢/٣٩٤

(٥) الحد عندهم العقوبات التي قدرها الشارع سواء كانت العقوبة في ذلك مقدرة حقا لله أم حقا للعبد.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

ويرى بعضهم (١) أن القصاص لا يعد من الحدود ، وذلك لأن الحد -عندهم- العقوبات المقدرة حقا لله فلا يسمى القصاص حدا لأنه حق العبد.

وهذا الرأي ارجح الرأيين ، ذلك لأن القصاص وإن قدرت عقوبته من قبل الشارع (وهي مماثلة العقوبة والجريمة شكلا) إلا أن لأولياء الأمر حق التدخل في العفو أو إبقاء الحكم.

الفصل الثالث: مشروعيته

والقصاص ثابت بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول :

أما من الكتاب فقوله تعالى ﴿كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى﴾ (٢) يقول القرطبي :" فرض على القاتل إذا أراد الولي القتل الإستسلام لأمر الله والإنقياد لقصاصه المشروع. وفرض على الولي الوقوف عند قتل قاتل موليه وترك التعدي على غيره".(٣)

وأما من السنة فبما روي عن النبي ﷺ أنه قال "من قتل له قتيل فهو بخير النظرين إما أن يفدى وإما أن يقتل ".(٤)

وأما من الإجماع فقد أجمع العلماء على مشروعيته.(٥)

الفرع الثاني: أحكام الصلح بالمال في القصاص

قلنا إن الصلح بالمال في العقوبات والجنايات قد ثبتت مشروعيته وقلنا أيضا إن مما يجوز فيه الصلح القصاص. وسأتناول الحديث عن أحكام الصلح بالمال في القصاص وذلك ببيان أحكامه المتعلقة بكل عنصر من عناصره .

---

(١) ابن الهمام / الهداية فتح القدير ١١٢/٤-١١٣ وابن عابدين / حاشيته ٢/٤

(٢) سورة البقرة آية ١٧٨

(٣) القرطبي / الجامع لاحكام القرآن ٢ /٢٥٤

(٤) ابن ماجه / صحيح سنن ابن ماجه ٩٣/٢ ح: ٢١٢٤ كتاب الديات باب من قتل له قتيل فهو بالخيار بين ثلاث - عن أبي هريرة والنسئي / صحيح سنن النسائي ٩٩١/٣ ح: ٤٤٥٣ كتاب القسامة والبخاري/صحيح البخاري في كتاب الديات ٦/٩ وأبو داود / صحيح سنن أبي داود ٨٥٣/٣ ح: ٣٧٩ كتاب الديات وقال حديث صحيح.

(٥) انظر: العيني / البناية ١٠٠/١٢ والدسوقي / حاشيته ٢٣٧/٤ والشربيني / مغني المحتاج ٢٥/٤ والمقدسي / الإقناع ١٦٣/٤

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الفصل الأول: العنصر الأول (العقد)

الصلح هو عقد بين المتخاصمين -وهما الجاني والمجني عليه أو وليه - على إنهاء النزاع بينهما على عوض يبذله الجاني أو من يقوم مقامه إلى المجني عليه أو أهله. فالأصل أن العقد لا يكون إلا بصيغة تدل على الرضا من الطرفين ولما أن الصلح في القصاص يشبه الهبة بل يأخذ أحكامها فهو ليس بحاجة إلى قبول الجاني لفظا (١) لأن الصلح له لا عليه وأغلب الأحوال أن الجاني لا يرفض ما له خير ونعمة.

هناك تساؤلات لا بد من تحريرها : من هم أولياء المجني عليه؟ وهل يصح عقد الصلح من فاقد شروط العاقد؟ وهل يجوز للولي أن يقوم مقام موليه في عقد الصلح؟ وغيرها من التساؤلات. سنقوم ببيان الأحكام المتعلقة بها -إن شاء الله -

المسألة الأولى : **من يستحق تولى عقد الصلح ؟**

إذا كانت جريمة الإعتداء على ما دون النفس كالأطراف فالذي يستحق حق الصلح هو المجني عليه نفسه(٢) لأنه يملك إستيفاء القصاص فله حق العفو عنه أو الصلح.(٣)

أما في جريمة الإعتداء على النفس فولي الدم هو الذي يستحق إجراء عقد الصلح لأنه يملك استيفاء القصاص من القاتل لقوله تعالى ﴿ من قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا فلا يسرف في القتل ﴾(٤) فله حق إسقاطه وإجراء الصلح. وهذا أمر متفق عليه بين فقهاء المذاهب الأربعة.(٥)ولكنهم اختلفوا بعد ذلك في تحديد أولياء الدم على ثلاثة أقوال:

القول الأول: الأولياء هم جميع أهل المقتول من النسب سواء كانوا عصبات أم لا.و هذا هو رأي ابن حزم الظاهري رحمه الله.(٦)

---

(١) انظر: الكاساني / البدائع ١١٥/٦

(٢) هذا إذا كان المجني عليه عاقلا بالغا مختارا أهلا للتعاقد فإن لم يكن له ولاية لأسباب كالجنون والصغر فحق لوليه استيفاء القصاص عنه سيأتي في حكم الصلح بالمال من قبل ولي من لم تكن له ولاية على نفسه.

(٣) انظر: الكاساني / البدائع ٢٤٤/٧ والحطاب / مواهب الجليل ٢٥٢/٦ والخرشي/شرح الخرشي ٢١/٨

(٤) سورة الإسراء أية ٣٣

(٥) انظر: الشيرازي / المهذب ١٨٣/٢ والشربيني / مغني المحتاج ٣٩/٤ الكاساني / البدائع ٢٤٢/٧ والبهوتي / كشاف القناع ٦٢١/٥ وابن رشد / بداية المجتهد ٤٠٥/٢

(٦) انظر: ابن حزم / المحلى ٤٨٢/١٠

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

القول الثاني: الأولياء هم العصبة الوارثون من الرجال دون غيرهم. وهذا هو رأي الإمام الزهري والمشهور عند المالكية كما نقله ابن جزي المالكي في القوانين.(١)

القول الثالث: وهو رأي الجمهور من الشافعية (٢) والحنفية (٣) والحنابلة (٤) وغيرهم أن أولياء الدم هم كل الورثة وقت قتله سواء كانوا ورثة بالنسب أم بالسبب ، وسواء كانوا ذكورا أم إناثا.

ودليل الظاهري قوله ﷺ " من قتل له قتيل فأهله بين الخيرتين بين أن يأخذوا العقل وبين أن يقتلوا" (٥) حيث جعل عليه السلام لأهل القتيل حق الإختيار بين الأمرين. والأهل عام في العصبات و غير العصبات بدليل أن رسول الله ﷺ جعل الحق في طلب الدم لابن العم في قصة قتل عبدا لله بن سهل كما جعله لأخ المقتول الوارث ، وأنه عليه السلام بدأ بابن العم لكبر سنه.(٦)

أما المالكية (٧) فقالوا أن أولياء الدم ينحصرون في الورثة العصبة بدليل:

١- حديث "فما بقي فلأقرب رجل ذكر" (٨) ، فقد صرح ﷺ بعبارة تفيد بأن السبب في إرث رجل فيما بقي من التركة هو القرب. فهؤلاء الأولياء أقرب الناس الى المقتول فلذلك أنهم أولى بمطالبة دمه كما أنهم أولى بماله في الإرث.

٢- أن الأقارب من العصبات هم الذين تكون بهم النصرة وهم الذين يلحقهم العار إذا ذهب دمه هدرا و لم يقتص من قاتله.(٩)

---

(١) حيث قال " أولياء الدم هم الذكور العصبة دون البنات والأخوات والزوج والزوجة فليس لهم قول مع العصبة في المشهور - ٢٩٧

(٢) انظر: الرملي / نهاية المحتاج ٢٩٨/٧

(٣) انظر: الكاساني / البدائع ٢٤٢/٧

(٤) انظر: المقدسي / الكافي ٣/ ٢٩٦

(٥) الترمذي / سنن الترمذي ١٠٤/٣ كتاب الديات.

(٦) رواه مسلم من رافع بن خديج " أن محيصة بن مسعود وعبدالله بن سهل انطلقا قبل خيبر فتفرقا في النخل فقتل عبدالله بن سهل فاتهموا اليهود فجاء أخوه عبدالرحمن وابنا عمه حويصة ومحيصة إلى الرسول (ص) فتكلم عبدالرحمن في القضية وهو أصغر منهما فقال الرسول(ص) : كبر كبر فتكلما في أمر صاحبهما .

انظر: البخاري / صحيح البخاري ١١/٩ كتاب الديات باب القسامة وأبو داود / سنن أبي داود ١٧٥/٤ كتاب الديات ح:٤٥٢٠

(٧) انظر: الحطاب / مواهب الجليل ٢٥٠/٦

(٨) البخاري / صحيح البخاري كتاب الفرائض ١٨٧/٨

(٩) انظر: أبو زهرة / العقوبات ص ٤٤٧

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

واعترض على هذا القول بأنه لا يلزم كونهم عصبة في الميراث أنهم وحدهم أحق بدم المقتول لأن الإرث -بالشكل العام- دال على القرب بين المقتول والورثة فيكونون هم جميعا أولياء دمه.

واستدل الجمهور على قولهم:

١- بأن القصاص حق فيستحقه الوارث من جهة مورثه فأشبه المال.(١)

٢- وبأن الوارث أقرب الناس الى الميت فيكون القصاص له ، ولا يوجد مقياس لقرب الصلة أدق من مقياس الوراثة.(٢)

٣- أن الدية تجب حقا للميت ابتداء (٣) فتقضى بها ديونه وتنفذ بها وصاياه ثم يرثها الورثة. والدية بدل القصاص والذي يملك القصاص يملك الدية لأنها بدل القصاص والذي يملك الدية هم الورثة لأنهم يرثونها فيثبت بذلك أنهم يملكون القصاص.

ولعل رأي ابن حزم الظاهري أرجح الأراء لأمور منها:

١- قصة قتل عبدا لله بن سهل واضحة الدلالة على إعتبار الأهل هم جميع أقارب الميت المقتول الورثة منهم وغير الورثة.

٢- إن أساس استيفاء القصاص إطفاء غيظ صدور أهل المقتول وقد يكون الورثة مسرورين بموت مورثهم لأنهم بعد ذلك سيرثوه ولذا يدفع ذلك إلى قبولهم الصلح على أساس أنهم سيرثون الدية ، فليس من العدل أن يكونوا وحدهم أولياء الدم. فلا بد من مشاركة جميع أهل المقتول الورثة منهم وغير الورثة حتى تتوازن أراؤهم تجاه القاتل. ولذلك قدم رسول ا لله ﷺ ابن عم عبدا لله بن سهل المقتول على أخيه لأنه ما زال صغيرا لا يتوازن رأيه وفكره وهذا يؤدي إلى ضياع حق الميت. فهؤلاء -كما يملكون القصاص- يملكون أيضا حق إجراء الصلح إذا رأوا في ذلك مصلحة.

٣- وأما الجمهور فيعتمدوا على القياس (قياس الولاية بالإرث) فهذا الإعتماد في رأيي ضعيف لأنه في مقابلة النص (حديث قصة قتل عبد ا لله بن سهل).

المسألة الثانية: **ولي من لا ولي له**

إذا لم يكن للمقتول ولي فوليه الإمام لأنه ولي من لا ولي له فيكون له حق استيفاء القصاص وإجراء الصلح إن رأى ذلك محققا للمصلحة.(٤)

---

(١) انظر: البهوتي / كشاف القناع ٥٣٥/٥ والمقدسي / الكافي ٢٩٧/٣

(٢) انظر: أبو زهرة / العقوبات ٤٤٦

(٣) انظر: ابن نجيم / البحر الرائق ٣٣٩/٨

(٤) انظر: السرخسي / المبسوط ١٦/٢١ والحطاب / مواهب الجليل ٢٥٠/٦ والبهوتي / كشاف القناع ٥٣٥/٥

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

والدليل على ذلك قوله ﷺ "السلطان ولي من لا ولي له".(١)

وإذا قلنا أن للإمام إجراء الصلح مع الجاني فهل يجوز له أن يجري الصلح بأقل من الدية أو أن يعفو عنه مجانا ؟ فالجواب عن ذلك أنه لا يجوز للإمام إجراء الصلح مع القاتل بأقل من الدية أو يعفو عنه مجانا لأنه تصرف لا حظ فيه للمسلمين فلا يملكه.(٢)

المسألة الثالثة: **هل يجوز للولي الصلح عن الصغير أو المجنون؟**

إذا كان مستحق القصاص صغيرا أو مجنونا فهل يجوز لوليهما الصلح عنهما مع القاتل ؟ فالأمر مختلف فيه بين الفقهاء.

فقال الشافعية وبعض الحنفية والحنابلة وجب انتظار الصغير حتى يبلغ والمجنون حتى يفيق ويحبس القاتل إلى حين البلوغ والإفاقة ولا يجوز لولي الصغير أو المجنون استيفاء القصاص أو إجراء الصلح مع القاتل. ووجهة نظرهم أن القصاص للتشفي ولا يحصل باستيفاء غيرهما من ولي أو إمام.(٣) فإذا لم يملك استيفاء القصاص لا يملك الصلح.

وقيد الشافعية هذا إذا كان للصغير أو المجنون مال يعيشان به أو لهما من ينفق عليهما ، أما إذا لم يكن لهما مال ولا ينفق عليهما ففيه وجهان عندهم:

أحدهما: يجوز الصلح أو العفو على مال به يحفظ حياتهما.

الثاني: لا يجوز ذلك لأنه يستحق النفقة من بيت مال المسلمين.(٤)

وذهب بعض الأحناف إلى أن للولي سواء كان قاضيا أو أبا أو جدا استيفاء القصاص للصغير أو إجراء الصلح له لأن الولي إن كان قاضيا لا يفعل شيئا إلا لمصلحة له. وإن كان أبا أو جدا فإنه متمكن من استيفاء القصاص الواجب لولده لأن الولد جزء منه ولوفور الشفعة ولكمال النظر لهما.(٥) ويترتب على ذلك أن الأب أو الجد لو رأى المصلحة تتحقق في عقد الصلح جاز له ذلك.

---

(١) – أبو داود / سننه ٢٢٩/٢ في كتاب النكاح والترمذي / سننه ٤٠٣/٣ في كتاب النكاح والحديث صحيح.

(٢) انظر: الشيرازي / المهذب ١٨٨/٢

(٣) انظر: الرملي / نهاية المحتاج ٢٩٩/٧ والكاساني / البدائع ٢٤٢/٧ والبهوتي / كشاف القناع ٥٣٣/٥

(٤) انظر: الشيرازي / المهذب ١٨٨/٢

(٥) انظر: السرخسي / المبسوط ١٤/٢١

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

أما الوصي فقالوا أنه لا يملك حق إجراء الصلح لأنه لا يملك حق استيفاء القصاص. وهناك رواية ثانية عن الحنفية أنه يجوز للوصي أن يصالح عن النفس على الدية لأن في الصلح اكتساب المال للصبي أو المجنون والوصي منصوب لاكتساب المال بخلاف استيفاء القود.(١)

أما المالكية فوافق رأيهم رأي الأحناف في الجواز لولي الصبي أو المجنون إجراء الصلح مع القاتل كما يجوز له استيفاء القصاص المستحق لهما.(٢)

وهذا الرأي الأخير (رأي المالكية وبعض الأحناف) هو الراجح عندي لأن انتظار بلوغ الصغير وإفاقة المجنون قد يلحق ضررا بهما ، فقد يموت الصغير قبل بلوغه أو المجنون قبل إفاقته فتضيع الحقوق عندئذ ، أوقد يموت القاتل المحبوس فيفوت محل القصاص فتفوت معه مصلحتهما. فمن المصلحة الراجحة إذن أن يعطى لوليهما حق استيفاء القصاص أو إجراء الصلح فيمضي فيما يراه مصلحة لهما.

الفصل الثاني: العنصران الثاني والثالث (وجود التراضي ورفع النزاع)

التراضي في العقد أمر لازم وضروري وهو أساس التعاقد والعماد الذي لا يتم تكوين العقد إلا به. وقد بين الله تعالى ورسوله ﷺ ذلك في كثير من الآيات والأحاديث. منها قوله تعالى ﴿يأيها الذين أمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾(٣) وقوله ﷺ " إنما البيع عن تراض ".(٤)

فالعقد الذي ينعدم فيه الرضا يفقد طيب النفس ولذا عده العلماء شرطا رئيسيا من شروط العقد. فإذا وجد في عقد الصلح عيب من عيوب الإرادة كالإكراه كان هذا العقد قابلا للإبطال. فإذا جرى بأركانه وشروطه انعقد وصح ويترتب على ذلك رفع النزاع بين الطرفين.

والتراضي نوعان:

١- النوع الأول: الصريح وهو أن يصرح الطرفان المتخاصمان بالصلح سواء بالدية أو بالمال الآخر.

٢- النوع الثاني: الضمني وهو أن يكون التراضي من الطرفين ضمنيا. وذلك لفوات محل القصاص أو لسبب أخر به يمتنع من استيفاء القصاص فينتقل القصاص إلى الدية فيكون الصلح متعينا.

---

(١) انظر: السرخسي / المبسوط ١٥/٢١ والزيلعي / تبيين الحقائق ١٠٨/٦

(٢) انظر: الدسوقي / حاشية الدسوقي ٢٥٨/٤ والحطاب / مواهب الجليل ٢٥٠/٦

(٣) سورة النساء أية ٢٩

(٤) ابن ماجه / سنن ابن ماجه ١٣/٢ ح:١٧٧٨ كتاب التجارات باب الخيار وقال حديث صحيح.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

ويتعلق بعنصري التراضي ورفع النزاع مسألتان هما:-

المسألة الأولى: **هل يجب القصاص عينا ولا يتحول إلى الصلح إلا برضا الجاني؟ أو بعبارة أخرى هل لولي المجني عليه حق الإختيار بين القصاص والدية أم لا؟**

فالأمر مختلف فيه بين العلماء. حيث ذهب الشافعية (١) والحنابلة (٢) إلى أن للمجني عليه أو وليه حق الإختيار بين الأمرين فإن اختار الصلح كان له ذلك. ولا يشترط في الصلح رضا الجاني.

واعتمدوا فيما قالوا على الحديث الذي رواه البخاري في صحيحه عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال " ومن قتل له قتيل فهو بخير النظرين إما أن يؤدي وإما أن يقاد".(٣)

قال صاحب فتح الباري:

"وفي الحديث أن ولي الدم بخير بين القصاص والدية. ومعنى "يؤدي" أي يعطي القاتل أو أولياءه الدية لأولياء المقتول. ومعنى " إما أن يقاد " أي يقتل به.(٤)

وقال صاحب المجموع:

"أن موجب القتل العمد أحد الأمرين من القصاص والدية والدليل على ذلك أن له اختيار ما شاء منهما فكان الواجب أحدهما كالهدي والطعام في جزاء الصيد".(٥)

واعترض على ذلك بأن الحديث لا تجوز به الزيادة على النص لأنه نسخ (٦) وقد صرح النص القرآني على وجوب القصاص عينا في قوله تعالى "كتب عليكم القصاص".(٧)

وذهب الأحناف(٨) والمالكية (٩) (في الرأي المشهور عندهم) إلى أن القصاص واجب عينا ولا يملك المجني عليه أو وليه إجراء عقد الصلح إلا برضا الجاني.

وحجتهم:

---

(١) انظر: الشيرازي / المهذب ٢١١/٢ وابن حجر / فتح الباري ٢٩٧/١٢

(٢) انظر: ابن النجار / منتهى الإرادات ٢٧٢/٣

(٣) سبق تخريجه في صفحة ١١١

(٤) ابن حجر / فتح الباري ١٩٢/١٤ والانصاري / فتح الوهاب ١٣٦/٢

(٥) النووي / المجموع ٣٩٦/٢٠

(٦) داماداقندي / مجمع الأنهر ٦١٥/٢

(٧) سورة البقرة أية ١٧٨

(٨) انظر: داماأفندي / مجمع الأنهر ٦١٥/٢ والكاساني / البدائع ٢٤١/٧

(٩) انظر: ابن جزي / القوانين الفقهية ٣٧٥

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

١- قوله تعالى ﴿ كتب عليكم القصاص في القتلى ﴾. فالآية تفيد تعين القصاص موجبا ، وإذا وجب القصاص على الإشارة إليه بطل القول باختيار الدية من غير رضا القاتل.(١) وليس لصاحب حق القصاص (المجني عليه أو أهله) أن يعدل إلى بدله من غير رضا من عليه هذا الحق (الجاني).(٢)

واعترض على هذا الاستدلال بأن عدم الذكر في الآية لا يستلزم عدم الذكر مطلقا فإن الدية قد ذكرت في الأحاديث الكثيرة.(٣)

واعترض أيضا على هذا الاستدلال بأن النص النبوي صريح في جواز العدول عن القصاص إلى الصلح وفي أن الصلح أيضا يقوم مقامه ويسد مسده.(٤)

وفي تقديري أن رأي الأحناف والمالكية أرجح لأمور:

١-لأن الصلح عقد من العقود ومن مقومات العقد أن يقوم على أساس التراضي بين العاقدين.

٢- حديث أبي هريرة " ومن قتل له قتيل فهو خير النظرين " عام لا يتعلق بالاختيار بأحد الأمرين بل بخيرهما في نظر الجانبين (القاتل وأولياء الدم) ، فإما أن يقتص وإما أن يصالح أهل المقتول ، وهذا يقتضي رضا الجانبين.

٣- أن عقوبة القصاص عقوبة أصلية لقوله تعالى ﴿كتب عليكم القصاص في القتلى ﴾ ولا يجوز العدول إلى عقوبة بدلية إلا إذا تعذرت الأولى. فإذا لم تتعذر فلا بد من رضا الطرفين للعدول إلى عقوبة بدلية.

المسألة الثانية: **إذا قتل شخص شخصا أخر ورضي بعض الأولياء بعقد الصلح مع القاتل ورفض الآخرون فهل يجوز ذلك؟ وهل يسقط القصاص بصلح بعض الأولياء؟**

اختلف العلماء فيه. فقال جمهورهم (٥) أن أولياء المقتول إذا رضي بعضهم والقاتل على الصلح بالمال يدفعه إليهم القاتل صح الصلح وسقط به القصاص. واحتجوا:

---

(١) انظر: الكاساني / البدائع ٢٤١/٧

(٢) الكاساني / البدائع ٢٤١/٧

(٣) الشوكاني / نيل الأوطار ٢٤١/٧

(٤) حديث "...إما أن يودي وإما أن يقاد". انظر صفحة ١١١

(٥) انظر: الخطاب / مواهب الجليل ٢٥٤/٦ والدسوقي / حاشية الدسوقي ٤/ ٢٦٢ والكاساني / البدائع ٢٤٧/٧ والشيرازي / المهذب ١٨٨/٢

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

١- بما روى زيد بن وهب أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أتي برجل قتل رجلا فجاء ورثة المقتول ليقتلوه فقالت أخت المقتول وهي زوجة القاتل "قد عفوت عن حقي" فقال عمر "عتق الرجل".(١)

ويفهم من هذا الأثر عن عمر أن القصاص حق مشترك بين الجميع وهو لا يتجزأ فإذا عفا أحدهم ورضي بالدية أو المال سقط حق القصاص من الباقين.

