

مخالفات أبي الحسن التميمي للحنابلة في أصول الفقه من خلال كتاب الواضح لابن عقيل الحنبلي

إعداد

الدكتور سعدي خلف مطلب الجميلي

أستاذ أصول الفقه المساعد

في الجامعة الإسلامية / بغداد

- ٥٤- المغني ، موفق الدين ابو محمد بن احمد بن قدامة المقدسي (٥٤١ - ٦٢٠ هـ) ، تحقيق د. عبد الله بن عبد المحسن التركي ، ود. عبد الفتاح محمد الحلو ، هجر للطباعة والنشر .
- ٥٥- المنتقى شرح الموطأ ، للإمام ابي الوليد سليمان بن خلف الباجي ، (ت ٤٧٤ هـ) .
- ٥٦- ميزان الاصول في نتائج العقول في اصول الفقه ، للإمام علاء الدين ابي بكر محمد بن احمد السمرقندي ، دراسة وتحقيق د. عبد الملك السعدي ، مطبعة الخلود ، بغداد ، ط ١ ، ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧ م .
- ٥٧- الموسوعة الفقهية ، وزارة اوقاف الشؤون الاسلامية ، الكويت .
- ٥٨- النظريات العامة للمعاملات في الشريعة الاسلامية ، د. احمد فهمي ابو شنة ، مطبعة دار التأليف ، مصر ، ١٣٨٧ هـ - ١٩٦٧ م .
- ٥٩- النهاية في مجرد الفقه والفتاوى ، للشيخ ابي جعفر محمد بن الحسن بن علي الطوسي (٣٨٥ - ٤٦٠ هـ) ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، لبنان .
- ٦٠- نيل الاوطار ، محمد بن علي الشوكاني ، دار الحديث .
- ٦١- الوسيط في شرح القانون المدني ، د. عبد الرزاق احمد السنيهوري ، دار النهضة ، ١٣٨١ هـ - ١٩٦٢ م .

- ٤٣- المبسوط ، شمس الاثمة محمد بن ابي بكر السرخسي (ت ٤٩٠هـ) ، دار المعرفة .
- ٤٤- مجمع الزوائد ومنبع الفرائد ، علي بن ابي بكر الهيتمي (ت ٨٠٧هـ) ، دار الريان للتراث ودار الكتاب العربية ، القاهرة ، بيروت ، ١٤٠٧هـ .
- ٤٥- مختار الصحاح ، للشيخ محمد بن ابي بكر عبد القادر الرازي ، المكتبة الاموية ، دمشق . بيروت ، ١٣٩٨هـ — ١٩٧٨م .
- ٤٦- المحطى ، للامام ابي محمد علي بن احمد بن سعيد بن حزم الظاهري (ت ٤٥٦هـ) ، تحقيق احمد محمد شاكر ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان .
- ٤٧- مختصر المزنى ، للامام ابي ابراهيم اسماعيل بن يحيى المزنى الشافعي (ت ٢٦٤هـ) ، مطبوع بهامش الام .
- ٤٨- المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية ، د. عبد الكريم زيدان ، دار عمر بن الخطاب ، الاسكندرية ، ١٩٦٩م .
- ٤٩- المستقصى من علم الاصول ، للامام ابي حامد محمد الغزالي (ت ٥٠٥هـ) ، مكتبة المثنى ، بغداد ، ودار احياء التراث العربي ، بيروت .
- ٥٠- المسودة في اصول الفقه ، لآل تيمية ، جمعها شهاب الدين ابو العباس بن عبد الغنى الحراني الدمشقي (ت ٧٤٥هـ) ، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد ، مطبعة المدني ، القاهرة
- ٥١- مصنف ابن ابي شيبة ، عبد الله محمد بن ابي شيبة ، دار الفكر .
- ٥٢- المصنف ، للحافظ ابي بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني (١٢٦ — ٢١١هـ) ، تحقيق حبيب عبد الرحمن الاعظمي ، المكتب الاسلامي ، بيروت ، لبنان ، ط ١ ، ١٣٩٠هـ — ١٩٧٠م .
- ٥٣- المعاملات المادية والادبية ، علي فكري ، مصطفى البابي الحلبي واولاده ، ط ١ ، ١٣٥٧هـ — ١٩٣٨م .

- ٣١- صحيح مسلم بشرح النووي ، ابو زكريا يحيى بن شرف النووي (٦٣١-٦٧٦هـ) ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، ط٢ ، ١٣٩٢هـ .
- ٣٢- العقود المسماة ، د. حسن علي الذنون ، مكتب الرابطة للطباعة والنشر ، بغداد ، ١٩٥٤م .
- ٣٣- عون المعبود بشرح سنن ابي داود ، محمد شمس الحق العظيم آبادي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط٢ ، ١٤١٥هـ .
- ٣٤- فتح الباري شرح صحيح البخاري ، للحافظ احمد بن علي بن محمد العسقلاني (٧٧٣-٨٥٤هـ) دار المعرفة ، بيروت ، ١٣٧٩هـ .
- ٣٥- فيض القدير ، شرح الجامع الصغير ، عبد الرؤوف المناوي ، المكتبة التجارية الكبرى ، مصر ، ط١ ، ١٣٥٦هـ .
- ٣٦- الفواكه الدواني ، الشيخ احمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوي المالكي (ت ١١٢٠هـ) ، علي الرسالة ابي محمد عبد الله بن ابي زيد عبد الرحمن القيرواني المالكي (ت ٣٨٦هـ) .
- ٣٧- قواعد الاحكام في مصالح الامام ، للامام عبد العزيز بن عبد السلام السلمي (ت ٦٦٠هـ) ، مطبعة الكليات الازهرية ، ١٩٦٨م .
- ٣٨- القوانين الفقهية ، ابو القاسم محمد بن احمد بن جزي المالكي (٦٩٣-٧٤١هـ) ، دار الفكر ، بيروت .
- ٣٩- قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١م .
- ٤٠- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١م .
- ٤١- القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨م .
- ٤٢- اللمع في اصول الفقه ، لابي اسحاق ابراهيم بن علي الشيرازي الشافعي (ت ٤٧٦هـ) دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط١ ، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م .

- ٢٠- روضة الناظر وجنة الناظر ، موفق الدين عبد الله بن احمد بن قدامة المقدسي (٥٤١ - ٦٢٠ هـ) ، المطبعة السلفية (١٣٨٥ هـ - ١٩٥٦ م) .
- ٢١- السنن الكبرى ، للإمام الحافظ ابي بكر احمد بن الحسين بن علي البيهقي (ت ٤٥٨ هـ) ، دار صادر ، بيروت ، طبعة مصورة ، عن الطبعة الاولى ، مطبعة دائرة المعارف العثمانية ، بحيدر آباد الدكن / الهند ، ١٣٥٢ هـ .
- ٢٢- شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام ، ابو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلبي ، (٦٠٢ - ٦٧٦ هـ) ، تحقيق عبد الحسين محمد علي .
- ٢٣- شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الاصول ، للإمام شهاب الدين ابي العباس احمد ابن ادريس القرافي (٦٨٤ هـ) ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، ط ١ ، (١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م) .
- ٢٤- شرح سنن ابن ماجه، السيوطي، عبد الغني ، فخر الحسن الرحلوي، قديمي كتب خانه ، كراچي .
- ٢٥- شرح المجلة ، منير القاضي ، مطبعة العاني ، ط ١ ، ١٩٤٩ م .
- ٢٦- شرح معاني الآثار ، للإمام ابي جعفر احمد بن محمد بن سلامة الطحاوي الحنفي (ت ٣٢١ هـ) ، تحقيق محمد زهري النجار ، مطبعة الانوار المحمدية، القاهرة.
- ٢٧- شرح منتهى الإرادات، الشيخ منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، عالم الكتب .
- ٢٨- شرح النيل وشفاء العليل ، للإمام محمد بن عيسى اطفيش الاباضي ، مكتبة الارشاد .
- ٢٩- صحيح ابن حبان ، محمد بن حبان بن احمد ابو حاتم التميمي ، (ت ٣٥٤ هـ) ، تحقيق شعيب الارنؤوط ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ط ٢ ، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٣ م .
- ٣٠- صحيح مسلم ، للإمام الحافظ مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري (٢٠٦ - ٢٦١ هـ) ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ، دار احياء التراث العربي .

- ١٠- البحر المحيط في اصول الفقه ، بدر الدين عبد الله الزركشي الشافعي (٧٤٥ - ٧٩٤ هـ) ، تحرير د. عبد القادر العاني ، وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامية ، الكويت ، ط ١ ، ١٤٠٩ هـ - ١٩٨٨ م.
- ١١- بدائع الصنائع ، علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي (ت ٥٨٧ هـ) ، دار الكتب العلمية .
- ١٢- بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، للقاضي ابو الوليد محمد بن احمد بن رشيد القرطبي الشهير (بابن رشد الحفيد ٥٩٥ هـ) ، دار الفكر ، بيروت ١٤٢١ هـ - ٢٠٠١ م .
- ١٣- جامع الاحكام الشرعية ، السيد عبد الاعلى السبزاوري ، مطبعة الآداب ، النجف .
- ١٤- جمع الجوامع ، للامام تاج الدين عبد الوهاب بن السبكي ، دار إحياء الكتب العربية .
- ١٥- الجامع الصحيح ، للامام محمد بن اسماعيل البخاري (١٩٤ - ٢٥٦ هـ) ، تحقيق مصطفى ديب البقا ، دار ابن كثير ، اليمامة ، بيروت ، ط ٣١ ، ١٤٠٧ هـ - ١٩٨١ م .
- ١٦- حاشية البجيرمي على شرح الخطيب ، للشيخ سلمان بن عمر بن محمد البجيرمي ، دار الفكر ، ١٤٠١ هـ - ١٩٨١ م .
- ١٧- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، محمد بن احمد بن عرفة الدسوقي ، دار احياء التراث العربية .
- ١٨- الحاوي الكبير ، ابو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي (ت ٤٥٠ هـ) ، تحقيق الشيخ علي محمد عوض وآخرون ، دار الكتب العربية ، بيروت ، ط ١ ، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م .
- ١٩- الحقوق العينية ، د. محمد طه البشير ود. ابراهيم مراد طه ، مطابع التعليم العالي والبحث العلمي ، بغداد ، ١٤١٠ هـ .