٢- بأن عفو بعض المستحقين يورث شبهة والقصاص مما يدرأ بالشبهات.(٢)

أما ابن حزم الظاهري (٣) فقد ذهب إلى أنه إذا عفا بعض الأولياء ورضى بالدية أو المال ورفض بعضهم فإنه لا يترتب على ذلك سقوط القصاص. واحتج بقوله تعالى ﴿ولا تكسب كل نفس إلا عليها ولا تزر وازرة وزر أخرى﴾ (٤)

وقال عن وجه دلالة هذه الأية:

"أنه وجب بهذه الآية ألا يجوز عفو العافي عمن لم يعف ووجدنا القاتل قد حل دمه بنفس القتل كما في حديث عثمان رضي الله عنه "لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث رجل كفر بعد إسلامه أو زنى بعد إحصانه أو قتل نفسا بغير نفس".(٥) وإذا كان القاتل قد خرج دمه من التحريم إلى التحليل فالقاتل متيقن تحليل دمه والعافي مريد تحريم دمه وقد صح تحليله بيقين فليس له ذلك إلا بنص أو إجماع والنص قد جاء بإباحة دم القاتل بيقين قتله ولم يأت نص بإباحة الدية إلا بأخذ الأهل لها. فالدية ما لم يجمع الأهل على أخذها لا يحل أخذها إذ لم يبحها نص ولا إجماع فبطل بيقين".(٦)

ورأي ابن حزم الظاهري أرجح لأمرين:

١- لا يوجد أي نص يدل على تجزؤ القصاص وعدم تجزؤه. فالأصل أن القصاص حق للأولياء ولا يسقط بعفو البعض لأننا لو قلنا هذا ، لقضينا على حق الباقين في القصاص. أما فعل عمر

---

(١) الأستاذ محمد رواس قلعة جي / موسوعة فقه عمر ابن الخطاب ، طبعة ١٩٨٤ م ، مكتبة الفلاح ، كويت: ص ٢١٢ ، حيث يأتي بشار إليه ب"محمد رواس قلعة جي / موسوعة فقه عمر ابن الخطاب".

(٢) انظر: الكاساني / البدائع ٧/ ٢٤٧

(٣) انظر: ابن حزم / المحلى ١٠/٢٨٢

(٤) سورة الأنعام أية ١٦٤

(٥) البخاري / صحيح البخاري ٩/٦ كتاب الديات ومسلم / صحيح مسلم كتاب القسامة رقم: ١٦٧٦

(٦) ابن حزم / المحلى ١٠/٢٨٢

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

فهو مجرد إجتهاد منه بدليل أنه قال لابن مسعود بعد موافقته رأيه " قد وافق رأيك رأيي" ،كما أنه قول صحابي وهو ليس بحجة كما تقرر عند الأصوليين.(١)

٢- أنه يشرع القصاص لإطفاء غيظ صدور الأولياء والأهل. وإذا قلنا أن عفو البعض يسقط القصاص قلنا بإبطال حكمة تشريع القصاص لأنه قد يكون الباقون الرافضون على العفو لا ينطفيء غيظهم وقد يؤدي هذا إلى قتل القاتل المعفو عنه إغتيالا. فالعبرة في الأحكام إلى مآلات الأفعال.(٢)

الفصل الثالث: العنصر الرابع (العوض)

وسنتناول الحديث فيه من خلال المسائل الآتية:-

المسألة الأولى: **هل حدد الشارع قدر عوض الصلح في الجنايات؟**

قد يقع الصلح بدون مقابلة شيء من المال وهو ما يسمى بالعفو وقد يقع بمقابلة الدية وهي اسم المال الواجب بالجناية على النفس أو الطرف.(٣) وهذا المال قد حدد الشارع مبلغه وقدره كما سيأتي بيانه. وقد يقع الصلح بمقابلة القدر المعين من المال كما اتفق عليه المتعاقدان.

وعلى ذلك فالعوض أنواع وفيما يلي بيان لكل نوع منها:

١- النوع الأول: الدية

إذا تنازل المجني عليه أو وليه عن القصاص ورضي هو والقاتل أو الجاني على الدية جاز ذلك. فوجب عندئذ على الجاني بذل الدية مقابل هذا التنازل والصلح.

والدية نوعان: مخففة ومغلظة. أما المخففة فهي الدية الواجبة في القتل الخطأ(٤) فتجب فيه خمسة أي عشرون بنت مخاض(٥) وعشرون ابن مخاض وعشرون بنت لبون(٦) وعشرون حقة(٧)

---

(١) انظر: الشوكاني ، محمد بن علي بن محمد المتوفى سنة ١٢٥٥ هجرية / إرشاد الفحول الى تحقيق علم الاصول ، الطبعة الاولى ١٩٩٢ م ، دار الفكر ، بيروت: ص ٤٠٩ ، حيث يأتي يشار اليه ب"الشوكاني / إرشاد الفحول".

(٢) الشاطبي ، أبو اسحاق ابراهيم بن موسى المتوفى سنة ٧٩٠ هجرية / الموافقات في أصول الاحكام ، مطبعة محمد علي صبيح ، القاهرة: ٤ / ١٢٧ ، حيث يأتي يشار اليه ب"الشاطبي / الموافقات".

(٣) سعد بن حلبي / حاشية فتح القدير ٢٧٠/١٠

(٤) القتل الخطأ هو الذي لا يقصد به القتل كأن يرمي أحد إلى شيء سواء كان صيدا أو رجلا أو غيرهما فيصيب رجلا. انظر: الحسيني / كفاية الأخيار ٤٥٣/٢

(٥) بنت مخاض ما كان لها سنة إلى تمام سنتين انظر: الحسيني / كفاية الأخيار ٤٦١

(٦) بنت لبون هي ما دخلت في السنة الثالثة انظر: نفس المرجع ٤٦١

(٧) حقة ما استكمل ثلاث سنين ودخل في الرابعة انظر: نفس المرجع ٤٦١

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

وعشرون جذعة.(١) والدليل على ذلك حديث ابن مسعود أنه قال : قال رسول الله ﷺ " في دية الخطأ عشرون حقة وعشرون جذعة وعشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض ".(٢)

ولا خلاف في ذلك إلا أن الشافعية (٣) والمالكية (٤) جعلوا مكان " عشرين ابن مخاض " عشرين ابن لبون. واستدلوا على ما قالوا بما روى أبو داود والدارقطني عن ابن مسعود وفيه "عشرون ابن لبون" مكان قوله ﷺ "عشرون ابن مخاض ".(٥)

أما الدية المغلظة فهي الدية الواجبة في القتل العمد(٦) وفي قتل شبه العمد عند الجمهور(٧) غير المالكية (٨) وفي القتل الخطأ فيما إذا حدث القتل في حرم مكة (٩) أو حدث في الأشهر الحرم (١٠) أو إذا كان المقتول قريبا ذا رحم محرم كالأخ.(١١) فتجب في هذه الحالات الدية المغلظة وهي مثلثة أي ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفة.(١٢)

وذهب أكثر الأحناف والحنابلة إلى أن الدية المغلظة مربعة أي خمس وعشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة. (١٣)

---

(١) الجذعة ما دخل في السنة الخامسة إلى آخرها انظر: نفس المرجع ٤٦١

(٢) الترمذي / سنن الترمذي ٤/١٠ باب ما جاء في الدية ، والنسائي / سنن النسائي ٤/١٨٥ ح: ٤٥٤٥ في كتاب الديات.

(٣) انظر: الشربيني / مغني المحتاج ٤/٥٤

(٤) انظر: ابن رشد / بداية المجتهد ٢ /٣٤٣

(٥) أبو داود / سنن أبي داود ١/٢٧٠ كتاب الديات والدارقطني / سنن الدارقطني ٣٦٠ باب الحدود.

(٦) هذا إذا وجد مانع من استيفاء القصاص أو عفا ولي القتيل عن القاتل.

(٧) انظر: الكاساني / البدائع ٧/٢٥٧ والزيلعي / تبيين الحقائق ٦/١٢٦ والشربيني / مغني المحتاج ٤/٥٤-٥٥ وابن قدامة / المغني ٧/٧٦٦-٧٦٧ والبهوتي / كشاف القناع ٦/١٩

- الكوهجي ، عبد الله بن حسن الحسن / زاد المحتاج شرح المنهاج ، الطبعة الثانية ١٩٨٧ م ، إدارة إحياء التراث الاسلامي ، دولة قطر: ٤/ ٧٩ ، حيث يأتي يشار اليه ب"الكوهجي / زاد المحتاج".

(٨) انظر: ابن رشد / بداية المجتهد ٢/٣٤٣ والدسوقي / حاشية الدسوقي ٤/٢٦٦

(٩) انظر: الشربيني / مغني المحتاج ٤/٥٤ وابن قدامة / المغني ٧/٧٧٢

(١٠) انظر: الشربيني / مغني المحتاج ٤/٥٤ وابن قدامة / المغني ٧/٧٧٢

(١١) انظر : الدسوقي / حاشية الدسوقي ٤/٢٦٦

(١٢) انظر: الدسوقي / حاشية الدسوقي ٤/٢٦٧

(١٣) انظر: البهوتي / كشاف القناع ٦/١٩ وابن نجيم / البحر الرائق ٨/٣٧٣

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

ولكن هل تنحصر الدية في الإبل أم يجوز دفعها بالقيمة مثلا ؟ في ذلك خلاف بين الفقهاء على ثلاثة آراء هي:-

الرأي الأول: وهو رأي الإمام الشافعي في الجديد أن الواجب في الدية قيمة الإبل بالغة ما بلغت ، وذلك إذا تعذرت الإبل او وجدت بأكثر من ثمن المثل.(١)

واستند الإمام الشافعي رضي الله عنه في رأيه إلى ما روى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال كانت قيمة الدية على عهد الرسول ﷺ من أربعمائة دينار إلى ثمانمائة دينار حتى استخلف عمر بن الخطاب فقام خطيبا فقال " ألا إن الإبل قد غلت" قال "فقوم على أهل الذهب ألف دينار وعلى أهل الورق اثنى عشر ألف درهم وعلى أهل البقر مائتي بقرة وعلى أهل الشاء الفي شاة وعلى أهل الحلل مائتي حلة".(٢)

الرأي الثاني: وهو رأي أكثر الأحناف (٣) والمالكية (٤) ورأي الإمام الشافعي في القديم(٥) وهو أن الدية تجوز -ابتداء- في واحد من هذه الثلاثة الإبل والذهب والفضة. قالوا هذا ثابت في كتاب الرسول ﷺ إلى عمرو بن حزم في الديات: " وإن في النفس الدية مائة من الإبل وعلى أهل الذهب ألف دينار وعلى أهل الورق اثنا عشر ألف درهم ".(٦)

الرأي الثالث: وهو رأي أحمد (٧) وصاحبي أبي حنيفة(٨) أن الدية جائزة -ابتداء- في واحد من هذه الستة الإبل والذهب والفضة والحلل والبقر والغنم. ودليلهم قول عمر بن الخطاب السابق ذكره.

أقول أن تعيين الأصناف التي يجوز بها الصلح منها أمر توفيقي إجتهادي (ما عدا الإبل) ومنها أمر توقيفي نصي (وهو الإبل) ولذلك اجتهد عمر بن الخطاب في ذلك وأدى إجتهاده إلى اعتبار الأصناف الستة أمهات أمور لتقويم الدية بها. وأرى أن هذا الإجتهاد من عمر بن الخطاب رضي الله عنه اجتهاد موفق ، فتكون الدية واجبة في واحد من هذه الستة.

---

(١) انظر: الشيرازي / المهذب ١٩٦/٢ والحسيني / كفاية الأخيار ٤٦٢/٢

(٢) ابن ماجه / سنن ابن ماجه ٨٧٨/٢ كتاب الديات والنسائي / سنن النسائي ٤٣/٨ كتاب القسامة وأبو داود / سنن أبي داود ١٨٣/٤ كتاب الديات.

(٣) انظر: الكاساني / البدائع ٢٥٣/٧

(٤) انظر: ابن رشد / بداية المجتهد ٣٤٤/٢ وابن جزى / القوانين الفقهية ٢٩٧

(٥) انظر: الشيرازي / المهذب ١٩٦/٢

(٦) أبو داود / سنن أبي داود ١٤٨/٤ في كتاب الديات باب الدية كم هي؟ ح:٤٥٤٢

(٧) انظر: البهوتي / كشاف القناع ١٨/٦

(٨) انظر: الكاساني / البدائع ٢٥٣/٧

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

٢- النوع الثاني: الأرش المقدر

الأرش اسم للواجب بالجناية على ما دون النفس (١) وهو نوعان الأرش المقدر من قبل الشارع والأرش الذي لم يقدر الشرع مبلغه ويسمى "الحكومة ".

وقد سبق قولنا أن في الإعتداء على ما دون النفس عقوبة وهي الدية الكاملة إذا كان النوع الذي اعتدي عليه من البدن مما لا نظير له كالذكر أو إذا كان النوع الذي اعتدي عليه من البدن اثنين كاليدين أو إذا كان النوع الذي عليه من البدن أربعة كأشفار العينين أو إذا كان نوع الذي اعتدي عليه من البدن عشرة كأصابع اليدين والرجلين.

وعليه فما الحكم إذا اعتدى على عضو واحد من النوع الذي في البدن اثنان كإعتداء على يد واحدة مثلا ؟ نقول إذا اعتدى على عضو واحد من النوع الذي في البدن اثنان فيجب فيه نصف الدية. وكذا إذا اعتدى على عضو واحد من النوع الذي في البدن أربعة ففيه ربع الدية. وكذا إذا اعتدى على أصبع واحد مثلا وهي من النوع الذي في البدن عشرة ففيه عشر الدية.(٢)

والدليل على ذلك حديث عمرو بن حزم وفيه أن النبي ﷺ كتب كتابا لأهل اليمن " وفي العين الواحدة نصف الدية واليد الواحدة نصف الدية والرجل الواحدة نصف الدية. وفي كل أصبع من أصابع اليد والرجل عشر من الإبل ".(٣)

ووجب الأرش المقدر أيضا في الشجاج للأربعة التالية:

١- الموضحة وهي التي تقطع الجلد واللحم والغشاوة وتوضح على العظم. ففيها نصف عشر الدية كما جاء في كتاب النبي ﷺ لعمرو بن حزم "وفي الموضحة خمس من الإبل".(٤) وقد أجمع على ذلك أهل العلم.(٥)

---

(١) نظام / الفتاوى الهندية ٦/٢٤

(٢) انظر: الكاساني / البدائع ٧/٣١٤ وابن قدامة / المغني ٨/١

(٣) أبو داود / سنن أبي داود ٣/٨٦٣ ح:٣٨١٨ كتاب الديات باب ديات الأعضاء ، والنسائي / سنن النسائي ٣/١٠٠١ كتاب القسامة باب عقل الأصابع ، وابن ماجه / سنن ابن ماجه ٢/١٠٠ ح:٢١٤٨ في كتاب الديات باب دية الأصابع وقال حديث حسن.

(٤) النسائي / سنن النسائي ٣/١٠٠٢ ح:٥٤١٢ في كتاب القسامة ، وابن ماجه / سنن ابن ماجه في كاتب الديات ٢/١٠٠ ح:٢١٥ وقال حديث حسن صحيح.

(٥) انظر: الكاساني / البدائع ٧/٣١٦ والحطاب / مواهب الجليل ٦/٢٥٨-٢٥٩ وابن قدامة / المغني ٨/٤٢ والشربيني / مغني المحتاج ٤/٥٨

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

٢-الهاشمة وهي التي تهشم العظم. وقد حكم الرسول ﷺ كما روي عن زيد بن ثابت بعشر الدية و لم يعرف في ذلك مخالف من الصحابة فكان إجماعا. (١)

٣- المنقلة وهي التي تنقل العظم بعد الكسر ففيها عشرة من الإبل (من الدية الكاملة) كما روى عن عمرو بن حزم. وقد أجمع العلماء على ذلك.(٢)

٣- المأمومة وهي الشجة التي تصل إلى أم الدماغ وأرشها ثلث الدية في قول عامة أهل العلم لقوله ﷺ "وفي المأمومة ثلث الدية".(٣)

٣- النوع الثالث: الأرش غير المقدر (حكومة العدل)

وهو يجب في الجرائم الواقعة على ما دون النفس والتي لا قصاص فيها ولا أرش مقدر أي أن يكون استيفاء القصاص بصفة المماثلة فيها متعذرا. مثال ذلك كسر العظام فمن المستحيل المماثلة في استيفاء القصاص فيه.

أما طريقة تقدير الحكومة أن يقوم المجني عليه كأنه عبد لاجناية عليه ثم تقدر قيمته بعد أصابته بالجناية وبرئه منه. فما نقصته الجناية من قيمته فله نسبة هذه النقيصة من ديته.(٤)

ويرى بعض العلماء أن يكون التقدير بالنسبة للعضو الذي حدثت به الإصابة لا بالنسبة للنفس أي أن تقدر نسبة النقص قدر النقص على أساس دية العضو الذي أصيب لا على أساس دية النفس. فإن كان النقص هو العشر مثلا والجناية على اليد فالأرش عشر دية اليد لا عشر دية النفس.(٥)

أما شروط تقديرها :

١- أن يكون تقديرها بعد برء الجراحة فإن لم ينقصه الجرح شيئا فلا شيء على الجاني.(٦)

٢- أن يكون التقدير بمعرفة ذوي عدل من أهل الخبرة.

---

(١) انظر: ابن قدامة / المغني ٤٥/٨ والكاساني / البدائع ٣١٦/٧ والشربيني / مغني المحتاج ٥٨/٤ والحطاب / مواهب الجليل ٢٥٨/٦-٢٥٩

(٢) انظر: الكاساني / البدائع ٢١٦/٧ والحطاب / مواهب الجليل ٢٥٨/٦-٢٥٩ وابن قدامة / المغني ٤٦/٨ والشربيني / مغني المحتاج ٥٨/٤

(٣) انظر: ابن قدامة / المغني ٤٧/٨ والكاساني / البدائع ٧/ ٣١٦ والشربيني / مغني المحتاج ٥٨/٤

(٤) انظر: ابن قدامة / المغني ٥٦/٨

(٥) عودة / التشريع الجنائي ٢٨٦/٢

(٦) انظر: ابن قدامة / المغني ٥٩/٨

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

٤- النوع الرابع: المبلغ الذي اتفق عليه الطرفان.

قد يحدث الصلح على أساس اتفاق بين الطرفين على مبلغ معين يدفعه الجاني. فهذا المبلغ قد يكون أكثر من الدية أو أقل أو يساويها.

فهل حدد الشارع الحد الأعلى في هذا العوض؟ وهل يصح لسلطان المسلمين أن يحدد ويقيد أدناه وأعلاه ؟

أقول إن الشارع لم يحدد الحد الأعلى في هذا العوض وتركه للمتخاصمين ولكن من المصلحة أن يتدخل فيه سلطان المسلمين ويحدد حده الأقصى حتى يتحقق المقصود من الصلح وهو إنهاء النزاع.

ووجه الجواز في ذلك أن من حق سلطان المسلمين تقييد المباح للمصلحة العامة بصفته وكيلا عن الأمة ونائبا عنها في تنفيذ أحكام الشرع. وذلك كما تقرر عند أكثر الفقهاء.(١)

المسألة الثانية: **هل الجاني وحده يتحمل بدل الصلح ؟**

لقد انعقد الإجماع (٢) على أن دية العمد تجب على القاتل في ماله وحده لقوله تعالى ﴿ولا تزر وازرة وزر أخرى﴾ (٣) وقوله ﷺ " لا يجني جاني إلا على نفسه".(٤) ولأنه تغليظ على القاتل.

كما أجمعوا أيضا (٥) على أن دية القتل الخطأ على العاقلة مؤجلة خلال ثلاث سنين عملا بقضاء الرسول ﷺ(٦) وفعل عمر رضي الله عنه.(٧) ولأنه تيسير على القاتل.

---

(١) انظر: الألوسي ، شهاب الدين السيد محمود / روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت: ٦٦/٥ ، حيث يأتي يشار إليه ب"الألوسي / روح المعاني".

- والدريني / الخصائص ص ٣١١

(٢) انظر: العيني / البناية ٤٥٣/١٢ والحطاب / مواهب الجليل ٢٤٠/٦ والشربيني / مغني المحتاج ٥٥/٤ والمقدسي/الإقناع ٢٣٥/٤

(٣) سورة الأنعام آية ١٦٤

(٤) النسائي / سنن النسائي ٩٩٩/٣ ح: ٤٤٩٣ في كتاب القسامة باب "هل يوخذ أحد بجريرة غيره" ، وقال حديث صحيح والدارمي / سنن الدارمي ٦٤٣/٢ في كتاب الدية باب لا يؤخذ أحد بجناية غيره.

(٥) انظر: العيني / البناية ٤٥٣/١٢ والحطاب / مواهب الجليل ٢٤٠/٦ والشربيني / مغني المحتاج ٩٥/٤ والمقدسي/ الإقناع ٢٣٥/٤

(٦) الشوكاني / نيل الأوطار ٧٦/٧

(٧) الزيلعي / نصب الراية ٣٣٤/٤

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

ثم أنهم بعد ذلك اختلفوا في دية القتل شبه العمد هل تجب على القاتل أو على العاقلة ؟ فذهب بعضهم إلى أنها على العاقلة وهو قول عند الشافعية وأحمد(١) واحتجوا بما روى عن أبي هريرة رضي الله عنه " اقتتلت امرأتان من هذيل فرمت إحداهما الأخرى بحجر فقتلتها وما في بطنها فقضى رسول الله ﷺ بدية المرأة على عاقلتها".(٢) وقالوا إن الجاني لا يقصد بفعله ازهاق الروح فلا يبلغ قتله مستوى القتل العمد. فيكون على عاقلته دفع الدية.

وخالف في ذلك مالك والزهري وابن سيرين والحارث العكلي وابن شبرمة وقتادة وأبو ثور وأبو بكر الأصم (٣) حيث قالوا بوجوب الدية على القاتل نفسه. وقالوا أن القتل حاصل من فعل متعمد فهو كالقتل العمد تماما فلا تحمل عنه عاقلته كما هو الحال في العمد المحض.

واعترض على هذا الاستدلال العقلي بحديث أبي هريرة رضي الله عنه لأنه صريح في أن رسول الله ﷺ قضى بدية المرأة على عاقلتها.

أقول: – والله أعلم – أن حديث أبي هريرة رضي الله عنه صريح في أن العاقلة تحمل دية القتل شبه العمد. هذا إذا توفرت أركانه وهي أن يتعمد الجاني الفعل المؤدي إلى القتل وأن يكون بين القتل والموت رابطة سببية وإن كان صاحبه لا يقصد بذلك الفعل الموت ابتداء.

ووجه وجوب الدية على العاقلة أنه لما قصرت في رعاية الجاني ومراقبته وجب عليها الدية لأن حفظ القاتل في الواقع واجب عليها فإذا قصرت أو فرطت يقتضي ذلك تحملها بعض نتائج ذنبه.(٤)

أما دية العمد فيما دون النفس فقد اتفقوا على أنها على الجاني وحده وأما دية الخطأ فهي على العاقلة.

أما إذا كان بدل الصلح مبلغا خاصا اتفق عليه الطرفان المتخاصمان فإني لم أجد –بعد بذل الجهد – في كتب الفقه حكما خاصا به فيما يتعلق بمن يتحمله هل هو الجاني وحده أو عاقلته أو كليهما معا.

ولكن بعد النظر والتأمل أقول أن المسألة ترجع إلى نقطتين هما:

---

(١) انظر: الحسيني / كفاية الأخيار ٤٥٥ وابن قدامة / المغني ٧٦٧/٧

(٢) النووي / صحيح مسلم ٢٤٦/١١

(٣) انظر: ابن قدامة / المغني ٧٦٧/٧ وابن رشد / بداية المجتهد ٤٠١/٢–٤٠٥ والمقدسي / الشرح الكبير ٢٨٢/٤

(٤) انظر: زيدان / البحوث الفقهية ٤٢٠

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

النقطة الأولى: هل تجب الدية على الجاني ابتداء أم على العاقلة ؟ فعند الشافعية وأحمد أنها تجب على العاقلة ابتداء ثم تجب على الجاني في العمد تغليظا عليه. (١)

أما المذهب عند الحنفية (٢) فأنها تجب على الجاني ابتداء لأنه هو الذي ارتكب الجناية ثم تنتقل منه إلى العاقلة تخفيفا عنه ومناصرة له ولأن حفظ القاتل في الواقع واجب على عاقلته وإذا قصروا أو فرطوا يقتضي ذلك إلى تحملهم بعض نتائج ذنبه.

وعلى هذا الأساس -عندهم- فبدل الصلح إذا كان مبلغا خاصا اتفق عليه الطرفان فعلى الجاني دفعه ابتداء وإن لم يستطع فعلى العاقلة بعد ذلك.

النقطة الثانية: ينظر إلى المبلغ المتفق عليه. إن كان مقداره مقدار الدية فينظر إن كانت الجريمة عمدا فعلى الجاني وحده وإن كانت شبه عمد أو خطأ فعلى العاقلة. وكذلك إذا كان مقداره أقل من الدية. وأما إذا كان مقداره أكثر منها فعليه وحده.

المطلب الثاني: الصلح بالمال في الحدود

سبق ذكرنا في بداية الفصل أن الحدود وجبت حقا لله أي حقا للجماعة لأنه يتعلق به النفع من غير إختصاص بأحد ولهذا ينسب هذا الحق إلى رب العالمين نظرا لعظيم وشمول نفعه.

ولذلك فلا علاقة للعباد فيه سواء كانوا حكاما أم ولاة أم قضاة أم مواطنين ، ولا تتأثر هذه العقوبة بشخصية الجاني وظروفه وأحواله الخاصة لأن العبرة بالحق الذي اعتدى عليه ولا يقبل الحد الإسقاط من الأفراد المعتدى عليهم كالمسروق منه مثلا ولا من الجماعة المتمثلة بولي الأمر أو القضاة ولا يقبل العفو وغيره. (٣)

والدليل على ذلك حديث أسامة بن زيد عن رسول الله ﷺ أنه قال: "أتشفع في حد من حدود الله والذي نفس محمد بيده لو سرقت فاطمة بنت محمد لقطعت يدها".(٤)

ويستثنى من ذلك كله حد القذف وقد ذهب بعض الفقهاء إلى جواز الصلح والعفو فيه وقالوا أن حد القذف من الحقوق المشتركة بين الله وعبده وأن حق العبد غالب فيه وقد أشرنا إلى ذلك في المبحث الأول من هذا الفصل ولا أرى ضرورة ترديده.(٥)

---

(١) انظر: الرملي / نهاية المحتاج ٣٥٠/٧ وابن قدامة / المغني ٧٧٥/٧

(٢) انظر: الكاساني / البدائع ٢٥٥/٧

(٣) محمد الزحيلي / النظريات ص ٣٠

(٤) البخاري / صحيح البخاري في كتاب الحدود ١٩٩/٨

(٥) انظر صفحة ١٠٦

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المبحث الثالث

آثار الصلح بالمال في العقوبات والجنايات

إذا انعقد الصلح وجب على الطرفين تنفيذ إلتزامات العقد ، فعلى الجاني أن يقدم الدية للمجني عليه أو ذويه -إن كانت الجريمة جريمة القتل- ، وعلى المجني عليه أو ذويه الكف عن الإعتداء على الجاني.

ولكن هل يجب دفع بدل الصلح فورا ؟

إن بدل الصلح -كما علمنا- إما أن يكون دية وإما أن يكون أرشا مقدرا وإما أن يكون أرشا غير مقدر وإما أن يكون مبلغا خاصا اتفق عليه الطرفان. فإذا كان بدل الصلح دية فعند الجمهور (١) -المالكية والشافعية والحنابلة- تجب الدية في العمد معجلة أي حالة ، وذلك للأسباب التالية:

١- لأن الدية في العمد بدل عن القصاص والقصاص حال الأداء فيكون بدله -وهو الدية- أيضا حال الأداء.

٢- لأن في التأجيل تخفيفا على القاتل وهو يستحق التغليظ بدليل وجوب الدية عليه لا على عاقلته.

وقال الحنفية (٢) يجوز دفع دية العمد مؤجلا في ثلاث سنين. والدليل على ذلك فعل عمر بن الخطاب.(٣)

أقول ليس عند من قال بوجوب تعجيل دفع الدية في العمد حجة شرعية مقنعة. أما قولهم أن الدية في العمد بدل القصاص فوجب تعجيل دفعها كما يجب استيفاء القصاص معجلا وأن في التأجيل تخفيفا على القاتل فحجة عقلية محضة لا يغني من الحق شيئا ، بينما الرأي القائل بجواز التأجيل في خلال ثلاث سنين يستند إلى فعل الصحابي ، ومن المعلوم أن فعل الصحابي وقوله ليس بحجة شرعية مستقلة (٤) لاحتمال اجتهاد منه فيتغير بتغير الزمان والمكان. ولكن على أية حال فإن هذا الإستناد أقوى من حجة عقلية محضة لا سيما عند من قال أن قول الصحابي حجة شرعية ، وعلى المجتهد أن

---

(١) انظر: ابن رشد / بداية المجتهد ٣٤٤/٤ وابن جزى / القوانين ص ٢٩٨ والشربيني / مغني المحتاج ٥٥/٤ والبهوتي / كشاف القناع ٦٤/٦

(٢) انظر: الكاساني / البدائع ٧/ ٢٥٦

(٣) انظر: محمد رولس قلعة / موسوعة فقه عمر بن الخطاب ٢٢٧

(٤) انظر: الشوكاني / إرشاد الفحول ص ٤٠٦

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

يأخذ به إذا لم يجد الحكم في الكتاب ولا في السنة ولا في الإجماع وإذا اختلف الصحابة فله أن يتخير من أقوالهم. (١)

فعلى هذا الإعتبار يكون القول بجواز التأجيل في دفع الدية المغلظة أقوى الرأيين وأقربهما الى الحق.

هذا إذا لم يتفق الطرفان على تعيين المدة ، أما إذا اتفقا على المدة المعينة وتراضيا على أن يدفع القاتل الدية خلال هذه المدة فلهما ذلك.(٢)

أما دية شبه العمد ودية الخطأ ، فيجوز دفعهما مؤجلتين في خلال ثلاث سنين أو خلال مدة اتفق عليها الطرفان. والدليل على ذلك فعل عمر رضي الله عنه ولا نعلم فيه خلافا.(٣)

ويلحق ذلك الأرش المقدر والأرش غير المقدر. أما إذا كان بدل الصلح مبلغا معينا اتفق عليه الطرفان فيجوز فيه التعجيل والتأجيل حسب ما اتفقا عليه.

والله أعلم بالصواب وإليه تعالى ترجع الأمور

---

(١) انظر: محمد أبو زهرة / أبو حنيفة ، دار الفكر العربي ، القاهرة: ص ٢٦٨ ، حيث يأتي يشار إليه ب"أبو زهرة / أبو حنيفة".

- محمد أبو زهرة / الشافعي ، دار الفكر العربي ، القاهرة: ص ٢٧٢، حيث يأتي يشار إليه ب"أبو زهرة / الشافعي".

(٢) لأنه عقد لازم فلا يملك أحد الطرفين فسخه دون رضا صاحبه فيكون كالبيع والإجارة. انظر: زيدان/المدخل ص ٣٠٧

(٣) انظر: محمد رواس قلعة / موسوعة فقه عمر بن الخطاب ص ٢٢٧

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الفصل الخامس

أحكام الصلح بالمال في المعاهدات الدولية

التمهيد

لا شك أن الإسلام دين سلام. فقد جاء في القرآن الكريم العديد من الآيات التي تنادي بالسلام. وإن الإسلام بلا ريب يعتبر السلام هو هدف الحياة الإجتماعية ويحث على توجيه كافة الجهود لتوطيده ودعمه.

وسوف نتعرض في هذا الفصل إلى أحكام الإسلام في الصلح بالمال في المعاهدات الدولية.

ويتكون هذا الفصل من المبحثين التالين:

المبحث الأول: مفهوم الصلح بالمال في المعاهدات الدولية ومشروعيته وشروطه.

المبحث الثاني: أحكام الصلح بالمال في المعاهدات.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المبحث الأول:

"مفهوم الصلح بالمال في المعاهدات الدولية ومشروعيته وشروطه"

المطلب الأول: مفهوم الصلح بالمال في المعاهدات الدولية

لقد بين الشارع المبادىء التي تكفل تماسك الجماعات واطمئنان الأفراد والأمم والشعوب والثقة بالمعاملات والعهود وكذلك بين الأسس التي تؤدي إلى توطيد أواصر الأخوة الإنسانية. فلقد جاء هذا الدين بالعدل الذي يكفل لكل فرد ولكل جماعة قاعدة ثابتة للتعامل لا تتأثر بالود والبغض. ومما شرعه الإسلام لتحقيق ذلك كله الصلح وسنتولى بيان أحكام جزء مهم منه وهو الصلح بالمال في المعاهدات الدولية.

والصلح في المعاهدات الدولية له صور منها:

الصورة الأولى: إذا وقع الصلح بين المسلمين والأفراد الحربيين على السماح بدخول دار الإسلام بأمان دون نية الإستيطان بها والإقامة فيها بصفة دائمة بل يكون قصدهم الإقامة لمدة معلومة جاز ذلك(١) ويسمى هؤلاء الأفراد "المستأمنين". قال تعالى ﴿وإن أحد من المشركين استجارك فأجره حتى يسمع كلام الله ثم أبلغه مأمنه﴾،(٢) ويبرم هذا العقد الإمام وغيره من أفراد المسلمين.(٣)

الصورة الثانية: عقد الموادعة او الهدنة وهو عقد بين المسلمين وغير المسلمين على ترك القتال لفترة مؤقتة. وهو عقد جائز ويبرمه الإمام. وتصير بموجبه دماء المعاهدين وأموالهم وأعراضهم مصونة.(٤)

الصورة الثالثة: قد يجري بين المسلمين وأفراد من غير المسلمين على ان يكون لهم حق المواطنة في دار الإسلام في مقابلة العوض يبذله هؤلاء الأفراد إلى المسلمين وهذا العوض يسمى "الجزية". والأصل في ذلك قوله تعالى ﴿ قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ما

---

(١) الموصلي / الاختيار ١٢٣/٤ وابن رشد / بداية المجتهد ٣٨٢/١-٣٨٣ والأنصاري / فتح الوهاب ١٧٦/٢ والبهوتي / كشاف القناع ١٠٤/٣

(٢) سورة التوبة أية ٦

(٣) انظر: الموصلي / الاختيار ١٢٢/٤-١٢٣ والخرشي / شرحه ١٢٣/٣ والأنصاري / فتح الوهاب ١٧٦/٢ والبهوتي / كشاف القناع ١٠٤/٣

(٤) انظر: ابن القيم ، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر المتوفى سنة ٦٩١ هجرية / أحكام أهل الذمة ، تحقيق صبحي صالح ، الطبعة الثالثة ١٩٨٣ م، دار العلم للملايين ، بيروت: ٤٧٦/٢ ، حيث يأتي يشار اليه ب"ابن القيم/ أحكام أهل الذمة".

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

حرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون﴾.(١) ويبرم هذا العقد الإمام.(٢)

الصورة الرابعة: عقد الموادعة بين المسلمين وغير المسلمين بعد أن استولى المسلمون على أراضي غير المسلمين على أن يؤدي هؤلاء خراجا مقابل هذا الصلح.(٣) ويبرم هذا العقد الإمام.(٤)

الصورة الخامسة: المعاهدة الإضطرارية(٥) وهي عقد الموادعة بين السلطة المسلمة في حال ضعفها وغير المسلمين على أن يكون لهم -أي غير المسلمين- أموال تدفعها السلطة المسلمة وهذا العقد جائز عند الضرورة.(٦)

وبعد أن علمنا هذه الصور كلها نعود إلى تحديد الصور التي وجدت فيها عناصر الصلح بالمال وهي:

١-أنه عقد

٢-أنه يرفع النزاع

٣-وجود التراضي

٤-بدل الصلح أو العوض.

فالصورة الأولى لا تتوفر فيها عناصر الصلح بالمال لأن العقد فيها يقوم بدون عوض. وكذلك الصورة الثانية وهي عقد المهادنة انتفى فيها العنصر الرابع وهو بدل الصلح.

أما الصورة الثالثة -وهي عقد الذمة- فقد اجتمعت فيها عناصر الصلح بالمال الأربعة لأن عقد الذمة عبارة عن عقد يتم بين السلطة المسلمة وغير المسلمين يكتسب بموجبه الشخص غير المسلم حق المواطنة الدائمة في دار الإسلام ويتولى المسلمون حمايته والدفاع عنه مقابل ضريبة يدفعها وتسمى هذه الضريبة "الجزية".

---

(١) سورة التوبة أية ٢٩

(٢) سيأتي بيانه في صفحة ١٤٦

(٣) انظر: الماوردي ، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب / الأحكام السلطانية والولايات الدينية ، الطبعة الثالثة ١٩٧٣ م، مطبعة مصطفى الحلبي ، القاهرة: ص ١٣٨ و١٤٧، حيث يأتي يشار اليه ب"الماوردي / الاحكام السلطانية".

- أبو يعلى ، محمد بن الحسين الفراء / الأحكام السلطانية ، طبعة ١٩٨٣ م، دار الكتب العلمية ، بيروت: ص ١٤٨و١٦٤، حيث يأتي يشار اليه ب"أبو يعلى / الاحكام السلطانية".

(٤) سيأتي بيانه في صفحة ١٥٩

(٥) سيأتي بيانه في المبحث الثاني من هذا الفصل صفحة ١٥٩-١٦٢

(٦) انظر: الموصلي / الإختيار ٤/١٢١ وابن العربي / أحكام القرآن ٢/١٠٢٠ والشيرازي / المهذب ٢/٢٦٠ والمقدسي/الكافي ٤/٢١١

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

وكذا الصورتان الرابعة والخامسة قد توفرت فيهما شروط الصلح بالمال. ففي الرابعة يتم العقد بدفع الخراج من قبل غير المسلمين إلى الدولة المسلمة. وفي الخامسة يتم العقد بدفع بعض الأموال من قبل المسلمين إلى السلطة غير المسلمة لأسباب اضطرارية.

وبهذا قد تم تحديد مفهوم الصلح بالمال في المعاهدات الدولية في الصور الثلاثة التالية:

١-عقد الذمة مقابل الجزية يدفعها غير المسلمين إلى السلطة المسلمة.

٢-عقد الهدنة مقابل الخراج يدفعها غير المسلمين إلى السلطة المسلمة.

٣-المعاهدة الإضطرارية وهي عقد الهدنة بين الطرفين-الطرف المسلم والطرف غير المسلم- على أن يدفع الطرف المسلم عوضا للطرف غير المسلم.

المطلب الثاني: مشروعية الصلح بالمال في المعاهدات الدولية

قد ثبتت مشروعية الصلح بالمال في المعاهدات الدولية بالكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب:

١-قوله تعالى﴿وإن جنحوا للسلم فاجنح لها وتوكل على الله﴾.(١)

وجه الدلالة أن الله سبحانه وتعالى آثر الصلح إذا طلب الكفار ذلك في قوله ﴿فاجنح﴾.

قال ابو السعود:

"قوله تعالى ﴿وإن جنحوا﴾ أي إن مالوا إلى الصلح بوقوع الرهبة في قلوبهم بمشاهدة ما بكم من الإستعداد والعدة. قوله تعالى ﴿فاجنح لها﴾ أي مل إلى الصلح. وقوله ﴿وتوكل على الله﴾ أي لا تخف أن يظهروا لك السلم وجوانحهم مطوية على المكر والكيد. وقوله ﴿إنه هو السميع العليم﴾ أي فيسمع ما يقولون في خلواتهم من مقالات الخداع فيعلم نياتهم فيؤاخذهم بما يستحقونه ويرد كيدهم في نحورهم".(٢)

قال بعض المفسرين "إنها في أهل الكتاب خاصة إذا بذلوا الجزية". وقال آخرون "إنها في قوم معينين (بني قريظة) سألوا الموادعة فأمر بإجابتهم".(٣)

---

(١) سورة الأنفال آية ٦١

(٢) أبو السعود / تفسير أبي السعود ٤/٣٢-٣٣

(٣) انظر: الماوردي ، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب المتوفى سنة ٤٥٠ هجرية / النكت والعيون تفسير الماوردي ، مؤسسة الكتب الثقافية ، بيروت: ٢/٣٣١ ، حيث يأتي يشار إليه ب"الماوردي / تفسيره".

- وابن كثير / تفسيره ٢/٣٢٢ والشوكاني / فتح القدير ٢/٤١٢

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

٢-قوله تعالى ﴿قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون﴾.(١)

لقد أمر الله سبحانه وتعالى في هذه الآية بقتال أهل الكتاب المنحرفين عن دين الله حتى يعطوا الجزية وبذلك لا تقبل لهؤلاء عهود موادعة ومهادنة إلا على أساس الجزية ومن ثم يتقرر لهم حقوق الذمي المعاهد ويقوم السلام بينهم وبين المسلمين.(٢)

أما من السنة:

١- روى الإمامان البخاري ومسلم أن النبي ﷺ صالح يهود خيبر وعاملهم بشطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع.(٣)

قال ابن قيم الجوزية:

"أن رسول الله ﷺ لما فتح خيبر أراد أن يجلي اليهود منها فقالوا "يا محمد دعنا نكون في هذه الأرض نصلحها ونقوم عليها فنحن أعلم بها منكم ولم يكن لرسول الله صلى الله عليه وسلم ولا لأصحابه غلمان يكفونهم مؤنتها فدفعها إليهم على أن يكون لرسول الله ﷺ الشطر من كل شيء يخرج منها من ثمر أو زرع ولهم الشطر وعلى أن يقرهم فيها ما شاء." (٤)

٢-وقد ثبت عنه ﷺ -كما رواه أبو هريرة- أن الحارث بن عمرو الغطفاني رئيس غطفان قال للنبي ﷺ "إن جعلت لي شطر ثمار المدينة وإلا ملأتها عليك خيلا ورجالا" فقال النبي ﷺ "حتى أشاور السعدين" فقالوا "إن كان هذا بأمر من السماء فتسليم لأمر الله وإن كان برأيك فرأينا تبع لرأيك وإن لم يكن بأمر من السماء ولا برأيك فوالله ما كنا نعطيهم في الجاهلية ثمرة إلا شراء أو قراء وكيف وقد أعزنا الله بك".(٥)

قال الإمام أبو إسحاق الشيرازي:

---

(١) سورة التوبة أية ٢٩

(٢) انظر: الأستاذ محمد اللاقي / نظرات في أحكام الحرب والسلم ، دار الإقراء: ص ٣٣٢ ، حيث يأتي يشار إليه ب"محمد اللاقي / النظرات".

(٣) البخاري / صحيح البخاري في كتاب السلم باب الاجارة ١٢٣/٣ والنووي / صحيح مسلم في كتاب المساقاة ٤٥٣/١٠

(٤) ابن القيم / زاد المعاد ٣٢٦/٣

(٥) الهيثمي ، الحافظ نورالدين علي بن أبي بكر المتوفى سنة ٨٠٧ / مجمع الزوائد ومنبع الفوائد ، مكتبة القدسي ، القاهرة: ١٣٢/٦ وقال: (الحديث من رواية الطبراني والبزار ورجالهما كلهم ثقات) ، حيث يأتي يشار إليه ب"الهيثمي / مجمع الزوائد".

وابن القيم / زاد المعاد ٢٧٣/٣ وابن هشام / سيرة إبن هشام ١٨٠/٤-١٨١

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

" فلو لم يجز عند الضرورة لما رجع رسول الله ﷺ إلى الأنصار ليدفعوه إن رأوا ذلك ولأن يخاف من الإصطلام وتعذيب الأسير أعظم في الضرورة من بذل المال فجاز دفع أعظم الضررين بأخفهما". (١)

٣- وقد ثبت عنه ﷺ أيضا -كما رواه الزهري- أنه ﷺ أرسل إلى عيينة بن الحصن وهو مع أبي سفيان " أرأيت إن جعلت لك ثلث ثمر الأنصار أترجع بمن معك من غطفان وتخذل بين الأحزاب" فأرسل إليه عينية "إن جعلت لي الشطر فعلت".(٢)

قال ابن قدامة المقدسي:

"فلو لا أنه جائز لما جعله له النبي ﷺ ولأن الضرر المخوف أعظم من ضرر بذل المال فجاز دفع أعلاهما بأدناهما". (٣)

٤- وقد ثبت أيضا عن النبي ﷺ أنه أخذ الجزية من مجوس البحرين وكذا فعل عمر بن الخطاب رضي الله عنه بمجوس العراق (٤) وعمرو بن العاص رضى الله عنه بأقباط مصر. وقد ثبت أيضا عن عمر بن الخطاب أنه ترك الأرض بأيدي أصحابها بعد فتح العراق وضرب عليها الخراج ولم ينكر ذلك الصحابة فيكون إجماعا. (٥)

٥-وقد ثبت في التاريخ الإسلامي أن كثيرا من الساحات الإسلامية القائمة اليوم فتحت صلحا كأرض خيبر وأرض وادي القرى وأرض تيماء وأرض تبوك وكثير من المدن في الأردن وفلسطين والعراق وأرض أرمينية وأرض جزيرة قبرص وغيرها. (٦)

المطلب الثالث: أركان الصلح بالمال في المعاهدات وشروطه

أما أركانه فهي:(٧)

١- العاقد- وهي الدولة الإسلامية

٢- المعقود له- وهم غير المسلمين

---

(١) الشيرازي / المهذب ٢٦٠/٢

(٢) انظر: ابن هشام / سيرة ابن هشام ١٨٠/٤-١٨١ وابن القيم / زاد المعاد ٢٧٣/٣

(٣) ابن قدامة / المغني ٥١١/١٠

(٤) انظر: الجصاص / أحكام القرآن ٢٨٥/٤

(٥) انظر: الجصاص / أحكام القرآن ٢٨٧/٤

(٦) انظر: ابن الأثير ، أبو الحسن علي بن محمد ابن عبد الكريم الشيباني / الكامل في التاريخ ، دار الفكر، بيروت: ١٢٦/٢-٣٤٦ ، حيث يأتي يشار إليه ب"ابن الأثير / الكامل".

(٧) وقد ذكرنا أركان الصلح بالمال العامة وشروطه في الفصل الأول وما نذكره هنا هو الشروط المختصة بالصلح بالمال في المعاهدات. انظر صفحة ٢٤

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

٣- الصيغة- وهي الإيجاب والقبول أو ما يقوم مقامهما

٤- بدل الصلح.

أما شروطه فهي:

١- أن يتولى عقد الصلح إمام المسلمين أو نائبه ولا يصح العقد من غيره لأنه من الأمور الكلية التي تحتاج إلى النظر والإجتهاد. وهذا هو مذهب الجمهور(١) وسيأتي البيان عنه بالتفصيل في المبحث الثاني.(٢)

٢- أن تكون مدة الصلح محددة الوقت فلا يصح الصلح إلى الأبد من غير تقدير المدة. لأن ذلك يؤدي إلى ترك الجهاد وهذا الأمر متفق عليه بين الفقهاء ثم أنهم اختلفوا بعد ذلك في المدة التي يجوز الصلح بها.

فقال الأحناف (٣) والمالكية (٤) وأحمد (٥) في إحدى الروايتين أن تقدير المدة متروك إلى الإمام بإجتهاده تبعا للمصلحة وندب -في رأي المالكية- ألا تزيد عن أربعة أشهر.

وقالوا أن رسول الله ﷺ وادع قريشا في صلح الحديبية لمدة عشر سنين.(٦) فإذا جازت المهادنة لمدة عشر سنين فتجوز الزيادة عليها كعقد الإجارة.

أما الشافعية والإمام أحمد بن حنبل -في الرواية الثانية- فقالوا أن مدة الصلح (الموادعة) هي أربعة أشهر ولا تجوز الزيادة عن سنة واحدة إلا في حالة الضعف فتجوز لعشر سنين.(٧)

واستدلوا على ذلك بما يلي:

---

(١) انظر: الأنصاري / فتح الوهاب ١٧٨/٢ والحطاب / مواهب الجليل ٣٨٠/٣ والمواق / التاج والإكليل ٣٨٠/٣ - المرداوي ، أبو الحسن علي بن سليمان المتوفى سنة ٨٨٥ هجرية / الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الامام أحمد ، الطبعة الاولى ١٩٥٥ م ، مطبعة السنة المحمدية ، القاهرة: ٢١١/٤ ، حيث يأتي يشار اليه بـ"المرداوي / الإنصاف".