مصادر البحث

- ١- احكام الاحكام شرح عمدة الاحكام ، محمد بن علي تقي الدين بن دقيق العيد ، مكتبة السنة المحمدية .
- ٢- الاحكام في اصول الاحكام للامام سيف الدين ابي الحسن علي بن ابي علي ابن محمد اللآمدي ، دار الفكر ، بيروت ، ط ١ ، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م .
- ٣- احكام الاسرة في الفقه الاسلامي (المواريث) ، نظام الدين عبد الحميد ، مطبعة الجامعة ، بغداد ، ط ١ ، (١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م) .
- ٤- ارشاد الفقول الى تحقيق علم الاصول للامام محمد بن علي بن محمد الشوكاني (١١٧٣ ، ١٢٥٠ هـ) تحقيق ابي مصعب محمد سعيد البديري ، دار الفكر ، بيروت
- ٥- اصول السرخسي ، للامام ابي بكر محمد بن احمد بن ابي سهل السرخسي (ت ٤٩٠ هـ -) تحقيق ابو الوفا الافغانني ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط ١ ، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م .
- ٦- الاشباه والنظائر في قواعد وفروع الفقه الشافعي ، للامام جلال الدين عبد الرحمن السيوطي (ت ٩١١ هـ) ، تحقيق محمد حسن محمد حسن اسماعيل الشافعي ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان ، (١٤٢٢ هـ - ٢٠٠١ م) .
- ٧- الاشباه والنظائر على مذهب ابي حنيفة النعمان ، لزين العابدين بن ابراهيم بن نجيم ، حققه عادل سعد ، المكتبة التوفيقية ، مصر .
- ٨- الام ، للامام ابي عبد الله محمد بن ادريس الشافعي (١٥٠ - ٢٠٤ هـ) ، الهيئة المصرية العامة للكتاب (١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧ م) مصورة عن طبعة بولاق .
- ٩- البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الامصار ، احمد بن يحيى بن المرتضى (٨٤٠ هـ -) ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ط ١ ، ١٣٦٦ هـ - ١٩٤٧ م .

المنقول والتسجيل في العقار ، ومن ثم لا يستطيع الاب الرجوع في عطيته الا في حالتين الاولى التراضي ، وذلك من خلال الاتفاق على ابطال هذا التصرف لما فيه من حيف وظلم للآخرين فان حصل التراضي فيها ونعمت والا لابد من الحصول على قرار من القاضي . وهو ما ذهب اليه الحنفية ^(١) ، ونصت عليه مجلة الاحكام العدلية في المادة (٨٦٤) بقولها " الواهب ان يرجع عن الهبة والهبة بعد القبض برضى الموهوب له وان لم يرض الموهوب له راجع الواهب الحاكم ، وللحاكم فسخ الهبة ان لم يكن ثمة مانع من موانع الرجوع " وبه اخذ القانون المدني العراقي في المادة (٦٢٠) والمصري في المادة (٥٠٠) التي سبق ذكرها . فان لم يتم التراضي ، ولم يحصل الاب على حكم من القاضي ، فهل من سبيل لاعادة التوازن في العطية ؟ في هذه الحالة ليس لنا الى ان نخذ برأي الامام احمد وهو : أما يرد ما فضل به بعضهم او باتمام نصيب الآخر ^(٢) .

اما ان مات الاب او فقد اهليته قبل القبض فالعطية باطلة ، لان القبض شرط في صحتها شرعاً وقانوناً . اما ان مات الاب بعد قبض الابن لها وحيازتها ، او تسجيلها كالسيارة والدار ونحوها ، فلحكم هو ثبوت العطية ولزومها ^(٣) قضاءً مع الائتم ديانة ان قصد التفرقة بلا سبب مشروع ، ومن ثم ليس للاخوة حق المنازعة ، الا اذا اختار المعطي له الرجوع لتسوية بينه وبين اخوته الذين فرق بينهم ابوهم تبرأ لذمة ابيه ، وبعداً عن شبهة الظلم ، وحرصاً على صلة الارحام ، ومنعاً من الكراهي والعداوة والبغضاء كما فعل قيس بن سعد بن عبادة رضي الله عنهما .

ومثله لو مات الابن المعطي قبل ابيه بعد قبضه للعطية او الهبة ، في اللزوم لموت من له حق السرد ولانتقال المال الى الورثة ، الا اذا رضي الاحفاد با اعتباره تبرعاً لاحقاً ، ولكن الاب هنا يستطيع التسوية باعطاء من حرمه كما اعطى غيره ، ولو فرضنا ان احد الابناء الذين حرموا من العطية مات قبل ابيه ، فالمسئلة هنا بيد الجد لانه يستطيع ان يوصي لهم بما يعادل ما اعطاه لكل واحد من اعمامهم بما لا يزيد على ثلث التركة ، لانهم محجوبون بالورثة (اعمامهم) فتصح لهم الوصية . بل ذهب بعضهم كابن حزم الظاهري ^(٤) خلافاً للجمهور الا ان على الجد ان يوصي لهم ، وان لم يوص حل القاضي محله بالوصية فاعتبرها واجبة وهو ما اخذ به قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل في فقه ١ مادة (٧٤) والتي تنص على ان " ١- اذا مات الوالد ، ذكراً أم أنثى قبل وفاة ابيه او امه فانه يعتبر بحكم الحي عند وفاة أي منهما وينتقل استحقاقه من الارث الى اولاده ، ذكراً كانوا أم أنثى حسب الاحكام الشرعية باعتباره وصية واجبة على ان لا تتجاوز ثلث التركة " .

وبالله التوفيق ومنه العون والسداد .

(١)

(٢) المغني ٨/ ٢٥٦ .

(٣) المغني ٨/ ٢٧٠-٢٧١ .

(٤) المحلى ٩٥/١٠ .

اما العقار فقد نصت عليه المادة (٦٠٢) ^(١) بانه " اذا كان الموهوب عقاراً وجب لانعقاد الهبة ان يسجل في الدائرة المختصة "

وقد فسّر المشرع الدائرة المختصة بانها دائرة التسجيل العقاري بقوله " لاينعقد التصرف العقاري الا بالتسجيل في دائرة السجل العقاري " ^(٢) بينما اكتفى المشرع المصري بالورقة الرسمية واجاز القبض في المنقول ، فجاء في المادة (٤٨٨) ^(٣) ما يأتي :

" تكون الهبة بورقة رسمية ، والاوقعت باطلة مالم تتم تحت ستار اخر " .

" ومع ذلك يجوز في المنقول ان تتم الهبة بالقبض دون حاجة الى ورقة رسمية .

ونخلص من هذا ان اغلب الفقهاء اعتبروا الهبة من العقود الشكلية خلافاً لبقية العقود القائمة على الرضائية " الاجاب والقبول " وتأتي شكليتها من اشتراط القبض فيها ^(٤) .

اما القانون فالشكلية شرط في صحة العقود ، الا ان القانون العراقي فرق بين المنقول والعقار فاكتفى بالقبض في المنقول وشرط في العقار التسجيل في دائرة التسجيل العقاري ، بينما اكتفى القانون المصري بالورقة الرسمية واجاز في المنقول القبض .

اما النقطة الثالثة وهي " موت المعطي او المعطى له " . فقد اتفقت الشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية على ان الموت مانع من موانع الرجوع في الهبة او العطية .

فجاء في المادة (٨٢) من مرشد الحيران بانه " اذا مات الواهب قبل تسليم العين للموهوب له بطلت الهبة " وفي المادة (٨٣) " اذا مات الموهوب له قبل استلامه العين الموهوبة بطلت الهبة ولا حق لورثته فيها " .

وجاء في المادة (٧٢٨) من ملخص الاحكام الشرعية ما نصه " اذا مات الواهب قبل ان يسلم الموهوب ويحاز عنه من الموهوب له بطلت الهبة .

وفي المادة (٨٧٢) من مجلة الاحكام العدلية " وفاة كل من الواهب والموهوب له مانعة من الرجوع بناء عليه ليس للواهب الرجوع عن الهبة اذا توفي الموهوب له ، كذلك ليس للورثة استرداد الموهوب اذا توفي الواهب " .

اما القانون المدني العراقي فنص في الفقرة ب من المادة (٦٢٣) على ان الموت مانع من موانع الرجوع في الهبة او العطية بقوله " ان يموت احد المتعاقدين وكذلك القانون المصري في الفقرة (ب) من المادة (٥٠٢) التي جاء فيها " اذا مات احد طرفي عقد الهبة " .

والملاحظ على هذه النصوص انها اعتبرت الهبة لازمة لا رجعة فيها بموت احد طرفي التعاقد " الواهب او الموهوب له " وان هذا المبدأ عام يشمل بعمومه الولد وغيره .

هذه هي المبادئ العامة التي يمكن ان ننطلق منها لحل المسائل الجزئية التي يتعرض لها الافراد وعلى ذلك نقول " اذا كان الاب حياً فقد اتفق الفقهاء على جواز رجوع الاب في عطيته لولده سواء كانت مقبوضة محوزة ، او غير مقبوضة ولا محوزة ، منقولا كان او عقاراً .

لكن هذا الحكم يصطدم بما يجري على العمل في الواقع ، وهو ان التشريع الذي يطبق على الافراد هو التشريع الوضعي الذي يعتبر العطية او الهبة لازمة اذا توفرت فيها الشكلية القانونية وهي القبض في

(١) المصدر السابق .

(٢) قانون التسجيل العقاري العراقي رقم (٣) لسنة ١٩٧١ .

(٣) القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ .

(٤) الوسيط في شرح القانون المدني ، د. عبد الرزاق السنهوري ٤٦-٤٥/٥ .

شبه العائد بالكلب يعود في قبئه ، زجراً عن العود فيها ، لما في من اذية المتعب بازالة ملكه ، مع تحمله ضيق منة الاجانب " (١) .

أما القاعدة العامة في القانون فهي جواز الرجوع المقيد بالتراضي أو بقضاء القاضي إلا لمانع .
أما النقطة الثانية (القبض) ، فقد ذهب جمهور الفقهاء ، من الحنفية والشافعية والامامية والزيدية (١) ، الى ان القبض شرط في صحة الهبة ، وبهذا اخذت المادة (٨٠) من كتاب مرشد الحيران حيث نصت على انه " لا يثبت ملك العين للموهوب له الا اذا قبض العين الموهوبة قبضاً كاملاً في محوز مقسوم او مشاع لا يحتمل القسمة " (٢) والمادة (٨٦١) (٣) من مجلة الاحكام العدلية التي جاء فيها " يملك الموهوب له الموهوب بالقبض " .