(٢) عندما تكلم عن العنصر الأول. انظر صفحة ١٤٦

(٣) انظر: ابن الهمام / شرح فتح القدير ٤٥٦/٥

(٤) انظر: الخرشي / شرح الخرشي ١٥٠/٣-١٥١ وابن جزى / قوانين الفقهية ١٣٦

(٥) انظر: ابن قدامة / المغني ٤٦٠/٨ والمرداوي / الإنصاف ٢١٢/٤

(٦) انظر : أبو داود / سنن أبي داود ٤٤٤/٣ كتاب الجهاد باب صلح العدو. وسيرة ابن هشام ٢٤٨/٣

(٧) انظر: الرملي / نهاية المحتاج ٨١/٨ والشربيني / مغني المحتاج ٢٦٠/٤ وابن قدامة / المغني ٤٦٠/٨ والمرداوي / الإنصاف ٢١٢/٤ وابن مفلح / المبدع ٣٩٩/٣

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

أ- بقوله تعالى ﴿ براءة من الله ورسوله إلى الذين عاهدتم من المشركين فسيحوا في الأرض أربعة أشهر﴾.(١)

ب- بما روى عن الرسول ﷺ أنه هادن صفوان بن أمية أربعة أشهر عام الفتح.(٢)

وأما عدم جواز المزيد على سنة واحدة فلأنها المدة التي تجب فيها الجزية.

٣- أن يكون المعقود له من أهل الكتاب أوالمجوس. وهذا هو رأي الجمهور ولكن الراجح أنه يجوز عقد الصلح مع كل كافر سواء من أهل الكتاب أو غيرهم. وسيأتي بيانه مفصلا في المبحث الثاني إن شاء الله.

٤- أن لا يتعارض الصلح مع النصوص الشرعية أو مع القاعدة العامة للإسلام كأن يشترط غير المسلمين فيه إظهار المنكر مثلا.

والدليل على ذلك قول رسول الله ﷺ "من اشترط شرطا ليس في كتاب الله فهو باطل وإن اشترط مائة شرط".(٣)

٥- ويشترط في العوض أو بدل الصلح ما يشترط في المصالح به أو المصالح عليه. وقد سبق بيانه في الفصل الأول.(٤)

---

(١) سورة التوبة آية ١

(٢) الهندي / كنز العمال ٢٩٤/٥ وسيرة ابن هشام ٤٥/٤

(٣) البخاري / صحيح البخاري ٩٣/٣ كتاب البيوع باب البيع الشراء مع النساء، والنسائي / سنن النسائي ٧٢٨/٢ كتاب الطلاق ح:٣٢٢٨ وقال حديث صحيح.

(٤) راجع صفحة ٣٢

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المبحث الثاني
"أحكام الصلح بالمال في المعاهدات"

هذا المبحث يتكون من مطلبين هما:

المطلب الأول: الصلح بالمال على حق المواطنة (عقد الذمة)

المطلب الثاني: الصلح بالمال مع الدول غير الإسلامية.

المطلب الأول:الصلح بالمال على حق المواطنة (عقد الذمة)

الفرع الأول: معنى الذمة لغة واصطلاحا

الفصل الأول: المعنى اللغوي

الذمة في اللغة العهد والأمان والكفالة والحق والحرمة. وفي الحديث "المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم".(١) وفي الحديث الآخر "فإن من ترك صلاة مكتوبة متعمدا فقد برئت منه ذمة الله".(٢) والذمي المعاهد الذي أعطى عهدا يأمن على ماله وعرضه ودينه.(٣)

قال الجرجاني في التعريفات:

"الذمة لغة العهد لأن نقضه يوجب الذم ومنهم من جعلها وصفا فعرفها بأنها وصف يصير الشخص به أهلا للإيجاب له وعليه ومنهم من جعلها ذاتا فعرفها بأنها نفس لها عهد فإن الإنسان يولد وله ذمة صالحة للوجوب له وعليه عند جميع الفقهاء بخلاف سائر الحيوانات".(٤)

الفصل الثاني: المعنى الاصطلاحي

والذمة في الإصطلاح الفقهي تعني الأمان المؤبد. وفسرها بعضهم بأنها إذن بعض الكفار الإقامة في بلاد المسلمين بشرط بذل الجزية والتزام أحكام الملة.(٥)

---

(١) ابن ماجه / سنن ابن ماجه ١٠٦/٢ باب "المسلمون تتكافأ دماؤهم" والنسائي / صحيح سنن النسائي ٩٨٢/٣ باب "القود بين الأحرار والمماليك" وقال حديث صحيح.

(٢) أحمد / مسند الإمام أحمد ٢٤٨/٥

(٣) الجماعة / المعجم الوسيط ٣١٥/١

(٤) الجرجاني ، الشريف علي بن محمد / كتاب التعريفات ، الطبعة الثالثة ، دار الكتب العلمية ، بيروت: ص ١٠٧ ، حيث يأتي يشار إليه ب"الجرجاني / التعريفات".

(٥) البهوتي / كشاف القناع ١١٣/٣

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

وعلى أية حال يمكننا القول بأن عقد الذمة عقد بمقتضاه يصير غير المسلم في ذمة المسلمين أي في عهدهم وأمانهم على وجه التأبيد أي له الإقامة في دار الإسلام على وجه الدوام.(١)

الفرع الثاني: حكم عقد الذمة

عقد الذمة واجب على المسلمين إذا طلبه غير المسلم. وهذا هو رأي الجمهور من الفقهاء المسلمين. (٢) وقالوا إن عقد الذمة كالإسلام في إنتهاء حرب الكفار به من قبل المسلمين لقوله تعالى ﴿قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق من الذين اوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون﴾.(٣) ولذلك أجاب النبي ﷺ لنصارى نجران طلبهم إلى عقد الذمة.

ويؤيد ذلك قوله عليه السلام "فإن أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم"(٤) أي أن غير المسلمين إذا وافقوا على دفع الجزية فلا سبيل للمسلمين إلى حربهم بعد ذلك.

ومن ناحية أخرى فإنه قد يفكر الذميون بإعتناق دين الإسلام بعد مخالطتهم المسلمين وبعد نظرهم إلى عدالة الإسلام ومحاسنه وهدايته.(٥)

ويرى المالكية أن إجابة طلب الراغبين في عقد الذمة لها أحوال ولكل حكمها الخاص وهذه الأحوال هي:-

الحالة الأولى: تجب الإجابة إذا تمحصت المصلحة فيه.

الحالة الثانية: تجوز الإجابة إذا استوت فيها المصلحة وعدمها. فإن ترجحت المصلحة فالأفضل الإجابة.

الحالة الثالثة: تحرم الإجابة إذا تمحضت المفسدة والضرر على المسلمين.(٦)

أقول: إن الفقهاء جميعا اتفقوا على أن الأصل في قبول طلب عقد الذمة واجب على إمام المسلمين ، ولكن المالكية بعد ذلك جعلوا أساس القبول مرتبطا بوجود المصلحة ولذلك يفصلون

---

(١) زيدان ، عبد الكريم / أحكام الذميين والمستأمنين في دار الاسلام ، طبعة ١٩٨٢ م ، مؤسسة الرسالة ، بيروت: ص ٢٢، حيث يأتي يشار اليه ب"زيدان / أحكام الذميين".

(٢) هم الحنفية والشافعية والحنابلة. انظر: ابن مفلح / المبدع ٤٠٤/٣ والبهوتي / كشاف القناع ١١٦/٣-١١٧ والموصلي / الاختيار ١٣٦/٤ والشربيني / مغني المحتاج ٢٤٣/٤ والشيرازي / المهذب ٢٧٠/٢

(٣) سورة التوبة أية ٢٩

(٤) أبو داود / سنن أبي داود ٣٧/٣ كتاب السير باب الدعوات إلى الإسلام قبل القتال وقال حديث صحيح.

(٥) انظر: السرخسي / المبسوط ٧٧/١٠ والشوكاني / نيل الأوطار ٢١٥/٨ ومواهب الجليل ٣٨٠/٣

(٦) انظر: الخرشي / شرح الخرشي ١٥٠/٣

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الأحكام إلى ثلاثة هي الوجوب والجواز والحرمة حسب الظروف المحيطة بالمسلمين طبقا للقاعدة "النظر إلى مآلات الأفعال معتبر مقصود عن الشارع"(١) ، ولذلك فإني أرى أن رأيهم في هذه المسألة أولى بالأخذ والعمل لما فيه من المرونة والإنسجام مع قاعدة تغير الأحكام بتغير الأزمان.

الفرع الثالث: عقد الذمة هو الصلح بالمال

ويمكننا القول بأن عقد الذمة يتحقق فيه الصلح بالمال وذلك استنادا إلى أساسين هما:

الأساس الأول: إن عقد الذمة هو في الحقيقة صلح لأن وقوعه مبني على طلب غير المسلم عصمة دمه وماله وعرضه من السلطة المسلمة. وعليها قبول هذا الطلب إذا ترجحت فيه المصلحة. فإذا تم العقد بين الطرفين انتهت الخصومة بينهما وهذا هو الصلح حقيقة ومعنى.

الأساس الثاني: إن عقد الذمة قد اجتمعت فيه عناصر الصلح الأربعة وهي العقد ورفع النزاع والتراضي والعوض.

أما **العنصر الأول**- وهو العقد- فعقد الذمة عبارة عن عقد بين المسلمين وغير المسلمين على حق المواطنة.

وأما **العنصر الثاني**- وهو رفع النزاع-فإن عقد الذمة يرفع النزاع بين الطرفين فالذمي بعد ذلك يتمتع بالعصمة في نفسه وماله وعرضه وبالحرية الكاملة في العمل والمعاملة مع غيره.

وأما **العنصر الثالث** -وهو وجود التراضي- فإن العقد يقوم على أساس التراضي بين الجانبين. ذلك بأن يرضى الذمي بدفع الجزية والإلتزام بالنظام العام والأحكام والتشريعات النافذة في الدولة الإسلامية وترضى كذلك سلطة الدولة الإسلامية بالعقد والعوض والدفاع عن موليها وهو الذمي.

وأما **العنصر الرابع**- وهو العوض-فهو ركن أساسي في عقد الذمة لأن غير المسلم يجب عليه بعد إبرام العقد أن يدفع الجزية إلى الدولة الإسلامية.

وما الجزية إلا بدل الصلح يفرض على الأشخاص المقيمين في دار الإسلام من غير المسلمين مقابل توفير الحماية والمحافظة عليهم وأعفائهم من واجبات الدفاع عن الدولة الإسلامية.

وبهذا تحققت عناصر الصلح بالمال بكاملها في عقد الذمة. وسوف نبين الأحكام المتعلقة بكل عنصر من عناصره فيما يلي:-

---

(١) الشاطبي / الموافقات ١٢٧/٤

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

أولا: العنصران: العقد والتراضي

إن عقد الذمة هو عقد بين السلطة المسلمة وبين غير المسلمة على إنتهاء الخصومة بين الطرفين وعصمة الدم والمال والعرض مقابل عوض يبذله غير المسلم إليها. فالأصل أن العقد لا يكون إلا باللفظ الدال على رضا العاقد والمعقود عليه أو بما يقوم مقامه من كتابة أو إشارة أو نحو ذلك. وهذا ما صرح به الفقهاء.(١)

والتراضي في العقد أمر لازم وضروري وهو أساس التعاقد والعماد الذي لا يتم تكوين العقد إلا به وقد بين الله ورسوله ﷺ ذلك في كثير من الآيات والأحاديث منها قوله تعالى ﴿لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلاأن تكون تجارة عن تراض منكم﴾ (٢) وقوله عليه السلام "إنما البيع عن تراض".(٣) فعقد الذمة ينقاد إلى هذا القانون.

والتراضى فيه إما أن يكون صريحا وهو ما يسمى"جزية صلحية" (٤) وإما أن يكون ضمنيا وهو ما يكون بالقرائن الدالة على رضا غير المسلم على العقد.

ومن هذه القرائن:

١-الزواج.

إذا تزوجت المرأة المستأمنة من أهل الحرب رجلا من أهل الذمة فإنها تصير به ذمية لأن زواجها من أهل دار الإسلام يدل على رضاها بالإقامة في دار الإسلام لأن المراة تابعة لزوجها في الإقامة والتبعية للدار.(٥)

بينما هذا لا ينطبق على الرجل المستأمن إذا تزوج من المرأة الذمية فإنه لا يصير بهذا الزواج ذميا لأن الرجل ليس تابعا لزوجته.(٦)

٢-الإقامة في دار الإسلام.

---

(١) انظر: الانصاري / فتح الوهاب ١٧٨/٢ والرملي / نهاية المحتاج ٧٩/٨ والشربيني / مغني المحتاج ٢٣٧/٤

(٢) سورة النساء أية ٢٩

(٣) ابن ماجه / سنن ابن ماجه ح: ٢١٨٥

(٤) انظر: ابن رشد / بداية المجتهد ٤٨٦/١

(٥) انظر: الموصلي / الاختيار ١٣٦/٤

(٦) انظر: السرخسي / المبسوط ٤٨/١٠ والكاساني / البدائع ١١٠/٧ والمرغيناني / الهداية ٢٧٥/٥

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

حيث لا يجوز تمكين غير المسلم من أهل الحرب من الإقامة في دار الإسلام إلا بالأمان المؤقت فيصير به مستأمنا.(١) فإذا أقام فوق الزمن المسموح له أنذره الإمام بالخروج من دار الإسلام ولكنه إذا أبى أن يخرج منها ولو بعد الإنذار صار ذميا لأن استمرار إقامته في دار الإسلام يدل على رضاه بالبقاء فيها والإلتزام بقوانينها ونظمها.(٢)

٣-شراء المستأمن شيئا من أرض خراجية.

إذا اشترى المستأمن شيئا من أرض خراجية في دار الإسلام تم أحياها بالزرع والفرس فللدولة وضع الخراج عليها وصار بذلك ذميا لأن شراءه الأرض ورضاه بدفع الخراج عليها دليل على رغبته في الإقامة في دار الإسلام.(٣)

٤-الأولاد الصغار.

ولو دخل حربي وامرأته دار الإسلام بأمان ومعهما أولاد صغار فأسلم أحدهما فالصغار صاروا مسلمين تبعا للذي أسلم منهما ، ولو صار أحدهما ذميا كان الصغار من الأولاد ذميين تبعا له(٤) لأن عقد الذمة فيه إلتزام أحكام الإسلام فيما يرجع إلى المعاملات والصغير في مثل هذا يتبع خير الوالدين.

٥-اللقيط.

يرى بعض الفقهاء (٥) بأن اللقيط الذي يعثر عليه في محل إقامة الذميين أو في بيعة أو كنيسة يعتبر ذميا.

وهناك بعض المسائل المتعلقة بالعقد لا بد من بيان حكمها. وهذه المسائل هي:-

---

(١) قدر بعضهم مدة الأمان أن تكون محددة بأربعة أشهر وذلك بقوله تعالى " فسيحوا في الأرض أربعة أشهر" ويرى بعضهم بأن مدة الأمان قد تصل إلى سنة ويرى جماعة بأنها قد تزيد على سنة.

(٢) الكاساني / البدائع ١١٠/٧ والسرخسي / المبسوط ٨٤/١٠ وابن الهمام / فتح القدير ٢٢/٦

(٣) انظر: زيدان / أحكام الذميين ص ٣٤

(٤) انظر: ابن قدامة / المغني ٥٠٨/٨ وابن جزى / القوانين ١٣٦ والشيرازي / المهذب ٢٦٨/٢

(٥) هم بعض الأحناف. وعند الإمام أحمد يعتبر بحال الواحد فإن كان ذميا صار اللقيط ذميا تبعا له. وعند الجمهور يعتبر اللقيط مسلما إذا وجد في أي مكان من دار الإسلام ما دام فيه المسلم- ابن قدامة / المغني ٧٤٨/٥

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المسألة الأولى: من يتولى إجراء عقد الذمة ؟

صرح جمهور الفقهاء (١) أن الإمام أو نائبه هو الذي يتولى إجراء عقد الذمة مع غير المسلم. ذلك لأن هذا العقد مؤبد يترتب عليه العديد من الإلتزامات ، فهذا يختص بالإمام أو نائبه. ولأنه من الأمور الكلية التي تحتاج إلى نظر وإجتهاد وهذا لا يتأتى من غير الإمام أو نائبه.(٢)

وإذا عقدها غير الإمام أو نائبه فالعقد باطل إلا أن المالكية قالوا أن العقد وإن كان باطلا إلا أن غير المسلمين يأمنون به ويسقط عنهم القتل والأسر. فللأمام -بعد ذلك- النظر فيه إن شاء يمضيه إذا رأى في ذلك مصلحة وإن شاء رده إن رأى غير ذلك.(٣)

أما الأحناف فقد خالفوا الجمهور وذهبوا إلى أنه يجوز لغير الإمام أن يعقد الذمة مع غير المسلم أصلا. ذلك لأن عقد الذمة في منزلة الدعوة إلى الإسلام ولذا تجب إجابة من طلبها من غير المسلمين رغبة في إسلامهم. (٤)

ونقول أن رأي الجمهور أجدر أن يفتى به. وذلك لأمرين:

١- أن عقد الذمة فيه خطورة قد تؤدي إلى الضرر والمفسدة على المسلمين لأن الكفار دائمو العداوة للإسلام وأهله ، فقد قال تعالى ﴿ولن ترضى عنك اليهود ولا النصارى حتى تتبع ملتهم﴾.(٥) فالإمام -وهو يمثل المسلمين جميعا- له عقدها لأنه أدرى بمصلحة المسلمين.

٢-أن العقد من قبل أفراد المسلمين يعتبر إعتداء على حق الإمام في إجراء الأمور الكلية.

المسألة الثانية: من الذي يجوز أن تعقد له الذمة ؟

قبل أن نخوض في هذه المسألة لا بد أن نثبت أولا محل النزاع من محل الإتفاق.

أولا : محل الإتفاق.

١- اتفق الفقهاء (٦) على أن المرتدين لا يجوز أن يعقد لهم الذمة. ذلك للأمور التالية:

---

(١) هم المالكية والشافعية والحنابلة. انظر: الشربيني / مغني المحتاج ٢٤٣/٤ والخرشي / شرح الخرشي ١٤٣/٣ وابن قدامة / المغني ٥٠٥/٨

(٢) الانصاري / فتح الوهاب ١٧٨/٢

(٣) انظر: الخرشي / شرح الخرشي ١٤٣/٣

(٤) انظر: ابن الهمام / الهداية وفتح القدير ٤٦٢/٥

(٥) سورة التوبة أية ١٢٠

(٦) الكاساني / البدائع ١١١/٧ والمرغيناني / الهداية ٤٩/٦ والحطاب / مواهب الجليل ٣٨١/٣ والقرطبي/الجامع لأحكام القرآن ١١٠/٨ والمقدسي / الاقناع ٤٢/٢ والبهوتي / كشاف القناع ١١٧/٣

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

أ- لأن قتلهم واجب للنص الصريح من النبي ﷺ "من بدل دينه فاقتلوه"(١) وقوله عليه السلام "لا يحل دم إمرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث الثيب الزاني والنفس بالنفس والتارك لدينه المفارق للجماعة".(٢) وقد أجمع العلماء على ذلك.

ب- أن عقد الذمة يفيد لصاحبها العصمة في دمه وماله وعرضه.(٣) والمرتد لا يستحق ذلك لأنه بردته اهدر دمه.

ج- أن عقد الذمة في حق المرتد لا يقع وسيلة إلى الإسلام لأن الظاهر أنه لم ينتقل عن الإسلام بعد أن عرف محاسنه إلا لسوء فطرته فيقع اليأس من صلاحه فلا يكون عقد الذمة في حقه وسيلة إلى الإسلام.(٤)

٢- اتفقوا (٥) أيضا على جواز أبرام عقد الذمة لأهل الكتاب من اليهود والنصارى وللمجوس.

والأصل في ذلك قبل الإجماع قوله تعالى ﴿قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون﴾. (٦)

أما جواز عقد الذمة للمجوسي فلقوله ﷺ"سنوا بهم سنة أهل الكتاب"(٧) ولأنه عليه السلام أخذ الجزية من مجوس هجر.(٨)

---

(١) النسائي / صحيح سنن النسائي ٨٥١/٣ كتاب تحريم الدم باب الحكم في المرتد وقال حديث صحيح. وابن ماجه / صحيح سنن ابن ماجه ٧٧/٢ كتاب الحدود باب المرتد عن دينه -حديث عن ابن عباس) انظر: الشوكاني / نيل الأوطار ٢/٨

(٢) النسائي / صحيح سنن النسائي ٨٥١/٣ كتاب تحليم الدم باب الحكم في المرتد ح:٣٧٨٢)حديث عن عثمان بن عفان) وقال حديث صحيح. وابن ماجه / صحيح سنن ابن ماجه ٧٧/٢ كتاب الحدود باب لا يحل دم امرئ المسلم إلا ثلاث.

(٣) المقدسي / الاقناع ٤٢/٢ والبهوتي / كشاف القناع ١٢٦/٣

(٤) زيدان / أحكام الذميين ص ٢٥)٢٦

(٥)انظر: الشافعي / الأم ١٨٣/٤ والهيتمي / تحفة المحتاج ٢٧٧/٩ ومالك / المدونة ٤٠٦/١ والكاساني/البدائع ١١٠/٧ والجصاص / أحكام القرآن ٢٨٩/٤ والبهوتي / كشاف القناع ١١٧/٣-١١٨ وابن حزم / المحلى ٣٤٥/٧

- الزرقاني ، سيدي محمد الزرقاني المتوفى سنة ١١٢٢هجرية / شرح الزرقاني على موطأ الامام مالك ، طبعة ١٩٨١ م، دار الفكر ، بيروت: ١٣٩/٢ ، حيث يأتي يشار اليه ب"الزرقاني / شرح الموطأ".

(٦) سورة التوبة آية ٢٩

(٧) رواه الإمام مالك / الموطأ ٢٧٨/١ والشوكاني / نيل الأوطار ٥٨/٨

(٨) انظر: الزيلعي / نصب الراية ٤٤٨/٣ رواه مالك / الموطأ ٢٧٨/١ باب جزية أهل الكتاب والمجوس.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

ثانيا: محل الخلاف

١– عقد الذمة لغير أهل الكتاب والمجوس كعبدة الأوثان وقد إختلف الفقهاء في جواز ذلك على أقوال هي:-

القول الأول: يجوز ذلك وهذا هو رأي فقهاء المالكية في القول المشهور(١) عندهم والأوزاعي والثوري وإبن قيم الجوزية (٢) والشوكاني. (٣)

حجتهم:

١-روى الإمام مسلم في صحيحه عن سليمان بن بريدة عن أبيه قال "كان رسول الله ﷺ إذا أمر أميرا على جيش أو سرية أوصاه في خاصته بتقوى الله ومن معه من المسلمين خيرا ثم قال "إذا لقيت عدوك من المشركين فادعهم إلى ثلاث خصال فأيتهن ما أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم ثم ادعهم إلى الإسلام فإن هم أبوا فسلهم الجزية".(٤)

وجه الدلالة في قوله عليه الصلاة والسلام "عدوك من المشركين" وهذا عام يشمل كل كافر –أهل الكتاب وسائر الكافرين– فيدل على أن الجزية لا تختص بأهل الكتاب فقط.(٥) ويؤيد ذلك أن الحديث جاء بعد نزول أية الجزية بدليل قوله ﷺ "فسلهم الجزية" ولا يسألهم الجزية إلا بعد أن نزلت أية الجزية.

٢-قياسا على المجوس فقد ثبت جواز عقد الذمة لهم فقيس على ذلك سائر المشركين.(٦)

قال ابن القيم:

"وقد أخذها ﷺ من المجوس وليسوا بأهل الكتاب". وهذا دليل على جواز أخذها من جميع المشركين.(٧)

---

(١) الحطاب / مواهب الجليل ٣٨١/٣ والقرطبي / الجامع لأحكام القرآن ١١٠/٨ والزرقاني / شرح الموطأ ١٣٩/٢

(٢) انظر: ابن القيم / زاد المعاد ٢٢٤/٣

(٣) الشوكاني / نيل الأوطار ٥٣/٨

(٤) أبو داود / سنن أبي داود ٣٧/٣ ح:٢٦١٢ كتاب الجهاد باب في دعاء المشركين. والدارمي / سنن الدارمي ٢١٦/٢ كتاب السير وقال حديث صحيح.

(٥) انظر: الشوكاني / نيل الأوطار ٥٣/٨

(٦) مالك / المدونة الكبرى ٤٠٦/١

(٧)ابن القيم / زاد المعاد ٢٢٤/٣

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

القول الثاني: ذهب جماعة من الفقهاء -منهم الشافعية (١) والحنابلة (٢) والظاهرية(٣) - إلى أنه لا يجوز عقد الذمة من غير اليهود والنصارى والمجوس.

وحجتهم:

١- أن الجزية ثبتت في القران لأهل الكتاب من اليهود والنصارى وفي السنة للمجوس فبقي ما عداهم على عدم الجواز.

٢- أن قوله تعالى ﴿ فا قتلوا المشركين حيث وجدتموهم ﴾ (٤) وقوله ﷺ "أمرت أن أقاتل الناس حتى يشهدوا أن لا اله إلا الله وأن محمدا رسول الله ويقيموا الصلاة ويؤتوا الزكاة فإذا فعلوا ذلك عصموا مني دماؤهم وأموالهم إلا بحق الإسلام وحسابهم على الله تعالى"(٥) عام لكل مشرك وكافر إلا من اليهود والنصارى والمجوس لأنهم مستثنون من القتل بعقد الذمة. أو بعبارة أخرى أن الأصل أنهم-المشركين والكفار- كانوا حربيين إلا إذا توفرت شروط أهل الذمة. منها كونهم أهل الكتاب -اليهود والنصارى- أوالمجوس.

٣- روى أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه امتنع عن أخذ الجزية من المجوس حتى يشهد عبد الرحمن بن عوف أن النبي ﷺ أخذها من مجوس هجر. (٦)

قال الخطابي:

"هذا دليل على أن رأي الصحابة أنه لا تؤخذ الجزية من كل مشرك"(٧) أي أنهم فهموا أن أمر الجزية أمر توقيفي (٨) لا تؤخذ إلا ممن أذن الله ورسوله ﷺ لهم.

---

(١) انظر: الشيرازي / المهذب ٢٦٦/٢ والشربيني / مغني المحتاج ٢٤٤/٤

- الشيخ سليمان البجيرمي / حاشية على شرح الخطيب المعروف بالإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ، طبعة ١٩٥١ م ، مصطفى الحلبي ، القاهرة: ٢٧٠/٤ ، حيث يأتي يشار إليه ب"البجيرمي / حاشيته على الخطيب".

(٢) انظر: البهوتي / كشاف القناع ١١٧/٣-١١٨

(٣) ابن حزم / المحلى ٣٤٥/٧

(٤) سورة التوبة أية ٥

(٥) البخاري / صحيح البخاري ٧٥/١ كتاب الإيمان. والنسائي / صحيح سنن النسائي ٦٤٧/٢ -٦٤٩ كتاب الجهاد باب وجوب الجهاد وقال صحيح متواتر. وأبو داود / سنن أبي داود ٤٤/٣ ح:٢٦٤ كتاب الجهاد باب على ما يقاتل المشركون.

(٦) الإمام مالك / الموطأ ٢٧٨/١ كتاب الزكاة باب جزية أهل الكتاب والمجوس.

(٧) الخطابي ، أبو سليمان حمد بن محمد الخطابي المتوفى سنة ٣٨٨ هجرية / معالم السنن ، مطبعة محمد راغب الطباخ بحلب : ٣٩/٣ ، حيث يأتي يشار إليه ب"الخطابي / معالم السنن".

(٨) انظر: الصنعاني / سبل السلام ١٢٢/٤

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

القول الثالث: وذهب أبو يوسف من الحنفية (١) إلى جواز أخذ الجزية من جميع أهل الشرك من المجوس وعبدة الأوثان وعبدة النيران والحجارة والصابئين والسامرة إلا من أهل الأوثان من العرب فإن الحكم فيهم أن يعرض عليهم الإسلام فإن رفضوا ذلك يقتل رجالهم وتسبي نساؤهم وصبيانهم.(٢)

واحتج لذلك كما احتج أصحاب الرأي الأول إلا أنه قال أن قوله تعالى ﴿ فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ﴾ نزلت في عبدة الأوثان من العرب مختصة بهم فلا يجوز لذلك عقد الذمة لهم. ويؤيد ذلك أنه لم ينقل عنه ﷺ أنه أخذ الجزية من مشركي العرب.

أقول: الراجح عندي ما قاله أصحاب الرأي الأول من جواز عقد الذمة من كل الأمم سواء كانوا من أهل الكتاب أوالمجوس أم من عبدة الأوثان لوجوه:

١- أن حديث بريدة صريح في ذلك وفيه قوله ﷺ "عدوك من المشركين" وهو يشمل كل كافر. وهو -كما هو الظاهر- حجة في أن قبول الجزية لا تختص فقط بأهل الكتاب والمجوس.(٣)

٢- أما قوله تعالى ﴿فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم﴾ فإنها نزلت قبل آية الجزية وكان ﷺ يقاتل المشركين -اليهود منهم والعرب- ولم ينقل إلينا أنه ﷺ أخذ الجزية منهم. فالكفار - اليهود والعرب - بين الأمرين إما الإسلام وإما القتال. ثم بعد ذلك نزلت آية الجزية فأخذها النبي ﷺ من نصارى نجران كما أخذها من المجوس فهذا يدل على جواز أخذها من جميع المشركين.

٣- قال صاحب سبل السلام: " آية الجزية تفيد أخذها من أهل الكتاب ولم تتعرض لأخذها من غيرهم ولا لعدم أخذها والحديث أي حديث بريدة بين أخذها من غيرهم فحمل قوله ﷺ "عدوك" لأهل الكتاب في غاية البعد".(٤)

٤- أما عدم أخذ الرسول ﷺ الجزية من مشركي العرب فلإنها لم تشرع إلا بعد الفتح وقد دخل العرب في الإسلام أفواجا ولم يبق منهم محارب.

قال ابن القيم:

".... لم تؤخذ منهم الجزية لعدم من تؤخذ منه لا لأنهم ليسوا من أهلها".(٥)

---

(١) انظر: أبو يوسف ، يعقوب بن ابراهيم المتوفى سنة ١٨٢ هجرية / الخراج ، تحقيق إحسان عباس ، الطبعة الاولى ١٩٨٥ م ، دار الشروق: ص٢٧٢ ، حيث يأتي يشار اليه ب"أبو يوسف / الخراج".

(٢) أبو يوسف / الخراج ٢٧٢

(٣) انظر: الشوكاني / نيل الأوطار ٥٣/٨

(٤) الصنعاني / سبل السلام ٨٧/٤

(٥) ابن القيم / زاد المعاد ١٥٤/٣

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

٥- لقد فتح الصحابة بلاد الفرس والروم وفي رعاياهم العرب خصوصا الشام والعراق و لم يبحثوا عن عربي من أعجمي بل عمموا حكم السبي والجزية على جميع من استولوا عليه.(١)

ثانيا: العنصر الثالث (رفع النزاع)

إن عقد الذمة يعني إنهاء الخصومة بين المسلمين وغير المسلمين على أن يخضع غير المسلمين لسلطان المسلمين وأن تجري عليهم أحكام الإسلام وأن يلتزم المسلمون بالكف عنهم وحمايتهم.(٢) عملا بقوله ﷺ "احفظوني في ذمتي".(٣) قال الإمام علي بن أبي طالب رضي الله عنه "إنما بذلوا الجزية لتكون أموالهم كأموالنا ودماؤهم كدمائنا".(٤)

فالذميون -بعقد الذمة- صار لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين. (٥) وبيان ذلك أن أهل الذمة يتمتعون -مقابل دفع الجزية بصفة عامة- بنفس الحقوق التي يتمتع بها المسلمون وأن المسلمين ملزمون بدفع العدوان والأذى عنهم.(٦)

والذميون لهم حق العصمة في أنفسهم وأموالهم وأعراضهم ولهم حق ممارسة شعائرهم الدينية وممارسة الأنشطة التجارية (٧) وتولي الوظائف العامة باستثناء بعض الوظائف الدينية. كتب عمر بن الخطاب إلى أبي عبيدة بن جراح رضى الله عنهما " فإذا أخذت منهم الجزية فلا شيء لك عليهم ولا سبيل".(٨)

ثالثا: العنصر الرابع (بدل الصلح أو الجزية)

قلنا في المبحث الأول أن من أركان عقد الذمة الأساسية "الجزية " وهي عبارة عما لزم الكافرون من مال لأمنهم وإستقرارهم تحت حكم الإسلام وصونهم.

---

(١) الصنعاني / سبل السلام ٨٨/٤

(٢) انظر: الماوردي / الأحكام السلطانية ١٣٤

(٣) ويؤيد ذلك ما رواه الإمام مسلم أن هشام بن حكيم الصحابي مر على اناس من الأنباط في الشام قد اقيموا في الشمس فقال "ما شأنكم" قالوا "حبسوا في الجزية" فقال هشام أشهد أني سمعت رسول الله يقول "إن الله يعذب الذين يعذبون الناس في الدنيا" . انظر: صحيح مسلم كتاب البر والصلة ٢٠١٧/٤ وأبو داود كتاب الخراج ١٥٩/٣

(٤) الزيلعي / نصب الراية ٢٦٩/٤

(٥) الكاساني / البدائع ٣٧/٢

(٦) انظر : الكاساني / البدائع ١١١/٧

(٧) انظر : ابن تيمية / مجموع الفتاوى ١١٤/٤ والبهوتي / كشاف القناع ١٢٩/٣ وما بعدها.

(٨) أبو يوسف / الخراج ص ٣٠١

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

وما الجزية إلا بدل الصلح يفرض على الأشخاص المقيمين في دار الإسلام من غير المسلمين مقابل توفير الحماية لهم والمحافظة عليهم وإعفائهم من واجبات الدفاع عن الدولة الإسلامية لأن الكفار بدون عقد الذمة مهدرو الدم لقوله تعالى ﴿ قاتلوا الذين لا يؤمنون با لله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ما حرم ا لله ورسوله ولا يدينون دين الحق من الذين أوتوا الكتاب﴾ وبعقد الذمة عصموا دمهم وماهم وعرضهم لقوله تعالى ﴿ حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون﴾.

المسألة الأول: من يجب عليه الجزية

إتفق فقهاء المذاهب الأربعة على أنه لا تجب الجزية إلا على ذكر بالغ عاقل فلا تجب على الصبيان والنساء والمجانين. (١)

والدليل على ما قالوا:

١- قوله تعالى ﴿قاتلوا الذين لا يؤمنون.....إلى أخرها﴾.

وجه الدلالة أن الجزية بدل القتال فلا تجب على من ليس من أهل القتال من الصبيان والنساء والمجانين.(٢)

٢-روى معاذ بن جبل أنه قال : بعثني النبي ﷺ إلى اليمن فأمرني أن آخذ من كل حالم دينارا أو عدله معافريا(٣)".(٤)

قال الصنعاني:

"وفي الحديث دليل على أن الجزية لا تجب على الأنثى لقوله ﷺ "حالم" والحالم البالغ الذكر. (٥)

---

(١) انظر: الكاساني / البدائع ١١١/٧ وابن الهمام / فتح القدير ٥٠/٦ والجصاص / أحكام القرآن ٩٦/٣ والخرشي / شرحه ١٤٤/٣ والزرقاني / شرح الموطأ ١٤١/٢ والقرطبي / الجامع لأحكام القرآن ١١٢/٨ والشيرازي / المهذب ٢٦٨/٢ والشافعي / الأم ١٨٥/٤ والبهوتي / كشاف القناع ١٢٠/٣

(٢) انظر: القرطبي / الجامع لأحكام القرآن ١١٢/٨

(٣) "معافري" بفتح الميم فعين مهملة بعدها ألف ففاء وراء بعدها ياء النسبة إلى المعافر وهي بلد باليمن تصنع فيها الثياب فنسبت إليها فالمراد "أو عدله ثوبا معافريا". انظر: الصنعاني / سبل السلام ١٢٤/٤

(٤) أحمد / مسند الإمام أحمد ٣٤١/٤ وأبو داود / سنن أبي داود باب الإمارة ٣٠ حديث صحيح.

(٥) انظر: الصنعاني / سبل السلام ١٢٥/٤

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

وهذا التقدير ثابت عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه.(١)

الرأي الثاني: فقد وافق المالكية والشافعية في تقسيم أحوال المكلف بها بحسب الطاقة والوسع إلا أن المالكية قالوا ألا يزاد مقدارها على أربعين درهما (٢) وقال الشافعية (٣) بأن أقل الجزية دينار لكل سنة. وإذا كان حال المكلف بها متواسطا فعليه ديناران أو كان غنيا فعليه أربعة دنانير استحبابا.

واحتج الشافعية على ما قالوا بما روى عن معاذ بن جبل أنه ﷺ لما وجهه إلى اليمن أمره أن يأخذ من كل حالم دينارا أو عدله من المعافر.(٤)

أقول أن مقدار الجزية له حدان -الحد الأدنى والحد الأقصى- أما الحد الأدنى فدينار بدليل حديث معاذ بن جبل وهو حديث صحيح (٥) كما ذكره المحدثون فيجب الأخذ به. أما الحد الأقصى فلم يوجد نص صريح في ذلك إلا ما روى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه ومن المعلوم أن قول الصحابي ليس بحجة. (٦)

وإذا عرفنا ذلك تبين لنا أن الحد الأقصى متروك للإجتهاد ومفوض إلى رأي الإمام.

المسألة الثالثة: وقت وجوب الجزية

يرى جمهور الفقهاء أن الجزية تجب في آخر السنة وتؤخذ مرة واحدة لأنها مال يتكرر بتكرار الحول أو يؤخذ في أخر كل حول كالزكاة.(٧)

أما عند الحنفية فتؤخذ في أول السنة. وعند أبي يوسف تؤخذ الجزية اقساطا لكل شهرين قسط. وعند محمد تؤخذ مقسطة لكل شهر.(٨)

أقول إن الأمر لا دليل نقلي فيه ولذلك يفوض إلى تقدير الإمام واجتهاده ، فإن رأى أن المصلحة في أخذها عند أول السنة أو أخرها فله ذلك وإن رأى غير ذلك تبع المصلحة حيثما تتحقق.

---

(١) انظر: الزيلعي / نصب الراية ٤٤٧/٣

(٢) انظر: الدردير / الشرح الكبير ٢٠١/٢

(٣) انظر: الحسيني / كفاية الأخيار ص ٥١٠

(٤) النسائي / سنن النسائي ٥١٧/٢ كتاب الزكاة باب زكاة البقر ح: ٢٢٩٨ وأبو داود / سنن أبي داود ٥٨٩/٢ كتاب الخراج والإمارة والفيء باب في أخذ الجزية.

(٥) انظر صفحة ١٥٥

(٦) انظر: الشوكاني / إرشاد الفحول ص ٤٠٦

(٧) انظر: الشربيني / مغني المحتاج ٢٤٨/٤ والسرخسي / المبسوط ٨٢/١٠ والمقدسي / الاقناع ٤٤/٢ والشيرازي / المهذب ٢٦٧/٢

(٨) انظر: نظام / الفتاوى الهندية ٢٤٤/٢ والكاساني / البدائع ١١١/٧ وابن عابدين / حاشيته ٣٦٩/٣

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المسألة الرابعة: ما تكون منه الجزية (مال الجزية)

من الثابت أنه لا يتعين في الجزية ذهب ولا فضة فيجوز دفع ما تيسر من أموال أو من سلاح أو ثياب أو حواش أو حبوب وغير ذلك.

والدليل على ذلك حديث معاذ بن جبل السابق وفيه أمره ﷺ أن يأخذ من كل ذي صنعة من متاعه من صاحب الإبر إبرا ومن صاحب المسان مسانا ومن صاحب الحبال حبالا.(١)

المطلب الثاني: الصلح بالمال مع الدول غير الإسلامية

الفرع الأول: أحوال الصلح بالمال مع الدول غير الإسلامية

للصلح بالمال مع الدول غير الإسلامية حالتان هما:

الحالة الأولى: الدار التي استولى عليها المسلمون بمقتضى عقد الصلح. وبيان ذلك أن أهل الدار (غير المسلمين) هم الذين صالحوا المسلمين على أن يكونوا أي غير المسلمين في دارهم لا تجري عليهم أحكام الإسلام كما تجري على أهل الذمة ولكن عليهم الكف عن محاربة المسلمين.(٢) أي يكون أهلها قد ارتبطوا بالدولة الإسلامية بمواثيق وعهود على شرائط معينة.

فهذا الصلح جائز والأصل في ذلك أن رسول الله ﷺ (٣) عقد الصلح بينه وبين النصارى - من نجران- وفرض عليهم ضريبة (بدل الصلح) ، وتسمى هذه الدار بعد عقد الصلح دار العهد أو دار الصلح أو دار الهدنة. (٤)

وقد قلنا سابقا أن أساس علاقة هذه الدار مع الدولة الإسلامية مبني على شروط معينة. ومن هذه الشروط ما هو توقيفي(٥) ومنها ما هو إجتهادي.

ومما ينبغي ملاحظته هنا إن الدولة الإسلامية لها أن تعقد الصلح مع أهل دار العهد بدون عوض يدفعه أهلها إليها كما يجوز لها الصلح معهم بشرط عوض يدفعونه للدولة الإسلامية.

فإذا تم العقد بشرط العوض فلا يخلو من أحدى صورتين هما:

---

(١) انظر: ابن القيم / أحكام أهل الذمة ٣٠/١

(٢) ابن القيم / أحكام أهل الذمة ٤٧٦/٢

(٣) انظر القصة في زاد المعاد ٦٤٥/٣

(٤) ابن القيم / أحكام أهل الذمة ٤٧٦/٢

(٥) المراد بالتوقيفي الشروط قد نصها الله ورسوله في الكتاب والسنة.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الاولى: أن يجري الصلح على أن تكون ملكية الأراضي لغير المسلمين من أهل الصلح أو بعبارة أخرى أن تبقى الأراضي مملوكة لأصحابها مقابل خراج يؤدونه عنها إلى الدولة الإسلامية ولهم بيعها وغرسها ورهنها وهذا الخراج بمنزلة الجزية عن أهل الذمة. وهذا الصلح صحيح. وإن أسلم أهلها سقط عنهم وتبقى الأراضي ملكا لهم بغير خراج يتصرفون فيها كيف شاؤوا.(١)

الثانية: أن يجري الصلح على أن تكون الأراضي مملوكة للمسلمين. وحكم هذه الأراضي أن تقر في أيدي أصحابها مقابل خراج يؤدون عنها إلى الدولة الإسلامية.(٢) وهذا الصلح صحيح عند عامة الفقهاء.(٣) والدليل على ذلك أنه ﷺ فتح خيبر وصالح أهلها على أن يعمروا أراضيها ولهم شطر ثمرتها.(٤)

الحالة الثانية: الصلح بالمال الإضطراري

فالأصل أنه لا يجوز الصلح مع الكفار بمال يدفعه المسلمون للكفار لأن في ذلك ذلا وصغارا وعارا على المسلمين. ولكن قد تكون الدولة الإسلامية في حالة من مواجهة المشاكل الداخلية مثل قلة عدد المسلمين أو ضعفهم في الأسلحة أو في مواجهة المشاكل الخارجية كأن يحاصر الكفار المسلمين ويخاف المسلمون الهلاك مما يضطرهم إلى طلب مصالحة الكفار أو الدولة غير الإسلامية. وعندئذ قد يطلب الكفار من المسلمين أن يدفعوا لهم مالا كبدل الصلح بينهم ، ففي هذه الحالة يجوز للدولة الإسلامية فعل ذلك عند عامة الفقهاء (٥) طبقا للقاعدة "الضرورات تبيح المحظورات " وطبقا للقاعدة "الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف ويختار أهون الشرين ".(٦)

قال ابن العربي وهو من المالكية :

---

(١) انظر: الماوردي / الأحكام السلطانية ص ١٣٨ و١٤٧ وأبو يعلى / الأحكام السلطانية ١٤٨و١٤٩و١٦٤ وداماأفندي / مجمع الأنهر ٦٦٢/١ والعيني / البناية ٦٤٣/٦ وابن مفلح / المبدع ٣٧٩/٣ والبهوتي / كشاف القناع ٩٥/٣-٩٦ والإقناع ٣١/٢-٣٢ والشافعي / الأم ٢٩٨/٤

(٢) وقولنا "أن الأراضي تكون مملوكة للمسلمين" يعني أنها تصير وقفا لا يجوز بيعها ولا رهنها.

(٣) انظر: الماوردي / الأحكام السلطانية ١٣٨ وأبو يعلى / الأحكام السلطانية ١٤٨-١٤٩و١٦٤ والبهوتي / كشاف القناع ٩٥/٣-٩٦ وابن مفلح / المبدع ٣٧٩/٣ والإقناع ٣١/٢-٣٢ والعيني / البناية ٦٤٣/٦

(٤) انظر: ابن القيم / زاد المعاد ٣٢٦/٣

(٥) انظر: العيني / البناية ٥٢٠/٦-٥٢١ والموصلي / الاختيار ١٢١/٤ وابن مفلح / المبدع ٢٩٨/٣ والبهوتي / كشاف القناع ١١٢/٣ والمقدسي / الكافي ٢١١/٤ والشافعي / الأم ١٩٩/٤ والشربيني / مغني المحتاج ٢٦١/٤ والشيرازي / المهذب ٢٦٠/٢ وابن العربي / أحكام القرآن ١٠٢٠/٢

(٦) الندوي / القواعد الفقهية ٢٧٦

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

"ويجوز عند الحاجة -للمسلمين- عقد الصلح بالمال يبذلونه للعدو ".(١)

وجاء في الإختيار لتعليل المختار في الفقه الحنفي:

"وإن دفع إلى الكفار مالا ليوادعوه جاز عند الضرورة وهو خوف الهلاك لأن دفع الهلاك واجب بأي طريق كان فإنه إذا لم يكن بالمسلمين قوة ظهر عليهم عدوهم فأخذ الأنفس والأموال وإن لم يكن ضرورة لا يجوز لما فيه إلحاق الذلة بالمسلمين".(٢)

قال الشيرازي وهو شافعي المذهب:

" لا يجوز بمال يؤدي إليهم من غير ضرورة لأن ذلك إلحاق صغار للإسلام فلم يجز من غير ضرورة فإذا دعت إلى ذلك ضرورة بأن أحاط الكفار بالمسلمين وخافوا الإصطلام جاز ذلك.(٣)

جاء في الكافي في فقه الإمام أحمد:

" أما مصالحة الكفار على مال يدفعه المسلمون إليهم فقد أطلق أحمد المنع منه لأن فيه صغارا على المسلمين وهذا محمول على غير حال الضرورة. فأما عند الحاجة مثل أن يخاف على المسلمين قتلا أو أسرا أو تعذيب من عندهم من الأساري فيجوز لأن الضرر المخوف أعظم من الضرر ببذل المال فجاز دفع أعلاهما بأدناهما ".(٤)

واستدل الفقهاء على ما قالوا بالأمور التالية:-

١- ما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن الحرث بن عمرو الغطفاني رئيس غطفان قال للنبي ﷺ "إن جعلت لي شطر ثمار المدينة وإن لا ملأتها عليك خيولا ورجالا" فقال النبي ﷺ "حتى أشاور السعدين (سعد بن معاذ وسعد بن عبادة) فقالا "إن كان هذا بأمر من السماء فتسليم لأمر الله وإن كان برأيك فرأينا تبع لرأيك وإن لم يكن بأمر من السماء ولا برأيك فوالله ما كنا نعطيهم في الجاهلية ثمرة إلا شراء أو كراء وكيف وقد أعزنا الله بك".(٥)

وفي رواية أخرى أنه ﷺ أرسل إلى عيينة بن الحصين وهو مع أبي سفيان "أرأيت إن جعلت لك ثلث ثمار الأنصار أترجع بمن معك من غطفان وتخذل الأحزاب؟" فأرسل إليه عيينة "إن جعلت الشطر فعلت".(٦)

---

(١) ابن العربي / أحكام القرآن ١٠٢٠/٢

(٢) الموصلي / الاختيار ١٢١/٤

(٣) الشيرازي / المهذب ٢٦٠/٢

(٤) المقدسي / الكافي ٢١١/٤

(٥) سبق تخريجه في صفحة ١٣٧

(٦) سبق تخريجه في صفحة ١٣٧

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

وجه الدلالة أن رسول الله ﷺ قد هم أن يعطي بعض ثمر المدينة لبعض الكفار الذين كانوا في جملة الأحزاب ، فلم يوافقه على القدر الذي كان سمح له به من ثمر المدينة حتى أفاء الله بنصره.(١) ولو لا أن ذلك جاز لما جاء اقتراحه منه ﷺ.(٢)

٢- قاعدة "الضرورات تبيح المحظورات". وذلك لأن السلطة المسلمة في هذه الحالة وقعت بين الأمرين: إما الكفاح وهو يؤدي إلى الهلاك -عادة- وإما الصلح الذي اشترط الكفار فيه بدفع المال إليهم وهو يؤدي إلى الذل والعار والصغار ، فعندئذ جاز لها إبرام الصلح مع هؤلاء الكفار ولو بدفع المال إليهم طبقا لهذه القاعدة.