أما القانون فقد فرق بين المنقول والعقار فاشتراط القبض في المنقول فيما اشترط في العقار شكلية معينة وهي التسجيل في دائرة التسجيل العقاري .
وباشتراط القبض في المنقول نضمة الفقرة الاولى من المادة (٦٠٣) (٤) من القانون المدني العراقي على انه " لا تتم الهبة في المنقول الا بالقبض "

١- قواعد الاحكام في مصالح الانام ١٤٩ / ٢ .

٢- بدائع الصنائع ١١٥/٦ ، روضة الطالبين ٣٧٥ / ٥ ، شرائع الاسلام ٨٧/٢ ، البحر الزخار ١٣٢/٥ .
بينما ذهب المالكية الى ان القبض شرط لازم لا شرط صحة ، بداية المجتهد ٢٦٨/٢ ، القوانين الفقهية ، ص ٣١٦ ، في حين ذهب الظاهرية والزيدية الى ان القبض ليس شرطاً من شروط صحتها ولا لزومها فهي تلزم بمجرد الانتشاء ، المحلى ٤٢/١٠ ، البحر الزخار ١٣٢/٥ .
وفرق الحنابلة بين الهبة المنصبة على عين الذات ، وبين الهبة المنصبة على عين النوع فان كانت الهبة على عين بالذات لزم مجرد العقد دون حاجة الى القبض ، وان كانت على عين بالنوع كالمكيلات والموزونات فالقبض شرط في صحتها ، المغني ٢٣٩/٨ . وانظر العقود المسمات ، د. حسن علي الذنون ، ص ١٢-١٣ .

٣- مرشد الحيران ، نقلاً عن كتاب المعاملات المادية والادبية ١٧٥/٢-١٧٦ .

٤- شرح مجلة الاحكام العدلية ٤٢٠/٢ .

٥- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ .

١- رجوع الاب .

٢- القبض .

٣- الموت " المعطي او المعطى له " .

فبالنسبة للنقطة الاولى ، هل للاب الرجوع فيما اعطاه لابنه ؟

اتفق الفقهاء على جواز رجوع الاب عن عطيته لولده^(١) بدليل قوله ﷺ " لا يحل لرجل ان يعطي عطية او يهب هبة فيرجع فيها الا الوالد فيما يعطي ولده ، ومثل الذي يعطي العطية ثم يرجع فيها كمثل الكلب ، يأكل فاذا شبع قاء ثم عاد في قيئه"^(٢) .

وبجواز الرجوع اخذت بعض التشريعات القانونية الحديثة (كالقانون المدني العراقي ، والمصري) . الا انها لم تقيد حق الرجوع بالابن بل جعلته عاماً ، فنصت المادة (٨٦٢)^(٣) من مجلة الاحكام العدلية على ان "لواهب ان يرجع عن الهبة قبل القبض بدون رضاء الموهوب له" . والمادة (٧٢١)^(٤) من ملخص الاحكام الشرعية في الفقه المالكي التي تنص على انه "اذا كانت الهبة لاجل المودة والمحبة فلا رجوع فيها ايضاً ، وانما كان للوالد ان يعتصر ما وهبه لولده ، وكذلك للام حق الاعتصار ان لم يكن يتيماً" .

اما المشرع العراقي فانه وان قال بحق الرجوع عموماً الا انه قيده برضاء الموهوب له او بقضاء القاضي ، والذي تضمنته المادة (٦٢٠)^(٥) التي تنص على ان "لواهب ان يرجع في الهبة برضاء الموهوب له ، فان لم يرخص كان للواهب حق الرجوع"^(٦) عند تحقق سبب مقبول ما لم يوجد مانع من الرجوع^(٧) ومثله المشرع المصري في المادة (٥٠٠)^(٨) التي تنص على "

١- يجوز للواهب ان يرجع في الهبة اذا قبل الموهوب له ذلك .

٢- فاذا لم يقبل الموهوب له جاز للواهب ان يطلب من القضاء الترخيص له في الرجوع ، متى كان يستند في ذلك الى عذر مقبول ولم يوجد مانع من الرجوع " .

وهذا خلاف ماذهب اليه المشرع الفرنسي الذي اعتبر عدم الرجوع في الهبة قاعدة عامة ، فقد نصت المادة (٨٩٤)^(٩) من القانون المدني الفرنسي على ان "الهبة عقد يتجرد به الواهب عن الشيء الموهوب في الحال ومن غير رجوع لمصلحة الموهوب له الذي يقبله " وهو قريب مما تأخذ به من الشريعة الاسلامية .

ونخلص من هذه النصوص ان الشريعة الاسلامية تجيز رجوع الاب في عطيته لولده في كل الاحوال استثناءً من القاعدة العامة القاضية بعدم جواز الرجوع الا لسبب مشروع . وفي هذا يقول العز بن عبد السلام " واستثنى الشرع رجوع الآباء والامهات في الهبات بعد الاقباض تخصيصاً لشرف الولادة ، كما اوجب لهؤلاء من الحقوق ما لم يوجب له غيرهم وحرّم الرجوع في الهبات بعد لزومها على سواهم حتى

^١ بدائع الصنائع ١٢٨/٦ ، بداية المجتهد ٢٦٨/٢ ، الحاوي الكبير ، الماوردي ٥٤٥/٧ ، المغني ٢٦١/٨ ، البحر الزخار ١٣٨/٥ _ ١٤٠ ، المحلى ٤٣/١٠ . النهاية في مجرد الفقه والفتاوى ، ص ٦٠٢ - ٦٠٣ .

^٢ سنن البيهقي ٤٣/٣ .

^٣ شرح المجلة ، منبر القاضي ٤٢٠/٢ .

^٤ ملخص الاحكام الشرعية المعتمد من مذهب المالكية ، نقل عن كتاب المعاملات المادية والادبية ، علي فكري ١٧٧/٢ .

^٥ القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ .

^٦ ذكر القانون المدني العراقي في المادة (٦٢١) الاسباب المشروعة للرجوع وهي (١) الجود ، (٢) عجز الواهب ، (٣) ان يرزق الواهب ولداً بعد الهبة ، (٤) تقصير الموهوب له بالتزاماته نحو الواهب "واضاف في المادة (٦٢٢) قتل الموهوب له الواهب " كما نص عليها المشرع المصري في المادة (٥٠١) .

^٧ اما موانع الرجوع فقد نص عليها القانون المدني العراقي في المادة (٦٢٣) وتتلخص بما يأتي : "١. الزيادة ، ٢. الموت ، ٣. التصرف المزيل للملكية ، ٤. الزوجية ، ٥. ان تكون لذي رحم محرم ، ٦. الهلاك ، ٧. ان تكون بيد ٨. هبة الدين ، ٩. ان تكون صدقة" وقد اخذها المشرع العراقي من مجلة الاحكام العدلية . انظر المواد (٨٦٦ - ٨٧٢) كما نص عليها القانون المدني المصري في المادة (٥٠٢) وينظر : المغني في عدم جواز الرجوع ٢٦٤/٨ - ٢٦٦ .

^٨ القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ .

^٩ العقود المسماة ، د. حسن علي الذنون ، ص ٤٤ .

ولكن اذا قلنا بوجوب التسوية "على أي القولين" وحرمة التفريق، فهل يجري هذا الحكم على عموميه ام يرد عليه الاستثناء؟

للجواب على ذلك نقول ان ترجيح القول بالتسوية، ترجيح لمبدأ عام وقاعدة كلية، ومن المعروف ان المبادئ العامة والقواعد الكلية "الفقهية" قواعد اغلبية وليست مطردة كالقواعد الاصولية والمنطقية، ومن ثم يرد عليها الاستثناء ويعدل بها عن القياس عند تخلف حكمه التشريع وعندما يصبح العمل بها مقروناً بالحرص والمشقة وعلى هذا فان القول بوجوب التسوية، هو المبدأ العام الواجب العمل به في عطية الاولاد اذا كان محققاً للعدالة، اما ان كان هناك سبب مشروع يقتضي العدول عن التسوية كما اشار الامام احمد ومن وافقه كالمرض والحاجة والفسق ونحوه فلا بأس بالمفاضلة والتفريق، لانه لا يمكن القول بعدم صحة تمييز الاب لابنه الذي افنى حياته بالعمل والكد وجمع الثروة ليساعد اياه في معيشة الاسرة وتربية الاولاد وتعليمهم ولربما ايصالهم الى وظائف ومناصب مهمة، ثم اذا مضى الوقت ومات ابوهم جاءوا ليقاسموه في كل شيء: الصغير والكبير، والنفيس والحقير، ليس من العدالة ان يخص هذا بعطية من ابيه تعويضاً عما بذله من جهود في سبيل الاسرة. وهذا لا يعارضه قوله ﷺ "انت ومالك لابيک" لان الابن وما يملك لابييه ان كان بحاجة اليه بنفسه، فان لم يكن محتاجاً فهل يسوغ ان يكون لاختوته خاصة ان لم تكن بهم حاجة الى ذلك والله سبحانه وتعالى يقول "ان الله يأمر بالعدل والاحسان" واذا كانت العدالة تقتضي التسوية واعطاء كل ذي حقه، فان الاحسان يقتضي ان يكون الانسان كريماً عفواً متسامحاً في بعض حقوقه، اذ الاحسان اعلى رتبة وارفع مقاماً من العدالة. والا ماذا تقول العدالة في المسألة الواقعية التي جاء اصحابها يطلبون انصافهم من تصرف ابيهم، والتي ذكروا فيها ان اباهم تزوج من امرأة وانجبت اولاداً، ثم عاش الاولاد في كنف ابيهم يعملون ويكدون ويكسبون سوية حتى بلغوا وتزوجوا ثم استقل كل واحد منهم ببيت منفرد، وقام الاب وقسم الارض التي حصل عليها بالتقاعد مع الدولة بينه وبين ابنائه باعتبارهم اخوة له دون الاملاك الاخرى، ثم تزوج ثانياً وانجب اولاداً من الثانية، ثم مات وبلغ الاولاد من الثانية ووصلوا الى مراحل من الدراسة او الوظيفة او العمل وترك لهم حصته من الارض المتعاقد عليها، أما بقية الاموال و الاراضي فقد قسموها بحسب المواريث الشرعية، وليس من البر و الوفاء ان يقبل هؤلاء بقسمة ابيهم، خاصة وانه اعتبر جهود الكبار، ولم يغط حق الصغير لانه ابقى لهم حصته دون اخوتهم، ولنا في قول قيس بن سعيد بن عباده ﷺ "أما شيء امضاه سعد فلا ارده ابداً" وكان هذا جواباً لابي بكر و عمر (رضي الله عنهما) ولم يعترضوا عليه مع ان سعداً لم يترك له شيئاً. فما كان هؤلاء الاخوة اولى بالرضا والقبول والدعوة لابيهم بالرحمة والمغفرة؟ ونظير هذه المسألة كثير مما يحصل في المجتمعات الاسلامية كالذفرقة في العطية و تقسيم الاموال في الحياة، ومنع و حرمان بعضهم عن قصد او غير قصد.