قالوا أنه إذا جاز للمسلمين فداء أساراهم من الكفار -إجماعا- فكذلك جاز لهم الصلح معهم -عند الضرورة- بمال يدفعونه إلى عدوهم لأن المسلمين إذا صاروا إلى هذا الحد فهم بمنزلة الأسارى.

قال البهوتي رحمه الله:

"ويجوز عقد الهدنة عند الضرورة ولو بمال ضرورة مثل أن يخاف على المسلمين الهلاك أو الأسر لأنه يجوز للأسير فداء نفسه بالمال فكذا هنا وجاز تحمل صغار دفعه لدفع صغار أعظم منه وهو القتل والأسر وسبي الذرية المفضي إلى كفرهم".(٣)

الفرع الثاني: آثار الصلح بالمال مع الدول غير الإسلامية

يمكن تحديد آثار الصلح بالمال مع الدول غير الإسلامية بالأثرين التاليين وهما:-

الأول: توقف الحرب أو القتال لمدة متفق عليها حيث لا يجوز بعد ذلك للمسلمين القيام بأي عمل من أعمال الحرب امتثالا لقوله تعالى ﴿ فإن اعتزلوكم فلم يقاتلوكم وألقوا اليكم السلم فما جعل الله لكم عليهم سبيلا﴾.(٤)

قال إبن كثير رحمه الله:

"قوله تعالى ﴿وألقوا اليكم السلم﴾ أي المسالمة وقوله تعالى ﴿فما جعل لكم عليهم سبيلا﴾ أي فليس لكم أن تقاتلوهم ما دامت حالهم كذلك (أي في حالة المسالمة والمصالحة)".(٥)

وقال الإمام الشوكاني رحمه الله:

---

(١) انظر: ابن رشد / بداية المجتهد ٣٨٨/١ والبهوتي / كشاف القناع ١١٢/٣

(٢) انظر: البهوتي / كشاف القناع ١١٢/٣

(٣) البهوتي / كشاف القناع ١١٢/٣

(٤) سورة النساء أية ٩٠

(٥) إبن كثير / تفسيره ٥٨٦/١

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

"قوله تعالى ﴿وألقوا اليكم السلم﴾ أي الصلح كما قاله الربيع ، وقوله تعالى ﴿فما جعل لكم عليهم سبيلا﴾ أي فلا يحل لكم بعد المصالحة قتلهم ولا أسرهم ولا نهب أموالهم". (١)

الثاني: وجوب تنفيذ شروط الصلح كاملا ، فلا يجوز مخالفتها. (٢) وقد أمر الله بذلك بقوله ﴿وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم ولا تنقضوا الأيمان بعد توكيدها وقد جعلتم الله عليكم كفيلا﴾.(٣)

والأية وإن نزلت في بيعة النبي ﷺ كما ذكره المفسرون (٤) إلا أن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب.(٥)

ولذا قال الأستاذ وهبة مصطفى الزحيلي:

"ومعنى الأية وفوا بالعهود والمواثيق وحافظوا على الأيمان المؤكدة. والمراد بعهد الله كل ما يجب الوفاء به من تطبيق أحكام الإسلام وكل عهد يلتزمه الإنسان باختياره. والوعد من العهد كما قاله إبن عباس". (٦)

ويؤيد ذلك ما روي عن عمرو بن عنبسة أنه سمع رسول الله ﷺ يقول "من كان بينه وبين قوم عهد فلا يشد عقدة ولا يحلها حتى ينقضي أمدها أو ينبذ إليهم على سواء".(٧)

والله تعالى أعلم بالصواب واليه ترجع الأمور.

---

(١) الشوكاني / فتح القدير ٧٤٩/١

(٢) انظر: المباركفوري ، محمد بن عبد الرحيم / تحفة الأحوذي شرح جامع الترمذي ، الناشر مكتبة ابن تيمية، القاهرة: ٢٠٣/٥-٢٠٤ ، حيث يأتي يشار إليه ب"المباركفوري / تحفة الأحوذي".

- الأبادي ، محمد شمس الحق العظيم / عون المعبود شرح سنن أبي داود ، دار الفكر ، بيروت: ٤٣٩/٧ ، حيث يأتي يشار إليه ب"الأبادي / عون المعبود".

(٣) سورة النحل أية ٩١

(٤) أخرج إبن جرير عن بريدة أنه قال "نزلت هذه الأية في بيعة النبي صلى الله عليه وسلم كان من أسلم يبايع النبي صلى الله عليه وسلم على الإسلام فقال تعالى "وأوفوا بعهدكم" أي فلا تحملنكم قلة أتباع محمد صلى الله عليه وسلم وكثرة المشركين أن تنقضوا البيعة التي بايعتموه على الإسلام وإن كان في المسلمين قلة وفي المشركين كثرة".

(٥) انظر: القطان / المباحث في علوم القرآن ص ٨٢

(٦) الزحيلي / التفسير المنير ١٤/ ٣١٩

(٧) أبو داود / سنن أبي داود ٤٤٠/٣ رقم:٢٧٥٩ كتاب الجهاد.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الفصل السادس
فسخ عقد الصلح بالمال وانفساخه

التمهيد

سوف نتعرض في هذا الفصل إلى أحكام الشريعة الإسلامية في فسخ عقد الصلح بالمال وانفساخه(١) وما يترتب عليهما.

ويتكون الفصل من المباحث التالية:-

المبحث الأول: أسباب فسخ عقد الصلح بالمال.

المبحث الثاني: أسباب انفساخ عقد الصلح بالمال.

المبحث الثالث: ما يترتب (آثار) على فسخ عقد الصلح بالمال.

(١) الفرق بين الفسخ والانفساخ أن الأول عبارة عن نقض الصلح بفعل من العاقدين أو أحدهما ، بينما الثاني عبارة عن انتهاء الصلح بسبب خارج عن إرادتهما. انظر: الدكتور نزيه حماد / دراسات فقهية ، الطبعة الأولى ١٩٩٠م، دار الفاروق ، المملكة العربية السعودية: ص ١٢١ ، حيث يأتي يشار إليه ب"نزيه / دراسات فقهية".

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المبحث الأول
أسباب فسخ عقد الصلح بالمال

المطلب الأول: في العقود المالية –المعاوضات–

أولا: يفسخ عقد الصلح إذا تراضى الطرفان على فسخه (الإقالة).(١) وذلك إذا طلب أحد الطرفين فسخ العقد ورضي الأخر به فإنه ينتقض العقد.

وهذا الحكم يختص فيما إذا انعقد الصلح على العين المدعاة(٢) أو على غير العين المدعاة(٣) أو على منفعة غير العين المدعاة(٤) ، لأن هذه الصور من العقود لازمة صحيحة خالية من الخيار.

أما إذا كان العقد غير لازم كالصلح على منفعة العين المدعاة فلا يتوقف على طلب الإقالة ، بل يجوز لكل من الطرفين الفسخ متى أراد.(٥)

ثانيا: يبطل عقد الصلح أيضا برد بدل الصلح أو رد المصالح عنه بحق خيار العيب أو خيار الرؤية.(٦)

والمراد بخيار العيب أن يكون لأحد العاقدين حق فسخ العقد إذا وجد في المعقود عليه –سواء كان بدل الصلح أو المصالح عنه– عيبا ولا يعلمه وقت التعاقد.(٧) ذلك لأن سلامة المعقود عليه شئ مطلوب في العقد ، فإذا لم تتوفر السلامة اختل رضا العاقد بالعقد وقد قلنا أن الرضا ركن أساسي لصحة العقد. والرد يفسخ العقد.

---

(١) انظر: دامادافندي / مجمع الأنهر ٧١/٢ والكاساني / البدائع ٥٤/٦

(٢) انظر: الدسوقي / حاشيته ١١٠/٤ والشربيني / مغني المحتاج ٤٠١/٢ وابن قدامة / المغني ٦٦٩/٥

(٣) انظر: الكاساني / البدائع ٢٢٨/٥ والدسوقي / حاشيته ٦/٣ والكوهجي / زاد المحتاج ٤٩/٢ وابن قدامة / المغني ٥٦٥/٣

(٤) انظر: السرخسي / المبسوط ٢/١٦ والكاساني / البدائع ٢٠١/٤ وابن رشد / بداية المجتهد ٢٢٩/٢ والشربيني / مغني المحتاج ٣٥٥/٢ وابن قدامة / المغني ٤٤٨/٥

(٥) انظر: الكاساني / البدائع ٢١٦/٦ والشربيني / مغني المحتاج ٢٧٠/٢ وابن قدامة / المغني ٢٢٩/٥

(٦) انظر: الزيلعي / تبيين الحقائق ٣٢/٥ والكاساني / البدائع ٥٤/٦ ودامادافندي / مجمع الأنهر ٣٠٨/٢ والشربيني / مغني المحتاج ١٨/٢ والدسوقي / حاشيته ٢٥/٣ وابن قدامة / المغني ٥٧٩/٣

(٧) انظر: الشلبي / المدخل ص ٦١٦

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

فالعيوب الموجبة للخيار هي كل ما ينقص القيمة أو يفوت فيه غرض صحيح أو ينفر الفطرة السليمة من القبول.(١)

والمراد بخيار الرؤية هو حق يثبت بمقتضاه لأحد العاقدين أن يفسخ العقد أو أن يمضيه عند رؤية محل العقد إذا لم يكن قد رآه وقت التعاقد أو قبله بوقت لا يتغير فيه.(٢)

فإذا ادعى أحد على آخر دارا في يده مثلا ثم تصالحا على مال معين لم يره المصالح من قبل فإذا رآه كان له حق الخيار ، فإذا اختار الفسخ بطل العقد.

المطلب الثاني: في الأحوال الشخصية

الفرع الأول: في الخلع

أولا: يفسخ الخلع إذا رجع الطرفان عنه ويكون لهما بعد ذلك أن يجددا عقد الزواج ولا ينقص به عدد الطلاق لأن الخلع فسخ وليس بطلاق.

وهذا ما ذهب اليه الشافعية في قول والإمام أحمد في رواية وابن عباس وطاووس وعكرمة وإسحاق.(٣)

بينما ذهب الجمهور(٤) إلى أن عقد الخلع إذا فسخ أو انفسخ يقع طلاقا بائنا وينقص به عدد الطلاق.(٥)

ثانيا: يفسخ عقد الخلع أيضا وينقلب طلاقا إذا خالعت المرأة زوجها بغير عوض. وهذا ما ذهب إليه المالكية (٦) والشافعية.(٧) وهو أيضا رأي الأحناف(٨) والإمام أحمد في رواية(٩) إذا نوى الزوج به الطلاق.

---

(١) انظر: الشربيني / مغني المحتاج ٥١/٢ والكاساني / البدائع ٢٨٤/٥ والدسوقي / حاشيته ١٢٠/٣ وابن قدامة / المغني ١٦٨/٤

(٢) الشلبي / المدخل ص ٦١٨

(٣) انظر: ابن قدامة / المغني ٥٦/٧-٥٧ وابن حجر / فتح الباري ٤٩٧/١٠ والشوكاني / نيل الأوطار ٢٨٠/٦

(٤) هم الأحناف والمالكية والشافعية.

(٥) انظر: السرخسي / المبسوط ١٧١/٦ وابن نجيم / البحر الرائق ٧٧/٤ وابن رشد / بداية المجتهد ٦٩/٢ وابن جزى / القوانين ص ٢٥٧ والشربيني / مغني المحتاج ٢٦٨/٣ والنووي / روضة الطالبين ٣٧٥/٧

(٦) انظر: الدردير / الشرح الصغير ٤٤١/١

(٧) انظر: الشربيني / مغني المحتاج ٢٦٨/٣

(٨) انظر: ابن عابدين / حاشيته ٤٤٠/٣

(٩) انظر: ابن قدامة / المغني ٦٧/٧

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

بينما ذهب الإمام أحمد في الرواية الثانية(١) والأحناف (٢) فيما إذا لم ينو المخالع الطلاق إلى صحة عقد الخلع ولو بدون عوض ، ويترتب على ذلك ما يترتب على عقد الخلع بعوض.

الفرع الثاني: في التخارج

التخارج إما عقد قسمة وإما عقد بيع كما تقدم بيانه.(٣) وعلى ذلك يجوز فسخه بأحد أمرين:

١- يفسخ التخارج إذا تراضى الطرفان على فسخه ، فإذا طلب أحدهما فسخه ورضي الأخر به يفسخ العقد.(٤)

٢- يفسخ أيضا برد بدل الصلح أو برد المصالح عنه عند خيار العيب أو خيار الرؤية.(٥)

المطلب الثالث: في الجنايات والعقوبات

وقد تقدم (٦) أن الصلح بالمال في الجنايات والعقوبات مبني على أحد الأمور التالية:

١- الدية إذا كانت الجريمة هي القتل أو إتلاف أي عضو من أعضاء الإنسان الأساسية أو منافع الأعضاء.

٢- الأرش إذا كانت الجريمة هي إتلاف ما دون أعضاء الإنسان الأساسية.

٣- المبلغ الخاص الذي اتفق عليه الطرفان سواء أقل من مقدار الدية أو أكثر.

وإذا اتفق الطرفان بعد ذلك على فسخ أو إسقاط الدية أو الأرش أو المبلغ المتفق عليه بينهما، فلهما ذلك.(٧)

---

(١) انظر: ابن قدامة / المغني ٦٧/٧

(٢) انظر: ابن عابدين / حاشيته ٤٤١/٣

(٣) انظر صفحة ٩٨

(٤) انظر: الكاساني / البدائع ٣٠٦/٥ وابن جزى / القوانين الفقهية ص ٢٧٢ والشربيني / مغني المحتاج ٩٦/٢ وابن قدامة / المغني ١٣٦/٤

(٥) انظر: ابن رشد / بداية المجتهد ٢٧٠/٢ والشربيني / مغني المحتاج ١٨/٢ وابن قدامة / المغني ٥٨٠/٤ والسرخسي / المبسوط ٦٩/١٣

(٦) انظر صفحة ١٠٨

(٧) قال ابن قدامة رحمه الله في المغني "أجمع أهل العلم على جواز العفو عن القصاص وأنه أفضل". راجع المغني ٧٤٣/٧ والدليل على ذلك قوله تعالى ﴿فمن عفي له من أخيه شيئ فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان﴾ (سورة البقرة أية ١٧٨) وقوله تعالى ﴿فمن تصدق به فهو كفارة له﴾ (سورة المائدة أية ٤٥).

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المطلب الرابع: في المعاهدات

الفرع الأول: في المعاهدات الدولية

الأصل وجوب الوفاء بالمعاهدة حتى تنتهي مدتها أو ينقضها العدو. قال الله تعالى ﴿ياأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾.(١)

ولكن يجوز للمسلمين فسخها بأحد الأسباب التالية:

أولا: خوفهم من غدر عدوهم وخيانته ، فإذا ظهرت أمارات تدل على أن له نية للخيانة فإنه يجوز حينئذ فسخ العهد لقوله تعالى ﴿وإما تخافن من قوم خيانة فانبذ إليهم على سواء إن الله لا يحب الخائنين﴾.(٢)

فقد قال الأستاذ الزحيلي في بيان معنى الأية:

"إن توقعت من قوم معاهدين وغلب على ظنك خيانة بنقض العهد الذي بينك وبينهم بأمارة ظاهرة وقرينة واضحة فاطرح لهم عهدهم على سواء فتكون أنت وهم متساويين في العلم بنقض العهد وبأنك حرب لهم وهم حرب لك".(٣)

أما إذا لم تقم أي أمارة أو قرينة تدل على خيانتهم فليس لهم نقضها. قال الإمام الشافعي رحمه الله:

"فإن قال الإمام أخاف خيانة قوم ولا دلالة له على خيانتهم من خبر ولا عيان فليس له والله تعالى أعلم- نقض مدتهم إذا كانت صحيحة لأن معقولا أن الخوف من خيانتهم الذي يجوز به النبذ إليهم لا يكون إلا بدلالة على الخوف".(٤)

ثانيا: فقدان المصلحة للمسلمين في المعاهدة. وبيان ذلك أنه إذا عقد المسلمون المعاهدة مع غير المسلمين فترتب على ذلك إستيلاء غير المسلمين على جزء من دار الإسلام مثلا فحينئذ يجوز

---

(١) سورة المائدة أية ١

(٢) سورة الأنفال أية ٥٨

فالأية وإن نزلت في بني قريظة حيث أنهم أبدوا التحزب مع قريش ونقضوا العهد مع الرسول صلى الله عليه وسلم (الزحيلي / التفسير المنير ١٠/٤٣) إلا أن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب. (القطان / المباحث في علوم القرآن ص ٨٢).

(٣) الزحيلي / التفسير المنير ١٠/٤٤ وانظر: الجصاص / أحكام القرآن ٤/٢٥٢ وابن العربي / أحكام القرآن ٢/٨٦٠ والزمخشري / الكشاف ٢/١٦٥ والطبري / تفسيره ١٤/٢٥

(٤) الشافعي / الام ٤/١٩٦

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

للمسلمين بل يجب عليهم فسخها ، لأن الفقهاء قد أجمعوا على أنه لا تجوز الهدنة إلا إذا كان فيها مصلحة للمسلمين.(١)

وذهب بعض الأحناف إلى أبعد من ذلك ، حيث قالوا يجوز نقض الهدنة والأمان كلما رأى الإمام في ذلك مصلحة المسلمين ولو لم يظهر المعاهدون أي أمارة تدل على الخيانة.

واستدلوا على ذلك بقول الله تعالى ﴿وإما تخافن من قوم خيانة فانبذ إليهم على سواء﴾.(٢) قالوا إن الأية قد فسرها فعل رسول الله ﷺ حيث أنه عليه السلام كان يعطي الأمان ثم كان ينبذه. وقد روي أن الرسول عليه الصلاة والسلام نبذ الهدنة التي كانت بينه وبين مشركي مكة بعد أن رأى في ذلك مصلحة للدولة المسلمة.(٣)

وقد انتقد الإمام الكمال بن الهمام هذا الرأي بقوله:

"أما استدلاله أي صاحب الهداية بأنه ﷺ نبذ الموادعة التي كانت بينه وبين أهل مكة ، فالأليق أن يحمل دليلا فيما يأتي في قوله ﷺ "وإن بدأوا بخيانة قاتلهم و لم ينبذ إليهم إذا كان باتفاقهم لأنهم صاروا ناقضين للعهد فلا حاجة إلى نقضه". وإنما قلنا هذا لأنه ﷺ لم يبدأ أهل مكة، بل لما بدأوا بالغدر قبل مضي المدة فقاتلهم و لم ينبذ إليهم ، بل سأل الله تعالى أن يعمي عليهم حتى يغتهم. هذا هو المذكور لجميع أصحاب السير والمغازي".(٤)

ثالثا: عدم تنفيذ المعاهدين للشروط المتفق عليها بينهم وبين المسلمين ، وذلك كمناصرتهم لغيرهم من الحربيين على المسلمين أو قتلهم المسلمين ونحو ذلك.

والدليل على ذلك فعل النبي ﷺ حيث أنه عليه الصلاة والسلام قد غزا اليهود من بني قريظة بعد أن لم ينفذوا شروط العهد واتفقوا مع الأحزاب في غزوة الخندق على محاربة المسلمين.(٥)

الفرع الثاني: في عقد الذمة

إن عقد الذمة عقد مؤبد (ما لم يسلم الذميون)، فالأصل فيه وجوب الوفاء به ما دام أهل الذمة قد استقاموا في الخضوع لسلطة الدولة الإسلامية.

---

(١) انظر: ابن قدامة / المغني ٤٦١/٨ والشربيني / مغني المحتاج ٢٦٠/٤ والدسوقي / حاشيته ١٨٦/٢ والخرشي/ شرحه ١٥٠/٣ وابن الهمام / فتح القدير ٢٩٣/٤

(٢) سورة الأنفال أية ٥٨

(٣) انظر: ابن الهمام / فتح القدير ٢٩٤/٤ وابن نجيم / البحر الرائق ٨٦/٥

(٤) ابن الهمام / فتح القدير ٢٩٤/٤

(٥) راجع: البخاري / صحيح البخاري باب غزوة الخندق ١٤٢/٥-١٤٤ ، صحيح مسلم باب الجهاد رقم الحديث ١٧٧٠، انظر النووي / شرح صحيح مسلم ٩١/١٢ ، وابن القيم / زاد المعاد ٢٧٤/٣-٢٧٥

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

ولكن هناك أمور ينحل بها عقد الذمة إذا تجاوزها الذميون في دار الإسلام. وتنحصر هذه المقتضيات في أمرين:

١- خضوعهم لسلطة الدولة الإسلامية

٢- عدم مناصرتهم لأعداء المسلمين من الحربيين.

ويرى جمهور الفقهاء -المالكية (١) والحنابلة (٢) وابن الهمام (٣) وابن عابدين (٤) من الحنفية- أن عدم انقيادهم لهذين الأمرين يفسخ العقد ، لأنه يعني عدم إيمانهم بمبادئ الدولة الإسلامية، وهم في هذه الحالة كالحربيين. وفي تقديري أن مخالفتهم فيهما أيضا تمثل إعلانهم الحرب على الدولة الإسلامية من داخل ، ولذا ينبغي فسخ العقد لمجرد ارتكاب المخالفة.

قال أبو عبيد في الأموال:

"إنما حلت دماء أهل الذمة بشتم الرسول ﷺ و لم تحل بتكذيبهم إياه لأنهم على ذلك صولحوا أنهم به يكذبون و لم يكن الشتم في صلحهم الذي صولحوا عليه".(٥)

ومثال عدم خضوعهم لسلطة الدولة الإسلامية طعنهم في الإسلام أو القرآن وسبهم الله ورسوله ﷺ أو شتمهم الأنبياء والملائكة.

ومثال مناصرتهم لأعداء المسلمين من الحربيين أن يكونوا جواسيسهم وأن يدلوا لهم على عورات المسلمين ونحوه.

واستدل الجمهور على ما ذهبوا إليه بما روي عن النبي ﷺ أنه قتل رجال بني قريظة وسبي ذراريهم لمناصرتهم الأحزاب وتخذيلهم المسلمين.(٦) وقالوا أيضا أن مخالفتهم ضرر على المسلمين.

أما فقهاء الأحناف فقد ذهبوا إلى أنه لا ينتقض عهد الذميين إلا أن يكون لهم شوكة ومنعة على أي موضع فيتغلبون فيه ويحاربون به المسلمين أو يلحقون بدار الحرب.(٧) وقالوا أن مجرد ارتكاب المخالفات لا يفسخ العقد بدليل:

١- أن الرسول ﷺ لم يقتل اليهودية التي قدمت له شاة مسمومة.

---

(١) انظر: الخرشي / شرح الخرشي ١٤٩/٣ والدسوقي / حاشية الدسوقي ٢٠٤/٢

(٢) انظر: ابن قدامة / المغني ٥٢٥/٨

(٣) انظر: ابن الهمام / فتح القدير ٣٨١/٤

(٤) انظر: ابن عابدين / حاشية ابن عابدين ٣٨٦/٣

(٥) أبو عبيد / الاموال ص ١٧٨-١٧٩

(٦) انظر: البخاري / صحيح البخاري في كتاب المغازي ١٤٣/٥ وأحمد / مسند ١٤١/٦ سيرة ابن هشام ١٩٨/٤-٢٠٠ وابن القيم / زاد المعاد ١٣٤/٣

(٧) انظر: ابن نجيم / البحر الرائق ١٢٥/٥ وابن الهمام / فتح القدير ٣٨١/٤

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

٢- أننا لو أقررناهم على الكفر -بعقد الذمة- فما دونه أولى.

ومع ذلك فقد أفتى بعضهم بجواز قتلهم إذا ارتكبوا مثل هذه المخالفات تعزيزا.(١)

ولكن مما ينبغي التنبيه عليه هنا أن بعض الأحناف كابن الهمام وابن عابدين قد قرروا أن الصحيح في المذهب هو وجوب فسخ العقد بمثل هذه المخالفات.(٢)

هذا فيما يتعلق بمقتضيات العقد الأساسية ، أما عدم التزام أهل الذمة بأحكام الأسلام ، أعني بفرعياته مثل السرقة والقتل والأمتناع عن أداء الجزية وغيرها من المخالفات (ما عدا الأحوال الشخصية والعبادات وقضايا العقيدة مما يرون أنه مباح عندهم)(٣) ، فأمر مختلف بين العلماء ، فمنهم من يعتبرها من مبطلات العقد ومنهم من لم يعتبرها منها.

ويرى فقهاء المذاهب الثلاثة(٤) (ما عدا الأحناف) أن للإمام حق فسخ العقد إذا ظهرت هذه المخالفات. واستدلوا على ما ذهبوا إليه بأن أهل الذمة إذا لم يلتزموا وامتنعوا عن إجراء أحكام الإسلام عليهم فكأنهم خرجوا عن طاعة سلطة الدولة الإسلامية ، وهذا يقتضي نقض عهدهم. ولذا قال الإمام القرافي في الفروق:

"إننا لم نبطل عقدا من العقود إلا بما ينافي مقصود ذلك العقد دون ما لا ينافي مقصوده وإن كان منهيا عن مقارفته معه". وهم يرون أن عدم التزام أحكام الإسلام مما ينافي مقصود العقد.(٥)

ولكن هذا الرأي لا يخلو ضعفه وذلك لأمور:

١- إن مخالفة أهل الذمة بعض جزئيات القانون العام الإسلامي لا يعني أنهم تخلوا عن طاعة سلطان المسلمين فهم حينئذ كالمسلمين إذا ارتكبوا بعض المعاصي فإذا عوقب المسلمون الذين لم يلتزموا بأحكام الدين حدا أو تعزيرا أو قصاصا فكذا يعاقب أهل الذمة إذا ارتكبوها ولا يلزم من العقاب فسخ العقد.

٢- أن غير المسلمين في دار الإسلام -في الغالب- يتمتعون بحياة طيبة ، ينصر ضعفاؤهم بأقوياءهم وفقراؤهم بأغنيائهم. وعلى سلطة الدولة الإسلامية تفقد أحوالهم ، فإذا حدث بعض

---

(١) انظر: ابن نجيم / البحر الرائق ١٢٥/٥

(٢) انظر: ابن عابدين / حاشية ابن عابدين ٣٨٦/٣ وابن الهمام / فتح القدير ٣٨١/٤

(٣) انظر: ابن قدامة / المغني ٥٠٠/٨ والكاساني / البدائع ١١٣/٧ والماوردي / الأحكام السلطانية ص ١٤٣

(٤) انظر: الخرشي ١٤٩/٢ والبهوتي / كشاف القناع ١٤٣/٣ والشربيني / مغني المحتاج ٢٥٨/٤-٢٥٩ ولكن القول الأصح عند الشافعية لم ينتقض عقد الذمة إذا ارتكبوا ذلك إلا إذا اشترطوا نقضه عند التعاقد.

(٥) القرافي / الفروق ١٢/٣

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المخالفات كالسرقة مثلا ، فيحتمل أن يكون ذلك نتيجة عن تقصير جهاز الدولة الإسلامية ، ولربما سرق فلان الذمي نتيجة عن فقر وعدم وصول المعونة إليه.

٣- أن القاعدة التي قدمها القرافي رحمه الله لا تؤيد هذا الرأي لأن الذي يبطل العقد - حسب هذه القاعدة- ما ينافي مقصوده ، فارتكاب بعض المخالفات الجزئية لا ينافي مقصود العقد ولا يعني عدم خضوعهم للسلطة المسلمة كليا ، بل قد لا يلتزم بعض المسلمين ببعض أحكام الإسلام وهذا لا يعني أنهم تخلوا عن طاعة الإمام.

وذهب الحنفية إلى أن بجرد عدم الإلتزام بالقانون الإسلامي العام لا يفسخ العقد ، اللهم إلا إذا قورن ذلك بما يدل على تخليهم عن الخضوع لسلطان المسلمين كأن يكون لهم منعة وشوكة ليحاربوا المسلمين ونحو ذلك.

واستدلوا على ما قالوا بأمور:

١- كل ما صدر عن ذمي من المخالفات إن أمكن حمله لغير فسخ العقد حمل عليه.

٢- أن الحاكم يستطيع أن يخضع المخالفين منهم لسلطته. وذلك بأن يعاقبهم عقابا مناسبا ، حدا كان أو تعزيرا أو قصاصا.(١)

٣- أن الأصل أن على أهل الذمة الالتزام بأحكام الإسلام بدليل قوله تعالى ﴿حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون﴾، فإذا لم يؤدوا ما يجب عليهم ، فعليهم بعد ذلك اتيانه. فمن لم يؤد الجزية منهم مثلا كان عليه أداؤها بعد ذلك لأن الجزية تعتبر دينا عليه ولا يلزم ذلك فسخ العقد.(٢)

وقد أيد رأي الحنفية هذا المزني رحمه الله من الشافعية ، ولعل هذا القول هو أرجح القولين في هذه المسألة.

---

(١) انظر: ابن الهمام / فتح القدير ٣٨٢/٤

(٢) انظر: الماوردي / الأحكام السلطانية ص ٤٨

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المبحث الثاني

انفساخ عقد الصلح بالمال وأسبابه

قد ينفسخ عقد الصلح بالمال بأمور ، منها:

١- الموت

ففي العقود المالية إذا مات أحد العاقدين انفسخ العقد إلا إذا جرى الصلح على منفعة غير العين المدعاة فإنه يأخذ حكم الإجارة فلا ينفسخ.(١) ذلك لأن المنفعة (في عقد الصلح على منفعة غير العين المدعاة) تعتبر موجودة حال العقد ، ويتملكها المستأجر بالعقد دفعة واحدة ملكا لازما.

وخالف في ذلك الأحناف حيث قالوا أن الصلح إذا جرى على منفعة غير العين المدعاة فإنه ينتهي بموت أحد العاقدين. ذلك لأن العقد يأخذ حكم الإجارة وتنعقد الإجارة في المنافع بحسب حدوثها شيئا فشيئا فيكون المستأجر يتملكها تدريجيا مع مضي المدة ، فإذا مات إنقطعت المنفعة فلا تكون مملوكة له. (٢)

وأما في الخلع فلا ينفسخ العقد بموت أحد الزوجين. فلو مات الزوج قبل تسلمه العوض الذي على الزوجة دفعه إليه ، يكون هذا العوض دينا على الزوجة عليها دفعه إلى ورثة زوجها.(٣) ولا ترثه الزوجة لأن الخلع في الرأي الصحيح طلاق بائن. (٤)

وكذا التخارج لا ينفسخ بموت أحد الأطراف ، فإذا مات المتخارج فله على الورثة بدل الصلح.

وكذا لا يتأثر عقد الهدنة بموت الإمام لأنه حصل باجتهاد منه فلا يجوز نقض اجتهاده باجتهاد أخر. ولذلك أتم الإمام علي بن أبي طالب كرم الله وجهه عقد الصلح الذي عقده الخلفاء قبله مع أهل نجران.(٥) وكذا عقد الذمة لا ينفسخ أيضا بموت الإمام لأنه عقد لازم في حق المسلمين

---

(١) انظر: الدردير / الشرح الكبير ٣٠/٤ وابن قدامة / المغني ٤٤٨/٥ والشيرازي / المهذب ٤٠٧/١

(٢) انظر: الزيلعي / تبيين الحقائق ١٤٤/٥ والكاساني / البدائع ٢٠١/٤، ٢٢٢

(٣) انظر: ابن عابدين / حاشيته ٤٦٠/٣ والسرخسي / المبسوط ١٩٣/٦ والدردير / الشرح الكبير ٣٥٤/٢-٣٥٥ وابن قدامة / المغني ٨٨/٧-٨٩ والبهوتي / كشاف القناع ٢٢٩/٥

(٤) انظر: السرخسي / المبسوط ١٧١/٨ وابن نجيم / البحر الرائق ٧٧/٤ والحطاب / مواهب الجليل ٣٣٣/١ الشربيني / مغني المحتاج ٢٦٨/٣

(٥) انظر: ابن قدامة / المغني ٤٦٢/٨ والشربيني / مغني المحتاج ٢٦١/٤

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

فيجب الوفاء به ولو بعد موت إمام المسلمين ولأنه عقد مؤبد يجب إحترامه. أما في حق الذميين فهو عقد غير لازم يملكون نقضه متى شاءوا.(١)

٢- انتهاء المدة

قد ينفسخ عقد الصلح بإنتهاء المدة ، وهذا الانفساخ على ضربين:

الضرب الأول: انفساخ العقد من أصله حيث يكون الصلح بعد ذلك باطلا ، وهذا في عقد الهدنة ، فقد قلنا من قبل أن من شروطه أن تكون مدته محددة بوقت فلا يجوز أن تبرمه سلطة الدولة الاسلامية مطلقا بغير وقت مقيد به ، فإذا انتهت المدة المشروطة انفسخ العقد لقوله تعالى ﴿فأتموا إليهم عهدهم إلى مدتهم إن الله يحب المتقين﴾(٢) أي أدوه إليهم كاملا إلى مدتهم ولا تفاجئوهم بالقتال عند مضي الأجل المضروب للناكثين ولا تعاملوهم معاملتهم. قال ابن عباس "بقي لحي من بني كنانة من عهدهم تسعة أشهر فأتم اليهم عهدهم".(٣) أما عقد الذمة فيختلف عن عقد الهدنة حيث أنه عقد مؤبد يجب الوفاء به مهما كانت الظروف ما دام أهل الذمة لا يفعلون شيئا يفسخه.

الضرب الثاني: لا ينفسخ العقد من أصله وإنما تنفسخ آثاره المتعلقة بعقد الصلح فيكون الصلح صحيحا. وهذا ينطبق على العقود المالية والأحوال الشخصية والجنايات.

ففي العقود المالية قد تنتهي آثار العقد بانتهاء المدة في الصورتين التاليتين:

الصورة الأولى: إذا انعقد الصلح بين الطرفين على أن ينتفع أحدهما بالعين المدعاة خلال المدة المعينة فلصاحبها أن يستردها بعد انتهاء هذه المدة. وإذا انعقد الصلح بينهما على انتفاعها مطلقا أي غير مقيد بالمدة ، فلصاحبها أن يستردها في أي وقت شاء. فالعلة في ذلك أن الصلح إذا انعقد في هذه الصورة (أي انعقاد الصلح بين الطرفين على أن ينتفع أحدهما بالعين المدعاة) ، فإنه يأخذ حكم الإعارة. فعقد الإعارة ليس عقدا لازما لقول الرسول ﷺ: "المنحة مردودة والعارية مؤداة" (٤) ، ولأنه ملك لا يقابله العوض ، فهو كالملك الثابت بالهبة.(٥)

---

(١) انظر: ابن الهمام / فتح القدير ٣٥٢/٤ والكاساني / البدائع ١١٢/٧ والشافعي / الأم ١٠٨/٤

(٢) سورة التوبة أية ٤

(٣) أبو السعود / تفسير ابي السعود ٤٢/٤

(٤) نصب الراية ٥٧/٤ وجامع الأصول ١١٠/٩

(٥) انظر: الشيرازي / المهذب ٣٦٣/١-٣٦٤ والشربيني / مغني المحتاج ٢٧٠/٢ وابن قدامة / المغني ٢٠٠/٥ والكاساني / البدائع ٢١٦/٦

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الصورة الثانية: إذا انعقد الصلح بين الطرفين على أن ينتفع أحدهما بالعين غير المدعاة فالصلح يأخذ حكم الإجارة ، وينفسخ حق الانتفاع بها (العين غير المدعاة) بانتهاء المدة. وهذا إذا اتفق الطرفان على المدة المعينة ، أما إذا كان العقد مطلقا أي بغير تعيين المدة فلا ينفسخ ، إلا أن الشافعية قالوا يبقى العقد ما دامت العين باقية.(١)

وفي التخارج ، إن جرى على أن يكون بدل الصلح فيه منفعة الدار -مثلا- ، فإنه ينتهي بانتهاء المدة المتفق عليها (٢) كما ينتهي حق الانتفاع في عقد الإجارة بانتهاء المدة التي اتفق عليها المستأجر والمؤجر.

وكذا عقد الخلع فلا يتأثر بانتهاء مدة المنفعة المتفق عليها إلا أن حق الانتفاع انقطع به.(٣)

أما في الجنايات فلو صالح المجني عليه أو أهله الجاني على أن يرتحل -أي الجاني- إلى بلد أخر لمدة سنة مثلا كان عليه تنفيذه ،(٤) وبعد انتهاء المدة ينفسخ هذا الشرط ويكون للجاني حينئذ العودة إلى وطنه.

---

(١) انظر: الحسيني / كفاية الأخيار ٢٩٦ والشربيني / مغني المحتاج ٣٤٩/٢

(٢) لأنه اجارة حكما وصورة ، انظر تعريف الاجارة عن الشربيني / مغني المحتاج ٣٣٢/٢ والدردير / الشرح الكبير ٢/٤ والزيلعي / تبيين الحقائق ١٠٥/٥ والكاساني / البدائع ١٧٤/٤ وابن قدامة / المغني ٤٣٣/٥ والبهوتي / كشاف القناع ٥٤٦/٣

(٣) لأن الخلع عقد معاوضة. انظر: الدردير / الشرح الكبير ٥١٣/٢ والحسيني / كفاية الأخيار ص ٣٨٤ وابن قدامة / المغني ٧٦٨/٧

(٤) انظر: الدردير / الشرح الصغير ١٥١/٢

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المبحث الثالث

آثار فسخ وانفساخ عقد الصلح بالمال

أولا: في العقود المالية

يترتب على فسخ عقد الصلح بالمال في العقود المالية أمور منها:

١- إذا كان العقد صلحا عن إنكار يرجع المدعي إلى دعواه.

٢- إذا كان العقد صلحا عن إقرار يرجع المدعي على المدعى عليه بالمدعى به لأنه إذا انفسخ الصلح فكأنه لم يكن فعاد الأمر إلى ما كان عليه قبل العقد.

٣- أما إذا كان العقد صلحا عن سكوت فيكون كعقد الصلح عن الإنكار عند الجمهور.(١)

ثانيا: في الأحوال الشخصية

١- ويترتب على فسخ عقد الخلع انقطاع عقد الزواج.(٢) فإذا رغب الزوجان في الزواج بعد ذلك فعليهما أن يجددا العقد ، سواء اعتبرنا الخلع فسخا أو اعتبرناه طلاقا بائنا.

٢- ويترتب على فسخ التخارج عودة التركة إلى أصحابها.(٣)

ثالثا: في الجنايات والعقوبات

وإذا سقطت الدية أو الأرش أو المبلغ المتفق عليه بين الطرفين ، فلا يجوز للمجني عليه أو ذويه طلبها بعد ذلك.(٤)

---

(١) انظر صفحة ٥٤-٥٥

(٢) انظر: الكاساني / البدائع ١٨٧/٣ وابن قدامة / المغني ٢٧٤/٧ وابن رشد / بداية المجتهد ٦٩/٢ والحسيني / كفاية الأخيار ص ٣٨٠

(٣) لأن عقد التخارج إذا انفسخ عاد إلى حالته الأولى.

(٤) انظر: القرطبي / الجامع لأحكام القرآن ٢٥٥/٢ والكاساني / البدائع ٢٤٧/٧ والبهوتي / كشاف القناع ١٤٢/٣

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

رابعا: في المعاهدات الدولية

١- إذا فسخت الدولة الإسلامية عقد المعاهدة مع الدولة غير الإسلامية ، عاد الأمر إلى ما كان عليه قبل المعاهدة (١) فتكون هذه الدار غير الإسلامية دار الحرب ، للإمام أن يغزوها -بعد ذلك- بعد عرضه الإسلام عليهم والطلب منهم دفع الجزية لو لم يسلموا.

٢- وإذا فسخ عقد الذمة ، يكون أهل الذمة بعد ذلك غير معصومي الدم فللإمام قتلهم أو طردهم من الدولة الإسلامية وغير ذلك.(٢)

والله أعلم بالصواب وإليه تعالى ترجع الأمور

(١) انظر: العيني / البناية ٥١٦/٦ والشربيني / مغني المحتاج ٢٦٢/٤ والبهوتي / كشاف القناع ٥٤٤/٥

(٢) انظر: العيني / البناية ٦٦٥/٦ والخرشي ١٤٩/٢ والشربيني / مغني المحتاج ٢٥٨/٤-٢٥٩ والبهوتي/ كشاف القناع ١٤٢/٣

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الخاتمة

وبعد هذه الرحلة الطويلة مع "أحكام الصلح بالمال في الفقه الإسلامي" ، نورد هنا أهم النتائج التي توصل إليها هذا البحث.

١- أن الصلح بالمال عبارة عن عقد بين الطرفين أو أكثر على إنهاء الخصومة والمنازعات بينهم ، ويتم هذا العقد بعوض مادي (عين الأموال أو منفعتها) يدفعه أحدهم.

٢- ومما سبق نعرف أن الصلح بالمال له مقومات أربعة وهي:

الأول: أنه عقد فلا يتم إلا بوجود العاقدين أو أكثر.

الثاني: أنه يرفع النزاع والخصومة ، وهذا الرفع له صورتان ، الأولى إيجابي والثانية سلبي. والمراد بالإيجابي أن تكون نتيجة الصلح بالمال إيجابيا بالنسبة للعاقدين مثل الصلح بين المدعي والمدعى عليه على أن يدفع المدعى عليه الشيء المتنازع فيه في مقابلة العوض يقدمه المدعي. والمراد بالسلبي أن تكون نتيجة الصلح سلبيا في الظاهر وإن كان رافعا للخصومة ، مثل الخلع وهو الفرقة بين الزوجين على أن تدفع الزوجة لزوجها فداء أي مالا ، فإنه يعتبر صلحا بالمال لتوفر عناصره (أركانه) الأربعة ، ولكنه سلبي لأن العقد ينتج عنه الطلاق والفرقة.

الثالث: أنه لا يتم إلا بالتراضي من العاقدين عملا بقوله تعالى "إلا أن تكون تجارة عن تراض". ولما كان الصلح بالمال نوعا من أنواع العقود فلا بد في انعقاده من رضا الطرفين.

الرابع: أنه لا يتم إلا بالعوض المادي (عين الأموال ومنفعتها). وهذا يجعله يتميز عن سائر عقود الصلح. وقد ينعقد عقد الصلح بدون عوض كالإبراء والعفو عند بعضهم ، وقد ينعقد عقد الصلح بعوض معنوي. وعقد الصلح بالمال يختلف عن هذه العقود كلها إذ هو لا يتم إلا بالعوض المادي.

٣- أن مجال البحث عن هذا الموضوع لا يمس العقود المالية فقط بل يتعداها إلى مجالات أخرى كالأحوال الشخصية والعقوبات والجنايات والعلاقات الدولية.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

٤- أنه فيما يتعلق بالعقود المالية ، فهو عبارة عن معاقدة يرتفع بها النزاع بين الخصوم ويتوصل بها إلى الموافقة بين المختلفين ، فهو عقد وضع لرفع المنازعة بعد وقوعها بالتراضي من الأطراف المتنازعة. ويتم العقد في الصور التالية:

الأولى: *الصلح بالمال مع الإقرار* ، أي يتم عقد الصلح بالمال بين المدعي والمدعى عليه بعد إقرار المدعى عليه بالدعوى وتنازل المدعي عن العين المدعاة أو منفعتها كلها أو بعضها حسب الاتفاق بينهما.

الثانية: *الصلح بالمال مع الإنكار* ، أي يتم عقد الصلح بالمال بين المدعي والمدعى عليه بعد إنكار المدعى عليه بالدعوى وتنازل المدعي عن العين المدعاة أو منفعتها كلها أو بعضها حسب الاتفاق بينهما.

الثالثة: *الصلح بالمال مع السكوت* ، أي يتم الصلح بالمال بينهما بعد الدعوى من المدعي والسكوت من المدعى عليه وتنازل المدعي عن الشئ المتنازع فيه كله أو بعضه حسب الاتفاق بين الطرفين.

٥- وأما في الأحوال الشخصية ، فإن الصلح بالمال يتمثل في أمرين:

الأول: الخلع وهو الفرقة بين الزوجين بعوض تدفعه الزوجة. وهذا العقد هو عقد الصلح بالمال ، وقولنا هذا مبني على أساسين ، الأول أن وقوعه مبني على طلب الزوجة على الفراق لكراهتها الزوج أو لخوفها من عدم قيامها بحقوقه. وقد يأبى الزوج طلاقها لخوف العار أو الضرر عليه فيتصالحا ويتفقا على الطلاق على أن تدفع الزوجة للزوج مالا معلوما ، به يتشفى صدره. وهذا الإتفاق -على إنهاء الحياة الزوجية بعد الخصومة- صلح بينهما لأن مع بقاء الحياة الزوجية تضطرب الأمور وتتصادم المشاعر. أما الأساس الثاني فهو أن عقد الخلع قد اجتمعت فيه عناصر الصلح بالمال الأربعة (العقد ورفع النزاع والتراضي ودفع العوض) ، فهو عقد بين الزوجين على إنهاء الرابطة الزوجية لإنهاء النزاع بينهما بعوض تقدمه الزوجة ، وهذا العقد يتم بالتراضي بين الطرفين.

الثاني: التخارج فإنه قد توفرت فيه مقومات الصلح بالمال لأنه عبارة عن التصالح بين الورثة على إخراج بعضهم من الميراث بشئ معلوم سواء كان هذا الشئ جزءا من التركة أو من غيرها.