واذا كانت التسوية واجبة الالسبب مشروع، فكيف يمكن معالجة الامر عند وقوع التفرقة بين الاولاد في العطية؟

هذا السؤال هو جوهر مشكله البحث التي يحاول الباحث الوصول اليها و الاجابة على هذا التساؤل نقول وبالله التوفيق.

ان الامر لا يخلو اما ان يكون الاب حياً او ميتاً. واما ان تكون العطية مالاً منقولاً، مقبوضاً محرراً او غير مقبوض و لا محرر.

وللحكم على هذه الاحتمالات من الناحية الواقعية ينبغي معرفة القواعد العامة التي تحكمها في كل من الشريعة و القانون دون الخوض في التفصيلات الجزئية.

وهذه القواعد تتعلق بما يأتي :

وقال ابن حزم "وكذلك هذا القول منه عليه السلام، ايجاب للتسوية بين الذكر والانثى وليس هذا من المواريث في شيء ولكل نص حكمه وليس هذا الحكم في غير الاولاد اذ لم يأت النص الا فيهم"^(١)، كما انها "عطية في الحياة يستوي فيها الذكر والانثى، كالنفقة والكسوة"^(٢).

ادلة القول الثاني :

١- واستدل القائلون بان التسوية تكون وفقاً لاحكام الميراث القاضية بان للذكر مثل حظ الانثيين، بادلة منها :

١. ان الله سبحانه وتعالى هو الذي قسم بينهم، وقسمه الله تعالى اولى بالاتباع . ويجاب عنه ان قسمة الله باعطاء الذكر ضعف حصة الانثى اعدل القسم بالنسبة الى مال المتوفي، اما العطية في الحياة فان التسوية اعدل القسم، والا لزم التفريق بين عطية الزوج لزوجته ذات الولد وبين زوجته التي ليس لها ولد لاختلاف حصتهما في الميراث .

٢. ولان العطية في الحياة احد حالي العطية، فجعل للذكر فيها مثل حظ الانثيين كحالة الموت (الميراث) كما انها استعجال لما يكون بعد الموت فينبغي ان تكون على حسبه، قياساً على الزكاة المعجلة، فكما ان اخراج الزكاة قبل وجوبها يكون على نفس صفة ادائها بعد وجوبها وكذا الكفارات^(٣) . ويمكن ان يجاب عنه بان هذا القياس مع الفارق لان الميراث والزكاة والكفارات واجبات شرعية لازمة للمكلف بوضع من الشارع في (الميراث والزكاة) او بارادة المكلف في (الكفارات) ولهذا فلا تبرأ ذمة المكلف الا بادائها على صفتها المقررة شرعاً والا بقيت ديناً في ذمته لانها لا تلزم الا بالقبض، كما يجوز الرجوع عنها .

٣. ولان الذكر احوج من الانثى من جهة ان الاعباء الملقاة على عاتقه اكثر بكثير من الانثى، فهو مكلف بدفع الصداق للزوج والنفقة لزوجته واولاده ولمن تلزمه من ذوي الارحام، والانثى لها ذلك، فكان اولى بالتفضيل لزيادة حاجته، وقد قسم الله تعالى الميراث مقروناً بهذا المعنى الذي يتعدى الى العطية في الحياة^(٤).

ويجاب عنه بما اجيب في النقطة الثانية .

٤. ان حديث بشير قضية في عين، وحكاية حال لاعموم لها^(٥) . ويجاب عنه اذا كانت قضية بشير وسؤاله الرسول ﷺ قضية عين وحكاية حال لا عموم لها، وان جزءاً كبيراً من التشريع الاسلامي جاء جواباً على اسئلة او بياناً لاحوال، فمعنى ذلك اننا غير مكلفين بما ورد في التشريع على هذه الجهة، وهذا قول خطير، مخالف لما عليه علماء الامة من ان "العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب" .

ثالثاً: الترجيح

لعل ما ذهب اليه اصحاب القول الاول اولى بالترجيح لان ظاهر النصوص يؤيده، والعمل بالظاهر مقدم على العمل بالقياس الذي استند اليه اصحاب القول الثاني . مع ملاحظة ان العمل بالقولين سائغ اذا كانت النية منصرفة الى التسوية فبأي تفسير اخذ المعطي بحسب الميراث بناءً على قسمة الله تعالى، او بالمساواة بين الذكر والانثى حسب ما يدل عليه ظاهر النصوص مقبول ان شاء الله تعالى .

تعقيب:

^١ - المحلى ٦٠/١٠ .

^٢ - المغني ٢٥٩/٨ .

^٣ - المغني ٢٥٩/٨ - ٢٦٠ .

^٤ - المغني ٢٦٠/٨ .

^٥ - المصدر السابق ٢٦٠/٨ .

الاول ان العدل يعني التسوية الحسابية بين الاولاد "ذكرهم واناثم" وهذا هو المعنى المفهوم من قوله تعالى (فانبذ اليهم على سواء) ^(١) وقوله تعالى (مكاناً سوى) ^(٢) أي عدلاً ^(٣) . وهذا يقتضي العدل بين الاولاد في العطية دون تفضيل لبعضهم على بعض لان الاحاديث والاثار الواردة في هذا الامر لم تفرق بين ذكر وانثى ^(٤)، وهو قول ابي يوسف والمشهور عند الحنفية والمالكية والشافعية والظاهرية ^(٥) الثاني: ان المشروع في عطية الاولاد القسمة بينهم على قدر ميراثهم أي للذكر مثل حظ الانثيين وفقاً لقوله تعالى (يوصيكم الله في اولادكم للذكر مثل حظ الانثيين) ^(٦) . واليه ذهب الحنابلة والزيدية والامام محمد بن الحسن الشيباني من الحنفية وقول عند الشافعية والمالكية ،وبه قال عطاء وشريح واسحاق ^(٧) .

ثانياً: الأدلة

استدل اصحاب القول الاول القائلين بأن التسوية تعني المساواة بين الذكر والانثى في العطية بجملة من الأدلة منها :

١- ما رواه الشعبي عن النعمان بن بشير ان الرسول ﷺ قال لابيهِ "اكل ولدك نحلّت مثل ما نحلّت النعمان قال لا :قال فاشهد على هذا غيري ثم قال ايسرك ان يكونوا اليك في البر سواء قال بلى قال فلا اذا" ^(٨) وفي رواية عروة بن الزبير قال :فكل اخوته اعطيته هذا قال لا: قال فرده" ^(٩) . وفي رواية مسلم بن صبيح قال : "هل لك بنون سواء قال نعم قال سو بينهم" ^(١٠) . وعن ابن عباس ؓ ان النبي ﷺ قال "سوا بين اولادكم في العطية، فلو كنت مفضلاً احداً افضلت النساء" ^(١١) .

فهذه الروايات ونحوها تدل بظاهرها على وجوب التسوية بين الذكور والاناث ^(١٢)، لان قوله ﷺ "ايسرك ان يكونوا لك في البر سواء" دليل على انه لا يراد من الابن شيء من البر الا ويراد من البنت مثله ، فلمسا بين الرسول ﷺ ان المطلوب من الاب لولده هو نفس ما مطلوب من ولده له، وان ما يراد من الانثى من البر هو مثل ما يراد من الذكر كان ما اراد منه لهم من العطية للانثى مثل ما اراد للذكر، وفي رواية ابن صبيح "هل لك بنون سواء قال نعم :قال سو بينهم" ولم يسأله عن ذكر ولا انثى، وذلك لا يكون الا وحكم الانثى كحكم الذكر والا لما امره بالتسوية بينهم الا بعد علمه انهم ذكور كلهم، فلما ثبت عدم استقصاله في الموضوع دل على استواء حكمهم في ذلك عنده ^(١٣) .

قال الحافظ ابن حجر "ولا منافاة بينهما لان لفظ الولد يشتمل ما لو كانوا ذكوراً او اناثاً وذكوراً، واما لفظ البنين فان كانوا ذكوراً فظاهر وان كانوا اناثاً وذكوراً فعلى سبيل التغليب" ^(١٤) .

^١ - الانفال / ٥٨

^٢ - طه / ٥٨

^٣ - مختار الصحاح مادة (سواء) .

^٤ - الموسوعة الفقهية الكويتية ١١ / ٣٦٠ .

^٥ - الميسوط ١٢ / ٥٦ ، بدائع الصنائع ٦ / ١٢٧ ، شرح معاني الآثار ٣ / ٨٩ ، الفواكه الدواني ٢ / ١٥٩ ، شرح النووي على صحيح مسلم ١١ / ٦٦ ، المغني

٨ / ٢٥٩ ، المحلى ١٠ / ٦٠ ، شرح النيل ١٢ / ٥٩ ، عون المعبود ٩ / ٣٣٣ ، شرح ابن ماجة ١ / ١٧٢ ، نيل الاوطار ٦ / ١١ .

^٦ - النساء / ١١ .

^٧ - المصادر السابقة في هامش (٥) .

^٨ - مسلم ٣ / ١٢٤٣ ، ابن حبان ١١ / ٥٠٥ .

^٩ - مسلم ٣ / ١٢٤٢ .

^{١٠} - ابن حبان ١١ / ٤٩٨ .

^{١١} - مجمع الزوائد ٤ / ١٥٣ .

^{١٢} - احكام الاحكام ٢ / ١٥٤ .

^{١٣} - معاني الآثار ٤ / ٨٩ ، المغني ٨ / ٢٥٦ .

^{١٤} - فتح الباري ٥ / ٢١٣ ، نيل الاوطار ، الشوكاني ٦ / ١٤ .

٤- قد يقال ان بشيراً تصرف في خالص ملكه، ومن المبادئ المقررة في علمي الشريعة والقانون ان ملكية الانسان لشيء تعني "انفراد بالشيء والتصرف الا لمانع شرعي" (١) أي انه يملك صلاحية التصرف فيه بانواع التصرفات المشروعة "الاستعمال، والاستغلال، والتصرف" وهذا المعنى هو الذي تضمنه المادة (١٠٤٨) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ التي نصت على ان "الملك التام من شأنه ان يتصرف به المالك تصرفاً مطلقاً فيما يملكه عينا ومنفعة، واستغلالاً" (٢) ومن ثم فان تصرف بشير يقع ضمن هذا الاطار.

ويمكن الاجابة عنه بما يأتي: صحيح ان حق الملكية يمنح صاحبه الصلاحيات المذكورة، الا ان هذه السلطات والصلاحيات مقيدة بالقواعد العامة المانعة من التعسف في استعمال الحق القاضية ببطلان التصرف اذا كان استعمال الحق يترتب ضرراً اكبر من المصلحة التي كان يريها او يتوقعها من استعماله (٣). ولاشك ان الضرر المترتب على عدم التسوية والمتمثل بالعداوة والبغضاء وقطع الارحام اكبر من المصلحة المترتبة على التمييز والايثار والقاعدة الشرعية تنص على ان "دفع المفاسد اولى من جلب المصالح" (٤).

٥- ان قول بعض الفقهاء كأبي حنيفة بعدم وجوب التسوية مخالف لما ذهبوا اليه من صحة بيع المورث بعض اعيان التركة لغير الوارث اذا كان بثمن المثل، خوفاً من المحابة الداعي الى ايقار الصدور، ودفعاً لتوهم ايثار الموروث هذا الوارث بما تكون لغيره الرغبة في حيازته (٥). فاذا كان الوارث ممنوعاً من امتلاك ما اشتراه من مورثه بقيمته خشية الخلاف بين الورثة، فكيف يسوغ امتلاكه لما يحصل عليه من مورثه بلا مقابل ولا يخشى منه الفتنة والخلاف.

٦- العدالة من المبادئ الاساسية في التعامل بين الافراد والجماعات، وبين الاصدقاء والاعداء وهي من باب اولى بين الاباء والابناء، من هنا حرص الاسلام على رعاية هذا المبدأ بجانبه المادي والمعنوي، فعن انس رضي الله عنه قال: "كان مع الرسول الله ﷺ رجل فجاء ابن له فقبله واجلسه على فخذه ثم جاءت بنت له فاجلسها الى جنبه. قال: فهلا عدلت بينهما" (٦). ولهذا كان السلف يحبون ان يعدل الرجل بين ولده حتى في القبل وهذا واضح الدلالة على المراد، لانه اذا وجبت المساواة بين الاولاد في شتى انواع التعامل حتى في القبل فهي في غيره اولى كالماديات.

المسألة الثانية: كيفية التسوية

واذا كانت التسوية واجبة او مستحبة فكيف تتم التسوية ؟
لبيان كيفية التسوية نتناول المسألة من خلال اقوال الفقهاء وادلتهم والراجح منها وكما يأتي :
اولاً: اقوال الفقهاء في المسألة.
اختلف الفقهاء في هذه الجزئية على قولين :

١- التمدخل لدراسة الشريعة الاسلامية د. عبد الكريم زيدان ص ٢٢٤.

٢- وقريب من هذا المعنى ما نصت عليه المادة (٥٤٤) من القانون المدني الفرنسي التي نصت "بان الملكية هي حق الانتفاع والتصرف بالاشياء على النحو المطلق بشرط ان لا يستعملها احد استعمالاً محرماً بالقوانين والانظمة" ينظر: الحقوق المدنية د. محمد طه البشير ص ٤١.

٣- النظريات العامة للمعاملات في الشريعة الاسلامية، احمد فهمي ابو سنته ص ١١٨.

٤- الاشياء والنظائر، ابن نجيم ص ٩٨، السيوطي ١٨٨/١.

٥- احكام الاسرة في الفقه الاسلامي (الموارث) نظام الدين عبد الحميد ص ١٥.

٦- شرح معاني الآثار ٨٩/٤.

٧- الانفال ٥٨/٧.

ي - فعل الصحابة (رضي الله عنهم) كأي بكر وعمر وعبد الرحمن بن عوف وعبد الله بن عمر (رض الله عنهم) بعدم التسوية قرينه ظاهرة على أن الأمر للندب لا الوجوب^(١). إذ لا يجوز أن يحمل فعل هؤلاء الصحابة (رضي الله عنهم) على خلاف قول الرسول ﷺ^(٢).

واجب، بأن فعل أبي بكر لا يعارض قول النبي ﷺ ولا يحتج به معه، إلا أنه يحتمل أيا بكر ﷺ خصها بعطيته لحاجتها وعجزها عن الكسب، مع اختصاصها بفضل كونها أم المؤمنين، ويحتمل أنه نحلها ونحل غيرها أو نحلها وهو يريد أن ينحل غيرها فادركه الموت قبل ذلك^(٣). أما الرواية عن عبد الرحمن فلا يصح الاحتجاج بها لأنها منقطعة ولو صحت فلا دليل فيها على أنه لم يسو قبل ولا بعد بينهم. وكذلك الرواية عن ابن عمر لأن فيها ابن لهيعة وهو ساقط. كما أن فيها دلالة على أنه لم يعطه كما أعطى أخوته بدلالة قوله عن ابنه وأقد أنه مسكين^(٤).

ثالثاً: الترجيح:

من خلال عرض آراء الفقهاء وأدلتهم ومناقشتها يمكن القول بأن ما ذهب إليه أصحاب القول الأول القائلين بوجوب التسوية هو الأرجح لما يأتي:

١- الأحاديث التي وردت بوجوب التسوية أحاديث صحيحة متفق على صحتها ومع اختلاف رواياتها فإن الفاظها صريحة في الدلالة على وجوب التسوية وحرمة التفريق فإن الفاظ "اعدلوا"، "ارده"، "ارجعه"، "سوّ بينهم" أوامر مطلقة، ومقتضى الأمر المطلق عند جمهور الأصوليين وجوب القيام بالفعل أو تركه إلا إذا وجدت قرينة تصرفه عن هذا المقتضى، ويؤكد هذا المعنى في هذه المسألة تسميته ﷺ جوراً، وامتناعه من الشهادة عليه، والجور حرام والحرام يقتضي ترك الفعل على سبيل الحتم والالزام، كما أن تقييد شهادته ﷺ بالحق دليل على أن ما طلبه بشيراً ليس بحق، وإن الحق خلافه وهو وجوب التسوية بين أولاده..

٢- أن التمييز بين الأولاد في العطاء بحرمان بعضهم أو إثارة بعضهم له نتائج خطيرة على العلاقات الأسرية والقرابية تتمثل بالعداوة والبغضاء، وعقوق الوالدين، وقطيعة الرحم ونحوها، وهذا يتعارض مع التوجيهات الشرعية القاضية بإيجاب صلة الرحم وتحريم قطعها قال تعالى (واتقوا الله الذي تساءلون به والإرحام)^(٥) وقال تعالى (قل لا أسألكم عليه أجراً إلا المودة في القربى)^(٦) ووصف الله تعالى الذين يقطعون ما أمر الله به أن يوصل بالفاسقين فقال: (الذين ينقضون عهد الله من بعد ميثاقه ويقطعون ما أمر الله به أن يوصل ويفسدون في الأرض أولئك هم الخاسرون)^(٧). فإذا كانت صلة الرحم واجبة وقطعها محرم، فإن ما يؤدي إلى قطعها وهو عدم التسوية بين الأولاد محرم أيضاً من باب "ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب"^(٨).

٣- القواعد الأصولية المعروفة أن "الأمر بالشئ نهى عن ضده"^(٩). ومقتضى ذلك أن أمر الرسول ﷺ بشيراً بالتسوية بين أولاده بقوله: "سوّ بينهم"، اعدلوا نهى عن ضده وهو التفريق والاثار ومعلوم أن النهي يقتضي التحريم وهذا يعني وجوب التسوية وحرمة التفريق.

^١ -فتح الباري ٢١٥/٥، المنتقى ٩٤/٦، شرح النيل ٥٨/١٢.

^٢ -شرح المعاني الآثار ٨٩/٤.

^٣ -المغني ٢٥٧/٨.

^٤ -المطلى ٦٠/١٠.

^٥ -النساء/٥١.

^٦ -الشورى/٢٣.

^٧ -البقرة/٢٧.

^٨ -ميزان الأصول ٢٥٧/١، المستصفى ٧١/١، روضة الناظر ص ١٩.

^٩ -وهو مذهب جمهور الأصوليين، جمع الجوامع ١٩٨٦/١-٣٨٥، الأحكام للأمدى ٣١١/١، ارشاد الفحول ١١٨.

:ثم تصدق علي أبي بعض ماله^(١). وقد انكر القرطبي مذهب إليه سحنون من ان النهي انما يتناول من وهب جميع ماله لبعض ولده : "وكانه لم يسمع في نفس هذا الحديث ان الموهوب كان غلاما وهبه له لما سالته الام الهبه من بعض ماله، قال : وهذا يعلم منه على القطع انه كان مال غيره^(٢).

ز - روايه الشعبي عن محمد بن سيرين جاءت بلفظ "قاربوا بين اودكم"^(٣). لا سوا ، والمقاربة لاتعني التسوية ، وتعقب بانهم لا يوجبون المقاربة كما لا توجبون التسوية^(٤).

ولو صح هذا لكان حجة عليهم ، لانه امر بالمقاربة ونهى عن خلافها . وقد فسر ابن حزم المقاربة بالاجتهاد في التعديل كما في قوله تعالى (ولن تستطيعوا ان تعدلوا بين النساء ولو حرصتم)^(٥) فصح ان المجتهد في التعديل بين اولاده ان لم يصادف حقيقة التعديل كان مقاربا . اذا لم يتمكن على اكثر من ذلك^(٦). ومعلوم ان القدرة شرط التكليف والله سبحانه وتعالى يقول (لا يكلف الله نفسا شيئا) وسعها^(٧). والرسول ﷺ يقول " اذا امرتكم بامر فاتوا منه ما استطعتم"^(٨). فلا تكليف الا بمقدور ، وهذا يعني ان بذل الانسان ما في وسعه وقدرته وان ابرا ذمته ، لكنه لا يعني التسوية.

ح - ان تشبيه التسوية بينهم في العطية بالتسوية منهم في بر الوالدين قرينه صارفه للامر من الوجوب الى التنب^(٩).

واجيب بان هذا المفهوم معارض بما ورد من الفاظ تدل على ان هذا الفعل جور وظلم كقوله ﷺ " لا تشهدي على جور " و " لا تشهد على جور " و " اني لا اشهد الا على حق "^(١٠). وقوله " لا اذا "^(١١). وان احتاجهم بهذا اعظم حجة عليهم لان قوله ﷺ " اني لا اشهد الا على حق " يدل على انه ليس حقا ، واذا لم يكن حقا فهو باطل وضلال^(١٢). قال تعالى (فماذا بعد الحق الا الضلال)^(١٣).

ط - ان قوله ﷺ " اشهد على غيري " اذن بالاشهاد على ذلك ، وانما امتنع من ذلك لكونه الامام وكانه قال لا اشهد لان الامام من شأنه الحكم بالاشهاد^(١٤). واجيب بانه لا يلزم من كون الامام ليس من شأنه ان يشهد ان يتحمل الشهادة ولا من ادائها اذا تعينت عليه^(١٥). لعموم قوله تعالى (ولا يب شهداء اذا ما دعوا)^(١٦) وقوله تعالى (كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على انفسكم أو الوالدين والاقربين)^(١٧). وهذا العموم شامل للجميع دون استثناء ، وفيه امر للائمة بتنفيذ ذلك ، ولو لم يكن الامام من شأنه ان يشهد لما جازت شهادته^(١٨).

^١ - مسلم ١٢٤٢/٣

^٢ - فتح الباري ٢١٤/٢

^٣ - مسلم ١٢٤٤/٣

^٤ - فتح الباري ٢١٥/٥ ، نيل الاوطار ١٢/٦

^٥ - النساء/١٢٩

^٦ - المحلي ٥٩/١٠

^٧ - البقرة/٢٨٦

^٨ - البخاري ، الاعتصام ٢٦٤/٣ ، مسلم ٩٧٥/٢

^٩ - فتح الباري ٢١٥/٥ ، شرح النيل وشفاء العليل ٥٨/١٢ ، نيل الاوطار ١٢/٦

^{١٠} - مسلم ١٢٤٤/٣ ، ابن حبان ٥٠٠/١١

^{١١} - مسلم ١٢٤٣/٣

^{١٢} - المحلي ٥٩/١٠

^{١٣} - يونس/٣٢

^{١٤} - شرح المعاني الآثار ٨٦/٤ ، فتح الباري ٢١٤/٥

^{١٥} - فتح الباري ٢١٤/٥

^{١٦} - البقرة/٢٨٢

^{١٧} - النساء/١٣٥

^{١٨} - المحلي ٥٨/

بأشهاد غيره" يؤدي إلى القول بتناقض حديث الرسول ﷺ وتضاده^(١)، وهو باطل إذ لا يجوز عند الأصوليين ورود حکمان مختلفان على امر واحد. وقال ابن حبان في قوله ﷺ "اشهد على غيري"، "أراد به الإعلام بنفي جواز استعمال الفعل المأمور به لو فعله فزجر عن الشيء بلفظ الأمر بضده كما قال لعائشة (رضي الله عنها) اشترطي لهم الولاء"^(٢). ويؤيد هذا تسميته لهذا الفعل جوراً، ولأن الصيغة وإن كان ظاهرها الإذن إلا أنها مشعرة بالتفجير الشديد. عن ذلك الفعل^(٣). أو أنها للوعيد كقوله تعالى (فإن شهدوا فلا تشهد معهم). وليس لأباحة الشهادة على الجور والباطل، لكن كما قال تعالى (فمن شاء فليؤمن ومن شاء فليكفر)^(٤). وقوله (أعملوا ما تشئتم)^(٥). وحاشا له ﷺ أن يبيح لأحد الشهادة على ما أخبر به أنه جور^(٦).

ج - أن العطية لم تنجز وإنما جاء بشير يستشير النبي ﷺ في ذلك فأشار عليه بأن لاتفعل فترك^(٧). وأجيب عنه بأن أمره ﷺ له بالارتجاع دليل على التجيز، يؤيد قول عمره "الأرض حتى تشهد رسول الله"^(٨).

د - أن النعمان كان كبيراً ولكنه لم يقبض العطية فجاز لأبيه الرجوع^(٩) وأجيب عنه، بأن خلاف ما ورد في أغلب طرق الحديث كقوله "أرجعه"^(١٠) فإنه يدل على تقدم وقوع القبض، والذي تضافرت عليه الروايات أنه كان صغيراً وكان أبوه قابضاً له لصغره، فأمره برد العطية المذكورة بعدما كانت في حكم المقبوض^(١١). وصغره كما يقول ابن حزم "أشهر من الشمس لأنه ولد بعد الهجرة بلا خلاف، ويؤكد هذا روايه الشعبي عن النعمان "أنا يومئذ غلام"^(١٢) ولاتطلق هذه اللفظة على رجل بالغ "بدليل قوله تعالى (قال رب أنى يكون لي غلام وقد بلغني الكبر وأمراتي عاقر)"^(١٣).

هـ - أن قوله ﷺ أرجعه دليل على الصحة ولو لم تصح العطية لما صح الرجوع وإنما أمره بالرجوع لأن للوالد أن يرجع فيما وهب لولده. وإن كان الأفضل خلافه، ولذلك أمره به. وأجيب بأن الاحتجاج بهذا فيه نظر لأن معنى قوله "أرجعه" أي لأتمضي العطية المذكورة ويلزم من ذلك عدم صحتها^(١٤).

و - أن المال الموهوب للنعمان كان جميع مال والده، ولذلك منعه فليس في الحديث حجة على منع التفضيل، ذكره ابن شهاب وابن القاسم وسحنون في العتبية عن مالك^(١٥).

وتعقب بأن كثيراً من طرق الحديث مصرحة بالبعضية كما في روايه جابر أن الموهوب كان غلاماً، حيث أتى بشير النبي ﷺ فقال "إن ابنة فلان سالتني أن أنحل ابنها غلامي"^(١٦). وكذلك في روايه حميد بن عبد الرحمن عند ابن حبان^(١٧) كما ورد التصريح بالبعضية في رواية الشعبي عن النعمان قال

١- المغني ٢٥٨/٨.

٢- صحيح ابن حبان ٥٠٣/١١.

٣- أحكام الأحكام ١٥٥/٢.

٤- الكهف ٢٩.

٥- فصلت ٤٠.

٦- المحلى ٥٧/١٠.

٧- شرح معاني الآثار ٨٧/٤، فتح الباري ٢١٤/٥، الشوكاني ١١/٦.

٨- البخاري ٩١٤/٢.

٩- المبسوط ٥٦/١٢، شرح معاني الآثار ٨٥/٤.

١٠- البخاري ٩١٣/٢، مسلم ١٢٤١/٣، ابن حبان ٤٩٩/١١.

١١- فتح الباري ١١/٢١٤، ٦/٥.

١٢- مسلم ١٢٤٣/٣.

١٣- إمام عمران ٤٠.

١٤- فتح الباري ٢١٤/٥، نيل الأوطار ١١/٦.

١٥- المنتقى شرح الموطأ ٩٣/٦.

١٦- مسلم ١٢٤٤/٣، ابن حبان ٤٩٩/١١، الشوكاني ١١/٦.

١٧- ابن حبان ٤٩٩/١١.

٥- وعن مسروق "انه حضر رجلاً يوصي ،فاوصى بأشياء لا ينبغي فقال مسروق :ان الله قسم بينكم فاحسن ،وانه من يرغب برأيه عن رأي الله يضل ،اوص لذوي قرابتك ممن لا يرتك ،ثم دع المال على من قسمه الله عليه" (١) .

و- ومن أقوال الفقهاء في ذلك :

١- قال الكاساني: "وينبغي للرجل ان يعدل بين اولاده في النحلي لقوله تعالى "ان الله يأمر بالعدل والاحسان" (٢) .

٢- قال البخاري : "وأذا أعطى بعض ولده شيئاً لم يجز حتى يعطي الآخرين مثله" (٣) .

٣- قال ابن قدامة: "وجملة ذلك انه يجب على الانسان التسوية بين اولاده في العطية" (٤) .

٤- وقال ابن حزم: "ولا يحل لاحد ان يهب ولا ان يتصدق على احد من ولده الا حتى يعطي او ينصف كل واحد منهم بمثل ذلك" (٥) .

فهذه الأقوال ونحوها صريحة في دلالتها على وجوب التسوية ومنع التفاضل.

٢- أدلة القول الثاني ومناقشتها:

استدل القائلون باستحياب التسوية بجملة من الأدلة تمثل في حقيقتها اجوبة واعتراضات على ما استدل به أصحاب القول الاول القائلين بوجوب التسوية وحرمة التفضيل ،ولهذا سنوردها مجتمعة مع ما يمكن ان يرد عليها من ملاحظات منعا للتكرار والاطالة ،وهي:

قوله تعالى (ان تبدوا الصدقات فنعمما هي) (٦) . وقوله تعالى (ان تالوا التبر حتى تنفقوا مما تحبون) (٧) . فاذا جاز هذا للاجنيين وذوي القربى فلا اقرب من الولد وذلك ان الرجل اذا اعطى ماله ذا قرابته غير ولده او اجنبيا فقد منعه ولده . وقطع ملكه عن نفسه فاذا كان ممدوحا بعطيته للاباعد فمن باب اولي ان يحصل هذا في عطيته لاولاده وان كان لبعضهم دون بعض ،لان منع بعضهم من عطيته اقل ضررا من منعهم كلهم ، وقد نقل بعضهم الاجماع على ذلك (٨) . ويجاب عنه بان هذا قياس مع الفارق ، لان الابن لا يستحق من صدقه ابيه لان نفعها يعود اليه ، وان نفقته واجبة في مال ابيه ان كان محتاجا كما ان قياس مع وجود النص (٩) .

ب- حديث النعمان بن بشير السابق الا انهم حملوا الامر (١٠) فيه على الذنب والنهي (١١) على التنزيه (١٢) .

ان قوله ﷺ "اشهد على هذا غيري" يقتضي اباحة اشهاد الغير ولا يباح اشهاد الغير ، الا على امر جائز .

اما امتناع النبي ﷺ من الشهادة فكان على وجه التنزه (١٣) واجيب ، بان قوله ﷺ "اشهد على غيري" ليس بامر ولو كان امرا لما وسع بشيرا مخالفته ، و انما هو تهديد على هذا فيفيد ما افاده النهي عن اتمامه ، وكيف يصبح ان يأمره بأكيد مع امره برده ، وتسميته ايه جورا ، وحمل الحديث على هذا المعنى "الامر

١- المصدر السابق ٣١٧/٧ .

٢- بدائع الصنائع ٣٦٩٨/٨ ، والاية (٩٠) من سورة النحل

٣- صحيح البخاري ٩١٢/٢ .

٤- المغني ٢٥٦/٨ .

٥- المحلى ٥٥/١٠ .

٦- البقرة ٢٧١/٢ .

٧- آل عمران ٩٢ .

٨- الام ١٩٤/٧ ، بداية المجتهد ٢٦٨/٢ ، فتح الباري ٢١٥/٥ ، شرح النيل ٥٨/١ .

٩- فتح الباري ٢١٥/٥ .

١٠- الاحكام للأمدى ٢/٢٩١ ، ارشاد الفحول ، الشوكاني ، ص ١٦٩ .

١١- الاحكام للأمدى ٢/٣٢٢ ، ارشاد الفحول الشوكاني ، ص ١٩٢ .

١٢- فتح الباري ٢١٤/٥ ، شرح النيل ٥٨/١٢ .

١٣- احكام الاحكام شرح عمدة الاحكام ١٥٥/٢ .

وحرزتيه كان لك ، وإنما هو اليوم مال وارث وإنما هما أخوك واختاك فاقسموه على كتاب الله تعالى ، فقالت عائشة : والله يا أبت لو كان كذا وكذا لتركته" (١) .

وفي رواية ابن حزم من طريق عبد الرزاق "وإني أخاف أن أكون أثرتك على ولدي ، وإنك لم تكوني اثرتني ، فإني على ولدي ؟ فقالت يا ابتاه ، لو كانت لي خبير بجدادها ذهباً لرددتها" (٢) .

يدل الخبر بروايته على وجوب التسوية ، فلو لم تكن التسوية واجبة لما طلب الصديق من عائشة رضي الله عنهما ، إعادة ما أثرها به على غيرها من أولاده .

جـ- مارواه ابن سيرين أن "سعد بن عباداً قسم ماله بين بنيه في حياته فولد له بعد ما مات ، فلقني عمر أبا بكر فقال له : ما نمت الليلة من ابن سعد هذا المولود لم يترك له شيء ؟ قال أبو بكر : وأنا والله ، فإنا نطلق بنا إلى قيس بن سعد فكلمه في أخيه ، فأتيناه فكلمناه فقال قيس : أما شيء أمضاه سعد فلا أراده أبداً ، ولكنك أشهدكما أن نصيبه له" (٣) .

يدل الأثر على وجوب التسوية فلو لم تكن واجبة لما أهتم الأمر أبا بكر وعمر رضي الله عنهما مع أن حرمان الوليد لم يكن عن قصد لأن ولادته كانت بعد وفاة أبيه ، وفيه دلالة أيضاً على أن تصرف الأب نافذ لازم (٤) . ولهذا أمضاه قيس وتنازل عن حقه لإعادة التوازن وتحقيق العدالة ، وإن كان الأصل أن يرجع على الجميع .

د- ما ذكره حكيم بن معاوية عن أبيه معاوية بن حيدة "أن أباه حيدة كان له بنون لعلات (٥) ، أصاغر ولده ، وكان له مال كثير فجعله لبني علة واحدة ، فخرج ابنه معاوية حتى قدم على عثمان بن عفان فاخبره بذلك فخير عثمان الشيخ بين أن يرد إليه ماله ، وبين أن يوزعه بينهم ، فارتد ماله ، فلما مات تركه الأكابر لأخوتهم" (٦) . وهو ظاهر المعنى في وجوب التسوية وبه حكم عثمان بن عفان رضي الله عنه بين إعادة المال إلى ملكه فينتقل إليهم بقسمة الله ميراثاً ، وإن يوزعه بينهم دون محاباة .

هـ- ما ورد عن بعض السلف من أقوال توجب التسوية منها :

١- عن أبي حبان قال : حدثني أبي قال : "حضر جار لتشريح وله بنون فقسم ماله بينهم لا يألوا أن يعدل ، ثم دعا شريحاً فجاء فقال : أبا أمية ، إني قسمت مالي بين ولدي ولم آل وقد أشهدتك ، فقال شريح : قسمة الله عدل من قسمتك ، فإرددهم إلى قسمة الله وفرائضه ، وأشهدني وإلا فلا تشهدني ، لأشهد على جور" (٧) .

٢- عن الزهري قال : قال عروة بن الزبير ، "يرد من حيف الحي ما يرد من حيف الميت" (٨) وذكره ابن حزم من طريق عبد الرزاق بلفظ يرد من حيف الناحل الحي ما يرد من حيف الميت من وصيته" (٩) .

٣- وعن مجاهد قال : "من نحل ولداً له نحلأً دون بنيه فهو ميراث" (١٠) .

٤- عن ابن أبي نجیح قال : كان طاوس إذا سأل عنه قال "أفحكم الجاهلية يبغون" (١١) .

١- شرح معاني الآثار ٨٨/٤ ، المنقذ ٩٤/٦ .

٢- المحلى ٥٥/١٠ .

٣- المصنف ، عبد الرزاق ٩٨/٩ ، ٩٩ ، المحلى ٥٥/١٠ .

٤- المبسوط ٥٥/١٢ .

٥- بنو العلات ، أولاد الرجل من نسوة شتى ، مختار الصحاح مادة (عل) أي أخوة الأب .

٦- المحلى ٥٥/١٠ .

٧- المصنف ، عبد الرزاق ٣١٧/٧ .

٨- المصدر السابق ٣١٧/٧ .

٩- المحلى ٥٦/١٠ .

١٠- المصدر السابق ٥٥/١٠ .

١١- المصنف ، عبد الرزاق ٣١٧/٧ ، والآية (٥٠) من سورة المائدة .

سبيل الايثار انه مكروه ،وانما يجوز ذلك ويعرى من الكراهة اذا اعطى البعض لوجه ما من جهة يختص بها احدهم ،او غرامة تلزمه ،او خير يظهر منه فيخص بذلك خيرهم على مثله^(١) .
وبه قال الزيدية^(٢) وقول عند الامامية اذا لم يترتب على التفضيل فتنة فان ترتب عليه فتنة حرم^(٣) .

ثانياً : الادلة ومناقشتها

١. ادلة القول الاول :

استدل اصحاب القول الاول بجملة من الادلة اهمها :

ما رواه البخاري عن النعمان بن بشير رضي الله عنه ان اياه "اتي رسول الله ﷺ فقال :اني اعطيت ابني من عمرة بنت رواح عطيّة ،فأمرتني ان اشهدك يا رسول الله .فقال :اعطيت سائر ولدك مثل هذا قال لا .قال :فانتقوا الله واعدوا بين اولادكم قال فرجع فرد عطيتته"^(٤) .وفي رواية "فارجعه"^(٥) ،كما ورد الحديث بالفاظ عدة عند العلماء الحديث منها "فأردده"^(٦) و "فلا تشهدني اذا فاني لا اشهد على جور"^(٧) و "قال :فليس يصح هذا واني لا اشهد الا على حق"^(٨) و "سو بينهم"^(٩) و "اشهد على هذا غيري ،ايسرك ان يكونوا لك في البر سواء قال :بلى ،قال :فلا اذا"^(١٠) و "اشهد على هذا غيري واعدوا بين اولادكم في النحل كما تحبون ان يعدلوا بينكم في البر والعطف"^(١١) .ونحوها^(١٢) .

وجه الدلالة

يدل الحديث الشريف برواياته والفاظه المتعددة على وجوب التسوية بين الاولاد في العطية وهو نص المسألة ،اذ هو مساق اصالة لبيان هذا الحكم لانه جاء بياناً لطلب والد النعمان ،الذي يفهم بمجرد سماعه دون حاجة الى تأمل ونظر ،لان قوله ﷺ "اعدلوا ،ارجعه ،أردده ،انتقوا الله ،سو" الذي ورد في الروايات كلها اوامر فبأي لفظ ورد تحقق المعنى ،وهو موجب الامر المطلق عند جمهور الاصوليين^(١٣) . كما ان رفضه الشهادة على الامر وبيان ان هذا التصرف جور وخلاف الحق دليل على حرمة وبطلانه^(١٤) .

قال ابن دقيق العيدان قوله ﷺ "انتقوا الله" يؤذن بان خلاف التسوية ليس بتقوى وان التسوية تقوى^(١٥) .

ب- ما رواه عروة بن الزبير عن عائشة رضي الله عنها انها قالت "ان ابا بكر الصديق نحلها جداد عشرين وسقاً من ماله بالغابة ،فلما حضرته الوفاة قال :والله يا بنية ما من احد من الناس احب الي غنى منك ،ولا اعز الناس علي فقراً من بعدي منك ،واني كنت نحلنك جداد عشرين وسقاً .فلو كنت جددت له

^١-المنتقى شرح الموطأ ٩٤/٦ .

^٢-البحر الزاخر ١٣٨/٥ .

^٣-جامع الاحكام الشرعية ص ٣٣٩ .

^٤-صحيح البخاري ٩١٤/٢ .

^٥-صحيح البخاري ٩١٣/٢ ،صحيح مسلم ١٢٤١/٣ ،صحيح ابن حبان ٤٩٩/١١ .

^٦-مسلم ١٢٤٢/٣ ،ابن حبان ٤٩٦/١١ ،المصنف ،عبد الرزاق ٣١٧/٧ .

^٧-مسلم ١٢٤٢/٣ ،ابن حبان ٥٠١/١١ ،المصنف ٣١٧/٧ ،مصنف ابن ابي شيبة ٣٦٦/٨ .

^٨-مسلم ١٢٤٤/٣ ،ابن حبان ٥٠٠/١١ .

^٩-ابن حبان ٤٩٨/١١ .

^{١٠}-مسلم ١٢٤٣/٣ ،ابن حبان ٥٠٥/١١ .

^{١١}-ابن حبان ٥٠٣/١١ .

^{١٢}-ينظر في بقية الروايات :فتح الباري ٢١٢/٥ - ٢١٤ .

^{١٣}-وبه قال الحنفية ،والمالكية ،والشافعية ،والحنابلة ،والظاهرية ،واكثر الفقهاء والمتكلمين كابي علي الجبائي ،وابو الحسن البصري ،واحد قولي الاشعري .ينظر في ذلك :البحر المحيط ،الزركشي ٣٦٥/٢ ،اصول السرخسي ١٥/١ ،شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصور في الاصول ،القرافي ص ١٠٣ ،احكام الفصول في احكام الاصول ،ابو الوليد اللباجي ص ٧٩ ،الاحكام في اصول الاحكام للامدي ٢٩١/٢ ،واللمع ،لابي اسحاق الشيرازي ص ٢٦ ،المسودة ،ال تيمية ص ١٥ .

^{١٤}-شرح معاني الآثار ٨٥/٤ ،المغني ٢٥٧/٨ ،المحلى ٥٧/١٠ .

^{١٥}-احكام الاحكام ١٥٥/٢ .

المسألة الأولى : (حكم التفرقة بين الاولاد في العطية)

لبيان حكم التفرقة بين الاولاد في العطية ، ننتاول المسألة من خلال اقوال الفقهاء وادلتهم ومناقشتها مع بيان الراجح منها .

أولاً : اقوال الفقهاء في حكم التفرقة

اختلف الفقهاء في حكم التفرقة بين الاولاد في العطية على قولين :

القول الاول : وجوب التسوية وحرمة التفضيل وبطلانه

واليه ذهب الامام احمد بن حنبل واسحاق بن راهوية وابي سليمان والظاهرية وابن حبان واحمد قولي الامام مالك وبه صرح الامام البخاري ، وبه قال من الصحابة ابو بكر وعمر وعثمان وقيس بن سعد وعائشة رضي الله عنهن اجمعين ومن التابعين شريح القاضي وعروة بن الزبير وابراهيم النخعي وابن جريج ومجاهد وطاوس والشعبي وابن شبرمة وعطاء وسفيان الثوري ^(١) .

واليه ذهب ابو يوسف من الحنفية الا انه قيد الوجوب ان قصد به الاضرار ، وهو مقتضى قول محمد بن الحسن الشيباني كما صرح صاحب البدائع ، فقد ذكر ان الامام محمد ذكر في الموطأ بأنه قال "ينبغي للرجل ان يسوي بين ولده في النحل ولا يفضل بعضهم على بعض" ^(٢) . فان فضل فالمشهور انها باطلة مع الاثم ^(٣) ، الا ان الامام احمد في رواية له صرح بانها تصح ويجب عليه التسوية ، اما برد ما فضل به ، او باتمام نصيب الاخر ^(٤) .

القول الثاني : (استحباب التسوية وكراهة التفضيل) ، وقد انقسم اصحاب هذا القول الى رأيين :

الاول : استحباب التسوية فان فضل بعض اولاده صح مع الكراهة واليه ذهب ابو حنيفة والشافعي والامامية والمشهور عند المالكية والاباضية ^(٥) .

الثاني : استحباب التسوية ويكره التفضيل الا لسبب مشروع يقتضيه كالزمانة او الحاجة ، او كثرة العيال ، او الانشغال بالعلم ، ونحوه من الفضائل ، كما يجوز منع بعضهم لسفه او بدعته ، او لكونه يستعين على معصية الله ^(٦) ، فقد روي عن الامام احمد ما يدل على جواز ذلك قياساً على جواز تخصيص بعضهم بالوقف بقوله "لا بأس به اذا كان لحاجة واكرهه اذا كان على سبيل الاثرة والعطية في معناه" ^(٧) .

وذهب الى ذلك متأخري الحنفية كما نقله عنهم صاحب البدائع بقوله "لا بأس ان يعطى المنسأدين والمتفقهين دون الفسقة والفجرة" ^(٨) والقاضي ابو الوليد من المالكية بقوله "وعندي انه اذا اعطى البعض على

^١ - ينظر : المحلى ، ابن حزم ٥٦/١٠ ، والمغني ، ابن قدامة ٢٥٦/٨ ، شرح معاني الآثار ، الطحطاوي ٨٥/٤ ، احكام الاحكام شرح عمدة الاحكام ، ابن دقيق العيد ١٥٤/٢ ، فتح الباري ابن حجر ٢١٤/٥ ، صحيح مسلم يشرح النووي ٦٦/١١ ، شرح النيل وشفاء العليل ، اطفيش ٥٦/١٢ .

^٢ - بدائع الصنائع ، الكاساني ١٢٧/٦ .

^٣ - فتح الباري ٢١٤/٥ ، شرح معاني الآثار ٨٥/٤ ، النيل الاوطار ١٠/٦ .

^٤ - المغني ٢٥٦/٨ .

^٥ - المبسوط ، السرخسي ١٢٧/٦ ، الام للشافعي ١٩٣/٧ ، حاشية الجبرمي على الخطيب ٢٧٠/٣ ، شرائع الاسلام ، المحلى ١٨٨/٢ ، النهاية ، الطوسي ص ٦٠٣ ، جامع الاحكام الشرعية ، السبزواري ص ٣٣٩ ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، لابن رشد ٦٧/٢ ، القوانين الفقهية ، ابن جزي ص ١١٥ ، المنتقى شرح الموطأ ، الباجي ٩٤/٦ ، فيض القدير شرح الجامع الصغير ، المناوي ١٨/٣ ، شرح سنن ابن ماجه ١٧٢/١ ، عون المعبود شرح سنن ابي داود ، محمد العظيم ابادي ٣٣٣/٩ .

^٦ - بدائع الصنائع ١٢٧/٦ ، المنتقى شرح الموطأ ٩٤/٦ ، المغني ٢٥٦/٨ ، حاشية الجبرمي على الخطيب ٢٧١/٣ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/ ، شرح النيل ٥٥/١٢ ، الموسوعة الفقهية الكويتية ٣٦٠/١١ .

^٧ - المغني ٢٥٨/٨ ، فتح الباري ٢١٤/٥ .

^٨ - بدائع الصنائع ١٢٧/٦ .

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على سيد الاولين والاخرين سيدنا محمد وعلى اله وصحبه اجمعين .
وبعد :

تواجه المجتمعات الانسانية في كل زمان ومكان مجموعة من الاشكاليات الداخلية والخارجية ، تؤثر في وحدة وتماسك المجتمع بحسب درجة وعيه والتزامه بالقواعد الشرعية او الاخلاقية او القانونية ، واذا كانت الاشكاليات الخارجية — في الغالب — مدعاة الى الوحدة والتماسك ، فان الخلافات الداخلية مدعاة الى الفرقة والاختلاف والعداوة والبغضاء لما تقوم عليه من الطمع والاثرة والانانية وحب الذات .

ومن الاشكاليات التي تواجه بعض المجتمعات الاسلامية ، ولها اثر كبير في الفرقة والاختلاف بين الاقرباء . مسألة "التفرقة بين الاولاد في العطية" اذ يعتمد بعض الاباء عن علم او جهل الى تفضيل احد اولاده او بعضهم فيعطيهما ما لا يعطي اولاده الباقين او يمنع بعضهم كالبناات . ويظهر اثر هذه المسألة بعد موته ، خاصة وان بعض ما اعطاه الاب ذو قيمة مالية عالية تدفع الاخوة الى الاحتجاج وعدم السكوت ، كالدار ، والمزرعة ، والسيارة ونحوها .

وتأتي اهمية بحث هذه المسألة لكثرة ما يرد من اسئلة يطلب فيها اصحابها معرفة الحكم الشرعي لتصرف ابائهم ، ومدى مشروعية اختصاص اخوانهم بالعطية دونهم او منع ابئهم لهم ، علماً انهم يردون مورداً واحداً ، ويصدرون عن سبب واحد والاصل المساواة في الآثار عند تساوي الاسباب ، لان النفس الانسانية وان كانت تميل الى الاستثناء والاختصاص ، ولكنها تقنع بالعدالة والمساواة .

على ان الامر لا يقف عند السؤال ومعرفة الحكم الشرعي ، بل يتعداه الى انتهاك حدود الله بلعن الاباء وشتمهم — بدلا من الدعاء لهم بالرحمة والمغفرة — وقطع صلة الارحام مع الاخوة وبغضهم ومعاداتهم ، وقطع كل ما امر الله به ان يوصل .

من هنا رأيت ان اسجل بين يدي القارئ رأي الشريعة الاسلامية الغراء في هذه المسألة من خلال ما ورد فيها من نصوص واثار شرعية وارااء فقهية مع بيان الراجح منها مع الاشارة الى رأي القانون باعتباره التشريع النافذ الذي يجري عليه العمل في الواقع . مع ملاحظة ان لفظ "العطية" يشترك مع غيره اشتركا معنوياً في الدلالة على تملك مال للغير بلا عوض (كالهبة ، والهبة ، والنحلة ، والمنحة) ولهذا استخدمنا بعض هذه الالفاظ مكان العطية خاصة الهبة المناسبة الاستخدام خاصة وان مجلة الاحكام العدلية والقوانين المدنية اقتصرت على لفظ الهبة .

وعليه سنتناول الموضوع في مسألتين :

المسألة الاولى : حكم التفرقة بين الاولاد في العطية .

المسألة الثانية : كيفية التسوية في العطية .

واسأل الله تعالى ان يبصر الاباء ويهدي الابناء ، الى حكم الله تعالى وهو الحق الذي ينبغي على المسلمين قصده والوقوف عنده ، وان يجعل هذا الجهد خالصاً لوجهه الكريم ، انه نعم المولى ونعم النصير .
والحمد لله رب العالمين .