٦- أما في المعاهدات الدولية فإن الصلح بالمال يتمثل في الصور التالية:

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الأولى: عقد الذمة فإنه قد اجتمعت فيه عناصر الصلح بالمال الأربعة السابق ذكرها ، لأنه عبارة عن عقد يتم بين السلطة المسلمة وغير المسلمين على حق المواطنة الدائمة لهم في دار الإسلام في مقابل مال يدفعونه -وجوبا- إلى السلطة المسلمة ، ويسمى هذا المال المفروض "الجزية".

الثانية: عقد الهدنة وهو عقد يتم بين المسلمين وغيرالمسلمين على أن يبقوا أي غير المسلمين في الأراضي التي يتولى أمرها المسلمون -عنوة أو صلحا. وفي مقابل هذا الإذن يقدم غير المسلمين الخراج إلى السلطة المسلمة.

الثالثة: المعاهدات الاضطرارية وهي عقد المعاهدة بين الدولة المسلمة وبين الدولة غير المسلمة على أن تدفع الدولة المسلمة المال إلى الدولة غير المسلمة. وهذا الصلح يجوز للضرورة كأن تكون الدولة المسلمة في حالة الضعف لمواجهتها المشاكل الداخلية مثلا أو كأن يكون لديها أزمة دفاعية كقلة الجنود أو قلة الأسلحة.

٧- أما في الجنايات والعقوبات ، فإن الصلح بالمال فيها يتمثل في الصور التالية:

الأولى: الصلح بين الجاني وبين المجني عليه (أو أهله) على الدية.

الثانية: الصلح بينهما على مقدار معين من مال سواء كان أكثر من الدية أو أقل منها أو يساويها.

الثالثة: الصلح بينهما على الأرش ، سواء كان الأرش مقدرا أو غير مقدر.

والله أعلم بالصواب وإليه تعالى ترجع الأمور.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المصادر والمراجع

– **ابراهيم أنيس ، عبد الحليم المنتصر ، عطية الصوالحي ، محمد خلف الله أحمد** ، المعجم الوسيط، وأشرف على الطبع حسن علي عطية ومحمد شوقي أمين ، الطبعة الثانية ١٩٨٧م، مكتبة أمواج للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت.

– **ابن تيمية** ، أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام المتوفى ٧٢٨ هجرية ، مجموع الفتاوى ، جمعه ورتبه عبد الحمن بن محمد بن القاسم النجدي.

– **ابن جزي** ، أبو القاسم محمد بن أحمد الكلبي المتوفى سنة ٧٤١ هجرية ، القوانين الفقهية ، طبعة ١٩٧٧م، دار القلم، بيروت.

– **ابن حزم** ، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد المتوفى سنة ٤٥٦ هجرية ، المحلى ، دار الآفاق الجديدة، بيروت.

– **ابن رشد** ، محمد بن رشد القرطبي المتوفى سنة ٥٩٥ هجرية ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، الطبعة التاسعة ١٩٨٨م، دار المعرفة ، بيروت.

– **ابن عابدين** ، محمد أمين المتوفى سنة ١٢٥٢ هجرية ، حاشية رد المختار على الدر المختار ، الطبعة الثالثة ١٩٨٤م، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، القاهرة.

– **ابن العربي** ، أبو بكر محمد بن عبد الله المتوفى سنة ٥٤٣ هجرية ، أحكام القرآن ، تحقيق علي محمد البيجاوي، الطبعة الأولى ١٩٥٧م، دار إحياء الكتب العربية.

– **ابن فرحون اليعمري** المتوفى سنة ٧٩٩ هجرية ، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، دار المعرفة، بيروت.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

– **ابن القيم** ، أبو عبد الله شمس الدين محمد بن أبي بكر المتوفى سنة ٧٥١ هجرية، أحكام أهل الذمة، تحقيق الدكتور صبحي صالح ، الطبعة الثالثة ١٩٨٣م، دار علم الملايين، بيروت.

– ابن القيم ، أبو عبد الله شمس الدين محمد بن أبي بكر المتوفى سنة ٧٥١ هجرية، اعلام الموقعين عند رب العالمين ، دار الجيل ، بيروت.

– ابن القيم ، أبو عبد الله شمس الدين محمد بن أبي بكر المتوفى سنة ٧٥١ هجرية، زاد المعاد في هدى خير العباد ، تحقيق سعيد الأرنؤوط وعبد القادر الأرنوط، الطبعة الثالثة عشر ١٤٠٦ هجرية، مؤسسة الرسالة، بيروت.

– **ابن كثير** ، الإمام عماد الدين أبي الفداء اسماعيل المتوفى سنة ٧٧٤ هجرية ، تفسير القرآن العظيم، الطبعة الأولى، الدار المصرية اللبنانية.

– **ابن ماجه** ، الحافظ أبي عبدالله محمد بن يزيد القروييني المتوفى سنة ٢٧٥ هجرية ، سنن ابن ماجه، طبعة ١٩٧٥م، دار إحياء التراث العربي ، بيروت.

– **ابن مفلح** ، أبو إسحاق برهان الدين بن محمد بن عبدالله بن محمد المتوفى سنة ٧٦٣ هجرية ، المبدع، طبعة ١٩٨٠م، المكتب الإسلامي.

– **ابن منظور** ، العلامة جمال الدين بن مكرم المتوفى سنة ٧٧١ هجرية ، لسان العرب، دار الصادر، بيروت.

– **ابن النجار** ، تقي الدين محمد بن أحمد التوحي المتوفى سنة ٩٧٢ هجرية ، منتهى الإرادات، تحقيق عبد الغاني عبد الخالق، مكتبة علم القلم.

– **ابن نجيم** ، زين الدين بن ابراهيم المتوفى سنة ٩٧٠ هجرية ، الأشباه والنظائر، دار الفكر، بيروت.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

– **ابن هشام** ، أبو محمد عبد المالك المتوفى سنة ٢١٨ هجرية ، السيرة النبوية لابن هشام ،تحقيق عبد الرؤوف سعد، الطبعة الأولى، دار الفكر، بيروت.

– **ابن الهمام** ، الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المتوفى سنة ٦٨١ هجرية ، شرح فتح القدير على الهداية، دار الفكر، بيروت.

– **الآبادي** ، العلامة أبو الطيب محمد شمس الحق العظيم المتوفى سنة ١٣١٠ هجرية ، عون المعبود شرح سنن أبي داود، دار الفكر، بيروت.

– **أبو داود** ، الحافظ سليمان بن الأشعث البحستاني المتوفى سنة ٢٧٥ هجرية ، سنن أبي داود، دار الحديث، بيروت.

– **أبو زهرة** ، الإمام محمد أبو الزهرة المتوفى سنة ١٩٧٤ م ، الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي، مصر.

– أبو زهرة ، محمد، أصول الفقه، دار النهضة العربية، بيروت.

– أبو زهرة ، محمد، العقوبات، دار الفكر العربي، القاهرة.

– أبو زهرة ، محمد، أبو حنيفة، دار الفكر العربي، القاهرة.

– أبو زهرة، محمد، الشافعي، دار الفكر العربي، القاهرة.

– **أبو السعود** ، القاضي محمد بن محمد العمادي المتوفى سنة ٩٥١ هجرية ، تفسير أبي السعود، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

– **أبو عبيد** ، الإمام الحافظ القاسم بن سلام ، الأموال ، تحقيق وتعليق محمد خليل هراس، طبعة إدارة إحياء التراث الإسلامي، قطر.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

– **أبو يعلى** ، محمد بن حسين الفراء ، الأحكام السلطانية ، طبعة ١٩٨٣م، دار الكتب العلمية، بيروت.

– **أبو يوسف** ، القاضي يعقوب بن إبراهيم المتوفى سنة ١٨٢ هجرية ، الخراج ، تحقيق إحسان عباس، الطبعة الأولى ١٩٨٥م، دار الشروق.

– **أحمد بن حنبل** ، مسند الإمام حنبل ، الطبعة الأولى ١٩٩٣م، المكتب السلامي، بيروت.

– **الألوسي** ، أبو الفضل شهاب الدين السيد محمود ، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

– **الآمدي** ، أبو الحسن سيف الدين علي بن أبي علي بن محمد ، الإحكام في أصول الأحكام، طبعة ١٩٨١م، دار الفكر ، بيروت.

– **الأنصاري** ، شيخ الإسلام أبي يحيى زكريا المتوفى سنة ٩٢٥ هجرية ، فتح الوهاب بشرح منهاج الطلاب، دار الفكر، بيروت.

– **البجيرمي** ، الشيخ سليمان ، البجيرمي على الخطيب ، طبعة ١٩٥١م، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة.

– **البخاري** ، محمد بن اسماعيل بن ابراهيم المتوفى سنة ٢٥٦ هجرية، صحيح البخاري، دار الجيل، بيروت.

– **البخاري** ، عبد العزيز بن أحمد المتوفى سنة ٧٣٠ هجرية ، كشف الاسرار على أصول البزدوي، شركة الصحافة العثمانية ١٣٠٨، استنبول.

– **بدران** ، أبو العينين بدران ، تاريخ الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، بيروت.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

– **البرباتي** ، العلامة أكمل الدين ، شرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير، دار الفكر، بيروت.

– **البهوتي** ، العلامة منصور بن يونس المتوفى سنة ١٠٥١ هجرية ، الروض المربع بشرح زاد المستقنع، الطبعة التاسعة ١٤٠٨ هجرية، دار الكتب العلمية.

– البهوتي ، منصور بن يونس ، كشاف القناع عن متن الإقناع ، طبعة ١٤٠٢ هجرية، دار الفكر، بيروت.

– **الترمذي** ، أبو عيسى بن محمد عيسى بن سورة المتوفى سنة ٢٧٩ هجرية ، سنن الترمذي، دار الحديث، القاهرة.

– **التفتازاني** ، سعد الدين مسعود بن عمر المتوفى سنة ٧٩٢ هجرية ، شرح التلويح على التوضيح، دار الكتب العلمية، بيروت.

– **مسلم** ، أبو الحسين مسلم بن الحجاج النيسابوري ، الجامع الصحيح، دار الآفاق الجديدة، بيروت.

– **الجاوي** ، أحمد بن عبد اللطيف الخطيب ، حاشي

– **الجرجاني** ، الشريف علي بن محمد ، كتاب التعريفات ، الطبعة الثالثة، دار الكتب العلمية، بيروت.

– **الجصاص** ، أبو أحمد بن علي الرازي المتوفى سنة ٣٧٠ هجرية ، أحكام القرآن ، تحقيق محمد الصادق القمحاوي، طبعة ١٩٨٥م، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

– **الحاكم** ، الإمام أبي عبدا لله بن محمد بن عبدا لله النيسابوري المتوفى سنة ٤٠٥ هجرية ، المستدرك على الصحيحين في الحديث، مكتبة ومطابع النصر الحديثة، الرياض.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

– **حجازي** ، الدكتور محمد محمود ، التفسير الواضح ، الطبعة العاشرة ١٩٩٢م، دار التفسير للطبع والنشر الزقازيق.

– **الحجاوي المقدسي** ، العلامة شرف الدين ، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، دار المعرفة، بيروت.

– **الحسيني** ، تقي الدين أبي بكر بن محمد الحصني الشافعي المتوفى سنة ٨٢٩ هجرية ، كفاية الأخيار في حل غاية الإختصار، تحقيق علي عبد الحميد البلطجي، الطبعة الأولى ١٩٩١م، دار الخير.

– **الحطاب** ، أبو عبدا لله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المتوفى سنة ٩٥٤ هجرية ، مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل، الطبعة الثالثة ١٩٩٢م، دار الفكر، بيروت.

– **الخرشي** ، المحقق سيدي عبد ا لله محمد الخرشي المتوفى ١١٠١ هجرية ، شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل، دار الفكر، بيروت.

– **الدارقطني** ، الإمام الحافظ علي بن عمر المتوفى سنة ٣٨٥ هجرية ، سنن الدارقطني ، الطبعة الرابعة ١٩٨٦م، مكتبة عالم الكتب، بيروت.

– **الدارمي** ، عبد ا لله بن عبد الرحمن بن الفضل ، سنن الدارمي ، الطبعة الأولى ١٩٩١م، دار القلم، دمشق.

– **داماداًفندي** ، الفقيه عبدا لله بن محمد بن سليمان ، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

– **الدردير** ، أحمد بن محمد بن أحمد المتوفى سنة ١٢٠١ هجرية ، الشرح الصغير ، طبعة ١٩٥٢م، مع "بلغة السالك"، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

– الدردير ، أحمد بن محمد بن أحمد، الشرح الكبير على مختصر أبي الضياء خليل ، مطبوع مع حاشية الدسوقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

– **الدريني** ، الأستاذ الدكتور فتحي ، خصائص التشريع الإسلامي في السياسة والحكم ، الطبعة الثانية ١٩٨٧م، مؤسسة الرسالة، بيروت.

– **الدسوقي** ، العلامة شمس الدين محمد بن عرفة المتوفى سنة ١٢٣٠ هجرية ، حاشية الدسوقي على شرح الكبير، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

– **رضا** ، الإمام محمد رشيد المتوفى سنة ١٣٥٤ هجرية ، تفسير القرآن الحكيم الشهير بتفسير المنار ، الطبعة الثانية، دار الفكر، بيروت.

– **الرملي** ، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين المتوفى سنة ١٠٠٤ هجرية، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي، طبعة ١٣٨٧ هجرية، مطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر.

– **الزحيلي** ، الدكتور وهبة مصطفى ، آثار الحرب في الفقه الاسلامي، الطبعة الرابعة ١٩٩٢ م، دار الفكر، دمشق.

– **الزحيلي ، وهبة مصطفى** ، التفسير المنير في العقيدة والشريعة والمنهاج ، الطبعة الأولى ١٩٩١م، دار الفكر، دمشق.

– **الزحيلي ، وهبة مصطفى**، أصول الفقه الاسلامي ، الطبعة الأولى ١٩٨٦م، دار الفكر، بيروت.

– **الزرقاء** ، الشيخ مصطفى أحمد ، المدخل الفقهي العام، دار الفكر، بيروت.

– **الزرقاني** ، الإمام سيدي محمد ، شرح الزرقاني على الموطأ الإمام مالك بن أنس ، طبعة ١٩٨١م، دار الفكر ، بيروت.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

– **الزمخشري** ، الإمام أبي القاسم جار الله محمود بن عمر المتوفى ٥٢٨ هجرية ، الكشاف عن حقائق التنزيل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل، دار المعرفة، بيروت.

– **الزمخشري ، أبو القاسم محمود بن عمر**، أساس البلاغة ، دار صادر، بيروت.

– **زيدان** ، الأستاذ عبد الكريم ، الوجيز في الأصول الفقه، مؤسسة الرسالة، بيروت.

– **زيدان** ، عبد الكريم، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ، الطبعة الحادية عشر ١٤١٠ هجرية، مؤسسة الرسالة، بيروت.

– **الزيلعي** ، العلامة جمال الدين بن يوسف المتوفى سنة٧٦٢ هجرية ، نصب الراية لأحاديث الهداية، الطبعة الثانية، مكتبة الرياض الحديثة.

– **السرخسي** ، الإمام أبي بكر محمد بن أحمد بن سهل المتوفى سنة ٤٩١ هجرية ، أصول السرخسي، تحقيق أبو الوفاء الأفغاني، مكتبة دار المعرفة، بيروت.

– **السرخسي** ، أبو بكر محمد بن أحمد بن سهل، المبسوط ، الطبعة الثالثة ١٩٧٨م، دار المعرفة، بيروت.

– **السيد البكري** ، العلامة أبي بكر ، حاشية إعانة الطالبين، دار الفكر، بيروت.

– **السيوطي** ، جلال الدين عبد الرحمن ، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية ، طبعة ١٩٥٩م، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة.

– **الشاطبي** ، الإمام أبي إسحاق إبراهيم بن موسى الخمي ، الموافقات في أصول الفقه، مطبعة المكتبة التجارية.

– **الشافعي** ، محمد بن ادريس المتوفى ٢٠٤ هجرية ، الأم ومعه مختصر المزني، دار الفكر، بيروت.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

– **الشرقاوي** ، الشيخ عبدا لله بن حجازي بن ابراهيم الشافعي ، حاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

– **شلبي** ، الأستاذ محمد مصطفى ، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، بيروت.

– **الشوكاني** ، محمد بن علي بن محمد المتوفى سنة ١٢٥٥ هجرية ، إرشاد الفحول الى تحقيق علم الأصول، تحقيق محمد سعيد البدري، الطبعة الأولى ١٩٩٢م، دار الفكر، بيروت.

– **الشوكاني** ، محمد بن علي بن محمد ، فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير، الطبعة الاولى ١٩٩٤م، دار الكتب العلمية.

– **الشوكاني** ، محمد بن علي بن محمد ، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار ، طبعة ١٩٨١ م ، دار الفكر ، بيروت.

– **الشيرازي** ، أبو إسحاق بن إبراهيم بن علي بن يوسف المتوفى ٤٧٦ هجرية ، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الفكر، بيروت.

– **الصاوي** ، أحمد بن محمد المتوفى سنة ١٢٤١ هجرية ، بلغة السالك لأقرب المسالك الى مذهب الامام مالك، طبعة ١٩٥٢م، مطبعة مصطفى الحلبي ، القاهرة.

– **صديق بن حسن بن علي الحسيني القنوجي** ، العلامة أبي الطيب ، الروضة الندية شرح الدرر البهية، الطبعة الثانية ١٩٨٨م، دار الندوة الجديدة.

– **الصنعاني** ، محمد بن اسماعيل الأمير اليمني المتوفى سنة ١١٨٢ هجرية ، سبل السلام شرح بلوغ المرام، تحقيق محمد عبد القادر العطا، الطبعة الأولى، دار الفكر، بيروت.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

– **الطبري** ، محمد بن جرير المتوفى سنة ٣١٠ هجرية ، تفسير الطبري جامع البيان عن تأويل القرآن، دار المعارف.

– **العبادي** ، عبد السلام داود ، الملكية في الشريعة الاسلامية ، طبعة ١٩٧٤م، مكتبة الأقصى، عمان.

– **عبد الحميد الشرواني أحمد بن قاسم العبادي** ، الحواشي على تحفة المحتاج، دار الفكر، بيروت.

– **العدوي** ، العلامة علي بن أحمد الصعيدي ، حاشية الشيخ علي العدوي بهامش حاشية الخرشي، دار الفكر، بيروت.

– **العدوي** ، علي بن محمد ، فتح الباري بشرح صحيح البخاري ، تحقيق عبد العزيز بن عبد الله بن باز، طبعة ١٩٩٣م، دار الفكر، بيروت.

– **عليش** ، أبو عبدا لله محمد بن احمد المتوفى سنة ١٢٩٩ هجرية ، فتح العلي المالك في الفتاوى على مذهب الإمام مالك، دار المعرفة.

– **عودة** ، الأستاذ عبد القادر ، التشريع الجنائي الإسلامي ، الطبعة الرابعة ١٩٨٥م، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

– **العيني** ، أبي محمد محمود بن أحمد ، البناية في شرح الهداية ، الطبعة الثانية ١٩٩٠م، دار الفكر، بيروت.

– **فخر الرازي** ، التفسير الكبير ، الطبعة الثالثة، دار التراث العربي.

– **الفرغاني** ، فخر الدين حسن الأوزجندي ، فتاوى القاضيخان بهامش الفتاوى الهندية ، الطبعة الرابعة ١٩٨٦م، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

– **القرافي** ، العلامة شهاب الدين أبي العباس الصنهاجي المتوفى سنة ٦٨٤ هجرية ، الفروق، مكتبة عالم الكتب، بيروت.

– **القرطبي** ، أبو عبدالله محمد بن أحمد المتوفى سنة ٦٧١ هجرية ، الجامع لأحكام القرآن، مؤسسة مناهل العرفان، بيروت.

– **الكاساني** ، الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود المتوفى سنة٥٨٧ هجرية ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، الطبعة الثانية ١٩٨٢م، دار الكتب العربي، بيروت.

– **الكوهجي** ، العلامة عبدالله بن شيخ حسن الحسن ، زاد المحتاج شرح المنهاج ، الطبعة الثانية ١٩٨٧م، إدارة إحياء التراث الإسلامي، دولة قطر.

– **الماوردي** ، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب ، الأحكام السلطانية والولايات الدينية ، الطبعة الثالثة ١٩٧٣م، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة.

– **المباركفوري** ، الحافظ أبي العلي محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم المتوفى سنة ١٣٥٣ هجرية ، تحفة الأحوذي شرح الجامع الترمذي، الناشر مكتبة ابن تيمية، القاهرة.

– **محمد الزحيلي** ، النظريات الفقهية، دار القلم، دمشق.

– **محمد عقلة** ، نظام الأسرة في الإسلام ، الطبعة الثانية ١٩٨٩م، مكتبة الرسالة الحديثة، عمان.

– **محمد فؤاد عبد الباقي** ، المعجم المفهرس لألفاظ القرآن ، الطبعة الثالثة ١٩٩٢م، دار الفكر، بيروت.

– **محمد اللافي** ، نظرات في أحكام الحرب والسلم، دار "إقرأ".

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

– **محمد محجوب عبد النور** ، الصلح وأثره في إنهاء الخصومة في الفقه الإسلامي ، الطبعة الأولى ١٩٨٧م، دار الجيل، بيروت.

– **المرداوي** ، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المتوفى سنة ٨٨٥ هجرية ، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، الطبعة الأولى ١٩٥٥م، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة.

– **المرغيناني** ، برهان الدين علي بن أبي بكر المتوفى سنة ٥٩٣ هجرية ، الهداية شرح البداية، مطبوع مع شرح فتح القدير لابن الهمام، دار الفكر، بيروت.

– **المقدسي** ، أبو محمد موفق الدين عبدا لله بن قدامة ، الكافي في الفقه الإمام أحمد بن حنبل، طبعة ١٤١٢ هجرية، دار الفكر، بيروت.

– **المقدسي** ، موفق الدي عبد ا لله بن قدامة ، المغني ، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

– المنجد في اللغة والأعلام ، الطبعة الحادي والثلاثون، دار المشرف، بيروت.

– **الموصلي** ، عبد ا لله بن محمود بن مودود الحنفي، الإختيار لتعليل المختار، دار المعرفة، بيروت.

– **نزيه حماد** ، دراسات فقهية ، الطبعة الأولى ١٩٩٠م، دار الفاروق، الطائف.

– **الندوي** ، علي احمد ، القواعد الفقهية ، الطبعة الثانية ١٩٩١م، دار القلم، دمشق.

– **النسائي** المتوفى سنة ٣٠٣ هجرية ، سنن النسائي بشرح الإمام السيوطي ومعه حاشية الإمام السندي، طبعة ١٩٨٧م، دار الحديث، القاهرة.

– **النفراوي** ، الشيخ احمد بن غنيم بن سالم بن مهنا ، الفواكه الدواني ، الطبعة الثالثة ١٩٥٥م، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

– **النووي** ، أبو زكريا محي الدين بن شرف المتوفى سنة ٦٧٧ هجرية ، روضة الطالبين وعمدة المفتين، الطبعة الثانية ١٩٨٥م، المكتب الإسلامي.

٤٥٨١١٨

– **النووي** ، محي الدين بن شرف ، شرح صحيح مسلم ، دار الكتب العلمية ، بيروت.

– **النووي** ، محي الدين بن شرف، المجموع شرح المهذب للشيرازي ، تحقيق محمد نجيب المطيعي، مكتبة الإرشاد، جدة.

– **اهمام الشيخ نظام ومعه جماعة من علماء الهند الأعلام** ، الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة، الطبعة الرابعة ١٩٨٦م، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

– **الهندي** ، العلامة علاء الدين المتقي بن حسام الدين ، كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال، طبعة ١٩٨٩م، مؤسسة الرسالة.

– **الهيتمي** ، الإمام شهاب الدين أحمد بن حجر المتوفى سنة ٩٧٤ هجرية ، تحفة المحتاج شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit