

كلية الشريعة والدراسات الإسلامية
قسم الدراسات العليا الشرعية
فرع الفقه والأصول - شعبة الأصول



المملكة العربية السعودية
وزارة التعليم العالي
جامعة أم القرى

دليل الاستحسان وحجته دراسة تطبيقية

في فقه المعاملات

رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في أصول الفقه

للطالب

محمد آشر رسول بخش بن كبير

بإشراف

فضيلة الأستاذ الدكتور: الشريف حمزة بن حسين الفهر

المجلد الثاني

الباب الثاني : - في أنواع الاستحسان وأمثله الفقهية من أبواب الفقه المختلفة وينقسم إلى خمسة فصول : الاستحسان بالنص و أمثله والإجماع وأمثله ، والقياس وأمثله ، والضرورة ورفع الخرج والعرف وأمثله ، والمصلحة و أمثله .

تكلّمنا في الفصل السابق عن حجية الاستحسان وأثبتنا أنه حجة يجب العمل بمقتضاه والآن يجدر بنا أن نذكر تقيّماته عند العلماء القائلين بحجيته .

من خلال ما تقدم يتبين لنا أن العلماء لم يتفقوا علي تقسيمات معينة للاستحسان بل إن هذه التقسيمات تختلف عند العلماء القائلين بحجية من مذهب إلى آخر وعلي الرغم من اتفاقهم علي حجّيته ما دام مستنداً إلى دليل فإن الحنفية والمالكية ، والحنابلة قسموه تقسيمات متعددة عند كل فريق منهم ، وإليك تفصيل القول فيها : -

أولاً : الحنفية : قسموا الاستحسان إلى أربعة أقسام .

(أ) ما كان سنده أثراً ، والمراد به النص من الكتاب أو السنة .

(ب) ما كان سنده الإجماع ، أي بأن يكون الحكم المستحسن قد أجمع عليه علماء الأمة .

(ج) ما كان سنده الضرورة ، ويبان ذلك أن يكون القياس يأبى هذا الحكم إلا أن الضرورة تقتضي جواز هذا الحكم استحساناً .

(د) ما كان سنده قياساً خفياً ، وهو عبارة عن العدول إلى الحكم الثابت بالاستحسان لكونه أقوى من القياس .

وهذا التقسيم راجع إلى الدليل الذي يعتبر سند الاستحسان^(١).

يقول ابن نجيم في كتاب فتح الغفار ما نصه : -

(والاستحسان يكون بالأثر أي النص ، والإجماع والضرورة ، والقياس الخفي)^(٢).

ثانياً : - المالكية : قسموا الاستحسان إلى أربعة أقسام أيضاً : -

(أ) ما كان سنده العرف ، وبيانه أن يكون العرف قد جرى علي أمر من الأمور وكان هذا العرف لا يتعارض مع نص ، فإن ترك الدليل بسبب العرف يعد استحساناً .

(ب) ما كان سنده المصلحة ، وبيانه أن يكون القياس يقتضي شيئاً ، والمصلحة تقتضي ما يخالف هذا الشيء فيترك القياس بالمصلحة ، إذا كانت ملائمة لمقاصد الشرع ولا تنافي أصلاً من الأصول .

وقد أكثر الاجتهاد المالكي من هذا النوع عند أخذهم بالاستحسان ، فغالب الاستحسان عندهم تقدم مصلحة جزئية في مقابلة قاعدة كلية .

والإمام مالك جعل المصلحة عنده هي الأساس الذي يسير القياس ، فإذا أدى القياس إلى الغلو في الحكم بأن فوت بعض المصالح الصحيحة شرعاً عدل عنه إلى حكم آخر جلب تلك المصالح لأنها مقصودة للشارع في شرعه ؟^(٣).

(١) انظر نسمات الأسفار ص : ١٥٥ ، مشكاة الأنوار ج ٣ ص : ٣٠ . مرآة الأصول ص : ٢٥١ ، وأصول الفقه الإسلامي للزحيلي ج ٢ ص : ٧٤٣ .

(٢) فتح الغفار المعروف بمشكاة الأنوار في أصول المنار - زين الدين بن يبراهيم الشهير بابن نجيم ج ٣ ص : ٣٠ ، (ط - القاهرة مصطفى الحلبي ١٩٣٦ م) .

(٣) الموافقات للشاطبي ج ٤ ص : ١١٧ ، الإعتصام ج ٢ ص : ٦٤١ - ٦٤٢ .

٣ - ما كان العدول فيه عن القياس بسبب قياس أقوى منه ، وذلك في الرواية التي نقلت عن أبي الخطاب : -

قال أبو الخطاب : (والذي يقتضيه كلام أصحابنا أن يكون حد الاستحسان العدول عن موجب قياس إلى دليل هو أقوى منه) ^(١) .
فهذا التعريف عام ويشمل بعمومة أنواع الاستحسان ، فموجب القياس يشمل القياس الظاهر ، كما يشمل مقتضى القواعد العامة .

هذه هي أهم التقسيمات التي ذكرها القدامى .
ألا أنه يوجد تقسيم آخر ذكره أحد العلماء المعاصرين الذين ظهروا في هذا القرن وهو فضيلة الدكتور : عبد الوهاب خـلاف - فإنه قسم الاستحسان إلى قسمين : -

الأول : - تقسيمه باعتبار ما عدل عنه وما عدل إليه .
الثاني : - تقسيمه باعتبار السند بني عليه العدول ، وذكر فيه الأقسام التي سبق ذكرها عند الحنفية والمالكية ^(٢) .

وإليك تفصيل القول في ذلك .

أولاً : - تقسيم الاستحسان باعتبار ما عدل عنه وما عدل إليه .
وهو يشمل علي ثلاثة أمور : -

الأول : - ما يكون العدول فيه عن مقتضى قياس ظاهر إلى مقتضى قياس خفي
لقد سبق وان ذكرنا أن الاستحسان عبارة عن عدول إلى قياس أقوى .

(١) المسودة ص : ٤٥٢ .

(٢) مصادر التشريع فيما لا نص فيه للدكتور : عبد الوهاب خـلاف ص : ٧٢ .

فهناك بعض الأمور التي يابأها القياس فيحكم بعدم جوازها إلا أن هذا القياس الظاهر يترك بسبب قياس خفي لكنه هو الأقوى فيكون هو الأولي بالعمل .

مثال ذلك : أن من وقف أرضاً زراعية علي الفقراء أو المساكين أو طلاب العلم ولم ينص علي دخول بعض الحقوق المتعلقة بالأرض مثل حقوق الري والصرف والمرور لا تدخل في وقف الأرض الزراعية تبعاً لو أجرينا القياس لأن الواقف لم ينص عليها عند وقفه ويترتب علي ذلك ضياع المصلحة التي تتمثل في الانتفاع بالأرض ، بينما لو أجرينا الاستحسان في هذه المسألة فإننا نلاحظ أنه لا يمنع من دخول حق الري والصرف والمرور ، وإن كان الواقف لم ينص عليها صراحة .

وجه القياس : -

أن وقف الأرض الزراعية يقاس علي عقد البيع بجامع أن البيع يخرج المبيع من ملك البائع، والوقف يخرج الشيء الموقوف من ملك الواقف .

وفي عقد البيع لا يدخل حق الري والصرف والمرور في البيع ما دام البائع لم ينص علي ذكرها في العقد صراحة ، وما دام المشتري لم ينص عليها أيضاً ، فيقاس علي البيع وهذا ما يعرف بالقياس الظاهر .

وأما وجه الاستحسان : -

هو قياس الوقف علي الإجارة وليس علي عقد البيع ، بجامع أن المقصود بكل من الإجارة والوقف هو الانتفاع بما تخرجه الأرض من زرع وثمر وهو ريع العين وليس المقصود تملك رقبتها .

وفي عقد الإجارة تدخل حقوق ري الأرض الزراعية وصرفها والمرور إليها بدون ذكر هذه الأشياء في عقد الإجارة ، لأنه إذا لم تدخل فإن الهدف من الإجارة يبطل وهو العقد علي المنفعة فيقاس الوقف علي الإجارة بجامع الانتفاع في كل .

فالعدول عن القياس الظاهر وهو عدم الجواز في حالة قياس الوقف علي البيع يجعلنا نخرج بنتيجة هي عدم الجواز .

بينما لو عدلنا هذا القياس إلي القياس الخفي ، وهو قياس الوقف علي الإجارة فإنه يجعلنا نصل الي حكم هو الجواز ، وهذا العدول عن القياس الظاهر إلي القياس الخفي يسمى بالاستحسان .

وما يجعلنا نرجح الاستحسان علي القياس ، هو أن الاستحسان يمكن الموقوف عليهم من الانتفاع بالأرض الزراعية ، والقياس الظاهر لا يحقق ذلك فيكون الوقف عدم الفائدة ويلاحظ أن القياس الخفي الذي عدلنا إليه وتركنا القياس الظاهر من أجله يعد أقوى أثراً وأرجح من القياس الظاهر الذي ترك ، لأنه يحقق المقصود من الوقف^(١)

الثاني : - ما يكون مقتضى العدول فيه عن نص عام إلي حكم خاص .

ومثال ذلك : -

تخصيص السارق في عام الجماعة من عموم قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾^(٢) .

(١) تراجع في ذلك فتح القدير للكمال ابن الهمام جـ ٦ ص : ٢١٥ ، ط - القاهرة مصطفى الباي الحلبي

(٢) سورة المائدة آية رقم ٣٨ .

فالنص يقتضي وجوب قطع يد السارق إذا توفرت شروط السرقة من النصاب الواجب فيه القطع بأن كانت السرقة من حرز ، وكانت القواعد العامة تقتضي قطع يد من سرق في عام الجماعة ، لأنه يطلق عليه لفظ سارق ، إلا أن الفقهاء قد أجمعوا على عدم قطع يد السارق في عام الجماعة حيث لم يخالف أحد منهم في ذلك ^(١) ، إلا أن إجماعهم مقيد بشرط وهو أن يكون الشخص غير واجد لطعامه ، فإن وجد ما يكفيه ويسد رمقه فإنه يقطع .

فهذه شبهة مسقطة للحد ، إلا أن الفقهاء قالوا بعدم القطع استحساناً ، لأن القياس يقتضي القطع حيث لم يفرق النص بين مضطر وغير مضطر .

يقول ابن قدامة : (قال أحمد لا قطع في الجماعة يعني أن المحتاج إذا سرق ما يأكله فلا قطع عليه ، لأنه كالمضطر وروى الجوزجاني ^(٢) ، عن عمر بن الخطاب أنه قال : لا قطع في عام سنة . ^(٣) - ^(٤) وقال سألت أحمد عنه فقلت تقول به ؟ قال : أي لعمرى إذا حملته الحاجة والناس في شدة وجماعة ، وعن الأوزاعي ^(٥) مثل ذلك وهذا محمول على من لا يجد ما يشتريه

(١) فتح القدير للكمال بن الهمام ج ٤ ص : ٢٩٩ ط - القاهرة ط - الأولى نضبة الأميرية ببغداد ١٣١٦ هـ ، تكملة المجموع شرح المذهب تحقيق محمد حسين العقبي ج ١٨ ص : ٣٣١ ط - القاهرة مطبعة الإمام .

(٢) الجوزجاني : إبراهيم بن يعقوب أبو اسحاق الجوزجاني ذكر أبو بكر الخلال فقال جليل جداً كان أحمد يكتبه ويكرمه إكراماً شديداً وقد حدثنا عنه الشيخ المتقدمون وعنده عن أبي عبد الله جزءان مسائل وسمعت أبا زرعة الصغير يحكي عن إبراهيم بن يعقوب قال كان أحمد بن حنبل يصلي بعبد الرزاق فسأله عبد الرزاق فأنحدر أنه لم يطعم شيئاً منذ ثلاث انظر : طبقات الحنابلة ج ١ ص : ٩٨ .

(٣) عام سنة : قال السعدي سألت أحمد بن حنبل عن هذا الحديث وعام سنة سنة الجماعة . انظر : اعلام الموقعين ج ٣ ص : ١١ ، ط دار الجليل بيروت سنة ١٩٧٣ م تحقيق طه عبد الرؤوف .

(٤) الحديث أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه ج ٥ ص : ٥٢١ ، في باب النصب يسرق من ماله ما عليه رقم ٢٨٥٨٦ ، وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه ج ١٠ ص : ٢٤٢ ، في باب القطع في عام سنة .

(٥) الأوزاعي : عبد الرحمن بن عمرو أبو عمرو الأوزاعي امام الشام في وقته تولى بيروت ، روى عن عطاء وابن سيرين ومكحول وخلق ، وعنه أبو حنيفة وقتادة ويعني بن أبي كثير والزهرى وشعبة وحنظلة . قال ابن عينة كان إمام أهل زمانه وقال ابن سعد : كان ثقة مأموناً وصدوقاً فاضلاً . ولد سنة ٨٨ هـ ، ومات سنة ١٥٧ هـ ، انظر : طبقات الحفاظ ص : ٧٩ ، طبقات ابن سعد ج ٧ ص : ١٨٥ ، تهذيب التهذيب ج ٦ ص : ٢٣٨ ، طبقات الفقهاء ج ١ ص : ٧١ ، سير اعلام النبلاء ج ٧ ص : ١٠٧ .

أو لا يجد ما يشتري به فإن له شبهة في أخذ ما يأكله أو ما يشتري به ما يأكله ، وقد روي عن عمر رضي الله عنه أن غلمان حاطب بن أبي بلتعة ^(١) ، انتحروا ناقة للمزني فأمر عمر بقطعهم ثم قال : لحاطب إنني أراك تجيعهم فدرأ عنهم القطع ^(٢) لما ظنه يجيعهم فأما الواحد لما يأكله أو الواحد لما يشتري به وما يشتريه فعليه القطع ^(٣) .

ويفهم من ذلك أن عمر رضي الله عنه قد خصص السارق في عام المجاعة من عموم النص حيث استحسن ذلك بسبب وجود شبهة الدارئة للحد .

(١) حاطب بن أبي بلتعة : عمرو بن عمرو بن سلمة اللخمي المكي حليف بني أسد بن عبد العزى بن قصي من مشاهير المهاجرين شهد بدرًا والمشاهد ، أرسله رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى المقوقس صاحب مصر ، وكان تاجرًا في الطعام له عبيدا وكان من الرماة الموصوفين ذكره الحاكم في مستدركه فقال كان حسن الجسم خفيف اللحية أجنى إلى القصر ، وعن عروة عن عبد الرحمن بن حاطب أن أباه كتب إلى كفار قريش كتاباً فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم علياً والزبير فقال انطلقا حتى تدركا امرأة معها كتاب فأتيا به فلقياها وطلبا الكتاب وأعتراها منصرفين حتى يترعا كل ثوب عليها قالت السئما مسلمين قالوا بلى ولكن رسول الله حدثنا أن معك كتاباً فحكك من رأسها قال فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم حاطباً حتى قرى عليه الكتاب فاعترف فقال ما حملك قال كان بمكة قرابتي وولدي وكنت معشر قريش ... الخ استاده صالح وأصله في الصحيحين . يروى عنه ولده عبد الرحمن توفي سنة ثمان وستين ومات حاطب سنة ثلاثين . انظر : سير اعلام النبلاء ج ٢ ص : ٤٣ .

(٢) أخرجه الإمام مالك في الموطأ ج ٢ ص : ٧٤٨ ، في باب القضاء في الضورى والحريسة رقم الحديث ١٤٣٦ ، وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه ج ١٠ ص : ٢٣٩ ، في باب سرقة العبد من كتاب اللقطة ، مسند الشافعي ج ١ ص : ٢٢٤ ، وأخرجه البيهقي في المنن الكبرى ج ٨ ص : ٢٧٨ ، في باب ما جاء في تضعيف الغرامة من كتاب السرقة .

(٣) المغنى لابن قدامة ج ٩ ص : ١١٨ ، منار المسيل لابن ضويان ج ٢ ص : ٣٤٥ ، الكافي في فقه ابن حنبل ج ٤ ص : ١٨١ .

فهذا استحساناً منه ، إلا أن هذا الاستحسان الذي خصص به النص لم يكن نابعاً عن أخرى والتشهّي فإنه قد قال بذلك اقتداءً بفعل رسول الله ﷺ ويؤكد ذلك ما رواه أبو داود عن عباد بن شرحبيل ^(١) ، قال : (أصابني سنة ، فدخلت حائطاً من حيطان المدينة ، ففركت سنبلاً ، فأكلت ، وحملت في ثوبي ، فجاء صاحبه فضربني ، وأخذ ثوبي ، فأتيته رسول الله ﷺ فقال له : ما علمت إذا كان جاهلاً ، ولا أظعمت إذ كان جائعاً ، أو قال : ساعياً ، وأمر فرد علي ثوبي ، وأعطاني وسقاً أو نصف وسق من طعام) ^(٢) ، فعمّر بن الخطاب رضي الله عنه كما تبين قد خصص السارق في عام المجاعة ودرأ عنه الحد ، حيث استحسّن ذلك إعتماً منه علي هذا النص .

الثالث : ما يكون العدول فيه عن حكم كلي إلي حكم استثنائي .

ومثال ذلك : -

الوقوف من جانب المحجور عليه بسبب السفه ، فمن المسلم به أن الوقف من جانبه لا يصح ، لأنه تبرع ، والمحجور عليه بسبب السفه ليس أهلاً للتبرع .

(١) عباد بن شرحبيل ويقال شراحيل الشكري ثم الغري من بني غير بضم المعجمة وفتح الموحدة الخفيفة بن يشكر نزل البصرة قال بن الكن يقال له صحبة وفيه نظر قلت روى حديثه أبو داود والنسائي قال البغوي ماله غير هذا الحديث (فدخلت حائطاً من حيطان المدينة ... الخ) انظر : الإصابة جـ ٣ ص : ٦١٥ .

(٢) أخرجه أبو داود في سننه جـ ٣ ص : ٣٩ ، في باب في ابن السيل يأكل من الثمر ويشرب من اللبن إذا مرّ به . رقم الحديث ٢٦٢٠ ، من كتاب الجهاد ، وأخرجه ابن أبي شبة في مصنفه جـ ٤ ص : ٢٩٥ ، في باب من رخص في أكل الثمرة إذا مرّ بها من كتاب البيوع والأفضية ، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى جـ ١٠ ص : ٢ ، في باب مايجل للمضطر من مال ، وأخرجه الحاكم النيسابوري في المستدرک على الصحيحين جـ ٤ ص : ١٤٨ ، رقم الحديث ٧١٨٢ ، كتاب الأطعمة ط الأولى سنة ١٤١١ هـ - ١٩٩٠ م دار الكتب العلمية بيروت . تحقيق : مصطفى عبد القادر عطا ، وأخرجه ابن ماجه في سننه جـ ٣ ص : ٧٧٠ ، في باب من مرّ على ماشية قوم هل يصيب منه رقم الحديث ٢٢٩٨ ، من كتاب التجارات ، وأخرجه النسائي في سننه جـ ٨ ص : ٢٤٠ ، في باب الاستعداد رقم ٥٤٠٩ ، من كتاب آداب القضاء .

ولكن إذا وقف شيئاً علي نفسه فهل يصح هذا الوقف ؟
القياس أن السفيه لو وقف شيئاً يملكه كأرض زراعية علي نفسه فإن الوقف لا يصح قياساً .

وجه القياس :

إن المحجور عليه قد يضّر بنفسه إذا وقف هذه الأرض عليه ، حيث ذهب إلى ذلك الخصاص^(١) من فقهاء الحنفية .

إلا أن الاستحسان جواز وقف المحجور عليه لسفه إذا كان وقفه علي نفسه .
وجه الاستحسان : -

إن وقفه علي نفسه فيه حفظ لماله وتأميناً لنفسه حتى لا يكون عالة علي غيره .

وقد قال أبو يوسف بالجواز ووافقه المحققون من الحنفية في ذلك .

وإذا تأملنا في هذه المسألة نجد أن القياس يأبى ذلك ، لأن السفيه ليس من أهل التبرع ، بينما الاستحسان هو الجواز لما في ذلك من المصلحة وهو الصواب .

هذا وقد أجمع علماء المذهب الحنفي علي أن السفيه لو وقف علي نفسه شيئاً بعد الحجر عليه ثم حكم بجواز ذلك الحاكم فإن الوقف يصح عندهم جميعاً^(٢) .

هذا ما ذكره بالنسبة للعدول عن حكم كلي إلي حكم استثنائي ، لأن هذه المسألة مستثناة من قاعدة عدم الجواز .

(١) الخصاص العلامة شيخ الحنفية أبو بكر أحمد بن عمرو بن مهير الشيباني الفقيه الحنفي المحدث حدث عن وهب بن جرير وأبي عاصم العقدي والواقدي وأبي نعيم وعمر بن عاصم وعارم ومسلم بن إبراهيم والقعني وخلق كثير ذكره ابن النجار في تاريخه . كان فاضلاً صالحاً فارضاً حاسباً عالماً بالرأي ، مقدماً عند المهدي بالله صنف له كتاب الخراج فلما قتل المهدي هبت دار الخصاص وذهبت بعض كتبه ، صنف كتاب الخيل وكتاب الشروط الكبير ، والرضاع ، وادب القاضي والعصير وإحكامه وإحكام الوقوف وذرع الكعبة والمسجد والقبور ، قارب الثمانين من عمره مات ببغداد سنة إحدى وستين ومئتين .
انظر : سمر اعلام النبلاء ج ١٣ ص : ١٢٣ - ١٢٤ ، طبقات الحنفية ج ١ ص : ٨٧ ، كشف الظنون ج ١ ص : ٤٦ .

(٢) فتح القدير للكمال بن الهمام ج ٦ ص : ٢٠١ ط - القاهرة : الباي الحلبي

ثانياً : - تقسيم الاستحسان باعتبار السند : -

والمراد بذلك هو الدليل الذي يبنى عليه استحسان الحكم ، لأنه سبق القول ، أن الحكم المستحسن إذا كان لا يعتمد علي دليل ، فإنه لا يخرج عن كونه حكماً بالهوى والتشهي وهذا مرفوض عند العلماء الذين قالوا بحجية الاستحسان .
وخلاصة القول أن الاستحسان لا بد له من وجه وسند ومن خلال تتبع الأحكام التي اعتمدت علي الاستحسان يتضح لنا أن هذا السند متنوع إلى أنواع واقتضى ذلك تنوع الاستحسان الى أنواع .

وهذه الأنواع قد اختلف فيها العلماء الذين قالوا بحجية الاستحسان .

ولكي نصل الى بيان الحقيقة بالنسبة لاختلافهم في أقسام الاستحسان فإننا سنذكر تقسيمه عند الحنفية ثم المالكية ، ثم نذكر ما رآه أحد العلماء المعاصرين في هذا التقسيم والاختلاف بين المذهبين ، ونبين ما إذا كان الخلاف حقيقياً أم شكلياً .
تقسيمه عند الحنفية : -

قسم الحنفية الاستحسان إلى اربعة أقسام : -

- (أ) الاستحسان بالأثر : والمراد به ما كان سنده نصاً من الكتاب أو السنة .
 - (ب) الاستحسان بالإجماع : وهو ما كان سبب العدول فيه عن الحكم الذي يقتضيه بسبب ما رآه العلماء وأجمعوا عليه .
 - (ج) الاستحسان بالضرورة : وهو ما كان القياس في الحكم يقتضي منع الحكم بالجواز، إلا أن الضرورة قد اقتضت الجواز رفعاً للحرج .
 - (د) الاستحسان بالقياس الخفي : وهو ما كان القياس الظاهر فيه يقتضي حكماً إلا أن هذا الحكم ترك بسبب القياس الخفي الذي هو أقوى منه .
- وسوف نذكر أمثلة لكل نوع بعد الانتهاء من الجانب النظري من هذا البحث .

ولقد جاء في حاشية شرح نور الأنوار : -

(والاستحسان يكون بالأثر ، والإجماع ، والضرورة ، والقياس الخفي يعني أن القياس الجلي يقتضي شيئاً والأثر والإجماع والضرورة والقياس الخفي يقتضي ما يضاده فيترك العمل بالقياس ويصار إلى الاستحسان)^(١) .

فقد دل هذا النص علي صحة ما تقدم من تقسيم للاستحسان عند الحنفية .
تقسيمه عند المالكية : -

لقد ذكر الشاطبي بعد ذكره لتعريف ابن العربي للاستحسان أنه ينقسم عند المالكية إلى أقسام أربعة .

يقول الشاطبي في الاعتصام : -

(وقسمه أقساماً منها أربعة أقسام ، وهي ترك الدليل للعرف ، وتركه للمصلحة ، وتركه لليسر ، لرفع المشقة ، وإيثار التوسعة)^(٢) .

ويتبين لنا من ذلك أن الاستحسان عند المالكية أربعة أقسام : -

(أ) ما كان سنده العرف .

(ب) ما كان سنده المصلحة .

(ج) ما كان سنده رفع الحرج والمشقة .

(د) ما كان سنده الإجماع .

فالثلاثة الأقسام الأولى ذكرت في الاعتصام .

(١) شرح نور الأنوار علي المنار للشيخ : أحمد معروف علا جيون بن أبي سعيد بن عبد الله الحنفي - ط الأولى ، المطبعة الأميرية ببولاق جـ ٢ ص : ١٦٤ ، ضمن كتاب كشف الأمرار شرح المصنف علي المنار لحافظ الدين النسفي .
(٢) الاعتصام للشاطبي جـ ٢ ص : ٦٣٨ ، والمرفقات للشاطبي جـ ٤ ص : ١١٧ .

القسم الرابع : - وهو ما كان سنده الإجماع ذكر في الموافقات .

والشيخ الدكتور : عبد الوهاب خلاف ذكر تقسيمه عند المالكية حسب ما ذكره الشاطبي في الاعتصام وليس حسب ما ذكره في الموافقات حيث لم يذكر الاستحسان الذي سنده الإجماع .

ثم بعد ذلك عقد مقارنة بين تقسيم الحنفية والمالكية ، وانتهى إلى ما يأتي : -

١ - إن الحنفية والمالكية اتفقوا في الاستحسان الذي سنده العرف والذي سنده المصلحة والضرورة ، وعلل ذلك قائلاً : إن المصلحة تشمل ما سماه الحنفية الضرورة وما سماه المالكية رفع الحرج ، فالعدول عن الحكم الذي يقتضيه القياس أو عن عموم العام ، أو عن الحكم الكلي مراعاة للعرف ، أو للمصلحة أي جلب نفع أو دفع ضرر أو رفع الحرج ، هو الاستحسان بالاتفاق بين القائلين به .

٢ - إن الحنفية قد انفردوا بما كان سنده النص أو القياس الخفي وقال : أرى أن تسمية كل نوع من هذين النوعين حكماً بالاستحسان لا يظهر له وجه ، لأن الحكم فيما كان سنده النص ثابت بالنص ابتداء وكون هذا النص استثناء أو كالاتثناء لا يخرج عن أنه هو دليل الحكم والحكم ثابت به .

وكذلك الحكم في النوع الثاني ما كان سنده القياس الخفي فإن الحكم فيه ثابت بالقياس ، وكون هذا القياس ترجح علي قياس يعارضه لا يخرج القياس عن أنه هو دليل الحكم والحكم ثابت به .

فمصدر الحكم في النوع الأول النص ، ومصدر الحكم في النوع الثاني القياس^(١)

١ - مقارنة بين الاستحسان عند الحنفية والمالكية : -

يتبين لنا من خلال التقسيمات التي أوردها الحنفية والمالكية ما يأتي : -

١ - أن الحنفية والمالكية قد اتفقوا في الاستحسان الذي سنده الإجماع أو الضرورة ، لأن الضرورة عند الحنفية يقابلها رفع الحرج عند المالكية .

فالخلاف هنا لا يخرج عن كونه خلافاً لفظياً ، إذ لا فرق بين الضرورة ورفع

الحرج.

٢ - أن الحنفية قد انفردوا بما كان سنده النص ، أو القياس الحنفي .

٣ - أن المالكية قد انفردوا بما كان سنده المصلحة المرسل ، أو العرف .

يقول الشيخ أبو زهرة : (كما يقتزمان - يعني الحنفية والمالكية - في أن المالكية

يأخذون بالمصلحة الجزئية - بمعنى استحسان المصلحة - في مقابل القياس الكلي وذلك

لم يكن في فروع الحنفية)^(٢) .

إلا أن الكلام محل نظر ذلك أن الاجتهاد الحنفي يأخذ بالاستحسان المصلحي في

فروعه كالمالكية، وإن كثيراً من الفتاوى التي رويت عن أبي حنيفة وأصحابه ، قامت علي

رعاية المصلحة وحدها. فمنها استحسان بقاء عقد المساقات بعد موت صاحب الأرض

إذا كان الخارج بساً وإن كره ورثته ذلك ، حفظاً لمصلحة العامل في هذه الأرض

(١) مصادر التشريع فيما لا نص فيه للدكتور : عبد الوهاب خلاف ص : ٧٥ .

(٢) الإمام مالك للشيخ أبو زهرة ص : ٢٩٩ وما بعدها .

ودفعاً للضرر عنه (١) ومنها استحسان أبي يوسف توريث زوج المرتدة منها إذا ارتدت في مرض موتها ، والمصلحة فيه معاملتها بنقيض مقصودها (٢) .
وكذلك فتوى الصاحبين بتضمين الصناع إلا من شيء غالب كالحريق رعاية لمصلحة الناس (٣) .

وجاء في تبين الحقائق للزيلعي (والقياس أنه يجوز للمالك أن يتصرف في ملكه كيف شاء ولو تضرر من ذلك جاره ضرراً يئناً ولكن ترك ذلك استحساناً لأجل المصلحة (٤) إذا ثبت هذا علمنا أن الحنفية يأخذون بالمصلحة الجزئية في مقابل القياس الكلي من باب الاستحسان ويجعلون المصلحة سند الاستحسان كالمالكية تماماً ، إلا أن المالكية توسعوا في هذا النوع من الاستحسان وبنوا عليه فروعاً أكثر من الحنفية .

بينما نجد الاستحسان عند الحنفية أصلاً أخذوا منه فكرة المصالح المرسلة ، وذلك لأن الحنفية اتخذوا من استحسان الضرورة طريقاً أدّى بهم إلى اعتماد المصالح المرسلة ، لأن استحسان الضرورة عندهم هو في الحقيقة نوع من المصالح المرسلة ، أي فرع من قاعدة المصالح المرسلة (٥) .

والشيخ أبو زهرة ناقض بعض كلامه بعضاً فبعد أن ذكر في كتاب (مالك) عندما تكلم عن الفرق بين الاستحسان المالكي والاستحسان عند الحنفية ، إن المالكية يأخذون بالمصلحة الجزئية في مقابل القياس الكلي وذلك لم يكن في فروع الحنفية .

(١) انظر الخدية ج ٤ ص : ٦٠ .

(٢) الهداية ج ٢ ص : ١٦٦ .

(٣) الهداية ج ٣ ص : ٢٤٤ .

(٤) تبين الحقائق للزيلعي ج ٤ ص : ١٩٦ .

(٥) المدخل الفقهي ص : ١١٢ للشيخ مصطفى الرزقا ، مطبعة جامعة دمشق ط - ٦ - ط ٨ .

قال : في كتابه (أبو حنيفة) عندما تحدث عن الفقه الحنفي وموقفه من رعاية المصلحة : (والاستحسان من غير نص أو قياس خفي أخذ بالمصلحة)^(١) ومعنى هذا أن الاستحسان عند أبي حنيفة في كثير من الأحيان كان منعاً للقياس من أن يصادم مصالح الناس في غير استحسان النص والاستحسان القياسي . ثم قال الشيخ أبو زهرة : في كتاب _ (ابن حنبل) إن الحنفية لا يعتمدون المصالح المرسلة وليس لها في الاستدلال عندهم مكانة وإن كان الاستحسان عند الحنفية يفتح الباب لها قليلاً)^(٢) .

وكلامه هذا يعارض مع ما قاله في كتاب (مالك) أيضاً . ولقد رد الشيخ مصطفى الزرقا عليه فقال : (ولكننا لا نرى هذا الحكم صواباً ، فالحقيقة بالنسبة إلى الحنفية خلافه ، وهم متفقون مع المالكية .. فقد تقدم أن الاجتهاد الحنفي قد أسس نظرية الاستحسان الذي هو خروج عن النظائر والقواعد القياسية العامة لوجه أقوى أو لضرورة تقتضي مصلحة أو تدفع مفسدة ، فإذا كان الحنفية يقولون باعتبار المصلحة والخروج لأجلها امتحاناً عن طريق القواعد الأساسية إذا عارضتها ، فإنهم يوجبون اعتبار المصلحة المرسلة وبناء الأحكام على مقتضاها بطريق الأولوية عندما لا تعارضها القواعد القياسية وهذا هو معنى الاستصلاح .. فلا يعقل أن من يقول

(١) أبو حنيفة للشيخ أبو زهرة ص : ٣٢٤ .

(٢) ابن حنبل للشيخ أبو زهرة ص : ٣١٥ .

بالاستحسان لا يقول بالاستصلاح ، لأن الاستحسان هو نهاية الشوط ، فمن بلغها فقد اجتاز ما دولها حتماً ^(١) .

ثم قال الشيخ مصطفى الزرقا : (والتمثيل الصحيح في نظرنا بين الحنفية والمالكية في هذا الموضوع ، هو أن النظر إلى المصالح في بناء الأحكام الشرعية نظير طريق أحد رأسيه الاستحسان والآخر الاستصلاح بالمعنى المشروح فيهما ، فالحنفية دخلوا من باب الاستحسان إلى الاستصلاح ، والمالكية بالعكس ، وكل منهما اشتهر بالباب الذي دخل منه ^(٢) ثم قال : الشيخ الزرقا بعد أن أورد شواهد فقهية علي أخذ الحنفية بتخصيص النصوص الشرعية بالمصلحة المرسلة : (يتضح بهذه الشواهد التي اوردناها في المذهب الحنفي أن فقهاءه يتبنون تخصيص النصوص الشرعية بالمصلحة المرسلة خلافاً لما يرى الأستاذ الشيخ : محمد أبو زهرة ، في كتابه ابن حنبل من أن الحنفية يختلفون عن المالكية في ذلك) ^(٣) .

يقول الدكتور : محمد سعيد البوطي : (خرجت معظم الأحكام التي أخذ بها كثير من الأئمة استصلاحاً ، مخرج الاستحسان عند أبي حنيفة) ^(٤) .
ثم قال (إن الاستحسان علي ما فسر به اتباع أبي حنيفة في جملة ما يتضمن الأخذ بالاستصلاح .

(١) المدخل الفقهي ص : ٩٥ - ٩٦ ، وما بعدها ط ٦ ، وانظر المدخل إلى علم أصول الفقه للدكتور : معروف الدوالي ص : ٣١٤ ، وما بعدها .

(٢) المدخل الفقهي ص : ٩٦ ، ط ٦ .

(٣) المدخل الفقهي ص : ١٠٦ ط ٦ .

(٤) ضوابط المصلحة ص : ٣٨٢ - ط ٤ .

وقال أيضاً : (والناظر في أبواب المعاملات في كتب الفقه الحنفية يجدها مملوءة بمسائل الاستصلاح ، باسم الاستحسان آنأ ، وباسم عرف الناس آنأ آخر)^(١) ، ويقول الشيخ الشلي : (وخلاصة البحث أن أبا حنيفة وأصحابه اعتبروا المصالح وخصصوا بها النصوص بل عارضوا بها النصوص في بعض الأحيان ، وهذه المصالح منها ما يبلغ حد الضرورة ، ومنها ما لم يصل الى ذلك)^(٢)

٤ - ما ذكره الدكتور : عبد الوهاب خلاف من الجمع بين المصلحة المرسله والعرف مع ما يسمى بالضرورة أو رفع الحرج باعتبار أنها مترادفات فإن هذا الجمع لا يستقيم بأي حال من الأحوال .

وذلك لأن العرف قد يختلف عن الضرورة والمصلحة ، لأن لفظ العرف عند الفقهاء قد يطلق علي مسائل فقهية تختلف عن الضرورة أو المصلحة .

وكذلك لا يمكن الجمع بين المصلحة والضرورة لأن الضرورة عبارة عن رفع الحرج ، بينما المصلحة عبارة عن الأمور التي لم يشهد لها من الشارع أصل باعتبار ولا بالإلغاء . كما أن المصلحة قد يشترط لها شروط لا تشترط في الضرورة ، لأن الضرورة تعتمد علي مبدأ من مبادي الشريعة وهو رفع الحرج عن الأمة .

٥ - ما ذكره الدكتور : عبد الوهاب خلاف من أن الاستحسان الذي منده النص أو القياس الحفي فإنه لا وجه لتسميته استحساناً ، لأن الحكم يكون بمقتضى النص أو القياس .

(١) ضوابط المصلحة ص : ٣٨٣ - ط ٤ .

(٢) تحليل الأحكام ص : ٣٦٢ ، محمد مصطفى شلي ، دار النهضة العربية ط ٢ .

يجاب عليه بأن النص لا يخرج عن كونه سنداً للاستحسان ، إذ الحكم لو طبق علي القواعد العامة لاقتضى ذلك عدم الجواز ، فالنص سند للاستحسان فلولا له لكان الحكم ثابتاً بالهوى والتشهي . أما العدول عن قياس إلى قياس ، فإن القياس الظاهر لا يجوز الحكم ، بينما القياس الخفي يقتضي الجواز ، فسمى العدول عن القياس الظاهر استحساناً ، لأن الأصل عدم العمل بهذا الحكم ، بينما قلنا بصحة هذا الحكم استحساناً منا ، حيث كان سندنا في ذلك هو القياس الخفي .

٦- بالمقارنة بين الاستحسان عند الإمام أحمد ، وكل من المالكية والحنفية نلاحظ شبه تطابق بين المعاني التي ذكرها الحنفية والمالكية للاستحسان والمعاني التي ذكرها الحنابلة فالاستحسان عند الحنابلة يشمل أنواع الاستحسان التي ذكرها كل من الحنفية والمالكية ولكن نظراً لأن الإمام أحمد كان يعتمد في فقهه علي الآثار والنصوص قل اعتماده في بناء الأحكام الاجتهادية علي الاستحسان وكان لتوسع الحنابلة بالقياس والاستصحاب والمصالح المرسلة ، أثر علي قلة المسائل الاستحسانية عندهم أيضاً لأن كثير من المسائل الاستحسانية عند الحنفية والمالكية أدخلها الحنابلة في القياس والاستصحاب والمصالح المرسلة .

٧- موقف الإمام الشافعي من الاستحسان .

موقف الإمام الشافعي من الاستحسان بمعناه الاصطلاحي الذي عمل به الأئمة الآخرون فبالرغم من إنكاره للاستحسان ومبالغته في الرد عليه إلا أن هذا الإنكار لا يمكن تسليطه علي أنواع الاستحسان التي مرّ ذكرها ، فالإمام الشافعي معترف بالحكم الذي يستثنى من عموم النص أو الإجماع ومخالفته إنما هي في الاسم فقط ، وأما الاستحسان بالمصلحة فإن بعض الفروع عند الشافعية تشهد في واقع الأمر بالأخذ بهذا النوع وإن لم يطلقوا عليه التسمية نفسها .

قال صاحب المنهاج : (إن المذهب صحة كفالة البدن) وعلى ذلك الخطيب الشربيني في معنى المحتاج بالحاجة إليها ، ثم قال : (وقول الشافعي كفالة البدن ضعيفة أراد من جهة القياس)^(١).

وقد صرح الغزالي من الشافعية ، بعدما ذكر مفهوم المتأخرين من الحنفية للاستحسان بعدم الإنكار لهذا المفهوم ، وإنما أنكر تسميته استحساناً ، فقال : (وهذا مما لا ينكر ، وإنما يرجع الاستكثار إلى اللفظ ، وتخصيص هذا النوع من الدليل بتسميته استحساناً من بين سائر الأدلة)^(٢).

وقال الشيرازي : (وإن كان الأمر علي ما فسر أصحابه - أي أبو حنيفة - فإن لا مخالفة في معناه ، فإن ترك أضعف الدليلين لا قواهما واجب وترك القياس بدليل أقوى منه واجب)^(٣).

ولقد ورد في بعض الفروع والمسائل ذكر الاستحسان صراحة عن الإمام الشافعي ، وهذا يؤكد عمله بالاستحسان بمعناه الأصولي عند الأئمة الآخرين .
فقد قال في متعة الطلاق : (أستحسن أن تكون ثلاثين درهماً)^(٤) وقال في الشفعة : (يؤجل للشفيع ثلاثة أيام ، وذلك استحسان مني وليس بأصل)^(٥) ورؤى أنه استحسن للحاكم أن يحلف بالمصحف^(٦) . وقال الشافعي : - (استحسن ترك شيء للمكاتب من نجوم الكتابة)^(٧) .

(١) معنى المحتاج جـ ٢ ص : ٢٠٣ .

(٢) المستصفى للغزالي جـ ١ ص : ٢٨٣ .

(٣) التبصرة للشيرازي ص : ٤٩٤ .

(٤) أصول الأحكام جـ ٤ ص : ٢١٠ ، التبصرة ص : ٤٩٢ ، جمع الجوامع جـ ٢ ص : ٣٥٤ ، التبيين ص : ٩٠ وما بعدها .

(٥) الأم جـ ٣ ص : ٢٣١ والمراجع السابقة .

(٦) جمع الجوامع جـ ٢ ص : ٣٩٥ .

(٧) الأم جـ ٧ ص : ٣٦٢ والمراجع السابقة .

وكتاب الأم للشافعي و (الأشباه والنظائر للسيوطي ملعين بالمسائل الاستحسانية وإن لم يطلقوا عليها التسمية نفسها ولو تصفحنا كتب الفقه الشافعي لوجدنا فيها مسائل تنطبق علي معاني الاستحسان الذي سبق بيانه عند الحنفية والمالكية وإن لم يسموها استحساناً ولعلهم يرجعون أكثرها إلى القياس أو المصلحة ورعاية حاجة الناس. من خلال ما سبق يتضح لنا أن الشافعية يعملون بالاستحسان كغيرهم من أئمة المذهب الأخرى إلا أنهم لا يطلقون عليه هذه التسمية بل يرجعونه إلى القياس والمصلحة في غالب الأحيان وأن الاستحسان الذي بالغ في إنكاره وقال فيه قوله المشهورة (من استحسن فقد شرع)^(١) وعبارته (إنما الاستحسان تلذذ)^(٢) هو اتباع المجتهد لهوي نفسه .

وخلاصة القول أن الاختلافات السابقة الذكر لا تخرج عن كونها مجرد اختلاف لفظي ، فالمالكية وإن كانوا لم يذكروا الاستحسان الذي سنده النص ، أو القياس الخفي، فإنه حسب اعتقادي لا ينكرون حكماً سنده النص ، لأنه أقوى من المصلحة والعرف . ولا اعتقد أيضاً أنهم بالنسبة لما كان سنده القياس الخفي أنهم يتركون الأقوى ويعلمون بالأضعف .

وبالنسبة للحنفية فإنه قد جاء الكثير من المسائل الفقهية المبنية علي العرف عندهم ، كما أنهم لا ينكرون ما كان سنده المصلحة حيث قلنا في أوائل هذا البحث أن الحنفية لا ينكرون المصلحة ولكن لصحة العمل بها يشترطون شروطاً إذا توافرت عملوا بالمصلحة كما قال بذلك المالكية والشافعية والحنابلة .

ونستخلص من ذلك ان الاستحسان باعتبار السند ينقسم إلى خمسة أقسام :

- ١- الاستحسان بالنص . ٢- الاستحسان بالإجماع . ٣- الاستحسان بالضرورة ورفع الحرج والعرف . ٤- الاستحسان بالمصلحة . ٥- الاستحسان بالقياس الخفي .

(١) الرسالة ص : ٧٠٥ ، الأم ج ٧ ص : ٢٠٧ .

(٢) الرسالة ص : ٥٠٧ .

واليك بيان كل نوع من هذه الأنواع مع ذكر أمثلة فقهية له : -

١ - الاستحسان بالنص : -

ومعنى الاستحسان بالنص ، أن يكون نقياس الظاهر يقتضي حكماً إلا أن هذا الحكم قد عدل عنه واستحسن وكان سند الاستحسان نص ، فإن القياس لا يقوى على معارضة النص .
وقد يكون هذا النص قرآناً ، وقد يكون سنة .

أ - مثال ما كان يعتمد على نص من القرآن . قاطع الطريق إذا تاب بعد أن أخذ المال ثم تركه وأقام في أهله زماناً طويلاً بعد توبته . فالقياس أن يقام عليه حد ، لأنه سعى في الأرض فساداً وأخذ المال .
وجه القياس : إنه سارق وقاطع طريق فيضيق عليه حد الخرابة . لكنه ترك استحساناً وسقط عنه الحد ، فاستحسن أن لا يقام عليه حد الخرابة ، لأنه ليس بقاطع طريق بعد توبته ، فالتوبة وتخليه عن قطع الطريق قد استقط عنه الحد استحساناً . والسري في عدول عن إقامة الحد عليه قوله تعالى : ﴿ إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ فَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ ^(١) ، فهذه الآية جعلتنا نترك الأصل ونسقط العقاب عنه استحساناً .

وقد ذكر السرخسي في كتابه المبسوط ما يوضح ذلك ونصه : -

(وإذا قطع الطريق وأخذ المال ثم ترك ذلك وأقام في أهله زماناً لم يقم الإمام عليه الحد استحساناً ، وفي القياس يقام عليه لأن الحد لزمه بارتكاب سببه ولكن استحسن لتوبته وتحوله عن تلك الحالة قبل أن يقدر عليه والأصل فيه ما روى أن الحارث بن زيد ^(٢) قطع الطريق ثم ترك ذلك وتاب فكتب علي بن أبي طالب - رضي الله عنه - إلي عامه بالبصرة أن الحارث بن زيد كان من قطاع الطريق وقد ترك وتحول فلا تعرض له إلا بتغير ^(٣) - ^(٤) . فدل النص على صحة ما تقدم ، لأن علي بن أبي طالب عليه السلام قد استحسن عدم إقامة الحد عليه عملاً بالآية السابقة الذكر .

(١) سورة المائدة آية رقم ٣٤ .

(٢) الحارث بن زيد : اسمه كما ورد عند أكثر من ذكر قصته . حارثة بن بدر التميمي من أهل البصرة وكان قد أفسد في الأرض وحارب . انظر : تفسير ابن كثير ج ٢ ص : ٥٣ .

(٣) المبسوط للسرخسي ج ٩ ص : ٢٠٤ .

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة ج ٦ ص : ٤٤٤ : في باب ما قالوا فيمن يحارب ويسعى في الأرض فساداً ... الخ رقم ٣٢٧٨٩ ، بلفظ : فإن حارثة من بدر قد تاب قبل أن نقدر عليه فبعث إليه فأدخله فأمته وكتب له كتاباً ، انظر : تفسير الطبري ج ٦ ص : ٢٢١ ، وذكر أن اسمه حارثة بن بدر أيضاً ولم يذكر أن اسمه الحارث بن زيد كما ذكر السرخسي في المبسوط ، أحكام القرآن للجصاص ج ٤ ص : ٥٢ ، فتح القدير ج ٢ ص : ٣٧ ، كذلك ذكرنا أن اسمه حارثة بن بدر التميمي .

ب - ما كان مند الإمتحان فيه من السنة . مثال ذلك : من أكل أو شرب ناسياً في نهار رمضان فإن القياس يقتضي وجوب القضاء بينما الإمتحان أن صوم من أكل أو شرب ناسياً لم يبطل .
وجه القياس : - أنه من شروط الصوم الإمساك وقد خولف ذلك بالأكل والشرب كما أن من أكل ناسياً أو شرب يقاس علي من ترك الصلاة ناسياً ، فإن الصلاة لا تسقط عنه فكذا الصيام . وقد ذهب إلى ذلك الإمام مالك رحمه الله ^(١) . أما الإمتحان فإن وجهه هو عدم التقيد من الأكل أو الشرب إلى الفعل ، أو إفساد الصوم وقد قال بذلك الحنفية والشافعية ^(٢) وقد اعتمد من ذهب إلى عدم فساد الصوم وصحته استحساناً . لما روى عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله : ﷺ (من نسي وهو صائم فأكل أو شرب فليتم صومه ، فإنما الله أطعمه وسقاه) رواه الجماعة إلا النسائي ^(٣) . وفي لفظ (إذا أكل الصائم ناسياً أو شرب ناسياً فإنما هو رزق ساقه الله إليه ولا قضاء عليه) رواه الدار قطني ^(٤) ، وقال : إسناده صحيح . وفي لفظ (من أفطر يوماً من رمضان ناسياً فلا قضاء عليه ولا كفارة) ، قال الدار قطني : تفرد به ابن مرزوق وهو ثقة عن الأنصاري ^(٥) . فهذه الروايات دللت علي أن القياس يترك بالنص استحساناً سواء كان النص - من الكتاب أو من السنة - وقد قال أبو حنيفة لولا قول الناس لقلت يقضى أي لولا قول الناس أن أبا حنيفة خالف الأمر لقلت يقضى لكننا تركنا القياس بالنص ^(٦) . وهناك أمثلة كثيرة لهذا النوع الذي منته النص من السنة مثل السلم والإجارة وميأقي الكلام عنها مفصلاً أن شأن الله تعالى علي النحو الآتي في فقه المعاملات :

- (١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لأبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد أحمد بن رشد القرطبي المالكي جـ ١ ص : ٣٠٣ الطبعة الخامسة طبعة - بيروت ، دار المعرفة للطباعة والنشر .
- (٢) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع لعلاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني جـ ٢ ص : ٩٠ ط القاهرة الطبعة الأولى ١٩١٠ م - المطبعة الأميرية بولاق ، المجموع شرع المذهب للإمام الخافض أبي زكريا يحيى الدين بن شرف التوري جـ ٦ ص : ٣٦٦ .
- (٣) أخرجه في صحيح مسلم جـ ٢ ص : ٨٠٩ ، في باب أكل الناسي وشربه وجماعه لا يفطر من كتاب الصيام رقم الحديث ١١٥٥ ، وأخرجه البخاري في صحيحه جـ ٢ ص : ٦٨٢ ، في باب الصائم إذا أكل أو شرب ناسياً . رقم الحديث ١٨٣١ .
- (٤) أخرجه الدار قطني في سننه جـ ٢ ص : ١٧٨ ، في باب تبييت النية من الليل وغيره من كتاب الصيام رقم ٢٧ .
- (٥) نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخبار - تأليف محمد علي بن محمد الشوكاني جـ ٤ ص : ٢٣١ ط - القاهرة - ط الأخيرة مصطفى الباني الحلبي تنظر : سننه الدار قطني جـ ٢ ص : ١٧٨ ، في باب تبييت النية من الليل وغيره من كتاب الصيام رقم الحديث ٢٨ .
- (٦) بدائع الصنائع للكاساني جـ ٢ ص : ٩٠ .

لو كان البيع بشرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع لاحد المتعاقدين أو لمبيع يستحق النفع بان يكون آدميا فهو فاسد .

ولو كان البيع (بشرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع لاحد المتعاقدين) - أي البائع والمشتري - (أو لمبيع يستحق) النفع بان يكون آدميا (فهو) أي هذا البيع (فاسد) لما فيه من زيادة عربة عن العوض فيكون ربا وكل عقد شرط فيه الربا يكون فاسدا . وفي شرح المجمع انما يفسد البيع بشرط ؛ اذا ذكره بكلمة على ، واما اذا ذكره بحرف الشرط كما اذا قال بعث ان كنت تعطيني كذا فالبيع باطل (كبيع عبد على أن يعتقه المشتري أو يدبره أو يكاتبه أو) كبيع (أمة على أن يستولدها) المشتري لان هذه شروط لا يقتضيها العقد فيه منفعة للمعقود عليه فيفسد به (فلو اعتقه) أي العبد (المشتري) بعد ما اشتراه بشرط العتق (عاد البيع صحيحا) استحسانا (فتلزم) على المشتري (الثمن) عند الامام (وعندهما لا يعود) صحيحا (فتلزم) على المشتري (القيمة) وهو القياس لان العقد فسد بالشرط اعتق أو لم يعتق فلا يعود صحيحا كما اذا تلف بوجه آخر ، وهو رواية عن الامام .

وجه الاستحسان ان الشرط وان لم يلزم العقد لذاته لكن شرط العتق من حيث الحكم يلزمه لانه منه للملك والشيء بانتهاه يتقرر ولهذا لا يمنع العتق الرجوع بنقصان العيب فإذا تلف بوجه آخر لم تتحقق الملاءمة فيتقرر الفساد واذا وجد العتق تحققت الملاءمة فمرجع جانب الجواز فيعود صحيحا . (١)

قال في الهداية: كل شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين أو المعقود عليه وهو من اهل الاستحقاق يفسده كشرط ان لا يبيع المشتري العبد المبيع لان فيه زيادة عن العوض فيؤدي الى الربا

(١) مجمع الاخر في شرح ملتقى الابحر ج ٢ ص : ٦٢ - ٦٣ ، كتاب البيوع باب بيع الملامسة والمناينة والقاء الحجر ، شرح فتح القدير ج ٦ ص : ٤٤١ - ٤٤٦ ، البسوط ج ١٣ ص : ١٥ - ١٦ ، بدائع الصنائع ج ٥ ص : ١٧١ ، انجوهرة النيرة ج ١ ص : ٢٠٢ - ٢٠٣ ، رد المحتار على الدر المختار ج ٥ ص : ٨٤ - ٨٧ .

أو لأنه يقع بسببه المنازعة فيعري العقد عن مقصوده إلا أن يكون متعارفاً لأن العرف قاض على القياس ولو كان لا يقتضيه العقد ولا منفعة فيه لأحد لا يفسده وهو الظاهر من المذهب كشرط أن لا يبيع المشتري الدابة المبيعة لأنه انعدمت المطالبة فلا يؤدي إلى الربا ولا إلى المنازعة ... فلو اعتقه المشتري بعد ما اشتراه بشرط العتق صح البيع حتى يجب عليه الثمن عند أبي حنيفة رحمه الله يبقى فاسد حتى يجب عليه القيمة لأن البيع قد وقع فاسداً فلا ينقلب جائزاً كما إذا تلف بوجه آخر ولابي حنيفة رحمه الله أن شرط العتق من حيث ذاته لا يلائم العقد على ما ذكرنا ولكن من حيث حكمه يلائمه لأنه منه للملك والشيء بانتهائه يتقرر .^(١)

(١) الهداية شرح البداية جـ ٣ ص : ٤٨ ، و جـ ٤ ص : ١٣٩ ، تبين الحقائق جـ ٤ ص : ٥٧ - ٥٨ .

(٣) وعند الخاتمة : ان شرط في العقد شرطاً ينافي مقتضاه . كأن يشترط البائع على المشتري ان لا يبيع المبيع ، ولا يهبه ، ولا يعتقه ، او يشترط عليه ان يبيعه او يقفه ، او ان يعتقه فالولاء له ، فهذه وما أشبهها شروط فاسدة .

وفي فساد البيع بما رواه في المذهب . والمنصوص عن احمد ان البيع صحيح ، ولا يبطله الشرط ، بل يبطل الشرط فقط ، لان النبي ﷺ ابطل شرط في حديث بريرة المعروف ، ولم يبطل العقد .

وقد استثنى الخاتمة من هذا الشرط الباطل العتق ، فيصح ان يشترطه البائع على المشتري لحديث بريرة ، ويجوز المشتري على العتق ان أساء لانه حق لله تعالى كالنذر ، فان امتنع المشتري من عتقه عتقه الحاكم عليه ، لانه عتق مستحق ، لكونه قرابة الترميها كالنذر . قال في الإنصاف : (شرط ما ينافي مقتضى البيع . نحو ان يشترط ان لا عارة عليه ، او متى نفق المبيع والا رده . او ان لا يبيع ولا يهب ، ولا يعتق ، او إن اعتق فالولاء له ، او يشترط ان يفعل ذلك ، فهذا باطل في نفسه) على الصحيح من المذهب ، الا ما استثنى . وعليه الاصحاب .. وهل يبطل البيع ؟ على روايتين ... أحدهما : لا يبطل البيع . وهو الصحيح من المذهب . نص عليه .. والرواية الثانية : يبطل البيع . قال في الفروع اختاره القاضي . واصحابه ، وصححه ... الا اذا شرط العتق . ففي صحته روايتان ... أحدهما : يصح وهو المذهب ... والرواية الثانية : لا يصح ... وعلى هذه الرواية لا يبطل البيع عند خنص وغیره . ويبطل عند أبي الخطاب في خلافه وغيره . فعلى المذهب : يجوز عليه ان يباه . كما قال المصنف . لانه حق لله كالنذر . وهو الصحيح ... فعلى المذهب : لو امتنع من العتق واصر .. يتوجه ان يعتقه الحاكم عليه .. انظر : الانصاف ج ٤ ص : ٣٥٠ - ٣٥٣ . وانظر : شرح منتهى الارادات ج ٢ ص : ٣١ - ٣٢ ، كشف القناع ج ٣ ص : ١٩٣ - ١٩٤ ، مطالب اولي النهي ج ٣ ص : ٧٤ - ٧٥ .

وعند الشافعية : لبيع بشرط عتق المبيع فيه اقوالٌ عدهم : القول الأول : وهو أصحها ، أن الشرط صحيح ، والبيع صحيح وذلك لحديث بريرة رضي الله عنها ، وتشوف الشارع للعتق . القول الثاني : ان الشرط باطل ، والبيع باطل ، كما لو شرط بيعه او هبته . والقول الثالث : انه يصح البيع ، ويبطل الشرط .

قال في معنى المحتاج : (ولو باع) رقيقاً (عبداً) او أمة (بشرط إعاقته) مطلقاً او عن المشتري (فالمشهور صحة البيع والشرط) لتشوف الشارع الى العتق ، ولخير الصحيحين (ان عائشة رضي الله عنها اشترت بريرة وشرط مواليتها أن تعتقها ويكون ولاؤها هم ، فلم ينكر ﷺ الا شرط الولاء ثم بقوله : (ما بال اقوم يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله تعالى ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل) . - الحديث سبق ترجمته ص : ٣٩٩ - والثاني : لا يصحان كما لو شرط بيعه او هبته . والثالث : يصح البيع ويبطل الشرط كما في التكاثر . انظر : معنى المحتاج ج ٢ ص : ٢٨٣ - ٢٨٤ ، وانظر : المجموع شرح المهذب ج ٩ ص : ٤٤٦ ، أسنى المطالب ج ٢ ص : ٣٤ - ٣٥ ، تحفة المحتاج ج ٤ ص : ٣٠٠ - ٣٠١ ، نهاية المحتاج ج ٣ ص : ٤٥٦ - ٤٥٧ ، حاشية الجمل ج ٣ ص : ٨٠ - ٨٣ .

وعند المالكية : ان باع أمة بشرط تحرير عتقها ، فانه جائز ، وان كان منافياً لمقتضى العقد ، وهذا لتشوف الشارع الى الحرية ، بخلاف اشتراط التدبير والكتابة ، واتخاذ الامة أم ولد ، فانه لا يجوز ، لما فيه من التضيق على المشتري . قال في مواهب الجليل : يستثنى من الشروط المناقضة لمقتضى العقد تحرير العتق فانه جائز لحديث بريرة . قال في المدونة : لان البائع تمسك الشرط بما رضع من الثمن فلم يقع فيه غرر واحترز بالتنجيز من التدبير والعتق الى أجل وان تتخذ الامة أم ولد فان ذلك لا يجوز . انظر : مواهب الجليل في شرح مختصر خليل ج ٤ ص : ٣٧٤ - ٣٧٥ . وانظر : شرح مختصر خليل للخرش ج ٥ ص : ٨٠ - ٨١ ، حاشية الصاوي على الشرح الصغير ج ٣ ص : ١٠٢ - ١٠٤ ، التاج والاكلیل ج ٦ ص : ٢٤٥ - ٢٤٦ ، منح الجليل شرح مختصر خليل ج ٥ ص : ٥٢ - ٥٤ ، وانظر : المدونة ج ٣ ص : ١٩١ .

جواز بيع اللحم بالحيوان إذا كان جنسان مختلفان

ويجوز (بيع اللحم بالحيوان) عند الشيخين (وعند محمد) وهو قول الشافعي (لا يجوز بيعه) أي بيع اللحم (بحيوان جنسه حتى يكون اللحم أكثر مما في الحيوان) ليكون اللحم بمقابلة ما فيه والباقي (من اللحم) بمقابلة السقط كالجلد والكروش والأعضاء والطحال لأتهما جنس واحد ولهذا لا يجوز بيع أحدهما بالآخر نسيئة فكذا متفاضلاً كالزيت بالزيتون وهو القياس ولهما أن الحيوان ليس لحمه بمال ولا ينتفع به انتفاع اللحم وماليته معلقة بالذكاة فيكون جنساً آخر بخلاف الزيت والزيتون وهو الاستحسان قيد باللحم لأنه لو باع أحد الشاتين المذبوحتين الغير المسلوختين بالآخر جاز اتفاقاً بأن يجعل لحم كل منهما بجلد الآخر ^(١) .

قال في المبسوط : فإن باع لحم شاة بالبقرة والإبل جاز عندنا وعلي قول زفر والشافعي لا يجوز بيع اللحم بالحيوان أصلاً لحديث سعيد بن المسيب رضي الله عنه أن النبي ﷺ (نهى عن بيع اللحم بالحيوان) ^(٢) ورؤي ^(٣) أن جزوراً نحر علي عهد أبي بكر فجاء رجل بعناق ^(٤) وقال : أعطني بهذا العناق قطعة من هذا اللحم فقال أبو بكر هذا لا يصلح . ولكننا نقول هما جنسان مختلفان فيجوز بيع أحدهما بالآخر كيف ما كان يدأيد

(١) مجمع الأثر في شرح ملتقى الأبحر جـ ٢ ص : ٨٧ كتاب البيوع علة الربا

(٢) رواه مالك في الموطأ عن زيد بن أسلم عن سعيد بن المسيب عن النبي ﷺ قال إن عبد المير هذا أحسن أسانيده انظر :

الموطأ جـ ٢ ص : ٦٥٥ باب بيع الحيوان باللحم من كتاب البيوع ، كما أخرجه البيهقي في السنن الكبرى جـ ٥ ص :

٢٩٦ في باب بيع اللحم بالحيوان من كتاب البيوع ، والدارقطني في سننه جـ ٣ ص : ٧١ في كتاب البيوع . وانظر :

التمهيد لابن عبد البر جـ ٤ ص : ٣٢٢ .

(٣) رؤي عن ابن عباس رضي الله عنه . أخرجه : البيهقي في السنن الكبرى جـ ٥ ص : ٥٩٧ في باب بيع اللحم بالحيوان من كتاب

البيوع .

(٤) العناق : الأنثى من أولاد المعز والغنم من حين الولادة إلى تمام حول .

وأجاز الحنفية هذا البيع ، ولكن : منهم من اعتبرهما جنسين مختلفين (لأن أحدهما موزون ، والآخر معدود) فبنوا عليه جواز بيعهما بمجازفة ، عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، لأنه باع الجنس بخلاف الجنس . ومنهم من اعتبرهما جنساً واحداً ، وبنوا مذهبهما - أي مذهب الشيخين - علي أن الشاة ليست بموزونة ، فيجوز بيع أحدهما بالآخر ، بمجازفة ومفاضلة ، لأن ربا الفضل يعتمد اجتماع الوصفين : الجنس والقدر لكن بشرط التعيين أي التقابض أو يداً بيد ، كما عبر الكاساني - وقال : هو الصحيح . أما نسيئة فلا يجوز ، لأثهما عندئذٍ مسلم* وهو في كل منهما غير صحيح ، كما نقله ابن عابدين عن النهر (١) - (٢) .

(١) انظر : بدائع الصنائع ج ٥ ص : ١٨٩ - ١٩٠ ، مجمع الأهر في شرح ملتقى الأبحر ج ٢ ص : ٨٧ .

(٢) وجهور الفقهاء لا يستحيز بيع اللحم بحيوان من جنسه كلحم شاة بشاة حية ، وذلك : لنهي عن بيع اللحم بالحيوان في الحديث المتقدم - كما يقول الشافعي - ولأنه مال ربوي بيع بما فيه من جنسه مع جهالة المقدار ، فلم يجوز كبيع السمسم بالشمج .

ولأنه بيع معلوم - وهو اللحم - بمجهول وهو الحيوان ، وهو المزابنة ، كما يقول المالكية فهذا قول مالك وهو يحمل الحديث عنده : أن يباع حيوان مباح الأكل بلحم من جنسه ، وهو مذهب الشافعي ، وهو أيضاً المذهب عند الحنابلة ، بلا خلاف . والإمام أحمد شرط في جواز بيع اللحم بحيوان من جنسه ، أن يكون اللحم المقرّر أكثر من الذي في الشاة ، ليكون لحم الشاة بمقابلة مثله من اللحم ، والباقي بمقابلة الإسقاط ، إذ لو لم يكن كذلك يتحقق الربا . فلا يجوز عنده ، وذلك عملاً بالحديث المتقدم . ولأثهما جنس واحد ، ولهذا لا يجوز بيع أحدهما بالآخر نسيئة فكذا متفاضلاً ، كالزيت بالزيتون . يقول الشافعي في الأم : ولا يباع اللحم بالحيوان علي كل حال ، كان من صنفه أو من غير صنفه . انظر : الأم للشافعي ج ٣ ص : ٨٢ وج ٨ ص : ١٧٦ ، وانظر : أسنى المطالب ج ٢ ص : ٢٩ ، شرح البهجة ج ٢ ص : ٤٢٤ - ٤٢٥ ، يقول في حاشيتا قليوبي وعميرة : (ويحرم بيع اللحم بالحيوان من جنسه) كبيع لحم البقر بالبقر .

(وكذا بغير جنسه من مأكول وغيره) كبيع لحم البقرة بالشاة وبيعه بالحمار (في الأظهر) (لأنه ﷺ نهي أن تباع الشاة باللحم) ، رواه الحاكم الميهقي وقال إسناده صحيح ، (ونهي عن بيع اللحم بالحيوان) رواه أبو داود عن سعيد بن المسيب مرسلاً وإسناده الترمذي عن زيد بن سلمة الساعدي ، ومقابل الأظهر الجواز - نظر : المستدرک علي الصحيحين ج ٤ ص : ٤١ رقم (٢٢٥١) في كتاب البيوع وانظر : تلخيص الحبير ج ٣ ص : ١٠ وقال وهو عند أبي داود في المراسيل ووصله الدار قطني في الغرائب عن مالك عن الزهري عن سهل بن سعد وحكم بضعفه ، وانظر : خلاصة البدر المنير ج ٢ ص : ٥٥ وقال رواه مالك عن سعيد بن المسيب مرسلاً وكذلك والحاكم من حديث الحسن عن سرة بلقظ نهي عن بيع الشاة باللحم

وقال صحيح الإسناد رواه عن آخرهم ثقات وقد احتج البخاري بالحسن عن سمرة وصححه البيهقي ، وانظر : سنن الدار
قطني جـ ٣ : ص : ٧٠ رقم (٢٦٥) في كتاب البيع - ، وإما في المأكول وهو مبن على أن اللحوم أحسن فبالقياس على بيع
اللحم باللحم وأما في غيره فوجه بأن سبب النع مال الربا بأصله المشتمل عليه ، ولم يوجد ذلك هنا . انظر : حاشيتنا قليوبي
وعمسيرة جـ ٢ : ص : ٢١٧ - ٢١٨ ، وانظر : تحفة المحتاج جـ ٤ : ص : ٢٩٠ ، مغني المحتاج جـ ٢ : ص : ٣٧٧ - ٣٧٨ ،
نهاية المحتاج جـ ٣ : ص : ٤٤٤ - ٤٤٥ ، حاشية البيهقي على الخطيب جـ ٣ : ص : ٢٨ - ٢٩ .

وقال التاجي : نهي عليه السلام عن بيع الحيوان باللحم يقتضي تحريمه ، وأيضاً ما وقع منه ، وبه قال مالك والشافعي ، وجمهور
الفقهاء ... وأجاز أبو حنيفة بيع الحيوان باللحم . والدليل على صحة ما نقله حديث ابن المسيب أن رسول الله ﷺ (نهي عن
بيع الحيوان باللحم) وهذا الحديث ، وإن كان مرسلًا فقد وافقنا أبو حنيفة على القول بالمرسل ، ودليلنا من جهة القياس أن
هذا جنس يجري فيه الربا ، والربا بيع الشيء بأصله الذي فيه منه فلم يجر ذلك كالزيت بالزيتون ، والشرج بالسمسم . انظر :
المتقي شرح الموطأ جـ ٥ : ص : ٢٥ .

وقال الإمام مالك في المدونة : الإبل والبقر والغنم والوحش كلها صنف واحد لا يجوز من لحومها واحد باثنين . انظر :
المدونة جـ ٣ : ص : ١٤٧ ، وانظر : شرح مختصر خليل جـ ٥ : ص : ٦٨ ، وقال في الفواكه الدواني : وأما بيع اللحم بحيوان
من غير جنسه فيجوز ، كبيع لحم طير بحيوان من ذوات الأربع لما مر من أن ذوات الأربع جنس والطير كله جنس آخر انظر :
الفواكه الدواني جـ ٢ : ص : ٩٤ - ٩٥ . وقال العدوي : لأنه بيع معلوم بمجهول فالعلم باللحم ، والمجهول بالحيوان وهو معنى
المزابه . انظر : حاشية العدوي جـ ٢ : ص : ١٧١ . وانظر : حاشية الدسوقي جـ ٣ : ص : ٢٢١

وقال في كشف القناع : (ولا يجوز بيع لحم بحيوان من جنسه) لما روى عن مالك ... (أن النبي ﷺ نهي عن بيع اللحم
بالحيوان) .. ولأنه مال ربوي يبيع بما فيه من جنسه مع جهالة المقدار كالمسمم بالشرج (ويصح) بيع لحم حيوان (غير
جنسه) لأنه مال ربوي بغير أصله وبغير جنسه فجاز كما لو باعه بتقد لكن يحرم بيعه نسيئة عند جمهور الفقهاء ذكره الشيخ
تقي الدين (كبيع مأكول) أي كما يجوز بيع لحم بحيوان غير مأكول كحمار وبغل . انظر : كشف القناع جـ ٣
ص : ٢٥٥ ، وانظر : المغني لابن قدامة جـ ٤ : ص : ٤٣ ، الفروع لابن مفلح جـ ٤ : ص : ١٥٤ - ١٥٥ ، الإنصاف جـ ٥
ص : ٢٣ ، وقال البهوتي : (و) يصح بيع لحم (بحيوان من غير جنسه) كقطعة من لحم إبل بشاة ، لأنه ربوي يبيع بغير أصله
ولا جنسه فجاز . انظر : شرح منتهى الإرادات جـ ٢ : ص : ٦٦ ، مطالب أولي النهى جـ ٣ : ص : ١٦٠ .

الزروع والثمر لا يدخلان في بيع الأرض استحساناً إلا أن يشترط المبتاع .

إذا باع أرضاً أو كرمًا ولم يذكر الحقوق ولا المرافق ولا كل قليل وكثير فإنه يدخل تحت البيع ما ركب فيها للتأييد نحو الغراس والأشجار والابنية كذا في الذخيرة ^(١) ، ثم أن محمداً ذكر أن الشجر يدخل في بيع الأرضين من غير ذكر ولم يفصل بين المثمرة وغير المثمرة ولا بين الصغيرة والكبيرة والأصح أن الكل يدخل من غير ذكر سواء كانت للحطب أو غيره وهو الصحيح ولا تدخل اليابسة فأثما علي شرف القطع فهي كحطب موضوع فيها هكذا في فتح القدير ^(٢) قال مشايخنا أن كان الشجر يفرس للقطع كشجر الحطب لا يدخل لأثما بمثمة الزرع ، والزروع والثمر لا يدخلان في البيع استحساناً إلا أن يشترط المبتاع هكذا في الذخيرة ^(٣) .

قال في بدائع الصنائع : إن كان المبيع أرضاً ولم يذكر شيئاً من القرائن دخل ما فيها من الابنية والأشجار ولم يدخل الزرع والثمار عند عامة العلماء .

واستدل بما روى عن محمد في كتاب الشفعة عن رسول الله ﷺ أنه قال : (من اشتري أرضاً فيها نخل فالثمرة للبائع إلا أن يشترط المبتاع) ^(٤) جعل عليه الصلاة والسلام الثمرة للبائع مطلقاً عن وصف وشرط فدل أن الحكم لا يختلف بالتأخير وعدمه

(١) الذخيرة جـ ٥ : ١٥٥ - ١٥٦ .

(٢) فتح القدير جـ ٢ : ٢٨٢ .

(٣) الفتاوى الهندية جـ ٣ : ٣٣ كتاب البيوع الفصل الثاني فيما يدخل في بيع الأراضي والكروم .

(٤) قال في الدراية في تخریج أحاديث الهداية : حديث من اشتري أرضاً فيها نخل فالثمرة للبائع إلا أن يشترط المبتاع لم أجده وإنما المعروف حديث ابن عمر من باع نخلاً مؤبراً فالثمرة للبائع إلا أن يشترط المبتاع متفق عليه ، انظر : الدراية في تخریج أحاديث الهداية جـ ٢ : ١٤٧ رقم ٧٦٤ من كتاب البيوع ، وقال في نصب الرأية : الحديث الرابع قال عليه السلام من اشترى أرضاً فيها نخل فالثمرة للبائع إلا أن يشترط المبتاع قلت غريب بهذا اللفظ وأخرج الأئمة الستة في كتبهم عن سالم بن عبد الله بن عمر عن أبيه عن النبي ﷺ أنه قال من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترط المبتاع ومن باع نخلاً مؤبراً فالثمرة للبائع إلا أن يشترط المبتاع ، انظر نصب الرأية جـ ٤ : ٤٢٧ من كتاب البيوع .

ولأن النخل أسم لذات الشجر فلا يدخل ما عداه إلا بقريئة زائدة ولهذا لم يدخل ثمار سائر الأشجار ، ثم قال وكذلك إن كان كرمًا يدخل في بيعه ما فيه من الزراعة والعرايش والحوائط من غير ذكر قريته ولا تدخل الفواكه والبقول والأصل أن كل ما ركب في الأرض يدخل وما لم يركب فيها أو ركب لا للبقاء بل لوقت معلوم لا يدخل^(١) .

وذكر في المبسوط : وإذا اشترى الرجل أرضاً وفيها نخل له ثمرة ولم يشترطها فإن أبا حنيفة قال النخل للمشتري والثمرة للبائع إلا أن يشترطها المشتري وبه أخذ محمد ، ثم ذكر أن أبا يوسف قال إن اشترى الأرض بحقوقها ومراقفها دخل الثمار في العقد وإلا لم تدخل .

فأما علي قول محمد وهو قول أبي حنيفة لا تدخل الثمار إلا بالتنصيص عليها سواء ذكر الحقوق أو لم يذكر بمثلة المتاع الموضوع في الأرض^(٢) .

(١) بدائع الصنائع ج٥ ص : ١٦٥ .

(٢) المبسوط ج٣٠ ص : ١٣١ ، وانظر : العناية شرح الهداية ج٢ ص : ٢٨٤ - ٢٨٥ ، البحر الرائق ج٥ ص : ٣٢٢ - ٣٢٣ ، مجمع الأنهر في ملتقى الأبحر ج٢ ص : ١٦ ، رد المحتار على الدر المختار ج٤ ص : ٥٥٢ - ٥٥٣ ، تبين الحقائق ج٤ ص : ١١ - ١٢ .

وقال الزيلعي : "ومن باع أرضاً دخل ما فيها من النخل والشجر وإن لم يسمه لأنه متصل بها للمقرار فأشبه البناء ولا يدخل الزرع في بيع الأرض إلا بالتسمية لأنه متصل بها للفصل فشابه المتاع الذي فيها ، ومن باع نخلاً أو شجراً فيه ثمرة فثمره للبائع إلا أن يشترط المبتاع لقوله عليه الصلاة والسلام : " من اشترى أرضاً فيها نخل فالثمرة للبائع إلا أن يشترط المتاع) ولأن الاتصال وإن كان حلقة فهو للقطع لا للبقاء فصار كالزرع ويقال للبائع اقطعها وسلم المبيع وكذا إذا كان فيها زرع لأن ملك المشتري مشغول بملك البائع فكان عليه تفريغه وتسليمه كما إذا كان فيه متاع (١) - (٢) .

(١) نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية جـ ٤ ص : ٤٢٧ - ٤٢٨ .

(٢) وبيع الأرض يدخل فيها الغراس والبناء لاتصالها بها اتصال قرار ، وهي من حقوقها ، وهذا في جميع المذاهب إلا في قول عند الشافعية أنه إن أطلق ولم يقل بحقوقها فلا يدخل البناء والشجر لكن المذهب دخوله عند الإطلاق كما أن الشافعية فسروا الشجر الذي يتبع الأرض بالشجر الرطب أما اليابس فلا يدخل ، علي ما صرح به ابن الرفعة والسبكي نقلاً وقول الأسدي لا يدخل جزماء ، وأما الثمار التي تكون علي الشجر عند بيعه فقد ذهب الجمهور إلى التفريق بين أن يكون الثمر مؤبراً أو غير مؤبر : فقرروا أنه إن كانت الثمرة مؤبرة فهي للبائع وإن كانت غير مؤبرة فهي للمشتري إلا أن يشترطها أحد المتبايعين فهي له مؤبرة أو غير مؤبرة لقول النبي ﷺ (من ابتاع نخلاً بعد أن تؤبر فثمرتها للذي يابعاها ، إلا أن يشترط المتاع) - الحديث أخرجه البخاري في صحيحة جـ ٢ ص : ٨٣٨ رقم ٢٢٥٠ باب الرجل يكون له عمر أو شرب أو في نخل ... ومسلم في صحيحة جـ ٣ ص : ١١٧٣ رقم (١٥٤٣) باب من باع نخلاً عليها ثمر - فإنه جعل التأثير حذاً لملك البائع للثمر ، فيكون ما قبله للمشتري ، وإلا لم يكن حداً ولا كان ذكر التأثير مفيداً ، ولأنه غماء كامن لظهوره غاية ، فكان تابعاً لأصله قبل ظهوره ، وغير تابع له بعد ظهوره كالحمل في الحيوان ، إلا أن المالكية منعوا أن يشترط البائع الثمر غير المؤبر ، وذلك لأن اشتراطه له بمقتضى شرائه له قبل بدو صلاحه بشرط الترك ، وهو غير جائز .

واستدل الشافعية والحنابلة لما ذهبوا إليه من جواز اشتراط البائع الثمر غير المؤبر ، بأنه استثنى بعض ما وقع عليه العقد وهو معلوم ، فصح كما لو باع بستاناً واستثنى نخلة بعينها ، ولأن النبي ﷺ (نهى عن الثيا إلا أن تعلم) - الحديث ، أخرجه أبو داود ، في باب في المخايبة جـ ٢ ص : ٢٣٥ من كتاب الميوع ، والترمذي في : باب ما جاء في النهي عن الثيا ، عارضة الأحوذ جـ ٥ ص : ٢٩٠ من أبواب البيوع ، والنسائي ، في باب النهي عن بيع الثيا حتى تعلم ، المجتبى جـ ٧ ص : ٢٦٠ من كتاب الميوع - ولأنه أحد المتبايعين فصح اشتراطه للثمرة كالمشتري وقد ثبت الأصل بالاتفاق عليه وبقوله ﷺ (إلا أن يشترطها المتاع ، قال الشافعي : أن الحائط إذا بيع وقد أبر نخله فالثمرة لبائعه إلا أن يشترطها مبتاعه فيكون مما وقعت عليه صفقة البيع ويكون لها حصة من الثمن ، وإن لم يؤبر نخله فالثمرة للمشتري ، أنظر : الأم للشافعي جـ ٣ ص : ٤١ وانظر : أسنى المطالب جـ ٢ ص : ١٠١ ، شرح البهجة الوردية جـ ٣ ص : ٣٤ - ٣٦ ، حاشيتا قليوبي وعميرة جـ ٢ ص : ٢٧٨ - ٢٧٩ ، حاشية الجمل جـ ٣ ص : ١٩٧ - ١٩٨ ، حاشية البحر مى جـ ٢ ص : ٣٠٠ - ٣٠١ .

وقال في الإنصاف : ومن باع أرضاً بحقوقها ، دخل غراسها وبنائها في البيع بلا نزاع وإن لم يقل : بحقوقها ، فعلى وجهين أحدهما : : يدخل وهو المذهب ، الثاني : لا يدخل ، أنظر : الإنصاف جـ ٥ ص : ٥٦ - ٥٧ ، وأنظر : شرح منتهى الإرادات

ص : ٥٦ - ٥٧ ، وأنظر : شرح منتهى الإرادات جـ ٢ ص : ٨٢ - ٨٣ ، مطالب 'بري' النهى في شرح غاية المنتهى جـ ٣ ص : ١٩٥ - ١٩٦ ، المغنى لابن قدامة جـ ٤ ص : ٦٣ - ٦٤ .

وقال المالكية : في شرح مختصر تحليل : أن من عقد علي بناء أو عسي شجر فإنه يتناول الأرض التي هما فيها لا غيرهما إلا يشترط أكثر منها حتى يشترط أفراد البناء والشجر عنها ، ثم قال : والعقد علي الأرض يتناول البناء والشجر الملبدين فيها بحكم العرف والعادة لا بحسب اللفظ وهذا حيث لا شرط ولا عذرة بخلافه ، وإلا عمل به وعليه فيصح رجوع قوله إلا بشرط هذا أيضاً ، وإذا كان محلي الشجر ثم أثير فهو للبائع للسنة ، لخير (من باع نخلاً ، وفيها ثمرة قد أثير فهو للبائع) . أنظر : شرح مختصر تحليل جـ ٥ ص : ١٨٠ - ١٨١ ، وأنظر : التاج والإكفيل جـ ٦ ص : ٤٤٥ - ٤٤٦ ، المدونة جـ ٣ ص : ٣٦٠ - ٣٦١ ، سننقي شرح الموطأ جـ ٤ ص : ٢١٥ - ٢١٦ .

من اشترى جارية بالف درهم حالة أو نسيئة فقبضها ثم باعها من البائع بمائة قبل نقد الثمن فالبيع الثاني فاسد خلافاً للشافعي .

إذا باع رجل شيئاً نقداً أو نسيئة وقبضه المشتري ولم ينقد ثمنه أنه لا يجوز لباعه ان يشتريه من مشتريه باقل من ثمنه الذي باعه منه عندنا ^(١) وعند الشافعي رحمه الله يجوز . ^(٢) هو يقول : الملك قد تم فيه بالقبض والتصرف فيه جائز مع غير البائع فكذا معه ، وصار كما لو باع بمثل الثمن الاول او بالزيادة على الثمن الاول او بالاتفاق مطلقاً : يعني سواء اشترى بالثمن الاول او بانقص او باكثر او بالعرض . والاول اما ان يكون باقل او بغيره ، والثاني بأقسامه جائز بالاتفاق . والاول هو مختلف فيه فالشافعي جوزه قياساً على الاقسام الباقية ، وبما اذا باع من غير البائع فانه جائز ايضاً بالاتفاق .

وعند الحنفية لم يجوزوه بالاثر والمعقول . اما الاثر : حديث ابي حنيفة يرفعه الى السيدة عائشة رضي الله عنها : ان امرأة سألها فقالت : اني اشتريت من زيد بن أرقم جارية بثمانمائة درهم الى العطاء ثم بعته منه بستمائة درهم قبل محل الأجل ، فقالت عائشة رضي الله عنها : بشما شريت وبشما اشتريت ، ابلغى زيد بن أرقم ان الله أبطل حجه وجهاده مع رسول الله ﷺ ان لم يتب ، فأتاها زيد بن أرقم معتذراً ، فقلت عليه قوله تعالى : ﴿فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا كَفَ﴾ ^(٣) - ^(٤) ووجه الاستدلال انما جعلت جزاء مباشرة هذا العقد بطلان الحج والجهاد مع رسول الله ﷺ

(١) بدائع الصنائع ج ٥ ص : ١٩٨-١٩٩ شرح فتح القدير ج ٦ ص : ٤٣٣-٤٣٦-٤٣٧ ، وانظر احكام القرآن للعصا ج ١ ص : ٦٣٦-٦٣٧ ، الهداية شرح البداية ج ٣ ص : ٨٣ ، البحر الرائق ج ٦ ص : ٩٠ ، ص : ٢٥٦ حاشية ابن عابدين ج ٥ ص : ٧٤-٧٦ و ج ٥ ص : ٣٢٥ ، الميسر لشرح غرر الحاشية ج ١٢ ص : ١٥٠ و ج ٢١ ص : ٣٢ ، الدر المختار ج ٥ ص : ٧٤ ، تحفة الفقهاء ج ٢ ص : ٥٧ ، المحقق ج ٢ ص : ٧٤٦-٧٤٧ ، رد المختار على الدر المختار ج ٥ ص : ٢٧٣-٢٧٤ ، ص : ٣٢٦-٣٢٥ ، در الحكام شرح غرر الاحكام ج ٢ ص : ٣٠٤ ، مجمع الأنهر ج ٢ ص : ١٣٩-١٤٠ ، العناية شرح الهداية ج ٦ ص : ٤٣٣-٤٣٧ .

(٢) انظر : الام للشافعي ج ٣ ص : ٧٩ .

(٣) سورة البقرة آية رقم ٢٧٥ .

(٤) أخرجه البيهقي في سننه ج ٥ ص : ٣٣٠-٣٣١ في باب الرجل يبيع انشيء الى اجل ... الخ من كتاب البيوع ، وعبد الرزاق في المصنف ج ٨ ص : ١٨٤-١٨٥ في باب الرجل يبيع السلعة ... الخ من كتاب البيوع .

وأجزاء الأفعال لا تعلم بالرأي فكان مسموعاً من رسول الله ﷺ والعقد الصحيح لا يجازى بذلك فكان فاسداً ، وأن زيدا اعتذر اليها وهو دليل على كونه مسموعاً لان في المجتهديات كان بعضهن يخالف بعضاً وما كان أحدهما يعتذر الى صاحبه .

وفيه بحث لجواز ان يقال : الحاق الوعيد لكون البيع الى العطاء وهو أجل مجهول .
والجواب : أنه ثبت من مذهبيها جواز البيع الى العطاء وهو مذهب علي رضي الله عنه فلا يكون كذلك ، ولانها كرهت العقد الثاني حيث قالت : بئس ما شريت مع عرائه عن هذا المعنى ، فلا يكون لذلك بل لانهما تطرقا به الى الثاني ، وتلاوتها آية الربا دليل على انه للربا لا لعدم القبض فلا يمكن ان يكون الوعيد للتصرف قبل قبضه ، فان قيل : الوعيد قد لا يستلزم الفساد كما في تفريق الولد عن الوالد بالبيع فانه جائز مع وجود الوعيد . اجيب بان الوعيد ليس للبيع ثمة بل لنفس التفريق ، حتى لو فرق بدون البيع كان الوعيد لاحقاً .

واما الثاني : فهو ما قال ان الثمن لم يدخل في ضمان البائع لعدم القبض ، فاذا وصل اليه المبيع ووقعت المقاصة بين الثمنين بقي له فضل خمسمائة بلا عوض وهو ربا فلا يجوز بخلاف ما اذا باعه من غيره لان الربح لا يحصل للبائع ، وبخلاف ما اذا اشتراه البائع بواسطة مشتر آخر لانه لم يعد اليه المستفاد من جهته لان اختلاف الأسباب بمنزلة اختلاف الأعيان .

وبخلاف ما اذا اشترى بالثمن الأول لعدم الربا ، وبخلاف ما اذا اشترى باكثر فإن الربح هناك يحصل للمشتري والمبيع قد دخل في ضمانه ، وبخلاف ما اذا باع بالعروض لان الفضل انما يظهر عند المجانسة ، وبخلاف ما اذا تعيب المبيع عند المشتري ثم اشتراه البائع باقل من الثمن الاول لان النقصان يجعل في مقابلة الجزء الغائب الذي احتسب عند المشتري ، وبخلاف ما اذا اشترى بدنانير قيمتها اقل من الثمن الاول قياساً، وهو قول زفر لان ربا الفضل لا يتحقق بين الدراهم والدنانير، وفي استحسان لا يجوز لانهما من حيث الثمنية كالشيء الواحد فيثبت فيه شبهة الربح^(١)

(١) العناية شرح الهداية ج ٦ ص : ٤٣٢ - ٤٣٥ كتاب البيوع باب بيع الطريق وهبته.

يقول الكاساني فان اشتراه بخلاف الجنس جاز لان الربا لا يتحقق عند اختلاف الجنس الا في الدراهم والدنانير خاصة استحساناً والقياس ان لا يجوز لأهما جنسان مختلفان حقيقة فالتحقيق بسائر الاجناس المختلفة . وجه الاستحسان انهما في الثمنية كجنس واحد فيتحقق الربا بمجموع العقدين فكان في العقد الثاني شبهة الربا وهي الربا من وجه .^(١)

قال الزنجاني : مسألة العينة : وهي السلف وصورهما ما اذا اشترى ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن فانه صحيح عند الشافعي رضي الله عنه طردا للقياس الجلي ، وقال ابو حنيفة رضي الله عنه يفسد العقد الأخير لقول عائشة رضي الله عنها حيث اخبرت أن زيد بن أرقم ابتاع عبداً من امرأة بالف درهم الى اجل ثم ابتاعه منه بخمسمائة حالة... الخ فاخذ به ابو حنيفة رضي الله عنه وترك القياس .^(٢)

وكذلك ذكر في جواهر العقود : من اشترى سلعة جاز له بيعها عند الشافعي برأس مالها وأقل وأكثر من البائع وغيره قبل نقد الثمن وبعده . وقال ابو حنيفة ومالك واحمد لا يجوز بيعها من بائعها بأقل من الثمن الذي ابتاعها به قبل نقد الثمن في البيع الأول .^{(٣) - (٤)}

(١) بدائع الصنائع للكاساني ج ٥ ص : ١٩٩ .

(٢) تخريج الفروع على الأصول ج ١ ص : ١٨٠ - ١٨٢ ، ونظر : اصول الرخسي ج ٢ ص : ١١٠ ، التقرير والتحرير ج ٢ ص : ٤١٤ .

(٣) جواهر العقود ج ١ ص : ٦١ ، وانظر ايتار الانصاف ج ١ ص : ٣٠٠ ، الفرة المنيفة ج ١ ص : ٨٥ .

(٤) عند الشافعية يجوز هذا البيع : يقول الشافعي في الأم : فاذا اشترى رجل من الرجل السلعة فقبضها وكان الثمن إلى أجل فلا بأس أن يتاعها من الذي اشتراها منه ومن غيره بتقدراً أقل أو أكثر مما اشتراها به أو بدين كذلك أو عرض من العروض ساوى العرض ماشاء ان يساوى ، وليست البيعة الثانية من البيعة الأولى بسبيل . انظر : الأم للشافعي ج ٣ ص : ٧٩ ، وانظر : المجموع ج ١٠ ص : ١٤٠ - ١٤٧ ، وقال في أسنى المطالب : (ويكره بيع العينة) بكسر المهملة واسكان التحتية وبالنون شافياً فيها من الا ستظهار على ذى الحاجة (وهو ان يبيعه عينا بثمان يسير تقدراً ويسلمها ثم يشتريها منه بثمان كبير مؤجل سواء قبض الثمن الاول ام لا) (فيصح) ذلك (ولو صار عادة له) غالباً . انظر : أسنى المطالب ج ٢ ص : ٤١ .

ومسألة العينة : وهو ان يبيعه سلعة الى اجل ثم يتاعها منه بأقل من ذلك فهذا مع التواطؤ يطل البيعتين لانهما حيلة وقد روى احمد - مسند الامام احمد ج ٢ ص : ٢٨ ، وابو داود - في سننه ج ٣ ص : ٢٧٤ رقم (٣٤٦٢) ، وانظر : نصب الراية ج ٤ ص : ١٦ ، وقال هذا حديث صحيح ورجاله ثقات - باسنادين جيدين عن ابن عمر (قال : قال رسول الله ﷺ اذا تبايعتم بالعينة واتبعتم أذناب البقر وتركتم الجهاد في سبيل الله ارسل الله عليكم ذلاً لا يرفع عنكم حتى تراجعوا دينكم)

وإن لم يتواطأ فانما يبطلان البيع الثاني سداً للذريعة - انظر : كتب رسائل وفتاوى ابن تيمية في الفقه جـ ٢٩ ص : ٣٠ ، وانظر : الفروع لابن مفلح جـ ٤ ص : ١٦٩ - ١٧٠ ، كشاف القناع جـ ٣ ص : ١٨٦ . فاذا اشترى ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن الاول لم يجز استحسانا . وجاز قياسا . فالحكم في نظائرها من الربويات الجواز وهو القياس لكن عدل به عن نظائرها بطريق الاستحسان فصنعا . وحاصل هذا راجع الى تخصيص الدليل بدليل أقوى منه في نظر المجتهد . انظر : شرح مختصر الروضة للطوفي جـ ٣ ص : ٩٧ ، وانظر : تفسير القرطبي جـ ٢ ص : ٥٩ ، جـ ٣ ص : ٣٦٠ - ٣٦١ ، وحاصل المسألة " أن يبيع شخص سلعة بالف درهم مثلا ثم يشتريها من المبتاع بخمسة درهم قبل أن يأخذ من المبتاع الالف درهم " . قال ابن قدامة : من باع سلعة بثمن مؤجل ثم اشتراها بأقل منه فقد لم يجز في قول أكثر أهل العلم وذلك لما رواه أحمد .. عن العالية بنت ابيغ ابن شرحبيل أنها قالت : " دخلت انا وام ولد زيد بن أرقم وامرأته على عائشة رضي الله عنها فقالت أم زيد بن أرقم : اني بعثت غلاماً من زيد بن أرقم بخمسة درهم الى العطاء ثم اشترت منه بستمائة درهم فقالت خا : بس ما شريت وبس ما اشترت . ابغى زيد بن أرقم انه قد ابطل جهاده مع رسول الله ﷺ الا أن يتوب " - سبق تخريجه ص : ٤٥٠ ، وانظر : نصب الراية جـ ٤ ص : ١٥ - قال ابن قدامة : وانظروا انما لا تقول مثل هذا التغليظ وتقدم عليه الا بتوقيف سمعته من رسول الله ﷺ فحري بحري روايتها عنه ، ولان ذلك ذريعة الى الربا فانه يدخل السلعة ليمتدح بيع الف بخمسة مائة " الى اجل معلوم . انظر : المغني لابن قدامة جـ ٤ ص : ١٢٧ ، وانظر : تفسير ابن كثير جـ ١ ص : ٣٢٢ ، الكافي في فقه ابن حنبل جـ ٢ ص : ٢٥ . اما الشافعي : فقد اجاز ذلك على انما يبعثان قد تمت اركانها فلا مبيع الى ابطالها ويسميه الشافعي (بيع الآجال) . فالقياس قول الشافعي والاستحسان قول الخنابلة وبنوه على حديث عائشة وسدهم للذريعة الربا . قال : في الإنصاف : ومن باع سلعة بنسيئة لم يجز ان يشتريها بأقل مما باعها نقدا الا ان تكون قد تغيرت صفتها هذه مسألة العينة فعلها محرم على الصحيح من المذهب نص عليه وعليه الاصحاب . وعند ابي الخطاب يحرم استحسانا ويجوز قياسا وكذا قال في الترتيب لم يجز استحسانا . انظر : الانصاف جـ ٤ ص : ٣٣٥ ، وانظر : الكافي في فقه ابن حنبل جـ ٢ ص : ٢٧ ، كشاف القناع جـ ٣ ص : ١٨٦ ، الفروع جـ ٤ ص : ١٦٩ - ١٧٠ ، شرح منتهى الإرادات جـ ٢ ص : ٢٥ - ٢٦ .

وعند المالكية للعينة المنهي عنها تفسيرات أشهرها : أن يبيع سلعة الى أجل معلوم ثم يشتريها نقدا بضمن أقل ، وفي نهاية الأجل يدفع المشتري الثمن الاول ، والفرق بين الثمنين هو الربا ، للبائع الاول . ويحول العملية الى قرض عشرة ، كرد خمسة عشر ، والبيع وسيلة صورية الى الربا . وحكمها عند المالكية كالخفية والإمام أحمد انه لا يجوز هذا البيع . قال في التاج والإكليل : ان قال اشترى سلعة كذا بعشرة نقدا وانا اتباعها منك بأثنى عشر الى اجل فلا يجوز . انظر : التاج والإكليل جـ ٦ ص : ٢٩٥ ص : ٣٠٠ ، وقال في مواهب الجليل : هو ان يبيع الرجل الرجل السلعة بضمن معلوم الى اجل ثم يشتريها منه بأقل من ذلك الثمن او يشتريها بمحضته من اجني يبيعها من طالب العينة بضمن أكثر مما اشتراها به الى اجل ثم يبيعها هذا المشتري الأخير من البائع الاول نقدا بأقل مما اشترى . انظر : مواهب الجليل جـ ٤ ص : ٤٠٤ ، التمهيد لابن عبد البر جـ ١٣ ص : ٣٣٤ ، شرح مختصر خليل جـ ٥ ص : ١٠٥ - ١٠٦ ، حاشية الدسوقي جـ ٣ ص : ٨٩ - ٩٠ ، حاشية الصاوي على الشرح الصغير جـ ٣ ص : ١٢٩ - ١٣٠ ، منح الجليل جـ ٥ ص : ٧٩ - ٨٠ .

باع مال يتيم ثم جعله القاضي وصياً فأجاز ذلك البيع صح استحساناً .

لو باع مال يتيم ثم جعله - القاضي - وصياً له فأجاز ذلك البيع صح استحساناً فهذا صريح في أنه انعقد موقوفاً فإنه لو لم ينعقد أصلاً لم يقبل الإجازة بعد ما صار وصياً ، ولعل ما في الحاوي ^(١) قياس والعمل على الاستحسان ^(٢) .

وكذلك ذكر ابن عابدين هذه المسألة حيث قال : باعه أو زوجته - أي اليتيم - بلا إذن ثم أجاز بعد وكالته جاز استحساناً ، باع مال يتيم ثم جعله القاضي وصياً له فأجاز ذلك البيع صح استحساناً ^(٣) .

وورد في درر الحكام شرح مجلة الأحكام : لو باع إنسان مال الصبي فضولاً وبعد أن باعه نصبه الحاكم وصياً علي ذلك الصبي فأجاز ذلك الوصي البيع المذكور فيكون جائزاً ^(٤) ، وقد ذكرت هذه المسألة في بيع الفضولي ^(٥) .

(١) الحاوي الكبير للماوردي ج ٥ ص : ص : ٣٢٨ - ٣٢٩ .

(٢) رد مختار علي الدر المختار ج ٥ ص : ١٠٧ باب البيع فصل الفضولي .

(٣) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص : ١٠٧ .

(٤) درر الحكام شرح مجلة الأحكام ج ١ ص : ٤٠٣ ، المادة (٣٧٨) .

(٥) بيع الفضولي : البيع في اللغة : مبادلة شيء بشيء ، وفي الشرع هو : مبادلة المال المتقوم بالمال المتقوم تمليكاً وتملكاً . انظر : مختار الصحاح للرازي ص : ٢٩ مادة (ب ي ع) القاموس المحيط للفيروز آبادي ص : ٩١٠ - ٩١١ ، الصباح المنير ج ١ ص : ٦٩ ، التعريفات للخرجاني ج ١ ص : ٦٨ ، وانظر : تبين الحقائق ج ٤ ص : ٢ ، العناية شرح الهداية ج ٣ ص : ١٩٢ ، بدائع الصنائع ج ٥ ص : ١٣٤ ، الإنصاف ج ٤ ص : ٢٦٠ ، المغني لابن قدامة ج ٤ ص : ٣ ، مغني المحتاج ، ج ٢ ص : ٣٢٢ ، حاشية البعزمي ج ٣ ص : ٤ ، حاشية الدسوقي ج ٣ ص : ٣٢ ، منح الجليل شرح مختصر خليل ج ٤ ص : ٤٩٩ ، والفضولي لغة : من يشتغل بما لا يعنيه . وأما في الاصطلاح فهو : من لم يكن ولياً ولا أصيلاً ولا وكيلاً في العقد . انظر : التعريفات للخرجاني ج ١ ص : ٢١٥ ، الصباح المنير للفيومي ج ٢ ص : ٤٧٥ ، مختار الصحاح للرازي ص : ٢١٢ مادة (ف ض ل) ، تبين الحقائق ج ٤ ص : ١٠٢ ، حاشية ابن عابدين ج ٤ ص : ١٠٢ . وجاء في العناية : أن الفضول بضم الفاء لا غير ، والقُضْل : الزيادة ، وغلب استعمال الجمع (فضول) بدلاً من

المفرد (فضل) فيما لا خير فيه . وقيل : لمن يستغل بما لا يعنيه فضولي وهو في اصطلاح الفقهاء : من ليس بوكيل : انظر : العناية شرح الهداية جـ ٧ ص : ٥١ ، البحر الرائق جـ ٦ ص : ١٦٠ ، رد اغتار علي الدر المختار جـ ٥ ص : ١٠٦ . وذكر ابن عابدين : إن الفضولي : هو من يتصرف في حق الغير بغير إذن شرعي ، كالأجنبي يزوج أو يبيع ، ولم ترد النسبة إلى الواحد وهو الفضل ، وإن كان هو القياس ، لأنه صار بالغلبة كالعلم لهذا المعنى فصار كالأنصاري والأعرابي . انظر : حاشية ابن عابدين جـ ٥ ص : ١٠٦ ، ولفظ الفضولي عند الفقهاء يتناول كل تصرف بلا ملك ولا ولاية ولا وكالة . انظر : تبين الحقائق جـ ٤ ص : ١٠٢ وفي تصرف الفضولي خلاف بين من يجيزه ، موقوفاً على إجازة المالك ، وهم الحنفية والمالكية ، وقول للشافعية ، ورواية عند الحنابلة ، فإذا أجازته المالك أصبح نافذاً وإلا فلا ، وبين من لا يجيزه وهم الشافعية في القول الجدي ، وهو رواية أخرى عند الحنابلة وإن هذا البيع باطل ويجب رده .

وقد اختلف الفقهاء في حكم العقد الذي يوقعه الفضولي للمالك علي الوجه الآتي : ذهب الحنفية وأحمد في رواية والشافعية في القسم إلى أن تصرفاته معتبرة ، وأن عقودهم في حالتي البيع والشراء منعقدة إلا أنها موقوفة على إجازة صاحب الشأن ، فإن أجازها جازت ونفذت وإلا بطلت ؛ لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة . وذهب المالكية إلى صحة عقد الفضولي موقوفاً على إجازة المالك كذلك ، وقيد بعضهم بما إذا كان المشتري غير عالم بالفضولية .

وأستدل الحنفية والمالكية علي صحة تصرفات الفضولي لعدم قوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود) سورة المائدة آية رقم (١) وقوله تعالى (وأحل الله البيع وحرم الربا) سورة البقرة آية رقم (٢٥٧) وبحديث (عروة البارقي - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ أعطاه ديناراً يشتري له به شاة فاشتري له به شاتين فباع إحداها بدينار فجاء بشاة ودينار فدعا له بالبركة في بيعه وكان لو اشتري التراب لربيع فيه) أخرجه البخاري في صحيحه جـ ٣ ص : ٥٥٢ رقم (٣٦٤٢) سنن البيهقي الكبرى جـ ٦ ص : ١١٢ رقم (١١٣٩٥) ، مصنف ابن أبي شيبة جـ ٧ ص : ٣٠٣ ، من أبي داود جـ ٣ ص : ٢٥٦ رقم (٣٣٨٤) ، وجه الدلالة : أن النبي ﷺ أذن لعروة البارقي رضي الله عنه أن يشتري شاة ولم يأذن له في أن يبيع ما يشتريه ، فيكون بيعاً فضولياً ، ومع ذلك فإن النبي ﷺ لم يطل العقد ، بل أقرد . وأن الفضولي كامل الأهلية ، فأعمال عقده أولى من إهماله ، ورعاً كان في العقد مصلحة للمالك وليس فيه أي ضرر . قال في المبسوط : أن بيع الفضولي يتوقف على إجازة المالك عندنا ويعمل إجازته في الانتهاء كالإذن في الابتداء . انظر : المبسوط جـ ١٣ ص : ١٥٣ ، وانظر : بدائع الصنائع جـ ٥ ص : ١٤٨ . تبين الحقائق جـ ٤ ص : ١٠٣ ، العناية شرح الهداية جـ ٧ ص : ٥١ - ٥٢ ، رد المختار علي الدر المختار جـ ٣ ص : ٩٧ - ٩٨ ، حاشية ابن عابدين جـ ٤ ص : ٥٦٩ .

وقال في شرح مختصر خليل للعرشي : من باع ملك غيره بغير إذنه فإن البيع موقوف على إجازة المالك فإن أجازته جاز ولو علم المشتري أن البائع فضولي وإن رده ردّاً خلافاً لأشهب في أنه لا يصح مع علمه ولو أمضاه المالك . انظر : شرح مختصر خليل للعرشي جـ ٥ ص : ١٨ ، وانظر : حاشية الدسوقي جـ ٤ ص : ٧٦ ، منح الجليل شرح مختصر خليل جـ ٥ ص : ٢٣٣ . وذهب الشافعية في مذهبه الجديد وهو إحدى الروايتين عن أحمد إلى أنه لا تصح تصرفات الفضولي ، فيبيع الفضولي وشراؤه باطل من أساسه ، ولا ينعقد أصلاً فلا تلحقه إجازة صاحب الشأن . قال في أسنى المطالب : فيبيع الفضولي وتصرفاته - أي باقيها - وتصرفات الغاصب - أي كل منهما باطل لعدم ولايتهما علي المعقود عليه . انظر : أسنى المطالب

جـ ٢ : ص : ١٠ ، شرح البهجة جـ ٢ : ص : ٤٠٣ ، تحفة المحتاج جـ ٤ : ص : ٢٤٧ ، وقال إبن رجب : تصرف الفضولي جائز موقوف على الإجارة إذا دعت الحاجة إلى التصرف في مال الغير أو حقه وتعذرا استثنائه أما للجهل بعينه أو لغيته ومشقة انتظاره . انظر : القواعد لابن رجب ص : ٤١٧ ، القاعدة العشرون ، قال في الإنصاف : فإن باع ملك غيره بغير إذنه ، أو اشترى بعين ماله شيئاً بغير إذنه : لم يصح وهو المذهب . وعليه أكثر الأصحاب وجزم به في الوجيز . وغيره وقدمه في الفروع ، والمحرر ، والرعيتين ، والحاويين والتنظيم ، وغيرهم . وعنه يصح ويقف على إجازة المالك . اختاره في الفائق ، انظر : الإنصاف جـ ٤ : ص : ٢٨٣ ، مطالب أولي النهي جـ ٣ : ص : ١٩ وقد استدلل الشافعية والحنابلة على بطلان تصرفات الفضولي بما ورد (عن النبي ﷺ أنه قال لحكيم بن حزام ﷺ : لا تبع ما ليس عندك) أي ما ليس مملوكاً للبائع وذلك للغرر الناشئ عن عدم القدرة على التسليم وقت العقد وما يترتب على ذلك من الرأع ، ولأن الولاية شرط لانعقاد العقد . والحديث أخرجه أبو داود في سننه جـ ٣ : ص : ٢٨٣ رقم (٣٥٠٣) باب في الرجل يبيع ما ليس عنده ، وابن ماجه في سننه جـ ٢ : ص : ٧٣٧ رقم (٢١٨٧) باب النهي عن بيع ما ليس عندك ... ، والترمذي جـ ٣ : ص : ٥٣٤ رقم (١٢٣٢) باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك وقال حديث حسن صحيح .

فساد العقد من جهة هي الشارع عنه .

اختلف قول مالك في شراء التلقي فقال عنه ابن القاسم ينهي ، فإن عاد أدب ولا يترع عنه شيء ... والمشهور عن مالك وأكثر أصحابه أن يعرض علي أهل السوق ، فإن لم يكن سوق فأهل المصر فيشترك فيها من شاء منهم ... قيل لابن القاسم : فيتصدق به ؟ قال : لو فعله احتياطاً فلا بأس به ، ابن رشد : إن ضحى بما اشترى وفي التلقي فروى عيسى : عليه البدل في أيام النحر ولا يبيع لحم الأولي وهذا عندي علي الاستحسان ليس علي الوجوب لأنه إنما ضحى بما قد دخل في ضمانه بالإبتياح علي القول بأن بيع التلقي لا يفسخ ، وعلي القول بأنه يفسخ لأنه بالذبح يعضي بالثمن أو تلزمه فيه القيمة يوم القبض وإنما ضحى بما قد ملكه قبل الذبح ملكاً صحيحاً أو بشبهة ارتفعت بالذبح ^(١) .

وقال الحرشي : لا يفسخ البيع الناشئ عن التلقي إن المواز واختلف قول مالك في شراء المتلقي فروى عنه ابن القاسم ، فإن عاد أدب ولا يترع منه شيء المازري وهذا هو المشهور عياضاً عن مالك وأكثر أصحابه عَرْضُهَا علي أهل السوق ، فإن لم يكن سوق فأهل المصر فيشترك فيها من شاء منهم (تنبيه) : لم يذكر المؤلف في هذه أنه يؤدب وقد مر أنه ينهي ، فإن عاد أدب وهو يقتضي أنه لا أدب عليه في فعله ذلك ابتداءً ولو فعله عالماً بتحريمه وهو يخالف ما يأتي للمؤلف من قوله وعزّر الإمام لمعصية الله ، أو لحق آدمي ^(٢) .

(١) التاج والإكليل لمختصر خليل ج ٦ ص : ٢٥٢ كتاب البيع باب في فساد العقد من جهة هي الشارع عنه .

(٢) شرح مختصر خليل ج ٥ ص : ٨٤ ، منع الجليل شرح مختصر خليل ج ٥ ص : ٦٣ - ٦٤ .

وذكر الباجي : فإن وقع التلقي من إنسان فلمالك في ذلك قولان ... روى عنه ابن القاسم أنه يُنهي فإن عاد أدب ، ولا يترع منه شيء ، وهو اختيار أشهب ، وروى عنه ابن وهب يترع منه ما ابتاع فتباع لأهل السوق ، واختار ابن المواز أن يرد شراؤه ، وترد علي بائعها ... وجه رواية ابن القاسم أن البيع عقد لازم ، ولم يتعلق به وجه فساد يمنع صحته فإنما يتعلق بالتلقي الحرج لمن فعله ، وذلك لا يوجب أخذ ما اشتراه ، وانتزاعه منه . ووجه رواية ابن وهب أن لأهل الأسواق حظاً فيما اشتروه كما لو حضروا مساومته ، ووجه قول ابن المواز ما احتج به من أن النبي ﷺ نهي عنه ، وما نهي عنه فهو مردود ، وهذا قد قال به قوم من أصحابنا أن النهي يقتضي فساد المنهي عنه ^(١) وقد ذكر الدسوقي : أن هذا البيع لا يفسخ إن وقع بل هو صحيح يدخل في ضمان المشتري بالعقد ^(٢) .

والتلقي هو الخروج من البلد التي يجلب إليها القوة ونحوه ، والجلب بفتح الحاء بمعنى الجالب أو بمعنى المجلوب ، فهو فعل بمعنى مفعول ، وهو ما تجلبه من بلد إلى بلد وهذا هو المراد بتلقي السلع في تعبير المالكية ، كما أن الركبان في تعبير الشافعية والخنايلة جمع راكب ، والتعبير به جرى على الغالب ، والمراد القادم ولو واحداً أو ماشياً . حكم التلقي التكليفي ^(٣) .

(١) المنتقى شرح الموطأ ج ٥ ص : ١٠٢ ، وانظر : مواهب الجليل ج ٤ ص : ٣٧٩ .

(٢) حاشية الدسوقي ج ٣ ص : ٧٠ ، وانظر : حاشية الصاوي ج ٣ ص : ١٠٩ .

(٣) ذهب جمهور الفقهاء إلى أن بيع التلقي محرم ، ثبت النهي عنه في قوله ﷺ : " لا تلقوا الجلب ، فمن تلقاه واشترى منه فإذا أتى السوق فهو بالخيار " - رواه مسلم - في صحيحة ج ٣ ص : ١١٥٧ باب تحريم تلقي الجلب ، من كتاب البيوع ، والخفية ذهبوا إلى كراهة التلقي ، وذلك للضرر أو للغرر ، أو كما قال الكاساني : لأن البيع مشروع في ذاته ، والنهي في غيره وهو الإضرار بالعام على التفسير الأول وتغريب أصحاب السلع على التفسير الثاني ، فإذا لم يكن هناك ضرر أو غرر فلا بأس لا يكره ، كما صرح بذلك المرغيناني والكاساني ، والزيلعي وغيرهم لاتعدام الضرر ، يقول الزيلعي : هذا إذا كان يضر بأهل البلد بأن كانوا في قحط وإن كان لا يضرهم فلا بأس به إلا إذا لبس الضرر على الواردين ، انظر : تبين الحقائق ج ٤ ص : ٦٨ .

وانظر : مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر جـ ٢ ص : ٦٩ - ٧٠ ، العناية شرح الهداية جـ ٦ ص : ٤٧٧ ، الجوهرة النيرة جـ ١ ص : ٢٠٦ ، فتح القدير جـ ٦ ص : ٤٧٧ ، درر المحكمات شرح غرر الأحكام جـ ٢ ص : ١٧٧ ، البحر الرائق جـ ٦ ص : ١٠٨ ، بدائع الصنائع جـ ٥ ص : ٢٣٢ .

وقول ابن قدامة في المعنى : وحكى عن أبي حنيفة أنه لم ير بذلك بأساً . وسنة رسول الله ﷺ أحق أن تتبع . ليس عني إطلاقه ؟ وفسخ المكروه من البياعات واجب على كل واحد منهما ، لرفع الإثم . وهي عند الإطلاق عندهم للتحريم كما هنا ، وكما في كل بيع مكروه ، وقد كرهه أكثر أهل العلم منهم عمر بن عبد العزيز ، ومالك ، والليث والأوزاعي والشافعي وحكى عن أبي حنيفة أنه لم ير بذلك بأساً . وسنة رسول الله ﷺ أحق أن تتبع . فإن عالف . وتلقى الركبان واشترى منهم فبيع صحيح في قول الجميع . وقاله ابن عبد البر ، وحكى عن أحمد رواية أخرى ، أن البيع فاسد لظاهر النهي . والأول أصح . وعلل الصحة : بإثبات الخيار في حديث أبي هريرة للسابق ، والخيار لا يكون إلا في عقد صحيح ، ولأن النهي لا معنى في بيع ، بل يعود إلى ضرب من الخديعة ، يمكن استدراكها بإثبات الخيار ، فأشبه بيع المصرة ، وفارق بيع الحاضر لليادي ، فإنه لا يمكن استدراكه بالخيار ، إذ ليس الضرر عليه ، إنما هو على المسلمين - انظر : المعنى لابن قدامة جـ ٦ ص : ٣١٣ ، (بتصرف ، طبعت مصر) وانظر : الفروع جـ ٤ ص : ٩٥ ، قال في الإنصاف : إذا تلقى الركبان واشترى منهم ، وباع ضم : البيع صحيح . وهو المنع ، وعليه جماهير الأصحاب ونص عليه . وعنه أنه باطل . اختاره أبو بكر . انظر " الإنصاف جـ ٤ ص : ٣٩٤ ، وانظر : كشف القناع جـ ٣ ص : ٢١١ - ٢١٢ مطالب أولي النهي جـ ٣ ص : ٥٦ - ٥٧ .

وقال الشافعي في الأم وقال النبي ﷺ (لا تتلقوا الركبان للبيع) . قال الشافعي : وسمعت في الحديث (فمن تلقاها فصاحب السلعة بالخيار بعد أن يقدم السوق) قال : وهذا تأخذ إن كان ثابتاً وهذا دليل أن البيع جائز غير أن لصاحبها الخيار بعد قدوم السوق ، لأن شراؤها من البلوي قبل أن يصير إلى موضع المتساومين من الغرر بوجه النقص من الثمن فله الخيار ، انظر : الأم للشافعي جـ ٨ ص : ١٨٧ ، وانظر أسنى المطالب جـ ٢ ص : ٣٨ - ٣٩ ، وقال في حاشيتي قليوبي وعميرة : والمعنى في النهي غبنهم ، وهو نهي تحريم فإثم مرتكبه العام به ويصح شراؤه ولو لم يقصد التلقي ، بل خرج لاصطياد أو غيره فزأهم فأشترى منهم فالأصح عصيانه لشمول المعنى . انظر : حاشيتي قليوبي وعميرة جـ ٢ ص : ٢٢٧ - ٢٢٨ ، وانظر : تحفة المحتاج جـ ٤ ص : ٣١١ - ٣١٤ ، معنى المحتاج جـ ٢ ص : ٣٨٩ - ٣٩٠ ، نهاية المحتاج جـ ٣ ص : ٤٦٦ - ٤٦٧ حاشية الجمل جـ ٣ ص : ٨٨ - ٨٩ ، حاشية البيهقي على المنهاج جـ ٢ ص : ٢٢٠ - ٢٢٣ .

شراء الفضة بالفضة مجازفة لا يعرف وزنها أو وزن أحدهما .

ولا يجوز شراء الفضة بالفضة مجازفة لا يعرف وزنها أو وزن أحدهما لقوله ﷺ (الفضة بالفضة مثل بمثل) والمراد بالمماثلة في الوزن ؛ فإما أن يكون المراد أن تكون مثلاً بمثل عند الله ، أو عند المتعاقدين ، ونحن نعلم أن الأول ليس بمراد فالأحكام لا تبني على ما لا طريق لنا إلى معرفته عرفاً أن المراد العلم بالمماثلة عند المتعاقدين ، فصار هذا شرط جواز العقد ، وما هو شرط جواز العقد إذا لم يقترن بالعقد يفسد العقد فإن وزنا بعد العقد وكانا متساويين فإن كانا بعد في مجلس العقد فجواز العقد استحساناً ؛ لأن مجلس العقد جعل كحالة العقد ، ألا ترى أن انعدام الدئية في البديلين شرط جواز العقد ، ثم إذا انعدم ذلك بالتقايض في المجلس جعل كالمقترن بالعقد فكذلك العلم بالمماثلة ، وإن وزنا بعد الإفتراق عن المجلس جعل كالمقترن بالعقد فكذلك العلم بالمماثلة ، فالعقد فاسد عندنا . وقال زفر إن كانا متساويين فالعقد جائز ، لأنه قد تبين أن شرط الجواز - وهو المماثلة - كان موجوداً عند العقد فإنه لا تأثير للوزن في إحداث المماثلة ، وإنما يظهر به مماثلة كانت موجودة وعلم المتعاقدين بوجود شرط جواز العقد ليس بشرط لصحة العقد ، كما لو تزوج امرأة بمحض من الشاهدين ، ولا يعلم بهما المتعاقدين ، ولكننا نقول : قد بينا أن العلم بالمماثلة شرط جواز العقد كالإيجاب والقبول شرط انعقاد العقد ، فكما يفصل هناك بين المجلس وما بعده فكذلك يفصل هنا ، ثم الفصل موهوم ، والموهوم فيما بيني على الاحتياط كالتحقق ، وتأثير الفضل في إفساد العقد كتأثير عدم القبض وأقوى ، فكما أن ترك القبض حتى افترقا مفسد لهذا العقد فكذلك توهم الفضل بترك الوزن حتى افترقا يكون مفسداً .^(١)

وقال في بدائع الصنائع : إذا تبايعا حنطة بحنطة مجازفة فإن لم يعلما كيلهما ، أو علم أحدهما دون الآخر ، أو علما كيل أحدهما دون الآخر لا يجوز لما قلنا ، وإن علم استواؤهما في الكيل ، فإن علم في المجلس جاز البيع ؛ لأن المجلس وإن طال فله حكم حالة العقد فكأنه عند العقد ، وإن علم بعد الإفتراق لم يجوز وقال زفر : يجوز ، علم قبل الإفتراق أو بعده . (وجه) قوله أن الحاجة إلى الكيل عند العقد لتحقيق المساواة المشروطة ، وقد تبين أنها كانت ثابتة عنده . (ولنا) إن علم

(١) المبوط ج ١٤ ص ١٢ - ١٣ .

المتعاقدين بالمساواة عند العقد شرط الصحة ، ولم يوجد والدليل على أن العلم عند العقد شرط الصحة - أن الشرع ألزم رعاية المماثلة عند البيع بقوله عليه الصلاة والسلام : (الخنطة بالخنطة مثلاً بمثل) ، أي : يبعوا الخنطة بالخنطة مثلاً بمثل ، أمر المتعاقدين بالبيع بصفة المماثلة ، فلا بد وأن تكون المماثلة معلومة لهما عند البيع لتمكّنهما من رعاية هذا الشرط .^(١)

وقال في الجوهرة النيرة : ولو تبايعا صبرة طعام بصبرة طعام بمجازفة ، ثم كيلنا بعد ذلك فكاتنا متساويتين لم يجز العقد .

وقال زفر : يجوز ؛ لأنه قد وجدت المماثلة ولنا أن المعتبر لجواز العقد العلم بالمساواة عند العقد فإذا لم يعلم ذلك كان التساوي معدوماً ، أو موهوماً فيما بني أمره على الاحتياط فلا يجوز .^(٢)

(١) بدائع الصنائع ج ٥ ص : ١٩٣ .

(٢) الجوهرة النيرة ج ١ ص : ٢١٢ - ٢١٣ .

العرايا :

العرايا : جمع عرية : قال الجوهري العرية النخلة يعريها صاحبها رجلاً محتاجاً فيجعل ثمرتها طعاماً فيعروها أى يأتيها فهي فعلية بمعنى مفعولة ، وانما ادخلت فيها الهاء لأنها أفردت فصارت في عداد الاسماء كالنطيحة والأكيلة .

وقال ابو عبيد : هي اسم لكل ما افرد عن جملة سواء كان للهيبة او البيع او الأكل ، وقيل سميت به لأنها معروية من البيع المحرم أي مخرجة منه بيع الرطب في رؤوس النخل لان الرخصة وردت في بيعه على أصوله للأخذ شيئاً فشيئاً لحاجة التفكه .^(١)

من أنواع الإستحسان التي ذكرها الحنفية الإستحسان بالسنة ، أي ورود السنة بخلاف القياس كما في مسألة السلم . وقد ذكر الشافعي ما يشبه هذا في مسألة العرايا فقال: " قلت غي رسول الله ﷺ عن بيع التمر بالتمر الا مثلاً بمثل . وسئل عن الرطب بالتمر فقال : أينقص الرطب اذا ييس ؟ فقيل: نعم، فنهي عنه، ونهى عن المزابنة وهي كل ما عرف كيله مما فيه الربا من الجنس الواحد بجزاف لا يعرف كيله منه . وهذا كله مجتمع المعاني ، ورخص أن تباع العرايا بخرصها عمراً يأكلها أهلها رطباً . فرخصنا في العرايا بإرخاصه وهي بيع الرطب بالتمر ، وداخلة في المزابنة فثبتنا التحريم عمراً عاماً في كل شيء من صنف واحد مأكول بعضه جزاف وبعضه بكيل للمزابنة وأحللنا العرايا خاصة بإحلاله من الجملة التي حرم. ولم نبطل أحد الخبرين بالآخر ولم نجعله قياساً عليه.

(١) انظر : كشف القناع جـ ٣ ص : ٢٥٨ ، الكافي في فقه ابن حنبل جـ ٢ ص : ٦٤ ، المغني لابن قدامة جـ ٤ ص : ٦١ ، الأم للشافعي جـ ٣ ص : ٥٦ ، حواشي الشرواني جـ ٤ ص : ٤٧٣ ، روضة الطالبين جـ ٣ ص : ٥٦٢ ، مغني المحتاج جـ ٢ ص : ٩٣ ، منهاج الطالبين جـ ١ ص : ٥٢ ، الهداية شرح البداية جـ ٣ ص : ٤٤ ، البحر الرائق جـ ٦ ص : ٨٢ ، المبوط للرنخي جـ ١٢ ص : ١٩٢ ، شرح فتح القدير جـ ٦ ص : ٤١٦ ، حاشية الدسوقي جـ ٣ ص : ١٨١ ، التاج والإكليل جـ ٤ ص : ٥٠٣ ، التمهيد لابن عبد البر جـ ٢ ص : ٣٢٩ ، المدونة الكبرى جـ ٣ ص : ٢٨٤ ، وانظر : مختار الصحاح ص : ٣٨٧ ، المصباح المنير جـ ٢ ص : ٤٠٦ ، المغرب ص : ٣١٣ .

قال فما وجه هذا : قلت : يحتمل وجهين .. أولاهما به عندي - والله أعلم - ان يكون ما نهي عنه جملة أراد به سوى العرايا . ويحتمل أن يكون أرخص فيها بعد وجوبها في جملة النهي وأيهما كان فعلينا طاعته بإحلال ما أحل وتحريم ما حرم . ^(١) فالشافعي : وان لم يسم ذلك استحسانا واكتفى بوروده كحديث من أحاديث الرسول ﷺ إلا انه التقى مع اتجاه التفكير عند الحنفية وأن مثل هذه الأشياء خارجة عن القاعدة العامة ولذلك قال " فاثبتنا التحريم محرماً عاماً في كل شيء من صنف واحد مأكول بعضه جزاف وبعضه بكيل للمزابنة . واحللنا العرايا خاصة بإحلاله من الجملة التي حرم " . ^(٢)

وقد قال باباحة بيع العرايا في الجملة أكثر أهل العلم منهم مالك ، وأهل المدينة ، والأوزاعي والشافعي ، وابن المنذر . ^(٣) وكذلك الحنابلة وعندهم لا تجوز في زيادة على خمسة أوسق ^(٤) بغير خلاف وتجوز فيما دون خمسة أوسق . بغير خلاف بين القائلين بجوازها . قال ابن قدامة في المغني ^(٥) فأما في خمسة أوسق ، فلا يجوز عند إمامنا رحمه الله . وبه قال ابن المنذر ، والشافعي في أحد قوليهِ . وقال مالك ، والشافعي في قولٍ يجوز . وقد استدلل القائلون باباحة بيعها بأحاديث تدل

(١) الرسالة للإمام الشافعي ص : ٥٤٧ - ٥٤٨ .

(٢) الرسالة للإمام الشافعي ص : ٥٤٨ .

(٣) وقال ابو حنيفة : لا يعل بيعها .

(٤) أي حوالي قنطارين ونصف أي (٦٥٣) كيلو غرام .

(٥) المغني لابن قدامة ج ٤ ص : ٥٨ .

والقياس لا يصار اليه مع النص مع أن الحديث أنه أ رخص في العرايا . والرخصة استباحة
 مغلطور، مع وجود السبب الحاضر فلو منع وجود السبب من الإمتباحة ، لم يبق لنا رخصة بحال. (١)
 فالقاعدة : ان الربا محرم ولكن استثيت العرية من ذلك لحاجة الناس الى هذا الضرب من
 التعامل في حياتهم ، لان الرجل قد يكون عنده عمر ولا نخل له ولا يجد المال الكافي الذي يشتري
 به، فأباح له مبادلة الرطب بالتمر بطريق التخمين ليطعم أهله الرطب لحاجتهم . قال الشافعي في
 الأم: ونهى رسول الله ﷺ عن ان اتباع العرايا الا في خمسة أوسق او دونها ، دلالة على ما وصفت
 من أنه إنما رخص فيها لمن لا نخل له وذلك أنه لو كان كالبيع غيره كان بيع خمسة ودونها
 واكثر منها سواء ، ولكنه أرخص له فيه بما يكون مأكولاً على التوسع له ولعياله ومنع ما هو
 أكثر منه ولو كان صاحب الحائط المرخص له خاصة لأذى الداخل عليه الذي اعراه وكان إنما
 أرخص له لتحية الأذى كان أذى الداخل عليه في أكثر من خمسة أوسق مثل أو أكثر من أذاه
 فيما دون خمسة أوسق فاذا حظر عليه أن يشتري إلا خمسة أوسق لزمه الأذى اذا كان قد أعزى أكثر
 من خمسة أوسق . (قال) : فمعنى السنة و الذي احفظ عن أكثر من لقيت ممن أحاز بيع العرايا إنما
 جائزة لمن ابتاعها ممن لا نخل له في موضعها مثلها بخرصها تمرأ وأنه لا يجوز البيع فيها حتى يقبض النخلة
 بثمرها ويقبض صاحب النخلة التمر بكيله . (٢)

وقال : في أسنى المطالب : (يصح بيع العرايا في الرطب والعنب على الشجر خرساً) ولو بخرص
 أحد العاقلين قاله السبكي (بقدره من اليابس في الأرض كيلاً) هذا مستثنى من بيع المزبنة المنهي عنه
 في خبر الصحيحين وفسر بيع الرطب على الشجر بالتمر . (٣)

وعند الخبابة : قال : في الانصاف : قوله (ولا بيع المزبنة . وهي بيع الرطب في رؤوس النخل بالتمر
 الا في العرايا . وهو بيع الرطب في رؤوس النخل خرساً بمثله من التمر كيلاً فيما دون خمسة أوسق لمن به
 حاجة الى أكل الرطب ولا لمن معه) . العرايا التي يجوز بيعها : هي بيع الرطب في رؤوس النخل سواء كان
 موهوباً او غير موهوب على الصحيح من المذهب واختاره القاضي وجمهور الأصحاب. (٤) وقال في
 كشف القناع : قوله في الحديث (رخص في العرايا أن تباع بخرصها كيلاً)

(١) انظر : المغني لابن قدامة ج ٤ ص : ٥٨ .

(٢) انظر : الأم للشافعي ج ٣ ص : ٥٤ - ٥٥ .

(٣) أسنى المطالب ج ٢ ص : ١٠٧ ، وانظر : تحفة المحتاج ج ٤ ص : ٤٧١ - ٤٧٢ ، مغني المحتاج ج ٢ ص : ٥٠٥ - ٥٠٦ ، نهاية

المحتاج ج ٤ ص : ١٥٧ - ١٥٨ ، حاشية الخميني ج ٣ ص : ٢٠٨ - ٢٠٩ ، حاشية البحريني عن المنهج ج ٢ ص : ٣١٠ - ٣١١ .

(٤) الانصاف ج ٥ ص : ٢٩ - ٣٠ .

ولأن الأصل اعتبار الكيل من الجانبين سقط في أحدهما وأقيم الخرص مقامه للحاجة فيبقى الآخر على مقتضى الأصل (فيما دون خمسة أوسق) لقول أبي هريرة (أن النبي ﷺ رخص في العرايا أن تباع بخرصها فيما دون خمسة أوسق أو خمسة أوسق) متفق عليه ... إلا أن قال : (فيصح) بيع العرايا بهذه الشروط (ولو كان ثمر النخل) أي الرطب الذي على رؤوس النخل (غير موهوب لبائعه) أي لا يشترط في العرية أن تكون موهوبة لبائعها خلافاً للخرقي وصاحب التلخيص . (١)

وعند المالكية : قال في المدونة : قال مالك : العرايا في النخل وفي جميع الثمار كلها مما ييس ويدنجر مثل العنب والتين والجوز واللوز وما أشبهه مما ييس ويدنجر يهب ثمرها صاحبها للرجل ثم يبدو لصاحبها الذي أعراها أن يتاعها من الذي أعريها والثمر في رؤوس النخل بعد ما طابت ألحها تحمل لصاحبها الذي أعراها أن يشتريها بالدنانير والدرهم إن كانت أكثر من خمسة أوسق ويشترها بالطعام الذي هو من غير صنفها إذا جدّها مكانه أو بالعروض نقداً إلى أجل ويتاعها بخرصها بصنفها إلى جدادها إذا كانت خمسة أوسق فأدنى وإن كانت أكثر من خمسة أوسق لم يصلح بيعها بتمر إلى الجداد ولا يصلح بتمر نقداً ولا ينبغي له أن يتاعها بشيء من الطعام مخالفاً لها إلى أجل ولا بأس أن يتاعها في قول مالك بطعام مخالف لها إذا جد الثمر مكانه صاحبها الذي يتاعها ويدفع إليه الطعام المخالف للثمرة مكانه قبل أن يفترقا ... إلا أن قال : وبيع العرايا إلى الجداد إنما ذلك مرفق من صاحب الخائط على صاحب العرية يكفيه عريته ويضمن له خرصها حتى يعطيها إياه عمراً ولو لا ذلك ضاعت عريته أو يتأجر عليها فتذهب الإجارة ببعضها . (٢)

(١) كشف القناع جـ ٣ ص : ٢٥٩ ، وانظر : مطالب أولى النهى جـ ٣ ص : ١٦٤ ، شرح منتهى الإرادات جـ ٢

ص : ٦٨ - ٦٩ ، الفروع جـ ٤ ص : ١٥٨ .

(٢) المدونة الكبرى جـ ٣ ص : ٢٨٤ .

وقال : في المنتقى شرح الموطأ : ومن صارت اليه العرية ببيع أو هبة أو ميراث فحكمه في جواز بيعها بخرصها تمراً ممن له ثمرة الحائط حكم المعري ... الا أن قال : وقال الشافعي : يجوز أن تباع الثمرة على رؤوس النخل بخرصها تمراً فيما دون خمسة أوسق من جميع الناس ويجوز بيعها لجميع الناس والدليل على ما نقوله ما روى عن سهل بن حثمة (أن رسول الله ﷺ نهي عن بيع النمر بالتمر ورخص في العرية أن تباع بخرصها فيأكلها أهلها ربياً) . (١) - (٢)

(١) انظر : المنتقى شرح الموطأ ج ٤ ص : ٢٢٩ ، وأنظر : التاج والإكليل ج ٦ ص : ٤٥٥ - ٤٥٦ ، مواهب الجليل ج ٤ ص : ٥٠٤ ، شرح مختصر خليل ج ٥ ص : ١٨٧ - ١٨٨ ، الفواكه الدواني ج ٢ ص : ١٣٠ - ١٣١ حاشية العلوي ج ٢ ص : ٢٢٠ - ٢٢٢ ، حاشية الدسوقي ج ٣ ص : ١٨٠ - ١٨١ ، منع الجليل ج ٥ ص : ٢٩٧ .

(٢) وعند ابو حنيفة : لا يخل بيعها ، لان النبي صلى الله عليه وسلم نهي عن بيع المزابنة ، والمزابنة ، بيع الثمر بالتمر . متفق عليه . و لأنه يبيع الرطب بالتمر من غير كل في أحدهما فلم يجز ، كما لو كان على وجه الأرض ، أو فيما زاد على خمسة أوسق . قال في العناية : قال (وبيع المزابنة ، وهو بيع الثمر على النخل بتمر مجذوذ مثل كيله خرساً) لانه عليه الصلاة والسلام نهي عن المزابنة " ... ولأنه باع مكياً بمكيل من جنسه فلا يجوز بطريق الخرص كما اذا كانا مريضين على الأرض .. ثم قال . قلنا : العرية : العطية لغة ، وتأويله ان يبيع المعري له ما على النخل من المعري بتمر مجذوذ ، وهو بيع مجازاً لأنه لم يملكه فيكون تمراً مبتدأ . انظر : العناية شرح الهداية ج ٦ ص : ٤١٥ - ٤١٦ ، وأنظر : شرح فتح القدير ج ٦ ص : ٤١٥ - ٤١٦ ، وقال في البحر الرائق : العرية النخلة التي يعريها الرجل محتاجاً أي يجعل له ثمرها فرخص للمعري أن يتاع ثمرها من المعري بتمر لموضع حاجته سميت عرية لأنه اذا وهب ثمرها فكأنه جردها من الثمرة وعراها منها ثم اشتق منها الإعراء . انظر : البحر الرائق ج ٦ ص : ٨٢ - ٨٣ ، وقال في تبين الحقائق : ومعنى العرايا فيما رواه العطاءيا وتفسيره أن يهب الرجل ثمرة نخلة من بستانه ثم يشق على المعري دخول المعري له في بستانه كل ساعة ولا يرضى أن يخلف الوعد فيرجع فيه فيعطيه قدره تمراً مجذوذاً بالخرص بدله وهو جائز عندنا . انظر : تبين الحقائق ج ٤ ص : ٤٨ . قال : في بدائع الصنائع : لانه لا يبيع هناك ، بل الثمر كله لصاحب النخل ، فان شاء سلم له ثمر النخل وان شاء اعطاه بمكيلها من الثمر ، إلا أنه سماه الراوي بيعاً لتصوره بصور البيع ، لا ان يكون بيعاً حقيقة ، بل هو عطية ، الا ترى انه لم يملكه المعري له لانعدام القبض ؟ فكيف يجعل بيعاً ؟ ولا نه لو جعل بيعاً لكان بيع الثمر بالتمر الى أجل وأنه لا يجوز بلا خلاف ، دل أن العرية المرخص فيها ليست بيع حقيقة ، انظر : بدائع الصنائع ج ٥ ص : ١٩٤ ، وأنظر : المبسوط ج ١٢ ص : ١٩٢ - ١٩٣ .

استبدال رأس مال السلم والمسلم فيه في مجلس العقد .

وصورة المسألة أن يأخذ برأس مال السلم شيئاً من غير جنسه .

فعند الحنفية : لا يجوز الاستبدال برأس مال السلم قبل القبض ، أما الثمن فيجوز استبداله إذا كان ديناً ؛ لأن قبض رأس المال شرط في السلم ، وبلاستبدال لا يحصل القبض حقيقة ، لأن المسلم إليه يقبض بدل رأس المال حيث ، وبذل الشيء غيره .

و أما الثمن في البيع فلا يشترط قبضه ، والبديل يقوم مقامه معنى . وكذلك استبدال السلم فيه : فلا يجوز أيضاً قبل القبض كاستبدال المبيع المعين ، لأن المسلم فيه مبيع منقول ، وإن كان ديناً ، ويبيع المبيع المنقول قبل القبض لا يجوز .^(١) وإذا انفسخ عقد السلم أو تقايل العاقدان السلم : فلا يجوز الاستبدال برأس مال السلم الموجود مع المسلم إليه ، أي أنه لا يجوز لرأس السلم أن يشتري من المسلم إليه شيئاً برأس المال حتى يقبضه كله ، وهذا قول علماء الحنفية اتخذوا بالاستحسان .

لقوله عليه السلام : " لا تأخذ إلا سلفك ، أو رأس مالك " أي عند الفسخ ، ولأن الإقالة بيع جديد في حق شخص ثالث غير العاقدين ، والثالث هنا هو الشرع . ويعتبر رأس المال : هو المبيع وإذا ثبت تشابه رأس المال والمبيع ، فالمبيع لا يجوز التصرف فيه قبل القبض ، فكذلك ما أشبهه .

(١) بدائع الصنائع ج ٥ ص ٢٠٣ ، ص ٢١٤ .

والقياس ان يجوز الاستبدال برأس المال بعد الإقالة او بعد انقضاء السلم سواء أكان رأس المال عينا او ديناً أي من النقود ، وهو قول زفر لان رأس المال بعد الإقالة صار ديناً في ذمة المسلم إليه ، فكما جاز الاستبدال بسائر الديون جاز بهذا الدين ، ويرد عليه بالحديث والمعقول السابقين .^(١)

وقال السرخسي : و إذا اسلم الرجل الى الرجل دراهم في طعام ثم صالحه على رأس ماله ثم اراد ان يشتري برأس ماله شيئاً قبل قبضه في القياس له ذلك وهو قول زفر لان عقد السلم ارتفع بالقسخ بقاء رأس المال في ذمته بحكم القبض لا بحكم العقد وهو دين لا يستحق قبضه في المجلس فيجوز الاستبدال به كسائر الديون الا ترى ان السلم لو كان فاسداً كان له ان يستبدل برأس المال قبل الاسترداد لهذا المعنى واستحسن علماؤنا فقالوا لا يجوز ذلك للحديث ابى سعيد الخدري رضى الله عنه عن رسول الله ﷺ قال : (إذا أسلمت في شيء فلا تصرفه في غيره) .^(٢) فلو جوزنا هذا كان صارفاً حقه من طعام السلم الى شيء آخر بهذا الطريق وفي الحديث المعروف (لا تأخذ الا سلمك او رأس مالك) وبهذا الطريق تأخذ شيئاً آخر غير رأس المال وغير المسلم فيه وذلك غير جائز .^{(٣) . (٤)}

- (١) فتح القدير ج ٧ ص : ١٠١ - ١٠٣ ، رد المختار على الدر المختار ج ٥ ص : ٢١٩ - ٢٢٠ .
- (٢) أخرجه أبو داود وابن ماجه . معناه عن عطية العوفي عن ابى سعيد الخدري قال قال رسول الله ﷺ (من اسلم في شيء فلا يصرفه الى غيره) وهذا يقتضى ان لا يأخذ الا هو ورواه الترمذي وحسنه وقال لا اعرفه مرفوعاً الا من هذا الوجه . نص الحديث كما رواه الدارقطني عن ابن عمر هو " من اسلف في شيء فلا يأخذ الا ما اسلف او رأس ماله " قال إبراهيم بن سعيد الجوهري : " فلا يأخذ الا ما اسلم فيه او رأس ماله " انظر : سنن الدارقطني ج ٣ ص : ٤٥ ، رقم (١٨٧) كتاب البيوع ، وابو داود في سننه ج ٣ ص : ٢٧٦ ، رقم (٣٤٦٨) كتاب البيوع باب السلف لا يحول ، من ابن ماجه ج ٢ ص : ٧٦٦ ، رقم الحديث (٦٠) باب من اسلف في شيء فلا يصرفه الى غيره . من كتاب التجارة ، وانظر : نصب الرأية ج ٤ ص : ٥١ ، تلخيص الحبير ج ٣ ص : ٢٥ .
- (٣) المبسوط للسرخسي ج ١٢ ص : ١٤٩ ، وانظر : تبين الحقائق ج ٤ ص : ١١٨ - ١١٩ ، نصب الرأية في تخريج أحاديث الهداية ج ٤ ص : ٥٣٩ - ٥٤٠ ، العنايه شرح الهداية ج ٧ ص : ١٠١ - ١٠٣ ، البحرة النيرة ج ١ ص : ١١٩ ، البحر الرائق ج ٦ ص : ١٨٠ - ١٨١ ، مجمع الأنهر ج ٢ ص : ١٠٣ ، تنقيح الفتاوى الحامدية ج ١ ص : ٢٧٦ .

(٤) عند الامام مالك لا يجوز ذلك إذا كان النسيب فيه طعاماً انتهى الرسول ﷺ عن بيع الطعام قبل أن يستوفى . قال في المنتقى شرح الموطأ : ومن ابتاع مطعوماً معيناً على نوزن أو الكيل فأراد أن يأخذ مكانه قبل قبضه من غير جنسه .. أن ذلك غير جائز ووجه ذلك أنه باع ما عقد عليه من الطعام أولاً بما أخذه قبل أن يستوفى . انظر : المنتقى شرح الموطأ ج ٤ ص : ٣٠٢ ، بداية المجتهد ج ٢ ص : ١٥٥ ، حاشية الصاوي على الشرح الصغير ج ٣ ص : ٢٨٥ ، منح الجليل ج ٥ ص : ٢٥٣ .

وأجاز الشافعي وفي قول عن أحمد هذا البيع ، لأن صاحب المال قد ملك رأس ماله بالإقالة وصار ديناً في ذمة المسلم إليه الذي برئ من تسليم المسلم فيه فيجوز له أن يشتري به ما أحب من أحب . انظر : الأم للشافعي ج ٣ ص : ١٣٤ - ١٣٥ ، الغرر البهية في شرح البيهقي للأنصاري ج ٣ ص : ١٧ - ١٨ ، أسنى المطالب ج ٢ ص : ٨٤ - ٨٥ ، وقال في تحفة المحتاج : (ولا يصح بيع) المثلن الذي في الذمة نحو (المسلم فيه ولا الاعتياض عنه) قبل قبضه بغير نوعه لعدم النهي عن بيع ما لم يقبض ولعدم استقراره فإنه معرض بانقطاعه للانفساخ ، أو الفسخ ، والحيلة في ذلك أن يتفاسخا عقد السلم ليصور رأس المال ديناً في ذمته ثم يستبدل عنه بشرطه الآتي (والجديد جواز الاستبدال) في غير ربوي بيع مثله من جنسه لتفويت ما شرط فيه من قبض ما وقع العقد به ولهذا امتنع الإبراء منه . انظر : تحفة المحتاج ج ٤ ص : ٤٠٥ - ٤٠٦ معنى المحتاج ج ٢ ص : ٤٦٤ - ٤٦٥ ، نهاية المحتاج ج ٤ ص : ٩٠ - ٩١ .

وعند الخنابلة : قال ابن قدامة في المغني : إذا أقاله عدد الثمن إن كان باقياً ، أو مثله إن كان مثلياً ، أو قيمته إن لم يكن مثلياً ، فإن أراد إن يعطيه عوضاً عنه ، فقال الشريف أبو جعفر : ليس له صرف ذلك الثمن في عقد آخر حتى يقبضه وبه قال أبو حنيفة لقول النبي ﷺ (من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره) ، ولأن هذا مضمون على المسلم إليه بعقد السلم ، فلم يجوز التصرف فيه قبل قبضه ، كما لو كان في يد المشتري . وقال القاضي أبو يعلى : يجوز أخذ العوض عنه . وهو قول الشافعي ، لأنه عوض مستقر في الذمة ، فحاز أخذ العوض عنه ، كما لو كان قرضاً . ولأنه مال عاد إليه بفسخ العقد ، وهذا مضمون بعد فسخه ، والحذر أراد به المسلم فيه ، فلم يتناول هذا ، فإن قلنا بهذا فحكمه حكم ما لو كان قرضاً أو غناً في بيع الأعيان ، لا يجوز جعله مسلماً في شيء آخر ؛ لأنه يكون بيع دين بدين ، ويجوز فيه ما يجوز في القرض والمان البياعات إذا فسخت . انظر : المغني لابن قدامة ج ٤ ص : ٢٠٢ . وقال في شرح منتهى الإرادات : (ولا) يصح (اعتياض عنه) أي المسلم فيه (ولا) يصح (بيعه أو) بيع (رأس ماله) الموجود (بعد فسخ) عقد (وقيل قبض) رأس ماله (ولو) كان المبيع (لمن هو عليه ولا حوالة به ولا) حوالة (عليه) . انظر : شرح منتهى الإرادات ج ٢ ص : ٩٦ ، وانظر : كشف القناع ج ٣ ص : ٢٩٧ ، ص : ٣٠٦ ، مضاب أولى النهي ج ٣ ص : ٢١٩ - ٢٢٠ .

إذا مال حائط الرجل أو وهي فوق علي الطريق الأعظم فقتل إنساناً فلا ضمان علي صاحبه .
 إذا مال حائط الرجل أو وهي فوق علي الطريق الأعظم فقتل إنساناً فلا ضمان علي صاحبه لأنه لم يوجد منه صنع هو تعدُّ فإنه وضع البناء في ملكه فلا يكون متعدياً في الوضع ولا صنع له في مثل الحائط ولكن هذا إذا كان بناء الحائط مستويًا فإن كان بناءه في الأصل مائلًا إلي الطريق فهو ضامن لمن يسقط عليه لأنه متعدي في شغل هواء الطريق بينائه وهواء الطريق كأصل الطريق حق المارة فمن أحدث فيه شيئاً كان متعدياً ضامناً فإما إذا بناه مستويًا فإنما شغل بينائه هواء ملكه وذلك لا يكون تعدياً منه فلو أشهد عليه في هذا الحائط المائل فلم يهدمه حتى سقط وأصاب إنساناً فقي القياس لا ضمان عليه أيضاً وهو قول الشافعي لأنه لم يوجد منه صنع هو تعدد والإشهاد فعل غيره فلا يكون سبباً لوجوب الضمان عليه . لكن استحسن علماؤنا إيجاب الضمان روى ذلك عن علي عليه السلام ... وغيره من أئمة التابعين ، وهذا لأن هواء الطريق قد اشتغل بمحاطته وحين أشهد عليه فقد طوِّب بالتفريغ والرد فإذا امتنع من ذلك بعد ما تمكن منه كان ضامناً^(١) .

ثم قال وإذا تقدم في الحائط إلي بعض الورثة فالقياس إن لا ضمان علي أحد منهم لأن أحد الشركاء لا يتمكن من نقض الحائط كما لا يتمكن من بينائه ولم يوجد التقدم إلي الباقيين فلا يصح هذا الإشهاد ولا يكون هو متعدياً في تركه

(١) المبروط ج ٢٧ ص ٨ - ٩ ، تبين الحقائق ج ٦ ص ١٤٣ ، بدائع الصانع ج ٧ ص ٢٨٣ - ٢٨٥ .

التفريغ بعد هذا ولكننا نستحسن فنضمن هذا الذي أشهد عليه بحصة نصيبه مما أصاب الحائط لأنه كان متمكناً من أن يطلب شركاءه ليجمعوا علي هدمه وهذا لأن الإشهاد علي جماعته يتعذر عادة فلو لم يصح الإشهاد علي بعضهم في نصيبه أدى إلي الضرر والضرر مرفوع والرجل والمرأة والمسلم والذمي والحر والمكاتب في هذا الإشهاد سواء لأنهم في التطرق في هذا الطريق سواء ^(١).

وقال في الهداية: (وإذا مال الحائط إلي طريق المسلمين فطولب صاحبه بنقضه وأشهد عليه فلم ينقضه في مدة يقدر علي نقضه حتى سقط ضمن ما تلف به من نفس أو مال) والقياس إن لا يضمن لأنه لا صنع منه مباشرة والمباشرة شرط هو متعد فيه ، لأن أصل البناء كان في ملكه والميلان وشغل الهواء ليس من فعله فصار كما قبل الإشهاد . وجه الاستحسان أن الحائط لما مال إلي الطريق فقد اشتمل هواء طريق المسلمين بملكه ورفع في يده ، فإذا تقدم إليه وطولب بتفريغه يجب عليه فإذا امتنع صار متعدياً بمخرطة ما لو وقع ثوب إنسان في حجره يصير متعدياً بالامتناع عن التسليم إذا طولب به كذا هذا بخلاف ما قبل الإشهاد لأنه بمخرطة هلاك الثوب قبل الطلب ^(٢).

(١) البسوط جـ ٢٧ ص : ١٠ ، مجمع الضمات ص : ١٨٢ .

(٢) الهداية جـ ١٠ ص : ٣٢١ ، وانظر : الفتاوى أفندية جـ ٦ ص : ٣٩ ، مجمع الأفر جـ ٢ ص : ٦٥٧ - ٦٥٨ ، رد المختار علي الدر المختار جـ ٦ ص : ٥٩٨ - ٥٩٩ .

فإذا أنشئ البناء مستقيماً ثم مال ، أو سليماً ثم تشقق ووقع ، وحدث بسبب وقوعه تلف فمذهب جمهور الفقهاء من الحنفية — استحساناً ^(١) . يضمن ، والقياس عند الحنفية عدم الضمان لأنه لم يوجد من المالك صنع هو تعدد لأن البناء كان في ملكه مستقيماً ، والميلان وشغل أهواء ليس من فعله ، فلا يضمن ، كما إذا لم يشهد عليه .

(١) والمالكية ، وهو المحار عند الحنابلة والمروى عن علي — رحمه الله ، وغيره من أئمة التابعين إلى أنه يضمن ما تلف به من نفس أو حيوان أو مال ، إذا طوّل صاحبه بالنقص وأشهد عليه ، ومضت مدة يقدر على النقض خلافاً ، ولم يفعل . وهذا قول عند الشافعية فقد قالوا : إن أمكنه هدمه أو إصلاحه ، ضمن ، لتقصيره بترك النقض والإصلاح ، ومذهب الشافعية إلى عدم الضمان مطلقاً بسقوط البناء ، إذا مال بعد بنائه مستقيماً ولو تقدم إليه ، وأشهد عليه ومذهب بعض الحنابلة إلى أنه يضمن ما تلف وإن لم يطالب بالنقص ، وذلك لأنه متعد بتركه مائلاً ، فضمن ما تلف به ، كما لو بناه مائلاً إلى ذلك ابتداءً ، ولأنه لو طوّل بنقصه فلم يفعل ضمن ما تلف ، ولو لم يكن ذلك موجباً للضمان لم يضمن بالمطالبة ، كما لو لم يكن مائلاً ، أو كان مائلاً إلى ملكه . نكح نص أحمد ، هو عدم الضمان — كما يقول ابن قدامة — أما لو طوّل بالنقص . فقد توقف فيه أحمد ، ومذهب بعض الأصحاب إلى الضمان فيه .

يقول الخطّاب : والحائط المخوف إذا أشهد علي ربه ثم عطب به أحد غربه ضامن وإن لم يُشيد به عليه لم يضمن ، وإن كان مخوّفاً . أنظر : مواهب الجليل في شرح مختصر خليل ج ٦ ص : ٣٢١ ، وقال في المدونة : قلت : أريت الحائط المائل إذا أشهد علي صاحبه فعطب به إنسان ، أضمن أم لا ؟ قال أخبرني من أتى به عن مالك أنه قال : يضمن ما عطب به إذا أشهدوا عليه وكان مثله مخوّفاً . قلت : أرايت إذا لم يشهدوا عليه وكان مثله مخوّفاً ؟ قال لم أسمع من مالك فيه شيئاً ، ولا أرى عليه فيه ضماناً . انظر : المدونة ج ٤ ص : ٦٦٧ ، وانظر : التاج والإكليل ج ٨ ص : ٤٣٩ ، مواهب الجليل ج ٦ ص : ٣٦١ ، منع الجليل ج ٩ ص : ٣٦٣ — ٣٦٤ .

وقال الشافعي في الأم : مال حائط من داره فوقع علي إنسان فمات فلا شيء فيه وإن أشهد عليه ، لأنه وضعه في ملكه والميل حادث من غير فعله وقد أساء بتركه وما وضعه في ملكه فمات به إنسان فلا شيء عليه (قال المزني) وإن تقدم إليه الوالي فيه أو غيره فلم يهدمه حتى وقع علي إنسان فقتله فلا شيء عليه عندي في قياس قول الشافعي . انظر : الأم للشافعي ج ٨ ص : ٣٥٦ ، وقال في حاشيتي قليوبي وعميرة : (وإن بنى جداره مائلاً إلى شارع فكبحاج) أي فما تولد منه مضمون (أو) بناه (مستوياً فمال) إلى شارع (وسقط) وأتلف شيئاً (فلا ضمان) به لأن الميل لم يحصل بفعله (وقيل : إن أمكنه هدمه أو إصلاحه ضمن) لتقصيره بترك النقض والإصلاح . انظر : حاشيتي قليوبي وعميرة ج ٤ ص : ١٤٩ ، وانظر : تحفة المحتاج ج ٩ ص : ١٤ — ١٥ ، أسنى المطالب ج ٤ ص : ٧٢ — ٧٣ ، مغني المحتاج ج ٥ ص : ٣٤٣ — ٣٤٤ ، غاية

المحتاج جـ ٧ ص : ٣٥٨ - ٣٥٩ . وقال ابن قدامة في المغني : وإذا بني في ملكه حائط مائلاً إلا الطريق أو إلى ملك غيره فتلّف به شيء أو سقط علي شيء فأتلفه ضمنه لأنه متعد بذلك فإنه ليس له الانتفاع بالبناء في هواء ملك غيره أو هواء مشترك ولأنه يعرضه للوقوع علي غيره في ملكه فأشبه ما لو نصب فيه منجلاً يصيد به وهذا مذهب الشافعي ولا أعلم فيه خلافاً وإن بناء في ملكه مسترياً أو مائلاً إلى ملكه فسقط من غير استهدام ولا ميل فلا ضمان علي صاحبه فيما تلّف به لأنه لم يتعد بنيائه ولا حصل منه تغريط بإيقائه وإن مال قبل وقوعه إلى ملكه ولم يتجاوز به فلا ضمان عليه لأنه بمنزلة بناءه مائلاً في ملكه وإن مال قبل وقوعه إلى هواء الطريق أو إلى ملك إنسان أو ملك مشترك بينه وبين غيره نظرنا فإن لم يمكنه نقضه فلا ضمان عليه لأنه لم يتعد بنيائه ولا فرط في ترك نقضه لعجزه عنه فأشبه ما لو سقط من غير ميل ، فإن أمكنه نقضه فلم ينقضه لم يحل من حالين أحدهما أن يطالب بنقضه . والثاني : أن لا يطالب به فإن لم يطالب به لم يضمن في النصوص عن أحمد وهو ظاهر كلام الشافعي لأنه بناء في ملكه والميل حادث بغير فعله فأشبه ما لو وقع قبل ميله وذكر بعض أصحابنا فيه وجهاً آخر أن عليه الضمان وهو قول ابن أبي ليلى وأبي ثور وإسحاق لأنه متعد بتركه مائلاً فضمن ما تلّف به كما لو بناء مائلاً إلى ذلك ابتداء ولأنه لو طرلب بنقضه فلم يفعله ضمن ما تلّف به ولو لم يكن ذلك مرجعاً للضمان لم يضمن بالمطالبة كما لو لم يكن مائلاً أو كان مائلاً إلى ملكه ، وأما إن طرلب بنقضه فلم يفعل توقف أحمد عن الجواب فيها وقال أصحابنا يضمن وقد أوماً إليه أحمد وهو مذهب مالك ونحوه قال الحسن والنخعي والثوري وقال - أبو حنيفة الاستحسان أن يضمن . انظر : المغني لابن قدامة جـ ٨ ص : ٣٣٤ ، وانظر : التروع جـ ٤ ص : ٥٢٠ - ٥٢١ ، شرح منتهى الإرادات جـ ٢ ص : ٣٢٨ - ٣٢٩ ، كشف القناع جـ ٤ ص : ١٢٤ - ١٢٥ ، مطالب أولي النهي جـ ٤ ص : ٨٤ .

أخذ الرهن والكفيل من المسلم إليه .

رأس المال في السلم مدفوع والمسلم فيه مؤجل فهل للمسلم أن يأخذ رهنا لقيمة ماله ، إذ الرهن وضع للاستيفاء من ثمنه ، عند تعذر الاستيفاء من ذمة الغريم ، لقوله تعالى : ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾^(١) أم ليس له ذلك ، لأن المسلم فيه لا يمكن استيفاؤه من ثمن الرهن ، لا من ذمة الضامن ، حذراً من أن يصرفه الى غيره ، يقول الجزيري : ويصح ان يجعل رأس السلم سبباً في الرهن ، كما يصح ان يجعل المسلم فيه كذلك ، فإذا اسلم شخص مائة جنيه في مائة إردب من القمح يأخذها بعد سنة ولم يدفع الجنيهات ولكن رهن في مقابلتها داره فانه يصح ، لأن الجنيهات دين حقيقي عند المسلم^(٢) وكذلك إذا رهن المسلم إليه داره حتى يسلمه القمح فانه يصح فإذا اسلم الرجل خمسمائة درهم الى رجل في طعام مسمى فارقن به عبداً يساوي ذلك الطعام ثم صالحه من رأس ماله في القياس له ان يقبض العبد ، ولا يكون للمرتهن ان يحبس الرهن برأس المال ، وفي الاستحسان له ان يحبس الرهن حتى يتوفى رأس المال فان هلك العبد في يده من غير ان يمنعه فعلى المرتهن ان يعطى مثل الطعام الذي كان على المسلم إليه ويأخذ رأس ماله ، وكذلك لو وهب له رأس المال بعد الصلح ثم هلك العبد فعليه طعام مثله^(٣).

وقال في المبسوط : و إذا اسلم الرجل خمسمائة درهم الى رجل في طعام مسمى فارقن منه عبداً يساوي ذلك الطعام ثم صالحه على رأس ماله ففي القياس له ان يقبض العبد ولا يكون للمرتهن ان يحبس الرهن برأس المال ، لأن العبد كان مرهوناً بالمسلم فيه ، وقد سقط لا الى بدل ، ورأس المال دين آخر بسبب آخر ، وهو القرض فلا يكون العبد مرهوناً به ، كما لو كان له على غيره دراهم

(١) سورة البقرة آية رقم (٢٨٣) .

(٢) الفقه على المذاهب الأربعة لعبد الرحمن الجزيري ج ٢ ص : ٣٢٥

(٣) الفتاوى الهندية ج ٥ ص : ٤٥٠ كتاب الرهن وفيه اثنا عشر باباً الباب الثالث في هلاك المرهون بضمان او بغير ضمان ، وانظر : المبسوط ج ١٢ ص : ١٥١ - ١٥٢ . كتاب البيوع . باب السلم إذا كان فيه شرط خيار ، بدائع الصنائع ج ٥ ص : ٢٠٤ .

من شرائط صحة الرهن ان يكون بإذن الراهن

من شرائط صحة الرهن ان يكون بإذن الراهن والإذن نوعان : نص وما يجري مجرى النص دلالة فالأول نحو أن يقول : أذنت له بالقبض أو رضيت به أو أقبض ، وما يجري هذا المجرى ، فيجوز قبضه سواء قبض في المجلس أو بعد الإفتراق استحساناً ، وقياس قول زفر في الهبة ان لا يجوز بعد الافتراق والثاني نحو أن يقبض المرتهن بحضرة الراهن فيسكت ولا ينهيه فيصح قبضه استحساناً ، وقياس قول زفر في الهبة ان لا يصح ، كما لا يصح بعد الإفتراق ؛ لان القبض عنده ركن بمثالة القبول فلا يجوز من غير إذن كالقبول ، وصار كالبيع الصحيح بل أولى ؛ لان القبض ليس بشرط لصحته وأنه شرط لصحة الرهن . وجه الاستحسان أنه وجد الإذن ههنا دلالة الإقدام على إيجاب الرهن ؛ لان ذلك دلالة القصد الى إيجاب حكمه ، ولا ثبوت لحكمه الا بالقبض ، ولا صحة للقبض بدون الإذن ، فكان الإقدام على الإيجاب دلالة الإذن بالقبض ، والإقدام دلالة الإذن بالقبض في المجلس لا بعد الإفتراق فلم يوجد الإذن هناك نصاً ودلالة بخلاف البيع لان البيع الصحيح بدون القبض فلم يكن الإقدام على إيجابه دليل القبض فلا يكون دليل الإذن فهو الفرق ولو رهن شيئاً متصلاً بما لم يقع عليه الرهن ، كالثمر المعلق على الشجر ونحوه مما لا يجوز الرهن فيه الا بالفصل والقبض ، ففصل وقبض فان قبض بغير إذن الراهن لم يجز قبضه سواء كان الفصل والقبض في المجلس أو في غيره ، لأن الإيجاب ههنا لم يقع صحيحاً فلا يستدل به على الإذن بالقبض ، وان قبض بإذنه فالقياس ان لا يجوز وهو قول زفر وفي الاستحسان جائز بناء على أصل ما ذكرناه في الهبة من أن الإذن بالقبض شرط صحته فيما لا صحة بدون القبض وهو البيع فلان يكون شرط فيما لا صحة له بدون القبض أولى ، ولان القبض في هذا الباب يشبه الركن كما في الهبة فيشبه القبول ، وذا لا يجوز من غير رضا الراهن كذا هذا .^(١)

(١) بدائع الصنائع ج ٦ ص : ١٣٨ ، كتاب الرهن فصل في شرائط ركن الرهن (بتصرف) ، تبين الحقائق شرح كثر النفاث ج ٦ ص : ٦٢ ، العناية شرح الهداية ج ١٠ ص : ١٤٠ ، المجوهرة النيرة ج ١ ص : ٢٢٦ - ٢٢٧ .

وقال في الفتاوى الهندية : و أما بيان شرط صحة القبض فأنواع منها ان يأذن الراهن والإذن نوعان نص ، وما يجري مجرى النص ، ودلالة . أما الأول فأن يقول : أذنت له بالقبض او رضيت به او أقبض وما يجري هذا الجرى ، فيحوز قبضه سواء قبض في المجلس او بعد الإفتراق استحساناً ، وأما الدلالة فأن يقبض المرتهن بحضرة الراهن فيسكت ، ولا ينهائ فيصح استحساناً .^(١)

وذكر في درر الحكام في شرح مجلة الأحكام : ان لصحة الرهن وجود إذن الراهن ، وهذا الإذن يكون صراحة ، وفيه يجوز القبض استحساناً بعد تفرق مجلس الرهن او دلالة وفي هذا يتقيد القبض بمجلس عقد الرهن ولا يصح بعد التفرق .^(٢)

وجملة القول فان الفقهاء اختلفوا في اشتراط الإذن لصحة القبض على ثلاثة مذاهب : المذهب الأول : الحنفية^(٣) ذهبوا الى التفريق بين ما إذا كان للمقبوض منه الحق في حبه كالمرهون في يد الراهن والموهوب في يد الواهب ، والمبيع في يد البائع بضمن حال قبل نقد الثمن ، وبين ما إذا لم يكن له الحق في حبه كالمبيع في يد البائع بعد نقد المشتري ثمنه ، او قبله إن كان الثمن مؤجلاً ، فذهبوا في الحالة الأولى الى أنه يشترط في صحة القبض أن يكون بإذن من له الحق في حبه ، وذهبوا في الحالة الثانية الى أنه لا يشترط ، وصححوا القبض بدون إذنه .

(١) الفتاوى الهندية ج ٥ ص : ٤٣٣ .

(٢) درر الحكام في شرح مجلة الاحكام ج ٢ ص : ٧٨ .

(٣) والشافعية ذهبوا مذهب الحنفية . قال في حاشية البحرى على المنهج : (ولا يلزم) الرهن (إلا بقبضه) (بإذن) من الراهن (أو قباض) منه . انظر : حاشية البحرى على المنهج ج ٢ ص : ٣٧٠ ، وقال في أسنى المطالب : (لا يلزم الرهن الا بقبض كقبض المبيع) . لقوله تعالى : (فرهان مقبوضة) - سورة البقرة آية رقم (٢٨٣) - فلو لم يلزم بدون القبض لم يكن للتقيد به فائدة ، ولأنه عقد تبرع يحتاج الى القبول فلا يلزم الا بالقبض كإفعية . انظر : أسنى المطالب ج ٢ ص : ١٥٥ ، وانظر : تحفة المحتاج ج ٥ ص : ٦٨ ، نهاية المحتاج ج ٤ ص : ٢٥٣ - ٢٥٤ .

وعللوا اشتراط الإذن في الأولى بان من كان له الحق في حبس الشيء ، فلا يجوز إسقاط حقه بغير إذنه ، بخلاف من لم يكن له الحق في حبسه ، وتعلق حق الغير به ، واستحق قبضه فله أن يقبض سواء أذن المقبوض منه أم لم يأذن .^(١)

(١) وذهب المالكية الى انه يشترط الإذن لصحة قبض في الرهن ، ولا يشترط في سائر المعطايا كالأجرة والصدقة ، والوقف لبقاء ملك الراهن في الرهن دونها . قال في منح الجنى : وفي التعبير عن العقد بالقبض والإعطاء والبدل في التعريفات إشارة الى أنه لا يتم الا بالقبض لقول الله تعالى : (فرهان مقبوضة) وفي الإعطاء والبدل إشارة الى انه لا يتم الا بالإقباض والإذن فيه ، ولو تولى المرتهن قبضه بنفسه فلا يكون رهناً . انظر : منح الجليل شرح مختصر خليل ج ٥ ص : ٤١٨ ، وانظر : المنتقى شرطاً موطأ ج ٥ ص : ٢٤٨ ، حاشية أعلوى ج ٢ ص : ٢٧٢ ، الفواكه الدواني ج ٢ ص : ١٦٦ .

وذهب الحنابلة الى انه يشترط الإذن لصحة القبض في الرهن وفي المعطايا كالأجرة والصدقة فان تعدى المرتهن او الموهوب او المتصدق عليه فقبضه بغير إذن الراهن او الواهب او المتصدق ، فسد القبض ، ولم ترتب عليه أحكامه .

قال في كشف القناع : (ولا يلزم المرتهن في حق الراهن الا بالقبض) لقوله تعالى : (فرهان مقبوضة) ، و لانه عقد إرفاق يفترق الى القبول فافتقر الى القبض . انظر : كشف القناع ج ٣ ص : ٣٣٠ - ٣٣١ . وقال في مطالب أولى النهى : و لانه عقد إرفاق يفترق الى القبول ، فافتقر الى القبض كالقرض (بإذنه) ، أي : الراهن ؛ لأنه له قبل القبض ، فلا يملك المرتهن إسقاط حقه بغير إذنه ، كالموهوب ، (ولز) كان الإذن بإشارة مفهومة من (أحرص) ومن معتقل لسانه . انظر : مطالب أولى النهى ج ٣ ص : ٢٦٠ . وانظر : إنباف ج ٥ ص : ١٤٩ - ١٥٠ ، شرح منتهى الإرادات ج ٢ ص : ١٠٨ - ١٠٩ .

(ما من مسلم يقرض مسلماً قرضاً مرتين إلا كان كصدقتها مرة) . ^(١) قال ابن المنذر : اجمع كل من نحفظ عنه من اهل العلم إن اقتراض ماله مثل من المكيل والموزون والأطعمة جائز . وقال الامام احمد ليس القرض من المسألة يريد أنه لا يكره لأن النبي ﷺ كان يستقرض وهو مستحب للمقرض . فعن أبي رافع ، ان النبي ﷺ استلف من رجل بكرة فقدمت على النبي ﷺ إبل الصدقة ، فأمر أبا رافع ان يقضى الرجل بكرة فرجع إليه أبو رافع ، فقال يا رسول الله ، لم أجد فيها إلا خياراً ربيعاً . فقال : (أعطه ، فان خير الناس أحسنهم قضاء) رواه مسلم . ^{(٢) - (٣)}

قال في كشف القناع : وهو - أي القرض - نوع من المعاملات على غير قياسها لمصلحة لاحظها الشارع ، وفقاً بالمحاويج والأصل فيه : الإجماع : لفعل النبي ﷺ وهو (نوع من السلف لإرتفاقه) أي : انتفاع المقرض (به) أي بما اقترضه . ^(٤) وقال في مطالب أولى النهى : وهو نوع من المعاملات على غير قياسها لمصلحة لاحظها الشارع ؛ وفقاً بالمحاويج ، واجمعوا على جوازه ؛ لفعله عليه الصلاة والسلام (وهو) أي القرض (من المرافق) - جمع مرفق - بفتح الميم وكسرها مع كسر الفاء وفتحها - وهو ارتفعت به وانتفعت (المندوب إليها) في حق المقرض ، لقوله عليه

(١) الحديث سبق تفريجه ص : ٤٨٠ .

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه ج ٣ ص : ١٢٢٤ ، في باب من استلف شيئاً ، من كتاب المأقاة كما أخرجه أبو داود في سننه ج ٢ ص : ٢٢٢ ، في باب حن القضاء من كتاب البيوع ، والنسائي في المجتبى ج ٧ ص : ٢٥٦ ، في باب استلاف الخيوان واستقراضه من كتاب البيوع . وابن ماجه في سننه ج ٢ ص : ٧٦٧ ، في باب السلم في الخيوان من كتاب التجارات ، والإمام مالك في الموطأ ج ٢ ص : ٦٨٠ ، في باب ما يجوز من السلف من كتاب البيوع ، وأندلس في سننه ج ٢ ص : ٢٥٤ ، في باب الرخصة في استقراض الخيوان ، من كتاب البيوع ، والإمام احمد في المسند ج ٦ ص : ٣٩٠ .

(٣) الإجماع لابن المنذر ص : ٥٥ ، رقم (٥٠٦) . وانظر : منار السبيل ج ١ ص : ٣٢٧ ، مراتب الإجماع ج ١ ص : ٦٠ ص : ٩٤ ، المطلع ج ١ ص : ٢٤٦ ، أغلى لابن حزم ج ٨ ص : ٤٦ .

(٤) كشف القناع ج ٣ ص : ٣١٢ .

الصلاة والسلام : (من كشف عن مؤمن كربة من كرب الدنيا فرج الله عنه كربة من كرب يوم القيامة) ^(١) قال أبو الدرداء : لأن أقرض دينارين ، ثم يردان ، ثم أقرضهما أحب إلي من أن أتصدق بهما . (والصدقة أفضل منه) ؛ أي : القرض ، لحديث ابن مسعود مرفوعاً : (ما من مسلم يقرض مسلماً قرضاً مرتين إلا كانا كصدقة مرة) . ^{(٢) - (٣)}

(١) أخرجه مسلم جـ ٤ ص : ٢٠٧٤ ، في باب فضل الاجتماع على تلاوة القرآن ... من كتاب الذكر ، والنسبة عارضة الأحودي جـ ٦ ص : ١٩٩ ، جـ ٨ ص : ١١٧ - ١١٨ ، في باب ما جاء في السر على المسلم من أبواب الحدود وابن ماجه في سننه جـ ١ ص : ٨٢ ، في باب فضل العلماء والحث على طلب العلم من المقدمة ، الإمام احمد في المسند جـ ٢ ص : ٢٥٢ ، ٢٩٦ ، ٥١٠ ، ٥١٤ .

(٢) مطالب أول النهي جـ ٣ ص : ٢٣٧ - ٢٣٨ ، وانظر : شرح منتهى الإرادات جـ ٢ ص : ١٠٠ ، المغني لابن قدامة جـ ٤ ص : ٢٠٧ ، المحرر في الفقه جـ ١ ص : ٣٣٤ ، كتب ورسائل وفتاوى ابن تيمية جـ ٢٠ ص : ٥١٤ ، الروض المربع جـ ٢ ص : ١٥١ ، منار السبيل جـ ١ ص : ٣٢٧ .

(٣) وعند الحنفية الإقراض مندوب إليه : قال في المبسوط : والإقراض مندوب إليه في الشرع والفرع حرام . انظر : المبسوط جـ ١٤ ص : ٣٦ ، بدائع الصنائع جـ ٧ ص : ٣٩٤ ، الدر المختار جـ ٥ ص : ١٦١ .

وعند الشافعية : كذلك مندوب إليه : قال : في تحفة المحتاج : (الإقراض) الذي هو تمليك الشيء بحد مثله (مندوب) إليه ولشهرة هذا أو تضمينه لمستحب حذفه فهو من السنن الأكيدة للآيات الكثيرة والأحاديث الشهيرة . انظر : تحفة محتاج جـ ٥ ص : ٣٦ ، نهاية المحتاج جـ ٤ ص : ٢١٩ - ٢٢٠ ، وقال في أسنى المطالب : (القرض) هو بفتح القاف أشهر من كسرهما يطلق اسماً بمعنى الإقراض وهو تمليك الشيء على أن يردّ بدله وسمى بذلك لأن القرض يقطع للمقرض قطعة من ماله ويسميه أهل الحجاز سلفاً (هو قرينة) لأنه فيه إغانة على كشف كربة . انظر : أسنى المطالب جـ ٢ ص : ١٤٠ ، حاشيتا قليوبي وعميرة جـ ٢ ص : ٣٢٠ ، مغني المحتاج جـ ٣ ص : ٢٩ - ٣٠ .

وعند المالكية هو من باب التفضل : قال في التاج والإكليل : القرض دفع متمول في عوض غير مخالف له لا عاجلاً تفضلاً . وحكمه من حيث ذاته الندب . انظر : التاج والإكليل جـ ٦ ص : ٥٢٨ ، وقال في مواهب الجليل : لأن القرض مندوب إليه إذ قد ورد فيه أحاديث كثيرة ولو قال : جاز وندب قرض مأبى فيه لكان أتم . انظر : مواهب الجليل جـ ٤ ص : ٥٤٥ ، شرح مختصر خليل جـ ٥ ص : ٢٢٩ ، وانظر : حاشية الدسوقي جـ ٣ ص : ٢٢٢ - ٢٢٣ ، حاشية الصاوي على الشرح الصغير جـ ٣ ص : ٢٩٠ - ٢٩١ ، منح الجليل شرح مختصر خليل جـ ٥ ص : ٤٠٠ - ٤٠١ .

تعريف الصلح لغة واصطلاحاً :

الصلح لغة : هو اسم بمعنى المصالحة ، وهو المسألة خلاف المخاصمة وأصله من الصلاح وهو ضد الفساد ، ومعناه دال علي حسنه الذاتي وكم من فساد انقلب به إلي الصلاح بحسنه ، مأخوذ من صلح الشيء بفتح اللام وضمها إذا كمل ، وهو خلاف الفساد يقال صالحته مصالحة .

وقيل : التوفيق والسَّلمُ بفتح السين وكسرهما ، وقيل قطع النزاع .
وشرعاً : هو عقد يرفع النزاع ، وقيل : عقد وضع بين المتصالحين لدفع المنازعة بالتراضي قال ابن عرفة : الصلح انتقال عن حق أو دعوى بعوض لرفع نزاع أو خوف وقوعه ^(١) .
 وهو ثابت بالإجماع لقوله تعالى : ﴿ وَالصُّلْحُ خَيْرٌ ﴾ ^(٢) ولقوله تعالى : ﴿ وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلَحُوا بِهِمَا ﴾ ^(٣) .
 وحديث أبي هريرة مرفوعاً " الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حراماً حلالاً أو أحل حراماً " ^(٤) .

(١) انظر : تبين الحقائق جـ ٥ ص : ٢٩ - ٣٠ ، وانظر : بدائع الصنائع جـ ٦ ص : ٤٠ - ٤١ ، المبسوط جـ ٢٠ ص : ١٣٣ - ١٣٤ ، الجوهرة النيرة جـ ١ ص : ٣١٨ ، وانظر : حاشية العدوى جـ ٢ ص : ٣٥٣ ، حاشية الصاوي جـ ٣ ص : ٤٠٥ ، مواهب الجليل جـ ٥ ص : ٧٩ ، وانظر : شرح منتهى الإرادات جـ ٢ ص : ١٣٩ ، كشاف القناع جـ ٣ ص : ٣٩٠ ، مطالب أولي النهى جـ ٣ ص : ٣٣٣ - ٣٣٤ ، وانظر : الأم للشافعي جـ ٣ ص : ٢٢٦ ، أسنى المطالب جـ ٢ ص : ٢١٤ ، شرح البهجة جـ ٣ ص : ١٣١ وانظر : مختار الصحاح جـ ١ ص : ١٤٥ ، لسان العرب جـ ٢ ص : ٥١٧ ، المنهاج المنير للفيومي جـ ١ ص : ٣٤٥ .

(٢) سورة النساء آية رقم (١٢٨) .

(٣) سورة الحجرات آية رقم (٩) .

(٤) رواه أبو داود جـ ٣ ص : ٣٠٤ كتاب الأقضية باب في الصلح حديث رقم (٣٥٩٤) ، ورواه الترمذي في سننه جـ ٣ ص : ٦٣٤ ، باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح بين الناس رقم (١٣٥٢) من كتاب الأحكام وقال حسن صحيح وصححه الحاكم في المستدرک جـ ٤ ص : ١١٣ ، كتاب الأحكام رقم (٧٠٥٨) - (٧٠٥٩) .

رجل غصب من رجل ألفاً وأخفاه وغيبه وصالحه المالك علي خمسمائة فأعطاه الغاصب من ذلك الألف أو غيره جاز الصلح قضاءً.

رجل غصب من رجل ألفاً وأخفاه وغيبه وصالحه المالك علي خمسمائة فأعطاه الغاصب من ذلك الألف أو غيره جاز الصلح قضاءً وكان علي الغاصب بينه وبين الله تعالى أن يرد الباقي وإن كانت الدراهم في يد الغاصب بحيث يراها المالك فإن كان الغاصب جاحداً فكذا ذلك الجواب فإن وجد المصوب منه بينة بعد ذلك فأقامها يُقضى له ببقية ماله فإن كان مقراً بالغصب والدراهم ظاهرة في يده يقدر المصوب منه علي أخذها منه فصالحه علي نصفها علي إن أبرأه عن الباقي فهو في القياس مثل الأول ويجوز الصلح قضاءً وفي الاستحسان لا يجوز وعليه إن يردّها علي المصوب منه ^(١).

قال في رد المحتار علي الدر المختار : غصب كَرَّ برُّ أو ألف درهم فصالحه علي نصفه فلو كان المصوب هالكاً جاز الصلح ولو قائماً لكن غيبه أو أخفاه وهو مقراً أو منكر جاز قضاءً لا ديانة ، ولو حاضراً يراه لكن غاصبه منكرٌ جاز كذلك ، فلو وجد المالك بينة علي بقية ماله قضى له به والصلح علي بعض حقه في كيالي أو وزني حال قيامه باطل ولو أقر بغصبه وهو ظاهر ، ويقدر مالكة علي قبضه فصالحه علي نصفه علي أن أبرأه مما بقى جاز قياساً لا استحساناً ^(٢).

وقال في المبسوط : ولو غصب ألف درهم فأخفاه وغيبها عنه ثم صالحه علي خمسمائة أعطاها إياه من تلك الدراهم أو من غيرها أحببت له أن يرد الفضل كما في

(١) الفتاوى الهندية جـ ٤ ص : ٢٤٣ كتاب الصلح .

(٢) رد المحتار علي الدر المختار جـ ٥ ص : ٦٣٤ .

أقول لأن الدراهم تعين في الملك وفي البعض بحكم الغصب والرد كالخطة فإن كانت الدراهم في يد الغاصب بحيث يراها المغصوب منه والغاصب منكر للغصب ثم صالحه عي خمسمائة منها جاز وكذلك كل ما يكال ويوزن لأن الغاصب بإنكاره الغصب يزعم أن العين ملكه والشرع جعل القول قوله فيتعذر علي المغصوب منه أخذ عينه في الحكم ويكون بمزلة المستهلك فيمكن تصحيح الصلح منهما بطريق الإسقاط فلهذا أمكن تصحيحه في الحكم ويكون بمزلة المستهلك والمنكر آثم في الإنكار والغصب. فإن وجد المغصوب منه بينة علي بقية ماله الذي في يده قُضِيَتْ له به لأنه لما وجد البينة فقد ثَمَّنَ من استرداد العين وزال المعنى الذي لأجله كان في حكم المستهلك^(١).

وذكر في بداية المبتدى : وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المدائنة لم يحمل علي المعاوضة وإنما يحمل علي أنه استوفي حقه واسقط باقيه كمن له علي آخر ألف درهم فصالحه علي خمسمائة وكمن له علي آخر جيات فصالحه علي خمسمائة زيوف جاز وكأنه أبرأه عن بعض حقه^(٢).

وقال الزيلعي: (ومن قال لآخر لا أقر لك بما لك حتى تؤخره عني أو تحط أي بعضه (ففعل صح عليه) ؛ لأنه ليس بمكره لتمكنه من إقامة البينة أو التحليف فينكل وهو نظير الصلح مع الإنكار^(٣) .

(١) البوط جـ ٢١ ص : ٥٨ - ٥٩ .

(٢) بداية المبتدى جـ ١ ص : ١٧٧ . وانظر : اهداية شرح البداية جـ ٣ ص : ١٩٧ ، البحر الرائق جـ ٧ ص : ٢٦٠ ،

حاشية ابن عابدين جـ ٥ ص : ٣٢٠ الفروق جـ ٢ ص : ٢٥٥ - ٢٥٦ .

(٣) تبين الحقائق جـ ٥ ص : ٤٤ ، مجمع الأنهر جـ ٢ ص : ٣١٧ .

والصلح مع إنكار المدعى عليه كما إذا ادعى شخص علي آخر شيئاً فأنكره المدعى عليه ، ثم صالح عنه للفقهاء في جوازه قولين : أحدهما لجمهور الفقهاء ^(١) من الحنفية ^(٢) والمالكية ^(٣) والحنابلة ^(٤) وهو جواز الصلح علي الإنكار بشرط أن يكون المدعي معتقداً أن ما ادعاه حق ، والمدعى عليه يعتقد أن لا حق عليه فيتصالحان قطعاً للخصومة والتراخ ، أما إذا كان أحدهما عالماً بكذب بنفسه فالصلح باطل في حقه ، وما أخذه العالم بكذب نفسه حرام عليه ، لأنه من أكل المال بالباطل .
والثاني للشافعي : أن الصلح علي الإنكار باطل ^(٥) .

(١) واستدلوا علي ذلك : (أ) بظاهر قوله تعالى ﴿ والصلح سر ﴾ - سورة النساء آية رقم (١٢٨) حيث وصف المولى عز وجل جنس الصلح بالخفية . معلوم أن الباطل لا يوصف بالخفية ، فكان كل صلح مشروعا بظاهر هذا النص إلا ما خص بدليل . (ب) عموم قوله ﷺ : " الصلح جائز بين المسلمين " فيدخل ذلك في عمومهِ . (ج) أن الصلح إنما شرع للحاجة إلي قطع الخصومة والمنازعة ، والحاجة إلي قطعها في التحقيق عند الإنكار - إذ الإقرار مسألة ومساعدة - فكان أولي بالجواز قال ابن قدامة : وكذلك إذ حلّ مع اعتراف الغريم ، فلان يحلّ مع جحده وعجزه عن الوصول إلي حقه إلا بذلك أولي . (د) صالح بعد دعوى صحيحة ، فيقضي بجوازه ؛ لأن المدعى يأخذ عرضاً عن حقه الثابت له في اعتقاده ، وهذا مشروع ، والمدعى عليه يؤدي دفعا للشر وقطعا للخصومة عنه وهذا مشروع أيضاً ، إذ المال وقاية الأنفس ، ولم يرد الشرع بتحريم ذلك في موضع (هـ) افتداء اليمين جائز ، لما روي عن عثمان وابن مسعود - رضي الله عنهما - أنهما بذلا مالا في دفع اليمين عنهما .

(٢) انظر : المبسوط جـ ٢٠ ص : ١٣٤ ، بدائع الصنائع جـ ٦ ص : ٤٠ - ٤١ ، تبين الحقائق جـ ٥ ص : ٣٠ - ٣١ الجوهرة النيرة جـ ١ ص : ٣١٨ - ٣١٩ .

(٣) قال في المدونة : قلت أرأيت إن ادّعت علي رجل مائة درهم فصالحته من ذلك علي خمسين درهماً إلي شهر ؟ قال لا بأس بذلك إذا كان الذي عليه الحق مقرراً ... إلي أن قال : قلت أرأيت إن كان المدعي قبله ينكر والمسألة بمالها ؟ قال لم اسمع في الإنكار شيئاً إلا أنه مثل الإقرار ، لأن الذي يدعي إن كان يعلم أنه يدعي الحق فلا بأس أن يأخذ من مائة درهم خمسين إلي أجل ... وإن كان الذي يدعي باطلاً فلا يصلح ذلك له أن يأخذ منه قليلاً أو كثيراً . انظر : المدونة جـ ٣ ص : ٣٧٨ - ٣٧٩ وانظر : مواهب الجليل جـ ٥ ص : ٨١ - ٨٢ ، الفواكه الدواني جـ ٢ ص : ٢٣١ - ٢٣٢ ، حاشية العدوي جـ ٢ ص : ٣٥٣ - ٣٥٤ ، حاشية الصاوي جـ ٣ ص : ٤٠٦ - ٤٠٧ ، منح الجليل جـ ٥ ص : ١٣٦ - ١٣٧ .

(٤) قال : في مطالب أولي النهى : أن يقر جائز التصرف أو من يصح تبرعه بدين معلوم أو يقر له بعين يده فيضع المقر له عن المقر بعض الدين كتصفه أو ثلثه أو ربه أو يهب له البعض من العين المقر بها ويأخذ المقر له الباقي من

الدين أو العين فيصح ذلك . انظر : مطالب أولي النهى جـ ٣ ص : ٣٣٤ - ٣٣٥ ، وانظر : شرح منتهى الإرادات جـ ٢ ص : ١٣٩ - ١٤٠ ، كشاف القناع جـ ٣ ص : ٣٩٠ - ٣٩١ .

(٥) قال الشافعي في الأم : إن وقع الصلح علي معرفة من المصالح والمصالح بحقوقهم أو إقرار بمعرفة حقوقهم ، وتناقض المصالحان قبل أن يتفرقا فالصلح جائز وإن وقع علي غيره معرفة منهما بمبلغ حقيقيهما أو حق المصالح منهما لم يجز الصلح كما لا يجوز بيع مالٍ إمري لا يعرفه ... إلى أن قال : وإذا كان المذعي عليه ينكر فالصلح باطل وهما علي أصل حقيقيهما ويرجع المذعي علي دعواه والمعطى بما أعطى . انظر : الأم للشافعي جـ ٣ ص : ٢٢٦ ، وقال في أسنى المطالب : فلا يصح مع الإنكار أو السكوت من المذعي ولو في صلح الخطيئة إذ لا يمكن تصحيح التملك مع ذلك لاستلزامه أن يملك المذعي ما لا يملكه ويتملك المذعي عليه ما يملكه . انظر : أسنى المطالب جـ ٢ ص : ٢١٥ ، وانظر : شرح البهجة جـ ٣ ص : ١٣١ - ١٣٢ ، تحفة المحتاج جـ ٥ ص : ١٩٢ - ١٩٣ ، مغنى المحتاج جـ ٣ ص : ١٦٢ - ١٦٣ ، نهاية المحتاج جـ ٤ ص : ٣٨٣ - ٣٨٤ .

لرجل علي رجل دراهم لا يعرفان وزنها فصالحه منها علي ثوب أو غيره جاز .
ولو كان لرجل علي رجل دراهم لا يعرفان وزنها فصالحه منها علي ثوب أو غيره
جاز لأنه صار مثرياً للثوب وجهالة مقدار الثمن فيما يحتاج إلي قبضه لا يمنع جواز
البيع إذا كان بعينه فقيماً لا يحتاج إلي قبضه أولى ، وإن صالح علي دراهم فهو فاسد في
القياس ؛ لأنه مبادلة الدراهم بالدراهم من غير معرفة الوزن فمن الجائز أن يكون ما
يستوفي أكثر من أصل حقه قدرأ فيكون ذلك ربا ، وفي الاستحسان يجوز الصلح ؛ لأن
مبنى الصلح علي الخط والإغماض والتجاوز بدون حقه فلفظة الصلح دليل علي أنه
استوفي دون حقه فصح بطريق الإسقاط ، وكذلك إن جعل لها أجلاً ، لأنه أسقط بعض
القدر وأجله فيما بقى والتبرع كله من الطالب ، ولو كان بين رجلين أخذ وعطاء
وبيوع وقرض وشركة فتصادقا علي ذلك ، ولم يعرف الحق كم هو للطالب عليه ، ثم
صالحه علي مائة درهم إلي أجل فهو جائز استحساناً ؛ لأن لفظة الصلح دليل علي أن
حقه أكثر مما وقع الصلح عليه ، وقد تبرع بالتأجيل فيما بقي ^(١) .

وقال في تبين الحقائق : ولو كان لرجل علي رجل دراهم لا يعرفان وزنها فصالحه
منها علي ثوب أو غيره جائز ، لأن جهالة المصالح عنه لا تمنع صحة الصلح وإن صالحه
علي دراهم فهو فاسد في القياس ، لأنه يحتمل أن بدل الصلح أكثر منه لكن أستحسن أن
أجيزه ؛ لأن الظاهر أنه كان أقل مما عليه ، لأن مبنى الصلح علي الخط والإغماض فكان

(١) المبوط ج ٢١ ص : ٣٠ كتاب الصلح باب الصلح في الدين .

تقريرهما بدل الصلح بشيء دلالة ظاهرة أنهما عرفاه أقل مما عليه وإن كانا لا يعرفان قدر ما عليه في نفسه^(١).

وقال الكاساني : وأما كون المصالح عنه معلوماً فليس بشرط لجواز الصلح حتى أن من ادعى علي آخر حقاً في عين فأقر به المدعى عليه أو أنكر فصالح علي مال معلوم جاز ؛ لأن الصلح كما يصح بطريق المعاوضة يصح بطريق الإسقاط ، ولا يمكن تصحيحه هنا بطريق المعاوضة لجهالة أحد البديلين فيصح بطريق الإسقاط فلا يؤدي إلى المنازعة المانعة من التسليم والتسليم والقبض ، لأن الساقط لا يشمل ذلك ، وأن الجهالة فيما لا يشمل التسليم والقبض لا تمنع جواز الصلح^{(٢) - (٣)}.

(١) تبين الحقائق جـ ٥ ص : ٤٤ - ٤٥ ، وانظر : رد المختار علي الدر المختار جـ ٥ ص : ٦٣٩ .

(٢) بدائع الصنائع للكاساني جـ ٦ ص : ٤٩ .

(٣) وذهب الشافعية إلى أن الصلح عن المجهول لا يصح ، لأنه كالجهاالة في البيع ومعلوم أن بيع المجهول لا يصح . أما الجهاالة فهم مع الخفية في صحة الصلح عن المجهول عيناً كان أو ديناً ، إلا أن الجهاالة قالوا : يصح الصلح عن المجهول إذا كان لا سبيل إلى معرفته ، فأما ما يمكن معرفته فلا يصح الصلح عليه مع الجهل وقد وافق المالكية الجهاالة في هذا . قال الشافعي في الأم : ولا يجوز الصلح عندي إلا على أمر معروف كما لا يجوز البيع إلا على أمر معروف ، وقد روي عن عمر رضي الله عنه الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرماً حلالاً ، ومن الحرام الذي يقع في الصلح أن يقع عندي علي المجهول الذي لو كان يباعاً كان حراماً ، أنظر : الأم للشافعي جـ ٣ ص : ٢٢٦ ، وانظر : أسنى المطالب جـ ٢ ص : ٢١٨ مغنى المحتاج جـ ٣ ص : ١٦٩ ، تحفة المحتاج جـ ٥ ص : ١٩٧ ، غاية المحتاج جـ ٤ ص : ٣٩١ . وقال في الإنصاف : (ويصح الصلح عن المجهول بمعلوم إذا كان مما لا يمكن معرفته للحاجة) سواء كان عيناً أو ديناً ، أو كان الجهل من الجانبين أو من عليه وهذا المنع مطلقاً ، وعليه جماهير الأصحاب ، انظر : الإنصاف جـ ٥ ص : ٢٤٢ ، وانظر : الفروع جـ ٤ ص : ٢٧٠ ، شرح منتهى الإرادات جـ ٢ ص : ١٤٣ ، كشاف القناع جـ ٣ ص : ٣٩٦ ، مطالب أولي النهى جـ ٣ ص : ٣٤٢ .

وقال في مواهب الجليل : يجوز الصلح علي المجهول إذا جهل القدر المنصالح عليه ، ولم يقدرنا علي الوصول إلى معرفته ، وأما إذا قدرنا علي الوصول إلى المعرفة فلا يجوز الصلح إلا بعد المعرفة ، انظر : مواهب الجليل جـ ٥ ص : ٨٠ ، وانظر : التاج والإكلیل جـ ٧ ص : ٨ ، وقال في المدونة : لأن مالكاً قد جعل الصلح بمعرفة البيع ، فلا يجوز فيه للمجهول كما لا يجوز في البيع المجهول إذا كان يعرف ما يدعى من الدار ، فلا بد من أن يسميه ثم يصطلحان بعد تسمية ذلك علي ما أحبا ، فإن لم يفعلا فالصلح فاسد ولا شفعة فيه ، لأنه غير جائز إلا أن يكونا لا يعرفان ذلك فيجوز الصلح ، انظر : المدونة جـ ٤ ص : ٢٦١ .

القرعة :

أرض بين جماعة لأحدهم سدسها وللآخر ثلثها وللآخر نصفها يجعلها ستة أسهم ، ويلقب الجزء الأول بالسهم الأول والذي يليه بالثاني والثالث على هذا ، ثم يكتب أسماءهم ويجعلها قرعة ثم يلقونها في كفه ، فمن خرج اسمه أولاً فله السهم الأول ، فإن كان ذلك صاحب السدس فله الجزء الأول ، وإن كان صاحب الثلث فله الجزء الأول والذي يليه ، وإن كان صاحب النصف فله الجزء الأول والمزدان يليه ... قوله (والقرعة لتطيب القلوب) جواب الاستحسان ، والقياس يأبأها لأنه تعليق الاستحقاق بخروج القرعة ، وذلك قمار ولهذا لم يجوز علماؤنا استعمالها في دعوى النسب ودعوى المال وتعيين المطلقة ، ولكن تركناها هاهنا بالتعامل الظاهر من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا من غير نكير ، وليس في معنى القمار لأن أصل الاستحقاق فيه يتعلق بما يستعمل فيه . وأما ما نحن فيه فليس كذلك لأن القاسم لو قال أنا عدلت في القسمة فخذ أنت هذا الجانب وأنت هذا الجانب كان مستقيماً ، إلا أنه ربما يتهم في ذلك فيستعمل القرعة لتطيب قلوب الشركاء ونفى همة الميل عن نفسه وذلك جائز .^(١)

وقال في فتح القدير : (قوله والقرعة لتطيب القلوب وإزاحة همة النيل) قال الشراح : هذا جواب الاستحسان ، والقياس يأبأها لأن استعمال القرعة تعليق الاستحقاق بخروج القرعة وهو في معنى القمار والقمار حرام ، ولهذا لم يجوز علماؤنا استعمالها في دعوى النسب ودعوى الملك وتعيين العتق أو المطلقة ولكن تركنا القياس هاهنا بالسنة والتعامل الظاهر من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا من غير نكير ، وليس هذا في معنى القمار...^(٢) وقال في الجوهرة النيرة : والقرعة

(١) العناية شرح الهداية ج ٩ ص : ٤٤٠ ، نصب الرأية في تخریج أحاديث الهداية ج ٦ ص : ١٢ .

(٢) فتح القدير ج ٩ ص : ٤٤٠ .

ليست بواجبة وإنما هي لتطيب الأنفس وسكون القلب ولنفي كمة الميل حتى ان القاضي لو عين لكل واحد منهم نصيباً من غير إقراع جاز لأنه في معنى القضاء فيملك الإلزام .^(١)

وقال في البحر الرائق : أن مشروعية استعمال القرعة جواب استحسان والقياس بأبي ذلك وقالوا آخراً : إن هذا ليس بقمار وبينوا الفرق بينه وبين القمار وذكروا له نظائر في الكتاب والسنة فقد دل على أنه لا ياباه القياس أصلاً بل هو يقتضيه القياس أيضاً .^(٢)

(١) الجوهرة النيرة ج ٢ ص : ٢٥٠ ، وانظر : دور الحكام شرح غرر الأحكام ج ١ ص : ٣٥٥ ، مجمع الأفر ج ٢ ص : ٤٩٣ .

(٢) البحر الرائق ج ٨ ص : ١٧٣ - ١٧٤ .

القرعة : طريقة تعمل لتعيين ذات أو نصيب من بين أمثاله إذا لم يمكن تعيينه بحجة .
وقد نص الفقهاء ، علي أنه متى تعينت المصلحة أو الحق في جهة ، فلا يجوز الإقراع بينه وبين غيره ، لأن في القرعة ضياع ذلك الحق المعين والمصلحة المعينة . ومتى تساوت الحقوق والمصالح فهذا هو موضع القرعة عند التنازع ، دفعاً للضغائن والأحقاد ، وللرضا بما جرت به الأقدار ، وهي مشروعة في مواضع .

والقرعة لغة : السهمة والنصيب ، والمقارعة : المساهمة ، وأقرعت بين الشركاء في شيء يقسمونه ، ويقال : كانت له القرعة ، إذا قرع أصحابه ، وقارعه فقرعه يقرعه : أي أصابته القرعة دونه ، وتستعمل في معان أخرى غير ما تقدم .
ولا يخرج المعنى الاصطلاحي عن المعنى اللغوي فالقرعة السهم والنصيب ، وإلقاء القرعة : حيلة يتعين بها سهم الإنسان أي نصيبه ^(١) .

(١) انظر : المغرب للمطرزي ص : ٣٧٩ - ٣٨٠ ، النصباح المتو في غريب الشرح الكبير ص : ٤٩٩ ، عتار الصحاح ج١ ص : ٢٢٢ ، لسان العرب ج١ ص : ٧٥١ ، وانظر : بدائع الصنائع ج٧ ص : ١٩ ، المبسوط ج١٥ ص : ٧ - ٨ ، العناية شرح افداية ج٣ ص : ٤٣٥ - ٤٣٦ ، الأم للشافعي ج٨ ص : ٣ - ٦ ، أسنى المطالب ج٤ ص : ٣٣٤ - ٣٤٠ ، حاشيتا قليوبي وعميرة ج٣ ص : ٣٠٣ ، المغني لابن قدامة ج١٠ ص : ١٤٩ ، الإنصاف ج١١ ص : ٣٤٧ ، كشف القناع ج٦ ص : ٣٧٩ - ٣٨٠ ، التاج والإكليل ج٧ ص : ٤٢٣ ، مواهب الجليل ج٥ ص : ٣٣٥ - ٣٣٦ ، شرح مختصر خليل ج٦ ص : ١٨٥ - ١٨٦ .

لا بأس للقاسم أن يستعجل القرعة في القسمة بين الشركاء .

إذا تزوج أربع نوة فله أن يقرع بينهما لإبدائه بالقسم ، لأن له أن يبدأ بمن شاء
منهن فيقرع بينهما تطيباً لقلوبهن ونفياً لتهمة الميل عن نفسه وقد أوردنا الحديث للحكم
المذكور بعده أنه لا بأس للقاسم أن يستعجل القرعة في القسمة بين الشركاء قاسم
والقاضي وغيره في ذلك سواء وهو استحسان وفي القياس هذا لا يستقيم ؛ لأنه في معنى
القمار ؛ فإنه تعليق الاستحقاق بخروج القرعة والقمار حرام ؛ ولهذا لم يجوز علماؤنا
استعمال القرعة في دعوى النسب ودعوى الملك وتعيين العتق ، ثم هذا في معنى
الاستقسام بالأزلام الذي كان بعبادة أهل الجاهلية وقد حرم الله تعالى ذلك ونص علي
ذلك أنه رجس وفسق ولكننا تركنا بالسنة والتعامل الظاهر فيه من لدن رسول الله ﷺ إلى
يومنا هذا من غير نكير منكر ، ثم هذا ليس في معنى القمار ففي القمار أصل الاستحقاق
يتعلق بما يستعمل فيه وفي هذا الموضع أصل الاستحقاق بكل واحد منهم لا يتعلق بخروج
القرعة . ثم القاسم لو قال: عدلت أنا في القسمة فخذ أنت هذا الجانب وأنت هذا الجانب
كان مستقيماً إلا أنه ربما يتهم في ذلك فيستعمل القرعة لتطيب قلوب الشركاء ونفي
تهمة الميل عن نفسه ، وذلك جاز ، ألا ترى أن يونس عليه السلام في مثل هذا استعمل
هذه القرعة مع أصحاب السفينة كما قال تعالى: ﴿فَكَاهَمَ فَكَانَ مِنَ الْمُدْحَضِينَ﴾^(١).

(١) سورة الصافات آية رقم (١٤١) .

وهذا ؛ لأنه علم أنه هو المقصود ولكن لو ألقى نفسه في الماء ربما ينسب إلي ما لا يليق بالأنبياء عليهم السلام فاستعمل القرعة لذلك وكذلك زكريا عليه السلام استعمل القرعة مع الأحبار في ضم مريم عليها السلام إلي نفسه وقد كان علم أنه أحق بها منهم ، لأن حالتها كانت تحته ولكن استعمل القرعة تطيباً لقلوبهم قال الله تعالى: ﴿إِذْ يَقُولُ أَفْلَاكُمُ أَهْمُ بِكُلِّ مَرْمٍ﴾ (١) - (٢) .

قال في بدائع الصنائع : إن يقرع بينهم - أي الشركاء - بعد الفراغ من القسمة ، ويشترط عليهم قبول من خرج سهمه أولاً فله هذا السهم من هذا الجانب من الدار، ومن خرج سهمه بعده فله السهم الذي يليه هكذا ، ثم يقرع بينهم ، لا لأن القرعة يتعلق بها حكم، بل لتطيب النفوس ، ولورود السنة بها، ولأن ذلك أنقى للتهمة فكان سنة (٣) - (٤)

(١) سورة آل عمران آية رقم (٤٤) .

(٢) المبسوط جـ ١٥ ص : ٧ - ٨ ، وانظر : البحر الرائق جـ ٨ ص : ١٧٣ - ١٧٤ ، مجمع الأثر جـ ١ ص : ٣٧٤ - ٣٧٥ .

(٣) بدائع الصنائع جـ ٧ ص : ١٩ ، المبسوط جـ ١٥ ص : ٧ - ٨ ، تبين الخفايا جـ ٤ ص : ٢٢٧ ، جـ ٤ ص : ٣١٦ ، العناية شرح الهداية جـ ٣ ص : ٤٣٥ - ٤٣٦ وجـ ٩ ص : ٤٤١ ، الجوهرة النيرة جـ ٢ ص : ٢٥٠ ، فتح القدير جـ ٣ ص : ٤٣٥ - ٤٣٦ .

(٤) يقول الإمام الشافعي : القرعة مستحبة (لما روى أن النبي ﷺ كان إذا أراد سفرًا أقرع بين نسائه) - الحديث أخرجه مسلم في صحيحه لفظه (عن عائشة قالت ثم كان رسول الله ﷺ إذا خرج أقرع بين نسائه علي عائشة وحفصة فخرجتا معه جميعاً) جـ ٤ ص : ١٨٩٤ رقم ٢٤٤٥ باب في فضل عائشة رضي الله عنها ، وابن حبان في صحيحه جـ ١٠ ص : ١٣ رقم ٤٢١٢ في باب ذكر ما يجب علي المرء من الإقراع بين النسوة إذا كن عنده وأراد سفرًا . - إلا أنا نقول : إن القرعة لتطيب قلوبهن فتكون من باب الإستحباب . انظر : الأم للشافعي : جـ ٨ ص : ٣ - ٨ .

وفي إيجاب الشركاء علي قسمة القرعة للعلماء أقوال : -

فذهب الحنفية والشافعية والحنابلة إلي أن القسمة إذا تمت عن طريق قاسم من قبل القاضي بالقرعة كانت ملزمة وليس لبعضهم الإبقاء بعد خروج النهام . وعند الحنابلة وهو مقابل الأظهر عند الشافعية أنه إن كان القاسم مختاراً من جهتهم ، فإن كان عدلاً كان كقاسم الحاكم في لزوم قسمته بالقرعة ، وإن لم يكن عدلاً لم تلزم قسمته إلا بتراضيهما ، والأظهر عند الشافعية أنه يشترط رضا المتقاسمين بعد خروج القرعة في حالة ما إذا كان القاسم مختاراً من قبلهما وهو المعتمد .

وذهب المالكية : إلي أن قسمة القرعة يجبر عليها كل من الشركاء الآيين إذا طلبها البعض إن انتفع كل من الآيين وغيرهم

انتفاعاً تاماً عرفاً بما يراد له كيت الكفى ، ومفهوم الشرط أنه إذا لم ينتفع كل انتفاعاً تاماً لا يجبر . أنظر : فيما تقدم :
 المبسوط جـ ١٥ ص : ٣ - ٨ ، الفتاوى الهندية جـ ٥ ص : ٢١٧ - ٢١٨ ، بدائع الصنائع جـ ٧ ص : ١٩ ، تبين
 الحقائق جـ ٤ ص : ٢٢٧ ، العناية شرح الهداية جـ ٣ ص : ٤٣٥ - ٤٣٦ ، الأم للشافعي جـ ٧ ص : ٣ - ٦ ، أسنى
 المطالب جـ ٤ ص : ٣٣٤ - ٣٤٠ ، حاشيتا قليوبي وعميرة جـ ٣ ص : ٣٠٣ ، المغني لابن قدامة جـ ١٠ ص : ١٤٩ ،
 الإنصاف جـ ١١ ص : ٣٤٧ ، كشف القناع جـ ٦ ص : ٣٧٩ - ٣٨٠ ، مطالب أولي النهى جـ ٦ ص : ٥٦٢ ، الناج
 والإكليل جـ ٧ ص : ٤٢٣ ، مواهب الجليل جـ ٥ ص : ٣٣٥ - ٣٣٦ ، شرح مختصر خليل جـ ٦ ص : ١٨٥ - ١٨٦ ،
 حاشية الدسوقي جـ ٣ ص : ٥٠٠ .

شركة المفاوضة تفويض كل منهما إلى صاحبه شراءً وبيعاً ومضاربةً وتوكيلاً وابتاعاً في الذمة . الخ وهي مفاعلة يقال فآوضه مفاوضة أي جازاه وتفاوضوا في الأمر أي فآوض بعضهم بعضاً وهي أن يدخلوا في الشركة الأكساب النادرة كوجدان بكسر الواو مصدر وجد لقطعة أو ركاز وما يحصل لهما من ميراث وما يلزم أحدهما من ضمان غصب أو أرش جنابة ونحو ذلك فهذه شركة فاسدة نص عليه لأنه يكثر فيها الغرر ولم تصح بين مسلم وذمي فلم تصح بين المسلمين كسائر العقود المنهى عنها ولأن حصول الكسب فيها وهُم ولائها تضمنت كفالة وغيرها مما لا يقتضيه العقد فكانت باطلة .

والثاني : تفويض كل منهما إلى صاحبه شراءً وبيعاً ومضاربةً وتوكيلاً وابتاعاً في الذمة ومسافرة بالمال وارتماً وضمان ما يروى من الأعمال فشركة صحيحة .^(١)

اختلفوا في جوازها :

ذهب أبو حنيفة ومالك وأحمد إلى جوازها ، وإن اختلفوا في معناها وشروطها .

فهى عند أبي حنيفة : شركة عامة في كل ما يصح فيه الاشتراك ويلزم كل واحد منهما ما يلزم الآخر . واشتراط في ذلك كله المساواة .

جاء في البداية : فاما الشركة المفاوضة فهى أن يشترك الرجلان فيتساويان في ماضما وتصرفهما ودينهما . وقال : وما يشتره كل واحد منهما يكون على الشركة ، الا طعام أهله وكسوتهم ، وما يلزم كل واحد منهما من الديون بدلاً عما يصح فيه الاشتراك فالآخر ضامن له . قال ولو كفّل أحدهما بمال عن أجنبي لزم صاحبه .^(٢)

(١) انظر : المبدع ج ٥ ص : ٤٣ ، دليل الطالب ج ١ ص : ١٣٩ ، الإنصاف ج ٥ ص : ٤٦٤ ، منار السيل ج ١ ص : ٣٧٧ - ٣٧٨ ، الكافي في فقه ابن حنبل ج ٢ ص : ٢٦٦ ، المهذب ج ١ ص : ٣٤٦ ، الأم ج ٣ ص : ٢٣١ - ٢٣٤ : الهداية شرح البداية ج ٣ ص : ٣ .

(٢) الهداية وشروحها ج ٣ ص : ٣ - ٥ .

قال في الهداية : لانها شركة عامة في جميع التجارات ، يفوض كل واحد منهما أمر الشركة الى صاحبه على الإطلاق .^(١)

وقال في شرح فتح القدير : والمفاوضة المساواة ، فلزم مطلق المساواة فيما يمكن الاشتراك فيه ، فعم التساوى في ذلك . وقال ويكون كل منهما كفيلاً عن الآخر في كل ما يلزمه من عهدة ما يشتره ، كما أنه وكيل عنه .^(٢)

وقال صاحب الهداية : " وهذه الشركة جائزة عندنا استحساناً ، وفي القياس لا تجوز وهو قول الشافعي ... وجه القياس أنها تضمنت الوكالة بمجهول الجنس ، والكفالة بمجهول ، وكل ذلك بانفراده فاسد . وجه الاستحسان قوله عليه الصلاة والسلام : " فافوضوا فإنه أعظم للبركة " ^(٣) وكذا الناس يعاملونها من غير تكبر ، وبه يترك القياس ، والجهالة محتملة تبعاً " .^(٤)

وشركة المفاوضة عند الامام مالك : أن يفوض كل واحد من الشريكين الى صاحبه التصرف في ماله ، مع غيبته وحضوره ، وذلك واقع عندهم في جميع الممتلكات .^(٥)

قال في الشرح الكبير : ثم إن أطلقا التصرف : بأن جعله كل لصاحبه ، غيبةً وحضوراً ، في بيع وشراء ، وكراء واكراء ، وغير ذلك مما تحتاج له التجارة وإن بنوع - كالرقيق - فمفاوضة . ولم يشترط مالك التساوى فيها .^(٦)

قال ابن رشد : واما ما يختلف فيه مالك وابو حنيفة من شروط هذه الشركة : فان أبا حنيفة يرى أن من شرط المفاوضة التساوى في رؤوس الأموال ، وقال مالك : ليس من شرطها ذلك تشبيهاً بشركة الفنان وهناك شروط أخرى يختلفان فيها من كتب المذاهب .^(٧)

وقال في المدونة : قلت : أرايت ان اشتركا في شراء الرقيق وحدها ، أترامها متفاوضين في شراء الرقيق ؟ قال : نعم ، لأن هذا جائز إذا اشتركا على أصل مالٍ . قلت : أرايت إن أقام البيعة

(١) الهداية وشروحها ج ٣ ص ٣ - ٤ ، بداية المبتدى ج ١ ص ١٢٦ ، البحر الرائق ج ٥ ص ١٨٢ .

(٢) شرح فتح القدير ج ٦ ص ١٥٦ .

(٣) قال الحافظ الزيلعي عن هذا الحديث غريب أي لا أصل له ، انظر : نصب الراية ج ٣ ص ٤٧٥ .

(٤) الهداية وشروحها ج ٣ ص ٤ ، المبوط للمروعي ج ١١ ص ١٥٣ ، بدائع الصنائع ج ٦ ص ٥٧ .

(٥) بداية المجتهد ج ٢ ص ١٩١ .

(٦) الشرح الكبير ج ٣ ص ٣٥١ .

(٧) بداية المجتهد ج ٢ ص ١٩١ - ١٩٢ .

أنه مفاوضة على الثلث أو على الثلثين ، أيجوز هذا في قول مالك ويكوفون متفاوضين ؟ قال : نعم ، لان هذا جائز ان اشتركا عليه عند مالك .^(١) وقال في التاج والإكليل : شركة المفاوضة : أن يميز فعل كل واحد منهما على صاحبه ، وسميت مفاوضة لاستوائيهما في الربح والضمان وشروعها في الأخذ والإعطاء من قولهم تفاوض الرجلان في الحديث إذا شرعا فيه ، وهي جائزة على ما يتفاوضان عليه من الأجزاء ، ولا تقصد المفاوضة بينهما وان كان لأحدهما مال على حدة لم يدخله في المفاوضة .

قال ابن القاسم : والمفاوضة على وجهين : إما في جميع الأشياء واما في نوع من التجارة يتفاوضان فيه كشراء الرقيق أو غيره يتفاوضان فيه .^(٢)

وعند أحمد : شركة المفاوضة : ان يشتركا في جميع أنواع الشركة مثل ان يجمعا بين شركة العنان والوجوه ، والأبدان ، فيصح ذلك .

قال ابن قدامة في المغني : و أما شركة المفاوضة فنوعان ، أحدهما ، ان يشتركا في جميع أنواع الشركة ، مثل أن يجمعا بين شركة العنان والوجوه والأبدان ، فيصح ذلك لان كل نوع منها يصح على انقراذه ، فيصح مع غيره . والثاني ، أن يدخلا بينهما في الشركة الاشتراك فيما يحصل لكل واحد منهما من ميراث ، أو يجده من ركاز أو لقطة ، ويلزم كل واحد منهما ما يلزم الآخر من أرش جناية ، وضمان غصب ، وقيمة متلف ، وغرامة الضمان ، أو كفالة ، فهذا فاسدٌ وبهذا قال الشافعي وأجازته الثوري ، والأوزاعي ، وأبو حنيفة وحكى ذلك عن مالك .^(٣)

(١) المدونة الكبرى جـ ٣ ص : ٦١٥ .

(٢) التاج والإكليل جـ ٧ ص : ٧٧ - ٧٨ ، وانظر : مواهب الجليل جـ ٥ ص : ١٢٦ - ١٢٧ ، شرح مختصر خليل جـ ٦ ص : ٤٢ - ٤٣ ، حاشية العلوي جـ ٢ ص : ٢٠٣ - ٢٠٤ ، حاشية الدسوقي جـ ٣ ص : ٣٥١ - ٣٥٢ ،

منح الجليل جـ ٢ ص : ٢٦٢ - ٢٦٣ .

(٣) المغني لابن قدامة جـ ٥ ص : ١٨ .

وقال في الفروع : وإن اشتركا في كل ما ثبت لهما أو عليهما (أو عليهما) ، فإن لم يدخل فيها كسب نادر وغرامة (كلفطة) وضمان مالٍ صح ، وإن دخل فشركة مفاوضة فاسدة نص عليه .^(١)

وقال في الإنصاف : شركة المفاوضة على ضربين . أحدهما : أن يفوض كل واحد منهما إلى صاحبه الشراء أو البيع ، والمضاربة ، والتوكيل ، والابتاع في الذمة ، والمسافرة بالمال ، والارتقان ، وضمان ما يرى من الأعمال . فهذه شركة صحيحة ؛ لأنها لا تخرج عن شركة العنان ، والوجوه ، والأبدان . وجميعها منصوص على صحتها . والربح على ما شرطاه . والوضعية على قدر المال . قاله الأصحاب . وقطع به في الهداية إلى أن قال : الضرب الثاني : ما ذكره المصنف وهي أن يدخل فيها الأكساب النادرة ونحوها . فهذه شركة فاسدة . على الصحيح من المذهب كما قال المصنف ، ونص عليه . وعليه أكثر الأصحاب . (٢) - (٣)

(١) الفروع ج ٤ ص : ٤٠٣ .

(٢) الإنصاف ج ٥ ص : ٤٦٤ - ٤٦٥ ، وأنظر : شرح منتهى الإرادات ج ٢ ص : ٢٣٢ ، كشاف القناع ج ٣ ص : ٥٣١ - ٥٣٢ ، مطالب أولي النهى ج ٣ ص : ٥٥٣ - ٥٥٤ .

(٣) وذهب الشافعي إلى بطلانها مطلقاً ، على المعاني الثلاثة المذكورة . قال في معنى المحتاج : شركة المفاوضة بأن يشتركا ليكون بينهما كسبهما بأموالهما وأبدانهما ، وعليهما ما يعرض من غرم ، سواء أكان بغصب أم بإتلاف أم ببيع فاسد ، وسميت مفاوضة من تفاوضا في الحديث شرعاً فيه جميعاً . وقول : من قولهم : فرض قَوْضَى بفتح القاء : أي مستوون ... إلى أن قال - بعد أن ذكر شركة الأبدان كشركة الحمالين ، وسائر المحترفين ، وشركة الرجوه بأن يشترك الرجلان لبياع كل واحد منهما بموكل لهما ، فإذا باع كان الفاضل عن الألمان بينهما - وهذه الأنواع الثلاثة باطلة . انظر : معنى المحتاج ج ٣ ص : ٢٢٢ - ٢٢٣ ، وقال : في الأم : وشركة المفاوضة باطل ، ولا أعرف شيئاً من الدنيا يكون باطلاً أن لم تكن شركة المفاوضة باطلاً ، إلا أن يكونا شريكين بعدان المفاوضة خلط المال والعمل فيه واقسام الربح ، فهذا لا بأس به ، وهذه الشركة التي يقول بعض المشرقيين لها شركة عنان وإذا اشتركا مفاوضة وتشارطا أن المفاوضة عندهما هذا المعنى فالشركة صحيحة وما رزق أحدهما من غير هذا المال الذي اشتركا فيه من تجارة أو إجارة أو كسباً وربة أو غير ذلك فهو له دون صاحبه ، وإن زعمنا أن المفاوضة عندهما بأن يكونا شريكين في كل ما أقادا بوجه من الرجوه بسبب المال وغيره فالشركة فاسدة ، ولا أعرف القصار إلا في هذا . أنظر : الأم للشافعي ج ٣ ص : ٢٣٦ ، وقال أيضاً في الأم : ولا شركة مفاوضة وإذا أقر صانع من صناعته لرجل بشيء إسكافاً أقر لرجل بخف أو غسال أقر لرجل بثوب فذلك عليه دون شريكه إلا أن يقر شريكه معه ، وإذا كانا شريكين فالشركة كلها ليست مفاوضة وأي الشريكين أقر فإلزاماً يقر على نفسه دون صاحبه وإقرار الشريك ، ومن

لا شريك له سواء . انظر : الأم للشافعي ج ٦ ص : ٢٤١ ، وقال في أسنى المطالب ؛ شركة المفاوضة : وجه بطلانها قوله صلى الله عليه وسلم كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل - الحديث في الصحيحين ، قوله صلى الله عليه وسلم " ما بال رجال يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله ، ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ، وإن كان مائة شرط ، قضاء الله أحق ، وشرط الله أوثق " انظر : صحيح البخاري ج ٣ ص : ١٩٩ ، في باب استعانة المكاتب وسؤاله الناس من كتاب المكاتب ، وباب ما يجوز من شروط المكاتب ... وباب الشروط في الولاء ، من كتاب الشروط ، ومسلم في صحيحه ج ٢ ص : ١١٤١ - ١١٤٣ . في : باب إنما الولاء لمن اعتق ، من كتاب العتق - ونفيه عن الغرور ، وهذا غرور ؛ لأن كل منهما لا يدري أيكس صاحبه شيئاً أم لا وكم قدر كسبه ، ومن جهة المعنى أن المعتقد عليه فيها العمل كما أن المعتقد عليه في شركة العنان المال ، والمال لو كان مجهولاً فيها لم تصح فكنذلك إذا كان العمل مجهولاً في هذه . انظر : أسنى المطالب ج ٢ ص : ٢٥٥ ، وانظر : شرح البهجة ج ٣ ص : ١٧٠ - ١٧١ ، حاشيتنا قلوبى وعميرة ج ٢ ص : ٤١٦ - ٤١٧ ، تحفة المحتاج ج ٥ ص : ٢٨٢ ، نهاية المحتاج ج ٥ ص : ٤ ، حاشية البحرى على المنهج ج ٣ ص : ٤٠ .

شركة المفاوضة أن يشترك الرجلان فيساويان في مالهما وتصرفهما ودينهما .

شركة المفاوضة وهو ان يشترك الرجلان فيساويان في مالهما وتصرفهما ودينهما وهي شركة عامة في جميع التجارات يفرض كل واحد منهما أمر الشركة الى صاحبه على الإطلاق إذ هي من المساواة . فلا بد من تحقيق المساواة ابتداء وانتهاء وذلك في المال ، والمراد به ما تصح الشركة فيه ، ولا يعتبر التفاضل فيما لا يصح الشركة فيه ، وكذا في التصرف ، لانه لو ملك أحدهما تصرفاً لا يملك الآخر لفات التساوى ، وهذه الشركة جائزة عندنا استحساناً . وفي القياس لا تجوز ، وهو قول الشافعي . وقال مالك : لا أعرف ما المفاوضة . وجه القياس انها تضمنت الوكالة بمجهول الجنس والكفالة بمجهول ، وكل ذلك بانفراده فاسد . وجه الاستحسان قوله ﷺ : (فافوضوا فإنه أعظم للبركة) ^(١) وكذا الناس يعاملونها من غير تكبر وبه يترك القياس والجهالة متحملة تبعاً كما في المضاربة ولا تنعقد الا بلفظ المفاوضة ليعد شرائطها عن علم العوام ، حتى لو بينا جميع ما تقتضيه تجوز لان المعتر هو المعنى . فتحوز بين الحرين الكبيرين مسلمين او ذميين لتحقيق التساوى ، وإن كان احدهما كتابياً والأخر بموسياً تجوز ايضاً ولا تجوز بين الحر والملوك ولا بين الصبي والبائع لانعدام المساواة لان الحر البالغ يملك التصرف والكفالة ، والملوك لا يملك واحداً منهما الا بإذن المولى ، والصبي لا يملك الكفالة ولا يملك التصرف الا بإذن الولي . ولا تجوز بين المسلم والكافر وهذا قول ابى حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف : يجوز للتساوي بينهما في الوكالة والكفالة ولا معتبر بزيادة تصرف يملكه احدهما كالمفاوضة بين الشافعي والحنفي فأما جائزة . ويتفاوتان في التصرف في متروك التسمية ، إلا انه يكره لأن النمي لا يهتدي الى الجائز من العقود . ولهما انه لا تساوى في التصرف ، فان النمي لو اشترى برأس المال خموراً او خنازير صح ، ولو اشترىها مسلم لا يصح . ^(٢)

(١) قال في شرح فتح القدير : وهذا الحديث لم يعرف في كتب الحديث أصلاً والله اعلم به ولا تثبت به حجة وانما أخرجه ابن ماجه جـ ٢ ص : ٧٦٨ ، برقم (٢٢٨٩) في التجارات عن صالح عن أبيه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثة فيهن البركة بيع إلى اجل والمقارضة وإخلاط البر بالشعر لليت لا للبيع لكن في إسناده نصر بن القاسم عن عبد الرحيم بن داود ومما يجهولان ، ورواه إبراهيم الحري في كتاب غريب الحديث . انظر : شرح فتح القدير جـ ٦ ص : ١٥٨ ، الدرارى المضية جـ ١ ص : ٣٢٩ ، نيل الاوطار جـ ٥ ص : ٣٩٤ ، الدراية في تخريج أحاديث الهداية جـ ٢ ص : ١٤٤ ، نصب الراية جـ ٣ ص : ٤٧٥ .

(٢) العناية شرح الهداية جـ ٦ ص : ١٥٧ - ١٥٨ ، الجوهرية النيرة جـ ١ ص : ٢٨٥ - ٢٨٦ ، نصب الراية في تخريج أحاديث أحاديث الهداية جـ ٤ ص : ٣٩٠ - ٣٩١ ، فتح القدير جـ ٦ ص : ١٥٦ - ١٥٧ ، مجمع الآخر جـ ١ ص : ٧١٧ - ٧١٨ ، المبوط جـ ١١ ص : ١٥٣ ، بداية المبتدى جـ ١ ص : ١٢٦ ، تحفة الفقهاء جـ ٣ ص : ٩ ، حاشية ابن عابدين جـ ٤ ص : ٣٠٦ - ٣٠٩ ، جـ ٥ ص : ٣٠٨ .

وما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم شريكه حتى ان كل واحد منهما يطالب بالعمل ويطالب بالأجر ويرأ الدافع بالدفع إليه وهذا ظاهر في المفاوضة وفي غيرها استحسان . والقياس خلاف ذلك لان الشركة وقعت مطلقة والكفالة مقتضى المفاوضة . وجه الاستحسان ان هذه الشركة مقتضية للضمان ، الا ترى أن ما يتقبله كل واحد منهما من العمل مضمون على الآخر ، ولهذا يستحق الأجر بسبب نفاذ تقبله عليه فجري مجرى المفاوضة في ضمان العمل واقتضاء البذل .^(١)

ويكون الكسب اى الأجر بينهما وان عمل أحدهم فقط اما الذى عمل فظاهر واما الذى لم يعمل فلانه لما لزمه العمل بالتقبل وكان ضامناً له استحق الأجر بالضمان ولزوم العمل .^(٢) وعن ابى يوسف إذا مرض أحد الشريكين او سافر او بطل فعمل الآخر كان الأجر بينهما ولكل واحد منهما ان يأخذ الأجر والى أيهما دفع الأجر يرى وان لم يتقاصا ، وهذا استحسان لان تقبل أحدهما العمل جعل كتقبل الآخر فصار في معنى المفاوضة في باب ضمان العمل .^(٣) وحجتنا ان هذه الشركة تتضمن الكفالة والوكالة وكل واحد منهما صحيح مقصوداً فكذلك في ضمن الشركة ، فان الجهالة بعينها لا تبطل الكفالة ولكن تمكن المنازعة سبباً وذلك منعدم هنا لان كل منهما إنما يصير ضامناً عن صاحبه ما لزمه بتجارته وعند اللزوم المضمون له والمضمون به معلوم ومثل هذا لا يوجد في شركة العنان ومن شروط هذا العقد التساوى في رأس المال والربح .^{(٤) - (٥)}

(١) العناية شرح الهداية ج ٦ ص : ١٥٧ - ١٥٨ ، الجوهرية النجدة ج ١ ص : ٢٨٥ - ٢٨٦ ، مجمع الاثر ج ١ ص : ٧١٧ - ٧١٨ ، بدائع الصنائع ج ٦ ص : ٦٢ ، ص : ٧٢ - ٧٨ ، فتاوى الخدي ج ١ ص : ٥٣١ .
(٢) مجمع الاثر في شرح ملتقى البحر ج ١ ص : ٧١٧ - ٧١٨ .
(٣) البحر الرائق شرح كثر الدقائق ج ٥ ص : ١٩٥ - ١٩٦ ، تبين الحقائق ج ٣ ص : ٣١٣ - ٣١٤ ، مجمع الضمانات ص : ٣٠٢ .

(٤) الميسوط ج ١١ ص : ١٥٣ - ١٥٤ ، شرح فتح القدير ج ٦ ص : ١٥٧ .
(٥) وعند الحنابلة : نوعان أحدهما ان يشتركان في جميع أنواع الشركة مثل ان يجعلا بين شركة العنان والوجه والأبدان فيصح ذلك لان كل نوع منهما يصح على انفراده فصح مع غيره . والثاني : ان يدخلوا بينهما في الشركة الاشتراك فيما يحصل لكل واحد منهما من ميراث او مجده من ركاز او نقطة ويلزم كل واحد منهما ما يلزم الآخر من أرض حنابة وضمان وغصب وقيمة متلف وغرامة الضمان أو الكفالة فهذا فاسد وهذا قال الشافعي وابو حنيفة وحكى ذلك عن مالك وشرط أبو حنيفة لها شروطاً وهي ان تكونا حريين مسلمين وان يكون مالهما في الشركة سواء وان يخرج جميع ما يملكانه من جنس الشركة وهي الدراهم والدنانير ... ولنا أنه عقد لا يصح بين الكافرين ، ولا بين كافر

ومسلم ، فلم يصح ، بين المسلمين ، كسائر العقود الفاسدة ، و لانه عقد لم يرد الشرع بمثله فلم يصح ، كما ذكرنا ، ولان فيه غرر فلم يصح كبيع الغرر ، وبيان غرره أنه يلزم كل واحد ما لزم الآخر وقد يلزمه شيء لا يقدر على القيام به .
انظر : المغني لابن قدامة جـ ٥ ص : ١٨ ، قال في الأنصاف : شركة المفاوضة . وهي ان يدخلوا في الشركة الأكساب النادرة ، كوجدان لقطه او ركاز ، او ما يحصل لهما من ميراث ، وما يلزم أحدهما من ضمان غصب ، او أرض جناية ونحو ذلك ، كما يحصل من هبة او وصية ، وتفويض ، وتعبد ، وبيع فاسد . (فهذه الشركة فاسدة) ، انظر : الأنصاف جـ ٥ ص : ٤٦٤ - ٤٦٥ ، وانظر : شرح منتهى الإرادات جـ ٢ ص : ٢٣٢ ، كشاف القناع جـ ٣ ص : ٥٣١ - ٥٣٢ ، مطالب أولى النهى جـ ٣ ص : ٥٥٣ .

والإمام الشافعي قال في الأم : شركة المفاوضة باطل ولا أعرف شيئاً من الدنيا يكون باطلاً ان لم تكن شركة المفاوضة باطلاً إلا ان يكونا شريكين بعدان المفاوضة خلط المال والعمل فيه واقتسام الربح فهذا لا بأس به وتسمى شركة عنان . انظر : الأم للشافعي جـ ٣ ص : ٢٣٦ ، وانظر : حاشية البحرى على المنهج جـ ٣ ص : ٤٠ ، مغنى المحتاج جـ ٣ ص : ٢٢٢ - ٢٢٣ ، حواشي الشرواني جـ ٥ ص : ٢٨٢ - ٢٨٣ ، شرح البهجة جـ ٣ ص : ١٧٠ - ١٧١ ، أسنى المطالب جـ ٢ ص : ٢٥٦ .

والشافعي فانه يبنى على منعه ان الأصل شركة الملك وما هو موجب المفاوضة قط لا يثبت باعتبار شركة الملك فلهذا أفسدها وقال لانها تتضمن الكفالة بالمجهول للمجهول فان كل واحد منهما يكون كفيلاً عن صاحبه فيما يلزمه بجهة التجارة والكفالة للمجهول بالمعلوم باطل فبالمجهول أولى .

والإمام الشافعي فان كان لا يعرفها لغة فنقول إن اشتقاقها من التصريف فان كل واحد منهما يفرض التصرف الى صاحبه في جميع مال التجارة وقيل اشتقاقها من معنى الانتشار يقال فاض الماء إذا انتشر واستفاض الخير يستفيض إذا شاع ، وقيل اشتقاقها من المساواة فلما كان هذا العقد مبنى على المساواة المال والربح سمي مفاوضة - وان كان لا يعرفها شرعاً فقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم تفاضوا فانه اعظم للبركة . وقال عليه الصلاة والسلام (إذا فاوضتم فاحسنوا المفاوضة) . الحديث سبق ترجمه ص ٤٩٧ . وانظر : المبسوط جـ ١١ ص : ١٥٣ - ١٥٤ ، شرح فتح القدير جـ ٦ ص : ١٥٧ .
وعند المالكية : يقول الدسوقي في حاشيته : (الشركة إذن) من كل واحد منهما او منهم للآخر (في التصرف) اى في أن يتصرف في مال (لهما) اى للمأذونين معاً وهو متعلق بالتصرف فقوله إذن في التصرف كالجنس يشمل الوكالة والقراض وقوله لهما كالفصل يخرج للوكالة من الجانبين بأن يوكل صاحبه في ان يتصرف في متاعه . انظر : حاشية الدسوقي جـ ٣ ص : ٣٤٨ ، وانظر : مواهب الجليل جـ ٥ ص : ١١٧ - ١١٨ ، الدخيرة جـ ٨ ص : ٥٤ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص : ١٩٢ - ١٩٣ ، الشرح الكبير جـ ٣ ص : ٣٥٩ ، القوانين الفقهية جـ ١ ص : ١٨٧ ، التاج والإكليل جـ ٧ ص : ٦٤ - ٦٦ ، شرح مختصر خليل جـ ٦ ص : ٣٧ - ٣٨ .

الإجارة :

الإجارة لغة: اسم للأجرة ثم اشتهر في العقد .

وشرعاً : عقد على منفعة مقصودة معلومة قابلة للبدل و الإباحة بعوض معلوم ^(١) إذن هي عقد على المنافع بعوض ، لان الإجارة في اللغة بيع المنافع ، والقياس يأبى جوازه .

قال صاحب العناية : فإن لها نوعين نوع يرد على الأعيان كاستئجار الدور والأراضي ونوع يرد على العمل كاستئجار الخرافين للإعمال نحو الخياطة و القصارة . ^(٢) وفي الإجارة المعقود عليه المنفعة وهي معدومة ، و إضافة التملك الى ما سيوجد لا يصح إلا أنها جوزة لحاجة الناس ، وقد شهدت بصحتها الآثار ، منها :

قوله ﷺ : (أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه) ^(٣)

وقوله ﷺ : (من استأجر أجيراً فليعلمه أجره) ^(٤) . قال: صاحب العناية : لم يقتض القياس جوازها ، إلا أنها جوزت على خلاف القياس بالآثر، لحاجة الناس ، فكان استحساناً بالآثر. ^(٥) وجه دلالة حديث " أعطوا الأجير حقه قبل أن يجف عرقه " أن فيه الأمر بإعطاء الأجر.

(١) فتح القدير ج ٩ ص : ٥٨ - ٦١ ، العناية شرح الهداية ج ٩ ص : ٥٧ - ٥٨ ، تبين الحقائق ج ٥ ص : ١٠٥ - ١٠٦ ، أسنى للطلاب ج ٢ ص : ٤٠٣ ، شرح البهجة ج ٣ ص : ٣١٠ ، مغني المحتاج ج ٢ ص : ٤٣٨ ، الإنصاف ج ٦ ص : ٣ ، شرح منتهى الإرادات ج ٢ ص : ٢٤٠ - ٢٤١ ، التاج والاكلیل ج ٧ ص : ٤٩٣ - ٤٩٤ ، مواهب الجليل ج ٥ ص : ٣٨٩ - ٣٩٠ .

(٢) العناية شرح الهداية ج ٩ ص : ٥٧ - ٥٨ ، البحر الرائق ج ٨ ص : ٢ - ٣ ، الهداية شرح البداية ج ٣ ص : ٢٣١ ، المبسوط للمرعي ج ١٥ ص : ٧٤ ، الإقناع للشربيني ج ٢ ص : ٣٤٧ .

(٣) أخرجه ابن ماجه عن ابن عمر رضي الله عنهما ج ٢ ص : ٨١٧ ، رقم ٢٤٤٣ ، باب أجر الأجراء ، السنن الكبرى للبيهقي ج ٦ ص : ١٢٠ ، رقم ١١٤٣٤ ، باب لا تجوز الإجارة حتى تكون معلومة ... الخ ، وفي الزوائد : أصله في صحيح وغيره من حديث أبي هريرة : لكن إسناده المصنف ضعيف . وهب بن سعيد وعبد الرحمن بن زيد ضعيفان . سنن ابن ماجه ج ٢ ص : ٨١٧ ، الدرر المنجدة في تخريج أحاديث الهداية ج ٢ ص : ١٨٦ ، تلخيص الخبير ج ٣ ص : ٥٩ ، خلاصة البدر المنير ج ٢ ص : ١٠٧ .

(٤) أخرجه النسائي ج ٧ ص : ٣١ ، عن أبي سعيد رضي الله عنه موقوفاً بلفظ : إذا استأجرت أجيراً فأعلمه أجره من كتاب الإيمان والنذور باب الثالث من الشروط فيه المراجعة والوثائق رقم (٣٨٥٧) ، السنن الكبرى للبيهقي ج ٦ ص : ١٢٠ ، رقم (١٤٣١) ، باب لا تجوز الإجارة حتى تكون معلومة ... الخ .

(٥) العناية شرح الهداية ج ٩ ص : ٥٧ - ٥٨ ، شرح فتح القدير ج ٩ ص : ٦٠ - ٦١ ، رد المختار على الدر المختار ج ٦ ص : ٦٢ .

وهو دليل على صحة العقد كما قال الفناري ^(١) - ^(٢) : وهذا الدليل معارض لقوله ﷺ : " لا بيع ما ليس عندك " ^(٣) وذلك ان الإجارة بيع للمنافع وهي ليست موجودة حين العقد انما يتحصل عليها شيئاً فشيئاً بعد الشروع في العمل ، فهي داخلة في عموم المنع من بيع المعدم فاستثنت بقوله ﷺ " أعطوا الأجير أجره ... " فحصل التعارض بين الدليلين من حيث أن أحدهما قاضي بالمنع والآخر بالجواز وقدم أحدهما وهو الاستحسان لكونه خاصاً ، والخاص مقدم على العام . والقياس وان كان يأبي جوازها لكن القياس في مقابلة النص والإجماع لا يعتبر فجوزناها عملاً بالكتاب وهو قوله تعالى : ﴿ فَأْتَوْهُنَّ أَجُورَهُنَّ ﴾ ^(٤) وقوله تعالى : ﴿ لَوْ شِئْتَ لَتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْرًا ﴾ ^(٥) وقوله تعالى في قصة موسى عليه الصلاة والسلام ﴿ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي حِجَاجَ ﴾ ^(٦) وشرعة من قبلنا لازمة علينا إذا قص الله ورسوله ﷺ من غير إنكار ولم يقم دليل على انتساعه ، وأما السنة فقولہ ﷺ " أعطوا الأجير أجرته قبل أن يجف عرقه " وقوله ﷺ " من استأجر أجراً فليعلمه أجره ، وأما الإجماع فقد انعقد في كل عصر وكل مصر على صحتها . ^(٧) وقال في بدائع الصنائع: فلا جواز لها رأساً ولكننا استحسنا الجواز بالكتاب والسنة والإجماع ... الخ ^(٨) وقال في تبين الحقائق : لان العقود عليه - أي في الإجارة - وهي المنافع معدومة والقياس أن لا يتجاوز لما فيه من إضافة العقد الى ما سيوجد إلا أنها أجزرت للضرورة لشدة الحاجة إليها وهي تعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع . ^(٩) - ^(١٠)

(١) حاشية الفناري على التوضيح والتلويح جـ ٣ ص : ٤ ، المبوط للسرخسي جـ ١٥ ص : ٧٤ ، وانظر : جواهر العقود جـ ١ ص : ٢٠٨ .

(٢) محمد بن حمزة بن محمد الفناري الملقب بشمس الدين الفقيه الحنفى الأصولى المنطقى الجدل الأديب المقرئ الفرائض ولد سنة ٧٥١ وأخذ عن العلامة علاء الدين الأسود والجمال محمد بن محمد الأقرى ورحل الى مصر وأخذ عن الشيخ أكمل الدين الباهرى وغيره ، وقد تبحر في العلوم العقلية والنقلية . كان كثير الفضل فريد دهره من مؤلفاته فصول البدائع في أصول الشرائع ، وتفسير الفاتحة وشرح الفرائض السراجية وتعليقات على شرح المواقف وغير ذلك ترقى في رجب سنة ٨٣٤ والفتاوى نسبة الى صنعة الفنارى . انظر : الفتح المبين في طبقات الأصوليين جـ ٣ ص : ٣٠ ، الشقائق النعمانية - العقد المنظوم جـ ١ ص : ١٧ .

(٣) أخرجه ابن ماجه جـ ٢ ص : ٧٣٧ ، في باب : النهى عن بيع ما ليس عندك ... ، من كتاب التجرارات . الترمذي في عارضه الأحوذى جـ ٥ ص : ٢٤١ ، في : باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك ، من أبواب البيوع ، وقال : حديث حسن صحيح . كما أخرجه أبو داود في سننه جـ ٢ ص : ٢٥٤ ، في : باب في الرجل يبيع ما ليس عنده ، من كتاب البيوع ، والنسائي في المجتبى جـ ٧ ص : ٢٥٤ ، في باب بيع ما ليس عند البائع ، من كتاب البيوع ، والإمام احمد في مسنده جـ ٣ ص : ٤٠٢ - ٤٣٤ .

(٤) سورة الطلاق آية رقم (٦)

(٥) سور الكهف آية رقم (٧٧)

(٦) سور القصص آية رقم (٢٧)

(٧) انظر : لان الحكام جـ ١ ص : ٣٦٠ .

(٨) بدائع الصنائع جـ ٤ ص : ١٧٣ - ١٧٤ .

(٩) تبين الحقائق جـ ٥ ص : ١٠٥ ، وانظر : الجوهرة النيرة جـ ١ ص : ٢٥٩ ، البحر الرائق جـ ٨ ص : ٢ - ٣ .

(١٠) وعند المختار كذلك : قال ابن قدامة : الأصل في جواز الإجارة الكتاب والسنة والإجماع ... الى ان قال : فلما جاز

العقد على الأعيان ، وجب أن تجوز الإجارة على المنافع ، ولا يخفى ما بالناس من الحاجة الى ذلك فإنه ليس لكل أحد دار

يملكها ، ولا يقدّر كل مسافر على بيع أو دابة يملكها ، ولا يلزم أصحاب الأملاك إسكانهم وحملهم تطوعاً ، وكذلك

أصحاب الصنائع يعملون بأجر ، ولا يمكن كل أحد عمل ذلك ، ولا يجد متطوعاً به ، فلا بد من الإجارة لذلك ... مع

ما ذكرنا من الحاجة فان العقد على المنافع لا يمكن بعد وجودها ، لأنها تطفئ بمضي الساعات ، فلا بد من العقد قبل وجودها ،

كالسالم في الأعيان . انظر : المغني لابن قدامة جـ ٥ ص : ٢٥٠ ، وانظر : الإنصاف جـ ٦ ص : ٣ ، الفروع جـ ٤

ص : ٤٢٠ - ٤٢١ . قال في شرح منتهى الإرادات : الإجارة بكتاب الله تعالى وبالأخبار الثابتة عن النبي صلى الله عليه

وسلم واتفق على إجازتها كل من تحفظ قوله من علماء الأمة ، والحاجة داعية إليها ، لان أكثر المنافع بالصنائع . انظر : شرح

منتهى الإرادات جـ ٢ ص : ٢٤٠ - ٢٤١ ، وانظر : كشف القناع جـ ٣ ص : ٥٤٦ - ٥٤٧ ، مطالب أولى النهي

جـ ٣ ص : ٥٧٩ - ٥٨١ ، وعند الشافعية : قال في أسنى المطالب : والمعنى فيها - أي الإجارة - ان الحاجة داعية إليها إذا

ليس لكل أحد مركوب ومسكن وعياد فمحوزت لذلك كما محوزت الأعيان . انظر : أسنى المطالب جـ ٢ ص : ٤٠٣ ،

شرح البيهقي جـ ٣ ص : ٣١٠ ، مغني المحتاج جـ ٢ ص : ٤٣٨ - ٤٣٩ ، حاشية البحرى على الخطيب جـ ٣

ص : ٢٠٦ ، قال في حاشية البحرى على المنهج : والأصل فيها قبل الإجماع آية (فإن أرضعن لكم) وجه الدلالة أن

الإرضاع بلا عقد تبرع لا يوجب أجرة ، وإنما يوجبها ظاهر العقد فتعين انظر : حاشية البحرى على المنهج جـ ٣

ص : ١٦٤ - ١٦٥ .

وعند المالكية : قال في شرح مختصر خليل : والأصل في مشروعيتها - أي الإجارة - قوله تعالى : " فإن أرضعن لكم

فاتنهن أجورهن " وقوله تعالى حكاية عن نبيه شعيب مع موسى عليهما الصلاة والسلام (أي أريد أن أنكحك إحدى ابنتي

هاتين على أن تأجرني ثماني حجج) وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد ناسخ فذكر تأجيل الإجارة وسُمّي عوضاً وقال عليه

الصلاة والسلام (من استأجر أخيراً فليعلمه أجره) . انظر : شرح مختصر خليل جـ ٧ ص : ٢ - ٣ ، وقال في الفواكه

الدواني : أما الإجماع - أي على جواز الإجارة - فحكاه غير واحد . انظر : الفواكه الدواني جـ ٢ ص : ١١٠ ، حاشية

الصابوي على الشرح الصغير جـ ٤ ص : ٥ - ٦ ، وانظر : التاج والإكليل جـ ٧ ص : ٤٩٣ - ٤٩٤ ، مواهب الجليل

جـ ٥ ص : ٣٨٩ - ٣٩٠ .

الاستصناع لغة: طلب عمل الصانع أى هو لغة طلب الصناعة أى العمل، مصدر استصنع الشيء : أى دعا الى صنعه . ويقال: اصطنع فلانُ باباً : إذا سأل رجلاً ان يصنع له باباً. ^(١) وشرعاً : ان يقول لصاحب خف او مكعب او صفاراً اصنع لى خفاً طولهُ كذا وسعته كذا او دمتاً أى برمة تسع كذا ووزنها كذا على هيئة كذا بكذا وكذا ويعطى الثمن المسمى أولاً يعطى شيئاً فيقبل الآخر منه . أى طلب العمل منه في شئ خاص على وجه مخصوص . ^(٢)

وفى البدائع من شروطه بيان شروطه بيان جنس المصنوع ونوعه وقدره وصفته وأن يكون مما فيه تعامل وان لا يكون مؤجلاً وإلا كان سلماً . ^(٣)

(١) المصباح المنير للفيومي ج ١ ص : ٣٤٨ - ٣٤٩ ، لسان العرب ج ٨ ص : ٢٠٨ ، مختار الصحاح للرازي ص : ٣٣٦ - ٣٣٧ .

(٢) البحر الرائق ج ٦ ص : ١٨٥ ، حاشية ابن عابدين ج ٥ ص : ٢٢٣ ، شرح فتح القدير ج ٧ ص : ١١٤ ، تبين الحقائق ج ٤ ص : ١٢٣ ، العناية شرح الهداية ج ٧ ص : ١١٤ .

(٣) بدائع الصنائع ج ٥ ص : ٢ - ٤ .

والإستصناع القياس: يقتضى منعه لأنه بيع المعلوم وفي الإستحسان جاز لان الناس تعاملوه في سائر الإعصار .

وهو عند الحنفية جائز شرعاً استثناءً من قاعدة عامة تقتضي عدم جوازه . وهى عدم صحة بيع المعلوم ، التي دل عليها الحديث المشهور الذي رواه الصحابي حكيم بن حزام^(١) أن النبي ﷺ قال له : لا تبع ماليس عندك^(٢) . وقال الكاساني القياس ان الاستصناع لا يجوز لانه بيع ماليس عند الإنسان لا على وجه السلم ، وقد نهي رسول الله ﷺ عن بيع ماليس عند الإنسان ورخص في السلم . ويجوز الإستصناع استحساناً لإجماع الناس على ذلك لأنهم يعملون ذلك في سائر الأعصار من غير نكير . وقد قال عليه الصلاة والسلام : لا تجتمع أمتي على ضلالة ، وبعض الحنفية يرى أن دليل مشروعية الاستصناع لم يكن الاستحسان فقط ، وإنما كان دليله الكتاب والسنة والإجماع من الكتاب قوله تعالى : ﴿ قَالُوا يَا ذَا الْقُرْآنِ إِنَّ يَأْجُوجَ وَمَأْجُوجَ مُفْسِدُونَ فِي الْأَرْضِ قُلْ نَجْعَلُ لَكَ خَرْجًا عَلَى أَنْ تَجْعَلَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ سَدًّا ﴾^(٣) قال ابن عباس خرجاً أى اجراً عظيماً .^(٤) وجه الاستدلال ان الله تعالى ذكر انهم طلبوا من ذي القرنين أن يصنع لهم السد مقابل مال يخرجونه له من أموالهم . وهذا هو الاستصناع بعينه . وقوله فيما بعد : ﴿ قَالَ مَا مَكَّنِّي فِيهِ رَبِّي خَيْرٌ ﴾ ليس إنكاراً للصيغة التي عرضوها للتعامل معه .

بل اقترح عليهم صيغة أخرى أفضل منها وهى أن يعينوه بما لديهم من القوى البشرية والإمكانات المتاحة، ويعينهم هو بما لديه من الخبرة الفنية والعمل . فحيث أورد القرآن الكريم

(١) حكيم بن حزام ابن خويلد بن أمية بن عبد العزى بن قصي بن كلاب أبو عبالد القرشي الأسدي ، أسلم يوم الفتح وحسن إسلامه وغزا حنيناً والطائف وكان من أشرف قريش وعقلائها ونبلائها وكانت خديجة رضى الله عنها عمته والزبير ابن عمه ، عاش مئة وعشرين سنة ولد قبل عام الفيل بثلاثة عشرة سنة . أنظر : سير أعلام النبلاء ج ٣ ص : ٤٤ .

(٢) رواه ابن ماجه ج ٢ ص : ٧٣٧ ، رقم (٢١٨٧) كتاب التجارة ، والترمذي ج ٣ ص : ٥٣٤ ، وقال الترمذي حديث حسن صحيح ، والإمام مالك في موطاه ج ٢ ص : ٦٤٠ .

(٣) سورة الكهف آية رقم (٩٤) .

(٤) انظر : تفسير ابن كثير ج ٣ ص : ١٠٥ ، الطبري ج ١٦ ص : ٢٢ ، أحكام القرآن لابن العربي ج ٣ ص : ٢٤٣ ، أحكام القرآن للحصاص ج ١ ص : ١٥٤ .

هذه القصة دون إنكار للاستصناع المذكور فيها دل على جوازه ومشروعيته ، والدليل من السنة ان النبي ﷺ اصطنع خاتماً من ذهب وجعل فصبه في باطن كفه إذا لبسه ، - فاصطنع الناس خواتيم من ذهب . فرقى المنبر فحمد الله وأثنى عليه ، فقال : إني كنت اصطنعته ، وإني لا ألبسه ، فنبذه ، فنبذ الناس . رواه البخاري .^(١)

ورواه ايضاً بمعناه من حديث انس بن مالك رضى الله عنه . وحديث صنع المنبر لرسول الله ﷺ وفيه : بعث رسول الله ﷺ الى فلانة ، امرأة قد سماها سهل أن مري غلامك النجار يعمل لي اعواداً أجلس عليهن إذا كلمت الناس . فأمرته ان يعملها من طرفاء الغابة . ثم جاء بها ، فأرسلت الى رسول الله ﷺ فأمر بها فوضعت فجلس عليه رواه البخاري ايضاً^(٢) على أن هذا الحديث وان استشهد به الحنفية لا يعتبر نصاً صريحاً يدل على تجويز الرسول ﷺ للاستصناع ، إذ يحتمل ان الصنع كان على أساس نوع من التبرع ، فلا يكون استصناعاً . اما الإجماع : تعامل الناس بالاستصناع منذ عهد النبوة الى اليوم ، دون نكير من أحد من اهل العلم ، في المباني والأثاث والملابس والأحذية والأواني والسيوف والسروج ونحو ذلك كثير ، ولا يخلو مجتمع من شيء من ذلك . والتعامل دليل الحاجة العامة . يقول في بدائع الصنائع : والقياس يأبى جوازه لانه بيع المعدوم كالسلم بل هو أبعد جوازاً من السلم ، لان المسلم فيه تحمله الذمة ، لأنه دين حقيقة ، والمستصنع عينٌ توجد في الثاني ، والأعيان لا تحتملها الذمة فكان جواز هذا العقد أبعد عن القياس عن السلم وفي الاستحسان جاز .^(٣) وجاء في شرح فتح القدير لابن الهمام

(١) أخرجه البخاري ج ٥ ص : ٢٢٠ ، باب من جعل فص الخاتم في بطن كفه رقم (٥٥٣٨) .

(٢) أخرجه البخاري ج ٢ ص : ٧٣٨ ، باب النجار ، رقم (١٩٨٨) .

(٣) بدائع الصنائع ج ٥ ص : ٢٠٧ - ٢١٠ ، أصول السرخسي ج ٢ ص : ٢٠٣ ، البحر الرائق ج ٦ ص : ١٨٥ ، الجامع الصغير ج ١ ص : ٣٢٥ ، الدر المختار ج ٥ ص : ٢٢٤ ، المبوط ج ١٢ ص : ١٣٩ ، المجلة ج ١ ص : ٧٥ ، الهداية شرح البداية ج ٣ ص : ١٧ ، ص : ٤٩ ، ج ٤ ص : ٥٤ ، تبين الحقائق ج ٤ ص : ١٢٣ ، تحفة الفقهاء ج ٢ ص : ٥٢ ، ٣٦٢ ، ٣٦٣ ، حاشية ابن عابدين ج ٥ ص : ٨٨ ، ص : ٢٢٣ ، ٢٢٤ ، ٢٢٥ ، و ج ٦ ص : ٥٩ ، شرح فتح القدير ج ٦ ص : ٤٥١ ، ج ٧ ص : ١١٤ - ١١٧ ، فتاوى الغدوى ج ٢ ص : ٥٧٧ - ٥٧٨ .

القياس أن الاستصناع لا يجوز وهو قول زفر والشافعي إذ لا يمكن جعله إجارة لأنه استجار على العمل في ملك الأجير وذلك لا يجوز ، كما لو قال : اعمل طعامك من هذا المكان إلى مكان كذا بكذا ، أو اصنع ثوبك أحمر بكذا ، لا يصح ولا يمكن جعله بيعاً لأنه بيع معدوم ، ولو كان موجوداً مملوكاً لغير العاقد لم يجوز . فإن كان معدوماً فهو أولى بعدم الجواز ولكن جواز استحساناً للتعامل الرجوع إلى الإجماع العملي .^(١) والاستصناع بلا أجل معلوم يصح استحساناً فيما تعورف فيه كخف وطست وقمقة وغير ذلك من الأواني وهو بيع والقياس أن لا يصح لأنه بيع المعدوم وبه قال زفر والأئمة الثلاثة . فهو مشروع عند أكثر الحنفية على سبيل الاستحسان ، ومنعه زفر من الحنفية اخذاً بالقياس لأنه بيع المعدوم.^(٢)

(١) شرح فتح القدير ج ٧ ص ١١٥ .

(٢) والمخاطبة في هذا مثل الحنفية حيث يستفاد من كلامهم أن الاستصناع : بيع سلعة ليست عنده على غير وجه السلم . أما المالكية والشافعية . فقد الحقوه بالسلم . قال في الفروع لابن مفلح : ذكر القاضي وأصحابه لا يصح استصناع سلعة لأنه باع ما ليس عنده على غير وجه السلم . انظر : الفروع لابن مفلح ج ٤ ص ١٨ ، وجاء في كشف القناع : لا يصح استصناع سلعة بان يبيع سلعة يصنعها له ، لأنه باع ما ليس عنده على غير وجه السلم ... وهو قول القاضي وأصحابه . انظر : كشف القناع ج ٣ ص ١٦٥ ، الأنصاف ج ٤ ص ٣٠٠ . قال الإمام مالك : لا بأس باستصناع التقمم والطست والخف ونحوه مما يعرف ويعلم وإن كان لا يعلم فلا خير فيه سواء عجل الأجر أو لم يعجل . انظر : مختصر اختلاف العلماء ج ٣ ص ٣٥ ، وقال في مواهب الجليل : قال في المدونة : من استصنع طناً أو قنطرة أو خفاً أو غير ذلك مما يعمل في الأسواق بصفة معلومة فإن كان مضموناً إلى مثل أجل السلم ولم يشترط عمل رجل بعينه ولا شيئاً بعينه يعمل منه جاز ذلك إذا قتم رأس المال مكانه أو إلى يوم أو يومين فإن ضرب لرأس المال اجلاً بعيداً لم يجوز وصار ديناً بدني وإن اشترط عمله من نخل أو حديد بعينه أو ظواهر معينة أو عمل رجل بعينه لم يجوز إن تقده ، لأنه غرر . انظر : مواهب الجليل ج ٤ ص ٥٣٩ ، التاج والإكليل ج ٦ ص ٥١٧ ، شرح مختصر محط ج ٥ ص ٢٢٣ - ٢٢٤ ، حاشية الدسوقي ج ٣ ص ٢١٦ - ٢١٧ ، منح الجليل ج ٥ ص ٣٨٥ - ٣٨٦ ، وانظر : المدونة ج ٣ ص ٦٨ - ٦٩ . وعند الشافعية جاء في كتاب الأم للشافعي : لا بأس أن يسلط في طست أو تور ، من نخل ، أو شبه ، أو رصاص أو حديد ، ويشترط بعه معروف ، ومضروباً أو مفرغاً ، وبصفة معروفة ، ويصفه بالنعانة أو الرقة ويضرب له اجلاً كهر في الثياب . وإذا جاء به على ما يقع عليه اسم الصنعة والشرط لزمه ، ولم يكن له رده . انظر : الأم للشافعي ج ٣ ص ١٣٣ ، وانظر : أسنى المطالب ج ٢ ص ١٣٧ - ١٣٨ ، حاشية قليوبي وعميرة ج ٢ ص ٣١٦ - ٣١٧ ، تحفة المحتاج ج ٥ ص ٢٩ - ٣٠ ، نهاية المحتاج ج ٤ ص ٢١٢ - ٢١٣ ، حاشية الجمل ج ٣ ص ٢٤١ - ٢٤٢ .

فصهور الفقهاء يرى أن مقتضى القياس والقواعد العامة ألا يجوز الاستصناع ، وعلى كل من أراد الحصول على الممنوع على العفة المعية التي يريدونها أن يتعاقد مع العتاع بصفة الإجارة أو صيغة السلم . ولذلك يكون الاستصناع عند الجمهور قسماً من أقسام السلم ، ويشترط فيه ما يشترط في السلم . ويرى الحنفية أن الاستصناع جائز استحساناً على غير القياس لأن القياس يقتضي منعه لأنه من بيع المعلوم . ويرى بعض الحنفية أن دليل حرمان الاستصناع ليس الاستحسان فقط بل يستدل عليه كذلك بالسنة والإجماع . ويجوز الاستصناع إذا جرى فيه تعامل ومالا تعامل فيه لا يجوز الاستصناع ويكون سلباً إذا اجتمعت فيه شرائطه وفي الصحيح أن الاستصناع يجوز بيعاً وهو وعد وليس ببيع وإنما يتعقد بيعاً إذا أتى به مفروضاً بالتعاطي ولهذا يثبت فيه الخيار لكل واحد منهما وجه قول الجمهور أن عمله سواه شراء وذكر فيه القياس والاستحسان وفصل بين ما فيه تعامل ومالا تعامل فيه وأثبت فيه خيار الرقبة ولو قبض الثمن ملكه .

كراء الأرض بما يخرج منها .

شرعية المزارعة : اختلف فيها قال أبو حنيفة أنها غير مشروعة ^(١) وذهب مالك والشافعي والثوري وأبو يوسف ومحمد بن الحسن صاحب أبي حنيفة وأحمد إلى جوازها ، وهي عندهم مستثناة بالسنة من بيع ما لم يخلق ^(٢) وإجماع الصحابة والقياس والمعقول وأما الشافعية وفي أصح الأقوال عنهم أنها لا تجوز لا مستقلة ولا تابعة لها .

وقال في تكملة المجموع شرح المذهب لا تجوز المزارعة علي بياض لا شجر فيه فأما إذا كانت الأرض بين النخل لا يمكن سقي الأرض إلا بسقيها نظرت فإذا كان التحيل كثيراً والبياض قليلاً جاز أن تساقه علي النخل وأن تزارعه علي الأرض وإن عقد المزارعة علي الأرض ثم عقد المساقاة علي النخل لم تصح المزارعة لأنها إنما أحييت تبعاً للمساقاة للحاجة ولا حاجة قبل المساقات وإن عقد بعد المساقاة ففيه وجهان .

أحدهما : لا تصح لأنه أفراد للمزارعة بالعقد فأشبهه إذا قدمت .

والثاني : تصح لأنهما يحصلان لمن له المساقاة ^(٣) .

وقال في بداية المجتهد: واختلفوا إذا كان مع النخل أرض بيضاء أو مع الشجر هل يجوز أن تبقى الأرض مع النخل يجوز من النخل أو يجوز من النخل ويجوز مما يخرج من الأرض ؟ ويقصد بذلك المزارعة فذهب إلى جواز ذلك طائفة ربه قال صاحب أبي حنيفة ^(٤) والبيهقي ^(٥) وأحمد ^(٦) والثوري ^(٧) وأبو أيوب ^(٨) وجماعة وقال الشافعي وأهل الظاهر لا تجوز

(١) يقع الصانع جـ ص : ١٧٥ ، عين الحقائق جـ ص : ٢٧٨ - ٢٧٩ ، العناية شرح الهداية جـ ٩ ص : ٤٦٢ -

٤٦٣ ، البحر الرائق جـ ص : ١٨١ ، حاشية رد المحتار جـ ص : ٢٧٤ ، للبرط جـ ٢٣ ص : ٢ - ٧ .

(٢) بداية المجتهد جـ ٢ ص : ١٨٤ ، حاشية العمودي جـ ٣ ص : ٣٧٢ ، المغني لابن قدامة جـ ص : ٤١٦ .

(٣) تكملة المجموع شرح المذهب جـ ١٤ ص : ٤١٦ - ٤١٧ ، الأم للنسفي جـ ٤ ص : ٢٥ - ٢٦ ، المذهب جـ ١ ص : ٣٩٤ .

(٤) صاحباً أبو حنيفة : أبو يوسف هو القاضي أبو يوسف ، يعقوب بن ابراهيم ، بن جيب بن حنيس بن سعد بن حنيفة الانصاري ، ولد سنة ١١٣ هـ كان من أهل الكوفة وهو صاحب أبي حنيفة ، كان فقيهاً عالمًا ، حافظاً ، جالساً بين أبي ليلى ، ثم جالساً أبا حنيفة وتولى القضاء لثلاثة من الخلفاء ، المهدي ، وابنه الهادي ، ثم هارون الرشيد . وضع كتاب الخراج وعمل على نشر المذهب الحنفي في الأمصار ، توفي سنة ١٨٢ هـ ببغداد . انظر : وفيات الأعيان ج ٥ ص : ٤٣١ ، ومحمد بن الحسن ابن فرقد العلامة فقيه العراق أبو عبدالله الشيباني الكوفي صاحب أبي حنيفة ولد بواسط ونشأ بالكوفة وأخذ عن أبي حنيفة بعض الفقه وعم الفقه على القاضي أبو يوسف وروى عن أبي حنيفة ومسلم ومالك بن مغول والأوزاعي ومالك بن أنس ، وهو الذي نشر فقه أبي حنيفة ، من مصنفاته الجامع الكبير والجامع الصغير . ولد سنة ١٣٢ هـ ، ومات سنة ١٨٩ هـ بالري . انظر : سير أعلام النبلاء ج ٩ ص : ١٣٤ - ١٣٦ ، الفوائد البهية ص : ١٦٣ ، شذرات الذهب ج ١ ص : ٣٢١ ، وفيات الأعيان ج ٤ ص : ١٨٤ .

(٥) الليث بن سعد بن عبد الرحمن الفهسي مولاهم المصري مولده : بقرقشندة - قرية من أسفل أعمال مصر - سنة ٩٤ هـ وقيل سنة ٩٣ هـ . والأول أصح ، لأن يحيى يقول : سمعت الليث يقول : ولدت في شعبان سنة أربعة ، سمع عطاء ابن أبي رباح ، وابن أبي مليكة ، وابن شهاب الزهري وخلق كثير وروى عنه خلق كثير منهم ابن عجلان شيخه ، وابن خزيمة ، وابن المبارك . مات الليث للنصف من شعبان سنة ١٧٥ هـ يوم الجمعة . انظر : سير أعلام النبلاء ج ٨ ص : ١٣٦ - ١٦٣ ، النجوم الزاهرة ج ٢ ص : ٨٢ ، شذرات الذهب ج ١ ص : ٢٨٥ .

(٦) سفيان الثوري : سفيان بن سعيد بن مسروق الثوري أبو عبد الله الكوفي أحد الأئمة الأعلام ولد سنة ٩٧ هـ وهو من التابعين . مات سنة ١٦١ هـ . انظر : طبقات الحفاظ للسيوطي ص : ٩٥ ، شذرات الذهب ج ١ ص : ٢٥٠ ، وفيات الأعيان ج ١ ص : ٣٨٦ .

(٧) ابن أبي ليلى : عبد الرحمن ابن أبي ليلى الأنصاري الأوسي أبو عيسى الكوفي ، روى عن عمر ، ومعاذ ، وبلال ، أدرك مائة وعشرين من الصحابة الأنصارين ، روى عنه ابنه عيسى ، ومجاهد ، وعمرو ابن ميمون ، وخلق ، وثقة ابن معين ، قال أبو نعيم مات سنة ٨٣ هـ . انظر : شذرات الذهب ج ١ ص : ٩٢ ، خلاصة تذهيب الكمال ج ٢ ص : ١٥٠ ، طبقات الحفاظ ص : ١٩ .

المساقاة إلا في الثمر فقط وأما مالك فقال : إذا كانت الأرض تبعاً للثمر وكان الثمر أكثر ذلك فلا بأس بدخولها في المساقاة اشترط جزءاً خارجاً منها أو لم يشترطه .
 وحد ذلك الجزء بأن يكون الثلث فما دونه ، وحجة من أجاز المساقاة عليها جميعاً - أي علي الأرض بجزء مما يخرج منها - حديث ابن عمر (أن رسول الله ﷺ دفع إلي يهود خيبر نخل خيبر وأرضها علي أن يعملوها من أموالهم ، ولرسول الله ﷺ شطر ثمرها) أخرجه البخاري - ومسلم ^(١) .

وحجة من لم يجز ذلك ما روي من النهي عن كراء الأرض بما يخرج منها في حديث رافع بن خديج ^(٢) .

وأما تحديد مالك بالثلث فضعيف وهو استحسان مبني علي غير الأصول لأن الأصول تقتضي أنه لا يفرق بين الجائز من غير الجائز بالقليل والكثير من الجنس الواحد ^(٣) .

(١) حديث ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج من ثمر أو زرع وفي رواية أخرى عن ابن عمر قال أعطى رسول الله ﷺ خيبر بشطر ما يخرج من ثمر أو زرع رواه مسلم جـ ٣ ص : ١١٨٦ رقم (١٥٥١) باب المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع من كتاب المساقاة ، والبخاري في صحيحه جـ ٢ ص : ١٢٠ رقم (٢٢٠٣) كتاب المزارعة باب فضل الزرع والفرس .

(٢) أخرجه البخاري جـ ٢ ص : ٨٢٤ في كتاب الحرث والمزارعة في باب ما كان من أصحاب النبي ﷺ يواس بعضهم بعضاً في الزراعة والتمر ، ومسلم في صحيحه جـ ٣ ص : ١١٨١ من كتاب البيوع باب كراء الأرض بالطعام .

(٣) بداية المجتهد جـ ٢ ص : ١٨٥ - ١٨٦ ، وأنظر : منح الجليل شرح مختصر خليل جـ ٧ ص : ٣٩٧ - ٤٠٠ ، المتقي شرح الموطأ جـ ٥ ص : ١٣٢ .

إذا استأجر رب الدار الفعلة لإخراج الجناح أو الظلة فوق فقتل إنساناً .

إذا استأجر رب الدار الفعلة^(١) لإخراج الجناح أو الظلة فوق فقتل إنسان فإن سقط من عملهم قبل أن يفرغوا منه فالضمان عليهم دون رب الدار لأنه إنما سقط لتقصيرهم في الإمساك فكأنهم القوا ذلك فيكونون قاتلين مباشرة فيلزمهم الدية والكفارة ويحرمون الميراث وإن سقط ذلك بعد فراغهم من العمل فالضمان فيه علي رب الدار استحساناً وفي القياس هذا كالأول لأنهم باشروا إحداث ذلك في الطريق وصاحب الدار ممنوع من إحداثه وإنما يعتبر فيما أمره في ماله إن يفعله بنفسه ولكنه استحسن الحديث شريح فإنه قضى بالضمان علي مثله علي رب الدار والمعنى فيه أنهم يعملون له ولهذا يستوجبون الأجر عليه وقد صار عملهم مسلماً إليه بالفراغ منه فكأنه عمل ذلك بنفسه بخلاف ما قبل الفراغ فإنه عملهم لم يصير مسلماً إليه بعد^(٢) .

قال في فتح القدير : (ولو استأجر رب الدار الفعلة لإخراج الجناح أو الظلة فوق فقتل إنساناً قبل أن يفرغوا من العمل فالضمان عليهم) لأن التلف بفعلهم (وما لم يفرغوا لم يكن العمل مسلماً إلي رب الدار) وهذا لأنه انقلب فعلهم قتلاً حتى وجبت

(١) القاء مع العين المهملة : يقال للذين يعملون بأيديهم في طين أو بناء أو حفر (الفعلة) والعملة (ومنها) أحضر فعلة لخدم داره وتسخر الأمير العملة . أنظر : المغرب ص : ٣٦٣ - ٣٦٤ ، وأنظر : لسان العرب جـ ١١ ص : ٥٢٨ ، عتار الصحاح جـ ١ ص : ٢٣٧ .

(٢) المبسوط جـ ٢٧ ص : ٨ - ٩ ، تبين الحقائق جـ ٦ ص : ١٤٤ ، العناية شرح الهداية جـ ١٠ ص : ٣٠٩ - ٣١٠

عليهم الكفارة ، والقتل غير داخل في عقده فلم يتسلم فعلهم إليه فاقصر عليهم (وإن سقط بعد فراغهم فالضمان علي رب الدار استحساناً لأنه صبح الاستجار حتى استحقوا الأجر ووقع فعلهم عمارة وإصلاحاً فانتقل فعلهم إليه فكأنه فعل بنفسه فلهذا يضمنه ^(١) .

وقال في رد المختار: لو استأجر رب الدار الفعلة لإخراج جناح أو ظلة فوقع قتل إنساناً إن قبل فراغهم من عمله فالضمان عليهم، لأنه حيثئذ لم يكن مسلماً لرب الدار ^(٢) وقال في الجوهرة النيرة : وإذا استأجر صاحب الدار الأجراء لإخراج الجناح ووقع قتل إنساناً قبل أن يفرغوا من العمل فالضمان عليهم ما لم يكن العمل مُسَلِّماً إلي صاحب الدار وعليهم الكفارة وإن سقط بعد فراغهم فالضمان علي صاحب الدار استحساناً ^(٣)

(١) فتح القدير ج ١٠ ص : ٣٠٩ - ٣١٠ .

(٢) رد المختار علي الدر المختار ج ٦ ص : ٥٩٨ ، وانظر : نصب الراية في تفريغ أحاديث الهداية ج ٦ ص : ٤٢٥ ،

الفتاوى الهندية ج ٦ ص : ٤١ .

(٣) الجوهرة النيرة ج ٢ ص : ١٣٥ ، البحر الرائق ج ٨ ص : ٣٩٦ ، وانظر : مجمع الضمانات ص : ١٧٨ .

إذا طحن الغاصب الحنطة فعليه مثلها ، والدقيق له .

وإذا طحن الغاصب الحنطة فعليه مثلها ، والدقيق له عندنا وعن أبي يوسف روايتان إحداهما أن حق المغمصوب منه لا ينقطع عن الدقيق لا علي معنى أنه يتمكن من أخذه ، ولكن يباع فيشتري له به حنطة مثل حنطته وإن مات الغاصب فالمغمصوب منه أحق به من سائر الغرماء ؛ لأنه زال ملكه ويده بسبب لم يرض به ...

والرواية الثانية : إن ملكه لا يزول بل له الخيار ، وإن شاء ترك الدقيق ، وضمنه حنطة مثل حنطته وإن شاء أخذ الدقيق ولم يضمنه شيئاً .

قال استحسّن ذلك وأخالف فيه أبا حنيفة ، لأنه استقبح أن يأتي مفلس إلى كر حنطة إنسان فيطحنه ثم يهب الدقيق لابنه الصغير ، فلا يتوصل صاحب الحنطة إلى شيء ، فهذا قول الشافعي أيضاً إلا أن عند الشافعي يأخذ الدقيق ويضمنه النقصان ... وعند أبي يوسف لا يجوز ذلك كما هو مذهبنا .

ووجه هذا أن الدقيق عين شبه فيكون له أن يأخذه كما قبل الطحن ، وهذا لأن عمل الطحن في تفريق الأجزاء لا لاحداث ما لم يكن موجوداً وتفريق الأجزاء لا يبدل العين كالقطع في الثوب ... والدليل علي أن الدقيق جنس الحنطة جرى الربا بينهما ، ولا يجري الربا إلا باعتبار المجانسة .

واستدل محمد بحديث أبي موسى " أن النبي ﷺ كان في ضيافة رجل من الأنصار فقدم إليه شاة مصلية فأخذ منها لقمة فجعل يلوكها ولا يسيغها فقال ﷺ : إنها ذبحت بغير حق فقال الأنصار : كانت شاة أخي ، ولو كانت أعز منها لم ينفس علي بها ،

وسأرضيه بما هو خير منها إذا رجع قال ﷺ أطعموها الأسارى ^(١).

فأمره بالتصدق بما بيان منه أن الغاصب قد ملكها ، والمعنى فيه أن هذا الدقيق غير الحنطة وهذا إنما غصب الحنطة فلا يلزمه رد الدقيق كمن اتلف حنطة لا يلزمه رد الدقيق ، ولكن بين الدقيق والحنطة شبهة المجانسة من حيث الصورة وهو أن عمل الطحن صورة تفريق الأجزاء وباب الربا مبنى على الاحتياط لبقاء شبهة المجانسة من هذا الوجه جرى حكم الربا بخلاف القطع في الثوب ... وعلي قول زفر للغاصب أن يأكل هذا الدقيق ويتنفع به قبل أن يؤدي الضمان ، وهو القياس ، لأن ملكه حادث بكسبه .

وفي الاستحسان وهو قولنا ليس له أن يتنفع بما لم يؤد الضمان بالتراضي أو بقضاء القاضي ، أو يقضي عليه بالضمان لما بينا أن من حيث الصورة هذه أجزاء ملك المصنوب منه ، وهذه الصورة معتبرة فيما بني من الاحتياط والأكل مبنى على ذلك ، فإنما يتم تحول حق المصنوب منه إلى الضمان بالامتياز أو بالقضاء فلهذا لا يتنفع به إلا بعده ^(٢)

(١) أنظر : نصب الراية للزيلعي جـ ٤ ص : ١٦٩ ، الدراية في تخریج أحاديث الهداية جـ ٢ ص : ٢٠٠ ، التحقيق في أحاديث الخلاف جـ ٢ ص : ٢١٢ ، سنن الدارقطني جـ ٤ ص : ٢٨٥ رقم (٥٤) باب الصيد والذبائح والأطعمة .
(٢) المبسوط للسرغسي جـ ١١ ص : ٨٦ - ٨٧ .

وقال في العناية شرح الهداية : وإذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعها زال ملك المغصوب منه وملكها الغاصب وضمنها ، ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها ، كمن غصب شاة وذبحها وشواها أو طبخها أو حنطة فطحنها أو حديدًا فأتخذها سيفًا أو صفرًا فعمله آنية وهذا كله عندنا .

وقال الشافعي : لا ينقطع حق المالك وهو رواية عن أبي يوسف ، غير أنه إذا اختار أخذ الدقيق لا يضمنه النقصان عنده ؛ لأنه يؤدي إلى الربا ، وعند الشافعي يضمنه ، وعن أبي يوسف أنه يزول ملكه عنه لكنه يباع في دينه وهو أحق به من الغرماء بعد موته . للشافعي أن العين باقية فيبقى علي ملكه ^(١) .

فعند الحنفية والمالكية ^(٢) ، وقول عند أحمد ^(٣) ، إلى أنه إذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وأعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها ، ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها ، كمن

(١) العناية شرح الهداية : ج ٩ ص : ٢٢٣ ، ٢٢٤ ، وانظر : تبين الحقائق ج ٥ ص : ٢٢٦ - ٢٢٧ ، نصب الراية في تخریج أحاديث الهداية ج ٥ ص : ٤٠٢ - ٤٠٣ ، الجوهررة الثرة ج ١ ص : ٣٤١ - ٣٤٢ ، فتح القدير ج ٩ ص : ٢٢٣ - ٢٢٤ ، البحر الرائق ج ٨ ص : ١٣٠ - ١٣١ ، مجمع الضمانات ص : ١٢٥ - ٢٣٦ ، الفتاوى الهندية ج ٥ ص : ١٢١ .

(٢) يقول الباجي : من غصب حطة فطحنها سويقاً وأتته فليس لربها أخذ ذلك فإن لم يكن للغاصب مال يبيع السويق فاشترى من ثمنه مثل الحنطة فما فضل فللغاصب وما نقص أثبع به ثم قال : قال سحنون : كل ما غر حتى يصير له اسم غير اسمه فليس له أخذه ، وهو فوت ... ولرب الحنطة أن يأخذها إذا طاحتها الغاصب سويقاً أو يضمنه مثلها ولا حجة للغاصب في الصنعة . انظر : المتقني شرح الموطأ ج ٥ ص : ٢٧٧ ، وقال في المدونة : فيمن اغتصب من رجل سويقاً فلقته بسمن أو ثوباً فصيفه أو قمحاً فطحته قلت : أرايت لو أن اغتصب من رجل سويقاً فلقته بسمن ، فأتى رجل فاستحق ذلك السويق ؟ قال تضمن له سويقاً مثل ذلك السويق ... إلى أن قال : قلت أرايت إن غصبت من رجل حنطة فطحتها دقيقاً ؟ قال : أحب ما فيه لي : أن يضمن له حنطة مثل حنطته . انظر : المدونة ج ٤ ص : ١٨٥ ، وانظر شرح مختصر تحليل ج ٦ ص : ١٣٤ - ١٣٥ .

(٣) قال ابن قدامة في المغني : روى محمد بن الحكم عن أحمد ما يدل على أن الغاصب يملكها بالقيمة إلا أنه قوله قدم رجع عنه ، انظر : المغني لابن قدامة ج ٥ ص : ١٥٣ .

غصب شاة وذبحها وشواها أو طبخها أو حنطة فطحنها ، أو حديداً اتخذها سيفاً أو نحاساً فعمله آتية ، وسبب انتقال الملكية أن الغاصب أحدث صنعة متقومة ، لأن قيمة الشاة تزداد بطبخها أو شيها ، وبهذا يعتبر حق المالك هالكاً من وجهه إلا ترى أنه تبدل الاسم وفات معظم المقاصد ، وحق الغاصب في الصنعة قائم من كل وجه ، وما هو قائم من كل وجه مرجح علي الأصل الذي هو فائت وهالك من وجهه وعلي هذا يخرج ما إذا كان المغصوب لحماً ، فشواه أو طبخه ، أو حديداً فضربه سكيناً ، أو تراباً له قيمة فاتخذة خزفاً ، ونحو ذلك ، لأنه ليس للمالك أن يسترد شيئاً من ذلك ، ويحول ملكه بضمان المثل أو القيمة ، وتبطل ولاية الاسترداد ، كما إذا استهلكه حقيقة ^(١) .

(١) وقال الشافعي: لا ينقطع حق المالك ولا يزول ملك صاحبه عنه ، لأن بقاء العين المغصوبة يوجب بقاء ملك المالك ، لأن الواجب الأصلي في الغصب رد العين عند قيامها ، والعين باقية ، تبقى علي ملكه ، وتتبعه الصنعة الحادثة ، لأنها تابعة للأصل ، ولا يعتبر بفعله ؛ لأنه محذور فلا يصلح سبباً للملك ، وعن محمد بن الحسن أنه يخبر بين القيمة أو العين مع الأرض ، وذكر أبو الخطاب : أن الغاصب يشارك المالك بكل الزيادة ، لأنها حصلت بمنافعه ، ومنافعه أجريت بجرى الأعيان ، فأشبه ما لو غصب ثوباً فضيفه ، وذلك بأن تقوم العين المغصوبة غير مصنعة ، ثم تقوم مصنعة ، فالزيادة تكون للغاصب ، علي هذا الرأي وهو المذهب عند الحنابلة ورواية عن أبي يوسف ، يقول الشافعي في الأم : فإن كان حنطة فطحنها ففيها قولان . أحدهما : وبه أقول يأخذها ويعطى قيمة الطحن ؛ لأنه زائد علي ماله ... انظر : الأم للشافعي جـ ٥ ص : ٢٠١ ، وقال في الوسيط : إذا غصب حنطة فطحنها أو نقره فصاغها أو ثوباً فقصره أو خاطه أو طناً فضربه لبناً فلا يملك الغاصب شيء من ذلك . انظر : الوسيط جـ ٣ ص : ٤٠٩ ، وانظر : روضة الطالبين جـ ٥ ص : ٢٤ . وذكر ابن قدامة في المغني : فقال وإذا غصب حنطة فطحنها أو شاة فذبحها وشواها أو حديداً فعمله سكاكين وأواني خشبية فنحرجها باباً أو تابوتاً أو ثوباً فقطعه وخاطه لم يزول ملك صاحبه عنه ويأخذه وأرض نقصه إن نقص ولا شيء للغاصب في زيادته في الصحيح من المذهب وهذا قول الشافعي ، انظر : المغني لابن قدامة جـ ٥ ص : ١٥٣ ، وقال في الكافي : فأما المغصوب فيود بزيادته المتصلة والمنفصلة لأن ملك صاحبه لم يزول عنه : انظر الكافي جـ ٢ ص : ٤٠٢ ، وانظر : كشف القناع جـ ٤ ص : ٨٨ .

إن أجاز المغصوب منه البيع بعد ما اعتق المشتري الجارية جاز البيع .

إن أجاز المغصوب منه البيع بعد ما أعتق المشتري الجارية جاز البيع ، ولم ينفذ عتق المشتري في القياس وهو قول محمد وزفر ، وفي الاستحسان ينفذ عتقه وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف هكذا يرويه محمد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة وهناك رواية عن أبي حنيفة أنه لا ينفذ عتقه ، وجه القياس : أن هذا عتق ترتب علي عقد توقف نفوذه لحق المالك ، فلا ينفذ بنفوذ العقد كالمشتري بشرط الخيار أقوى من البيع الموقوف فإنه متفق علي جوازه ، ويتم بموت البائع وبسكوته حتى تمضي المدة . والبيع الموقوف مختلف في جوازه ، وهو يبطل بموت العاقد وبموت المالك ، ولا يتم بدون الإجازة ؛ لأن هذا العتق توقف علي إجازة مالك ظاهر الملك ، فإن المالك لو أجاز العتق عن نفسه عتق من جهته ، فلا ينفذ من جهة من يحدث له بالملك كالمشتري من المكروه إذا أعتق قبل القبض ثم رضى المكروه بالبيع لم ينفذ عتق المشتري ، توضيحه : إن البيع والعتق توقفا علي إجازة المالك ثم لو أجاز العتق بطل البيع فكذلك لو أجاز البيع يبطل العتق لما بينهما من المناقاة في حقه .. وجه الاستحسان : أن هذا عتق ترتب علي سبب ملك تام فينفذ بدون السبب بالإجازة كالوارث إذا اعتق عبداً من التركة ، وهي مستغرقة بالدين ، ثم يسقط الدين أو المشتري من الوارث إذا فعل ذلك ^(١) .

(١) المبوط ج ١١ ص : ٦٢ كتاب الغصب باب الواجب علي الغاصب .

وقال في الفتاوى الهندية : إذا جاء المغصوب منه يدعى جارية في يد الغاصب وهو ينكر فأقام شاهدين شهد أحدهما أنها جاريته اشتراها من فلان وشهد الآخر أنها جاريته ورثها عن أبيه لم يجوز وإن شهد أحدهما بالشراء من رجل والآخر بالشراء من رجل آخر أو هبة أو صدقة لم تجز الشهادة وإن شهدا أنها جاريته غصبها إياه هذا وقد باعها الغاصب من رجل فسلم رب الجارية البيع بعد ذلك قال يجوز فإن كان الغاصب قد قبض الثمن فهلك عنده هلك من مال رب الجارية وكل ما حدث للجارية عند المشتري من ولد أو كسب أو أرش جناية وما شابهها فهو للمشتري وإن لم يسلم البيع وأخذها أخذ جميع ذلك معها وإن اعتقها المشتري لم ينفذ عتقه قبل أن يجيز المالك البيع عندنا فإن أجاز المغصوب منه البيع بعد ما أعتق المشتري الجارية جاز البيع وفي الاستحسان ينفذ عتقه وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف - هكذا يرويه محمد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة (١)

وقال في فتح القدير : ومن غصب عبداً فباعه فأعتقه المشتري ثم أجاز مولى العبد البيع فالعتق جائز كذا ذكر محمد في الجامع الصغير ولم يذكر خلافاً ، لكنهم اثبتوا خلافه مع زفر في بطلان العتق وهذه من المسائل التي جرت المحاورة بين أبي يوسف ومحمد .. فقال أبو يوسف : ما رويت لك عن أبي حنيفة أن العتق جائز وإنما رويت أن العتق باطل ، وقال محمد : بل رويت لي أن العتق جائز ، وإثبات مذهب أبي حنيفة في صحة العتق بهذا لا يجوز لتكذيب الأصل الفرع صريحاً ، وأقل ما هنا أن يكون في المسألة روايتان

(١) الفتاوى الهندية ج ٥ ص : ١٣٨ كتاب الغصب .

عن أبي حنيفة ... وقالوا : وقول محمد قياس . وقول أبي حنيفة استحسان . وجه قول محمد أنه لا عتق بلا ملك لقول ﷺ (لا عتق فيما لا يملك ابن آدم)^(١) .

والموقوف لا يفيد الملك وقت العتق ولو ثبت في الآخرة أي عند الإجازة ثبت مستنداً وهو ثابت وقت العتق من وجه دون وجه ، والمصحح للإعتاق الملك الكامل ... ولأجل أن الشرط الملك الكامل لا يصح أن يعتقه الغاصب ثم يؤدي الضمان ولا المشتري يشترط الخيار للبائع ثم يميز للبائع البيع وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب فيما نحن فيه مع أن البيع أسرع نفاذاً من العتق حتى نفذ من الغاصب إذا أدى الضمان بعد أن باع وكذا لا يصح إعتاق المشتري من الغاصب إذا أدى الغاصب الضمان^(٢) .

وذكر في مجمع الأنهر : وصح إعتاق المشتري من الغاصب إذا أجزى البيع يعني لو غصب عبداً فباعه ثم أعتقه المشتري من الغاصب ثم أجاز المولى البيع صح العتق استحساناً عن المشتري عند الشيخين خلاف لمحمد وزفر وهو رواية عن أبي يوسف وهو القياس لأنه لا عتق بدون الملك وجه الاستحسان أن الملك يثبت موقوفاً بتصرف مطلق موضوع لإفادة الملك ولا ضرر فيه فيتوقف الإعتاق مرتباً عليه وينفذ بنفاذه^(٣) .

(١) أخرجه أبو داود في سننه جـ ١ ص : ٥٠٦ باب في الطلاق قبل النكاح ، من كتاب الطلاق ، والترمذي في عارضة الأحوذ جـ ٥ ص : ١٤٧ باب ما جاء لا طلاق قبل النكاح من أبواب الطلاق ، وابن ماجه في سننه جـ ١ ص : ٦٦٠ باب لا طلاق قبل النكاح ، من كتاب الطلاق ، والإمام أحمد في مسنده جـ ٢ ص : ١٩٠ .

(٢) فتح القدير جـ ٧ ص : ٥٧ - ٥٨ كتاب البيوع فصل في بيع الفضولي .

(٣) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر جـ ٢ ص : ٩٥ - ٩٦ كتاب البيوع .

وذكر في بدائع الصنائع : ولو كان المصوب عبداً فأعتقه المشتري من الغاصب ثم أجاز المالك البيع ، نفذ إعتاقه استحساناً ، وعند محمد وزفر لا ينفذ قياساً ولا خلاف في أنه لو باعه المشتري ، ثم أجاز المالك البيع الأول أنه لا ينفذ البيع الثاني وجه القياس ما روى عن رسول الله ﷺ أنه قال (لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم ولا ملك للمشتري في العبد) ؛ لأنه ملك المصوب منه فلا ينعقد إعتاقه فيه فينفذ عليه عند الإجازة ، ولهذا لم ينفذ بيعه وجه الاستحسان أن إعتاق المشتري صادق ملكاً علي التوقف فينعقد علي التوقف كالمشتري من الوارث عبداً من التركة المستغرقة بالدين إذا اعتقه ، ثم أبرأ الغرماء الميت عن ديونهم ، والدليل علي أن الإعتاق صادقاً ملكاً علي التوقف : أن سبب الملك انعقد علي التوقف وهو البيع المطلق الخالي عن الشروط ممن هو من أهل البيع في محل قابل ، إلا أنه لم ينفذ دفعاً للضرر عن المالك ، ولا ضرر عليه في التوقف فيتوقف ، وإذا توقف سبب الملك يتوقف الملك فيتوقف الإعتاق ^(١) .

وإذا تعددت التصرفات وأجاز المالك أحدها أجاز العقد الذي أجازته خاصة فلو باع الغاصب العين المصوبة ثم باعها المشتري أو أجرها أو رهنها أو عتقها وتداولتها الأيدي فأجاز مالکها أحد هذه العقود جاز العقد الذي أجازته خاصة لتوقف كلها علي الإجازة فإذا أجاز عقداً منها جاز ذلك خاصة ، ولم نعر لغير الحنفية علي ما يتعلق بهذا ^(٢) .

فالإجازة لا تلحق الفعل عند الإمام أبو حنيفة ، وعند الإمام محمد بن الحسن والراجح عند الحنفية أن الإجازة تلحق الفعل ، وبناءً علي ذلك فإن الغاصب إذا

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص : ١٤٥ .

(٢) الموسوعة الفقهية ج ١ ص : ٣٠٩ .

أعطي المغصوب للأجنبي بأي تصرف فأجاز المالك ذلك فقد ذهب أبو حنيفة إلى عدم براءة الغاصب وأنه لا يزال ضامناً إذ الأصل عنده أن الإجازة لا تلحق الأفعال^(١) وذهب الإمام محمد بن الحسن إلى إجازة المالك لتصرف الغاصب صحيحة وتبرئ ذمته وتُسقط عنه الضمان والقاعدة عنده أن الإجازة تلحق الأفعال^(٢)

(١) والمفهوم من بعض فروع المالكية والشافعية ورواية عن أحمد أنهم يذهبون مذهب أبي حنيفة ، وعلل المالكية ذلك بأن الرضا بتصرف الغاصب لا يجعل يده يد أمانة . وعلل الشافعية والمخالفة لهذه الرواية بأن تصرف الغاصب في العين المغصوبة حرام ولا يملك أحد إجازة تصرف حرام .

(٢) وصر الرواية عند المخالفة واختلف علماؤهم في تحريم هذه الرواية عن أحمد ، قال الإمام مالك في المدونة : قلت أرايت إن اشتراها رجل من الغاصب فأعتقها ثم جاء ربا فأجاز البيع ، أتمكون حرة بالعتق الذي اعتقها المشتري قبل أن يميز ربا البيع في قول مالك ؟ قال : نعم . انظر : المدونة جـ ٤ ص : ١٧٥ ، وقال في التاج والإكلیل : من غصب أمة فباعها فقام ربها وقد اعتقها المبتاع فله أخذها ونقض العتق ، نقصت أم زادت ، وله أن يميز البيع فإن أجازته تم العتق بالعقد الأول . انظر : التاج والأكلیل جـ ٧ ص : ٣٣٤ ، وانظر : مواهب الجليل جـ ٥ ص : ٢٩٠ ، شرح مختصر خليل للخرشي جـ ٦ ص : ١٤٦ ، منح الجليل شرح مختصر خليل جـ ٧ ص : ١٣٣ - ١٣٤ وقال في الإنصاف : أعلم أن بيع الغاصب العين المغصوبة غير صحيح مطلقاً ، علي المنع ، وفيه رواية : يصح ويقف علي إجازة المالك ، وحكى فيه رواية ثالثة : يصح البيع ، انظر : الأنصاف جـ ٦ ص : ١٧١ - ١٧٢ ، جـ ٦ ص : ٢٠٥ - ٢٠٦ .

وقال ابن قدامة في المغني : أن الغاصب إذا باع الجارية ، فبيعه فاسد ، لأنه بيع مال غيره بغير إذنه . وفيه رواية أخرى ، أنه يصح ، ويقف علي إجازة المالك . وفي رواية ثالثة ، أن البيع يصح وينفذ لأن الغصب في الظاهر تتناول مدته فلو لم يصح تصرف الغاصب ، أفضى إلى الضرر بالمالك والمشتري ، لأن المالك لا يملك منها والمشتري لا يملكها ، والتفريع علي الرواية الأولى ، انظر : المغني لابن قدامة جـ ٥ ص : ١٥٦ ، وانظر : كشف القناع جـ ٤ ص : ١١٣ ، مطالب أولي النهي جـ ٤ ص : ٦٣ - ٦٤ .

وقال الشافعي في الأم : وإذا غصب الرجل من الرجل الجارية فباعها من رجل والمشتري يعلم أنها مغصوبة ثم جاء المغصوب فأراد البيع لم يكن البيع جائزاً من قبل أن أصل البيع كان محرماً فلا يكون لأحد إجازة المحرم . انظر : الأم جـ ٣ ص : ٢٥٨ وقال أيضاً في الأم : وإذا غصب الرجل الجارية فأعتقها ، أو باعها ممن اعتقها ، أو اشتراها شراءً فاسداً فأعتقها ، أو باعها ممن اعتقها فالباع باطل ، وإذا بطل البيع لم يميز عتق المبتاع ؛ لأنه غير مالك وهي مملوكة للمالك الأول يعاً فاسداً . انظر : الأم جـ ٧ ص : ١٠٢ ، وانظر : أسنى المطالب جـ ٢ ص : ٣٤٢ ، شرح البهجة جـ ٣ ص : ٢٦٤ - ٢٦٥ ، حاشيتا قليوبي وعميرة جـ ٣ ص : ٤٣ .

قال في المبسوط : فإن كان الدين أقل من التركة فسألوه أن يوقف منها قدر الدين ويقسم الباقي فعل ذلك استحساناً وفي القياس لا يفعل : لأن الدين شاغل لكل جزء من أجزاء التركة حتى لو هلك جميع التركة إلا مقدار الدين كان ذلك لصاحب الدين وهذا القياس قول أبي حنيفة الأول ولكنه استحسن ، وقال : قل ما تخلو التركة عن دين يسير ويقبح أن يوقف عشرة آلاف درهم بدين عشرة دراهم فالأحسن أن ينظر الفريقين جميعاً فيقف من التركة قدر الدين ^(١) .

إلا أن الفقهاء اختلفوا فيما إذا قسمت التركة بين الورثة قبل أداء الحقوق المتعلقة بها ، هل تنقض هذه القسمة أم تلزم ؟ فذهب الحنفية - إلى أن التركة المستغرقة بالدين تبقى علي ملك المورث ، أو هي في حكم ملكه ؛ لأن الدين يشغلها جميعاً . أما غير المستغرقة فإنها تنتقل إلى ملك الوارث من حين وفاة المورث أو ينتقل الجزء الفارغ من الدين . ومن ثم لا يجوز للورثة اقتسام التركة ما دامت مشغولة بالدين . وملكهم لا يظهر إلا بعد قضاء الدين لقوله تعالى : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ ﴾ ^(٢) . فإذا قسموها نُقضت قسمتهم حفظاً لحق الدائنين ، لأنهم قسموا ما لا يملكون .

(١) المبسوط ج ١ ص : ٣٣ ، تبين الخفايا ج ٥ ص : ٢٧٥ ، البحر الرائق ج ٨ ص : ١٧١ ، حاشية ابن عابدين ج ٥ ص : ٤١٦ ، تحفة الفقهاء ج ٣ ص : ٢٨٣ .

(٢) سورة النساء آية رقم (١٣) .

قال الكاساني : الذي يوجب نقض القسمة بعد وجودها أنواع : منها ظهور دين علي الميت ، إذا طلب الغرماء ديونهم ولا مال للميت سواء ولا قضاء الورثة من مال — أنفسهم^(١) .

أما إذا لم يكن الدين محيطاً بالتركة فملك الميت وحق الغرماء ثابت في قدر الدين من التركة علي الشيوع فيمنع جواز القسمة .
وذهب بعض الحنفية إلي : جواز القسمة استحساناً ، إذا كان الدين غير مستغرق للتركة ، لأنه قلما تخلو تركة من دين يسير^(٢) .

(١) بدائع الصنائع جـ ٧ ص : ٣٠ ، وانظر : درر الحكام في شرح مجلة الأحكام جـ ٣ ص : ٧٣ .
(٢) وكذلك ذهب المالكية إلي ما ذهب إليه الحنفية من أن التركة المستغرقة بالدين تبقى علي ملك المورث ، أو هي في حكم ملكه ، لأن الدين يشغلها جميعاً ، أما غير المستغرقة فإنها تنتقل إلي ملك الوارث من حين وفاة المورث أو ينتقل الجزء الفارغ من الدين . ولا يجوز للورثة اقتسام التركة ما دامت مشغولة بالدين وملكهم لا يظهر إلا بعد قضاء الدين .
وذهب الشافعية إلي : أن ملك الورثة للتركة يبدأ من حين موت المورث ، سواء أحاط الدين بالتركة أم لا وقسمة التركة ما هي إلا تمييز وإفراز لحقوق كل من الورثة ومن ثم فلا وجه لنقض القسمة عندهم .
وعند الحنابلة : لا تبطل القسمة بظهور دين علي الميت ؛ لأن تعلق الدين بالتركة لا يمنع صحة التصرف فيها ، لأنه تعلق بما يغير رضا الورثة ، قال في : المدونة : إن جهل الورثة إن الدين قبل القسمة أو لم يعلموا بالدين فاقسموا فالقسمة ترد إن كان اقتسموه قائماً ، وإن اتلف أحدهم حظه يريد وأعدم فلرب الدين إتباع الذي بقي حظه بيده ، فإن أخذ منه دينه وبقي بيده زيادة ردت إلي ما أتلفه الوارث الآخر وكان هو التركة ويضمن كل وارث ما استهلك . انظر : المدونة جـ ٤ ص : ٢٨١ ، التاج والأكلیل جـ ٧ ص : ٤٣١ ، وانظر : مواهب الجليل جـ ٥ ص : ٣٥١ — ٣٥٢ ، حاشية الدسوقي جـ ٣ ص : ٥١٥ — ٥١٦ ، منج الجليل جـ ٧ : ٣٠٦ — ٣٠٧ ، شرح مختصر خليل جـ ٦ ص : ١٩٩ — ٢٠٠ ، وقال في تحفة المحتاج : (ولا خلاف إن للوارث إمساك عين التركة وقضاء الدين) الذي يلزم قضاؤه وهو الأقل من القيمة والدين فإن استويا تغير أو نقصت القيمة لم يلزمه أكثر منها فالإلزام له هو الأقل منها ثم قال (والصحيح أن تعلق الدين بالتركة لا يمنع الإرث) وإلا لورث من أسلم أو عتق قبل قضاؤه ولم يرث من مات قبل ذلك . انظر : تحفة المحتاج جـ ٥ ص : ١١٤ — ١١٧ ، مغني المحتاج جـ ٣ ص : ٩٦ ، غاية المحتاج جـ ٤ ص : ٣٠٥ ، قال في المحرر : وإذا اقتسم الورثة العقار ثم ظهر دين علي الميت لم تبطل القسمة إلا أن نقول القسمة بيع فيكون كبيع التركة قبل قضاء الدين وفي صحته روايتان أصحهما الصحة . انظر : المحرر جـ ٢ ص : ٢١٨ ، الإنصاف جـ ١١ ص : ٣٦٣ — ٣٦٤ ، المغني لابن قدامة جـ ١٠ ص : ١٥١ ، كشف القناع جـ ٦ ص : ٣٨٣ .

المهياة^(١) جائزة استحساناً للمحاجة إليه .

(ولو تمهايا فيهما على ان نفقة كل عبد على من يأخذه جاز) استحساناً للمساهمة في أطعام الممالك بخلاف شرط الكسوة لا يسمع فيها (ولو تمهايا في دارين على ان يسكن كل واحد منهما دار جاز ويجوز القاضي عليه) وهذا ظاهر ، لان الدارين عندهما كدار واحدة . وقد قيل لا يجوز عنده اعتباراً بالقسمة . وعن أبي حنيفة انه لا يجوز التهايو فيهما أصلاً بالجبر لما قلنا وبالتراضي لانه بيع السكنى بالسكنى ، بخلاف قسمة رقيتهما لان بيع بعض احدهما ببعض الآخر جائز . وجه الظاهر ان التفاوت يقل في المنافع فيجوز بالتراضي ويجرى فيه جبر القاضي ويعتبر إفرازاً اما يكثر التفاوت في أعيانها فاعتبر مبادلة . (وفي الدابتين لا يجوز التهايو على الركوب عند أبي حنيفة وعنهما يجوز) اعتباراً بقسمة الاعيان . وله ان الاستعمال يتفاوت بتفاوت الراكبين فانهم بين حاذق وأخرق . والتهايو في الركوب في دابة واحدة على هذا الخلاف لما قلنا بخلاف العبد لانه يخدم باختياره فلا يتحمل زيادة على طاقته والدابة تحملها .^(٢) واذا كان عبد وأمة بين رجلين تمهايا فيهما على ان تخدم الأمة أحدهما ويخدم العبد الآخر على ان على كل واحد منهما طعام الخادم الذي شرط له في المهياة . فهنا ثلاثة مسائل في كل مسألة قياس واستحسان : احدهما : اذا مكنا عن ذكر الطعام في القياس يجب طعام العبد والامة عليهما نصفين وفي الاستحسان يجب على كل واحد طعام الخادم الذي شرط له في المهياة وفي الكسوة ان مكنا عن ذكرها تجب كسوة العبد والامة عليهما نصفين قياساً واستحساناً .

(١) المهياة معاوضة حيث كانت استيفاء لمنفعة من مثلها في زمن آخر وفيها تأخير أحدهما عن استيفاء حقه بخلاف قسمة الاعيان والمهياة بالهمزة في الدار ونحوها مقاسمة المنافع وهي ان يراضى الشريكان ان ينتفع هذا بهذا النصف المقرز وذلك بذلك النصف او هذا بكله في كذا من الزمان وذلك بكله في كذا من الزمان بقدر مدة الأول وقد تمهايا أي فعلاً ذلك وهماياً فلاناً فلاناً واصله من قولك هيأته فتهيا أي اعدته فاستعد ، انظر : الانصاف ج ١١ ص : ٣٣٩ ، طلبة الطلبة ص : ١٢٧ ، كتاب الإجازات ، المغرب ص : ٥٠٩ ، اهـاء مع الياء ، درر المحكام شرح غرر الاحكام ج ٢ ص : ٤٢٦ ، مواهب الجليل ج ٥ ص : ٣٣٤-٣٣٥ .

(٢) العناية شرح الهداية ج ٩ ص : ٤٥٩-٤٦٠ ، كتاب القسمة في المهياة ، المبوط ج ٢٠ ص : ١٧١-١٧٤ ، تبين الحقائق ج ٥ ص : ٢٧٥-٢٧٦ ، الإجاز على القسمة ، فتح القدير ج ٩ ص : ٤٥٩-٤٦٠ ، فصل في المهياة ، البحر الرائق ج ٨ ص : ١٧٩-١٨٠ ، كتاب القسمة ، نصب الرأية ج ٦ ص : ١٨-١٩ ، مجمع الاثر في شرح ملتقى الأبحر ج ٢ ص : ٤٩٧ .

والثانية : إذا شرطاً في المهايأة ان يكون على كل واحد منهما طعام الخادم الذي شرط في المهايأة ولم يقدر الطعام القياس ان لا يجوز وفي الاستحسان يجوز وفي الكسوة اذا لم يبين المقدار لم يجوز قياساً واستحساناً .

الثالثة : إذا يينا مقداراً من الطعام فالقياس ان لا يجوز وفي الاستحسان يجوز وكذلك في الكسوة إذا شرطاً شيئاً معلوماً لا يجوز قياساً ويجوز استحساناً .^(١)

والمهايئات نوعان : نوع يرجع الى المكان ونوع يرجع الى الزمان . اما النوع الأول كأن يتهايا في دار واحدة على ان يأخذ كل واحد منهما طائفة يسكنها وانه جائز لان المهايئات قسمة فتعتبر بقسمة العين وقسمة العين على الوجه جائزة فكذا قسمة المنافع .

وكذا لو تهايا على ان يأخذ احدهما السفلى والآخر العلوى جاز ذلك ولا يشترط بيان المدة لان قسمة المنافع ليست بمبادلة المنفعة لان مبادلة المنفعة بحسبها غير جائزة عندنا كاجازة السكنى بالسكنى والخدمة بالخدمة ، وكذلك لو تهايا في دارين واخذ كل واحد منهما دار يسكنها او يستغلها فهو جائز بالاجماع .

اما عند ابي يوسف ومحمد فلا شك فيه لان قسمة الجتمع في عين الدور جائزة فكذا في المنافع واما ابو حنيفة فيحتاج الى الفرق بين العين وبين المنفعة وجه الفرق له ان الدور في حكم اجناس مختلفة لتفاحش التفاوت بين دار ودار وفي نفسها وبنائها وموضعها ولا يجوز قسمة الجتمع في جنسين مختلفين .. واما التفاوت في المنافع فقل ما يتفاحش بل يتقارب فلم تلتحق منافع الدارين بالاجناس المختلفة فجازت القسمة .

وكذلك لو تهايا في عبيدين على الخدمة جاز بالاجماع ، اما عندهما فلأن قسمة الجتمع في أعيان الرقيق جائزة وكذا في منافعها ووجه الفرق لاي حنيفة على ما ذكرنا في الدارين ، ولو تهايا في عبيدين فأخذ كل واحد منهما عبداً يخدمه وشرط كل واحد منهما على نفسه طعام العبد الذي يخدمه جاز استحساناً والقياس ان لا يجوز . لان ضعام كل واحد من العبيدين على الشريكين جميعاً على المناصفة واشترط كل الطعام من كل واحد منهما على نفسه يخرج مخرج معاوضه بعض الطعام ببعض وانما غير جائزة للجهالة .

(١) الفتاوى الهندية ج ٥ ص : ٢٣١ ، كتاب القسمة وفيه ثلاثة عشر باباً ، الباب الثاني عشر في المهايأة ، العناية شرح الهداية ج ٩ ص : ٤٥٥ - ٤٦١ ، فصل في المهايأة .

ووجه الاستحسان ان هذا النوع من الجهالة لا يفضى الى المنازعة لان مبنى الطعام على المسامحة في العرف والعادة دون المضايقة بخلاف ما اذا شرط كل واحد منهما على نفسه كسوة العبد الذي يخدمه انه لا يجوز لانه يجري في الكسوة من المضايقة ما لا يجري في الطعام في العرف والعادة فكانت الجهالة مفضية الى المنازعة مع ما ان الجهالة في الكسوة تتفاحش بخلاف الطعام لذا افرقا .

واما التهايز في الدواب بأن أخذ أحدهما دابة ليركبها والآخر دابة أخرى من جنسها يستغلها وشرط الاستغلال فقير جائز عند أبي حنيفة وعندهما جائز لأن قسمة الجمع في أعيان الدواب من جنس واحد جائزة فكذا قسمة المنافع .

ولابي حنيفة الفرق بين المنفعة وبين المنفعة انه جواز قسمة الجمع في أعيانها ولم يجوز في منافعها وجه الفرق انها باعتبار أعيانها جنس واحد لكنها في منفعة الركوب في حكم جنسين مختلفين بدليل ان من استأجر دابة ليركبها لم يملك ان يؤجرها للركوب ولو فعل لضمن فاشبه اختلاف جنس المنفعة جنس العين واختلاف جنس العين عنده مانع جواز قسمة الجمع كذا في المنفعة ، بخلاف المهايئات في الدارين والعبدان لها جائزة لان هناك المنافع متقاربة غير متفاحشة بدليل ان المستأجر فيها يملك الإجارة من غيره فلم يختلف جنس المنفعة فجازت المهايئات .

واما النوع الثاني المهايئات في الزمان : فهو ان يتهايا في بيت صغير على ان يسكنها هذا يوم وهذا يوم او في عبد واحد على ان يخدم هذا يوم وهذا يوم وهذا جائز لقوله تعالى : ﴿ قَالَ هَذِهِ نَاقَةٌ لَهَا شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبُ يَوْمٍ مَّعْلُومٍ ﴾ ^(١) اخبر الله تعالى عن نبيه صالح عليه الصلاة والسلام المهايئات في الشرب ولم ينكره سبحانه وتعالى والحكيم اذا حكى عن منكر غيره فدل على جواز المهايئات بالزمان بظاهر النص وثبت جواز النوع الآخر من طريق الدلالة لانها أشبه بالمقاسمة من النوع الاول ولان جواز المهايئات بالزمان لمكان حاجات الناس وحاجتهم الى المهايئات بالمكان اشد لان الأعيان كلها في احتمال المهايئات بالزمان شرع سواء من الأعيان ما لا يحمل المهايئات بالمكان كالعبد والبيت الصغير ونحوهما فلما جازت تلك فلان تجوز هذه أولى . ^(٢)

والقياس يابى جواز المهايئة لانها مبادلة المنفعة بخسبها وكل واحد من الشريكين في نوبته ينتفع بملك شريكه عوضاً عن انتفاع الشريك بملكه في نوبته ولكن تركنا القياس وجوزناه للكتاب والسنة أما الكتاب فكما سبق ذكره بقوله تعالى : ﴿ نَاقَةٌ لَهَا شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبُ يَوْمٍ مَّعْلُومٍ ﴾ ^(٣)

(١) سورة الشعراء آية رقم (١٥٥) .

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص : ٢١-٢٣ ، تبين الحقائق ج ٥ ص : ٢٧٥-٢٧٦ ، الإيجار على القسمة .

(٣) سورة الشعراء آية رقم (١٥٥) .

وهذا هو المهايأة . وأما السنة فما رُوي أن الرجل الذي خطب تلك المرأة بين يدي رسول الله ﷺ فقال صلوات الله عليه ماذا تصدقها قال نصف إزارى هذا قال ﷺ ما تصنع بإزارك أن لبسته لم يكن عليها منه شيء وإن لبسته لم يكن عليك شيء ^(١) وهذا تفسير المهايأة ^(٢) وفيه إشارة الى أن الشأن في قسمة ما لا ينقسم - ولا يحتمل الاجتماع في منفعة في وقت واحد - أن يقسم على التهايز .

(١) أخرجه البخاري في صحيحه ج ٤ ص : ١٩٢٠ ، رقم : ٤٧٤٢ باب القراءة عن ظهر القلب ، ج ٥ ص : ١٩٥٦ ، باب من جعل عتق الأمة صداقها رقم : ٤٧٩٨ و ج ٥ ص : ١٩٦٩ ، باب قول الله جل وعز ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء ... الخ رقم : ٤٨٣٢ .

(٢) الميمون للبرعي ج ٢٠ ص : ١٧٠-١٧٤ ، وانظر مختصر اختلاف العلماء ج ٤ ص : ٣٣٣ .

و الإجماع في صحة قسمة المنافع على الجملة لم يعرف له معارض ولا منازع بين اهل الفقه .
واما المعقول فلأن ما لا يقبل القسمة قد يتعذر الاجتماع على الانتفاع به في وقت واحد فلو
لم تشرع قسمة المنافع لضاعت منافع كثيرة خلقها الله ليُنتفع بها .^(١) هذا تقرير مذهب الحنفية.^(٢)

(١) الموسوعة الفقهية جـ ٣٣ ص : ٢٤٩-٢٥٠ ، قسمة المنافع (قسمة) .

(٢) ويرافقهم الشافعية والحنابلة على كفية قسمة المنافع ، وتنوعها الى مهايأة زمانية ومهايأة مكانية ونص الحنابلة على ان لا يشترط بيان مدة . اما عند المالكية : فنذهب انه يشترط لصحة قسمة المنافع تعيين الزمان ، سواء اتحد المقسوم او تعدد ،
وقيل انه لا يشترط تعيين الزمان في التعدد فان عين الزمان فهي لازمة وان لم يعين الزمان فكل منهما ان ينحل متى شاء . انظر :
حاشية الدسوقي جـ ٣ ص : ٤٩٨ . قال في أسنى المطالب : (تقسم المنافع) بين الشريكين كما تقسم الأعيان (مهايأة)
أي متاوبة ... (وعلى ان يسكن او يزرع هذا مكانا) من المشترك (وهذا مكانا) آخر منه (لكن لا يجبر في التقسم وغيره)
من الاعيان التي طلبت قسمة منافعها فلا تقسم الا بالتوافق ، لان المهايأة تعجل حق أحدها وتؤجل حق الآخر بخلاف قسمة
الأعيان ولان انفراد أحدها بالمنفعة مع لاشتراك في العين لا يكون الا بمعاوضة والمعاوضة بعيدة عن الإيجاب . انظر : أسنى
المطالب جـ ٤ ص : ٣٣٧-٣٣٨ ، شرح البيهقي جـ ٥ ص : ٣٠٥ ، وقال في تحفة المحتاج : (ولهم) أي الشركاء
(القسمة مهايأة) مياومة مثلاً كأن يسنى كل منهم يوماً كسائر الأملاك المشتركة ولا تنظر لزيادة الماء ونقصه مع التراضي
على ان لهم الرجوع عن ذلك . انظر : تحفة المحتاج جـ ٦ ص : ٢٣٤ و جـ ١٠ ص : ٢٠٠-٢٠١ ، مغنى المحتاج جـ ٦
ص : ٣٣٨ ، نهاية المحتاج جـ ٨ ص : ٢٨٥-٢٨٦ .

وقال ابن قدامة في المغنى : أن نجاسة معاوضة ، فلا يجبر عليها كالمبيع ، ولأن حق كل واحد في المنفعة عاجل ،
فلا يجوز تأخيرها بغير رضاه كالدين ، وكما في العبد عند أبي حنيفة ، ويخالف قسمة الأصل ، فإنه افراز النصيبين ، وتميز أحد
الحقين . اذا ثبت هذا ، فإنما اذا اتفقا على المهايأة ، جاز ، لان الحق لهما فجاز فيه ما تراضيا عليه كقسمة التراضي ،
ولا يلزم ، بل متى رجع أحدهما عنها ، انتقضت المهايأة . ولو طلب أحدهما القسمة ، كان له ذلك ، وانتقضت المهايأة . انظر :
المغنى لابن قدامة جـ ١٠ ص : ١٥٢ . وقال في الإنصاف : (وان كان بينهما منافع : لم يجبر المتع من قسمتها) هذا
المذهب مطلقاً . انظر : الإنصاف جـ ١١ ص : ٣٣٩ ، وقال في شرح منتهى الإرادات : (وان اقتسمها) أي المنافع
(يزمان او مكان صبح) ذلك (جائزاً) غير لازم ، سواء عيناً مدة اولا . انظر : شرح منتهى الارادات جـ ٣ ص : ٥٤٦ ،
وانظر : كشف القناع جـ ٦ ص : ٣٧٦-٣٧٧ ، مطالب اولى النهى جـ ٦ ص : ٥٥٢-٥٥٣ .

وقال الدسوقي : ان عين الزمان في تقسمة صحت ولزمت في المقسوم المتعدد والمتعدد ، وإن لم يعين فسدت في المتحد
اتفاقاً وفي المتعدد خلافاً قابين الحاجب يقول بصحتها وابن عرفة بفسادها . انظر : حاشية الدسوقي جـ ٣ ص : ٤٩٨-٤٩٩ ،
مواهب الجليل جـ ٥ ص : ٣٣٤-٣٣٥ : شرح مختصر خليل جـ ٦ ص : ١٨٤-١٨٥ . وقال في الفواكه الدواني : قسمة
المهايأة ... هي اختصاص كل شريك فيه بمشترك فيه عن شريكه زمناً معيناً من متحد او متعدد ، ويجوز في نفس منفعة لافي
غلته . انظر : الفواكه الدواني جـ ٢ ص : ٢٤٢ . وقال العدوى في حاشيته : كأن يكون بينهما عيد يخدم هذا شهر وهذا
شهر . - هذا في المتحد - والثاني : أي متعدد - كما اذا كان بينهما عيدان وكل واحد يأخذ عبداً يخدمه اربعة أشهر مثلاً
ويجوز في نفس منفعة لافي غلته . انظر : حاشية العدوى جـ ٢ ص : ٣٦٦-٣٦٧ ، حاشية الصاوى على الشرح الصغير
جـ ٣ ص : ٦٦٠-٦٦٣ ، منح الجليل شرح مختصر خليل جـ ٧ ص : ٢٤٩-٢٥١ .

الشفعة : وهي استحقاق الانسان انتزاع حصة شريكه من يد مشتريها وهي باسكان الفاء مأخوذة من الشفاعة او الزيادة او التقوية او من الشفع وهو أحسنها لان الشفع هو الزوج فان الشفع كان نصيه منفرداً في ملكه فبالشفعة ضم المبيع الى ملكه وبالثاني جزم به بعض اهل اللغة لان نصيه كان وتراً فصار شفعا والشافع هو الجاعل الوتر شفعا والشفيع فعيل بمعنى فاعل وهي ثابتة بالسنة فروى جابر ان النبي ﷺ قضى بالشفعة في كل مالم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة رواه احمد والبخاري ^(١) وبالإجماع حكاه ابن المنذر ^(٢) قال في المغني ولانعلم احداً يخالف فيها . (٣) - (٤)

وشرعاً : فملك البقعة جبراً على المشتري بما قام عليه بمثله لو مثلاً والا فبقيمته وسببها اتصال ملك الشفع بالمشتري بشركة او جوار . ^(٥) ووجوبها في الرباع دون العروض ، والرباع هي الارض وما يتصل بها من البناء والشجر ، والحكمة فيها ازالة الضرر عن الشريك وخصت بالعقار لانه اكثر الانواع ضرراً ، واتفقوا على انه لاشفعة في الحيوان والثياب والامتعة وسائر المتقولات .

(١) أخرجه البخاري ج ٣ ص ١٠٤ ، ص ١١٤ ، ص ١٨٣ ، كتاب البيوع باب بيع الشريك من شريكه ، وباب بيع الارض والدور والعروض وكتاب الشفعة باب الشفعة مالم يقسم وكتاب الشركة باب الشركة في الأرضين ، وباب اذا اقتسم الشركاء وسلم ج ٣ ص ١٢٢٩ ، كتاب المأقاة باب الشفعة . والامام احمد في مسنده ج ٣ ص : ٢٩٦ ، ٣١٦ ، ٣٧٢ ، ٣٩٩ .

(٢) الإجماع لابن المنذر ص : ٥٦ ، رقم (٥٠٩) .

(٣) المغني لابن قدامة ج ٧ ص : ٤٣٦ .

(٤) المبدع ج ١٠ ص : ٢٠٣ ، الروض المربع ج ٢ ص : ٤٠٠ ، كشاف القناع ج ٤ ص : ١٣٤ ، مواهب الجليل ج ٥ ص : ٣١٠ ، حاشية ابن عابدين ج ٦ ص : ٢١٧ ، المغني لابن قدامة ج ٧ ص : ٤٣٥ .

(٥) الدر المختار ج ٦ ص : ٢١٧ ، وانظر مختار الصحاح ج ١ ص : ٦ ، ص : ١٤٤ ، لسان العرب ج ١ ص : ٤٦٩ .

ما يملكه الشفع بالشفعة

بيان ما يملك بالشفعة فالذي يملكه الشفع بالشفعة هو الذي ملكه المشتري بالشراء سواء ملكه أصلاً أو تبعاً بعد ان يكون متصلاً وقت التملك بالشفعة ، وذلك نحو البناء والغرس والزرع والشر وهذا استحسان . والقياس ان لا يؤخذ البناء والغرس والزرع والثمرة بالشفعة . وجه القياس ان الشفع إنما يملك ما ثبت له فيه حق الشفعة وأنه يثبت في العقار لافي المنقول وهذه الاشياء منقولة فلم يثبت فيها الحق فلا تملك بالشفعة وخاصة الزرع والشر ، لانهما مبيعان ومقصودان لا يدخلان في العقد من غير تسمية فلم يثبت الحق فيها لأصلاً ولاتبعاً ، ولنا ان الحق اذا ثبت في العقار يثبت فيما هو تبع له ، لان حكم التبع حكم الاصل ، وهذه الاشياء تابعة للعقار حالة الاتصال اما البناء والغرس فظاهران ؛ لأن قيامهما بالارض وكذلك الزرع والشر ؛ لأن قيام الزرع وقيام الشر بالشجر وقيام الشجر بالارض فكان تبعاً للارض بواسطة الشجر فيثبت الحق فيهما تبعاً فيملكهما بالشفعة بطريق التبعية الا انهما لا يدخلان في العقد الا بالتسمية مع وجود التبعية حقيقة بالنص .. وما دام البناء والشجر متصلين بالارض فللشفيع أن يأخذ الارض معه بالثمن الأول وكذا له ان يأخذ الارض مع الثمر والزرع بالثمن الاول بقلأ كان الزرع او مستحصداً اذا كان متصلاً . (١) - (٢)

- (١) بدائع الصنائع ج ٥ ص : ٢٧ - ٢٨ ، وانظر : تبين الحقائق ج ٥ ص : ٢٥٢ - ٢٥٣ ، حاشية ابن عابدين ج ٦ ص : ٢٣٤ ، البحر الرائق ج ٨ ص : ١٥٧ ، مجمع الزجر ج ٢ ص : ٤٧٩ - ٤٨٠ .
- (٢) عند المناقلة : قال ابن قدامة في المغني : ان يكون المبيع أرضاً ؛ لانهما تبقى على الدوام ، ويدوم ضررها واما غيرها فينقسم قسمين ؛ أحدهما ، ثبت فيه الشفعة تبعاً للارض ، وهو البناء والغرس يباع مع الارض ، فانه يؤخذ بالشفعة تبعاً للارض ، بغير خلاف في المنع ، ولا نعرف فيه بين من اثبت الشفعة خلافاً . وقد دل عليه قول النبي صلى الله عليه وسلم ، وقضاؤه بالشفعة في كل شرك لم يقسم ، ربعة - الربعة : الدار والمسكن ومطلق الأرض . انظر : المصباح المنير للفيومي ج ١ ص : ٢١٦ ، مختار الصحاح للرازي ص : ٢١٥ ، - او حائط - الحديث سبق تخريجه ص ٥٣٤ - وهذا يدخل فيه البناء والاشجار . القسم الثاني : ما لا يثبت فيه الشفعة تبعاً ولا مفرداً ، وهو الزرع والشر الظاهرة تباع مع الارض ، فانه لا يؤخذ بالشفعة مع الأصل . وبهذا قال الشافعي . وقال ابو حنيفة ومالك يؤخذ ذلك بالشفعة مع أصوله ، لانه متصل بما فيه الشفعة ، فيثبت فيه الشفعة تبعاً كالبناء والغرس ، ولنا انه لا يدخل في البيع تبعاً فلا يؤخذ بالشفعة كقماش الدار وعكسه البناء والغرس . انظر : المغني لابن قدامة ج ٧ ص : ٤٣٩ - ٤٤٠ ، الانصاف ج ٦ ص : ٢٥٨ - ٢٥٩ . كشاف القناع ج ٤ ص : ١٤٠ مطالب اولي النهى ج ٤ ص : ١٠٩ - ١١٠ ، دليل الطالب ج ١ ص : ١٥٤ - ١٥٥ .
- وعند الشافعية : قال في حاشيتي قلوب و عميرة : (لا يثبت في منقول بل) تثبت (في أرض وما فيها من بناء وشجر تبعاً) لها .

=====

انظر : حاشيتا قليوبي وعميرة جـ ٣ ص : ٤٤ ، وقال : في تحفة المحتاج : بل انما تثبت - اى الشفعة - (في أرضٍ وما فيها من بناء) وما يتبعه من بابٍ ورفٍّ سمرٍ ومفتاحٍ خلقٌ مُثبت . انظر : تحفة المحتاج جـ ٦ ص : ٥٤ - ٥٥ معنى المحتاج جـ ٣ ص : ٣٧٣ - ٣٧٤ ، فاية المحتاج جـ ٥ ص : ١٩٦ ، حاشية البحر رمى جـ ٣ ص : ١٧٨ - ١٧٩ المهذب جـ ١ ص : ٣٧٦ .

وعند المالكية : قال : في مواهب الجليل : ان الشفعة كما تكون في العقار تكون في الشجر والبناء بأرض حبيٍ او بأرض عارية . انظر : مواهب الجليل جـ ٥ ص : ٣١٨ ، وقال في المنتقى شرح الموطأ : انما الشفعة في الأرضين وما يتصل بها من فمرةٍ ، او بناءٍ . انظر : المنتقى شرح الموطأ جـ ٦ ص : ٢٠٠ ، وانظر : شرح مختصر خليل جـ ٦ ص : ١٦٧ ، القوانين الفقهية لابن جزي جـ ١ ص : ١٨٩ ، حاشية الدسوقي جـ ٣ ص : ٤٧٩ ، التاج والإكليل جـ ٧ ص : ٣٧٨ .

حكم الإنفاق من الوديعة أو الدين على أسرة المفقود

إذا غاب الشخص ولم يعلم له مكان ، ولا توجد أى قرينة تثبت أنه حي أو ميت ، وكانت للمفقود ودائع فأقر المودع بالوديعة أو أقر المدين بالدين ، فهل للقاضي أن يرغم المودع أو المدين أن يعطى لزوجة المفقود وابنائهم ما يكفي للإنفاق عليهم ؟

القياس : في المذهب عند فقهاء الحنفية أن المودع ليس له أن ينفق على زوجة المفقود وأولاده أو أبويه من مال الوديعة ، كذا الشأن في المدين وهذا قول زفر .

قال في المبسوط : الوديعة تكون له عند الرجل ، فإنه ينفق منها عليهم إذا كان الرجل مقرراً الوديعة والزوجية أو يكون ذلك معلوماً للقاضي عندنا .

وقال زفر : لا ينفق منها عليهم ، لأن إقرار المودع ليس بحجة على الغائب ، وهو ليس بخصم عن الغائب ، ولا يقضى على الغائب إذا لم يكن عنه خصم حاضر ، ولكنا نقول : المودع مقرراً بأن في يده ملك الغائب ، وإن للزوجة والولد حق الإنفاق منه ، وإقرار الإنسان فيما في يده معتبر فيتصب هو خصماً باعتبار يده فيتعدى القضاء منه إلى المفقود . وكذلك الدين يكون للمفقود على رجل ، وهو مقر به فهو والوديعة سواء ، والكلام في الدين أظهر ؛ لأن إقرار المدين يلاقي ملك نفسه ، فإن الدين تقضى بأمثالها لا بأعيانها ، والجواب في الفصلين جميعاً استحساناً إذا كان مقرراً بالنسب والمال ، فإن كان جاحداً لأحدهما لم تسمع اليانة عليه من طالب النفقة لأنه إذا كان جاحداً للمال فطالب النفقة لا يثبت الملك في المال لنفسه ، إنما يثبت للمفقود ، حتى إذا ثبت ذلك ترتب عليه ، وهو ليس بخصم عن المفقود ، وإن كان منكراً للزوجية ، فإنما يثبت النكاح على المفقود المودع ، والمدين ليس بخصم عنه في إثبات النكاح عليه .. (١)

فالاستحسان أن للمودع والمدين الحق في إعطاء زوجة المفقود وابنائهم العاجزين عن الكسب ما يكفيهم إذا أمره القاضي بذلك بشرط أن يقر المودع أو المدين بالنسب وبالنكاح إذا كان القاضي لا يعلم بالحال أي لا يعلم بأن هذه زوجته أو هؤلاء أبنائه .

(١) المبسوط ج ١١ ص : ٤٠ - ٤١ ، بدائع الصنائع ج ٤ ص : ٢٧ .

إذا كان صاحب الوديعة أو المستودع غير واحد .

ثلاثة أودعوا رجلاً مالا وقالوا : لا تدفع المال إلي أحد منا حتى نجتمع ، فدفع نصيب أحدهم قال محمد : في القياس يكون ضامناً وبه قال أبو حنيفة وفي الاستحسان لا يضمن وهو قول أبي يوسف ^(١) .

قال في البحر الرائق : ولو أودعا شيئاً لم يدفع المودع إلى أحدهما حظه حتى يحضر الآخر يعني في غيبة صاحبه أطلقه فشمّل ذوات الأمثال والقيم وخلافهما في الأول قياساً على الدين المشترك وفرق أبو حنيفة بينهما بأن المودع لا يملك القسمة بينهما فكان تعدياً على ملك الغير وفي الدين يطالبه بتسليم حقه إذ الديون تقضي بأمثالها فكان تصرفاً في مال نفسه وأشار بقوله لم يدفع إلى أنه لا يجوز ذلك حتى لو خاصمه إلى القاضى لم يأمره بدفع نصيبه إليه في قول أبي حنيفة وإلى أنه لو دفع إليه لا يكون قسمة اتفاقاً حتى لو ملك الباقي رجع صاحبه علي الآخذ بحصته وإلى أن لأحدهما أن يأخذ حصته منها إذا ظفر بها وإلى أنه لو دفع وارثك الممنوع لا يضمن وفي فتاوى قاضي خان ما يفيدُه ولفظه ثلاثة أودعوا رجلاً مالاً وقالوا لا تدفع المال إلى أحد منا حتى نجتمع فدفع نصيب أحدهم قال محمد في القياس يكون ضامناً وبه قال أبو حنيفة وفي الاستحسان لا يضمن وهو قول أبي يوسف فقد جعل عدم الضمان هو الاستحسان فكان هو المختار ^(٢).

(١) الفناء في الحنيفة ج ٤ ص : ٣٥٥ كتاب التوبة ، وانظر : حاشية ابن عابدين ج ٨ ص : ٣٦٢ .

(٢) البحر الرائق ج٧ ص : ٢٧٨ .

وقال البغدادي ^(١) في مجمع الضمانات : كان ضامناً في قول أبي حنيفة ؛ لأنه لا يتعين نصيه إلا بالقسمة والمودع لا يملك القسمة ^(٢) .

فإن أراد المودع أن يخرج عن الضمان فالحيلة له في ذلك أن يقول للحاضر الذي يطالبه بعد ما دفع إلى الأول : أحضر خصمك حتى أدفعه اليكما ، ولا يقر بالدفع إليه ^(٣) .

وذكر في المصنف : استودع رجلان امرأة وديعة وقالا لها : لا تدفعيها لواحد منا حتى نجتمع عندك ، ثم انطلقا فغابا ، فجاء أحدهما إليها فقال : أعطيني وديعتي فإن صاحبي قد مات ، فأبت حتى كثر اختلافه إليها ثم أعطته ، فجاء الآخر بعد فقال : هاتني وديعتي ، فقالت : قد جاء صاحبك فذكر أنك قدمت فأخذ وديعتكما مني ، فارتفعا إلى عمر ، فلما قصا عليه القصة قال لها عمر : ما أراك إلا قد ضمنت ، قالت المرأة : يا أمير المؤمنين ، اجعل علياً بيني وبينه ، قال لعلي : اقض بينهما يا علي ، قال علي : هذه الوديعة عندي ، وقد أمرناها إلا تدفع إلى واحد منكما حتى نجتمعا عندها فأني بصاحبك ، فلم يضمنها ، قال : فرأوا أنهما أرادا أن يذهبا بعمال المرأة ^(٤) .

فلو أودع رجلان عند رجل وديعة أو ثلاثة ، وغابا ثم حضر أحدهما وطلب نصيه فليس له أن يدفع إليه حصته ، حتى يحضر الآخر ، ولو خاصمه إلى القاضي لم يأمره بدفع نصيه إليه في قول أبي حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد يأمره بأن يقسم ذلك

(١) هو غانم بن محمد البغدادي ، مؤلف مجمع الضمانات أوله الحمد لله الذي من علينا بالفضل والعرفان وهو مشتمل على ثمانية وثلاثين باباً ، وهو حنفي المذهب المتوفى في حدود سنة ١٠٣٠ ثلاثين وألف . انظر : كشف الظنون جـ ١ ص : ٦٦٨ ، جـ ٢ ص : ١٦٠٢ .

(٢) مجمع الضمانات ص : ٧٨ .

(٣) انظر : الفتاوى الهندية جـ ٤ ص : ٣٥٥ .

(٤) المصنف لابن أبي شيبة جـ ٥ ص : ٤٠٢ .

ويدفع نصيبه إليه ، ولا تكون قسمته جائزة علي الغائب . دليلهما : أن أحد المودعين طالب الوديع بدفع نصيبه ، فيؤمر بالدفع إليه كما في الدين المشترك .
واستدل لأبي حنيفة : بأنه لا نسلم أن أحد المودعين طالب بتسليم نصيبه ، بل بدفع نصيب الغائب ، لأنه يطالب بالنصيب المفرز ، وحقه ليس فيه ، وإنما في المشاع ، وهو كل الوديعة ، والمفراز المعين منها يشتمل علي الحقين ، ولا يتميز حقه إلا بالقسمة ، وليس للوديع ولاية القسمة ، لأنه ليس بوكيل في ذلك ، بخلاف الدين المشترك ، لأن الشريك يطالب المديون بتسليم حقه أي بقضاء حقه ، وحقه من حيث القضاء ليس بمشترك بين الدائنين ؛ لأن الديون تقضي بأمثالها والمثل مال المديون ليس بمشترك بين الدائنين ، فلا يكون هذا تصرفاً في حق الغير بل يكون المدين متصرفاً في مال نفسه ، فيجوز (١) - (٢) .

(١) انظر : المبوط ج ١١ ص : ١٢٣ ، مجمع الضمانات ص : ٧٨ ، نصب الرأية في تخريج أحاديث الهداية ج ٥ ص : ٢٤١ - ٢٤٢ ، العناية شرح الهداية ج ٨ ص : ٤٩١ - ٤٩٢ ، جوهرة النيرة ج ١ ص : ٣٤٩ ، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ج ٢ ص : ٣١٦ - ٣١٨ ، رد اغتار علي الدر المختار ج ٥ ص : ٢٧١ - ٢٧٢ ، بدائع الصنائع ج ٦ ص : ٢١٠ - ٢١١ ، تبين الحقائق ج ٥ ص : ٨٠ .

(٢) وعند الحنابلة : وإن أودعه اثنان مكيلاً ، أو موزوناً . فطلب أحدهما نصيبه : سلمه إليه إذا كان ينقسم وهو المذهب وعليه جماهير الاصحاب ، وقيل : لا يلزمه الدفع إلا بإذن شريكه أو الحاكم ، وكذا الحكم لو كان الشريك حاضراً ، وامتنع من المطالبة بنصيبه والإذن في التسليم إلي صاحبه ، انظر : الإنصاف ج ٢ ص : ٣٤٩ ، الفرع ج ٤ ص : ٤٨٨ ، وقال في كشف القناع : (وإن أودعه اثنان مكيلاً أو موزوناً ينقسم) إجباراً بأن لا ينقص بتفرقه (فطلب أحدهما حقه) من المودع (لغية شريكه ، أو) حضوره و (امتناعه) من الأخذ ومن الإذن لصاحبه في أخذ حقه (سلمه) المودع (إليه) أي إلى المطالب وجوباً ، لأنه أمكن تمييز نصيب أحد الشريكين ... ثم قال : وقال القاضي لا يجوز ذلك إلا بإذن الحاكم ، لأن ذلك يحتاج إلي قسمة ويفتقر إلي حكم أو اتفاق وليس ذلك إلي المودع . انظر : كشف القناع ج ٤ ص : ١٨٤ ، وانظر : مطالب أولي النهي ج ٤ ص : ١٧٤ - ١٧٥ .

وأما الشافعية : فعندهم لو أودعه - أي الرجل - جماعة مالا وقالوا أنه مشترك ثم طلبه بعضهم لم يكن له تسليمه ولا قسمته لا تفاههم علي الإبداع فكذا في الاسترداد بل يدفع الأمر إلي الحاكم ليقسمه ويدفع إليه نصيبه . انظر : شرح البيهقي ج ٥ ص : ٥٩ ، وانظر : شرح زهد ابن رسلان للأنصاري ج ١ ص : ٢٣٧ ، روضة الطالبين ج ٦ ص : ٣٤٥ .

ترك شيء من نجوم الكتابة

يرى الشافعي - رضى الله عنه - استحباب ترك شيء من نجوم الكتابة على العبد ، وهو نوع من أنواع الاستحسان ، امثالاً لقوله تعالى : ﴿ وَأَتَوْهُمْ مِنْ مَّالِ اللَّهِ الَّذِي أَتَاكُمْ... ﴾ ^(١) وان كان لا يرى تحديد قدر معين ، وحدده بعض العلماء بالربع ، وبعضهم بالعشر او الخمس الخ . ^(٢)

قال الآمدي في الاحكام : نقلاً عن الشافعي : واستحسن ترك شيء للمكاتب من نجوم الكتابة. ^(٣) ولم يقل أن مستنده الاستحسان . ^(٤)

وقال في شرح التلويح على التوضيح : وعن الشافعي رحمه الله أنه قال أمتحسن في المتعة أن تكون ثلاثين درهما وأستحسن ترك شيء للمكاتب من نجوم الكتابة . ^(٥)

(١) سورة النور آية رقم (٣٣) ، وانظر : تفسير القرطبي ج ١٢ ص : ٢٥٢ .

(٢) المغنى مع الشرح الكبير ج ١٢ ص : ٣٥٦ - ٣٥٧ ، الإلهام ج ٣ ص : ١٩١ .

(٣) الاحكام للآمدي ج ٤ ص : ١٦٣ .

(٤) الإلهام ج ٣ ص : ١٩٢ .

(٥) شرح التلويح على التوضيح ج ٢ ص : ١٦٢ ، كشف الأسرار للبخاري ج ٤ ص : ١٣ .

لا بأس بقبول هدية العبد التاجر وإجابة دعوته واستعارة دابته .

قال في تبين الحقائق: (وقبول هدية العبد التاجر ، وإجابة دعوته واستعارة دابته وكره كسوته الثوب ، وهديته النقدين) يعنى الدراهم والدنانير والقياس أن لا يجوز الكل ؛ لأنه تبرع والعبد ليس من أهله لكن جوز في الشيء اليسير للضرورة استحساناً ، لأنه لا يجد بداً منه كالضيافة ليجمع إليه المجاهرون ، ويحلب قلوب المعاملين فكان من ضرورات التجارة ، ومن ملك شيئاً ملك ما هو من ضروراته ^(١) .

قال في نصب الراية : (ولا بأس بقبول هدية العبد التاجر وإجابة دعوته واستعارة دابته وتكره كسوته الثوب وهديته الدراهم والدنانير) وهذا استحسان وفي القياس كل ذلك باطل ، لأنه تبرع والعبد ليس من أهله . وجه الاستحسان أنه عليه الصلاة والسلام (قبل هدية سلمان رضي الله عنه حين كان عبداً) ^(٢) ، وقبل هدية بريرة رضي الله عنها وكانت مكاتبته ^{(٣) - (٤)} .

(١) تبين الحقائق جـ ٦ ص : ٣١ .

(٢) حديث أن النبي ﷺ قبل هدية سلمان حين كان عبداً أخرجه ابن إسحاق في السيرة الكبيرة ومن طريقه ابن سعد وأبو عبيد والحاكم وأبو نعيم في الدلائل من طريق ابن عباس عن سلمان مطولاً . انظر : الدراية في تخريج أحاديث الهدية جـ ٢ ص : ٢٤٠ ، وانظر : نصب الراية جـ ٤ ص : ٢٧٥ طبعة دار الحديث مدينة النشر مصر سنة ١٣٥٧هـ تحقيق محمد يوسف البنوري .

(٣) أخرجه مسلم في صحيحة جـ ٢ ص : ٧٥٥ باب إباحة اخذية للنبي ﷺ ولبنى هاشم وبنى المطلب ... من كتاب الزكاة رقم الحديث (١٠٧٤) وأخرجه البخاري جـ ٢ ص : ٩١٠ باب قبول الهدية من كتاب الهبة وفضلها رقم الحديث (٢٤٣٨) .

(٤) نصب الراية جـ ٦ ص : ١٨٣ - ١٩٠ ، العناية شرح اخذية جـ ١٠ ص : ٦٤ ، فتح القدير جـ ١٠ ص : ٦٥ البحر الرائق جـ ٢ ص : ٢٣٤ .

وقال في مجمع الأئمة : (ولا بأس بقبول هدية العبد التاجر وإجابة دعوته واستعارة دابته) والقياس أن لا يجوز لأنه تبرع والعبد ليس من أهله لكن يجوز في شيء اليسر للضرورة استحساناً .. (وكره قبول كسوته ثوباً وإهدائه أحد النقديين) ؛ لأنه لا ضرورة في الشيء الكثير كالدرهم والثياب فيبقى علي الأصل وهو عدم الجواز ^{(١) - (٢)}

(١) مجمع الأئمة جـ ٢ ص : ٥٣٠ ، وانظر : رد المختار علي الدر المختار جـ ٦ ص : ٣٩٣ .

(٢) وقال الخبابة في هذا مثل قول الحنفية ، فللعبد المأذون أن يبيع ويشترى ، ويوكل بالبيع والشراء ويضمن ويبرئ ويعير الثوب والداية ، لأنه من عادة التجارة ، ويهدى طعاماً يسيراً بما لا يعد سرقاً ، وإن يضيف المضافة اليسيرة لا أن يقرض أو يهب ولو بعرض ولا بأس بقبول هديته بخلاف هديته الدراهم والدنانير .

وعند الشافعية ليس له أن يتصدق بشيء من مال التجارة ولو يسيراً — ما لم يعلم برضا سيده بذلك . وقول مالكية قريب من قول الحنفية فله أن يضع من دين له علي شخص أو يؤجر دينه الحال إلي أجل قريب إن لم تكثر الوضعية وله إن يضيف الضيف للاستلاف علي التجارة ، وله نحو المضافة كالعقيقة لولده إن اتسع المال ولم يكره ذلك سيده ، وله أن يتصرف فيما يوجب له بيع أو شراء لا بصدقة ونحوها ولا هبة إلا هبة الثواب (الهبة بعرض) .

يقول ابن قدامة في المغني : ولا يجوز للمأذون التبرع بهبة الدراهم ، ولا كسوة الثياب . ويجوز هبته للمأكل ، وإعارة دابته ، واتخاذ الدعوة ، ما لم يكن إسرافاً . وبه قال أبو حنيفة ، وقال الشافعي : لا يجوز شيء من ذلك بغير إذن سيده ، لأنه تبرع بمال مولاه ، فلم يجوز ، كهبة دراهمه . أنظر : المغني لابن قدامة جـ ٥ ص : ٥٠ ، وقال في الإنصاف : (ولا يصح تبرع المأذون له بهبة الدراهم وكسوة الثياب) بلا نزاع . قوله (ويجوز) يعني للعبد (هديته للمأكل وإعارة دابته) وكذا عمل دعوة ونحوه من غير إسراف في الكل وهذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب وحزم به في الهداية . انظر : الإنصاف جـ ٥ ص : ٣٥١ - ٣٥٢ ، وانظر : الفروع جـ ٤ ص : ٣٣١ - ٣٣٢ ، شرح منتهى الإرادات جـ ٢ ص : ١٨٣ ، كشاف القناع جـ ٣ ص : ٤٦٠ . وقال في أمسي المطالب : - في العبد المأذون له بالتجارة - (ولا يتبرع) هو أعم من قول أصله ولا يتصدق (ولا يتخذ دعوة) . أنظر : أمسي المطالب جـ ٢ ص : ١١٠ ، وقال في حاشيتي قليوبي وعميرة : (ولا يتصدق) ولو بلقمة من نفقته إلا فيما يعلم رضا السيد به . انظر : حاشيتي قليوبي وعميرة جـ ٢ ص : ٣٠١ ، وقال في معنى المحتاج (ولا يتصدق) ولو غير يتبرع كان أعم ليشمل الهبة والعارية وغيرهما ، لأنه ليس من أهل التبرع ولا يتخذ دعوة . انظر : معنى المحتاج جـ ٢ ص : ٥١٧ ، وانظر : حاشية الجمل جـ ٣ ص : ٢٢٢ ، حاشية البعزمي علي الخطيب جـ ٣ ص : ٩١ تحفة المحتاج جـ ٤ ص : ٤٨٨ ، نهاية المحتاج جـ ٤ ص : ١٧٦ .

وقال في المدونة : في المأذون له في التجارة بدعوى طعامه أو يعبر شيئاً من ماله قلت : أرايت العبد المأذون له في التجارة ، إذا دعا إلي طعامه أو أعار بعض ثيابه أو أعار دابته ، أيجوز له هذا أم لا ؟ قال : سئل مالك عن العبد يكون له المال الواسع من الرقيق أو غير ذلك ، فيولد له فريد أن يعق عن ولده ويصنع له صنيعاً ويطعم عنه ، أترى ذلك له ؟

قال : لا ، إلا أن يكون يعلم أن أهله لا يكرهون ذلك . قلت : أرايت العبد المأذون له في التجارة ، أو غير المأذون له في التجارة إذا كان لهما مال يجوز فما أن يعبر شيئاً من أموالهما بغير إذن السيد في قول مالك ؟ قال مالك : لا يجوز للعبد أن يعطي شيئاً من ماله بغير إذن سيده ، مأذوناً له في التجارة أو غير مأذون ، فأرى العارية بهذا المثلثة . قلت : ولا يجوز للعبد أن يصنع طعاماً فيدعو إليه الناس ؟ قال : نعم . لا يجوز له في قول مالك ، إلا أن يأذن سيده ، لا أن يكون عبداً مأذوناً له في التجارة ، فيصنع ذلك ليحتر به الرجل المشتري المشتري منه ، فيكون ما صنع إنما يطلب بذلك المنفعة في شرائه وبيعه ، فيكون هذا من التجارة ، فذلك جائز عندي . انظر : المدونة جـ ٤ ص : ٨٩ وأنظر : التاج والإكليل جـ ٦ ص : ٦٦١ - ٦٦٢ ، وقال في مواهب الجليل : ولا يجوز له في ماله معروف إلا ما جرّ إلى التجارة فأما هبته وصلخته وعنته فموقوف على إجازة السيد . انظر : مواهب الجليل شرح مختصر خليل جـ ٥ ص : ٧٩ .

إن قبضه الموهوب له في المجلس بغير أمر الواهب جاز .

فإن قبضه الموهوب له في المجلس بغير أمر الواهب جاز ، وهذا استحسان ، لأن تمام الهبة بالقبض كما أن تمام البيع بالقبول والقبول لا يحتاج إلى إذن الموجب بعد الإيجاب فكذا الهبة وإن قبض بعد الإفتراق لم يصح إلا أن يأذن له الواهب في القبض أما إذا لم يأذن له فلأن القبض في الهبة كالقبول وذلك يختص بالمجلس لابعده فاذا قبض بعد ذلك لم يجوز كما لو قبل بعد المجلس . وأما إذا أذن له فالإذن تسليط منه على القبض والتسليط يبقى بعد المجلس كالتوكيل فإن كان الموهوب موجوداً في المجلس ، فقال له قد خليت بينك وبينه فاقبض وانصرف الواهب وقبضه بعده جاز ، لأن التسليط لا يطل بعد الإفتراق وإن أذن له في قبضه بعد الإفتراق فلم يقبضه حتى عزله لم يصح قبضه بعد ذلك فإن مات الواهب قبل القبض بطلت الهبة ، وكذا إذا مات الموهوب له أما إذا مات الواهب فلأن بموته زال ملكه وفات تسليطه كالموكل . وأما إذا مات الموهوب له فلأنه لما مات قبل قبضه لم يكن مالكاً له فلم يكن موروثاً عنه ولهذا قالوا إن الهبة ما لم تقبض فهي على ملك الواهب حتى أنه لو رجع فيها قبل قبضها صح رجوعه .^(١) ويشترط لصحة القبض عند جمهور العلماء أن يكون بإذن الواهب : فلو قبض بلا إذن لم يملكه ، ودخل في ضمانه ، لأن التسليم غير مستحق على الواهب فلا يصح التسليم إلا بإذنه . وأجاز الحنفية على وجه الاستحسان قبض الموهوب في مجلس العقد بغير أمر الواهب لأن الإيجاب من الواهب يعتبر تسليطاً للموهوب له على القبض فكان ذلك إذناً دلالةً أما بعد الإفتراق عن المجلس فلا بد عندهم من الإذن . وذهب المالكية إلى

(١) الجوهرة النيرة ج ١ ص : ٣٢٥ ، كتاب الهبة . ، بدائع الصنائع ج ٦ ص : ١٢٧ ، الفروق ج ٢ ص : ٤٥ ،

مجمع الضمانات ص : ٣٢٧ .

صحة القبض ولو بلا إذن من الواهب ويجوز الواهب على تمكين الموهوب من القبض حيث طلبه لأن أخبة تملك بالقول أى بالإيجاب على المشهور عندهم . وعموماً لا يكون القبض صحيحاً إلا إذا توفرت فيه الشروط الآتية: أن يتم القبض بإذن الواهب ، صراحةً أو ضمناً كأن يقبض الموهوب له المال الموهوب بحضور واهبة ، ولا يعترض هذا الأخير ، ان يكون الموهوب فارغاً من أموال الواهب غير المشمولة بالهبة كأن يهب شخص لآخر داراً ، ويقبضها الموهوب له وهي مشغولة بأثاث الواهب وأفرشته، أن تكون للقباض أهلية القبض .^(١)

ويقول الزيلعي : إن قبضها الموهوب له في المجلس بغير امر الواهب جاز استحساناً وإن قبض بعد الإفتراق لم يحز إلا أن يأذن له الواهب في القبض والقياس أن لا يجوز في الوجهين وهو قول الشافعي ، لان القبض تصرف في ملك الواهب إذ ملكه قبل القبض باق فلا يصح بدون إذنه . ولنا ان القبض بمنزلة القبول في الهبة من حيث انه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك والمقصود منه اثبات الملك فيكون الإيجاب منه تليطاً له على القبض ، بخلاف ما اذا قبض بعد الإفتراق ؛ لانا إنما أثبتنا التسلط فيه الحاقاً له بالقبول والقبول يتقيد بالمجلس فكذا ما يلحق به بخلاف ما اذا نهاه عن القبض في المجلس ؛ لان الدلالة لاتعمل في مقابلة الصريح .^(٢)

(١) بدائع الصنائع ج ٦ ص : ١٢٧ .

(٢) نصب الرأية في تخريج احاديث الهداية ج ٥ ص : ٢٥٧ ، العناية شرح افداية ج ٩ ص : ٢٢ - ٢٣ ، فتح القدير ج ٩ ص : ٢٢ - ٢٣ .

وقال في تبين الحقائق :

وتصح الهبة بإيجاب وقبض في المجلس وفيما بعد المجلس بملكه بالإذن صريحاً لا غير ، كل ذلك في محوز ومشاع لا يقسم . أما الإيجاب والقبول فلائنه عقد فيعقد بهما كسائر العقود ، وأما القبض فلا بد منه لثبوت الملك ، وقال مالك ثبت الملك فيه قبل القبض كالبيع وعلى هذا الخلاف الصدقة . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام (لا تجوز الهبة إلا مقبوضة)^(١) والمراد نفي الملك ، وقال ابو بكر الصديق لعائشة رضى الله عنهما في مرضه كنت نحتك جداد عشرين وسقاً من مالي بالعالية وإنك لم تكون قبضته ولا حزتيه ، وإنما هو مال الورثة ولو كانت تملك قبل القبض لكان لها ذلك ولأن فيه إلزام المتبرع ما تبرع به فلا يجوز بخلاف الوصية ؛ لأن المتبرع قد مات والورثة ليسوا بمتبرعين ، ولو قال وهبتك هذا الشيء فقبضه الموهوب له من غير قبول صح وملكه لوجود القبض وقوله وقبض في المجلس بلا إذنه أى بلا إذن الواهب وهذا استحسان والقياس أن لا يجوز إلا بإذنه ؛ لأنه تصرف في ملك الغير فلا يجوز إلا بإذنه . وجه الاستحسان أن القبض كالقبول في الهبة ، ولهذا لا يملك بها قبله ويعني عن القبول كما بينا والمقصود من الإيجاب إثبات الملك فيكون تسليطاً له على القبض دلالة اذ ملكه لا يتصور إلا به فيتقيد ذلك بالمجلس كالقبول ؛ لأنه بمنزلة على ما بينا بخلاف ما إذا نهاه عن القبض في المجلس ، لأن التصريح يفوق الدلالة فلا تعمل بمقابلته شيئاً ، وهذا صح الإذن بعد المجلس لكونه صريحاً . (٢) - (٣)

(١) انظر : نصب الرأية ج ٤ ص : ١٢١ ، ذكر فيه الحديث بلفظ (لا تجوز الهبة إلا مقبوضة) ثم قال : قلت غريب ، ورواه عبد الرزاق من قول النعمي رواه في آخر الوصايا من مصنفه فقال أخبرنا سفيان الثوري عن منصور عن إبراهيم قال لا تجوز الهبة حتى تقبض والصدقة تجوز قبل أن تقبض . أ . هـ . انظر : المصنف لعبد الرزاق ج ٩ ص : ١٠٧ ، من كتاب الهبة باب الهبات .

(٢) تبين الحقائق ج ٥ ص : ٩١ .

(٣) ذهب المالكية الى صحة القبض ولو بلا إذن من الواهب ويجوز الواهب على تمكن الموهوب من القبض حيث طُلبه لأن الهبة تملك بالقبول أى بالإيجاب على المشهور عندهم . قال في المدونة : من وهب هبة لغير ثواب فقبضها الموهوب بغير أمر الواهب جاز قبضه إذ يقضى بملك على الواهب إن منعه إياها . انظر : التاج والإكلیل ج ٨ ص : ١٢ - ١٤ ، المدونة ج ٤ ص : ٤١٢ ، وانظر : منح الجليل ج ٨ ص : ١٨٢ .

وعند الحنابلة : قال المرداوى : إن القبض لا يصح إلا بإذن الواهب ولا تلزم الهبة إلا بالقبض وهو المذهب وعليه الأصحاب ، وفي صحة قبضه بدون إذنه روايتان ، والإذن لا يتوقف على اللفظ . بل المناولة والتخلية إذن ، ويصح القبض بغير إذنه قدمه في الرعايتين والحاوى العنبر . انظر : الإنصاف لمرداوى ج ٧ ص : ١٢٢ ، كشاف القناع ج ٤ ص : ٣٠١ ، مطالب اولى النهى ج ٤ ص : ٣٨٦ ، المفتى لابن قدامة ج ٥ ص : ٣٨٢ .

وعند الشافعية : لا يصح القبض بلا إذن ولا إقباض لانه عقد إرفاق كالقرض . قال : في أسنى المطالب : لأنه عقد إرفاق كالقرض فلا يملك إلا بالقبض (بالإذن) فيه إن لم يقبضه الواهب فلو قبض بلا إذن ولا إقباض لم يملكه ودخل في ضمانه سواء أقبضه في مجلس العقد أم بعده . انظر : أسنى المطالب ج ٢ ص : ٤٨٢ ، تحفة المحتاج ج ٦ ص : ٣٠٦ - ٣٠٧ ، مغنى المحتاج ج ٣ ص : ٥٦٥ - ٥٦٦ ، حاشيتا قليوبي وعميرة ج ٣ ص : ١١٣ - ١١٤ .

رجل وهب للمساكين هبة ، ودفعها إليهم لم يرجع فيها استحساناً .

رجل وهب للمساكين هبة ، ودفعها إليهم لم يرجع فيها استحساناً - وفي القياس : يرجع ؛ لأنه ملكه بطريقة الهبة ، وفي أسباب الملك : الغني والفقير سواء كالبيع وغيره - ووجه الاستحسان : أن قصده بالهبة من الفقير : الثواب - دون العوض - ، إذ لو كان قصده العوض لاختار للهبة من يكون أقدر علي أداء العوض ، ولما أختار الفقير مع عجزه عن أداء العوض ، عرفنا أن مقصوده الثواب وقد نال ذلك قال : وكذلك إن أعطي سائلاً أو محتاجاً علي وجه الحاجة . فإن العطية بمنزلة الهبة ، وإنما قصده بفعله سد خلة المحتاج ؛ وذلك يفعل لابتغاء مرضاة الله تعالى ونيل ثوابه وهو معنى ما روى عن عمر رضي الله عنه : من وهب هبة لصلة رحم أو علي وجه الصدقة لم يكن له أن يرجع فيها ^(١) - ^(٢) إن بعض التصرفات التي تتم لا يجوز الرجوع فيها وذلك كالصدقة ، فمن تصدق بصدقة لا يجوز له أن يرجع فيها ، لأن الصدقة لإرادة الثواب من الله تعالى . كما قال عمر رضي الله عنه : من وهب هبة علي وجه الصدقة فإنه لا يرجع فيها .

(١) أخرجه الإمام مالك في موطأه جـ ٢ ص : ٧٥٤ في باب القضاء في نية من كتاب الأقضية بـ لفظ (من وهب هبة يرى أنه أراد صلة رحم أو علي وجه الصدقة ، فإنه لا يرجع فيها) .

(٢) المبسوط جـ ١٢ ص : ٩٣ - ٩٤ .

فعند الحنفية : لا يجوز الرجوع في الهبة لذي الرحم المحرم ، ولا في هبة أحد الزوجين للآخر ، واستدلوا بقول النبي ﷺ : (الرجل أحق بحبته ما لم يشب منها)^(١) . أي لم يعوض ، وصلة الرحم عوض معني ، لأن التواصل سبب التناصر والتعاون في الدنيا ، فيكون وسيلةً إلى استيفاء النصرة ، وسبب الثواب في الدار الآخرة ، فكان أقوى من المال ، وأما امتناع الرجوع بالنسبة لهبة أحد الزوجين للآخر ، فلإن صلة الزوجية تجري بحرى صلة القرابة الكاملة ، بدليل أنه يتعلق بها حق التوارث في جميع الأحوال . وكذلك يمتنع الرجوع في الهبة إلى الفقير بعد قبضها لأن الهبة إلى الفقير صدقة لأنه طلب بها الثواب كالصدقة ولا رجوع في الصدقة علي الفقير بعد قبضها لحصول الثواب الذي هو في معني العوض بوعد الله تعالى^(٢) وإنما يكون الرجوع عند تمكن الخلل فيما هو المقصود .

يقول السرخسي : أما الصدقة إذا تمت بالقبض فليس له أن يرجع فيها سواء كانت لقرابته ، أو لأجنبي ، لأن المطلوب بالصدقة نيل الثواب ، وقد حصل ذلك ولا رجوع بعد حصول المقصود بتمامه ؛ لأن المتصدق يجعل ذلك المال لله تعالى ثم يصرفه إلى الفقير فيكون كفاية له من الله تعالى ولهذا لم يكن للمعطي فيه منةً علي القابض ، وإنما له حق الرجوع في ملك ذلك المال المتملك من جهته ، وقد إنعدم ذلك في الصدقة، فلهذا لا يرجع فيها^(٣) .

(١) رواه ابن ماجة في سننه جـ ٢ ص : ٧٩٨ في باب من وهب هبة رجاء ثواب من كتاب الفيات .

(٢) العناية شرح الهداية جـ ٩ ص : ٤٠ - ٤١ ن الجوهرية النورة جـ ص : ٣٣٢ ، فتح القدير جـ ٩ ص : ٣٩ - ٤٠ ،

درر الحكماء شرح غرر الأحكام جـ ٢ ص : ٢٢١ - ٢٢٢ .

(٣) المبسوط للسرخسي : جـ ١٢ ص : ٥٨ .

ويقول السرخسي أيضاً : ويستوي أن تكون الصدقة علي غني أو فقير في أن لا رجوع فيها ، كما صرح به فقهاء الحنفية ^(١) .

قال في الجوهرة النيرة : ولا يصح الرجوع في الصدقة بعد القبض ، لأنه قد كمل فيها الثواب من الله تعالى وكذا إذا وهب للفقير ، لأن الثواب قد حصل . وأما إذا تصدق علي غني فالقياس أن له الرجوع لأن المقصود بها العوض كالهبة إلا أنهم استحسنا فقالوا لا رجوع فيها ، لأنه عبر عنا بالصدقة ولو أراد الهبة لعبر بلفظها ولأن الثواب قد يطلب بالصدقة علي الأغنياء. ^{(٢) - (٣)}

(١) المصدر السابق جـ ١٢ ص : ٩٢ .

(٢) الجوهرة النيرة جـ ١ ص : ٣٣٢ ، البحر الرائق جـ ٧ ص : ٢٩٧ .

(٣) وجملة القول أن بعض التصرفات التي تم لا يجوز الرجوع فيها وذلك كالصدقة ، فمن تصدق بصدقة لا يجوز له أن يرجع فيها ، لأن الصدقة لإرادة الثواب من الله تعالى كما قال عمر رضي الله عنه : من وهب هبة علي وجه الصدقة فإنه لا يرجع فيها . والرأي المراجع عند الشافعية أن صدقة التطوع علي الولد يجوز الرجوع فيها . وكذلك لا يجوز الرجوع في الهبة لغير الولد عند الجمهور - المالكية والشافعية والحنابلة - لقول النبي ﷺ : (لا يعمل لرجل أن يعطي عطية أو يهب هبة فيرجع فيها إلا الولد فيما يعطي ولده) - الحديث أخرجه أبو داود في سننه جـ ٣ ص : ٢٩١ برقم ٣٥٣٩ باب الرجوع في الهبة ، وأخرجه ابن ماجه في سننه جـ ٢ ص : ٢٩٥ برقم ٢٣٧٧ باب من أعطي ولده ثم رجع فيه بدون ذكر (أو يهب هبة) ، الإمام أحمد في مسنده جـ ٢ ص : ٧٨ . وانظر : خلاصة البدر المنير جـ ٢ ص : ١٢١ بهذا اللفظ من حديث ابن عباس وابن عمر ورجالهم ثقات ، نصب الرأية جـ ٤ ص : ١٢٤ ، تلخيص الخبير جـ ٣ ص : ٧٢ ، الدراية في تخريج أحاديث الهداية جـ ٢ ص : ١٨٤ وقال فيه صحيحه الترمذي وابن حبان والحاكم وقال صحيح الإسناد - ولقد عَمَّ المالكية الحكم فقالوا : كل ما يكون لثواب الآخرة لا رجوع فيها ، ولو من والد لولده ، لكنهم قالوا للوالد أن يعتصر ما وهبه لابنه وذلك بشروط وذلك بشروط - وسيأتي ذكر هذه الشروط جـ ٥ ص : ٥٥٥ من هذه الرسالة - قال في الفواكه الدواني : والهبة لفصلة الرحم أو الفقير كالصدقة لا رجوع فيها ومن تصدق علي ولده فلا رجوع له . انظر : الفواكه الدواني جـ ٢ ص : ١٥٤ - ١٥٥ . وانظر : شرح مختصر خليل جـ ٧ ص : ١١٣ - ١١٤ ، التاج والإكليل جـ ٨ ص : ٢٦ - ٢٧ ، منع الجليل شرح مختصر خليل جـ ٨ ص : ٢٠٦ .

وعند الشافعية : قال في حاشيتا قليوبي وعميرة : (ولأب الرجوع في هبة لولد ، وكذا لسائر الأصول) من الأم والأجداد والجدات من جهة الأب والأم (علي المشهور) والثاني لا رجوع لغير الأب قال ﷺ : (لا يعمل لرجل أن يعطي عطية أو يهب هبة ، فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده) انظر : حاشيتا قليوبي وعميرة جـ ٣ ص : ١١٤ ، وأنظر : أسنى المطالب

جـ ٢ ص : ٤٨٣ - ٤٨٤ ، شرح البهجة جـ ٣ ص : ٣٨٧ - ٣٨٨ ، تحفة المحتاج جـ ٦ ص : ٣١٤ - ٣١٥ ، مغني المحتاج جـ ٣ ص : ٥٥٩ - ٥٦٠ ، نهاية المحتاج جـ ٥ ص : ٤١٧ - ٤١٨ .
وعند المناظرة : قال ابن قدامة : فحصل الاتفاق على أن ما وجهه الإنسان لذوي رحمه المنحرم غير ولده ، لا رجوع فيه ، وكذلك ما وجه الزوج لامرأته . وخلاف فيما عدا هؤلاء فعدنا لا يرجع إلا الوالد ، وعندهم لا يرجع إلا الأجنبي . أنظر : المغني لابن قدامة جـ ٥ ص : ٣٩٧ - ٣٩٨ . وقال في الإنصاف (ولا يجوز لواهب أن يرجع في هبته إلا الأب) هذا المذهب . نص عليه وعليه جماهير الأصحاب . أنظر : الإنصاف جـ ٧ ص : ١٤٥ - ١٤٦ ، وانظر : الفروع جـ ٤ ص : ٦٤٧ ، شرح منتهى الإرادات جـ ٢ ص : ٤٣٧ - ٤٣٨ ، كشف القناع جـ ٤ ص : ٣١٢ - ٣١٣ ، مطالب أولي النهي جـ ٤ ص : ٤٠٤ .

الرجوع في الهبة .

إذا وهب العبد المديون من صاحب دينه بطل دينه ، وكذا لو كان علي العبد جناية خطأ فوهبه لولي الجناية بطلت الجناية ويكون للواهب أن يرجع في هبته استحساناً وإذا رجع في هبته لا يعود الدين والجناية في قول محمد ورواية عن أبي حنيفة - وفي القياس لا يصح رجوعه في الهبة وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة وفي الاستحسان يصح رجوعه ^(١) .

قال الزيلعي ^(٢) : إذا وهب عبده المدين ممن له الدين أو عبده الجاني من رب الجناية حتى سقط الدين والجناية ثم رجع في الهبة حيث يعودان عند أبي يوسف خلافاً لمحمد والعذر لأبي يوسف أن حق خيار الرؤية أضعف منهما ^(٣) .

فلو كان علي العبد جناية خطأ فوهبه لولي الجناية بطلت الجناية ويكون للواهب أن يرجع في هبته استحساناً وإذا رجع مولى العبد في هبة العبد لا يعود الدين والجناية في قول محمد ورواية عن أبي حنيفة . وفي القياس لا يصح رجوعه في الهبة وهو رواية عن الثلاثة ^(٤) .

ووجه قول محمد أن الدين بالهبة سقط عن العبد لا إلى بدل فكان كالساقط عنه بالإبراء وبعد الإبراء لا يتصور عود الدين إذا تم السقوط بالقبول وهذا لأن الساقط

(١) الفتاوى الهندية ج٤ ص : ٣٨٨ كتاب الهبة وفيه اثنا عشر باباً الباب الخامس في الرجوع في الهبة .

(٢) عثمان بن علي بن محسن بن يونس أبو عمرو الملقب بنحر الدين الإمام العلامة أبو محمد الزيلعي قدم القاهرة في سنة ٧٠٥ هـ فاضلاً ورأس بها ودرس وأفنى وصنف وانتفع الناس به ونشر الفقه مات في رمضان بقراقة مصر سنة ٧٤٣ هـ .
انظر : طبقات الحنفية ج١ ص : ٣٤٥ ، كشف الظنون ج٢ ص : ١٥١٥ .

(٣) تبين الحقائق شرح كثر الدقائق ج٤ ص : ٣٠ - ٣١ ، حاشية ابن عابدين ج٥ ص : ٧٠٤ .

(٤) البحر الرائق ج٧ ص : ٢٩٥ ، رد المختار علي الدر المختار ج٥ ص : ٧٠٣ - ٧٠٤ ، بدائع الصنائع ج٦ ص :

يكون متلاشياً والعود يتصور في القائم دون المتلاشي بخلاف ما إذا اشترى بالدين شيئاً أو صالح علي عين فهلك قبل القبض لأن الدين هناك لم يسقط وإنما تحولت المطالبة إلى المشتري وإلى ما وقع عليه الصلح وكذلك الحوالة فإن الدين لا يسقط بها ولكن يتحول إلى ذمة المحتال عليه ثم يعود بالتوى إلى المحيل .

وأبو يوسف يقول بالرجوع في الهبة يفسخ العقد من الأصل وتعود العين إلى قدم ملكه وسقوط الدين كان بحكم الهبة فإذا انفسخ عاد الدين كما إذا سقط الدين بالشراء أو الصلح بخلاف الإبراء فالسبب هناك غير محتمل للفسخ بعد تمامه والدليل عليه أن الدين لو كان لصي فوهبه صاحب الدين منه وقبضه هو أو وصيه سقط الدين ثم إذا رجع الواهب قلنا بأنه لا يعود الدين كان فيه إلحاق الضرر بالصبي وإسقاط دينه مجاناً وذلك مملوك للصبي فلا بد من القول بعود الدين لدفع الضرر .

وقد روى ابن سماعة ^(١) عن محمد والحسن عن أبي حنيفة أنه ليس للمواهب أن يرجع في الهبة بعد سقوط الدين لأن ذلك في معنى زيادة حادثة في ملك الموهوب له والزيادة المتصلة تمنع الواهب من الرجوع ولكن في ظاهر الرواية هذه الزيادة لا تغير صفة العين فتكون كزيادة السعر فلا يمنع الواهب من الرجوع ^(٢) .

(١) ابن سماعة قاضي بغداد العلامة أبو عبدالله محمد بن سماعة بن عبيد الله بن هلال التيمي الكوفي صاحب أبي يوسف ومحمد. حدث عن الليث والمسيب بن شريك ، صنف التصانيف ، قال ابن معين لو أن المحدثين يصدقون في الحديث كما يصدق ابن سماعة في الفقه لكانوا فيه على نهاية ، وقال : أحمد بن عطية كان ورده في اليوم مئتي ركعة ، وقال أحمد بن عمران سمعته يقول مكثت أربعين سنة لم تفتني التكبيرة الأولى الا يوم مائت أمني فصليت خمساً وعشرين صلاة أريد انتضعيف ، ولي القضاء للرشيد بعد يوسف بن أبي يوسف ودام الى ضعف بصره عمر مئة سنة وثلاث سنين وتوفي سنة ثلاث وثلاثين ومئتين . انظر : سير أعلام النبلاء جـ ١٠ ص : ٦٤٦ - ٦٤٧ ، وانظر : طبقات الفقهاء جـ ١ ص : ١٤٤ .

(٢) أنظر : المبسوط للمرحوم جـ ٢٥ ص : ١٤٩ .

وجملة القول : أن الحنفية يرون أن حكم الهبة ثبوت الملك للموهوب له غير لازم فيصح الرجوع والفسخ لقول عليه السلام : " الواهب أحق بهبته ما لم يُثَبَّتْ منها " ^(١) أي يعوض فإنه عليه السلام جعل الواهب أحق بهبته ما لم يصل إليه العوض ولكن يكره الرجوع لأنه من باب الدناءة وللموهوب له أن يتمتع عن الرد ولا يصح الرجوع إلا بتراض أو بقضاء القاضي ؛ لأن الرجوع فسخ بعد تمام العقد فصار كالفسخ بسبب العيب بعد القبض فالرجوع في الهبة بالتراضي يُعد من الإقالة ^(٢) .

(١) روى من حديث أبي هريرة وابن عباس وابن عمر . فحديث أبي هريرة : أخرجه ابن ماجه والدارقطني وفيه ضعف . وحديث ابن عباس له طريقان : أحدهما عند الطبراني في معجمه والثاني عند الدارقطني في سننه . وحديث ابن عمر رواه الحاكم وصححه ، كما صححه ابن حزم ، وعن الحاكم رواه البيهقي وقال : والصحيح من هذه الرواية عن عمر من قوله . انظر : نصب الراية جـ ٤ : ١٢٥ . التلخيص الحبير ص : ٢٦٠ وما بعدها ، سبل السلام للصنعاني جـ ٣ ص : ٩٣ .

(٢) وعند المالكية يثبت الملك في هبة بمجرد العقد ويصبح لازماً بالقبض فلا يحل الرجوع بعدئذ أما قبل القبض أو بعده فيصح فقط للواهب الأب أن يرجع فيه وجهه لانيه ما لم يترتب عليه حق الغير كأن يتزوج مثلاً ، أو يستحدث ديناً والرجوع في الهبة يعرف عندهم بالاعتصار في هبة وهو جائز عندهم فيما يهبه الوالد لولده وبشروط خمسة : وهي ألا يتزوج الولد بعد الهبة ، ولا يحدث ديناً لأجل ، ولا يتغير الموهوب عن حاله ، وألا يحدث الموهوب له في الموهوب حدثاً ، وألا يمرض - المرض المخوف - الواهب أو الموهوب له . فإن وقع شيء من ذلك يتمتع الرجوع . قال الدسوقي في حاشيته : (ولأب) فقط لا الجند (اعتصارها) أي الهبة (من ولده) الحر الذكر والأنثى صغيراً ، أو كبيراً ، غنياً ، أو فقيراً أي أخذها منه جبراً بلا عوض ولو حازها الابن بأن يقول رجعت فيما وهبته له ، أو أخذتها ، أو اعتصرتها فلا يشترط لفظ الاعتصار علي الأظهر لعدم معرفة العامة له غالباً وليس في حديث ما يدل علي شرط لفظ الاعتصار (كأتم) لها الاعتصار لما وهبته لولدها بشروطه . انظر : حاشية الدسوقي جـ ٤ ص : ١١٠ ، وانظر : بداية المجتهد جـ ٢ ص : ٢٤٩ - ٢٥٠ ، المتقى شرح الموطأ جـ ٦ ص : ١١٣ - ١١٦ ، المدونة جـ ٤ ص : ٤١١ - ٤١٤ القوانين الفقهية ص : ٣٦٧ طبعة فاس .

(٣) وأما الشافعية والحنابلة فإنه لا يحل للواهب أن يرجع في هبته ، إلا الوالد فيما أعطى ولده لقوله عليه السلام " العائد في هبته كالعائد في قبته " ليس لنا مثل سوء : العائد في هبته كالكلب يعود في قبته " - الحديث أخرجه : الترمذي في سننه جـ ٣ ص : ٥٩٢ رقم ١٢٩٨ باب ما جاء في الرجوع في الهبة ، مصنف ابن أبي شيبة جـ ٤ ص ٤٢١ رقم ٢١٧١١ باب من كره الرجوع في الهبة ، سنن أبي دود جـ ٣ ص : ٢٩١ رقم ٣٥٣٨ باب الرجوع في الهبة ، سنن النسائي جـ ٦ ص : ٢٦٤ رقم ٣٦٨٩ ، سنن ابن ماجه جـ ٢ ص : ٧٩٧ رقم ٢٣٨٥ باب الرجوع في الهبة ، وإخراج البخاري بلفظ (ثم العائد في هبته كالعائد في قبته) جـ ٢ ص : ٩٠٤ رقم ٢٤٧٨ ، ومسنن جـ ٣ ص : ١٤١ رقم ١٦٢٢ ، انظر : نصب الراية جـ ٤ ص : ١٢٥ - ١٢٦ ، خلاصة البدر سنن جـ ٢ ص : ١٢١ ، الدرر في تخريج أحاديث الفتاوى جـ ٢ ص : ١٨٤ ،

والحديث متفق علي صحته - وقال رحمه الله " ليس لأحد أن يعطي عطية فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده " - الحديث أخرجه أصحاب السنن الأربعة عن ابن عمر وابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال " لا يحمل لرجل أن يعطي عطية أو يهب هبة ثم يرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده ومثل الذي يرجع في عطيته أو هبته كالكلب يأكل فإذا شبع قاء ثم عاد فيه . قال الترمذي : حديث حسن صحيح ورواه ابن حبان والحاكم عن ابن عباس وصحاحه ، ورواه أحمد والطبراني والدارقطني وعبد الرزاق عن طاووس عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسلأ وله طرق أخرى . انظر : جامع الأصول جـ ١٢ ص : ٢٦٦ ، نصب الراية جـ ٤ ص : ١٢٤ ، سبل السلام جـ ٢ ص : ١٣٢ ، التلخيص خبير ، ص : ٢٦٠ - وكالوالد سائر الأصول عند الشافعية . قال ابن قدامة : إن للأب الرجوع فيما وهب لولده . وهو ظاهر مذهب أحمد ، سراء قصد برجوعه التسوية بين الأولاد أو لم يرد وهذا مذهب مالك والأوزاعي والشافعي وعن أحمد ، رواية أخرى : ليس له الرجوع فيها . وما قال أصحاب الرأي ... لقول النبي صلى الله عليه وسلم (العائد في هبته كالعائد في قبته) . انظر : المغني لابن قدامة جـ ٥ ص : ٣٨٩ - ٣٩٠ ، وانظر : كشف القناع جـ ٤ ص : ٣١٢ - ٣١٣ ، وقال في مطالب أولي النهي : (وحُرْمٌ ولا يصح رجوع واهب) في هبته (بعد قبض معتبر) بأن يكون من جائر التصرف أو كينه للزومها به (ولو) كانت الهبة (صدقة وهدية ونحلة ، أو تقوطاً وحمولة في نحو عُرْسٍ) كعتان ... إلى أن قال (و) إلا (الأب) ... الخ انظر : مطالب أولي النهي في شرح غاية المنتهى جـ ٤ ص : ٤٠٤ - ٤٠٥ ، وانظر : الكافي في فقه ابن حنبل جـ ٢ ص : ٤٦٩ ، رسائل وفتاوى ابن تيمية جـ ٣٢ ص : ٢٥٨ . وقال في أمسي المطالب : (ولأب وكذا سائر الأصول) من الجهتين ولو مع اختلاف الدين (لا غيرهم) كالإخوة (الرجوع) ولو كان قد أسقطه (من دون) حكم (الحاكم) بالرجوع في الهبة ، والهدية والصدقة للولد (سواء أقبضها الولد أم لا غنياً كان ، أو فقيراً صغيراً أو كبيراً . انظر : أمسي المطالب جـ ٢ ص : ٤٨٣ - ٤٨٤ ، وانظر : مغني المحتاج جـ ٣ ص : ٥٦٩ - ٥٧٠ ، تحفة المحتاج جـ ٦ ص : ٣١٤ - ٣١٥ ، حاشية الجمل جـ ٣ ص : ٥٩٨ ، حاشيتا قلوب وعصرة جـ ٣ ص : ١١٤ - ١١٥ ، نهاية المحتاج جـ ٥ ص : ٤١٦ - ٤١٧ .

ما وهب للعبد في عهدة الثلاثة وتصدق به عليه يُريد أو غما ماله بربح فإنه لبائعه .
 ما وهب للعبد في عهدة الثلاثة وتصدق به عليه يُريد أو غما ماله بربح فإنه لبائعه إلا أن يكون المشتري
 استثنى ماله فإن ذلك للمشتري .. قال ابن رشد : القياس للبائع ، ولو اشترط المشتري .. وما قاله ابن
 القاسم ^(١) استحسان والذي في المدونة أن ذلك للبائع . ^(٢) وقال في منح الجليل : وقوله كالموهوب أي
 ما وهب للعبد فيها أو تُصدق به عليه يريد أو غما ماله بربح فهو لبائعه إلا إذا اشترط المشتري ماله فذلك
 له ... ابن رشد القياس أنه للبائع وما قاله ابن القاسم استحسان ، والذي في المدونة أنه للبائع . ^(٣)
 قال في المدونة : قال مالك : ونفقة العبد في أيام الخيار على البائع ، فأرى هذا الرجل إذا باع أمته
 على أنه بالخيار ثلاثاً فوهب لامته مالا أو تصدق به عليها أن ذلك المال للبائع لأن البائع كان ضامناً
 للأمة وكان عليه نفقتها ^(٤) وقال في المتقى شرح الموطأ : فإذا حدث للعبد مال في مدة العهدة أو
 الخيار ، وقد اشترط المبتاع مال العبد فهو للعبد بأي وجه كان ، وإن لم يشترط المبتاع فهو للبائع بأي
 وجه كان ^(٥) وذكر في التاج والإكليل : أنه لا خلاف في جواز اشتراط مال العبد في نفس العقد ^(٦)
 ولقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه إذا بيع الرقيق وله مال ملكة إياه مولاه أو حصه به ، ولم يشترط في
 عقد البيع أن المال للمشتري ، فإنه يكون للبائع ، لقول النبي ﷺ : " من ابتاع عبداً وله مال فماله
 للذي باعه إلا أن يشترط المبتاع " ^(٧)

(١) ابن القاسم : عبد الرحمن بن القاسم أبو عبد الله العتقي مولاهم المصري صاحب مالك الإمام . روى عن مالك والليث وابن
 الماجشون ومسلم بن خالد وغيرهم رحل إلى مالك بعد ابن وهب يبيع عشرة سنة وطالت صحبته له . ولم يخلط علم مالك بغيره حتى
 صار أثبت الناس فيه . مثل مالك عنه وعن ابن وهب فقال ابن وهب عالم وابن القاسم فقيه . قال : يعني بن يحيى كان ابن القاسم
 أعلمهم بعلم مالك وآمنهم عليه . مات بالبصرة سنة ١٩١ هـ . انظر : سير أعلام النبلاء ج ٩ ص : ١٢٠ ، وما بعدها ، تذكرة
 الحفاظ ج ١ ص : ٣٥٦ ، شذرات الذهب ج ١ ص : ٣٤٧ .

(٢) مواهب الجليل ج ٤ ص : ٤٧٤-٤٧٥ ، كتاب البيوع وانظر : شرح مختصر خليل ج ٥ ص : ١٥٤ .

(٣) منح الجليل ج ٥ ص : ٢٢٣ .

(٤) المدونة ج ٢ ص : ٤٨٩-٤٩٠ ، ج ٣ ص : ٢٢٠ .

(٥) المتقى شرح الموطأ ج ٤ ص : ١٧١ .

(٦) التاج والإكليل ج ٦ ص : ٤٤٦ .

(٧) أخرجه البخاري ج ٣ ص : ١٥١ ، في باب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط أو نخل ، من كتاب المساقاة:
 ومسلم ج ٣ ص : ١١٧٣ في باب من باع نخلاً عليها ثمر من كتاب البيوع .

ولأن العبد وماله للسيد فإذا باع العبد اختص البيع به دون ماله ، كما لو كان له عبدان ، فباع أحدهما لم يتناول البيع العبد الثاني ^(١)

(١) وذهب المخابلة في قول ، والشافعية في خلاف الأظهر عندهم : إلى أنه إن اشترط المشتري مال العبد صح ، ويكون المآل له ، لما في الحديث السابق الذكر ، ولا يصح ذلك إلا إن كان مقصوده شراء العبد والرغبة فيه ، وإن المآل تبع ، وإنما قصد بقاء المآل للعبد وإقراره في يده وحيداً يقتصر في المآل الجهالة ، ويتفرق كونه من جنس الثمن ولو كان أكثر من الثمن لأن الشيء قد يصح تبعاً ولو كان لا يصح استقلالاً ، كالثمويه بالذهب في سقف بيت بيع يذهب . فإن كان المآل هو المقصود اشترط العلم به ، وسائر شروط البيع .

ومذهب الشافعية في الأظهر أنه لا يصح للمشتري أن يشترط مال العبد إلا أن تحقق شروط البيع ، لأنه مبيع آخر ، فاشترط فيه ما يشترط في سائر المبيعات . وهذا كله يجري أيضاً في حلى الجارية التي تلبسها ، وما قد يكون عليها أو على العبد من الثياب التي تراد للحمال . أما الثياب المعتادة مما كان يلبسه عند البائع للمبذلة والخدمة فهو للمشتري عند المخابلة وقال الشافعية في الأصح : لا بدخل في البيع شيء من الثياب إلا بالشرط .

قال ابن قدامة في المغني : إن السيد إذا باع عبده أو جاريته ، وله مال ملكه إياه مولاه ، أو خصه به فهو للبائع لما روى ابن عمر ، أن رسول الله ﷺ قال " من باع عبداً ، وله مال فماله للبائع ، إلا أن يشترطه المبتاع ... ولأن العبد وماله للبائع ، فإذا باع اختص البيع به دون غيره ، كما لو كان عبدان فباع أحدهما ، وإن اشترطه المبتاع كان له : للبحر وروى ذلك نافع ، عن ابن عمر ، عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وقضى به شريح ، وبه قال عطاء ، وطاؤوس ، ومالك والشافعي وإسحاق . قال الخرقي : إذا كان قصده للعبد لا للمال . هذا منصوص أحمد وهو قول الشافعي وأبي ثور وعثمان البتي . ومعناه أنه لا يقصد بالبيع شراء مال العبد إنما يقصد بقاء المآل للعبد ، وإقراره في يده فمضى كان كذلك ، صح اشتراطه ودخل في البيع به ، سواء كان المآل معلوماً أو مجهولاً ، من جنس الثمن أو غيره ، عينا كان أو ديناً ، وسواء كان مثل الثمن أو أقل أو أكثر . قال : البتي : إذا باع عبداً بألف درهم ومعه ألف درهم ، فالبيع جائز إذا كانت رغبة المبتاع في العبد لا في الدرهم وذلك لأنه دخل في البيع تبعاً غير مقصود فاشبهه اسماءات الخيطان .

وأما إذا كان المآل مقصوداً بالشراء جاز اشتراطه إذا وجدت فيه شرائط البيع من العلم به وإن لا يكون بينه وبين الثمن رباً ، كما يعتبر في العينين المبيعتين ، لأنه مبيع مقصود فاشبهه مالوضم إلى العبد عيناً أخرى وباعهما . وقال القاضي : هذا ينبغي على كون العبد يملك أو لا يملك ، فإن قلنا : لا يملك . فاشترط المشتري ماله صار مبيعاً معه فاشترط فيه ما يشترط في سائر المبيعات . وهذا مذهب أبي حنيفة . وإن قلنا : يملك احتملت فيه الجهالة وغيرها مما ذكرنا من قبل ، لأنه تبع في البيع لا أصل . أنظر : المغني لابن قدامة ج ٤ ص : ١٢٥ ، وقال في الإنصاف (وإن كانت عليه ثياب . فقال أحمد : ما كان للحمال فهو للبائع ، وما كان للبس المعتاد فهو للمشتري) . وهو المذهب وعليه الأصحاب .

أنظر : الإنصاف ج ٥ ص: ٨٣ ، وأنظر : شرح منتهى الإرادات ج ٢ ص: ٨٧ ، كشف القناع ج ٣ ص: ٢٨٧ - ٢٨٨ ، مطالب أولى النهى ج ٣ ص: ٢٠٦ - ٢٠٧ .

وقال في الأم : (قال المرقى) : قلت أنا : وقد كان الشافعي قال يجوز أن يشترط ماله ، وإن كان مجهولاً ، لأنه تبع له كما يجوز حمل الأمة تبعاً لها وحقوق الدار تبعاً لها ولا يجوز بيع الحمل دون أمه . أنظر : الأم للشافعي ج ٨ ص: ١٨١ ، وقال في أسنى المطالب : والعبد (لا يملك) شيئاً وإن ملكه مبيده كما لا يملك بالإرث ولأنه مملوك فاشبهه بالبيمة وإما خير (من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترط المبتاع) فأجيب عنه بأن الإضافة فيه للاختصاص لا للملك (فإن باعه وما في يده) من المال وإن ملكه له (لزم في المال شروط المبيع من نفي الجهالة والربا) وغيرهما لأنه مبيع كالعبد وعبرة الأصل اعتبر في المال شروط المبيع حتى لو كان مجهولاً أو غائباً أو ديناً والتمن دين أو ذهباً والتمن ذهب لم يصح . أنظر : أسنى المطالب ج ٢ ص: ١٠٠ ، وأنظر : شرح البهجة ج ٣ ص: ٤٤ ، حاشيتا قليوبي وعميرة ج ٢ ص: ٣٠٣ ، تحفة المحتاج ج ٥ ص: ٤٩٣ ، مغني المحتاج ج ٢ ص: ٥١٩ .

وقال في بدائع الصنائع : وما وهب للعبد أو تصدق به عليه أو اكسبه - فهو لصاحب الرقبة ، لأن ذلك مال العبد والعبد في الحقيقة لصاحب الرقبة ، فكان كسبه له قال رسول الله ﷺ (من باع عبداً وله مال فماله لبياعه إلا أن يشترطه المبتاع) . أنظر : بدائع الصنائع ج ٧ ص: ٣٨٦ ، وأنظر : الحجة للشياخ ج ٢ ص: ٥٠٤ ، وأنظر : شرح فتح القدير ج ٥ ص: ١١٦ ، الجوهرة النيرة ج ١ ص: ١٨٨ ، وقال في رد المختار : ولو باع عبداً معه مال ، فإن سكنت عن ذكر المال جاز المبيع والمال للبائع هو الصحيح ، ولو باعه مع ماله وسمى مقداره فإن كان الثمن من جنسه لابد أن يكون أزيد من العبد ، يكون بإزاء مال العبد قدره من الثمن ، والباقي بإزاء العبد وقامه فيها . أنظر : رد المختار على الدر المختار ج ٤ ص: ٥٥٠ .

إذا رأى الإمام أو حاكمه رجل يسرق أو يشرب خمرًا أو يزني فلا يقيم عليه الحد برؤيته لذلك .
قال الإمام أبو يوسف في كتاب الخراج : " وإذا رأى الإمام أو حاكمه رجلاً قد سرق أو شرب خمرًا ، أو زنى ، فلا ينبغي أن يقيم عليه الحد برؤيته لذلك ، حتى يقوم به عنده بينة ، وهذا استحسان لما بلغنا في ذلك من الأثر " (١) قال في منار السيل : ولا يجوز للحاكم أن يقيم الحد بعلمه لأن ذلك يُروى عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه . (٢)

و لانه متهم في حكمه بعلمه فوجب أن لا يتمكن منه مع التهمة فيه . (٣) وقد روى ذلك عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه وبه قال مالك وأصحاب الرأي وهو أحد قولي الشافعي وقال في الآخر له اقامته بعلمه وهو قول أبي ثور لانه اذا جازت له اقامته بالينة والإعتراف الذي لا يفيد الا الظن فيما يفيد العلم أولى .

واستدل الجمهور بقوله تعالى : ﴿ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةٌ مِمَّنْكُمْ ﴾ (٤) وقال تعالى : ﴿ فَإِذَا لَمْ يَأْتُوا بِالشَّهَادَةِ فَادْعُ اللَّهَ عَدْلَهُ الْكَادِبُونَ ﴾ (٥) وقال عمر أو كان الحبل أو الإعتراف ولانه لا يجوز له أن يتكلم به ولو رماه بما علمه منه لكان قاذفًا يلزمه حد القذف فلم تجز اقامة الحد به كقول غيره ولانه اذا حرم النطق به فالعمل أولى . (٦)

قال في المبسوط : وسائر حقوق العباد فالقاضي يقضى في ذلك بعلمه وإن علمه قبل أن يستقضى ثم استقضى فليس له أن يقيم الحد بعلمه حتى يشهد الشاهد عنده في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد له أن يقضى بعلمه لأن علمه بمعينة السب لا يختلف بعدما قلد القضاء وقبله . وأبو حنيفة يقول حين عاين السب استفاد علم الشهادة فلا يتغير ذلك بتقليد القضاء ، بخلاف ما اذا علم وهو قاض لأنه حين عاين السب استفاد علم القضاء توضيحه أن معينة السب بمنزلة شهادة الشهود في الفصلين عنده ولو شهد الشاهدان عنده قبل أن يستقضى ثم استقضى لم يكن له أن يقضى بذلك

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص : ٨٤ .

(٢) منار السيل ج ٢ ص : ٣٢٨ .

(٣) الكافي في فقه ابن حنبل ج ٤ ص : ٢٠٦ ، ٢٣٦ .

(٤) سورة النساء آية رقم (١٥) .

(٥) سورة النور آية رقم (١٣) .

(٦) المغني لابن قدامة ج ٩ ص : ٧١ ، غلى لابن حزم ج ٩ ص : ٤٢٧ - ٤٢٨ ، قواطع الأدلة ج ٢ ص : ٣٣٣ .

فكذلك إذا عاين السبب . فأما في الحدود التي هي خالص حق الله تعالى كحد الزنا والسرقة وشرب الخمر فإن عاين السبب في حالة القضاء فليس له أن يقضى بعلمه امتحاناً وفي القياس له ذلك لأن علمه بمعينة السبب أقوى من علمه بشهادة الشهود عنده .

ولكنه استحسّن لما روى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال لعبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه أرأيت لو لقيت رجلاً على الزنا ما كنت أصنع به فقال شهادتك عليه كشهادة واحد من المسلمين فقال صلت ، وروى نحو هذا عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه . والمعنى فيه أن الإمام نائب في استيفاء ماوجب لحق الله تعالى فمن هذا الوجه يشبه الخصم وبمجرد علم الخصم لا يكفي للقضاء فلا يتمكن القاضي من الاستيفاء . توضيحه أنه لو سمع إقراره بذلك ثم جحد لم يكن له أن يقيم عليه الحد والمقرّبه في حق المقرّ كالمعاين بخلاف حد القذف والقصاص . وروى ابن سماعة أن محمداً رجّع عن هذا فقال لا يقضى بعلم نفسه في شيء من الحدود لأنه هو المستوفى لذلك كله وإذا اكتفى بعلم نفسه أقمه الناس فعليه أن يتحرز عن موضع التهمة . (١)

وقال الجصاص (٢) : فإن قيل : إن أبا حنيفة وأبا يوسف لا يقبلان قول الحاكم بما يوجب الحد لأنهما يقولان : (لا يحكم بعلمه في الحدود) . قيل له : ليس معنى ذلك أن قول الحاكم غير مقبول إذا قال (ثبت ذلك عندي بيّنة أو بإقرار) لأن من قولهما أن ذلك مقبول ، وإنما معنى قولهما : (إنه لا يحكم بعلمه في الحدود) أنه لو شاهد رجلاً على زنا أو سرقة أو شرب خمر لم يقيم عليه الحد بعلمه ، فأما إذا قال : (قد شهد عندي شهودٌ بذلك) أو قال : (أقرّ عندي بذلك) فإن قوله مقبول في ذلك . (٣) - (٤)

(١) المبسوط ج ٩ ص : ١٢٤ - ١٢٥ .

(٢) الجصاص : أحمد بن علي ، أبو بكر الرازي ، الإمام الكبير المعروف بالجصاص ، انتهت إليه رئاسة الحنفية ببغداد قال الخطيب : كان إمام أصحاب أبي حنيفة في وقته ، وكان مشهوراً بالزهد والدين والورع له مصنفات كثيرة منها " أحكام القرآن " وشرح " الجامع " لمحمد بن الحسن ، " وشرح مختصر الكرمي " و " شرح مختصر الطحاوي " وله كتاب مفيد في الأصول " أصول الجصاص " مات سنة ٣٧٠ هـ ببغداد . انظر : شذرات الذهب ج ٣ ص : ٧١ ، القوائد البهية ص : ٢٧ ، الجواهر المضية ج ١ ص : ٨٤ .

(٣) أحكام القرآن للجصاص ج ٣ ص : ٤١٧ .

(٤) في هذه المسألة - أثر علم الامام أو نائبه في الحدود - ذهب مع الحنفية المالكية والشافعية في قول : إلى أنه ليس للإمام أو نائبه إقامة الحد بعلمه ، لقوله تعالى : (فاستشهدوا عليهن أربعة منكم) وقال تعالى : (فإذا لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون) وبه قال أبو بكر الصديق رضي الله عنه ، وقال الشافعي في قول آخر : له إقامته بعلمه ، وهو قول أبي ثور . لأنه إذا جازت له إقامته بالبيّنة والإقرار الذي لا يفيد الا الظن فما يفيد العلم هو أولى . قال في التاج والإكليل : من رأى أمته تزني لم يجلدها إذ ليس للسلطان أن يجلد مرويته . انظر : التاج والإكليل ج ٨ ص : ٣٩٩ . وقال في الشفاي شرح الموطأ : المشهور من مذهب مالك أن الحاكم لا يحكم بشيء أصلاً بعلمه قبل ولايته أو بعدها في مجلس حكم غيره في حقوق الآدميين أو غيرها قاله مالك وابن القاسم وأشباه قالوا وكذلك ما وجد

في ديوانه من إقرار الخصم مكتوباً انظر : انتفى شرح الموطأ ج ٥ ص : ١٨٦ ، وانظر : مواهب الجليل ج ٦ ص : ١٢٣ ، وقال في شرح مختصر خليل : يستثنى من قوهم لا يحكم بعلمه الا في التعديل والتجريح . انظر : شرح مختصر خليل ج ٧ ص : ١٥٢ ، منح الجليل شرح مختصر خليل ج ٨ ص : ٣٤٤ .

وعند الحنابلة : قال ابن قدامة في المغني : ولا يقيم الإمام الحد بعلمه روى ذلك عن ابي بكر الصديق رضي الله عنه ، وبه قال مالك ، واصحاب الرأي وهو أحد قول الشافعي ، وقال في الآخر له اقامته بعلمه وهو قول ابي ثور ، لأنه اذا جازت له اقامته بالبينة والاعتراف الذي لا يفيد الا الظن فيما يفيد العلم أولى . انظر : المغني لابن قدامة ج ٩ ص : ٧٢ ، وقال في الإنصاف : قوله (ولا يقيم الإمام الحد بعلمه) هذا المذهب . وعليه الأصحاب . ووجه في الفروع تخريجاً من كلام الشيخ تقي الدين جواز اقامته بعلمه . انظر : الإنصاف ج ١٠ ص : ١٥٤ ، وانظر : الفروع ج ٦ ص : ٤٦٩ - ٤٧٠ ، وقال في شرح منتهى الإرادات : ويحرم (ان يقيه) أي الحد (إمام او نائبه بعلمه) أي : بلا بينة لقوله تعالى : (فاستشهدوا عليهن أربعة منكم) ولقوله تعالى : (فاذا لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون) ولأنه لا يجوز له التكلم به فالحمل أول حتى لو رماه بما علمه منه لكان قذفاً يحد للقذف . انظر : شرح منتهى الإرادات ج ٣ ص : ٣٣٧ ، كشف القناع ج ٦ ص : ٨٠ ، مطالب أولى النهي ج ٦ ص : ١٦١ .

وعند الشافعية : قال في أسنى المطالب ليس له - أي القاضي - أن يحكم بعلمه قطعاً بل بينة او بإقرار الخصم . انظر : أسنى المطالب ج ٤ ص : ٢٨٠ ، وقال في معنى المحتاج : فلا يستوى القاضي الحد بعلمه كما قال المصنف . انظر : معنى المحتاج ج ٥ ص : ٤٥٢ ، وقال ايضاً في كتاب القضاء : (والأظهر أنه يقضى بعلمه) ولو علمه قبل ولايته او في غير محل ولايته ، وسواء أكان في الواقعة بينة ام لا ، لأنه اذا حكم بما يفيد الظن وهو الشاهدان او شاهد وعين فبالعلم أول ، وعلى هذا يقضى بعلمه في المال قطعاً ، وكذا في القصاص وحد القذف على الأظهر ، والثاني : لمنع لما فيه من التهمة ، ورد بأنه لو قال : ثبت عندي وصح لدى كذا قبل قطعاً مع احتمال التهمة وعلى الأول يكره كما اشار الشافعي في الأم : قال الربيع : كان الشافعي يرى القضاء بالعلم ولا يبرح به مخافة قضاة سوء . انظر : معنى المحتاج ج ٦ ص : ٢٩٦ . وقال في حاشيتا قلوبى وعميرة : (والأظهر أنه يقضى بعلمه) كأن رأى المدعى عليه اقترض من المدعى ما ادعى به أو سمعه يقربه وانكر هوذلك فيقضى به عليه مصرحاً بأنه يعلم ذلك ، والثاني : علل بأن فيه تهمة (الا في حنود الله تعالى) لندب السر في أسبابها وشمل غير المشتكى القصاص وحد القاذف فيقضى فيها بعلمه كالمال وفي قول لا ، لأن العقوبة يسمى في دفعها ولا يوسع فيها . انظر : حاشيتا قلوبى وعميرة ج ٤ ص : ٣٠٥ ، تحفة المحتاج ج ١٠ ص : ١٤٨ - ١٤٩ ، شرح بهجة ج ٥ ص : ٢٤٢ ، نهاية المحتاج ج ٨ ص : ٢٥٩ - ٢٦٠ .

المسلم إذا كان أسيراً في يد أهل الحرب فاشتراه رجل منهم ...

المسلم إذا كان أسيراً في يد أهل الحرب فاشتراه رجل منهم إن اشتراه بغير أمره يكون متطوعاً لا يرجع بذلك علي الأسير فيخلى سبيله ، وإن اشتراه بأمره في القياس لا يرجع المأمور علي الأمر ، وفي الاستحسان يرجع سواء أمره الأسير أن يرجع بذلك عليه ، أو لم يقبل علي أن يرجع بذلك علي ، وهو كما لو قال الرجل لغيره أنفق من مالك علي عيالي ، أو أنفق في بناء داري فأنفق المأمور كان له أن يرجع علي الأمر وكذا الأسير إذا أمر رجلاً ليدفع الفداء ويأخذ منهم فهو بمنزلة ما لو أمره بالشراء ^(١) .

وقال في المبسوط : ولو أن الحرَّ أمر تاجراً في دارهم فاشتراه منهم كان للمشتري أن يرجع عليه بالثمن ؛ لأنه أمره بأن يعطي مال نفسه في عمل يباشره له فيرجع عليه بذلك كما لو أمره بأن يتفق عليه أو علي عياله ^(٢) .

وقال في البحر : إذا أسر في دار الحرب فاشتراه رجل منهم إن اشتراه بغير أمره يكون متطوعاً لا يرجع بذلك علي الأسير ويخلى سبيله وإن اشتراه في القياس لا يرجع المأمور علي الأمر وفي الاستحسان يرجع سواء أمره الأسير أن يرجع بذلك عليه أم لم يقل علي أن ترجع بذلك علي وهو كما لو قال الرجل لغيره أنفق من مالك علي عيالي أو أنفق في بناء داري فأنفق المأمور كان له أن يرجع علي الأمر بما أنفق وكذلك الأسير إذا أمر رجلاً ليدفع الفداء ويأخذ منهم فهو بمنزلة ما لو أمره بالشراء ^(٣) .

(١) الفتاوى الهندية جـ ٣ ص : ٢٦٩ ، الفصل الرابع في الرجوع .

(٢) المبسوط جـ ١٠ ص : ١٤١ ، وانظر : جمع الضمانات ص : ٣٩٣ .

(٣) البحر الرائق جـ ٦ ص : ٢٦٠ ، وانظر : رد المختار علي الدر المختار جـ ٥ ص : ٣٣١ ، بدائع الصنائع جـ ٧

ص : ١٢٩ - ١٣٠ .

حكم زوجة المفقود إذا تزوجت بزواج آخر .

ما ثبت بموجب ظني فلا يخلو أن يعارضه قطعي أو ظني وأيا ما كان من هذين القسمين فلا يخلو إما أن يتعلق به حق الغير أو طراً فوت أو خوف فوت مصلحة نصب الحاكم أو لا يقع شيء من ذلك فأما القسم الأول : وهو ما عارض فيه القطعي الظني ولم يتعلق به حق الغير ، ولا طراً فوت ولا غيره فالظاهر في هذا نقض الحكم وذلك كإتيان الزوج المفقود بعد أن اعتدت زوجته وقبل أن تتزوج أو بعد العقد عليها ، وقبل الدخول علي إحدى الروايتين عن مالك .

وأما القسم الثاني : وهو إذا عارض القطعي الظني وتعلق به حق الغير ، أو طراً فوت وذلك كإتيان الزوج المفقود بعد أن دخل بزوجه أو بعد العقد فقط علي قول فالظاهر هنا عدم نقض الحكم والقياس بالنقض وعدمه استحسان .

وأما الثالث : وهو إذا عارض الظني الظني ولم يتعلق به حق الغير ولا طراً فوت فلا إشكال هنا في نقض الحكم كما إذا بيعت دار المدين للغائب لصاحب الدين فلما قدم أثبت البراءة من الدين أو أبطل أصله فينتقض نبيع لعدم تعلق حق الغير .

وأما القسم الرابع : وهو إذا عارض الظني الظني وتعلق به حق الغير أو طراً فوت كبيع دار الغائب من غير صاحب الدين فيمضي الحكم ولا ترد للغائب وهو استحسان والقبول بالنقض أقيس^(١) .

(١) الإتقان والإحكام في شرح ميارة للفاسي ج ٢ ص : ٣١ ب اليوع وما شاكلها .

ويرى فقهاء المالكية أن زوجة المفقود إذا غاب عنها زوجها ورفع الأمر إلى القاضي فإنها تنتظر أربع سنوات ثم يحكم بموت الزوج فتعد عدة الوفاة وهي أربعة أشهر وعشرًا ثم تحل بعد ذلك للأزواج ، فإن قدم المفقود قبل نكاح زوجته فهو أحق بها من غيرها ، وإن قدم المفقود بعد زوجها فقد نقل عن عمر وعثمان رضي الله عنهما أن المفقود يخير بين امرأته وبين صداقها فإن اختار الصداق بقيت للزوج الثاني ، وأن اختار زوجته بانت من زوجها الثاني ، ثم تعد وتحل لزوجها الأول .

وكان القياس - أنه لا يخير ، لأن بعودة المفقود وثبوت حياته فإن الزوجة تكون له فكيف يخير ، فإذا اختار المهر تباع لغيره فكيف تباع لشخص آخر وهي لا تزال في عصمة المفقود .

أما الاستحسان - فإن التخيير قد وجب علي أساس أن الزوجة بمجرد الحكم بفقد زوجها وتربصها أربعة أشهر وعشرًا وهي عدة الوفاة قد انتهى عقدها مع زوجها الأول وحلت للأزواج ، فحكم بالتخيير استحساناً مراعاة لحق الزوج الأول الذي كان متزوجاً بها .

ومن الملاحظة : أن التخيير إنما هو قول بالاستحسان قد ثبت علي خلاف القياس^{(١) - (٢)}

(١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد جـ ٢ ص : ٣٩ - ٤٠ ، وانظر : المتقي شرح الموطأ جـ ٤ ص : ٩٣ ، التاج والإكليل جـ ٥ ص : ٥٠٠ - ٥٠١ ، مواهب الجليل شرح مختصر خليل جـ ٤ ص : ١٥٧ - ١٥٨ ، حاشية الدسوقي جـ ٢ ص : ٤٨٠ .

(٢) ولقد اختلف العلماء في هذه المسألة فالذي رآه عمر رضي الله عنه أنها تنكح إذا طالَّت المدة واندرست الأخبار وظهرت آثار الوفاة وإليه ذهب الشافعي في القديم . وقضي في الجديد إن لا طريق لها إلا الإصطيار إلى أن يتحقق الحال بظهور نية أو بانقضاء مدة يقطع فيها تصرف عمر الزوج ... وليس هذا من الشافعي امتناعاً عن اتباع المصالح وإنما هو رأي رآه في عين هذه المصلحة من حيث أن في تليطها علي الزوج خطراً عظيماً ولإندراس الأخبار أسباب سوى الوفاة من ثنائي المزاج وتباعد الأقطار وانقطاع الرفاق لا سيما إذا كان الرجل عامل الذكر نازل القدر ركيك الحال . والأمر ببقائه في الأحياء ليس بعيداً وربما يعود يوماً من الدهر وقد سلماً حليته إلي فعل يغشاه ويستولدها ويلطخ فراشه فيعظم فيه الخطب ويتأقم فيه الأمر ويستفحل الضرر علي

الزوج . ونحن بين أن نأمرها بالتريص علي النكاح فضر بها إن كان زوجها في علم الله ميتاً أو نسلها علي النكاح معتاد شرعاً وعرفاً ، من تسليم زوجة منكوبة إلي واطئ فاستعظم الشافعي الخطر في هذا الأمر وائضم إليه ندرة هذه الترفعة واختصاص المضرة بشخص واحد في هذا . فهذه وجهة نظره . انظر : شفاء الغليل ص : ٢٦١ - ٢٦٢ الأم للشافعي جـ ٥ ص : ٢٥٥ - ٢٥٧ في هذه المسألة ذكرها الغزالي وصرح بأن الشافعي رجح مصلحة علي أخرى عارضتها ومقتضى هذا الكلام أن الشافعي ممن يقول بالمصالح إذا شهدت فإ نصوص الشرعية وقد وجدت في كتاب شفاء الغليل ما يجعلنا قريين من القول بأن المصالح المرسله يمكن إرجاعها إلي القياس - وهو ما رأيت أنه مذهب الشافعي ، انظر : المستصفى جـ ١ ص : ١٧٨ ، شفاء الغليل ص : ٢٦١ - ٢٦٢ ، أسنى المطالب جـ ٣ ص : ٤٠٠ - ٤٠١ ، مفتي المحتاج جـ ٥ ص : ٩٧ - ٩٨ المذهب للشيرازي جـ ٢ ص : ١٤٦ ، الوسيط للغزالي جـ ٦ ص : ١٤٨ ، جواشي . الشروان جـ ٨ ص : ٢٥٤ .

وذهبت الحنابلة إلي ما ذهب إلي المالكية من أنها تريص أربع سنات أكثر مدة الحمل ، ثم تعتد للوفاة أربعة أشهر وتحمل بعد ذلك للأزواج ، والحجة قول عمر رضي الله عنه ، روي الأثرم - والجوزجاني بإسنادهما عن عبيد بن عمير قال : (فقد رجل في عهد عمر ، فجاءت امرأته إلي عمر فذكرت ذلك له ، فقال : انظلي فتريصي أربع سنين ، ففعلت ثم أتته فقالت : انصفي فاعتدي أربعة أشهر وعشراً ، ففعلت ، ثم أتته فقالت أين ولي هذا الرجل ؟ فقال طلقها ففعل ، فقال عمر : انظلي فتزوجي من شئت فتزوجت ، ثم جاء زوجها الأول فقال عمر : أين كنت ؟ فقال يا أمير المؤمنين استهوتني الشياطين فوالله ما أدرى في أي أرض الله كنت . كنت عند قوم يستبدونني حتى اغتارهم منهم قوم مسلمون ، فكنت فيما غنموه فقالوا لي أنت رجل من الإنس وهؤلاء من الجن ، فمالك وما لهم ؟ فأحرقهم بحوري ، فقالوا بأي أرض الله تحب أن تصبح ؟

قلت المدينة هي أرض ، فأصبحت وأنا أنظر إلي الحرة ، فخير عمر أن شاء امرأته ، وإن شاء الصداق ، فأعتار الصداق ، وقال : قد حبلى لا حاجة لي فيها ، قال أحمد يروي عن عمر من ثلاثة وجوه ، ولم يعرف في الصحابة له مخالف ، انظر : المنعني لابن قدامة وانظر نقله عن علي وعثمان وابن الزبير ودعواه الإجماع علي ذلك جـ ١١ ص : ٢٥٠ - ٢٥١ طبع مصر . وأخرجه البيهقي جـ ٧ ص : ٤٤٥ - ٤٤٦ في باب من قال بتخيير المفقود ... ، من كتاب العدد ، وعبد الرزاق في مصنفه جـ ٧ ص : ٨٦ - ٨٨ في باب التي لا تعلم مهلك زوجها من كتاب الطلاق ، وسعيد بن منصور في سننه جـ ١ ص : ٤٠١ - ٤٠٢ في باب الحكم في امرأة المفقود من كتاب الطلاق وانظر : المسألة السابقة - امرأة المفقود - انظر في الفقه جـ ٢ ص : ١٠٦ ، عمدة الفقه جـ ١ ص : ١١١ ، الإنصاف جـ ٩ ص : ٢٨٨ - ٢٩٠ ، الكافي في فقه ابن حنبل جـ ٣ ص : ٣١٦ ، زاد المستقنع جـ ١ ص : ٢٠٤ ، كشف القناع جـ ٥ ص : ٤٢٢ .

وذهب الحنفية إلي أنه لا يفرق بينه وبين امرأته إلا إذا تم له مائة وعشرون سنة من يوم ولد ، فعند ذلك يحكم بموته ، وحجتهم في ذلك قوله ﷺ في امرأة المفقود إنما امرأته حتى يأتيها البيان - أخرجه الدار قطني في سننه عن المغيرة بن شعبه قال قال رسول الله ﷺ امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها البيان وفي بعض نسخه حتى يأتيها الخير وهو مضعف بمحمد بن شريح ، انظر سنن الدار قطني جـ ٣ ص : ٣١٢ رقم (٢٥٥) في كتاب النكاح بلفظ (حتى يأتيها الخير - وأخرجه البيهقي في سننه بلفظ حتى يأتيها البيان . انظر السنن الكبرى للبيهقي جـ ٧ ص : ٤٤٥ رقم (١٥٣٤٢) باب من قال امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها يقين ، وإسناده ضعيف ، وانظر : نصب الراية جـ ٣ ص : ٤٧٣ ، تلخيص الخبير جـ ٣ ص : ٣٣٢ ، وقول علي رضي الله عنه : (هي امرأة ابتليت فلتصر حتى يستبين موت أو طلاق - انظر : خلاصة البدر المنير جـ ٢ ص : ٢٤٣ وانظر : شرح فتح القدير جـ ٦ ص : ١٤٦ ، الهداية جـ ٢ ص : ١٨١ ، البحر الرائق جـ ٥ ص : ١٧٨ ، تبين الحقائق جـ ٣ ص : ٣١١ - ٣١٢ ، الجوهرة النيرة جـ ١ ص : ٣٦٠ - ٣٦١ .

٢ - الإستحسان بالإجماع :

وهو أن يترك القياس في مسألة لانعقاد الإجماع علي خلاف الأصل في أمثالها .
مثاله عند الحنفية هو عقد الإستصناع ^(١) .

وصورته - ما يحدث من بعض الناس حين يذهبون إلي الخياط فيتفق الواحد منهم معه علي أن يصنع له ثوباً ويعطيه ثمن القماش والخياطة فإن الشأن عدم الجواز قياماً ، لأنه عقد علي معدوم ولكنه أجز استحساناً حيث جري العرف علي ذلك لتعامل الناس به في كل الأزمان فكان ذلك إجماعاً ترك به القياس لحاجة الناس إليه ^(٢) .

يقول الدكتور وهب الزحيلي : (ويجوز عند الحنفية - أي الإستصناع - لتعامل الناس وتعارفهم عليه في سائر الأعصار من غير تكبر ، فكان إجماعاً منهم علي الجواز فيترك القياس) ^(٣) ^(٤) .

(١) عرفه ابن عابدين بأنه (طلب العمل منه في شيء خاص علي وجه مخصص) والمراد بلفظه (منه) أي من الصانع ، انظر : حاشية رد المحتار علي الدر المختار لابن عابدين ج ٥ ص : ٢٢٣ .

(٢) انظر الهداية ج ٣ ص : ٧٨ ، مشكاة الأنوار ج ٣ ص : ٣٠ ، التلويح ج ٢ ص : ٨٣ ، بدائع الصنائع ، ج ٥ ص : ٢ ، مآل الشبوت ج ٢ ص : ٢٧٩ ، إفاضة الأنوار ونسبات الأسعار ص : ١٥٥ ، أصول الفقه لأبي زهرة ص : ٢١١ ، أبو حنيفة ص : ٣٥٣ .

(٣) الفقه الإسلامي وأدلته ج ٤ ص : ٦٣٢ .

(٤) الهداية ج ١ ص : ٢٤٣ .

ومن ذلك : أن الزوج إن قال : لزوجته اختاري فقالت اخترت نفسي وقعت الفرقة بطلقة واحدة بائة عند الحنفية استحساناً^(١) ولا يقع به شيء قياساً وإن نوى الزوج الطلاق ، لأن القياس في قوله إختاري أن لا يقع به شيء وإن اختارت ، لأنه ليس من الفاظ الطلاق لغة ، فالزوج لا يملك إيقاع الطلاق بهذا اللفظ ، فمن قال لامرأته اخترت نفسي لا تطلق ، فإذا لم يملك إيقاع الطلاق بهذا اللفظ فكيف يملك تفويضه إلى غيره ، إلا أنه استحسان الإجماع من الصحابة ، فقد روي عن جماعة من الصحابة مثل عمر وعثمان وعلي وجابر وعبد الله بن عمر وعائشة وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهم أن المخيرة إذا اختارت نفسها في مجملها وقع الطلاق^(٢) .

وقد ذكر فقهاء المالكية مثلاً للاستحسان الذي سنده الإجماع . وذلك بإيجاب القيمة علي من قطع ذنب بغلة القاضي ، فإن هذا الحكم يعد استثناء من القواعد العامة ، وذلك لأن القياس علي القواعد العامة يقتضي بأن يغرّم المعتدي قيمة ما ينقص باعتدائه من قيمة العين التي وقع عليها العدوان ، ووجه الاستحسان الذي كان سداً للإجماع هنا ، أن بغلة القاضي تُتخذ عادة للركوب لا لغرض آخر ، فقطع الذنب يفوت مصلحتها كلها بالنظر إلى هذا الوجه من وجوه الاستعمال الخاص ، فهي كالعدم بالنسبة إلى القاضي ، فكأنه فوقها عليه ، ولما كان التعويض هو جبر الضرر الحاصل لصاحب العين المعتدى عليها ، فإن الضرر الذي أصاب القاضي من قطع ذنب بغلته هو قيمة الدابة كلها^(٣) .

(١) انظر بدائع الصنائع ج ٣ ص : ١١٨ .

(٢) انظر : الإعتصام ج ٢ ص : ١٤٢ .





























لذلك فإنهم قد اجمعوا علي إلزام الفاعل بقيمة كل الدابة حيث استحسنا ذلك وهذه المسألة ذكر فيها قولان : -

الأول : - يري عدم الإجماع .

الثاني : - يري الإجماع .

إلا أن الأشهر في المذهب المالكي هو الإجماع علي هذا النوع من الاستحسان^(١) .
وبعد هذا العرض الموجز عن الاستحسان بالإجماع نذكر الأمثلة التطبيقية لهذا النوع من أنواع الاستحسان من فقه المعاملات وهي علي النحو الآتي :

(١) الخرشني علي مختصر خليل جـ ٢ ص : ١٣٢ لأبي عبد الله محمد الخرشني - الطبعة الثانية المطبعة الأميرية ببولاق - سنة ١٣١٧ - القاهرة ، الإعتصام للشاطي جـ ٢ ص : ١٤٢ .

الاستحسان بالإجماع                            

تباعاً بيعاً صحيحاً ثم تقايلاً فإن كانت الإقالة قبل القبض فالقياس أن يجب الاستبراء.. ولو تبعاً بيعاً صحيحاً ثم تقايلاً فإن كانت الإقالة قبل القبض فالقياس أن يجب الاستبراء^(١) ، علي البائع وهو رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة وفي الاستحسان : لا يجب ، وهو رواية محمد عن أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف ، ومحمد . وجه القياس أنه وجد سبب الوجوب في حقه ، وهو حدوث حل الاستمتاع بحدوث ملك اليمين حقيقة وإنكار الحقائق مكابرة . وجه الاستحسان أن الإقالة قبل القبض فسخ ، والفسخ رفع من الأصل ، وإعادة إلى قدم الملك كأنه لم يزل عن ملك البائع فلم يوجد السبب مع أن الملك قبل القبض غير متأكد ، والتأكد إثبات من وجه فلم يتكامل الملك للمشتري فلم يحدث ملك اليمين للبائع علي الإطلاق فلم يتكامل السبب ، وإن كانت الإقالة بعد القبض يجب . أما عند أبي يوسف فلأن الإقالة بيع جديد فكانت استحداثاً للملك مطلقاً وإما عند أبي حنيفة ، ومحمد وإن كانت فسخاً لكن في حق العاقلين فأما حق ثالث فيع جديد ، والإستبراء يجب حقاً للشرع فاعتبر حق الشرع ثالثاً في حق وجوب الاستبراء احتياطاً .

(١) الاستبراء : هو التبرص بالمرأة مدة بسبب ملك اليمين حدوثاً أو زوالاً لمعرفة براءة الرحم أو للتعب وقتصروا علي ذلك لأنه الأصل ، وإلا فقد يجب الاستبراء بغير حدوث ملك أو زواله كأن وطئ أمة غيره طائناً أمّا أمته أنظر : أسنى المطالب ج ٣ ص : ٤٠٩ ، والإستبراء مشتق من التبرؤ وهو التخلص ثم استعمل لغة في الاستقصاء والبحث عن حال الأرحام عند انتقال الأملاك مراعاة لحفظ الأنساب . وقال ابن عرفة : الاستبراء مدة دليل براءة الرحم أنظر : مواهب الجليل ج ٤ ص : ١٦٦ - ١٦٧ .

ولو رد الجارية بعيب أو خيار رؤية يجب الاستبراء علي البائع ، لوجوب السبب وهو حدوث حل الاستمتاع بحدوث ملك اليمين ، لأن خيار الرؤية ، وخيار العيب لا يمنع حدوث الملك للمشتري وأما الرد بخيار - الشرط فينظر فيه إن كان الخيار للبائع فلا يجب الاستبراء بالإجماع لأن خياره لا يمنع زوال السلعة عن ملكه فلم يوجد حدوث حل الاستمتاع بحدوث ملك اليمين ، وإن كان الخيار للمشتري لا يجب الاستبراء علي البائع عند أبي حنيفة سواء كان الرد قبل القبض أو بعده بناء علي أن خيار المشتري يمنع دخول السلعة في ملكه عند أبي حنيفة ، وإذا لم تدخل في ملك المشتري ، وإن خرجت عن ملك البائع فلائها لم تخرج ، وبقيت علي ملكه فلم يوجد سبب الوجوب . وأما عندهما فإن كان الرد قبل القبض فالقياس أن يجب ، لأنها زالت عن ملك البائع ، ودخلت في ملك المشتري فإذا ردت عليه فقد وجد سبب الوجوب في حق البائع ، وفي الاستحسان : لا يجب ؛ لأن الرد قبل القبض فسخ محض ، ورفع للعقد من الأصل كأنه لم يكن ، وإن كان بعد القبض يجب الاستبراء قياساً ، واستحساناً ، لأنها دخلت في ملك المشتري ^(١)

وقال في البحر الرائق : ولو ردت بحكم الخيار إلي البائع لا يجب الاستبراء عنده وعندهما يجب إذا ردت بعد القبض ^(٢) .

وقال في موضع آخر : ولو أقال البائع المشتري قبل القبض لا يجب علي البائع الاستبراء وكان أبو حنيفة يقول أولاً بالوجوب ثم رجع وقال لا يجب وهو قولهما لأن الإقالة فسخ في الأصل فصار كأنه لم يكن ^(٣) .

(١) بدائع الصنائع ج ٥ ص : ٢٥٤ ، حاشية ابن عابدين ج ٤ ص : ٥٧٧ .

(٢) البحر الرائق ج ٦ ص : ١٧ .

(٣) البحر الرائق ج ٥ ص : ٢٢٤ ، وانظر : حاشية ابن عابدين ج ٦ ص : ٣٧٩ .

وقال في جواهر العقود : وهو واجب بسببين أحدهما حصول الملك فمن ملك جارية بشراء أو إرث أو إتهاب أو سبي لزمه الاستبراء وكذا لو زال الملك ثم عاد بالرد بالعيب أو بالتخالف أو الإقالة^(١).

وقال في موضع آخر : ولو باع أمة من امرأة أو خصي ثم تقايلا لم يكن له وطؤها حتى يستبرئها عند الثلاثة وقال أبو حنيفة إذا تقايلا قبل القبض فلا استبراء أو بعده لزمه الاستبراء^(٢).

وقال في الجوهرة النيرة : إذا اشترى جارية بشرط الخيار وقبضها فحاضت عنده في المدة فاختارها لا يكتفي بتلك الحيضة في الاستبراء عنده وعندهما يكتفي بها ولو اختار الفسخ وعادت إلى البائع لا يجب الاستبراء عند أبي حنيفة سواء كان الفسخ قبل القبض أو بعده لأنه لم يملكها علي البائع وعندهما إن كان قبل القبض فلا استبراء علي البائع استحساناً وإن كان بعده يجب قياساً واستحساناً لأنه ملكها عندهما واجمعوا علي أن العقد لو كان باتاً ثم فسخ العقد بإقالة أو غيرها إن كان قبل القبض لا يجب علي البائع الاستبراء وإن كان بعده وجب وإن كان الخيار للبائع ففسخ لا يجب الاستبراء لأنها علي ملكه فإن أجاز البيع فعلي المشتري أن يستبرئها بعد جواز البيع والقبض بحيضة مستأنفة إجماعاً^{(٣) - (٤)}.

(١) جواهر العقود ج ٢ ص : ١٥٧ .

(٢) المصدر السابق ج ٢ ص : ١٥٨ .

(٣) الجوهرة النيرة ج ١ ص : ١٩٣ ، وانظر : فتح المقيدر ج ١٠ ص : ٤٠ - ٤١ ، درر الحكام شرح غرر الأحكام ج ١ ص : ٣١٥ - ٣١٦ .

(٤) وعند الحنابلة : يقول ابن قدامة في المغني : ولو باع أمة ، ثم ردت عليه بفسخ أو إقالة بعد قبضها أو افتراقهما ، لزمه استبرؤها ، لأنه تجديد ملك ، سواء كان المشتري امرأة أو غيرها . وإن كان ذلك قبل افتراقهما ، أو قبل غيبة المشتري بالجارية ففيها روايتان : إحداهما ، عليه الاستبراء . وهو مذهب الشافعي ، لأنه تجديد ملك ، الثانية ، ليس عليه استبراء وهو قول أبي حنيفة إذا تقايلا قبل القبض لأنه لا فائدة في الاستبراء مع تعين الزايدة . انظر : المغني لأبن قدامة ج ٨ ص : ١٢٠ ،

وانظر : الإنصاف جـ ٩ ص : ٣٢٢ . وقال في كشف القناع (وإن باع أمته أو وهبها ونحوه) بأن صاح بها أو أصدقها أو خالع عليها (ثم عادت إليه بفسخ) لخيار أو عيب أو إقالة (أو غيره) أي غير الفسخ كما لو عادت إليه ببيع أو هبة ونحوها (حيث انتقل الملك وجب استيرائها ولو قبل القبض) لأنه تجديد ملك ، سواء كان المشتري ذا ونحوه رجلاً أو امرأة (إن افترقا) أي البائع والمشتري أو نحوهما (وإلا) أي وإن لم يفترقا (فلا يجب) الاستيراء . انظر : كشف القناع جـ ٥ ص : ٤٣٧ . ٤٣٨ ، وانظر : الفروع لأبن مفلح جـ ٥ ص : ٥٦٢ - ٥٦٣ .

وعند الشافعية كذلك الموجب للإستراء نوعان الملك أي حلوته وزواله . قال في معني المحتاج : الإستراء يجب بمسبين : أحدهما ملك أمة بشراء أو إرث أو هبة أو سبي أو رد يعيب ، أو تحالف أو إقالة وسواء بكر ، ومن إستيرائها البائع قبل البيع ومنقلة من صبي وامرأة وغيرها ويجب في مكاتبه عجزت وكذا مرتدة في الأصح - عادت للإسلام يجب استيرائها في الأصح لزوال ملك الاستمتاع ثم إعادته ، والثاني لا يجب لأن الردة لا تنافي للملك بخلاف الكتابة لا من حلت من صوم واعتكاف وإحرام ، وفي الإحرام وجه ولو اشترى زوجته استحجب وقيل يجب ولو ملك مزوجة أو معتدة لم يجب ، فإن زوال وجب في الأظهر . الثاني : زوال فراش عن أمة موطوعة أو مستلوة يحتق أو موت السيد . انظر : معني المحتاج جـ ٥ ص : ١١٣ - ١١٦ ، وانظر : تحفة المحتاج جـ ٨ ص : ٢٧١ - ٢٧٢ ، أسنى المطالب جـ ٣ ص : ٣١١ ، حاشيا قليوبي وعميرة جـ ٤ ص : ٦٠ .

وقالت المالكية في شرح مختصر خليل : إن الشخص إذا اشترى أمة بالخيار له أو للبائع أو لغيرهما وقبضها المشتري فحاضت في أيام الخيار فأمضى من له الخيار البيع فإن المشتري لا يحتاج إلى إستيرائها بحضة ثانية وحل له وطؤها بشرط إذا كانت الأمة لا تخرج للتصرف ولم يدخل عليها سيدها في أيام الخيار وإلا فلا بد من إستيرائها لأجل سوء الظن وإذا رد من له الخيار البيع جاز لبائعها أن يطأها من غير إستيراء بحضة ثانية ؛ لأنها لم تخرج عن ملكه إلا أنه أستحب له الإستيراء . انظر : شرح مختصر خليل جـ ٤ ص : ١٦٧ ، وقال الدسوقي في حاشية : (ويستحسن) حاصله أن رب الأمة إذا باعها للمشتري ثم بعد أن غاب المشتري عليها ردّها للبائع فيستحب للبائع استيرائها ولا يجب ، لأن المشتري وإن جاز له الوطء في مدة الخيار إذا كان الخيار له إلا أنه يكون بذلك الوطء مختاراً فلا يتأني له ردّها فهي مأمونة من وطئه فلذا كان استيراء البائع لها مندوباً لا واجباً وإنما إذا كان الخيار لأجنبي أو للبائع ورد من له الخيار البيع بعد أن غاب المشتري عليها فأما لا تسيراً ، لأنه إذا كان الخيار لغير المشتري كان هناك مانع شرعي من وطئه ، أنظر حاشية الدسوقي جـ ٢ ص : ٤٩٦ ، وانظر : حاشية الصاوي علي الشرح الصغير جـ ٢ ص : ٧٠٧ . ٧٠٨ ، وقال في منح الجليل : واستيراء الإماء في البيع واجب لحفظ النسب ، ثم قال فوجب علي كل من انتقل إليه ملك أمة ببيع أو هبة أو بأي وجه من وجوه الملك ولم يعلم براءة ربحها أن لا يطأها حتى يستبرئها رفيعة كانت أو ضيعة . انظر : منح الجليل جـ ٤ ص : ٣٤٦ ، وص : ٣٥٩ وقال أيضاً في الأمة المردودة يعيب ، أو فساد ، أو إقالة ، إن لم يرغب المشتري . ومن باع أمة راتعة ثم تقايلا قبل التفريق فلا استيراء عليه ، وإن أقاله وقد غاب عليها المتاع فإن أقامت عنده أياماً لا يمكنه فيها الإستيراء فلا يطؤها البائع إلا بعد حيضة ولا مواضعه - والمواضع أن توضع الأمة علي يد امرأة عدله حتى تحيض - علي المتاع فيها إذا لم تخرج عن ضمان البائع بعد ولو كان وعشاً فقبضها علي بات البيع والجوز ثم أقاله قبل مدة الإستيراء فليستريء البائع نفسه أيضاً . انظر : منح الجليل جـ ٤ ص : ٣٦١ - ٣٦٢ .

المشترأة- أي المرأة التي اشتراها- إذا حاضت بعد القبض في مدة الخيار حيضة .

أن المشترأة إذا حاضت بعد القبض في مدة الخيار حيضة أو بعضها فاختارها لا يجزىء بتلك الحيضة من الاستبراء عنده بخلافهما ، ولو ردها على البائع لا يجب عليه الاستبراء عنده سواء كان الرد قبل القبض أو بعده . وعندهما إذا كان الرد قبل القبض لا يجب على البائع الاستبراء استحساناً . والقياس أن يجب لتحديد الملك ، وإن كان بعده يجب الاستبراء على البائع قياساً واستحساناً ، واجمعوا في البيع البات يفسخ بإقالة أو غيرها أن الاستبراء واجب على البائع إذا كان الفسخ قبل القبض قياساً وبعده قياساً واستحساناً .^(١)

قال في بدائع الصنائع: لا تجزى تلك الحيضة في الاستبراء عند أبي حنيفة ، وعليه أن يستبرئها بحيضة أخرى لأنها لم تدخل في ملكه عنده ولم يوجد سبب وجوب الاستبراء ، وعندهما يحتسب بها لأنها دخلت ملكه ، فكانت الحيضة بعد وجود سبب وجوب الاستبراء ، فكانت محسوبة منه ، ولو اختار فسخ البيع ورد الجارية ، فلا استبراء على البائع عند أبي حنيفة سواء كان الرد قبل القبض أو بعده وعندهما قبل القبض القياس أن يجب ، وفي الاستحسان لا يجب وبعد القبض يجب قياساً واستحساناً ، وإن كان الخيار للبائع ، ففسخ العقد لا يجب عليه الاستبراء ، لأنها لم تخرج عن ملكه ، وإن أجازها فعلى المشتري أن يستبرئها بعد الإجازة والقبض بحيضة أخرى بالإجماع لأنه ملكها بعد الإجازة وبعد القبض ملكاً مطلقاً .^(٢)

(١) العناية شرح الهداية ج ٦ ص: ٣١٠.

(٢) بدائع الصنائع ج ٥ ص: ٢٦٦ ، الفتاوى الهندية ج ٣ ص: ٤١ .

وقال في المبسوط : وإذا باع جارية ولم يسلمها حتى تاركه المشتري البيع فيها ففي القياس على البائع أن يستبرئها بحبضة وذكر أبو يوسف أن أبا حنيفة كان يقول أولاً بالقياس ثم رجع إلى الاستحسان فقال ليس عليه أن يستبرئها وهو قول أبي يوسف ومحمد. وجه القياس أنها بالبائع خرجت عن ملكه ثم عادت إليه بالإقالة فقد حدث له فيها ملك الحل بسبب ملك الرقبة ، وهي العلة الموجبة للاستبراء ، ووجه الاستحسان أنها في ضمان ملكه ما بقيت يده عليها بدليل أنها لو هلكت هلكت على ملكه فيجعل بقاؤه فيها كبقاء الملك فاما إذا سلمها إلى المشتري ثم تقايلا فعلى البائع أن يستبرئها في ظاهر الرواية ؛ لأنها خرجت عن ملكه ويده وثبت ملك الحل فيها لغيره ، وهو المشتري ، فإذا عادت إليه لزمه استبراء جديد^(١)

وأما عند المالكية : إذا غاب المشتري على الجارية ثم تقايلا فلا يطأها البائع حتى يستبرئها بحبضة وإن لم يغب عليها المشتري ولا أمكنه وطئها سقط الاستبراء عنه ، والاستبراء واجب فيما يشتري من النساء وما يبيع على الصبيان وفي كل ملك حادث إلا ما وصفاه في الإقالة قال في مواهب الجليل : ومن ابتاع جارية بالخيار ثلاثاً فتراضها أو كانت ونحشاً^(٢) فقبضها فاختار الرد من له الخيار فلا استبراء على البائع لأن البيع لم يتم فيه إلا رد

(١) المبسوط جـ ١٣ ص: ١٤٨ ، الجوهرية التمرة جـ ١ ص: ٢١٦-٢١٧ .

(٢) يقال هو من ونحش الناس أي من ردة الهم وجاعني أو نحش من الناس سقاطهم . أنظر : مختار الصحاح جـ ١

ص: ٢٩٧ ، القائق جـ ٤ ص: ٥٠ ، النهاية في غريب الحديث جـ ٥ ص: ١٦٣ ، لسان العرب جـ ٦ ص: ٣٧١ .

أحب البائع أن يشتريه التي غاب عليها المشتري وكان الخيار له خاصة فذلك حسن إذ لو وطئ المتاع لكان بذلك مختاراً وإن كان منهياً عن ذلك كما استحب استبراء التي غاب عليها الغاصب ، ثم ذكر أن اللخمي ^(١) قال وإذا بيعت جارية على خيار البائع أو المشتري ثم ردها في أيام الخيار جرت على ما تقدم في المودعة فقال في المدونة ليس على البائع استبراء وإن استبرأها إذا كان الخيار للمشتري . وقال أبو الفرج ^(٢) القياس أن عليه الاستبراء . قال الشيخ وهذا بين إلا أن يثبت أمانة المشتري فيحسن الاستبراء ولا يجب له . فظاهر المدونة وما نقله اللخمي عنها أن استحسان الاستبراء إنما هو إذا كان الخيار للمشتري فقط وظاهر ما نقله عن أبي الفرج وجوب الاستبراء مطلقاً سواء كان الخيار له أو لأجنبي وكذلك أيضاً ظاهر استحسانه هو الإطلاق وعلى هذا الإطلاق حمل الشارح كلام المصنف . قال الشارح الكبير يعني ويستحسن الاستبراء إذا غاب على الأمة مشتر بخيار يريد كان الخيار للمشتري أو للبائع أو لأجنبي فإذا ردت إلى ميدها استحسنت له أن لا يطأها حتى يتيروها ^(٣) - ^(٤)

(١) اللخمي : أبو الحسن علي بن محمد بن أحمد بن عبد الله الباجي اللخمي ، الأندلسي ، المالكي صاحب " التبصرة " في فروع المالكية . مات سنة ٤٦٢ هـ . وقيل ٤٧٨ هـ . انظر : الأعلام للزركلي ج ٤ ص : ٢٢٨ ، معجم المؤلفين ج ٧ ص : ١٩٧ .

(٢) أبو الفرج عمر بن محمد المالكي على مذهب مالك بن أنس قريب العهد وله كتاب مسائل الفرج ، توفي سنة ٣٣١ هـ . انظر : الفهرست لمحمد بن إسحاق أبو الفرج التميمي ج ١ ص : ٢٨٣ . طبعت دار المعرفة ، بيروت سنة ١٣٩٨ هـ - ١٩٧٨ م .

(٣) مرآة الجليل ج ٤ ص : ١٧٣ ، المدونة الكبرى ج ٦ ص : ١٢٥-١٢٧ ، الكافي ج ١ ص : ٣٠٠ ، حاشية الدسوقي ج ٢ ص : ٤٩٢ .

(٤) وكذلك عند الخنابلة والشافعية : قال في شرح منتهى الإرادات : إذا باع أمته أو وهب أمته ثم عادت الأمة إليه بفسخ أو بغيره ولو قبل تفريقهما عن المجلس انتقل الملك وجب استبرؤها ولو قبل قبض مشتر أو متهب لها لتجدد ملكه عليها وسواء كان المشتري رجلاً أو امرأة . انظر : شرح منتهى الإرادات ج ٣ ص : ٢٠٨ ، الإنصاف ج ٩ ص : ٣٢٢ ، الكافي ج ٣ ص : ٣٣٢ ، المبدع ج ٨ ص : ١٥٣ ، المحرر في الفقه ج ٢ ص : ١١٠ ، قال في روضة الطالبين : فمن ملك جارية بإرث أو هبة أو شراء أو وصية أو سبي أو عاد ملكه فيها بالرد بالعيب أو التحالف أو الإقالة أو خيار الرؤية أو الرجوع في الهبة لزمه استبرؤها سواء في الإقالة ونحوها ما قبل القبض وبعده وسواء كان الانتفال إليه ممن يتصور اشتغال الرحم بمائة أو ممن لا يتصور كأمراة وصى ونحوهما وسواء كانت الأمة صغيرة أو آيسة أو غيرها بكرة أو ثيباً وسواء استبرأها البائع قبل البيع أم لا . انظر : روضة الطالبين ج ٨ ص : ٤٢٧ ، المراج الوهاج ج ١ ص : ٤٥٨ ، حواشي الشرواني ج ٨ ص : ٢٧٣ ، كفاية الأعيان ج ١ ص : ٤٢٨ ، مغني المحتاج ج ٣ ص : ٤٠٩ ، المهذب ج ٢ ص : ١٥٣ .

إذا باع المدين الدينار بعشرة مطلقاً من غير ذكر دين عليه

إذا باع المدين الدينار بعشرة مطلقاً أي من غير ذكر دين عليه ودفع البائع الدينار للمشتري فيصح ذلك إذا توافقا علي مقاصة العشرة استحساناً عند الحنفية والقياس أنه لا يجوز ، وهو قول زفر ، لكونه تصرفاً في بدل الصرف قبل قبضه ، وجه الاستحسان أنه بالتقابض انفسخ العقد الأول وانعقد صرف آخر مضاف إلى الدين ، هذا وقد صرح الحنفية بأنه إذا كان الدينان من جنسين أو متفاوتين في الوصف أو مؤجلين أو أحدهما حالاً والآخر مؤجلاً أو أحدهما غلّة والآخر صحيحاً فلا تقع المقاصة إلا إذا تقاسا أي : اتفقا علي المقاصة ، كما نقله ابن عابدين عن الذخيرة ، وإذا اختلف الجنس وتقاسا ، كما لو كان له عليه مائة درهم وللمديون مائة دينار عليه تصير الدراهم قصاصاً بمائة من قيمة الدينار ، ويبقى لصاحب الدينار علي صاحب الدراهم ما بقي منها ^(١) .

قال في المبسوط : وإذا اشترى ألف درهم بمائة دينار فنقد الدينار وقال الآخر : اجعل الدراهم قصاصاً بالدراهم التي لي عليك فهو جائز وإن أبي لم يعبر علي ذلك ولم يكن قصاصاً ، والحاصل أن المقاصة بدل الصرف بدين سبق وجوبه علي عقد الصرف

(١) الموسوعة الفقهية ج ٢٦ ص : ٣٦٥ باب الصرف .

يجوز عندنا استحساناً إذا اتفقا عليه ، وفي القياس لا تجوز ، وهو قول زفر ، لأن العقد المطلق يصير قبض البدلين في المجلس مستحقاً وفي المقاصة تفويت القبض المستحق بالعقد ، فلا يجوز بتراضيهما كما لا يجوز الإبراء عن بدل الصرف ، والاستبدال به ، وهذا لأن في المقاصة يكون آخر الدينين قضاء عن أولهما ، ولا يكون أولهما قضاء عن آخرهما (١) .

(١) المبسوط ج ١٤ ص : ١٩ - ٢٠

وذهب الشافعية والحنابلة إلى عدم جواز هذا النوع من الصرف ، وعللوا عدم الجواز بأنه بيع دين بدين ، قال الشريفي : ولا يصح علي دينين كبعتك الدينار الذي في ذمتك بال عشرة التي لك في ذمتي لأن ذلك بيع دين بدين وأخيلة في مملك الربوي بمنه متفاضلاً كبيع ذهب بذهب متفاضلاً أن يبيعه من صاحبه بدراهم أو عرض ويشتري منه ما أو به الذهب بعد التقاض فيجوز وإن لم يفرقا ولم يتخاروا لتضمن البيع الثاني إجازة الأول بخلافه مع الأجنبي أو يقرض كل صاحبه ويبرئه أو يتواها الفاضل لصاحبه ، وهذا جائز إذا لم يشرط في بيعه واقراضه وهبته ما يفعله صاحبه وإن كره قصده .

ويقول : ابن قدامة : ولا يجوز ذلك بالإجماع ، وقد روي عن النبي ﷺ أنه (فبيع الكالء بالكالء) وفسر بيع الدين بالدين ، أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ج ٥ ص : ٢٩٠ باب ماء في النهي عن بيع الدين بالدين رقم (١٠٣١٦) ، والمستدرك علي الصحيحين ج ٢ ص : ٦٥ رقم (٢٣٤٢) .

وعند المالكية إن وقع صرف دين بدين فإن تأجل الدينان عليهما ، بأن كان لأحدهما علي الآخر دنائير موحدة وللآخر عليه دراهم كذلك ، سواء اتفق الأجلان أم اختلفا ، وتصارفا قيل حلولهما بأن أسقط كل واحد منهما ماله علي الآخر في نظير إسقاط الآخر ماله عليه فإنه لا يجوز لأنه يكون من بيع الدين كما قال ابن رشد كذلك لا يجوز أن تأجل من أحدهما وحل الآخر ، قال الآبي في وجه عدم الجواز : إن الحق في أجل دين النقد للمدين وحده ، وليس للدائن أخذه قبل أجله بغير رضا المدين ، فإن تأجلا فقد اشترى كل منهما ما عليه علي أن لا يستحقه حتى يحل أجله ، فيقتضيه من نفسه فقد تأخر قبض كل منهما ما اشتراه بالصرف عن عقله بمدة الأجل ، وإن تأجل من أحدهما فقد اشترى المدين المرحل ما هو بمدة الأجل هذا في الصرف الذي يكون عندهم بين دينين من نوعين ذهب وفضة ونظيره ما قالوه في المقاصة التي تكون بين دينين متحدى النوع والصف ، أنظر : مغني المحتاج ج ٢ ص : ٣٦٩ ، الأم للشافعي ج ٣ ص : ٣٣ ، أسنى المطالب ج ٢ ص : ٨٤ - ٨٥ ، تحفة المحتاج ج ٤ ص : ٢٧٩ ، المغني لابن قدامة ج ٤ ص : ٥١ ، الإنصاف ج ٥ ص : ٤٤ ، كشاف القناع ج ٣ ص : ٢٦٥ ، المدونة الكبرى ج ٣ ص : ١٨٢ ، التاج والإكليل ج ٦ ص : ٢٣٢ ، الفواكه الدواني ج ٢ ص : ١٠١ - ١٠٢ ، حاشية الدسوقي ج ٣ ص : ٦٢ - ٦٣ ، بلغة السالك إلى أقرب المسالك ج ٣ ص : ٩٦ - ٩٩ ، منح الجليل شرح مختصر خليل ج ٥ ص : ٤٣ - ٤٤ .

يجبس القاضي المديون لبيع ماله لدينه لأن قضاء الدين واجب عليه والمماطلة ظلم ..
يجبس القاضي المديون لبيع ماله لدينه لأن قضاء الدين واجب عليه والمماطلة ظلم
فيحبسه الحاكم دفعاً لظلمه وإيصلاً للحق إلى مستحقه ، وقضى القاضي بلا أمره أي
أمر المديون دراھم دينه من دراھمه ، لأن للدائن أن يأخذه بيده إذا ظفر بحبس حقه بلا
رضا المديون فكان للقاضي أن يعينه وباع دنائره لدراھم دينه وبالعكس ، والقياس أن
لا يجوز كلا الأمرين ؛ لأن الدراھم والدنائير مختلفان ، وجاز استحساناً ووجهه أنهما
متحدان جنساً في التسمية والمالية حتى يضم أحدهما إلى الآخر في الزكاة مختلفان في
الصورة حقيقة وحكماً ، إما الأول فظاهر ، وأما الثاني فلعدم جريان الفضل بينهما
لاختلافهما فبالنظر إلى الاتحاد يثبت للقاضي ، ولاية التصرف وبالنظر إلى الاختلاف
يسلب عن الدائن ولاية الأخذ عملاً بالشبهين . لا يبيع القاضي عرضه وعقاره لدراھم
دينه لأن المقاصد تتعلق بصورهما وأعيانهما وليس للقاضي أن ينظر لغرمائه علي وجه
يلحق به الضرر ، وأما النقود فوسائل ؛ لأن المقصود فيها المالية لا العين فافتقاراً ^(١) .

وقال في فتح القدير: وإن كان دينه دراھم وله دراھم قضي القاضي دينه بغير أمره
وهذا بالإجماع ، لأن للدائن حق الأخذ من غير رضاه فللقاضي أن يعينه وإن كان دينه
دراھم وله دنائير أو علي ضد ذلك باعها القاضي في دينه وهذا عند أبي حنيفة استحسان
والقياس أن لا يبيعه كما في العروض ، ولهذا لم يكن لصاحب الدين أن يأخذه جبراً

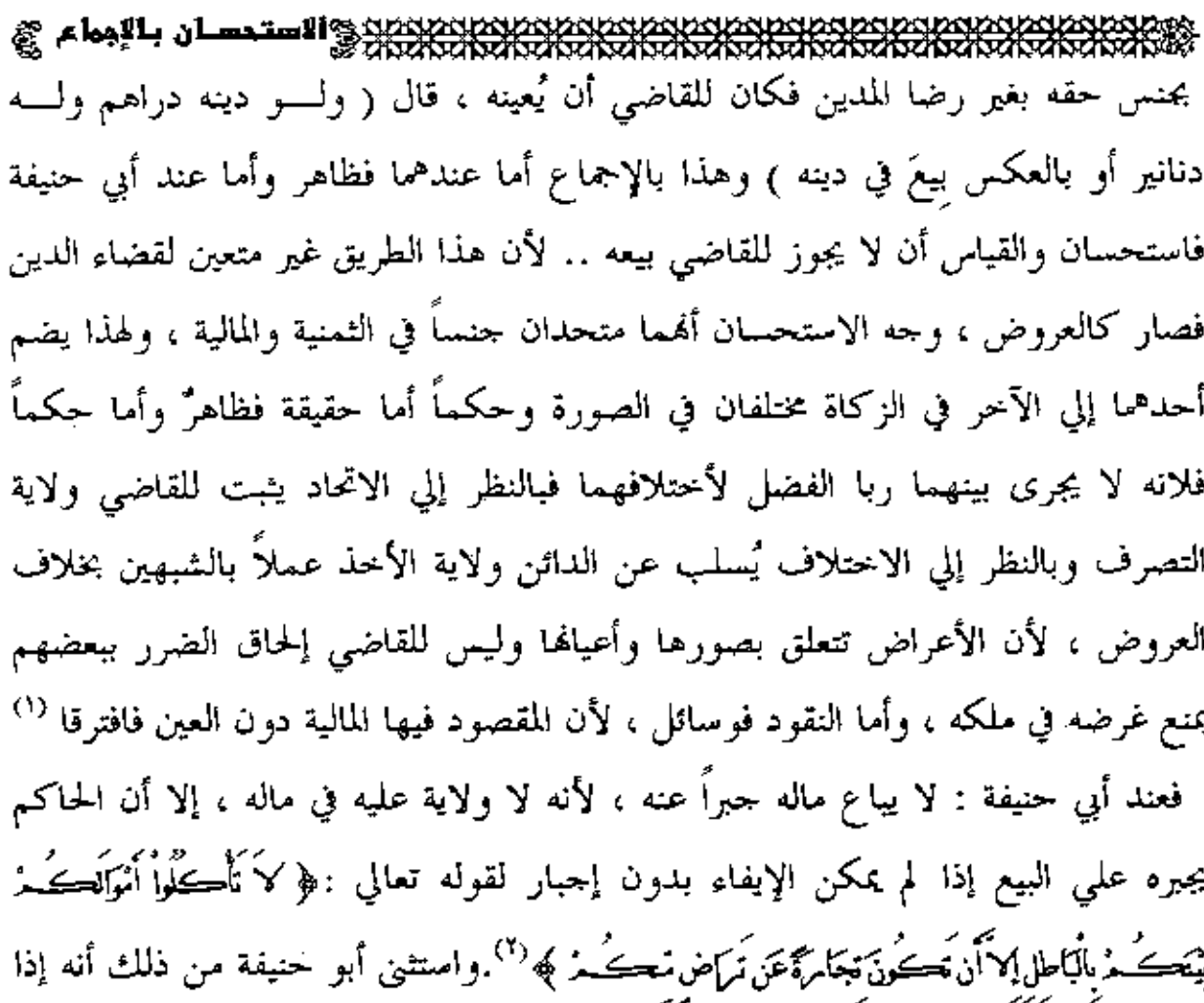
(١) درر الحكام شرح غرر الأحكام ج ٢ ص : ٢٧٥ كتاب الحجر .

وجه الاستحسان أهما متحدان في الثمنية والمالية مختلفان في الصورة ، فبالنظر إلى الاتحاد يثبت للقاضي ولاية التصرف ، وبالنظر إلى الاختلاف يسلب عن الدائن ولاية الأخذ عملاً بالشبهين ، بخلاف العروض لأن الغرض يتعلق بصورها وأعيانها ، أما التقود فومائل فافترقا ^(١) .

وقال في مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر : فإن كان ماله أي مال المديون من جنس دينه كالدرهم أداه أي الدين الحاكم منه من جنس الدراهم بالإجماع ، لأن للدائن الأخذ بلا رضى المديون عند المحانسة فالقاضي إذا قضى دينه لا يلزمه حجره عند الإمام لأن قضاء الدين من القاضي إعانة (ويبيع أحد النقدين بالآخر استحساناً بالإجماع وفي القياس لا يبيع الدراهم للدنانير ولا الدنانير للدراهم للاختلاف في الصورة ولا يؤخذ رب الدين حجراً . وجه الاستحسان الاتحاد في الثمنية ولذا يضم أحدهما إلى الآخر في الزكاة ^(٢) .

وقال الزيلعي : (وحُجِسَ لبيع ماله في دينه) ؛ لأن قضاء الدين واجب عليه والمماطلة ظلم فيحبسه الحاكم دفعاً لظلمه وإيضالاً للحق إلى مستحقه ولا يكون ذلك إكراهاً علي البيع لأن المقصود من الحبس الحمل علي قضاء الدين بأيّ طريق كان إن شاء يبيع ماله وإن شاء بسبب آخر فلا يكون ذلك إكراهاً علي البيع عيناً ، وقالوا : إذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر عليه القاضي وباع ماله إن امتنع من بيعه وقسم ثمنه بين غرمائه بالحصص ومنعه من تصرف يضر بالغرماء . ثم قال : (ولو ماله ودينه دراهم قضى بلا أمره) ، وكذا إذا كان كلاهما دنانير ، لأن للدائن أن يأخذه بيده إذا ظفر

(١) فتح القدير جـ ٩ ص : ٢٧٥ - ٢٧٦ كتاب الحجر ، وانظر : العناية شرح الهداية جـ ٩ ص : ٢٧٥ - ٢٧٦ كتاب الحجر ، نصب الرأية في تخريج أحاديث الهداية جـ ٥ ص : ٣٨٣ كتاب الحجر .
(٢) مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر جـ ٢ ص : ٤٤٣ كتاب الحجر .

الاستحسان بالإجماع 

بجنس حقه بغير رضا المدين فكان للقاضي أن يُعينه ، قال (ولو دينه دراهم وله دنائير أو بالعكس بيع في دينه) وهذا بالإجماع أما عندهما فظاهر وأما عند أبي حنيفة فاستحسان والقياس أن لا يجوز للقاضي بيعه .. لأن هذا الطريق غير متعين لقضاء الدين فصار كالعروض ، وجه الاستحسان أنهما متحدان جنساً في الثمنية والمالية ، ولهذا يضم أحدهما إلى الآخر في الزكاة مختلفان في الصورة وحكماً أما حقيقة فظاهر وأما حكماً فلأنه لا يجري بينهما ربا الفضل لأختلافهما فبالنظر إلى الاتحاد يثبت للقاضي ولاية التصرف وبالنظر إلى الاختلاف يُسلب عن الدائن ولاية الأخذ عملاً بالشبهين بخلاف العروض ، لأن الأعراض تتعلق بصورها وأعيانها وليس للقاضي إلحاق الضرر ببعضهم بمنع غرضه في ملكه ، وأما النقود فوسائل ، لأن المقصود فيها المالية دون العين فافترقا ^(١) فعند أبي حنيفة : لا يباع ماله جبراً عنه ، لأنه لا ولاية عليه في ماله ، إلا أن الحاكم يجبره على البيع إذا لم يمكن الإيفاء بدون إجبار لقوله تعالى : ﴿ لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مَعَكُمْ ﴾ ^(٢) . وامتنى أبو حنيفة من ذلك أنه إذا

(١) تبين الحقائق جـ ص : ١٩٩ - ٢٠٠ .

(٢) سورة النساء آية رقم (٢٩) .

كان دينه دراهم ، وفي المال دراهم ، دفعت للغرم جبراً ، وكذلك إذا كان عليه أحد النقديين وفي ماله النقد الآخر .

لأنهما كجنس واحد ، واستدلوا لذلك بأن الغرم إذا ظفر بمثل دينه أخذه جبراً ، فالحاكم أولي ، وهذا الاستثناء عنده من قبيل الاستحسان (١) - (٢)

(١) المبسوط ج٥ ص : ١٨٩ - ١٩٠ باب النفقة ، ج٤ ص : ١٤٤ - ١٦٤ كتاب الحجر .
(٢) وذهب الجمهور إلى أنه يجوز للحاكم أن يبيع ماله - أي المدينون - جبراً عليه مستلذين بحديث معاذ : (أن النبي ﷺ حصر عليه ، وباع ماله في دين كان عليه ، وقسمه بين غرمائه) أنظر : السنن الكبرى للبيهقي ج٦ ص : ٤٨ رقم (١١٠٤١) باب الحجر على المفلس وبيع ماله في ديونه ، ورواه الدارقطني في سنته ج٤ ص : ٢٣٠ رقم (٩٥) كتاب في الأفضية والأحكام وغير ذلك ، وقال في تلخيص الخير : ورواه أبو داود في المراسيل ج٣ ص : ٣٧ ، وكذلك أثر أميغ : - الأسيفع الجهني أدرك النبي ﷺ وكان سبق الحاج رجلاً من جهينه وسفع الأسيفع : علم وهو في الأصل تصغير الأسفع صفة وعلماً من السفة . انظر : الإصابة ج١ ص : ٢٠٠ ، الفائق ج٢ ص : ١٨٤ ، التحفة اللطيفة في تاريخ المدينة الشريفة ج٢ ص : ١٤٥ - أنه كان يشتري - الرواحل ، فيقال بها ، ثم يسرع في السير فيسبق الحاج ، فأفلس ، فرفع أمره إلى عمر بن الخطاب فقال : (أما بعد : أيها الناس فإن الأسيفع أسفع جهينة رضى من دينه وأمانته أن يقال : سبق الحاج إلا أنه قد أذن مُعرضاً ، فأصبح وقد رين به ، فمن كان له دين فليأتنا بالعقاة نقسم ماله بين غرمائه ، وإياكم والدين ...) أنظر : موطأ الإمام مالك ج٢ ص : ٧٧٠ رقم (١٤٦٠) باب جامع القضاء وكراهيته ، مصنف ابن أبي شيبة ج٤ ص : ٥٣٦ رقم (٢٢٩١٥) في رجل يركبه الدين ، سنن البيهقي الكبرى ج٦ ص : ٤٩ رقم (١١٠٤٦) باب الحجر على المفلس وبيع ماله في ديونه ، تلخيص الخير ج٣ ص : ٤٠ - ولأنه محجور عليه محتاج إلى قضاء دينه فحاز بيع ماله بغير رضاه ، كالتصغير والمجنون ، يقول ابن قدامة في المغني : إذا رفع إلى الحاكم رجل عليه دين ، فأل غرماءه الحاكم الحجر عليه لم يجبهم حتى تثبت ديونهم باعترافه أو بيينة ، فإذا ثبت ، نظر في ماله ، فإن كان وافياً بدينه لم يحجر عليه ، وأمره بقضاء دينه ، فإن أبي حنيفة ، فإن لم يقضه ، وصبر على الحبس قضى الحاكم دينه من ماله وإن احتاج إلى بيع ماله في قضاء دينه باعه ، انظر : المغني لابن قدامة ج٤ ص : ٢٨٣ ، شرح منتهى الإرادات ج٢ ص : ١٦٦ - ١٦٧ ، كشاف القناع ج٣ ص : ٤٣٢ .

وقال في أسنى المطالب : (ويادر) الحاكم (ندباً) في مسألة المدين محجوراً عليه أو محتماً من الأداء (بيع ماله وقسمته) أي قسمة ثمة بين الغرماء (لئلا يظال حيسه) إن حبس ومبادرة لبراءة ذمته وإيصال الحق للذويه ، انظر : أسنى المطالب ج٢ ص : ١٨٩ - ١٩٠ ، وانظر : شرح البهجة ج٣ ص : ١٠٥ - ١٠٦ ، حاشيتا قلوبني وعمرة ج٢ ص : ٣٥٩ - ٣٦٠ ، تحفة المحتاج ج٥ ص : ١٢٧ - ١٢٨ ، مفتي المحتاج ج٣ ص : ١٠٤ - ١٠٥ ، نهاية المحتاج ج٤ ص : ٣٢٠ - ٣٢١ وقال الدسوقي : أن المدين له ثلاثة أحوال فذكر في الحالة الثالثة : حكم الحاكم بخلع ماله للغرماء لعجزه عن قضاء ما لزمه ويرتب علي هذه الحالة أيضاً منعه من التبرعات والتصرفات المالية ، وقسم ماله بين الغرماء وحلول ما كان ملجلاً من الدين . انظر : حاشية الدسوقي ج٣ ص : ٢٦٤ ، وانظر : حاشية الصاوي على الشرح الصغير ج٣ ص : ٣٤٩ - ٣٥٠ ، وقال في المثلثة : وبيع السلطان ما ظهر له من مال إذا رفع إليه أمره ، فتوزع الغرماء فيما بينهم بالخصص ، انظر : المثلثة للإمام مالك ج٤ ص : ٧٨ ، وانظر : شرح مختصر خليل للخرسي ج٥ ص : ٢٦٩ - ٢٧٠ .

يشترط لصحة السلم أن يكون المسلم فيه مما يمكن أن يضبط قدره وصفته بالوصف علي وجه لا يبقى بعد الوصف إلا تفاوت يسير ، ولذلك يجوز السلم في المثليات كالمكيلات والموزونات ، لأنها ممكنة الضبط قدرًا وصفة وهذا باتفاق وكذلك يجوز السلم في القيميات التي تضبط بالصفات عند الجمهور ^(١) .

(١) ولقد اختلف الجمهور فيما لا يمكن ضبطه بالصفات فلا يجوز السلم فيه، فذهب المالكية إلى أن كل القيميات يجوز السلم فيها ، لأنها يمكن ضبطها بالصفات ولذلك أجازوا السلم في الثياب والحيوان واللؤلؤ والجواهر الكبيرة لأن كل ذلك يمكن ضبطه بالصفات عندهم ، وعند الشافعية يجوز السلم في الثياب والأصواف والأعشاب والأحجار لأن ذلك مما يمكن عندهم ضبطه بالوصف كما أجازوا السلم في الحيوان قالوا : لأنه ثبت في الذمة قرضاً بحديث : (أن النبي ﷺ استلف من رجل بكرة فقدمت عليه إبل من إبل الصدقة ، فأمر أبا رافع أن يقضى الرجل بكرة ، فرجع إليه أبا رافع فقال : لم أجد فيها إلا خياراً رباعياً ، فقال : أعطيه إياه ، إن خيار الناس أحسنهم قضاء) فقيس علي القرض ، ولم يجوزوا السلم في الجواهر كاللؤلؤ والعقيق والياقوت ولا في الجلود ، لأن ذلك مما لا يمكن ضبطه بالوصف ، واختلفت الرواية عند الحنابلة في السلم في الأشياء القيمة ، قال ابن قدامة : اختلفت الرواية في السلم في الحيوان فروى أنه لا يصح السلم فيه ... لأن الحيوان يختلف اختلافًا متباينًا فلا يمكن ضبطه ، وظاهر للمذهب صحة السلم فيه ، وأما السلم في غير الحيوان مما لا يكال ولا يوزن ولا يدرع اختلفت الرواية فيه أيضاً فنقل عن أحمد أنه قال : لا أرى السلم إلا قيماً يكال أو يوزن أو يوقف عليه - أي يوقف عليه بمقدار معلوم لا يختلف كالزرع ، فأما الرمان والبيض فلا أرى السلم فيه ، وحكى ابن المنذر عنه وعن إسحاق : أنه لا خير في السلم في الرمان والبطيخ والقثاء والخيار ، لأنه لا يكال ولا يوزن ومنه الصغير والكبير ، فعلي هذه الرواية لا يصح السلم في كل معدود يختلف كالبقول لأنه يختلف ولا يمكن تقدير البقل بالحزم .. الحديث السابق أخرجه مسلم في صحيحه ج ٣ ص : ١٢٢٤ باب من استلف شيئاً ففرض حراً منه وخبركم أحسنكم قضاء رقم الحديث (١٦٠٠) .

وانظر : فيما تقدم : حاشية الدسوقي ج ٣ ص : ٢٠٧ - ٢٠٩ ، بلغة السالك ج ٣ ص : ٢٧٦ ، المدونة الكبرى ج ٣ ص : ٥٤ - ٥٦ ، المتقى شرح الموطأ ج ٥ ص : ٢٠ - ٢٥ ، التاج والأكلیل ج ٦ ص : ٤٩٢ - ٤٩٦ ، مواهب الجليل ج ٤ ص : ٥٢٢ - ٥٢٥ ، شرح مختصر خليل ص ج ٥ : ٢٠٤ - ٢٠٦ أسنى المطالب ج ٢ ص : ١٢٩ - ١٣٢ ، تحفة المحتاج ج ٥ ص : ١٣ - ١٧ ، مغنى المحتاج ج ٣ ص : ٥ - ٨ ، نهاية المحتاج ج ٤ ص : ١٩٥ - ٢٠٠ ، الفرقان لابن مفلح ج ٤ ص : ١٧٥ - ١٨٢ ، الإنصاف ج ٥ ص : ٩٣ - ١٠٠ المغني لابن قدامة ج ٤ ص : ١٨٥ - ١٨٧ ، شرح منتهى الإرادات ج ٢ ص : ٩٠ - ٩٦ ، كشف القناع ج ٣ ص : ٢٩٢ - ٢٩٧ .

وذهب الحنفية إلى عدم صحة السلم في القيميات إلا أنهم استثنوا بعضها استحساناً
قال الكاساني : أما الذرعيات كالثياب والبسط والحصر والبوارى ^(١) ونحوها فالقياس
أن لا يجوز السلم فيها ، لأنها ليست من ذوات الأمثال للتفاوت الفاحش بين ثوب
وثوب ، ولهذا لم تضمن بالمثل في ضمان العدديات بل بالقيمة فأشبه السلم في الآلىء
والجواهر إلا أنا استحساناً الجواز لقوله تعالى في آية الدين : ﴿ وَلَا تَسْأَلُوا أَنْ تَكْتُوبَ صَغِيرًا
أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ أَجَلِهِ ﴾ ^(٢) ، والمكيل والموزون لا يقال فيه الصغير والكبير ، وإنما يقال في
الذرعيات والعدديات ، ولأن الناس تعاملوا السلم في الثياب لحاجتهم إلى ذلك فيكون
إجماعاً منهم علي الجواز فيترك القياس بمقابلته ، ولأنه إذا بين جنسه ونوعه وطوله
وعرضه يتقارب التفاوت فيلحق بالمثل في باب السلم لحاجة الناس ^(٣) .
وقال ابن نجيم : وإنما جاز فيها مع إنها لم تذكر في النص وهو مشروع علي خلاف
القياس في المكيل والموزون فلا يقاس عليهما للإجماع ودلالة النص ؛ لأن سبب شرعيته
الحاجة ^(٤) .

(١) البوارى ما يكثر فيه التمر ، انظر : مختار الصحاح ج ١ ص : ٢٢٤ ، لسان العرب ج ١ ص : ١٢٣ ، وج ٣
ص : ٤٩ وج ٥ ص : ١٠٤ وج ٩ ص : ١٥٦ .

(٢) سورة البقرة آية رقم (٢٨٣) .

(٣) بدائع الصنائع ج ٥ ص : ٢٠٨ - ٢٠٩ ، الميسر ج ١٢ ص : ١٣١ ، تبيين الحقائق ج ٤ ص : ١١١ - ١١٣
العناية شرح الهداية ج ٧ ص : ٧١ - ٨١ ، الجوهرة النيرة ج ١ ص : ٢١٧ - ٢١٩ ، فتح القدير ج ٧ ص : ٧١ -
٨١ ، درر الحكام شرح غرر الأحكام ج ٢ ص : ١٩٥ - ١٩٦ ، البحر الرائق ج ٦ ص : ١٦٩ - ١٧١ ، مجمع
الأختر ج ٢ ص : ٩٧ - ٩٩ ، رد المختار علي الدر المختار ج ٥ ص : ٢٠٩ - ٢١٥ .

(٤) البحر الرائق ج ٦ ص : ١٧٠ .

وقال في كشف القناع : (ويصح) السلم (في أثمان) خالصة (ويكون رأس المال غيرها)
 أى غير الأثمان (لانه يحرم النساء بين النقدين و (كل مالين حرم النساء فيهما لا يجوز ان يُسلمَ)
 بالبناء للمفعول (أحدهما بالآخر) لفوات التقابض في المجلس فلا يصح أن يسلم يُراً بشعر ولا خبزاً
 في جبن . (ويصح) السلم (في فلوس ولو نافقة) عديدة اووزنية ولو كان رأس مالها أثماناً لأنها
 أى الفلوس (عرضٌ) لاثمنٌ (وهذا الصواب) (لكن ان كانت) الفلوس (وزنية) أى
 يتعامل بها وزناً (فأسلم فيها موزوناً كصوف ونحوه) كخز وكان (لم يصح) السلم
 (لاجتماعهما في علة ربا النسيئة وهى الوزن . (١) - (٢)

(١) كشف القناع ج ٣ ص : ٢٩١ - ٢٩٢ ، وانظر : مطالب أولى النهى ج ٣ ص : ٢٠٧ - ٢٠٨ ، شرح منتهى
 الإرادات ج ٢ ص : ٨٩ - ٩٠ .

(٢) وعند الحنفية : قال في بدائع الصنائع : لو أسلم الدرهم ، او الدنانير في الزعفران ، او في القطن ، أو الحديد ، وغيرهما من
 سائر الموزونات فإنه يجوز ، لانعدام العلة ، وهى القدر المتفق ، او الجنس . اما بمخاضة فظاهرة الانتفاء . واما القدر المتفق ،
 فلأن وزن الثمن يخالف وزن الثمن . انظر : بدائع الصنائع ج ٥ ص : ١٨٦ ، وانظر : حاشية ابن عابدين ج ٥
 ص : ١٧٣ ، وقال في المبسوط : فاما اذا كان مختلفين في المعنى فذلك جائز كما لو أسلم النقود في الزعفران أو الحديد أو
 القطن فإنه يجوز ... لاتفاقهما في الوزن صررة لامعنى وحكماً فان الوزن في النقود ليس نظير الوزن في الزعفران يوزن بالإناء
 ويكون مشناً يتعين في العقود والنقد يوزن بالصنحات ويكون ثماً لا يتعين في العقد . انظر : المبسوط ج ١٢ ص : ١٢١ ،
 درر الأحكام شرح غرر الأحكام ج ٢ ص : ١٨٧ ، قال في شرح فتح القدير : ولما كان مقتضى ما ذكر ان لايجوز إسلام
 النقود من الدرهم والدنانير في الزعفران وفي سائر الموزونات كالثمن والحديد والنحاس وهو جائز بالإجماع . انظر : شرح
 فتح القدير ج ٧ ص : ١٣ - ١٤ .

وعند الشافعية : قال النووي في المجموع : يجوز إسلام الذهب والفضة في غيرها من الموزونات بالإجماع كالحديد وغيره
 فلز كان الوزن علة لم يجر كما لايجوز إسلام الحنطة في الشعر والدرهم في الدنانير ، ولأن أبا حنيفة يجوز بيع المضروب من
 النحاس والحديد والرصاص بفضة بعضه بعض متفاضلاً ولو كانت العلة الوزن لم يجر . انظر : المجموع ج ٩ ص : ٤٩١ ، وقال
 في أسنى المطالب : (ويجوز إسلام غير النقدين) أى الذهب والفضة ولو غير مضرويين (فيهما) كغيرهما (لا) إسلام
 (أحدهما في الآخر ولو حالاً) وقبضاً في المجلس لئلا تضاد أحكام السلم والنسب لأن السلم يقتضى استحقاق قبض أحد
 العوضين في المجلس دون الآخر والصرف يقتضى استحقاق قبضهما مافيه وتعبيره بالنقدين أعم في الجملة من تعبير أصله
 بالدرهم والدنانير مع ان الحكم لا يختص بهما بل بالمطعمومات كذلك . انظر : أسنى المطالب ج ٢ ص : ١٣٧ ، وانظر :
 تحفة المحتاج ج ٥ ص : ٢٩ - ٣٠ ، حاشيتا قليوبي وعميرة ج ٢ ص : ٣١٧ ، شرح النووي على صحيح مسلم
 ج ١١ ص : ٩ . وعند المالكية : قال ابن عبد البر في التمهيد : العلة في الذهب والورق أثمان المبيعات وقيم المتلفات

وليس كذلك شيء من الموزونات لانه جائز ان تعلم ماشئت من الذهب والورق فيما عدهما من سائر الموزونات ولا يسلّم بعضها في بعض فبطل قياسها عليهما وردعا اليها قال واما البر وتمر والشعر فالعلة عندي فيهما الأكل لا الكيل فكل ما كُور أخضر كان او يابساً مما يدخر كان او مما لا جائز بيع الجنس منه بعضه بعض متفاضلاً ولانساء وحرام فيه التفاضل والنساء جميعاً قياماً على البر بعضه بعض وعلى الشعر بعضه بعض وعلى التمر بعضه بعض لا يجوز ذلك في واحد منهما بالاجماع والسنة الثابتة قال وأما اذا اختلف الجثمان من المأكول فجائز حيثذ فيهما التفاضل وحرام فيهما النساء وحجته في ذلك هي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الطعام بالطعام الا يدا بيد وما اصحابنا من عصر اسماعيل بن اسحاق الى هلم جراً ومن قبلهم من اصحاب مالك واصحاب أصحابه فالذي حصل عندي من تعليلهم لهذه المذكورات إلى أن قال : قال : ابو عمر وهذا مجتمع عليه عند العلماء أن الطعام بالطعام لا يجوز الا يدا بيد ، انظر : التمهيد لابن عبد البر ج ٦ ص : ٢٩٤ - ٢٩٥ ، وانظر : حاشية الدسوقي ج ٣ ص : ٢٢٠ ، وقال الشوكاني : وأجمع العلماء على جواز بيع الربوي برئوي لا يشاركه في العلة متفاضلاً او موحلاً كبيع الذهب بالخنطة وبيع الفضة بالشعر وغيره من المكيل . انظر : نيل الاوطار للشوكاني ج ٥ ص : ٣٠٦ - ٣٠٢ ، وانظر : المغلي لابن حزم ج ٨ ص : ٤٨٠ ، وقال في المتقى شرح الموطأ : أنه لو كانت علة الربا في الورق والذهب الوزن لماجاز أن يسلّم في موزون ، لان كل عتين جمعتهما علة واحدة في الربا لم تعلم أحدهما في الأخرى كالذهب والفضة ولما أجمعنا على انه يجوز تسيم الذهب والفضة في الموزن علمنا أنه لم يجمعهما علة الربا. انظر : المتقى شرح الموطأ ج ٤ ص : ٢٥٨ .

ولو قال المسلم اليه لم يكن فيه أجل وقال رب السلم فيه أجل فالقول قول رب السلم أي بالاتفاق .
ولو قال المسلم اليه لم يكن فيه أجل وقال رب السلم فيه أجل فالقول قول رب السلم أي بالاتفاق ، وكذا في مقداره وهو قول الشافعي لأن كلام المسلم اليه هنا تعنت ^(١) لانه ينكر ماينفعه وماهو حقه (وهو الأجل) لان الاجل لثرفيه المسلم اليه وهذا استحسان . وأورد عليه ينبغي ان يكون القول لمن يدعى الفساد لان المسلم فيه لما كان في العادة يربو على رأس المال كان انكار المسلم اليه الصحة خصومة فلا يكون متعنتا وهذا الإيراد هو وجه القياس .

فاجاب عنه المصنف : بقوله (والفساد لعدم الأجل ليس متيقنا) حتى يكون انكاره انكار الصحة دافعا لزيادة المسلم فيه لان السلم الحال جائز عند بعض المجتهدين (فلا يعتبر النفع في رد رأس المال) لانه ليس بلازم قطعاً (بخلاف عدم الوصف) كالرداءة ونحوها .. فانه ملزوم قطعاً للفساد (وفي عكسه) وهو ان يدعى المسلم اليه الاجل ورب السلم ينكره (القول لرب السلم عندهما لانه ينكر حقا عليه) وهو زيادة الربح الكائن في قيمة السلم فيه على مادخل في يده من رأس المال فصار (كرب المال اذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح الا عشرة وقال المضارب بل شرطت لي نصف الربح فان القول لرب المال لانه ينكر استحقاق) زيادة (الربح) وان تضمن ذلك انكار الصحة . ووقع في بعض النسخ نصف الربح وزيادة عشرة وهي غلط، لان على هذا التقدير القول للمضارب ، ولان انكاره الزيادة على ذلك التقدير لا على هذا (وعند ابي حنيفة القول للمسلم اليه) وهو قول الشافعي (لانه يدعى الصحة وقد اتفقا على عقد واحد فكانا متفقين على الصحة ظاهرا) اذ الظاهر من حال المسلم الامتناع عن العقد الفاسد ، ولانه هو المفيد لتمام القرض المقصود من مباشرته وهو ثبوت الملك على وجه لا يجب نقضه ورفع شرعا ، ولان شرط الشيء تبع له ، فالاتفاق على صدور هذا العقد اتفاقاً على صدور شرائطه . فانكار الاجل انكار بعد الاقرار ظاهرا فلا يقبل ، وصار كما لو اختلف الزوجان في التزويج بشهود او بلا شهود فالقول لمن يدعيه بشهود ... والسلم الحال وهو مايدعيه منكر الاجل سلم فاسد لا عقدا اخر فلهذا بحث به في يمينه لا يسلم في شيء فقد اتفقا على عقد واحد واختلفا في صحته وفساده فالقول لمدعى الصحة . ^(٢)

(١) المتعنت : هو من ينكر ما ينفعه وغير المتعنت من انكر هذا في الشريعة ، واما المتعنت في اللغة فهو من يطلب العنت وهو الوقوع فيما لايسطيع الانسان الخروج عنه . انظر : البحر الرائق ج٦ ص : ١٨٤ .

(٢) فتح القدير ج٧ ص : ١٠٩ - ١١١ ، كتاب البيوع باب السلم ، وانظر : نصب الرأية للزيلعي ج٤ ص : ٥٤٢ - ٥٤٣ ، العناية شرح الهداية ج٧ ص : ١٠٩ - ١١١ .

يقول الشيباني^(١) في الجامع الصغير القول قول رب السلم الاصل فيه انهما اذا اختلفا في الصحة والفساد فان خرج كلام احدهما مخرج التعنت والعناد كان باطلا وكان القول قول من يدعى الصحة لان قول المتعنت مردود فبقى قول صاحبه بلا معارض وان خرج مخرج الخصومة قال ابو حنيفة القول قول من يدعى الصحة ايضا على عقد واحد وان كان خصمه هو المنكر ، وقال ابو يوسف ومحمد القول قول المنكر وان انكر الخصومة بيانه انه اذا ادعى رب السلم الاجل وانكر المسلم اليه فالتقول قول رب السلم بالاجماع لان كلام المسلم اليه خرج مخرج التعنت لانه ينكر ما ينفعه فتعين الفاسد غرضا له فصار باطلا . وان ادعى المسلم اليه الاجل وانكر رب السلم فعند ابي حنيفة القول قول المسلم اليه وعندهما قول رب السلم .^(٢) لان المسلم اليه اذا كان يدعى الاجل ورب السلم منكر لدعواه فالتقول قوله وان كان في انكاره افساد العقد ... والمسلم اليه متعنت في هذا الانكار لان رب السلم يقر له بالاجل وهو ينكر تعنتا ليفسد به العقد .^(٣) فان كان مدعى الاجل هو رب السلم فالتقول قوله ويجوز السلم لانه يدعى صحة العقد والمسلم اليه يدعى الفساد والتقول قول مدعى الصحة ولان المسلم اليه متعنت في انكار الاجل لانه ينفعه والمتعنت لا قول له ، وان كان هو المسلم اليه فالتقول قوله عند ابي حنيفة ويجوز السلم استحسانا.

(١) الشيباني : الإمام المصنف محمد بن الحسن الشيباني إمام فقيه ولد سنة ١٣١ هـ وهو الذي نشر فقه ابن حنيفة . ولد بواسط وعاش بالكوفة ومات من قرى الرقي ، من مصنفاته : الجامع الكبير ، والجامع الصغير ، والسير الكبير والصغير وهذه هي المراد بالأصول وظاهر الروايات في كتب الحنفية . مات سنة ١٨٩ هـ ، انظر : الفرائد البهية ص : ١٦٣ ، تاريخ بغداد ج٢ ص : ٢٧٢ ، كشف الظنون ج١ ص : ١٠٧ .

(٢) الجامع الصغير للشيباني ج١ ص : ٣٢٣ ، وانظر البحر الرائق ج٦ ص : ١٨٤ ، حاشية ابن عابدين ج٤ ص : ٥٣٢ .

(٣) المبسوط للرخسي ج٢٣ ص : ٩٤ ، وانظر : تبين الحقائق ج٤ ص : ٣٠٧ .

والقياس ان يكون القول قول رب السلم ويفسد السلم وهو قولهما وجه القياس ان الاجل امر يستفاد من قبل رب السلم حقا شرعا وانه منكر ثبوته والقول قول المنكر في الشرع وجه الاستحسان ، ان المسلم اليه يدعوى الاجل يدعى صحة العقد ورب السلم بالانكار يدعى فساده فكان القول قول من يدعى الصحة لان الظاهر شاهد له اذا الظاهر من حال المسلم اجتناب المعصية ومباشرة العقد الفاسد معصية .^(١)

وقال في الفتاوى الهندية : ولو اختلفا في اجل السلم فالاختلاف فيه لا يوجب التحالف والتراد عند علمائنا الثلاثة ... فلو اختلفا في اصل الاجل فان كان المدعى للأجل رب السلم فالقول قوله ولو ادعاه المسلم اليه وانكره رب السلم فالقول قول المسلم اليه والعقد صحيح استحسانا في قول ابي حنيفة وقالوا : القول قول رب السلم والعقد فاسد كذا في الحاوى هذا اذا لم تقم لاحدهما بينة، وان قامت لاحدهما بينة قبلت بيته ، وان اقاما البينة فالبينة من يدعى الاجل كذا في المحيط .^(٢)

(١) بدائع الصنائع ج ٦ ص : ٢٦٣ .

(٢) الفتاوى الهندية ج ٣ ص : ١٩٣ .

الوكيل بقبض العين لا يكون وكيلاً بالخصوصة بالإتفاق .

الوكيل بقبض العين لا يكون وكيلاً بالخصوصة لأنه أمين محض والقبض ليس بمبادلة فأشبه الرسول حتى أن من وكل وكيلاً بقبض عبده فأقام ذو اليد البينة أن الموكل باعه إياه وقف الأمر حتى يحضر الغائب وهذا استحسان والقياس أن يدفع إلى الوكيل لأن البينة قامت لا علي الخصم فلم تعتبر ، وجه الاستحسان أنه خصم في قصر يده لقيامه مقام الموكل في القبض فتقصر يده حتى لو حضر البائع تعاد البينة علي البيع وصار كما إذا أقام البينة علي أن الموكل عزله عن ذلك فإنما تقبل في قصر يده كذا هذا وكذا الإعتاق والطلاق وغير ذلك معناه إذا أقامت المرأة البينة علي الطلاق والعبد والأمة علي الإعتاق علي الوكيل بنقلهم تقبل في قصر يدهم حتى يحضر الغائب استحساناً دون العتق والطلاق كما إذا ادعى ذو اليد الإرتقان من الموكل وبرهن تقصر يد الوكيل عن القبض . وإذا كانت السوديعة مما يكال أو يوزن فوكنه بقبضها ثم استهلكها رجل فقبض المستودع من المستهلك مثلها لم يكن للوكيل أخذه قياساً ولكن استحسن أن يأخذه ولا أراه مثل قيمة العبد .

أرايت لو أكلها المستودع أما كان للوكيل أخذ مثلها منه إذا وكله بقبض وديعة ثم قبضها الموكل ثم أودعها ثانياً لم يكن للوكيل قبضها علم أو لم يعلم وكذا لو قبضها الوكيل ودفعها إلي الموكل ثم أودعها الموكل فإن قبضها فلرب المال تضمينه أو تضمين المودع فإن ضمن الوكيل لم يرجع علي المودع وإن ضمن المودع رجع علي الوكيل ، وإذا وكله بقبضها اليوم فله قبضها غداً استحساناً^(١) .

(١) البحر الرائق ج ٧ ص : ١٨١ ، العناية شرح الهداية ج ٨ ص : ١١٣ ، فتح القدير ج ٨ ص : ١١٢ .

وكذلك لو وكله بنقل امرأته إليه فأقامت البينة : أن زوجها طلقها ثلاثاً أو وكله بقبض دار فأقام ذو اليد البينة : أنه اشتراها من الموكل ؛ لأنه وكيل بقبض العين ، والوكيل بقبض العين لا يكون خصماً فيما يدعى علي الموكل من شراء أو غير ذلك ، لكنه خصم في قصر يده عنه ، فتقبل البينة عليه في هذا الحكم ^(١) .

وقال في مجمع الأنهر : وليس للوكيل بقبض العين الخصومة بالإجماع ، لأنه أمين محض بقبض عين حق الموكل . وَجَّهُ فَأَشْبَهَ الرَسُولَ ثُمَّ فَرَّعَهُ بِقَوْلِهِ (فلو برهن ذو اليد علي الوكيل بقبض عبد أن موكله باعه منه تقصير يد الوكيل عنه ولا يثبت البيع فيلزم علي ذي اليد إعادة البينة إذا حضر الموكل أو من يقوم مقامه ، لأن البينة قامت علي من لا يكون خصماً والقياس فيه دفع العبد إلي الوكيل لعدم قبول حجة ذي اليد لقيامها علي من ليس بخصم فلم يعتبر ، وجه الاستحسان أن الوكيل خصم في حق قصر يده لقيامه مقام الموكل في القبض فتقصر يده فتقام الحجة ثانياً علي البيع إذا حضر الخصم كما تقصر يد الوكيل بنقل الزوجة أو العبد يعني إذا أقامت المرأة البينة علي الطلاق أو أقام العبد البينة علي العتاق علي الوكيل بنقلهما إلي موضع تقبل هذه البينة استحساناً في قصر يد الوكيل عنهما حتى يحضر منكراً ولا يثبت الطلاق والعتق لو برهنا ، أي المرأة والعبد عليهما أي علي الطلاق والعتاق بلا حضور الموكل لما مرَّ أنَّهما أقاما حجة علي وكيل غير خصم ولذا وجب إعادتها لو حضر موكله بخلاف قصر اليد ^(٢) .

(١) المبسوط ج ١٩ ص : ١٧ ، در الحكام شرح غرر الأحكام ج ٢ ص : ٢٩١ .

(٢) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأنهر ج ٢ ص : ٢٤٣ ، نصب الرأية في تخریج أحاديث الهداية ج ٥ ص : ١٣٤ ، العناية

شرح الهداية ج ٨ ص : ١١٢ .

الوكيل اليانة عليه تقبل وهذا عند أبي حنيفة ، وقالوا لا يكون خصماً وهو رواية الحسن عنه لأن القبض غير الخصومة فلم يكن الرضا به رضاً بها إذ ليس كل من يؤمن علي المال يهتدي إليها ، والوكيل بقبض العين لا يملك الخصومة وهذا بالإجماع استحساناً^{(١) - (٢)} .

(١) تبين الحقائق جـ ٤ ص : ٢٧٨ - ٢٢٩ ، (بتصرف) الفتاوى الهندية جـ ٣ ص : ٦٢٩ ، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام جـ ٣ ص : ٦٣٩ المادة (١٥٢٠) ، تحفة الفقهاء جـ ٣ ص : ٢٢٩ .

(٢) وقال الشافعية والحنابلة : إن الوكيل بقبض الدين أو العين يكون وكيلاً بالخصومة في إثباته في أحد الوجهين ؛ لأنه لا يتوصل إلي القبض إلا بالإثبات ، فكان إذنأية عرفاً ، ولأن القبض لا يتم إلا به ، وفي وجه آخر لا يكون وكيلاً بالخصومة ؛ لأن الإذن بالقبض ليس بإذن في الإثبات ، لا نطقاً ولا عرفاً ؛ لأنه ليس في العرف أن من رضاه ، للقبض رضاه للإثبات قال في المغني لابن قدامة : وإن أذن له في تثبيت حق ، لم يملك قبضه ، وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة : يملك قبضه ، لأن المقصود من التثبيت قبضه وتحصيله ولنا أن القبض لا يتأونه إلاذن نطقاً ولا عرفاً ، إذا ليس كل من رضاه ، لتثبيت الحق رضاه لقبضه ، وإن وكله في قبض حق ، فمحمد من عليه الحق كان وكيلاً في تثبيته عليه ، في أحد الوجهين وبه قال أبو حنيفة .

والآخر : ليس له ذلك ، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ؛ لأنهما معنيان مختلفان فالوكيل في أحدهما لا يكون وكيلاً في الآخر ، كما لا يكون وكيلاً في القبض بالتركيل بالخصومة ، انظر المغني لأبن قدامة جـ ٥ ص : ٥٨ - ٥٩ ، وقال في الفروع : وإن وكله في القبض ففي خصومة وجهان : أحدهما يكون وكيلاً في الخصومة ، وهو الصحيح ، والثاني : لا يكون وكيلاً في الخصومة ، انظر : الفروع لأبن مفلح جـ ٤ ص : ٣٥٠ - ٣٥١ ، (بتصرف) ، وانظر الإنصاف جـ ٣ ص : ٣٩٣ - ٣٩٤ .

وقال في أسنى المطالب : ومن كل في إثبات حق له لم يستوفيه ، وكذا عكسه لأنه غير مأذون له فيه لفظاً ولا عرفاً ؛ لأنه قد رضاه للإثبات دون القبض لاتفاء أماته وللقبض دون الإثبات لقصور حجته ، انظر : أسنى المطالب جـ ٢ ص : ٢٦٩ ، وقال في شرح البهجة وليس للوكيل في استيفاء حق أن يشته إذا أنكره من حر عليه ، لأن أحدهما لا يقتضي الآخر وقد رضاه الموكل لأحدهما دون الآخر ومقابل قوله : من زيادته في الأعرف وجهان أحدهما أن له ذلك في صورتين تبعاً ثانيهما له الإثبات إذا وكله في الاستيفاء دون العكس ، لأن الثابت وسيلة إلي الاستيفاء بخلاف العكس ، شرح البهجة جـ ٣ ص : ١٨٦ .

الكفالة هي الضم^(١) لغة : ضربان كفالة بالنفس وكفال بالمال فالكفالة بالنفس جائزة والمضمون بها إحضار المكفول به وتنعقد إذا قال تكفلت بنفس فلان أو برقبته أو بروحه أو بجسده أو برأسه وكذا يدينه وبوجهه وكذا إذا قال ضمته أو قال عليّ أو قال إليّ وكذا إذا قال أنا زعيم أو قبيل به فإن شرط في الكفالة بالنفس تسليم المكفول به في وقت بعينه لزمه إحضاره إذا طالبه في ذلك الوقت فإن أحضره وإلا حبسه الحاكم وكذا إذا ارتد والعياذ بالله ولحق بدار الحرب وإذا أحضره وسلمه في مكان يقدر المكفول له أن يخاصمه فيه مثل أن يكون في مصر بريء الكفيل من الكفالة وإذا كفل علي أن يسلمه في مجلس القاضي فسلمه في السوق بريء وإن سلمه في برية لم يبرأ وإذا مات المكفول به بريء الكفيل بالنفس من الكفالة ، ومن كفل بنفس آخر ولم يقل إذا دفعت إليك فأنا بريء فدفعه إليه فهو بريء فإن تكفل بنفسه علي أنه إن لم يواف به إلي وقت كذا فهو ضامن لما عليه وهو ألف فتم يحضره إلي ذلك الوقت لزمه ضمان المال ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس ومن كفل بنفس رجل وقال إن لم يواف غداً فعليه المال فإن مات المكفول عنه ضمن المال ومن ادعى علي آخر مائة دينار بينها أو لم يبينها حتى تكفل بنفسه رجل علي أنه إن لم يواف به غداً فعليه المائة فلم يواف به غداً فعليه المائة عند أبي حنيفة ويوسف وقال محمد إن لم يبينها حتى تكفل به رجل ثم ادعى بعد ذلك لم يلتفت إلى دعواه^(٢) .

(١) فيقتضي أن يكون موجب هذا العقد ضم أحد الدعتين إلي الآخر وذلك لا يكون مع براءة ذمة الأصيل أنظر : المبسوط جـ ١٩ ص : ١٦٢ .

(٢) بداية المبتدي جـ ١ ص : ١٤٥ - ١٤٦ ، الهداية شرح البداية جـ ٣ ص : ٨٧ ، البحر الرائق جـ ٦ ص : ٢٢١ فتاوى السندي جـ ٢ ص : ٧٥٧ ، مبسوط جـ ١٩ ص : ١٦٢ ، المبدع جـ ٤ ص : ٢٦٢ ، الفروع جـ ٤ ص : ١٧٩ الإنصاف جـ ٥ ص : ٢١٠ ، إعانة الطالبين جـ ٣ ص : ٨٧ ، المجموع جـ ٣ ص : ٨٥ ، المبدونه جـ ٤ ص : ٩٦ ، مواهب الجليل جـ ٥ ص : ٩٧ ، شرح مختصر خليل جـ ٦ ص : ٢٢ ، مختار الصحاح جـ ١ ص : ٢٣٩ ، لسان العرب جـ ١١ ص : ٥٩٠ .

قال في الفتاوى الهندية : إذا شرط في الكفالة بالنفس إن لم أوافك به غداً فعليّ مائة درهم ولم يقل فعليّ المائة التي عليه فلم يوافق به غداً ينظر إن أقر الكفيل أن له عليه مائة درهم وقد كفل عنه بذلك يصير كفيلاً وهذا ظاهر

وإن قال الكفيل لم يكن للطالب عليه شيء وكان هذا منى إقرار للطالب بمائة درهم .
وقال الطالب : كان لي عليه مائة درهم وقد كفلت لي عنه بذلك معلقاً بعدم الموافقة فالقياس إن لا يلزم الكفيل شيء ويكون القول قول الكفيل وبه أخذ محمد وهو قول أبي يوسف الأول وفي الاستحسان لزم الكفيل المال ، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر كذا في المحيط ^(١) .

أما الكفالة المعلقة : وهي التي يعلق وجودها علي وجود شيء آخر كما إذا قال شخص للمشتري : أنا كفيل لك بالثمن إذا استحق المبيع فإذا كان الشيء الذي عنقت به الكفالة موجوداً وقت التعليق ، فإن الكفالة تنعقد منجراً ، وذلك كما قال الكفيل للدائن : إذا أفلس فلاناً فأنا كفيل لك بهذا الدين ، ثم تبين أن فلاناً هذا كان قد أفلس فعلاً وقت إنشاء الكفالة .

ولقد ذهب الحنفية إلى صحة الكفالة المعلقة علي شرط ملائم ، وهو الشرط ان الذي يكون سبباً لوجود الحق ، كقول الكفيل للمشتري : إذا استحق المبيع فأنا ضامن ، أو الشرط الذي يكون سبباً لإمكان الاستيفاء كقول الكفيل للدائن : إذا قدم فلان أي المكفول عنه فأنا كفيل بدينك عليه ، أو الشرط الذي يكون سبباً لتعذر الاستيفاء ،

(١) الفتاوى الهندية ج ٣ ص : ٢٧٥ ، الدر المختار ج ٥ ص : ٢٩٧ ، المبسوط ج ١٩ ص : ١٦٣ ، مجمع الضمانات ج ٢ ص : ١٣٥ .

كقول الكفيل للدائن إذا غاب فلان - المدين - عن البلد فأنا كفيل بالدين .
والشرط الذي جرى به العرف كقول الكفيل إن لم يؤدي فلان مالك عليه من دين إلي
سنة أشهر فأنا له ضامن ، أما إذا علق علي شرط غير ملائم كقوله : إن هبت الريح أو
نزل المطر فلا تصح الكفالة لأنه لا يظهر فيه غرض صحيح ، وذهب بعض فقهاء
المذهب إلي أن الكفالة تصح ويلغو التعليق ^{(١) - (٢)} .

(١) المبسوط ج١٩ ص : ١٧٤ ، بدائع الصنائع ج٦ ص : ٤ - ٥ ، تبيين الحقائق ج٤ ص : ١٥٣ - ١٥٤ ، فتح
القدير ج٧ ص : ١٧٤ ، البحر الرائق ج٦ ص : ٢٣١ - ٢٣٢ .

(٢) وعند خاتمة قال ابن قدامة في المغني : ومن كفّل بنفس لزمه ما عليها إن لم يسلمها ، وجملة القول أن الكفالة بالنفس
صحّة في قول أكثر أهل العلم هذا مذهب شريح ومالك والثوري والليث وأبي حنيفة وقال الشافعي في بعض أقوال الكفالة
بالبدن ضعيفة وأختلف أصحابه فمنهم من قال هي صحيحة قولاً واحداً وإنما أراد أنها ضعيفة في القياس ، وإن كانت ثابتة
بالإجماع ولا أثر .

ومنهم من قال : فيها قولان أحدهما ، أنها غير صحيحة ؛ لأنها كفالة بعين ، فلم تصح كالكفالة بالوجه وبدن الشاهدين . ولنا
قول الله تعالى (قال لن أرسله معكم حتى تؤتونا موثقاً من الله لتأتين به إلا أن يحاط بكم) - سورة يوسف عليه السلام آية
رقم (٦٦) - ولأن ما وجب تسليمه بعقد وجب تسليمه بعقد الكفالة ، كاللأل . إذا ثبت هذا ، فإنه متى تعلد علي الكفيل
إحضار المكفول به مع حياته ، أو امتنع من إحضاره ، لزمه ما عليه وقال أكثرهم لا يغرّم . ولنا عموم قوله عليه السلام
(الزعيم غارم) - الحديث أخرجه أبو داود في سننه ج٢ ص : ٢٦٦ في باب في تضمين العارية من كتاب البيوع ،
وأخرجه الترمذي في عارضة الأحوذني ج٥ ص : ٢٦٩ من أبواب البيوع باب ما جاء في إن العارية مؤداة وقال حديث
حسن ، كما أخرجه ابن ماجه ج٤ ص : ٨٠٤ ، باب الكفالة من كتاب الصلقات ، والإمام أحمد في المسند ج٥ ص :
٢٦٧ - ٢٩٣ - ولأنها أحد نوعي الكفالة ، فوجب بما ألغى كالكفالة بالمال . انظر : المغني لأبن قدامة ج٤ ص : ٣٥٧ .
وأما بالنسبة حكم الكفالة المتعلقة فقد ذهب الأئمة غير الحنفية إلي أقوال : فعند المالكية مما يبدو مما ذكره في فروعه : إن
الكفالة تكون صحيحة إذا علق علي الشروط الملائمة ، ولا تكون صحيحة إذا علق علي شرط غير ملائم . يقول الإمام
مالك في السنونة : قلت : أرايت إن قلت لرجل : بايع فلاناً فما يابعه به من شيء فأنا ضامن لكشمن ، أيلزمني هذا الضمان أم
لا ؟ قال نعم يلزمك ذلك إذا ثبت ما يابعه به . قلت أتحفظ عن مالك ؟ قال : نعم . انظر : المدونة ج٤ ص :
١٠٢ وانظر : التاج والأكلیل ج٧ ص : ٣٦ - ٣٧ ، المتقى شرح الموطأ ج٦ ص : ٨٣ ، مواهب الجليل ج٥ ص :
١٠٢ ، شرح مختصر خليل ج٦ ص : ٢٥ - ٢٦ ، حاشية الدسوقي ج٣ ص : ٣٣١ - ٣٣٢ ، منح الجليل شرح
مختصر خليل ج٦ ص : ٢٤٣ . وأما الشافعية : فالأصح عندهم عدم جواز تعليق الضمان والكفالة لأن كلاً من الضمان
والكفالة عقد كالبيع وهو لا يجوز تعليقه بالشرط . ومقابل الأصح عندهم : جواز تعليق الضمان والكفالة ، لأن القبول لا
يشترط فيهما فحاز تعلقيهما كالطلاق . القول الثالث : يمنع تعليق الضمان دون الكفالة ؛ لأن الكفالة مبنية علي الحاجة .

أنظر : الأم للشافعي جـ ٦ ص : ٢٤٧ ، وانظر : أسنى المطالب جـ ٢ ص : ٢٤٤ - ٢٤٥ . قال في تحفة المحتاج : قال
ضمنت إحضاره كلما طلبه المكفول له لم يلزمه غير مرة لأنه فيما بعدها مُعلّقُ الضمان علي طلب المكفول له وتعليق الضمان
يظنه ... وفيه نظر بل مقتضى النظم تعليق أصل الضمان علي الطلب وتعلّقه مبطل له من أصله فهو الأوجه . انظر : تحفة
المحتاج جـ ٥ ص : ٢٦٣ . والأصح أنه لا يجوز تعليقهما أي الضمان والكفالة بشرط كذا جاء رأس الشهر فقد ضمن ما
علي فلان أو تكفلت ببدنه لأتقما عقدان فلا يقبلان التعليق كالبيع .

والثاني : يجوز ، لأن القبول لا يشترط فيهما فجاز تعليقهما كالطلاق .

والثالث : يمنع تعليق الضمان دون الكفالة لأن الكفالة مبنية علي الحاجة والأصح أنه لا يجوز توقيت الكفالة . انظر : مغني
المحتاج جـ ٣ ص : ٢١٣ .

وعند الحنابلة روايتان تنهّب أولاهما إلي بطلان الكفالة مع التعليق ، وهو ما اعتاره القاضي ، لأن التعليق خطراً فلم يجوز
تعليق الضمان عليه ، والكفالة تثبت حقاً لأدعي معين فلم يجوز تعليق ثبوته علي شرط . وتذهب الرواية الأخرى إلي صحة
تعليق الكفالة مطلقاً ، لأن تعليق الكفالة والضمان علي شرط صحيح كضمان العهدة ، وقد مال إلي هذه الرواية : الشريف
أبو جعفر وأبو الخطاب لأنه أضاف الضمان إلي سبب الوجود فيجب أن يصح كضمان الدرك . انظر : الإنصاف جـ ٥
ص : ٢١٢ - ٢١٣ ، دقائق أولي النهى جـ ٢ ص ١٣١ ، كشاف القناع جـ ٣ ص : ٣٧٦ ، مطالب أولي النهى جـ ٣
ص : ٣١٧ .

تجوز المهايأة عند تعذر الإجماع على الإنتفاع .

وتجوز المهايأة عند تعذر الإجماع على الإنتفاع وهي لغة مفاعلة من التهيئة وهي الحالة الظاهرة للمتهمى للشيء والتهايؤ تفاعل منها وهو أن يتواضعوا على أمر فيتراضوا به وحقيقته أن كلا منهم رضى بهيئة واحدة ويختارها وقبل مفاعلة من التهايؤ فكأنه يتهاياً بالإنتفاع به عند فراغ صاحبه والفرق بين القسمة والتهايؤ أن الأول يجمع المنافع في زمان واحد والثاني يجمع على التعاقب ويمجرى فيه حبر القاضى كما في القسمة فيما يحتملها وشرعاً قسمة المنافع والقياس أن لا تجوز ؛ لأنها مبادلة المنفعة بغيرها لكنها جازت استحساناً بالإجماع .^(١)

قال في البسوط : اعلم أن القياس بأبى جواز المهايأة ، لأنها مبادلة المنفعة بغيرها وكل واحد من الشريكين في نوبته ينتفع بملك شريكه عوضاً عن انتفاع الشريك بملكه في نوبته ولكن تركنا القياس وجوزناه للكتاب والسنة أما الكتاب فقوله تعالى : ﴿لَهَا شَرِبٌ وَلَكُمْ شَرِبٌ يَوْمَ تَقْلُومُ﴾ .^(٢) وهذا هو المهايأة ، أما السنة فما روى أن الرجل الذى خطب تلك المرأة بين يدي رسول الله ﷺ (فقال صلوات الله عليه ماذا تصدقها قال نصف إزارى هذا قال : ﷺ ماتصنع بإزارك إن لبسته لم يكن عليها منه شيء ، وإن لبسته لم يكن عليك شيء) .^(٣)

وهذا تفسير المهايأة ولأن المنافع يجوز استحقاقها بالعقد بعوض وبغير عوض كالأعيان ثم القسمة في الأعيان المشتركة عند إمكان التعديل جائزة فكذلك في المنافع المشتركة ولهذا يجبر القاضى الشركاء على المهايأة إذا ضل ذلك بعضهم وأبى البعض .^(٤)

وأما الإجماع : فلا يعرف في صحة قسمة المنافع على الجملة نزاع لأحد من أهل الفقه .

(١) مجمع الأثر ج ٢ ص : ٤٩٦ .

(٢) سورة الشعراء آية رقم (١٥٥) .

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه ج ٢ ص : ١٠٤٠ ، في : باب الصداق وجواز كونه تعليم قرآن وخاتم حديد وغير ذلك رقم الحديث (١٤٢٥) من كتاب النكاح ، والبخاري في صحيحه ج ٥ ص : ١٩٥٦ ، في : باب تزيج المعسر لقوله تعالى : (إن يكونوا قراء ينفهم الله من فضله) . رقم الحديث ٤٧٩٩ ، من كتاب النكاح .

(٤) البسوط ج ٢٠ ص : ١٢٠ .

وأما المعقول : فلأن ما لا يقبل القسمة . قد يتعذر الإجماع على الإنتفاع به في وقت واحد ،
فلو لم تشرع قسمة المنافع لضاعت منافع كثيرة ، وتعطلت أعيان إنما خلقها الله سبحانه لينتفع بها ،
ولا يستقيم هذا في عقل أو شرع حكيم .^(١)

قال في تبين الحقائق : التهايو أعلم أن المهابة مشتقة من الهيئة وهي الحالة للمتهى ، والتهايو
تفاعل منها وهو أن يتواضوا على أمر فيتراضوا به وحقيقته أن كلاً منهم يرضى هيئة واحدة
ويختارها وهي في الشرع عبارة عن قسمة المنافع وهي جائزة فيما ذكر الشيخ استحساناً والقياس
أن لا تجوز .^(٢)

(١) الموسوعة الفقهية ج ٣٣ ص : ٢٥٠ .

(٢) تبين الحقائق ج ٥ ص : ٢٧٥ ، العناية شرح الهداية ج ٩ ص : ٤٥٦ ، فتح القدير ج ٩ ص : ٤٥٥ - ٤٥٦ .

وهو أن يستحم انسان في الحمام دون ان يقدر المدة التي يمكنها وقدر الماء الذي يستهلكه ودون أن يقدر الأجرة . فان القياس يقتضي عدم جواز ذلك للجهالة الحاصلة من عدم تقدير الماء والأجرة والمدة التي يمكنها لان الناس يتفاوتون فيما يستهلكون من الماء كما يتفاوتون في المدة التي يمكنهمها وهذه كلها امور تفسد العقد ومع هذا فانه جاز استحساناً بالإجماع لجريان العرف بذلك في كل زمان ومكان ولم يحدث انكار من المجمعين في أي عصر من العصور من عهد النبي ﷺ الى يومنا هذا على دخول الحمام بهذه الصفة لان فيه دفعاً للضرر والمشقة .^(١)

قال في رد المختار على الدر المختار : سألت أبا يوسف رحمه الله عن الرجل يدخل السفينة أو يحتجم أو يدخل الحمام أو يشرب الماء من السقاء ثم يدفع الأجرة وثن الماء . قال : يجوز استحساناً ولا يحتاج الى العقد قبل ذلك .^(٢)

وقال في المبسوط : دخول الحمام بأجر فانه جائز لتعامل الناس وإن كان مقدار المكث فيه وما يصيب من الماء مجهولاً .^(٣)

وقال في بدائع الصنائع : والقياس يترك بالإجماع ، ولهذا ترك القياس في دخول الحمام بالأجر ، من غير بيان المدة ، ومقدار الماء الذي يستعمل .^(٤)

وذكر في تبين الحقائق : (وصح أخذ أجرة الحمام) أي ؛ لأن الناس في سائر الأمصار يدفعون أجرة الحمام ، وان كان مقدار ما يستعمل من الماء ليس بمعلوم ولا مقدار القعود فدل إجماعهم على جواز ذلك ، وان كان القياس يأباه لوروده على إتلاف العين مع الخيالة .^(٥)

(١) العناية شرح الهداية ج ٩ ص : ٩٦ - ٩٧ ، فتح القدير ج ٩ ص : ٩٦ - ٩٧ .

(٢) در المختار على الدر المختار ج ٦ ص : ٦ .

(٣) المبسوط للسرعي ج ١٢ ص : ١٣٩ ، البحر الرائق ج ٨ ص : ٢١ .

(٤) بدائع الصنائع ج ٥ ص : ٣ ، درر الحكام شرح غرر الأحكام ج ٢ ص : ٢٣٢ .

(٥) تبين الحقائق ج ٥ ص : ١٢٣ ، وانظر : الجوهرة النيرة ج ١ ص : ٢٦٩ ، مجمع الأنهر ج ٢ ص : ٣٨٣ .

وكذلك عند الشافعية : قال البحرى في حاشيته : واستثنى من اشتراط العلم بالمنفعة دخول الحمام بأجرة مع الجهل بقدر المكث وقدر الماء وما يأخذ الحمامى انما هو في مقابل أجرة السطل والحمام والإزار وحفظ الثياب الى أن قال ... وعبرة شيخنا نعم دخول الحمام بأجرة جائز بالإجماع مع الجهل بقدر المكث وغيره .^(١) وقال في تحفة المحتاج : نعم يجوز دخول الحمام بأجرة إجماعاً مع الجهل بقدر المكث وغيره ، لكن الأجرة في مقابلة الآلات لا الماء فعليه ما يسكر به الماء غير مضمون على الداخل وثيابه غير مضمونة على الحمامى ما لم يستحفظه عليها ويحبه لذلك ، ولو بالإشارة برأسه .^(٢)

وعند المالكية : يكون ذلك عند ما يترك مقتضى القواعد القياسية في بعض المسائل رفعاً للمشقة وإثارة للتوسعة على الناس . وبناء على ذلك اجاز المالكية : دخول الحمام من غير تقدير أجرة ولا تقدير مدة اللبث ، ولا تقدير الماء المستعمل ، والأصل في كل هذا المنع ، ولكنهم قالوا إن هذه الأشياء ان لم تكن مقدرة بالعرف فإنها تسقط بالضرورة لان نقي الغرر جملة في العقود لا يقدر عليه ، ويضيق أبواب المعاملات وهو انما يطلب تكميلاً ورفعاً لما عسى أن يقع من النزاع ، فهو إذن من المكملات ، والمكملات اذا ادى وجودها الى إبطال أصل المصالح سقطت جملة ، فاذا قل الغرر وسهل الأمر وانعدم النزاع ومست الحاجة الى المسامحة فلا بد من القول بها .

(١) حاشية البحرى على المنهج ج ٣ ص : ١٦٨ ، وانظر : شرح البهجة ج ٣ ص : ٣٣٢ ، حاشيتا قليوبى وعميرة ج ٣ ص : ٧٣ .

(٢) تحفة المحتاج ج ٦ ص : ١٤٢ ، نهاية المحتاج ج ٥ ص : ٢٧٩ - ٢٨٠ ، حاشية الجمل ج ٣ ص : ٥٣٦ .

ومن هذا القبيل مسألة التقدير في ماء الحمام ومدة اللبت .^(١)

قال في التاج والإكليل : وجواز دخول الحمام مع اختلاف قدر ماء الناس ولبثهم فيه والشرب من الساقى إجماعاً في الجميع دليل على إلغاء ما هو يسير غير مقصود دعت الضرورة للغوه .^(٢)
وقال في شرح مختصر : والغرر ثلاثة أقسام ممتنع إجماعاً كطير الهواء وسمك الماء وجائز إجماعاً كأساس الدار المبيعة وحشو الجبة المغيبة ونقص الشهور وكماها في إجارة الدار ونحوها واختلاف الاستعمال في الماء في دخول الحمام والشرب من السقاء ومختلف في الحاقه بالأول ، او بالثاني ... الخ .^{(٣) - (٤)}

(١) انظر : الإعتصام للشاطبي ج ٢ ص : ٦٣٧ .

(٢) التاج والإكليل ج ٦ ص : ٢٣٠ ، وانظر : حاشية العدوى ج ٢ ص : ٤١٩ .

(٣) شرح مختصر خليل ج ٥ ص : ٦٩ ، الفواكه الدواني ج ٢ ص : ٢٨٥ ، حاشية الصوقي ج ٣ ص : ٦٠ ، حاشية الصاوي على الشرح الصغير ج ٣ ص : ٩٥ ، منع الجليل ج ٥ ص : ٤٦ .

(٤) وعند الخاتبة : قال : في الإنصاف : وما يعطاه الحمامي فهو أجره المكان والسطل والمنزر ، لا ثمن الماء . فانه يدخل تبعاً . انظر : الإنصاف ج ٦ ص : ١٧ ، وقال في كشف القناع : (ما يأخذه الحمامي أجره المكان والسطل والمنزر ويدخل الماء تبعاً) ؛ لأنه لا يصح عقد الإجارة عليه ، وهذا بخلاف مسألة الشرب ، فان الماء مبيع ، ولا ينبغي لمن دخل الحمام ان يستعمل فوق المعتاد ؛ لأنه غير مأذون فيه نقضاً ولا عرفاً بل يحرم عليه كاستعماله من الموقوف فوق القدر المشروع . انظر : كشف القناع ج ٣ ص : ٥٥٥ - ٥٥٦ ، مطالب أولي النهى ج ٣ ص : ٥٩٦ .

الإستحسان بالإجماع :

وحقيقته وقوع إجماع في مقابل حكم القياس الظاهر في مسألة واحدة ، ومثلوا لذلك بإيجاب القيمة على من قطع ذنب بغلة القاضي ، فان هذا الحكم يعد استثناء من القواعد العامة ، وذلك لان القياس على القواعد العامة يقضى بأن يغرم المعتدى قيمة ماينقص باعتدائه من قيمة العين التي وقع عليها العدوان، ووجه الاستحسان الذي كان سبباً للإجماع هنا ، أن بغلة القاضي تتخذ عادة للركوب لا لغرض آخر ، فقطع الذنب يقوت مصلحتها كلها بالنظر الى هذا الوجه من وجوه الاستعمال الخاص ، فهي كالعديم بالنسبة الى القاضي ، فكأنه فوقها عليه. ولما كان التعريض هو جبر الضرر الحاصل لصاحب العين المعتدى عليها ، فان الضرر الذي أصاب القاضي من قطع ذنب بغلته هو قيمة الدابة كلها .

قال الشاطبي : " يحكون الإجماع على إيجاب الغرم على من قطع ذنب بغلة القاضي يريدون غرم قيمة الدابة لقيمة النقص الحاصل فيها ووجه ذلك ظاهر فان بغلة القاضي لا يحتاج اليها الا في الركوب وقد امتنع ركوبه لها بسبب فحش ذلك العيب حتى صارت بالنسبة الى ركوب مثله في حكم العدم فالزموا الفاعل غرم قيمة الجميع ، وهو متجه حسب الغرض الخاص ، وكان الاصل أن لا يغرم الاقيمة مانقصها القطع خاصة ، لكن استحسنوا ماتقدم ، وهذا الاجماع مماينظر فيه ، فان المسألة ذات قولين في المذهب وغيره ولكن الأشهر في المذهب المالكي ماتقدم حسبما نص عليه القاضي عبد الوهاب . (١) - (٢)

فهنا يقال : الإجماع لم يصح فان ذلك يعني انهم قد تركوا القاعدة العامة التي توجب على الجاني قدر جنايته وهو الظاهر فيمن قطع ذنب بغلة القاضي واستحسنوا ان يدفع قيمة البغلة كلها نظراً لفوات الغرض من البغلة بالنسبة للقاضي . (٣)

(١) الاعتصام جـ ٢ ص : ٦٤٢ ، وانظر : بصرة الحكام جـ ٢ ص : ١٦٩ ، انوار البروق في أنواع الفروق جـ ١ ص : ٢١٤ ، حاشية الدسوقي جـ ٣ ص : ٤٦٠ .

(٢) هو الإمام العلامة شيخ المالكية أبو محمد عبد الوهاب بن علي ابن نصر بن أحمد بن حسين بن هارون بن أمير العرب مالك بن طوق التغلبي العراقي الفقيه المالكي من أولاد صاحب الرحبة . صنف في المذهب كتاب التلخين وهو من أجود المختصرات وله كتاب المعرفة في شرح الرسالة وغير ذلك . خرج في آخر عمره الى مصر فمات بها سنة (٤٢٢) هـ وله ستون سنة . انظر : سير أعلام النبلاء جـ ١٧ ص : ٤٢٩ - ٤٣٢ ، تاريخ بغداد جـ ١١ ص : ٣١ - ٣٢ ، شذرات الذهب جـ ٣ ص : ٢٢٣ - ٢٢٤ .

(٣) المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص : ٤٢٩ .

وقال الشاطبي^(١) في الموافقات : وقد قال ابن العربي في تفسير الاستحسان بأنه ايثار ترك مقتضى دليل على طريق الاستثناء والترخيص لمعارضة ما يعارض به في بعض مقتضياته ثم جعله أقساماً فمنه ترك الدليل للعرف كرد الأيمان الى العرف وتركه للمصلحة كتضمين الاجير المشترك او تركه للاجماع كإيجاب الغرم على من قطع ذنب بغلة القاضى وتركه اليسر لتفاهته لرفع المشقة . الخ^(٢) قال في التاج والإكليل : فان قطع ذنب دابة القاضى أو أخذها ضمناً ، وكذا مركوب كل من يعلم ان مثله لا يركب مثل ذلك فذلك سواء وسواء كانت الدابة حماراً أو بغلاً أو غيره ، ولا فرق بين المركوب والملبوس كقلنسوة القاضى ... وهذه الرواية المشهورة عن مالك . (٣) - (٤)

(١) هو إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي أصولي حافظ ، من أهل غرناطة ، كان من أئمة المالكية ، من كتبه الموافقات في أصول الأحكام ، والمجالتى شرح به كتاب البيوع من صحيح البخاري ، والإفادة والإنصاف رسالة في الأدب ، والإتقان في علم الاشتقاق في أصول النحو ، والإنصاف في أصول الفقه ، وشرح الألفية ، توفي سنة ٧٩٠ هـ انظر : الإعلام للزركلي ج ١ ص : ٧١ .

(٢) الموافقات للشاطبي ج ٤ ص : ٢٠٨ .

(٣) التاج والإكليل ج ٧ ص : ٣٣٧ ، الإتقان والإحكام في شرح غرقة الأحكام المعروف بشرح ميارة ج ٢ ص : ٢٥٨ ، شرح مختصر خليل ج ٦ ص : ١٤٩ ، حاشية العدوى ج ٢ ص : ٢٨٥ ، حاشية الصاوى على الشرح الصغير ج ٣ ص : ٦٠٩ - ٩١٠ ، منح الجليل ج ٧ ص : ١٤٥ .

(٤) قال ابن قدامة في المغنى : وحكى أصحاب مالك عنه أنه اذا جنى على عين ، فأتلف غرض صاحبها فيها ، كان المبنى عليه بالخيار ، ان شاء رجع بما نقصت ، وإن شاء سلمها وأخذ قيمتها . ونعل ما يحكى عنه من قطع ذنب حمار القاضى ، ينبى على ذلك ، لانه أتلف غرضه به ، فانه لا يركبه في العادة ، وحتهم أنه أنف المنفعة المقصودة من السلعة فلزمته قيمتها ، كما لو أتلف جميعها . ولنا انها جناية على مال أرشها دون قيمته ، فلم يملك نظائلاً بجميع قيمته ، كما لو كان الشق يسيراً ، ولأنها جناية تنقص بها القيمة ، فأشبه ما لو لم يلف غرض صاحبها . انظر : المغنى لابن قدامة ج ٥ ص : ١٤٤ . وقال في الفروع : ويلزمه ضمان نقصان ، لو نبات لحية أورد او قطع ذنب حمار . انظر : الفروع ج ٤ ص : ٥٠٢ ، الإنصاف ج ٦ ص : ١٥٠ - ١٥١ ، شرح منتهى الإرادات ج ٢ ص : ٣٠٤ - ٣٠٥ ، كشف القناع ج ٤ ص : ٨٩ ، مطالب أولى النهى ج ٤ ص : ٢٥ ، يقول ابن تيمية : ولو قطع ذنب بغلة القاضى فعند مالك يضمنها بالبدل ويملكها لتعذر مقصودها على المالك في العادة او يبيع المالك وكذلك السلطان اذا قطع آذان فرسه وذنبا . انظر : كتب ورسائل وفتاوى ابن تيمية في الفقه ج ٢٠ ص : ٥٦٣ ، اعلام الموقعين ج ٢ ص : ٢٠ .

وعند الحنفية : قال في الفتاوى الهندية : اذا قطع آذن الدابة او بعضها يضمن النقصان وجعل قطع الأذن من الدابة نقصاناً يسيراً وكذلك لو قطع ذنبها يضمن النقصان وعن شريح رحمه الله أنه ين قطع ذنب حمار القاضى يضمن جميع القيمة وإن كان لغيره يضمن النقصان لا غير . انظر : الفتاوى الهندية ج ٥ ص : ١٢٣ ، البحر الرائق ج ٨ ص : ١٣٢ .

وعند المالكية : قال في حاشيتي قليوب وعميرة : (و) يضمن (سائر الحيوان) أى باقيه (بالقيمة) تلف او أتلف ، ويضمن ما تلف او أتلف من اجزائه بما نقص من قيمته ، ثم قال : قوله : (سائر الحيوان) . فرغ : ذهب الإمام مالك رحمه الله تعالى الى أنه لو قطع

ذنب حمار ذي هيئة أو طليسانه لزمه دفعه اليه ، وبلزمه تمام قيمته . انظر : حاشيتا قنبيوي وعميرة جـ ٣ ص : ٣٢ ، وقال في تحفة
الاحتاج : (ومائر الخيوان) اى باقيه ماعدا الآدمي - اى يضمن - الا العبد في الحرم او على الحرم ... انه يضمن بمثله للنص تضمن
نفسه (بالقبضة) اى أقصاها كما يعلم ... وأجزاءه بما نقص منها : لأنه لا يشبه الآدمي بل الجساد . انظر : تحفة المحتاج جـ ٦
ص : ١٩ . وانظر : أسنى المطالب جـ ٢ ص : ٣٤٧ ، غاية المحتاج جـ ٥ ص : ١٦٠ - ١٦١ .

أحكام الرجوع عن الشهادة

(وإذا رجع الشاهد بعد) بت (الحكم) بشهادته (أغرم ما أتلّف بشهادته إن اعترف أنه شهد بزور) بأن شهد بما لم يعلم به (قاله أصحاب مالك) رضى الله عن الجميع ، وفيهم من قوله أغرم أنه لا ينقض الحكم لاحتمال كذبه في رجوعه ، وإنما أغرم لاعترافه بالجناية على المشهود عليه .. ثم قال ، واحترز بقوله : رجع بعد الحكم عن الرجوع بعد أداء الشهادة وقبل الحكم فإنه لا يغرم شيئاً ، لأنه لم يتلف شيئاً ، لأن القاضي لا يجوز له الحكم بالشهادة بعد الرجوع عنها .

قال خليل مشيراً إلى تلك المسألة : وغرماً مائلاً ودية ولو تعمداً ^(١) ، وإذا رجع أحدهما غرم نصف الحق ، وإذا كان رجوعهما عن الشهادة بقتل فإن قالوا : غلطنا فالدية علي عاقلتهما ، وأما لو قالوا : تعمدنا فالدية في أموالهما ، وفيهم من قوله : ما أتلّف أن الشاهد لو لم يتلف شيئاً كما لو رجع عن طلاق مدخول بها أو عن عتق أم ولد أو عن عفو عن قصاص فلا غرم ؛ لأنه لم يفوت علي الزوج أو سيد أم الولد إلا الاستمتاع والقصاص وكل منهما لا قيمة له . ثم قال : - (تنبيهات) الأول : علم مما قررنا حكم الرجوع بعد الحكم واستيفاء ما وقع به الحكم وحكم الرجوع قبل الحكم ، وأما لو كان بعد الحكم وقبل استيفاء ما وقع به الحكم فلم يذكره ، وذكر صاحب التوضيح تفصيلاً بقوله : فإن كان الحكم بمال مضى اتفاقاً ، وإن كان بقصاص أو حد فقال ابن القاسم ^(٢) : يعضى كما في الحكم بالمال ، وقال غير ابن القاسم : لا

(١) منح الجليل شرح مختصر خليل جـ ٨ ص : ٥٠٤ - ٥٠٦ ، الفواكه الدواني جـ ٢ ص : ٢٢٩ التاج الإكليل جـ ٨ ص : ٢٤٠ ، شرح مختصر خليل جـ ٧ ص : ٢٢٠ ، حاشية الدموقي جـ ٤ ص : ٢٠٦ - ٢٠٧ .

(٢) ابن القاسم : عبد الرحمن بن القاسم أبو عبد الله العتقي مولاهم المصري صاحب مالك الإمام . روى عن مالك والليث وابن الماجشون ومسلم بن خالد وغيرهم بعد ابن وهب يضع عشرة سنة وظالت صحبته له . ولم يخلط علم مالك بغيره حتى صار أثبت الناس فيه سئل مالك عنه وعن ابن وهب فقال ابن وهب عالم وابن القاسم فقيه . قال يحيى بن يحيى كان ابن القاسم أعلمهم بعلم مالك وآمنهم عليه مات بمصر سنة ١٩١ هـ أنظر : سير اعلام النبلاء جـ ٩ ص : ٢٢٠ وما بعدها ، تذكرة الحفاظ جـ ١ ص : ٣٥٦ ، شذرات الذهب جـ ١ ص : ٣٤٧ .

عظمي ولا يستوفي الدم لحرمة وتجب الدية ، ورجع إلي هذا ابن القاسم واستحسنه ، والقياس الأول^(١) .

وقال في المدونة : الرجوع عن الشهادة وخطأ الإمام قلت : أرايت الرجل يشهد عليه شاهدان أنه سرق ، ثم أتيا بآخر قبل أن يقطع القاضي هذا المشهود عليه الأول فقالا : وهما هو هذا الآخر ؟ قال لا أرى أن يقطع هذا ولا هذا^(٢) .

وقال في التاج والإكليل : (ونقض إن ثبت كذبه كحياة من قتل أوجه قبل الزنا لا رجوعهم وغرما مالا ودية ولو تعمدا) ابن الحاجب : للرجوع ثلاث صور قبل القضاء فلا قضاء فإن قالوا وهما بل هو هذا فقال ابن القاسم وأشهب^(٣) : سقطتا مع الصورة الثانية بعد القضاء وقبل الإستيفاء . قال ابن القاسم : يستوفي الدم كاملا . وقال أيضا : لا يستوفي لحرمة الدم انتهى .

الصورة الثالثة بعد الإستيفاء فيغرمان الدية وغيرها إن لم يثبت عمدتهما عند ابن القاسم وأشهب ، وإن ثبت عمدتهما فالدية لابن القاسم والقصاص لأشهب أنتهي^(٤) .
وقال الصاوي^(٥) في حاشيته : (وبطلت) الشهادة (إن رجع) الشاهد أي جُزئ الصادق بالمتعدد (قبل الحكم) وبعد الأداء فأولى قبله . (لا) إن رجع (بعده) أي الحكم فلا تبطل وقد تم الحكم ومضى في المال فيغرمه المشهود عليه للمدعي بمقتضى شهادتهما . (وغرم) الشاهد (المال والدية)

(١) الفواكه الدواني ج ٢ ص : ٢٢٩ .

(٢) المدونة ج ٤ ص : ٥٤٠ .

(٣) أشهب بن عبد العزيز القيسي العامري الجعدي . روى عن مالك ، ونفيث وغيرهما ، وتفقه بمالك ، والمدنيين والمصريين قال الشافعي : مارأيت أفقه من أشهب ، وانتهت إليه الرئاسة المصرية بعد ابن القاسم ، وسئل سحنون عن ابن القاسم وأشهب أيهما أفقه فقال كانا كفرسي رهان وربما وفق هذا وخلل هذا وربما خلل هذا ووفق هذا . ولد سنة ١٤٠ هـ ومات سنة ٢٠٤ هـ . انظر : شذرات الذهب ج ٢ ص : ١٢ ، وفيات الأعيان ج ١ ص : ٢٣٨ ، الدياج المذهب ج ١ ص : ٣٠٧ .

(٤) التاج والإكليل ج ٨ ص : ٢٤٠ ، وانظر : مواهب الجليل شرح مختصر خليل ج ٦ ص : ١٩٩ - ٢٠٠ .

(٥) أبو العباس أحمد بن محمد الصاوي المالكي .

للمشهود عليه بعد غَرَمَهُ للمدَّعي المشهود له ، قال ابن القاسم : إذا رجعا في طلاق أو عتي أو دين أو قصاص أو حد أو غير ذلك فإنهما يضمنان قيمة المُعتَق ، وفي الطلاق إن دخل بالزوجة فلا شيء عليهما ، وإن لم يدخل ضمنا نصف الصداق للزوج ، ويضمنان الدين والعقل في القصاص في أموالهما (أهـ) . وقال أشهب : يقتصر من الشاهدين في العمد : - أي لأهم تسبوا في قتل نفس بلا شبهة ، وهو ظاهر . وهذا إن رجعوا بعد الاستيفاء في القتل ومثله الرجم .

(وَنُقِضَ) الحكم (وإن ثبت كذبهم) بعد الحكم و (قبل الإستيفاء) في القتل والقطع والحد (لحياة من شهدوا بقتله ، أو جبه قبل الزنا) أي جب من شهدوا بزناه : أي ثبت أنه محبوب قبل شهادتهم بالزنا أي قبل الزنا الذي شهدوا به . ولا يلزمهم حد القذف ، لأن من رمى المحبوب بالزنا لاحد عليه كما في المدونة . (وإلا) يثبت قبل الإستيفاء - بل ثبت كذبهم بعده - (غرموا) الدية أي دية من قتل قصاصاً أو رجماً بشهادتهم ^(١) .

والرجوع عن الشهادة إما أن يكون قبل الحكم ، وإما أن يكون بعد الحكم وقبل استيفاء المحكوم به وإما أن يكون بعد الاستيفاء . فإن كان الرجوع قبل الحكم امتنع الحكم بشهادة من رجع عن شهادته للتناقض ، ولأن الحاكم لا يدرى ، أصدق في الأول أم في الثاني ؟ فيتنفي ظن الصديق ، ركزيه ثابت لا محالة ، أما في الشهادة أو الرجوع ، ولا ضمان علي الشهود في مال لعدم الإثلاف لكن لو كان رجوعهم عن شهادتهم في زنى حُدُوا حد القذف وهذا باتفاق ^(٢)

(١) حاشية الصاوي علي الشرح الصغير ج٤ ص : ٢٩٤ - ٢٩٦ .

(٢) انظر : الموسوعة الفقهية ج٢٢ ص : ١٤٩ .

يوجب التوقف في شهادتهما وإن قالوا أعطأنا لم يلزم نقضه أيضاً لجواز خطئهما في قولهما الثاني بأن اشتبه عليهم الخال (ويضمنون) بذل ما شهدوا به من المأل قبض أو لم يقبض قائماً كان أو تالفاً وقيمة ما شهدوا بعنته لأنهم أخرجوه من يد مالكه بغير حق وحنوا بينه وبينه كما لو اتلفوه . انظر : شرح منتهى الإرادات جـ ٣ ص : ٦٠٧ ، مطالب أولي النهى جـ ٦ ص : ٦٤٣ ، وقال ابن قدامة في المغنى : إن يرجعنا بعد الاستيفاء ؛ فإنه لا يطل الحكم ، ولا يلزم الشهود له شيء ، سواء كان المشهود به مائلاً أو عقوبة ، لأن الحكم قد تم باستيفاء المحكوم به ، ووصول الحق إلى مستحقه ، ويرجع به علي الشاهد به علي الشاهدين ، ثم ينظر ، فإن كان المشهود به ؛ إتلفاً في مثله القصاص ، كالقتل والجرح ، نظرنا في رجوعهما ، فإن قال : عمدنا الشهادة عليه بالزور ، ليقول أو يقطع ، فعليهما القصاص ... ثم قال : فأما إن قالاً عمدنا الشهادة عليه ، ولا نعلم أنه يقتل بهذا ، وكانا ممن يجوز أن يجهلا ذلك ، وجبت الدية في أمواتهما مغلظة ، لأنه شبه عمد ، ولم تحمله العاقلة ، لأنه ثبت باعتراضهما والعاقلة لا تحمل اعترافاً ... انظر : المغنى لأبن قدامة جـ ١٠ ص : ٢٢٣ - ٢٢٥ ، وانظر : كشف القناع جـ ٦ ص : ٤٤٢ .

وقال في الهداية : (قال : إذا رجع الشهود عن شهادتهم قبل الحكم بما سقطت) لأن الحق إنما يثبت بالقضاء والقاضي لا يقضى بكلام متناقض ولا ضمان عليهما لأنهما ما أتلفا شيئاً لا علي المدعى ولا علي المشهود عليه (فإن حكم بشهادتهم ثم رجعوا لم يفسخ الحكم) لأن آخر كلامهم يناقض أوله فلا ينقض الحكم بالتناقض ، ولأنه في الدلالة علي الصدق مثل الأول ، وقد ترجح الأول باتصال القضاء به (وعليهم ما اتلفوه بشهادتهم) لإقرارهم علي أنفسهم بسبب الضمان ، والتناقض لا يمنع صحة الإقرار . أنظر : اخذاية جـ ٧ ص : ٤٧٩ ، وانظر : الجوهرة النيرة جـ ٢ ص : ٢٣٧ ، فتح القدير جـ ٧ ص : ٤٧٩ - ٤٨٠ ، البحر الرائق جـ ٧ ص : ١٢٧ - ١٢٨ ، ومجمع النهر جـ ٢ ص : ٢١٥ - ٢١٦ رد المحتار علي الدر المختار جـ ٥ ص : ٥٠٤ - ٥٠٥ .

ركن الهبة هو الإيجاب من الواهب ، أما القبول من الموهوب له فليس بركن استحساناً ، والقياس : أن يكون ركناً ، وهو قول زفر^(١) وجه الاستحسان : أن الهبة في اللغة عبارة عن مجرد إيجاب من المالك ، من غير شريطة القبول ، وإنما القبول والقبض ثبوت حكمها ، لا لوجودها في نفسها ، فإذا أوجب ، فقد أتى بالهبة فترتب عليها الأحكام ... ولأن المقصود من الهبة هو اكتساب المدح والثناء بإظهار الجود والسخاء وهذا يحصل بدون القبول^(٢) .

ولقد اختلف الفقهاء في شرط القبض فقال الحنفية^(٣) القبض : شرط للزوم الهبة ، حتى أنه لا يثبت للموهوب له قبل القبض ، بدليل ما روت عائشة رضي الله عنها أنها أتت بأباها نخلها جداد عشرين وسقاً^(٤) من ماله ، فلما حضرته الوفاة ، قال : يا بنية : إن أحب الناس عندي بعدي لأنت ، وإن أعز الناس علي فقراً بعدي لأنت ، وإني كنت نخلتك جداد عشرين وسقاً من مالي ، ولو كنت جددته واحرزته لكان لك ، وإنما هو اليوم مال الوارث ، وإنما هما أخواك وأختاك فاقسموه علي كتاب الله ، قالت : هذان أخواي

(١) زفر بن الهذيل بن قيس بن سليم العنبري ، البصري من أكابر أصحاب أبي حنيفة ، جمع بين العلم والعبادة . قال ابن معين : ثقة مأمون ، قال ابن حبان : كان فقيهاً حافظاً قليل الخطأ ، وفي قضاء البصرة ، ولد سنة ١١٠هـ ومات سنة ١٥٨هـ . انظر : الإعلام للزركلي ج ٣ ص : ٤٥ ، وفيات الأعيان ج ٢ ص : ٣١٨ ، طبقات الفقهاء ص : ١٨ ، تاج التراجع ص : ٢٨ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٦ ص : ١١٥ ، الهداية ج ٣ ص : ٢٢٤ ، المبسوط ج ١٢ ص : ٤٨ ، طلبه الطلبة ص : ١٠٦ .

(٣) المبسوط ج ١٢ ص : ٤٨ ، تكملة فتح القدير ج ٩ ص : ١٩ وما بعدها ، بدائع الصنائع ج ٦ ص : ١١٥ .

(٤) الجدل : صرام النخل أي أعطاهما مالاً يحد عشرين وسقاً ، أي يحصل من ثمرته ، والوسق : ستون صاعاً أو حمل بعير .

عن علي وابن مسعود رضي الله عنهما قلنا : الهبة جائزة إذا كانت معلومة ، قبضت أو لم تقبض .

(٤) أنظر : المعني لأين قدامة جـد ص : ٣٨١ — ٣٨٢ ، وقال في كشف القناع : قال في المنتهى : وتصح ، وتملك بعقد فيصح تصرف قبل قبض أنتهي وهو الذي قدّمه في الإنصاف وقال المجد في شرح الهداية : إن الملك في الموهوب لا يثبت بدون القبض وكذا صرح ابن عقيل بأن القبض ركن من أركان الهبة كالإيجاب في غيرها وكلام الحرقى يدل عليه أيضاً ، أنظر كشف القناع جـد ص : ٣٠٠ ، وانظر : الفروع لأين مفلح جـد ص : ٦٤٢ ، الإنصاف جـد ص : ١٢١ ، مجموع فتاوى ابن تيمية جـد ص : ٢٧٧ .

وأما عند المالكية : فإنه لا يشترط القبض لصحة الهبة ، لا للزوم الهبة ، وإنما هو شرط لتمامها ، أي لكمال فائدتها ، والموهوب يملك بمجرد العقد أي القول ، عني المشهور عندهم . والقبض أو الحيازة لتتم الهبة ، ويجوز الواهب علي تمكين الموهوب له من الموهوب . ودليلهم تشبيه الهبة بالبيع وغيره من سائر التملكيات ، لقول الأصحاب : الهبة جائزة إذا كانت معلومة ، قبضت أو لم تقبض . انظر : بداية المجتهد جـد ص : ٣٢٤ ، حاشية الدموقي جـد ص : ١٠١ ، الكافي في فقه أهل المدينة ص : ٩٩٩ . قال في التاج والإكليل : الركن الأول : السبب الناقل للملك وهي صيغة الإيجاب والقبول الدالة على التملك بغير عوض أو ما يقرم مقامها في الدلالة على ذلك من قول أو فعل . انظر : التاج والإكليل جـد ص : ١٠ ، مواهب الجليل جـد ص : ٥٤ ، شرح مختصر خليل جـد ص : ١٠٥ ، منح الجليل جـد ص : ١٨١ .

اختلاف الواهب والموهوب له والشهادة في ذلك .

وإذا أرادوا الواهب الرجوع في الهبة ، فقال الموهوب له : أنا أخوك أو قال : عوضتك وإنما تصدقت به علي وكذبه الواهب فالحقول قول الواهب ، وكذلك إن كانت الهبة جارية ، فقال : وهبتها لي صغيرة فكبرت عندي وازدادت خيراً وكذبه الواهب فالحقول قول الواهب ، وهذا استحسان ، والقياس أن يكون القول قول الموهوب له ^(١) .

قال في المبوط : وإن كانت الهبة خادمة فقال وهبتها لي ، وهي صغيرة ، فكبرت عندي ، وازدادت خيراً ، وكذبه الواهب : فالحقول قول الواهب عندنا ، وقال زفر القول قول الموهوب له ، لأنه مالك لها في الحال ، وهو منكر حق الواهب في الزيادة الحادثة فيها فيكون القول قوله ^(٢) .

وتفصيل القول في هذه المسألة أنه من وهب لمن يجوز الرجوع عليه — علي خلاف بين الفقهاء في ذلك تفصيله في الهبة — فإنه يجوز للواهب أن يرجع في هبته ، ويسترد ما دامت قائمة بعينها .

فإن زادت الهبة في يد الموهوب له ، فإما أن تكون زيادة متصلة أو منفصلة : فإن كانت الزيادة منفصلة — كالولد والثمره — فهذه الزيادة لا تمنع الاسترداد ، لكنه يسترد الأصل فقط دون الزيادة وهذا عند الحنفية ^(٣) ولا تؤثر في الرجوع فيها بالإتفاق .

(١) الفتاوى الهندية جـ ٤ ص : ٣٩٩ ، حاشية ابن عابدين جـ ٥ ص : ٧٠٣ .

(٢) المبوط جـ ١٢ ص : ٨٧ ، وانظر : الفروق للكرامسى جـ ٢ ص : ٤٩ ، بدائع الصنائع جـ ٦ ص : ١٢٩ تبين

الحقائق جـ ٥ ص : ٩٨ — ٩٩ ، البحر الرائق جـ ٧ ص : ٢٩١ ، الجامع الصغير جـ ١ ص : ٤٣٦ .

وإن كانت الزيادة متصلة ، فإنها تمنع الرجوع عند الحنفية ^(١) وإذا نقصت وإن كانت الزيادة متصلة ، فإنها تمنع الرجوع عند الحنفية ^(٢) وإذا نقصت الهبة في يد الواهب فإنها لا تمنع الرجوع وللواهب أن يستردها من غير أرش ما نقص .

(١) وعند الحنابلة والشافعية كذلك هذه الزيادة لا تمنع الاسترداد لكنه يشترط الأصل فقط دون الزيادة . قال ابن قدامة في المغني : أن لا تريد - أي الهبة - زيادة متصلة - كالسمن والكمر وتعلم صنعة . فإن زادت ، فعن أحمد روايتان إحداهما لا تمنع الرجوع . وهو مذهب الشافعي ؛ لأنها زيادة في الموهوب ، فلم تمنع الرجوع ، كالزيادة قبل القبض ، والمنفصلة . والثانية تمنع . وهو مذهب أبي حنيفة ؛ لأن الزيادة للموهوب له لكونها ثمناً ملكه ... فلم يملك الرجوع فيها كالمنفصلة ، وإذا امتنع الرجوع فيها ، امتنع الرجوع في الأصل . انظر : المغني لأبن قدامة جـ ٥ ص : ٣٩٢ وقال في الإنصاف : وإن نقصت العين أو زادت زيادة منفصلة (لم يمنع الرجوع) إذا نقصت العين لم يمنع من الرجوع بلا نزاع وكذلك إذا زادت زيادة منفصلة . غلي الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب . انظر : الإنصاف جـ ٧ ص : ١٥٠ ، وانظر : مطالب أولي النهي في شرح غاية المنتهى جـ ٤ ص : ٤٠٧ ، كشف القناع جـ ٤ ص : ٣١٥ - ٣١٦ ، وقال في شرح البهجة : ويرجع الأصل جوازاً ... فيما ملكه لفرعه هبة أو صدقة أو هدية مع زيادة متصلة كسمن وكمر شجرة لا منفصلة كولد وكب . انظر : شرح البهجة جـ ٣ ص : ٣٩١ ، وانظر : أسنى المطالب جـ ٢ ص : ٤٨٥ ، مغني المحتاج جـ ٣ ص : ٥٧٠ - ٥٧١ ، نهاية المحتاج جـ ٥ ص : ٤٢١ ، حاشية البجومي على الخطيب جـ ٣ ص : ٢٦٣ .

(٢) والمالكية والحنابلة في أحد الروايتين عن أحمد فإن الزيادة المتصلة تمنع الرجوع في الهبة ، وعند الشافعية لا تمنع الزيادة المتصلة في الرجوع ويرجع بالزيادة وهو ما ذهب إليه الحنابلة في رواية أخرى عن أحمد لعدم تميزها فبيع الأصل . فعند المالكية قال في المنتقى شرح الموطأ : الأمر مجتمع عليه عندنا أن الهبة إذا تغيرت عند الموهوب له للثواب بزيادة ، أو نقصان فإن علي الموهوب له أن يعطي صاحبها قيمتها يوم قبضها . انظر : المنتقى شرح الموطأ جـ ٦ ص : ١١٤ ، وانظر : المدونة جـ ٤ ص : ٣٨٢ ، مواهب الجليل جـ ٦ ص : ٦٨ ، منح الجليل شرح مختصر خليل جـ ٨ ص : ٢١٨ . والهبة بشرط ثواب معلوم تصح ، فإن كان الثواب مجهولاً لم تصح كما يقول الحنابلة والشافعية وصارت كالبيع الفاسد وحكمها حكمه ، وترد بزوالها المتصلة والمنفصلة ؛ لأنها ثمناً ملك الواهب ، ومذهب المالكية : بغير لأب ، ولمن وهب هبة للثواب الرجوع فيها إذا كانت قائمة بعينها ، فإن حدث فيها تغير بزيادة أو نقص فلا تسرد ، أو كان الولد الموهوب له تزوج لأجل الهبة ، فذلك يمنع الرجوع فيها . انظر : المراجع السابقة .

لو وهب له ما في بطن أمته ، وسلطه علي قبضه بعد الوضع فقبضه لم يجوز .

لو وهب له ما في بطن جاريته - وهي حبلى - أو ما في بطن غنمه فهو باطل .
ومن أصحابنا من يقول : إن أمره بقبضه بعد الولادة فقبض ينبغي أن يجوز استحساناً
كما في الصوف واللبن .

والأصح أنه : لا يجوز ؛ لأن ما في البطن ليس بمال أصلاً ، ولا يعلم وجوده حقيقة ؛
ولأن إخراج الولد من البطن ليس إليه ، فلا يمكن أن يجعل في ذلك نائباً عن الواهب
بخلاف الجزاز في الصوف ، والحلب في اللبن ، ومعنى هذا الفرق : أن فيما ليس في وسعه
- لو جاز العقد باعتباره - كان تعليقاً للهبة بالخطر وذلك غير جائز ، وما في وسعه
يكون تأخيراً للملكه إلي قبضه لا تعليقاً للهبة بالخطر ، وذلك جائز ^(١) .

ومن الشروط التي يجب أن تتوفر في الموهوب أن يكون موجوداً وقت الهبة فلا تنعقد
هبة ما ليس بموجود وقت العقد كأن يهب ما يثمر نخله في هذا العام ، أو تلد أغنامه
هذه السنة ؛ لأنه تمليك لمعدوم فيكون العقد باطلاً .

ومثل : أن يهب ما في بطن هذه الشاة وسلطه علي قبضه عند الولادة ، فلا ينعقد
لاحتمال الوجود والعدم ؛ لأن انتفاخ البطن قد يكون للحمل أو لداء في البطن .
وكذلك لو وهب دقيقاً في حنطة أو دهناً في سمس أو زبداء في لبن ، أو زيتاً في زيتون :
لا يجوز ، وإن سلطه علي قبضه عند حدوث ، لأنه معدوم للحال ، والمعدوم ليس بمحل
للملك ، فوقع العقد باطلاً ، فلا ينعقد إلا بالتجديد أما هبة اللبن في الضرع ،

(١) المبرط جـ ١٢ ص : ٧٣ ، تكملة فتح القدير جـ ٧ ص : ١٢٤ ، بدائع الصنائع جـ ٦ ص : ١١٩ حاشية ابن

عابدين جـ ٤ ص : ٥٣٤ ، تحفة الفقهاء جـ ٣ ص : ١٦٣ - ١٦٤ .

والصوف علي ظهر الغنم ، والزرع والتخيل في الأرض ، والتمر في التخيل : فهي كهبة المشاع تقع فاسدة ، فلو فصل ذلك وسلم إلى الموهوب له جاز لأن الموهوب موجود مملوك للحال ، إلا أنه لم ينفذ لمانع وهو كونه مشغولاً بغيره فإذا فصل فقد زال المانع ، فتحوز الهبة وتصير صحيحة^(١) .

ولقد ذكر في تحفة الفقهاء وبدائع الصنائع : أن هبة اللبن في الضرع والصوف علي ظهر الغنم حكمها باطل والأصح أن الهبة فاسدة كما ذكر في الدر المختار ورد المختار (٢) - (٣) .

(١) بدائع الصنائع ج ٦ ص : ١١٩ ، المبوط ج ١٢ ص : ٧١ ، تكملة فتح القدير ج ٩ ص : ٣٢ ، حاشية ابن عابدين ج ٤ ص : ٥٣٤ ، درر المحكام شرح بحلة الأحكام ج ٢ ص : ٤٣٦ - ٤٣٧ ، تبين الحقائق ج ٥ ص : ٩٤ ، العناية شرح الهداية ج ٩ ص : ٣١ ، البحر الرائق ج ٧ ص : ٢٨٧ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٦ ص : ١١٩ ، تحفة الفقهاء ج ٣ ص : ١٦٣ - ١٦٤ ، الدر المختار ج ٥ ص : ٦٩٢ (٣) ولقد وافق الخاتبة والشافعية الحنفية في هذا الشرط ، فقالوا : كل ما صح بيعه صحت هبته وأن الغرر في الهبة يؤثر كما يؤثر في البيع . قال صاحب المنتهى : الهبة : لمالك جازر التصرف مالا معلوماً ، أو مجهولاً تعذر عمله موجوداً مقدوراً علي تسليمه ، غير واجب في الحياة ، بلا عوض ، بما يعد هبة عرفاً . انظر : شرح المنتهى ج ٢ ص : ٥١٧ - ٥١٨ ، وانظر : كشف القناع ج ٤ ص : ٢٩٨ ، مطالب أولي النهى ج ٤ ص : ٣٧٧ . وقال ابن قدامة : ولا تصح هبة الحمل في البطن واللبن في الضرع . وهذا قال أبو حنيفة والشافعي ، لأنه مجهول معجز عن تسليمه . وفي الصوف علي الظهر وجهان ، بناء علي صحة بيعه . ومتى أذن له في جز الصوف وحلب الشاة كان إباحة وإن وهب دهن سمسمة قبل عصره ، أو زيت زيتونه .. لم يصح ، وهذا قال الثوري ، والشافعي وأصحاب الرأي . ولا نعلم لهم مخالفاً ، ولا تصح هبة المعدوم كالبيع . انظر : المغني لأبن قدامة ج ٥ ص : ٣٨٣ - ٣٨٤ ، شرح منتهى الإرادات ج ٢ ص : ٤٣٤ . وقال في حاشية الجمل : إن كل ما صح بيعه صحت هبة . انظر : حاشية الجمل ج ٣ ص : ٥٩٦ ، وانظر : إغاثة الطالبين ج ٣ ص : ١٤٢ ، وقال في مغني المحتاج : (و) كل (مالاً) يجوز بيعه (كمجهول ومغضوب) لغرر قادر علي انتزاعه (وضال) وآبق (فلا) تجوز هبته . انظر : مغني المحتاج ج ٢ ص : ٣٩٩ ، تحفة المحتاج ج ٦ ص : ٣٠٣ ، غاية المحتاج ج ٥ ص : ٤١١ - ٤١٢ .

وأما المالكية : فقالوا تجوز هبة مالا يصح بيعه كالعبد الآبق والبعر الشارد والمجهول والتمر قبل بدو صلاحها والمغضوب ، والمعدوم المتوقع الوجود ، ولا تأثر للغرر علي صحة الهبة . وفي الجملة : كل مالا يصح بيعه في الشرع من جهة الغرر . انظر : القوانين الفقهية ص : ٢٤١ ، وقال في بداية المجتهد : ولا خلاف في المذهب في جواز هبة المجهول والمعدوم المتوقع الوجود وبالجمله كل مالا يصح بيعه في الشرع من جهة الغرر . انظر : بداية المجتهد ج ٢ ص : ٢٤٧ . وانظر : منح الجليل شرح مختصر خليل ج ٨ ص : ١٧٦ - ١٧٧ ، التاج والإكليل ج ٨ ص : ٦ ، مواهب الجليل ج ٦ ص : ٥١ .

٣ - الإستحسان بالقياس .

وذلك يكون عندما ما يتعارض في حكم المسألة قياسان ، أحدهما جلي ضعيف والثاني خفي قوي الأثر بسبب قوة علته فيرجح هذا القياس الأول ويسمي هذا استحساناً^(١) .
أي أن يستحسن المجتهد ترجيح القياس علي الجلي ، وذلك ليس بالهوى والتشهي وإنما بقوة العلة ، فيرجح الأقوى منهما علة ، لكونها منتجة للحكم أكثر من العلة الضعيفة التي تصبح في حكم العلة الفاسدة .

يقول السرخسي في هذا النوع من الإستحسان : (والاستحسان في الحقيقة قياسان أحدهما جلي ضعيف الأثر فيسمى قياساً والآخر خفي قوي الأثر فيسمى استحساناً أي قياساً مستحسناً فالترجيح بالأثر لا بالخفاء والوضوح)^(٢) .

وهذا النوع من الإستحسان كثير في كتب المذهب الحنفي ، حتى أصبح الاصطلاح عند الأحناف إذا أطلق الإستحسان انصرف إلي هذا النوع وإذا أطلق القياس انصرف إلي القياس الظاهر ، أي القياس الأصولي وترجع حقيقة الإستحسان القياسي إلي ترجيح

(١) أنظر أبو حنيفة ص : ٣٥١ ، المدخل إلي أصول الفقه ص : ٢٩٨ ، وأصول الفقه لأبي زهرة ص : ٢٠٩ ، المبوط للسرخسي ج ١٠ ص : ١٤٥ .

(٢) أنظر البداية ج ٢ ص : ١١٢ ، المغني ج ١٠ ص : ٢٥٨ ، الشرح الكبير ج ١ ص : ٢٨٢ - ٢٨٣ . الفقه الإسلامي وأدلة ج ٦ ص : ١١٨ وما بعدها .

الأقيسة عند تعدد وجوه القياس وتعارضها في المسألة الواحدة ومن أمثلة هذا النوع ما يلي :-
 ١ - من له علي آخر دين حال من دراهم أو نقود فسرق منه مثلها قبل أن يستوفيها يعد أخذه لها استيفاء فلا تقطع يده ، أما إذا كان الدين مؤجلاً فالقياس أن تقطع يده إذا سرق مثلها قبل حلول الأجل ، إلا أنه لا تقطع يده استحساناً لأن التأجيل لتأخير المطالبة ، ثم إن ثبوت الحق وإن تأخرت المطالبة به يصير شبهة دائرة للقطع وإن كان لا يلزم الإعطاء حالاً^(١) .

٢ - حكم سور سباع الطير يتحاذبه قياسان ، الأول يحكم بنجاسته قياساً علي سور سباع البهائم ، وسور سباع البهائم نجس لمخالطة لعابها الماء ، ولعابها متولد من اللحم فيأخذ حكمه في النجاسة ، فيكون سورها نجساً ، وبجامع هذه العلة يكون الحكم علي السور موافقاً لحكم اللحم ، ولحم كل منهما نجس فيكون سور كل منهما نجساً لاختلاطه باللعاب المتولد عن اللحم النجس .

ومقتضى القياس الخفي الطهارة ، لأنها تشرب بمنقارها علي سبيل الأخذ ثم الابتلاع ، والمنقار طاهر لأنه جاف لا رطوبة فيه فلا يتنجس الماء بملاقاته لعدم وصول اللعاب إليه ، فيكون سورها طاهراً قياساً علي الآدمي لانعدام العلة الموجبة للنجاسة وهي الرطوبة النجسة في المنقار^(٢) .

٣ - الصلاة علي الجنازة ركناً تجوز في القياس لأنها دعاء إلا أنه عدل عن القياس الي بطلانها استحساناً لأنها صلاة من وجه لكونها تحوى علي التحريم ، فقياس صلاة الجنازة علي الصلاة بالمعنى الشرعي لا اشتراكها بتكبيرة الإحرام أقوى من قياسها علي المعنى اللغوي من حيث الاشتراك بالدعاء .

واليك الأمثلة التطبيقية في هذا النوع من انواع الاستحسان في فقه المعاملات علي النحو الآتي :

(١) الفقه الإسلامي وأدلة جـ ٦ ص : ١١٨ وما بعدها .

(٢) انظر إفاضة الأنوار ص : ١٥٥ ، التلويح علي التوضيح جـ ٢ ص : ٨٢ ، مشكاة الأنوار جـ ٣ ص : ٣١ ، نسات الأسفار ص : ١٥٥ .

رجل باع عبد الغير بغير إذنه :

رجل باع عبد الغير بغير إذنه فقال المولى قد أحسنت وأصبت ووفقت لم يكن كلامه إجازة للبيع وله أن يرده وإن قبض الثمن يكون إجازة وكذا لو قال كفيتني مؤنة البيع أحسنت فجزاك الله خيراً لم يكن ذلك إجازة البيع إلا أن محمداً قال قوله أحسنت وأصبت يكون إجازة إستحساناً كذا في فتاوى قاضى خان وهو الأصح كذا في محيط المرجعى .^(١)

وقال في رد المختار على الدر المختار : والظاهر أن مثله أمات . (قوله : على المختار) أى في أحسنت وأصبت ، ومقابله ما في اخانية من أنه ليس إجازة ؛ لأنه يذكر للإستهزاء .. وفي الذخيرة أن فيه روايتين : وفي جامع الفصولين : أحسنت أو وفقت أو كفيتني مؤنة البيع أو أحسنت فجزاك الله خيراً ليس إجازة ؛ لأنه يذكر للإستهزاء ، إلا أن محمداً قال : إن أحسنت أو أصبت إجازة إستحساناً .

أقول : ينبغى أن يفصل ، فإن قاله جداً فهو إجازة ، لا لو قاله إستهزاء ويعرف بالقرائن ، ولو لم توجد ينبغى أن يكون إجازة إذ الأصل هو الجدة .^(٢)

(١) الفتاوى الهندية ج ٣ ص : ١٥٢ ، تبين الحقائق ج ٤ ص : ٦١ ، نصب الراية ج ٤ ص : ٤٧٦ ، العناية شرح

الهداية ج ٦ ص : ٤٥٧ - ٤٥٨ ، فتح تفسير ج ٦ ص : ٤٥٧ - ٤٥٨ ، البحر الرائق ج ٦ ص : ٩٨ .

(٢) رد المختار على الدر المختار ج ٥ ص : ١١٥ .

من باع شاة واستثنى من لحمها أرطالاً يسيرة ثلاثة أو أربعة جاز .

ومن باع شاة واستثنى من لحمها أرطالاً يسيرة ثلاثة أو أربعة جاز . قال ابن القاسم : ويجوز المتاع على الريح هاهنا ولم يبلغ به مالك الثلث والمراد بالرطل هنا الرجل الصغير الفلفلي . وهكذا في بعض نسخ مختصر ابن أبي زيد . وانظر : هل حكم البعير والبقرة حكم الشاة لا يستثنى من كل واحد إلا أربعة أرطال فقط ؟ هذا المنقول وقال ابن عرفة : استحسنت بعض المتأخرين اعتبار صغر البهيمة وكبرها .^(١)

وقال : في منع الجليل : (و) جاز بيع (شاة) حية أو مذبوحة قبل سلخها (واستثناء أربعة أرطال) منها ونحوها مما دون ثلثها ، فإن بيعت بعد سلخها جاز استثناء قدر ثلثها فقط . الخط التحديد بأربعة هو الذي في أكثر الروايات للمدونة .^(٢)

وقال في مواهب الجليل : وظاهر كلام المصنف أن هذا خاص بالشاة ، ولم يبين مقدار ما يستثنى من البقرة والناقة ، ولما ذكر ابن عرفة^(٣) الخلاف في الشاة قال : واستحسن بعض المتأخرين قدر صغر المبيع ، وكبره كالشاة ، والبقر والبعير .^(٤)

(١) التاج والإكليل ج ٦ ص : ٩٤ .

(٢) منع الجليل ج ٤ ص : ٤٧١ - ٤٧٢ .

(٣) صاحب كتاب حدود الامام الاكبر الركة القدوة الأنور ابي عبدالله محمد بن عرفة المتوفى سنة ٨٠٣هـ . انظر : كتاب

شرح حدود ابن عرفة للرصاص التونسي . المقدمة .

(٤) مواهب الجليل ج ٤ ص : ٢٨٢ .

يجوز بيع اللحم بالحيوان .

ويجوز (بيع اللحم بالحيوان) عند الشيخين (و عند محمد) وهو قول الشافعي (لا يجوز بيعه) أى بيع اللحم (بحيوان جنسه حتى يكون اللحم أكثر مما في الحيوان) ليكون اللحم بمقابلة ما فيه والباقي (من اللحم) بمقابلة السقط كالجلد والكروش والأمعاء والطحال لأنهما جنس واحد ولهذا لا يجوز بيع أحدهما بالآخر نسبة فكذا متفاضلاً كالزيت بالزيتون وهو القياس . ولهما أن الحيوان ليس لحمه بمال ولا يتنفع به انتفاع اللحم وما ليته معلقة بالذكاة فيكون جنساً آخر بخلاف الزيت والزيتون وهو الاستحسان قيد باللحم لأنه لو باع أحد الشاتين المذبوحتين الغير المسلوختين بالأخرى جاز اتفاقاً بأن يجعل لحم كل منهما بجلد الآخر ، ولو كانتا مسلوختين يجوز إذا تساويا وزناً ولو اشترى شاة حية بشاة مذبوحة يجوز اتفاقاً وموضع الخلاف بيع اللحم من جنس ذلك الحيوان .^(١)

وقال في بدائع الصنائع : (وأما) الحيوان مع اللحم فإن اختلف الأصلان فهما جنسان مختلفان كالشاة الحية مع لحم الإبل ، والبقر فيجوز بيع البعض ببعض بمجازفة نقداً ، ونسبة ، لإنعدام الوزن ، والجنس فلا يتحقق الربا أصلاً ، وإن اتفقا كالشاة الحية مع لحم الشاة من مشايخنا من اعتبرهما جنسين مختلفين ، وبنوا عليه جواز بيع لحم الشاة بالشاة الحية بمجازفة عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وعللوا لهما بأنه باع الجنس بخلاف الجنس . (ومنهم) من اعتبرهما جنساً واحداً ، وبنوا مذهبهما على أن الشاة ليست بموزونة ، وجريان ربا الفضل يعتمد اجتماع الوصفين : الجنس مع القدر فيجوز بيع أحدهما بالآخر بمجازفة ومفاضلة بعد أن يكون يداً بيد ، وهو الصحيح على ما عرف في الخلافات ، وقال : محمد لا يجوز إلا على ، وجه الاعتبار على أن يكون وزن اللحم الخالص أكثر من اللحم الذى في الشاة الحية بالحرز والظن فيكون اللحم بإزاء اللحم ، والزيادة بإزاء خلاف الجنس من الأطراف ، والسقط من الرأس ، والأكارع ، والجلد ، والشحم فإن كان اللحم الخالص مثل قدر اللحم الذى في الشاة الحية ، أو أقل ، أو لا يدرى لا يجوز .^(٢)

(١) مجمع الأهر ج ٢ ص : ٨٧ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٥ ص : ١٨٩ ، تبين الحقائق ج ٤ ص : ٩١ - ٩٢ .

وقال في الهداية : ويجوز بيع اللحم بالحيوان عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال محمد : إذا باعه بلحم من جنسه لا يجوز إلا إذا كان اللحم المقرّر أكثر ليكون اللحم بمقابلة ما فيه من اللحم والباقي بمقابلة السقط ، إذ لو لم يكن كذلك يتحقق الربا من حيث زيادة السقط أو من حيث زيادة اللحم. (١) - (٢)

(١) الهداية مع شرح العناية جـ ٧ ص : ٢٥ - ٢٦ ، وانظر : الجوهرة النيرة جـ ١ ص : ٢١٤ ، شرح فتح القدير جـ ٧ ص : ٢٥ - ٢٦ ، البحر الرائق جـ ٦ ص : ١٤٤ .

(٢) وعند جمهور الفقهاء لا يجوز بيع اللحم بحيوان من جنسه ، كلحم شاة بشاة حية وذلك : للنهي عن بيع اللحم بالحيوان لحديث معبد بن المسيب (أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع اللحم بالحيوان) - رواه مالك في الموطأ جـ ٢ ص : ٦٥٥ ، في : باب بيع الحيوان باللحم من كتاب البيوع ، كما أخرجه البيهقي في السنن الكبرى جـ ٥ ص : ٢٩٦ ، في : باب بيع اللحم بالحيوان ، من كتاب البيوع ، والدارقطني في سننه جـ ٣ ص : ٧١ ، في : كتاب البيوع - وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم " أنه نهى أن يباع حي ميت " - أخرجه البيهقي في السنن الكبرى جـ ٥ ص : ٥٩٧ ، في باب بيع اللحم بالحيوان من كتاب البيوع . كما يقول الشافعي - ولأنه مال ربوي بيع بما فيه من جنسه مع جهالة التقدير ، فلم يجر كبيع السم بالشريح . قال الشافعي في الأم : أخبرنا مالك عن زيد بن أسلم عن ابن المسيب (أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع اللحم بالحيوان) وعن ابن عباس أن جزوراً نحرّت على عهد أبي بكر رضي الله عنه فجاء رجل بعاق - الاتى من أولاد المعز والغنم من حين الولادة إلى تمام الحول - فقال أعطوني جزءاً بهذا العناق فقال أبو بكر لا يصلح هذا وكان القاسم بن محمد وابن المسيب وعروة بن الزبير وأبو بكر بن عبد الرحمن يحرمون بيع اللحم بالحيوان عاجلاً وآجلاً يعظمون ذلك ولا يبرحون فيه . (قال) : وبهذا نأخذ كان اللحم مختلفاً أو غير مختلف ، ولا تعلم أحد من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم عايف في ذلك إلا بكر ، وإرسال ابن المسيب عندها حسن . أنظر : الأم للشافعي جـ ٨ ص : ١٧٦ . وقال في أسنى المطالب : (فرع لا يباع الحيوان) ولو سمكاً أو جرأداً (بلحم ولو من سمك) أو جرأداً (فيستوى فيه الجنس) كغنم بلحم غنم (وغيوه) كبقر بلحم غنم (ومراء كان الحيوان مأكولاً) كما مثلاً (أو غير مأكول) كحمار وعبد (لأنه صلى الله عليه وسلم نهى أن تباع الشاة باللحم ، رواه الحاكم والبيهقي وصححه إسناده - انظر : المستدرک على صحيحين للحاكم جـ ٢ ص : ٤١ ، كتاب البيوع الحديث رقم (٢٢٥١) ، والبيهقي في السنن الكبرى جـ ٥ ص : ٢٩٦ ، باب بيع اللحم بالحيوان من كتاب البيوع رقم الحديث (١٠٣٤٩ - انظر : أسنى المطالب جـ ٢ ص : ٢٩ ، وأنظر : حاشيتنا قليوب وعميرة جـ ٢ ص : ٢١٧ - ٢١٨ ، تحفة المحتاج جـ ٤ ص : ٢٩٠ . وقال في مغني المحتاج : ويجوز بيع اللحم بالحيوان من جنسه ، وكذا بغير جنسه من مأكول وغيوه في الأظهر ... ثم قال في الشرح : ومقابل الأظهر الجزر . أما في المأكول وهو معنى على أن اللحوم أجناس فبالقياس على بيع اللحم باللحم . وأما في غيره فوجهه بأن سبب المنع بيع مال الربا بأصل المشتمل عليه ولم يوجد ذلك هنا . انظر : مغني المحتاج جـ ٢ ص : ٣٧٧ - ٣٧٨ ، نهاية المحتاج جـ ٣ ص : ٤٤٤ - ٤٤٥ ، حاشية الجمل جـ ٣ ص : ٦٦ - ٦٧ ، حاشية البحرمي على الخطيب جـ ٣ ص : ٢٨ .

=====

وعند المالكية : هو بيع معلوم - وهو اللحم - بمجهول وهو الحيوان وهو المزابنة ، قال في الفواكه الدواني : (و) كذلك (لا يجوز) أى يحرم أيضاً (بيع اللحم بالحيوان) حيث كان (من جنسه) ولو كان الحيوان يراد للقبيلة للمزابنة ، وهي بيع معلوم بمجهول . قال خليل : وفسد منتهى عنه إلا بدليل كحيوان يلحم جنسه إن لم يطبخ ، وأما بيع اللحم بحيوان من غير جنسه فيجوز ، كبيع لحم طير بحيوان من ذوات الأربع لما مر من أن ذوات الأربع جنس والطير كله جنس آخر ، وقد أهل المذهب منع بيع اللحم بحيوان من جنسه بما إذا لم يطبخ ، وإلا جاز بيعه بحيوان من جنسه . أنظر : الفواكه الدواني ج ٢ ص : ٩٤ - ٩٥ ، وقال في مواهب الجليل : والحديث عام - أى حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم (نهى عن بيع اللحم بالحيوان) في كل لحم بحيوان لكنه عند مالك ليس محمولاً على عمره بل مخصوص عنده ببيع اللحم بنوعه من الحيوان لأن بيع اللحم بالحيوان بيع معلوم بمجهول من جنسه فهو من المزابنة وهي إنما تمتنع في الجنس الواحد ، ولهذا قال المصنف : كحيوان يلحم جنسه ، وأما لحم الطير بالغنم ولحم الغنم بلحم الطير أو الخوت فحائز قال في التوضيح : إن شرط المزابنة اتحاد الجنس . انظر : مواهب الجليل ج ٤ ص : ٣٦١ - ٣٦٢ ، شرح مختصر خليل ج ٥ ص : ٦٨ ، حاشية العدوى ج ٢ ص : ١٧١ ، منع الجليل ج ٥ ص : ٢٧ - ٢٨ .

وعند الحنابلة : لا يجوز بيع لحم بحيوان من جنسه . قال في كشف القناع : (ولا يجوز بيع لحم بحيوان من جنسه) لما روى عن زيد بن أسلم عن سعيد بن المسيب (أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع اللحم بالحيوان) قال ابن عبد البر : هذا أحسن أسانيده ولأنه مال روى بيع بما فيه من جنسه مع جهالة المقدار كالسهم بالشرح (ويصح) بيع لحم (ب) حيوان (غير جنسه) لأنه مال روى بيع بغير أصله وبغير جنسه فجاز كما لو باعه بتقيد . انظر : كشف القناع ج ٣ ص : ٢٥٥ وقال في الإنصاف : (ولا يجوز بيع لحم بحيوان من جنسه) هذا المذهب وعليه الأصحاب . قال المصنف ، والشارح : لا يختلف المذهب في ذلك وقال الشيخ تقي الدين : يحرم إذا كان الحيوان مقصود اللحم وإلا فلا . قوله (وفي بيعه بغير جنسه وجهان) ... أحدهما : لا يجوز : قال الزركشي : وهو ظاهر كلام أحمد ، والخرقى الوجه الثاني : يجوز قال المصنف ، والشارح : إختاره القاضي . وحزم به في الوجيز ... وهو المذهب . أنظر : الإنصاف ج ٥ ص : ٢٣ ، وانظر : المغنى لابن قدامة ج ٤ ص : ٤٣ ، الفروع ج ٤ ص : ١٥٥ - ١٥٦ ، شرح منتهى الإرادات ج ٢ ص : ٦٦ ، مطالب أولى النهى ج ٣ ص : ١٦١ - ١٦٢ .

حكم بيع الأب مال ولده الغائب للحاجة .

إذا كان الرجل غائباً وله مال حاضر ان القاضي لا يأمر احداً بالنفقة من ماله الا الأبوين الفقيرين وأولاده الفقراء الصغار الذكور والإناث والكبار الذكور الفقراء العجزة عن الكسب والإناث الفقيرات والزوجة ، لانه لاحق لاحد في ماله إلا هؤلاء ... ثم قال : هذا اذا كان المال من جنس النفقة من الدراهم والدنانير والطعام والكسوة فإن كان من غير جنسها فالقاضي لا يبيع على الغائب العقار لأجل القضاء بالاتفاق وكذا الأب الا اذا كان الولد صغيراً فليبيع العقار . واما العروض فهل يبيعها القاضي ؟ فالأمر فيه على ما ذكرنا من الاتفاق والاختلاف وهل يبيعها الأب؟ قال أبو حنيفة : يبيع مقدار ما يحتاج اليه لا الزيادة على ذلك وهو استحسان ، وقال ابو يوسف ومحمد لا يبيع ...

وجه قولهما : وهو القياس أنه لا ولاية للأب على الولد الكبير فكان هو وغيره من الأقارب سواء ، ولهذا لا يبيع العقار وكذا العروض ولا ي حنيفة أن في بيع العروض نظراً للولد الغائب ، لان العروض مما يخاف عليه الهلاك فكان يبيعها من باب الحفظ والأب يملك النظر لولده بحفظ وغير ذلك بخلاف العقار فانه محفوظ بنفسه فلا حاجة الى حفظه بالبيع فيبقى يبعه تصرفاً على الولد الكبير فلا يملكه ولان الشرع أضاف مال الولد الى الوالد وسماه كسباً له فإن لم يظهر ذلك في حقيقة الملك فلا أقل من أن يظهر في ولاية بيع عرضه عند الحاجة .^(١)

وقال في المبسوط : قال ابو حنيفة : ان كان له أب محتاج فله أن يبيع شيئاً من عروضه وينفق عليه وليس له بيع العقار وهو استحسان . وفي القياس : ليس له بيع العروض وهو قولهما . وذكر الكرخي ان محمداً ذكر قول ابي حنيفة في الأمالي وقال : هو حسن . وجه الاستحسان : ان الأب إن زالت ولايته بقي أثرها حتى صح استيلاده جارية ابنه مع ان الحاجة الى ذلك ليس من أصول الحوائج ، واذا ثبت بقاء أثر ولايته كان كالوصى في حق الوارث الكبير ، وللوصى بيع العروض دون العقار .^(٢)

(١) بدائع الصنائع ج ٤ ص : ٣٧ - ٣٨ .

(٢) شرح فتح القدير ج ٦ ص : ١٤٣ ، المبسوط ج ١١ ص : ٤٠ ، تحفة الفقهاء ج ٣ ص : ٣٥٠ .

فمن المسلم به ان الأب يحب له النفقة من مال ابنه ، فاذا غاب الأب وكان الاب في حاجة الى النفقة . فهل له أن يبيع مال ولده لينفق على نفسه ؟ الشيء المتفق عليه بين فقهاء الحنفية أن الاب لا يبيع المال المملوك لابنه اذا كان عقاراً . ولكن اذا كان عرضاً مثل الثياب والدواب الى آخر المقولات ، فان فقهاء الحنفية قد اختلفوا في ذلك . فذهب ابو يوسف ومحمد الى ان الأب لا يبيع العروض وهذا هو القياس ، كما هو الشأن في العقارات . وذهب ابو حنيفة الى أن الأب له أن يبيع العروض من مال ولده لينفق على نفسه بشرط ان يبيع بقدر حاجة النفقة وهذا هو الاستحسان . وجه القياس : هو أنه لا ولاية للأب على مال ولده الكبير ، فكان الأب كغيره من الأقارب على حد سواء ، فلا يجوز له بيع العروض قياساً على عدم جوازه بيع العقار بالإتفاق . واما وجه الإستحسان : هو ان يبيع العروض قد أجزى نظراً لغياب ولده ، لأن العروض من الاشياء التي يخاف عليها الهلاك فكان البيع لها من باب الحفظ ، والأب يملك حفظ مال ابنه بخلاف العقار فانه محفوظ بنفسه فلا حاجة الى حفظه بالبيع ، فيبقى العقار خاصاً بولده الكبير فلا يملكه الأب . كما ان الشرع اضاف مال الولد الى الوالد وسماه كيباً له ^(١) فاذا لم يظهر ذلك في حقيقة الملك فلا أقل من ان يظهر ذلك في بيعه للعروض عند الحاجة . ^(٢)

(١) لما روى ابو داود والترمذي وحسنه عن عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم إن أطيب ما أكلتم من كسبكم وإن أولادكم من كسبكم " أخرجه ابو داود في سننه ج ٢ ص : ٢٥٩ ، في باب : الرجل يأكل من مال ولده ، من كتاب البيوع ، والترمذي . في عارضة الأحوذى ج ٦ ص : ١١٠ ، في : باب ما جاء ان الوالد يأخذ من مال ولده ، من أبواب الأحكام . والنسائي ، في اختى ج ٧ ص : ٢١٢ ، في باب الحث على الكسب ، من كتاب البيوع . وابن ماجه في سننه ج ٢ ص : ٧٦٩ ، في : باب مال الرجل من مال ولده ، من كتاب التجارات ، والإمام أحمد في المسند ج ٦ ص : ٣١ - ٤١ - ٤٢ - ١٢٧ - ١٦٢ - ١٩٣ - ٢٢٠ ، وروى الطبراني في معجمه عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده قال : جاء رجل الى النبي صلى الله عليه وسلم ، فقال : ان ابى احتاج مالى . فقال : " أنت ومالك لأبيك " . رواه الطبراني ، في الكبير ج ٧ ص : ٢٧٩ ، عن سمرة . وفي الصغير ج ١ ص : ٨ ، عن عبدالله بن مسعود . وانظر : إراء الغليل ج ٣ ص : ٣٢٥ ، كما أخرجه ، ابن ماجه في سننه ج ٢ ص : ٧٦٩ ، في : باب مال الرجل من مال ولده ، من كتاب التجارات ، وابو داود في سننه ج ٢ ص : ٢٥٩ ، في : باب في الرجل يأكل من مال ولده من كتاب البيوع . والإمام أحمد في مسنده ج ٢ ص : ١٧٩ - ٢٤٠ - ٢١٤ .

(٢) وعند الحنابلة : قال ابن قدامة في المغنى : ولأب ان يأخذ من مال ولده ماشاء ، ويملكه مع حاجة الأب الى ما يأخذه ومع عدمها ، صغيراً كان الولد او كبيراً ، بشرطين : أحدهما : ان لا يجهل بالابن ، ولا يضر به ، ولا يأخذ شيئاً تعلقت به حاجته .

الثاني : ان لا يأخذ من مال ولده فيعطيه الآخر . نص عليه أحمد ... ثم قال . وقال ابو حنيفة ، ومالك ، والشافعي : ليس له أن يأخذ من مال ولده الا بقدر حاجته . انظر : المغني لابن قدامة ج ٥ ص : ٣٩٥ ، المبدع ج ٥ ص : ٣٨١ ، الفروع ج ٤ ص : ٦٥١ - ٦٥٢ ، الإنصاف ج ٧ ص : ١٥٤ - ١٥٥ ، قال في شرح منتهى الإرادات : ولأب حر محتاج وغيره فملك ما شاء من مال ولده يعلمه او بغير علمه صغيراً كان الولد او كبيراً ذكراً او أنثى راضياً او ساعطاً . انظر : شرح منتهى الإرادات ج ٢ ص : ٤٣٩ - ٤٤٠ ، كشاف القناع ج ٤ ص : ٣١٧ - ٣١٨ ، مطالب أولى النهي ج ٤ ص : ٤١٠ - ٤١١ .

وعند الشافعية : قال في حاشيتا قليوبي وعميرة : (يلزمه) أي الشخص ذكر أو أنثى (نفقة الوالد وإن علا) من ذكر أو أنثى الا أن قال : (بشرط يسار المتفق بفاضل عن قوته وقوت عياله في يومه) وليت ما يصرفه الى من ذكر فإن لم يفضل شيئاً فلا شيء عليه لأنه ليس من أهل المروسة ، (ويأى فيها ما يباع في الدين) من عقار وغيره لشيئها به ، وفي كيفية بيع العقار وجهان أحدهما يباع كل يوم جزء بقدر الحاجة ، والثاني لا يفعل ذلك لأنه يشق ولكن يقترض عليه إلا أن يجتمع ما يسهل بيع العقار له . انظر : حاشيتا قليوبي وعميرة ج ٤ ص : ٨٥ ، وقال الشافعي في الأم : وكانت نفقة الوالد على الوالد اذا صار الوالد في إحتان التي لا يقدر على ان يغني فيها نفسه أوجب لان الولد من الوالد وحق الوالد على الولد أعظم وكذلك الجد وابو الجد وأبناؤه فوقه وان بعدوا لاقم آباء الا ان قال : وان وجد الذي له الحق ماله بعينه كان له أخذه وإن لم يجده كان له اخذ مثله ان كان له مثل أن كان طعاماً قطعاً مثله وان كان دراهم قدرهم مثله وإن كان لا مثل له كانت له قيمة مثل دنانير او دراهم كأن غصبه عبداً فلم يجده فله قيمته دنانير او دراهم فإن لم يجد للذي غصبه دنانير ولا دراهم ووجد له عرضاً كان له ان يبيع عرضه الذي وجد فيستوفي قيمة حقه ويرد اليه فضله . انظر : الأم للشافعي ج ٥ ص : ١٠٨ ، وانظر : مغني المحتاج ج ٥ ص : ١٨٣ - ١٨٤ ، أسنى المطالب ج ٣ ص : ٤٤٤ - ٤٤٥ ، شرح البهجة ج ٤ ص : ٤٠٠ ، حاشية البجيرمي ج ٤ ص : ٧٧ - ٨٠ .

وعند المالكية : قال في التاج والإكلیل : المستحقون للنفقة صنفان : أولاد الصلب والأبوان ، ولا يتعدى الاستحقاق الى أولاد الأولاد ولا الى الجد والجدة بل يقتصر على أول طبقة من الفصول والأصول (وبالقراءة على المورث نفقة الوالدين المعسرین) المتطلى : اما الأبوان نعمان فلهما النفقة على أغنياء بينهما الذكور والإناث صغاراً كن أو كباراً على السواء . انظر : التاج والإكلیل ج ٥ ص : ٥٨٤ - ٥٨٥ ، وقال في مواهب الجليل : ويشترط في المستحق عليه يره بما يزيد على حاجته ، ولا يباع عليه عبده وعقاره اذا لم يفضل عن حاجته ، ولا يلزمه الكسب لأجل نفقة القريب . انظر : مواهب الجليل ج ٤ ص : ٢١١ ، وانظر : المنيرة ج ٢ ص : ٢٦٣ ، شرح مختصر خليل ج ٤ ص : ٢٠٢ .

لا يجوز بيع جلد الميتة وان دبع

عن الإمام مالك في المدونة بأنه لا يجوز بيع جلد الميتة وان دبع . قال ابن القاسم لو اشترى بثمانه غنما فتمت ثم تاب تصدق بالثمن لا الغنم فان وجد بائعه او وارثه رد اليه والا تصدق به . فان جاء مستحقه خير بين الصدقة والثمن كما في اللقطة . قال ابن رشد قول ابن القاسم يتصدق بالثمن استحسان والقياس صدقته بفضل الثمن على قيمة الانتفاع بها .^(١) لان له الرجوع على متاعها بقيمة الانتفاع يقاصه به من الثمن لان الغلة انما تكون للميتاع بالضمان وهو لا يضمنها ان تلفت .^(٢) قال في شرح مختصر خليل : ان جلد الميتة نجس ولو دبع على المشهور المعلوم من قول مالك لا يجوز بيعه .^{(٣) - (٤)}

(١) التاج والإكلیل ج ٤ ص : ٢٥٨ ، التمهيد لابن عبد البر ج ٤ ص : ١٥٦ .

(٢) مواهب الجليل ج ٤ ص : ٢٦١ .

(٣) شرح مختصر خليل ج ١ ص : ٨٩ - ٩٠ .

(٤) وعند الحنابلة : يقول المرداوي في الانصاف : ولا يظهر جلد الميتة يعني النجاسة بالدباغ هذا المذهب نص عليه أحمد في رواية الجماعة وعليه جماهير الأصحاب وقطع به كثير منهم وهو من مفردات المذهب . انظر : الانصاف ج ٤ ص : ٢٨١ وانظر : المغني لابن قدامة ج ٤ ص : ١٧٦ ، الفروع ج ١ ص : ١٠١ - ١٠٢ ، كشف القناع ج ١ ص : ٥٤ - ٥٥ . وعند الشافعية : قال في المحصر : اما بيعه قبل الدباغ فباطل عندنا وعند جماهير العلماء . انظر : المجموع ج ١ ص : ٢٨٧ ، وانظر : حاشية البجيرمي على الخطيب ج ١ ص : ٩٨ - ٩٩ ، الأم للشافعي ج ٦ ص : ٢٥٨ ، تحفة المحتاج ج ٣ ص : ٣١ ، والحنفية في هذا مع جماهير العلماء في انه لا يتعد بيع الميتة كالمنخقة والموقودة المتردية ونحوها ، كما لا يحل بيع جلدها قبل الدبغ ، اما بعد الدبغ فانه يصح لانه يظهر بالدبغ . انظر : الفقه على المذاهب الاربعة للجزيري ج ٢ ص : ٢٣٢ ، قال في تبين الحقائق : وجلد الميتة قبل الدبغ لا يجوز بيعه . انظر : تبين الحقائق ج ٤ ص : ٥١ ج ٦ ص : ٢٦ ، وانظر : درر الأحكام شرح غرر الأحكام ج ٢ ص : ١٧٢ ، البحر الرائق ج ٥ ص : ٢٨٠ ، ج ٦ ص : ٨٨ ، رد المختار على الدر المختار ج ٥ ص : ٧٣ .

اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها برجل فوطئها الزوج جاز النكاح ويكون قبضاً .
ومن اشترى جارية لم يقبضها حتى زوجها برجل فوطئها الزوج جاز النكاح ويكون قبضاً
لوجود سبب الولاية للنكاح وهو الملك في الرقبة على الكمال ولأمانع من الجواز لان المنع من
التصرف في المبيع قبل القبض انما يكون عن تصرف يتفسخ بهلاك المبيع قبل القبض والنكاح ليس
كذلك وهذا التزويج يكون قبضاً ؛ لان الوطء لما كان بتسليط من جهة المشتري كان فعله كفعله
وان لم يظأها الزوج فليس بمجرد التزويج قبضاً استحساناً ، وفي القياس هو قبض وهو رواية عن أبي
يوسف حتى ان هلك بعد ذلك هلك من مال المشتري ، لان التزويج عيب حكمي ، حتى لو
وجدتها المشتري ذات زوج كان له ان يردها والمشتري اذا عيب المعقود عليه صار قابضاً فصار
كالإعتاق والتدبير والتعيب الحقيقي كقطع اليد وفقء العين .

وجه الاستحسان : أن في التعيب الحقيقي استيلاء على المحل باتصال فعل منه اليه وبه يصير
قابضاً ، وليس ذلك في الحكمي فلا يصير قابضاً ، والاعتناق والتدبير إتلاف للمالية وانهاء الملك
ولهذا يثبت له الولاء ومن ضرورته ان يصير قابضاً .^(١)

قال في البحر الرائق : ووطء زوج المشتراة قبض لاعتقده لان الوطء من الزوج حصل بتسليط
المشتري فصار منسوباً اليه كأنه فعله بنفسه وان لم يظأها لا يكون قبضاً استحساناً لانه لم يتصل بها
من المشتري فعل يوجب نقصاً في الذات وانما هو عيب من طريق الحكم .^(٢)

(١) شرح فتح القدير ج ٧ ص : ١٢٤ - ١٢٥ ، الخداية شرح البداية ج ٣ ص : ٨٠ ، بداية المبتدى ج ١
ص : ١٤٣ ، العناية شرح الخداية ج ٧ ص : ١٢٤ - ١٢٥ ، كتاب البيوع مسائل مشروعة ، وانظر : رد المحتار على
المستر المعتمد ج ٥ ص : ٢٢٩ - ٢٣٠ ، باب المتفرقات من ابوابها مطلب في التناوي بالحرم ، نصب الراية في تخريج
احاديث الخداية ج ٤ ص : ٥٤٩ - ٥٥٠ ، كتاب البيوع باب اهل الذمة في البياعات كالمسلمين ، حاشية ابن عابدين
ج ٥ ص : ٢٢٩ ، المبسوط ج ١٣ ص : ١٧٨ .

(٢) البحر الرائق ج ٦ ص : ١٨٩ ، بدائع الصنائع ج ٥ ص : ٢٤٦ ، تبين الحقائق ج ٤ ص : ١٢٨ ، مجمع الزهر
ج ٢ ص : ١٠٨ - ١٠٩ ، مسائل شتى في البيع (زوج مشرته لآخر قبل قبضها) ، الفرر البهية في شرح البهجة الوردية
ج ٤ ص : ١٦١ ، فصل في حكم الخيار في النكاح وأحكام أخرى ، المصروع شرح المهذب ج ١١ ص : ٤٣٧ وجد
العيب وقد نقص المبيع .

إذا اختلف البائع والمشتري في مقدار الثمن قبل قبض المبيع.

إذا اختلف البائع والمشتري في مقدار الثمن قبل قبض المبيع فادعى البائع ان الثمن مائة درهم وادعى المشتري أنه تسعون يتحالفان استحساناً ، والقياس الجلي ان لا يحلف البائع لان البائع يدعى الزيادة وهى عشرة والمشتري ينكرها والبينة على من ادعى واليمين على من انكر فلا يمين على البائع ... ووجه الاستحسان : ان البائع مدع ظاهراً بالنسبة الى الزيادة ومنكر حق المشتري في تسليم المبيع بعد دفع التسعين ، والمشتري منكر ظاهراً الزيادة التى ادعاها البائع وهى العشرة ومدع حق تسليمه المبيع بعد دفع التسعين فكل واحد منهما مدع من جهة ومنكر من جهة أخرى فيتحالفان . فالقياس الظاهر الحاق هذه الواقعة بكل واقعة بين مدع ومنكر فالبينة على من ادعى واليمين على من أنكر .

والقياس الخفى : الحاق الواقعة بكل واقعة بين متداعيين كل واحد منهما يعتبر في آن واحد مدعياً ومنكراً فيتحالفان .^(١)

يقول السرغى : اذا اختلف البائع والمشتري في مقدار الثمن مقبوض في القياس القول قول المشتري لان البائع يدعى عليه زيادة في حقه وهو الثمن والمشتري منكر واليمين بالشرع في جانب المنكر والمشتري لا يدعى على البائع شيئاً في الظاهر اذ المبيع صار مملوكاً له بالعقد ولكن في الاستحسان يتحالفان لان المشتري يدعى على البائع وجوب تسليم المبيع اليه ثم إحضار أقل الثمنين والبائع منكر لذلك والبيع كما يوجب استحقاق الملك على البائع يوجب استحقاق اليد عليه ثم وصول الثمن اليه ثم هذا الاستحسان لكونه قياساً خفياً يتعدى حكمه الى الاجارة وإلى النكاح في قول ابن حنيفة ومحمد رحمهما الله .^(٢)

(١) انظر : أصول الفقه للشيخ محمد الحضرى بك (الكلام في الإستحسان) ص : ٢٣٥ - ٢٣٦ .

(٢) اصول السرغى ج ٢ ص : ٢٠٦ ، وانظر : التقرير والنهي ج ٣ ص : ٣٠١ .

وقال في المبسوط : وإذا اختلف البائع والمشتري في الثمن والسلعة قائمة في يد البائع أو المشتري فأنهما يتحالفان ويترادان استحساناً والقياس القول قول المشتري ؛ لأنهما اتفقا على أصل البيع وادعى البائع زيادة في حقه وهو الثمن والمشتري منكر لذلك فالقول قوله مع يمينه لقوله (واليمين على من أنكر) ^(١) ولكن تركنا القياس بالسنة والمروى في الباب حديثاً أحدهما حديث ابن مسعود رضي الله تعالى عنه أن النبي ﷺ قال : (إذا اختلفا المتبايعان والسلعة قائمة بعينها فالقول ما يقوله البائع ويترادان) ^(٢) ، والثاني حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال : (إذا اختلف المتبايعان تحالفاً وتراداً) ^(٣) فالحديث صحيح مشهور فترك كل قياس بمقابله . (٤) - (٥)

(١) أخرجه البخاري في صحيحه ج ٣ ص : ١٨٧ ، في باب إذا اختلف الراهن والمقرن ونحوه ... ، من كتاب الرهن ، والترمذي في سنته ج ٣ ص : ٦٢٥ ، في باب ما جاء في أن البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه ، من أبواب الأحكام ، وابن ماجه في سنته ج ٢ ص : ٧٧٨ ، في باب البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه من كتاب الأحكام . (٢) أخرجه ابن ماجه في سنته ج ٢ ص : ٧٣٧ ، في باب البينة يختلفان ، من كتاب التجارات ، كما أخرجه أبو داود في سنته ج ٢ ص : ٢٥٥ ، في : باب إذا اختلف البائع والمبيع قائم ، من كتاب البيوع ، والدارمي في سنته ج ٢ ص : ٢٥٠ ، في باب إذا اختلف المتبايعان ، من كتاب البيوع . والامام مالك في الموطأ ج ٢ ص : ٦٧١ ، في باب بيع الخيار ، من كتاب البيوع ، والإمام أحمد في المسند : ج ١ ص : ٤٦٦ .

(٣) انظر : التلخيص الخیر ج ٣ ص : ٣١ ، والرواية بهذا اللفظ غير موجودة في شيء من كتب الحديث التي بين أيدينا . قال الحافظ ابن حجر : أما رواية التحالف فاعترف الرافعي في التذنيب أنه لا ذكر لها في شيء من كتب الحديث وإنما توجد في كتب الفقه . وانظر : خلاصة البدر المنير ج ٢ ص : ٧٦ .

(٤) المبسوط ج ١٣ ص : ٢٩ - ٣٠ ، بدائع الصنائع ج ٦ ص : ٢٥٩ ، تبين الحقائق ج ٤ ص : ٣٠٥ - ٣٠٦ ، العناية شرح الهداية ج ٨ ص : ٢٠٧ - ٢٠٨ ، فتح القدير ج ٨ ص : ٢٠٥ - ٢٠٨ ، الهداية شرح البداية ج ٤ ص : ٣١ ، البحر الرائق ج ٧ ص : ٢٢٣ .

(٥) وعند بقية المذاهب كذلك الحكم : حيث قال في الفروع : إذا اختلفا في قدر الثمن تحالفاً ، نقله الجماعة ، لأن كلا منهما مدع ومنكر صورة ، وكذا حكماً ، لسامع بينة كل منهما . انظر : الفروع ج ٤ ص : ١٢٥ ، وقال في الإنصاف : قوله (ومتى اختلفا في قدر الثمن تحالفاً) هذا المذهب : ونقله الجماعة عن الإمام أحمد وعليه الأصحاب . لأن كلا منهما مدع ومنكر صورة . انظر : الإنصاف ج ٤ ص : ٤٤٥ - ٤٤٦ ، وقال ابن قدامة في المغني : أنه إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة فقال البائع : بعثك بعشرين وقال المشتري : بل بعشرة لأحدهما بينة ، حكم بها ، وإن لم يكن لهما بينة تحالفاً . وبهذا قال شريح وأبو حنيفة والشافعي ومالك في رواية وعنه القول قول المشتري مع يمينه . وبه قال أبو ثور وزفر لأن البائع يدعى عشرة زائدة ، ينكرها المشتري ، والقول قول المشتري . وقال الشعبي القول قول البائع ، أو يترادان البيع . وحكاها ابن المنذر

=====

عن إمامنا ، رحمه الله . انظر : المغني لابن قدامة ج ٤ ص : ١٣٦ . وانظر : شرح منتهى الإرادات ج ٢ ص : ٥٥ كشف القناع ج ٣ ص : ٢٣٦ .

عند الشافعية : قال في الأم : فإذا ابتاع الرجل من الرجل عبداً فتصادقا على البيع والقبض واختلفا في الثمن والعبد قائم تحالفا وترادا . انظر : الأم للشافعي ج ٤ ص : ٢١ ، وقيل في حاشيتنا قليوب وعميرة : (إذا اتفقا على صحة البيع ثم اختلفا في كفيته كقدر الثمن) كسائة أو تسعين (أو صفة) كصحاح أو مكسرة (أو الأجل) بأن ألبته المشتري ونفاه البائع (أو قدره) كشهري أو شهريين (أو قدر المبيع) كبنو نعب . وقال المشتري والشوب (ولا بينة) لاحدهما (تحالفا فيحلف كل) منهما (على نفي قول صاحبه وإثبات قوله ويبدأ بالبائع وفي قول المشتري ، وفي قول يساويان) . انظر : حاشيتنا قليوب وعميرة ج ٢ ص : ٢٩٧ ، وانظر : تحفة المحتاج ج ٤ ص : ٤٧٤ ، مغني المحتاج ج ٢ ص : ٥٠٨ ، نهاية المحتاج ج ٤ ص : ١٥٩ - ١٦٠ ، حواشي الشرواني ج ٤ ص : ٢٥٥ .

وعند المالكية : قال في المدونة : أرأيت لو أن رجلاً اشترى سعة فاعترف المشتري والبائع في الثمن ، والسلعة قائمة بعينها قد قبضها المشتري وغاب عليها أو لم يقبضها ؟ قال : قال مالك : إن كان لم يقبضها حلف البائع ما يبيع إلا بكذا وكذا ثم كان المشتري بالخيار إن شاء أن يأخذها بما قال البائع أخذها ولا حلف المشتري ثم ترادى البيع ، فإن كان قد قبضها وغاب عليها رأيت : أن كانت السلعة لم تبع ولم تعتق ولم توهب ولم يتصدق بها ولم يدخلها ثماء ولا نقصان ولا اختلاف من الأسواق تحالفا وكانت بمنزلة من لم يقبضها . وإن دخلها شيء ثم وصف لك ثماء أو نقصان أو اختلاف أسواق أو كتابة أو بيع أو شيء مما وصفت لك كان القول قول المبتاع وعليه اليمين لا أن يأتي بما لا يشبه من الثمن . انظر : المدونة ج ٣ ص : ٤٠٥ ، وقال : في التاج والإكليل : (إن اختلف المتبايعان في جنس الثمن أو نوعه حلفا وفسخ) ابن الحاجب : اختلافهما في نوع الثمن كاختلافهما في جنسه . انظر : التاج والإكليل ج ٦ ص : ٤٦٧ - ٤٦٨ ، وانظر : شرح مختصر خليل ج ٥ ص : ١٩٨ - ١٩٩ ، حاشية الدرقي ج ٣ ص : ١٨٨ ، منح الجليل ج ٥ ص : ٣١٥ .

بيع العصير لمن يتخذه خمرًا .

بيع العصير لمن يتخذه خمرًا - المراد بالعصير : عصير العنب ، أي معصوره المستخرج منه . وقد ذهب الفقهاء ، مذاهب مختلفة في الحكم التكليفي في هذه الجزئية . فذهب أبو حنيفة إلى أن هذا البيع جائز ، وحكاه ابن المنذر ^(١) عن الحسن ^(٢) وعطاء ^(٣) والثوري ^(٤) ونقل عن هذا قوله : " بيع الحلال ممن شئت " ^(٥) واستدلوا بقوله تعالى : ﴿ وَأَحْلَلْ اللَّهُ الْبَيْعَ ﴾ وقد تم بأركانها وشروطه . ولأن المعصية لا تقوم بعينه ، بل بعد تغيره بشربه ، وهو فعل فاعل مختار ، وليس الشرب من ضرورات الحمل لأن الشرب قد يوجد بدون الحمل ، وليس الحمل من ضرورات الشرب ، لأن الحمل قد يوجد للإقراة والتحليل بالصب في الخل ، فليست المعصية من لوازم الحمل ، وصار كالاستحجار لعصر العنب ، وهذا قياس وقولهما استحسان ... لكن يدوا أن المذهب مع ذلك - أنه مكروه تنزيهاً ، وأنه خلاف الأولى فقد قال صاحب الهداية : (٦) ولا بأس ببيع العصير ممن يعلم أنه يتخذه خمرًا وكلمة لا بأس لكرهه التنزيه ، فتركه أولى . وقول أبي حنيفة هذا ، هو المذهب عند الحنيفة ، وهو الذي عليه المتون . ^(٧)

(١) ابن المنذر: محمد بن ابراهيم ابن المنذر الحافظ العلامة الثقة الاوحد ابو بكر محمد بن ابراهيم بن المنذر النيسابوري شيخ الحرم وصاحب الكتب التي لم يصنف مثلها منها : الإشراف ، والميسوط ، والإجماع ، والتفسير . كان غاية في معرفة الاختلاف والدليل ، مجتهداً . لا يقلد أحدًا مات بمكة سنة ٣١٠ هـ . انظر : طبقات الحفاظ ص : ٣٣٠ رقم ٧٤٦ ، تذكرة الحفاظ ج ٣ ص : ٧٨٢ ، شذرات الذهب ج ٢ ص : ٢٤٦ ، الفتح المبين ج ١ ص : ١٧٩ .

(٢) الحسن بن يسار البصري ابو سعيد ، امام أهل البصرة اجمع على جلالته في كل فن وهو من سادات التابعين وفضلائهم ، جمع العلم والزهد والورع والعبادة ، أشهر كتبه : تفسير القرآن ، مات سنة ١١٠ هـ وقد قارب التسعين . انظر : وفیات الاعيان ج ١ ص : ٣٥٤ ، شذرات الذهب ج ١ ص : ١٣٦ ، تهذيب الاسماء واللغات ج ١ ص : ١٦٦ ، تذكرة الحفاظ ج ١ ص : ٧٦ .

(٣) عطاء بن ابي رباح مولى قريش . ولد في خلافة عمر وسمع عائشة وابا هريرة وابن عباس وغيرهم . كان اسود مفقلاً فصيحاً كثير العلم من مولدى الجند قال ابو حنيفة : ما رأيت افضل من عطاء وقال الاوزاعي : مات عطاء يوم مات وهو أرضى أهل الأرض عند الناس . وقال اسماعيل بن امية : كان عطاء يطيل الصمت فاذا تكلم خيل لنا انه يؤيد . مات سنة ١١٤ هـ . انظر : تذكرة الحفاظ ج ١ ص : ٩٨ ، تهذيب التهذيب ج ٧ ص : ١٦٩ ، شذرات الذهب ج ١ ص : ١٤٧ ، سير أعلام النبلاء ج ٥ ص : ٧٨ .

(٤) ابي عبد الله سفيان بن سعيد بن مسروق الثوري رضي الله عنه ولد في خلافة سليمان بن عبد الملك سنة ٩٦ هـ وقيل سنة ٩٧ هـ . انظر : طبقات الفقهاء ج ١ ص : ٨٥ .

(٥) صاحب الهداية: علي بن ابي بكر عبد الجليل المرغباني ابو الحسين ولد سنة ٥١١ هـ وتوفي سنة ٥٩٣ هـ انظر: سير أعلام النبلاء ج ٢١ ص : ٢٣٢ .

(٦) الهداية ج ٤ ص : ٩٤ ، حاشية ابن عابدين ج ٦ ص : ٣٩٢ ، فتاوى المفدى ج ١ ص : ٤٩٠ .

(٧) انظر : مصنف ابن ابي شيبة ج ٤ ص : ٤٦١ ، رقم (٢٢١٣٧) .

وقال السرخسي : أنه لا بأس ببيع العصور ممن يجعله خمرًا لأن العصور مشروب طاهر حلال فيجوز بيعه وأكل ثمنه ولافساد في قصد البائع إنما الفساد في قصد المشتري ولا تزر وازرة وزر أخرى ، إلا ترى أن بيع الكرم ممن يتخذ الخمر من عينه جائز ولا بأس به وكذا بيع الأرض ممن يفرس فيها كرمًا ليتخذ من عنبه الخمر وهذا قول أبي حنيفة وهو القياس وكره ذلك أبو يوسف ومحمد رحمهما الله استحسانًا لأن بيع العصور والعنب ممن يتخذ خمرًا إعانة على المعصية وتمكين منها وذلك حرام وإذا امتنع البائع من البيع يتعذر على المشتري اتخاذ الخمر .^(١)

وقول صاحبين بأنه مكروه ، والكراهة أن اطلقت عند الحنيفة فهي التحريم .

وقال في تبين الحقائق : إذا باع العصور ممن يتخذ خمرًا عند أبي حنيفة يجوز ولا يكره ، وعندهما يكره . (٢) - (٣) .

(١) المبسوط ج ٢٤ ص : ٢٦ ، وانظر : مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ج ٢ ص : ٥٤٨ ، غمر عيون البصائر ج ١ ص : ١٤٤ ، نصب الرأية في تخريج احاديث الهداية ج ٦ ص : ١٦٥ ، الجوهرة النيرة ج ٢ ص : ٢٨٧ ، فتح القدير ج ١٠ ص : ٥٩ .

(٢) تبين الحقائق ج ٦ ص : ٢٨ - ٢٩ ، وانظر : رد المحتار على الدر المختار ج ٦ ص : ٣٩١ ، العناية شرح الهداية ج ١٠ ص : ٥٩ .

(٣) وذهب المالكية والحنابلة إلى حرمة هذا البيع ، وهو الأصح والمعتمد عند الشافعية أن كان يعلم أو يظن أن يؤولته إلى الخمر ، فإن شك كره . وعبرة بالمالكية : وحرم على المكلف بيع العنب لمن يعلم أنه يعصره خمرًا . وقد استدلوا بقوله تعالى : ﴿ ولا تعاونوا على الأثم والعدوان ﴾ - سورة المائدة آية رقم (٢) قال ابن قدامة : وهذا نفى يقتضى التحريم واستدلوا كذلك بحديث (لعنت الخمر على عشرة أوجه : يعبثها ، وعاصرها ، ومعتصرها ، وبائعها ، ومبتاعها ، وحاملها ، والخمولة اليه ، وأكل ثمنها ، وشاربها ، وساقها) - أخرجه الترمذي ج ٣ ص : ٥٨٩ ، رقم الحديث ١٢٩٥ كتاب المطلاق واللعان عن رسول الله ﷺ باب النهي أن يتخذ الخمر خلًا ، وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه ج ٩ ص : ٢٣٨ ، كتاب الأشربة باب ما يقال في الشراب من حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما ، البيهقي في السنن الكبرى ج ٨ ص : ٢٨٧ ، كتاب الأشربة والحد فيها . باب ما جاء في تحريم سنن ابن ماجه ج ٢ ص : ١١٢١ ، كتاب الأشربة . باب ما يكون منه الخمر رقم الحديث (٣٣٨٠) - ووجه الاستدلال أنه يدل على تحريم التمسك إلى الحرام ولما روى عن ابن سيرين - ابن سيرين : محمد بن سيرين أبو بكر البصري مولى أنس بن مالك كان أبوه من سبي عين النمر . روى عن مولاة أنس وعن أبي هريرة وابن عباس وابن عمر وغيرهم كان فقيهًا إمامًا غزير العلم ثقة ثبتًا علامة في تعبير الرؤيا رأسًا من الورع قال مورق المعطى ما رايت أحدًا أفقه في ورعه ولا ورع في فقهه من ابن سيرين ، مات سنة ١١٠ بعد الحسن البصري عاثة يوم . انظر : سير اعلام النبلاء ج ٤ ص : ٦٠٦ ، تذكرة الحفاظ ج ١ ص : ٧٧ ، شذرات الذهب ج ١ ص : ١٣٨ - أن قيمًا كان لسعد بن أبي وقاص رضي الله عنه - سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه الصحابي الجليل . انظر : سير اعلام النبلاء ج ١ ص : ٩٢ - ٩٣ .

- في أرض له . فأخبره عن عنب انه لا يصلح زيباً ، ولا يصلح ان يباع الا لمن يعصره ، فأمره بقلعه ، وقال : يس الشيخ انا ان بعث الخمر . ولانه يعقد البيع على عصره لمن يعلم انه يريد له للمعصية ، فاشبهه آجارة الرجل امته لمن يعلم انه يستأجرها ليزن بها . والقول الآخر للشافعية : انه مكروه . والبيع صحيح على القولين . قال في مواهب الجليل : في منع بيع العنب لمن يعصرها خمرًا قولين .. والمذهب في هذا سد النرائع كما يحرم بيع السلاح لمن يعلم انه يريد قطع الطريق على المسلمين او إثارة الفتنة بينهم . انظر : مواهب الجليل في شرح مختصر خليل جـ ٤ ص : ٢٥٤ ، ص : ٢٦٧ ، وقال في الفواكه الدواني : يحرم بيع العنب لمن تعلم انه يعصره خمرًا ، ويفسخ إن وقع وُبركاً لبائعه ولو مسلماً . ومثله كل ما علم ان المشتري يفعل به ما لا يحل كشتراء مملوك للفعل به او خشبة لمن يتخذها ناقوساً او أرضاً لمن يعملها كنيسة . انظر : الفواكه الدواني جـ ٢ ص : ٢٨٨ ، شرح مختصر خليل للخرشي جـ ٥ ص : ١١ ، حاشية المدسوقي جـ ٣ ص : ٧ ، حاشية الصاوي على الشرح الصغير جـ ٣ ص : ٢٠ ، منع الجليل شرح مختصر خليل جـ ٤ ص : ٤٤٣ .

قال في شرح منتهى الإرادات : (ولا يصح بيع عنب) او زبيب ونحوه (او عصير لمنعه خمرًا) ولو ذبياً (ولا) بيع (سلاح ونحوه) كبرس ودرع (في فتنة ، او لاهل حرب ، او قطاع طريق ممن علم ذلك) ممن يشتريه (ولو بقرائن) . انظر : شرح منتهى الإرادات جـ ٢ ص : ٢٢ - ٢٣ ، وقال المرداوي : (ولا يصح بيع العصور لمن يتخذ خمرًا ولا بيع السلاح في الفتنة ولأهل الحرب) وهذا المذهب نقله الجماعة . وعليه الأصحاب . قال الزركشي . هذا المذهب . بلا ريب وقدمه في الفسوخ وغيره . ويحتمل ان يصح مع التحريم . انظر : الانتصاف جـ ٤ ص : ٣٢٧ ، وانظر : المغني لابن قدامة جـ ٤ ص : ١٥٤ ، الفروع جـ ٤ ص : ٤٢ ، المبدع جـ ٤ ص : ٤٢ ، المحرر في الفقه جـ ١ ص : ٣١١ ، اعلام الموقعين جـ ٣ ص : ١٥٨ ، كتب ورسائل وفتاوى ابن تيمية في الفقه جـ ٢٩ ص : ٣٠٨ ، الفتاوى الكبرى لابن تيمية جـ ٦ ص : ٥٦ الكافي في فقه ابن حنبل جـ ٢ ص : ١٩ .

وقال في المجموع شرح المذهب : قال الشافعي : اكره بيع العنب ممن يعصر الخمر والسيف ممن يعصى الله تعالى به ، ولا أنقض هذا البيع ؛ هذا نصه قال اصحابنا : يكره بيع العصور لمن عرف بالتخاذ الخمر ، والتمر لمن عرف بالتخاذ النبيذ ، والسلاح لمن عرف بالعصيان بالسلاح ، فان تحقق التخاذ لذلك خمرًا ونبيذًا وانه يعصى بالسلاح ، ففي تحريمه وجهان ... (احدهما) .. يكره كراهة شديدة ، ولا يحرم (واصحهما) يحرم وبه قطع الشيخ ابو حامد والغزالي في الإحياء وغيرهما من الاصحاب فلو باعه صح على الوجهين . انظر : المجموع شرح المذهب جـ ٩ ص : ٤٣٢ وانظر : الأم للشافعي جـ ٨ ص : ١٨٢ ، أسنى المطالب جـ ٢ ص : ٤١ ، تحفة المحتاج جـ ٤ ص : ٣١٦ - ٣١٧ ، نهاية المحتاج جـ ٣ ص : ٤٧١ .

إذا قبض المسلم اليه رأس المال ، فوجده مشوبا ، كأن يجده زيوفا او نهرجة ، او ستوفة ^(١) او معيبا : فان تجوز أي قبل المسلم اليه ، فالمسلم ماض على الصحة ، لان الزيوف من جنس حقه ، لانها دراهم ، لكنها معيبة بالزيافة وفوت صفة الجودة ، فاذا رضي بها ، فقد رضي بقبض حقه مع النقصان .

وان لم يتجوز بها أي لم يقبلها وردها ، فأتفق علماء الحنفية على أنه إن لم يستبدلها في مجلس الرد ، بطل السلم ، بقدر مارد .

فاما اذا استبدل مكانها جيادا في مجلس الرد : فالقياس ان يظل السلم بقدره قل المردود او كثر ، وبه اخذ ابو حنيفة وزفر ، لان الزيوف من جنس حق المسلم اليه اصلا لا وصفاً ، ولهذا ثبت له حق الرد بفوات حقه في الوصف ، فكان حقه في الاصل والوصف جميعا ، فاذا لم يتوافر او لم يرضى بما قبض ، تبين انه لم يقبض حقه ، فيظل السلم .

والاستحسان : الا يظل السلم وهو قول الصحابين ، لان قبض الزيوف وقع صحيحا ، لانه قبض جنس حقه ، بدليل انه لو تجوز بها جاز الا انه فاتته صفة الجودة بالزيافة ، والمعيب لا يمنع

(١) الدراهم اربعة انواع : جياد ، ونهرجة ، وزيوف ، وستوفة . واختلفوا في تفسير النهرجة فقليل : هي التي تضرب في غير دار السلطان . والزيوف : هي المغشوشة . والستوفة : نحاس مموه بالفضة . وقال عامة المشايخ : الجياد فضة خالصة تروج في التحوارات ، وتوضع في بيت المال .

والزيوف : ما يرفقه بيت المال اي رده ، ولكن تأخذته التجار في التحوارات ولا بأس بالشراء بها ، ولكن يبين للبائع انها زيوف والنهرجة : ما يرده التجار ، والستوفة : ان يكون الطاق الاعلى فضة والاسفل كذلك وبينهما نحاس ، وليس لها حكم الدراهم وهكذا : فالزيوف اجود ، ثم النهرجة ، ثم الستوفة : انظر : رد المحتار ج ٥ ص : ٢٣٣ .

صحة القبض ، وقد أجزأ استبداله في مجلس الرد لان للرد شبهة بالعقد ، فالحق . بمجلس الرد . بمجلس العقد .^(١) هذا اذا وجد المسلم اليه كل راس المال زيوفا او نهجره : فان وجد بعضه دون بعض فاستحسن ابو حنيفة في حالة استبدال جواد مكانه في مجلس الرد : انه اذا كان قليلاً فردّه واستبدل في المجلس ، فالعقد ماض في الكل ، وان كان كثيراً بطل العقد بقدر المردود ، لان الزيادة في القليل مما لا يمكن التحرز عنه . (٣) - (٢)

(١) بدائع الصنائع ج ٥ ص : ٢٠٥ ، وانظر : البحر الرائق ج ٦ ص : ١٧٨ ، المبوط ج ١٢ ص : ١٢٩ ، تبين الحقائق ج ٤ ص : ١١٦ ، العناية شرح الهداية ج ٧ ص : ٩١ - ٩٢ ، الجوهرة النيرة ج ١ ص : ٢١٩ ، فتح القدير ج ٧ ص : ٩١ - ٩٢ ، الفتاوى الهندية ج ٣ ص : ١٨٨ ، حاشية ابن عابد بين ج ٥ ص : ٢١٦ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٥ ص : ٢٠٦ ، وانظر : المبوط ج ١٢ ص : ١٢٩ .

(٣) وعند المالكية : ان كان العيب في رأس مال السلم بان وجد الثمن زيوفا بعد التفرق ردّه ولو بعد شهر ، ويجب على المسلم ان يعجل له البذل ، والا فسد ما يقابله . ويفتقر التأخير ثلاثة أيام ولو بالشرط . واما التأخير اكثر منها فلا يجوز . قال في المدونة : ان أسلمت في حنطة . فلما تفرقتا أصاب راس المال غمسا او رصاصا او زيوفا بعد شهر او شهرين فحاء ليبدل فيبدل ولا ينقض السلف ، وكذلك لو أسلمت دراهم في عروض او شعاع . فاتي البائع ببعض الدراهم بعد شهر او ايام فقال: أصبتها زيوفا ، فقلت : دعها فانا ابذلها لك بعد يوم او يومين لا بأس بذلك . انظر : المدونة ج ٣ ص : ٨٠ - ٨١ ، التاج والإكليل ج ٦ ص : ٤٨٢ - ٤٨٣ ، وانظر : مواهب الجليل ج ٤ ص : ٥١٧ - ٥١٨ ، شرح مختصر خليل ج ٥ ص : ٢٠٤ - ٢٠٥ ، حاشية الدسوقي ج ٣ ص : ١٩٧ - ١٩٨ .

وللمحنابلة : وجهان : الوجه الأول ذهبوا فيها مذهب المالكية بشرط قبض البذل في مجلس الرد ، لان القبض الاول كان صحيحا ، ولان للرد شبهة بالعقد حيث لا يجب القبض في مجلس الرد الا بالرد . كما لا يجب القبض في مجلس العقد الا بالعقد . فالحق بمجلس الرد بمجلس العقد .

الوجه الثاني : ان وجد في الثمن زيوفا بعد التفرق فردّه بطل السلم سواء استبدل في مجلس الرد أو لا ، لان الزيوف من جنس حق المسلم اليه لكن أصلاً لا وصفاً . ولهذا ثبت له حق الرد بقوات حقه عن الوصف . فكان حقه في الاصل والوصف جميعا ، فصار بقبض الزيوف قابضاً حقه من الاصل لامن حيث الوصف ، إلا أنه اذا رضي به ، فقد اسقط حقه عن الوصف ، وتبين ان المستحق هو قبض الأصل دون الوصف لإبرائه عن الوصف فاذا قبضه فقد قبض حقه ، فيبطل المستحق . وان لم يرض به تبين انه لم يقبض حقه لان حقه في الاصل والوصف جميعا ، تبين ان الإخراق حصل لا عن قبض رأس مال السلم . يقول ابن قدامة : في المغني : وان تفرقا ، ثم علم عيه فردّه ، ففيه وجهان : احدهما ، يبطل العقد برده . لوقوع القبض بعد التفرق ، ولا يجوز ذلك في السلم . والثاني : لا يبطل ؛ لان القبض الاول كان صحيحا ، بدليل مالو امسكه ولم يردّه ، وهذا يدل على المقبوض . وهذا قول ابي يوسف ومحمد وهو أحد قرلى الشافعي واختيار المزني لكن من شرطه ان يقبض البذل في مجلس الرد ، فان تفرقا عن مجلس الرد قبل قبض البذل لم يصح ، وجهها واحد ، فخلو العقد عن قبض الثمن بعد تفرقهما . انظر : المغني لابن قدامة ج ٤ ص : ١٩٨ ، الإنصاف ج ٥ ص : ١٠٥ ، كشاف القناع ج ٣ ص : ٣٠٥ ، مطالب اولى

نتهى جـ ٣ ص: ٢٢٦-٢٢٧ . وعند الشافعية : القول يجوز أخذ البذل هو أصح القولين عند الشافعية . وذلك لأن القبض في الزیوف وقع صحيحاً لأنه قبض جنسه حقه ، الا ترى انه لو تجوز بها جاز ، ولو لم يكن من جنس حقه لما جاز كالشرق ، لا انه فاتته صفة الجردة بالزیافة فكانت من جنس حقه أصلاً لاوصفاً فكانت الزیافة فيها عيباً ، والعيب لا يمنع صحة القبض ، كما في بيع العين اذا كان المبيع معيباً . وبالرد ينتقض القبض لكن مقصوراً على حالة الرد . ولا يستند الانتقاض الى وقت انقبض فيبقى القبض صحيحاً . وكان ينبغي ان لا يشترط قبض بدله في مجلس الرد ، لان المستحق بعقد السلم القبض مرة واحدة الا انه شرط ، لان للرد شبهة بالعقد حيث لا يجب القبض في مجلس الرد الا بالرد ، كما لا يجب القبض في مجلس العقد الا بالعقد ، فالحق بمجلس الرد بمجلس العقد .

و قالوا ايضا : ان ما جاز ابداله قبل التفرق جاز ابداله مع صحة العقد بعد التفرق كالمسلم وكما ان ما لم يجوز ابداله قبل التفرق من المعين لم يجوز ابداله بعد التفرق .

واستدلوا كذلك بأنه مضمون في الذمة ، فجاز ابدال معيه مع صحة العقد اعتباراً بما قبل التفرق ، ولان قبض الثاني يدل على الأول قال بهذا الوجه والذي قبله الشافعية والمخابلة . والقول الثاني : عند الشافعية : انه اذا رضى جاز ، وان لم يرض به بطل . لان الزیوف من جنس حق المسلم اليه لكن اصلاً لاوصفاً . ولقد ثبت له حق الرد بفوات حقه عن الوصف فكان حقه في الأصل والوصف جميعاً ، فصار بقبض الزیوف قابضاً حقه من حيث الأصل لامن حيث الوصف الا انه اذا رضى به فقد سقط حقه عن الوصف وتبين ان المستحق هو قبض الأصل دون الوصف لإبرائه عن الوصف فاذا قبضه فقد قبض حقه فيبطل استحقاقه . وان لم يرض به تبين انه لم يقبض حقه ، لان حقه في الأصل والوصف جميعاً فتبين ان الإقتران حصل لا عن قبض . قال : في أسنى المطالب : (وان وقع) الصرف على ما (في الذمة فخرج أحدهما) او كلاهما (نحاساً) او نحوه (قبل التفرق) من المجلس وبعد التقايض (استبدال) به (او) خرج كذلك (بعده) أي بعد التفرق (بطل) العقد لعدم التقايض في المجلس لان المقبوض غير ماعقد عليه . (او) خرج كله (معيباً) بمشنة او نحوها (او بعضه) كذلك (استبدال) به كالمسلم فيه اذا خرج معيباً لان القبض الأول صحيح اذا رضى به جاز والبذل قائم مقامه ويجب اخذ البذل (في مجلس الرد وان فارق مجلس العقد) قياساً على اصله في مجلس العقد . انظر : أسنى المطالب جـ ٢ ص : ٧٦ ، وانظر : المجموع شرح الشیخ جـ ١٠ ص : ١٣٥-١٣٦ ، المنثور في القواعد الفقهية للزركشي جـ ٣ ص : ١٦٠ ، الفتاوى الكبرى لابن حجر الحنفي جـ ٢ ص : ٢٧٨ ، روضة الطالبين جـ ٣ ص : ٤٩٦ .

اشترى عدلاً علي أنه كذا فوجده أزيد والبائع غائب يعزل الزائد ويستعمل الباقي لأنه ملكه .
اشترى عدلاً علي أنه كذا فوجده أزيد والبائع غائب يعزل الزائد ويستعمل الباقي ،
لأنه ملكه وكأنه استحسن وإلا فالبيع فاسد لجهالة المزید ، وقال فيه محمد أستحسن لأن
الباقي حلال له في المثليات وفي ذوات القيم لا يحل له حتى يشتري منه الباقي إلا إذا
كانت تلك الزيادة مما لا تجرى فيها الضنة فحينئذ يعذر ^(١) .

وقال في رد المختار : اشترى عدلاً علي أنه كذا فوجده أزيد والبائع غائب يعزل
الزائد ، ويستعمل الباقي ، لأنه ملكه . وكأنه استحسن ، وإلا فالبيع فاسد لجهالة المزید .
قال محمد فيه استحسن أن يعزل ثوباً من ذلك ، ويستعمل البقية ، وفيها قبله اشترى
شيئاً فوجده أزيد يدفع الزيادة إلى البائع ، والباقي حلال له في المثليات ، وفي ذوات
القيم لا يحل له حتى يشتري منه الباقي إلا إذا كانت تلك الزيادة مما لا تجرى فيها الضنة
فحينئذ يعذر . وهو يقتضي عدم الحل عند غيبة البائع بالأولي ... ثم قال وهذا استحسن
أخذ به محمد نظراً للمشتري .. لأنه عند غيبة البائع يلزم الضرر علي المشتري ، بعدم

(١) البحر الرائق ج ٥ ص : ٣١٦ كتاب البيع ، وانظر : حاشية ابن عابدين ج ٤ ص : ٥٤٦ .

الاتفاق بالمبيع إلى حضور البائع ، وربما لا يحضر أو تطول غيبته فلذا استحسّن محمد عزل ثوب ، واستعمال الباقي نظراً للمشتري ، وهذا لا يجري في صورة حضرة البائع لإمكان تحديد العقد معه فالظاهر بقاؤه على القياس (١) - (٢) .

(١) رد المختار على الدر المختار ج ٤ ص : ٥٤٦ كتاب البيوع .

(٢) وذهب الشافعي في الصحيح وهو رواية عند الحنابلة إلى أنه إذا ظهر في المبيع المقدّر زيادة أو نقصان فالباع باطل ، لأنه لا يمكن إجبار البائع على تسليم الزيادة ولا المشتري على أخذ العوض ، وهناك ضرر في الشركة بين البائع والمشتري بالنسبة لما زاد ، وللمالكية تفصيل بين كون النقص قليلاً أو كثيراً .. فإن كان قليلاً لزم المشتري الباقي بما يتوبه من الثمن ، وإن كان كثيراً كان مخيراً في الباقي بين أخذه بما يتوبه ، أو رده . وقيل أن ذلك بمنزلة الصفة للمبيع فإن وجدته أكثر فهو للمشتري ، وإن وجدته أقل كان المشتري بالخيار بين أخذه بجميع الثمن أو رده . ومقابل الصحيح عند الشافعية في ظهور الزيادة أو النقصان : صحة البيع للإشارة تغلياً . وللشافعية تفصيل أيضاً وهو أنه إن قابل البائع الحملة بالحملة ، كقوله : بعثت الصورة بمائة علي ألفاً مائة ففي حال الزيادة أو النقصان يصح البيع ، ويثبت الخيار لمن عليه الضرر . أما إن قابل الإجراء كقوله : بعثت الصورة كل صاع بدرهم علي ألفاً مائة صاع : فإذا ظهرت زيادة أو نقصان فالبيع صحيح عند الأسنوي ، وفرق الماوردي بين النقصان فيكون البيع صحيحاً وبين الزيادة ففيه الخلاف السابق ، وهو بطلان البيع على الصحيح ، أو صحته علي ما يقابله . وذكر ابن قدامة في المغني : أنه إذا قال بعثت هذه الأرض أو هذا الثوب علي أنه عشرة أذرع فإن أحد عشر ، ففيه روايتان : أحدهما : البيع باطل ، لأنه لا يمكن إجبار البائع على تسليم الزيادة وإنما باع عشرة ، ولا المشتري على أخذ البعض ، وإنما اشترى الكل وعليه ضرر الشركة أيضاً . والثانية : البيع صحيح والزيادة للبائع ، لأن ذلك نقص علي المشتري ، فلا يمنع صحة البيع كالعيب ، ثم يخير البائع بين تسليم المبيع زائداً ، وبين تسليم العشرة ، فإن رضي تسليم الجميع فلا خيار للمشتري ، لأنه زاده خيراً ، وإن أتي تسليمه زائداً فللمشتري الخيار بين الفسخ ، والأخذ بجميع الثمن المسمى وقسط نزائد ، فإن رضي بالأخذ أخذ العشرة ، والبائع شريك له بالذراع . وهل للبائع خيار الفسخ ؟ وجهان أحدهما : له الفسخ لأن عليه ضرراً في الشركة . والثاني : لا خيار له ، وقراه ابن قدامة ، وإن بان المبيع تسعة ففيه روايتان أحدهما : يبطل البيع — كما تقدم — والثانية : البيع صحيح ، والمشتري بالخيار بين الفسخ والإمساك بتسعة أعشار الثمن . وبالنسبة للصورة إن اشترى علي ألفاً عشرة أقفزة ، فبانت أحد عشر ، رد الزيادة ولا خيار له ، وإن بانت تسعة أخذها بقسطها من الثمن . قال النووي في المجموع : وإن اشترى ثوباً أو أرضاً علي أنه عشرة أذرع فوجده تسعة ، فهو بالخيار بين أن يأخذ بجميع الثمن وبين أن يردده ، لأنه دخل في العقد علي أن تسلّم له العشرة ، ولم تسلّم له فثبت له الخيار ، كما لو وجد بالمبيع عيباً . وإن وجد أحد عشر ذراعاً ففيه وجهان : أحدهما : أن البائع بالخيار بين أن يفسخ البيع وبين أن يسلمه بالثمن ويخبر المشتري علي قبوله ، كما أجازنا البائع إذا كان دون العشرة والثاني : أن البيع باطل ؛ لأنه لا يمكن إجبار البائع علي تسليم ما زاد علي عشرة ، ولا إجبار المشتري علي الرضا بما دون الثوب والمساحة من الأرض ؛ لأنه لم يرض بالشركة والتبعض ، فوجب أن يبطل العقد ، فإن اشترى صورة علي ألفاً مائة قفيز فوجدها دون المائة ، فهو بالخيار بين أن يفسخ ؛ لأنه لم يسلم له ما شرط ، وبين أن يأخذ الموجود بحصته من الثمن ؛ لأنه يمكن قسمة الثمن علي الأجزاء لتساويها في القيمة ، ويخالف الثوب والأرض ،

لأن أجزائها مختلفة ، فلا يمكن قسمة الثمن على أجزائها ، لأننا لا نعلم كم قيمة الفراغ الناقصة لو كانت موجودة لتسقطها من الثمن ، وإن وجد الصيرة أكثر من مائة فقير أخذ المائة بالثمن وترك الزيادة ، لأنه يمكن أخذ ما عقد عليه من غير إضرار . انظر : المجموع شرح الميزب للنروي جـ ١١ ص : ٥٨٠ - ٥٨٦ ، وانظر : أسنى المطالب جـ ٢ ص : ٣٦ .

وعند الحنابلة : يقول ابن مفلح في الفروع : وإن باعه أرضاً أو ثوباً على أنه عشرة أذرع فإن أكثر فعنه يطل ، وعنه يصح فلمشتريه فسحبه ، ما لم يُلْمَ البائع زائداً ، وأخذه بثمانه وقُطِرَ الزائد ، فإن رضي بالشركة ففي البائع وجهان وإن بان أقل فالروايتان فإن أخذه بقطعه فللبائع الفسخ ، وألا فلا ، ولا يجبر أحدهما على معاوضة ، ويصح في الصورة ، ولا خيار للمشتري وقيل : بلي إن بان أقل والزائد مشاعاً لصاحبه ويتقص من الثمن بالقطر . انظر : الفروع لابن مفلح جـ ٣ ص : ٦٦ - ٦٧ ، كشاف القناع جـ ٣ ص : ١٩٧ ، الإنصاف جـ ٤ ص : ٣٦٠ - ٣٦٢ ، شرح منتهى الإرادات جـ ٢ ص : ٣٤ - ٣٥ ، المغني لابن قدامة جـ ٤ ص : ١٠١ - ١٠٢ .

وعند المالكية : قال في حاشية الدسوقي : وإن كثر النقص لم يلزمه رد المبيع أي إن شاء ولا يتعين الرد . انظر : حاشية الدسوقي جـ ٣ ص : ٢٤ ، وقال في مواهب الجليل : فإن وجد في ذلك أكثر مما سمى من الأذرع فللبائع شريك له بالزيادة كالصورة تشتري على أن فيها عشرة أقدرة فيجد أكثر من عشرة فالزائد للبائع وإن وجد أقل مما نقص كان أقل كمتحق إن قل لزم المتنازع بأقل بحسابه وإن كثر كان مخوراً في أخذه ما وجدته أو منابه من الثمن أو رده وقيل ذلك كالصفة لما ابتاع وإن وجد أكثر مما سمى فهو له وإن وجد أقل خيّر في أخذه بجميع الثمن أو رده والمقولان قائمان من المدونة . انظر : مواهب الجليل جـ ٤ ص : ٥٢٠ ، الفواكه الدواني جـ ٢ ص : ١٠٦ - ١٠٧ ، منح الجليل جـ ٤ ص : ٤٨٥ .

من اشترى عبداً فاعتقه ، أو مات ثم أطلع علي عيب رجع بنقصانه .

ومن اشترى عبداً فاعتقه أو مات ثم أطلع علي عيب رجع بنقصانه وكذا إذا دبره أو استولد الأمة ، والمراد بالعتق إذا أعتقه بجاناً أما اعتقه علي مال ، أو كاتبه فأدى بدل الكتابة وعتق ثم أطلع علي عيب لم يرجع بنقصانه أما الموت فلأن الملك ينتهي به والامتناع حكماً لا بفعله فلا يمنع الرجوع بالأرث ، وأما الإعتاق فالقياس فيه أن لا يرجع بالأرث ، لأن الامتناع بفعله فصار كالقتل وفي الاستحسان يرجع ، لأن العتق انتهاء للملك فصار كالموت ، وإما إذا أعتقه علي مال لم يرجع بشيء فيه ؛ لأنه حبس بدله ، وحس البدل كحبس المبدل ^(١) .

وقال في العناية : (ومن اشترى عبداً فاعتقه أو مات عنده ثم أطلع علي عيب رجع بنقصانه) أما الموت ؛ فلأن الملك ينتهي به والامتناع حكماً لا بفعله وأما الإعتاق فالقياس فيه أن لا يرجع ؛ لأن الامتناع بفعله فصار كالقتل ، وفي الاستحسان : يرجع ؛ لأن العتق إنهاء الملك ؛ لأن الآدمي ما خلق في الأصل محلاً للملك ، وإنما يثبت الملك فيه مؤقتاً إلى الإعتاق فكان إنهاء فصارت كالموت ، وهذا ؛ لأن الشيء يتقرر بانتهائه فيجعل كأن الملك باق والرد متعذر .

(١) الجوهرة النيرة جـ ١ ص : ١٩٩ كتاب البيوع باب خيار العيب .

والتدبير والاستيلاء بمحلته ؛ لأنه تعذر النقل مع بقاء المحل بالأمر الحكمي (وإن أعتقه علي مال لم يرجع بشيء) لأنه حبس بدله وحبس البديل كحبس المبدل . وعن أبي حنيفة : أنه يرجع ؛ لأنه إنهاء للملك وإن كان بعوض ^(١) . وذكر في مجمع الأئمة : (ولو أعتق المشتري المبيع (بلا مال أو دبر أو استولد) قبل العلم بالعيب لأنه بعد العلم لا يرجع) ثم ظهر العيب رجوع) بنقصان العيب أما الإعتاق فالقياس فيه أن لا يرجع وهو قول زفر لأن امتناع الرد بفعله فصار كالقتل . وفي الاستحسان يرجع وهو قول الشافعي وأحد لأن العتق انتهاء للملك لأن الآدمي ما خلق في الأصل محلاً للملك وإنما يثبت الملك فيه علي خلاف الأصل مؤقتاً إلي الإعتاق فكان انتهاء كالموت وهذا لأن الشيء يتقرر بانتهائه فيجعل كأن الملك باق والرد متعذر ولهذا يثبت الولاء بالعتق وهو من آثار الملك فبقاؤه كبقاء الملك والتدبير ، والاستيلاء بمحلته لأفهما وإن كان لا يزيلان الملك إلا أن المحل بهما يخرج عن أن يكون قابلاً للنقل من ملك إلي ملك فقد تعذر الرد مع بقاء الملك يرجع بالنقصان لأنه استحق المبيع بوصف السلامة وصار كما لو تعيب عنده (وكذا) أي يرجع بنقصان العيب (إن ظهر) عيب قديم (بعد موت المشتري) لأن الملك ينتهي به والامتناع حكمي لا بفعله ^(٢) .

وقال في فتح القدير (وأما العتق فالقياس فيه أن لا يرجع ، لأن الامتناع بفعله فصار كالقتل وفي الاستحسان يرجع) وهو قول الشافعي وأحمد (لأن العتق إنهاء للملك ،

(١) العناية شرح الهداية ج٦ ص : ٣٦٩ كتاب البيوع باب خيار العيب ، وانظر : نصب الراية في تفريج أحاديث الهداية ج٤ ص : ٤٤٨ كتاب البيوع باب خيار العيب .

(٢) مجمع الأئمة شرح ملتقى الأبحر ج٢ ص : ٤٦ كتاب البيوع فصل في خيار العيب وانظر : تبين الحقائق ج٤ ص : ٣٦ - ٣٧ .

لأن الأدمي ما خلق في الأصل للملك ، وإنما يثبت للملك فيه (عن سيبه (مؤقتاً إلى الإعناق)
 فثبت (أنه إنهاء فصار كالموت وهذا) وهو الرجوع بالموت وما في معناه بسبب أنه إنهاء (لأن
 الشيء بانتهاؤه يتقرر) ... إلى أن قال (فإن اعتقه علي مال) ثم أطلع علي عيب (لم يرجع
 بشيء) وكذا لو كاتبه ؛ لأن المشتري حبس بدله وحبس البذل كحبس المبدل (وعن أبي
 حنيفة أنه) أي المَعْتَقُ علي مال (يرجع) بالنقصان وهو قول أبي يوسف ، وبه قال الشافعي
 وأحمد (لأن العتق) سواء كان بمال أو بلا مال هو (إنهاء للملك) أعني الرُّقَّ وبهذا يثبت به
 الولاء في الوجهين وإذا كان إنهاء كان كالموت وكونه بمال أو بغيره طرد ، والوجه ما تقدم من
 كونه حاسباً له بحبس بدله ^(١) - ^(٢) .

(١) فتح القدير جـ ٦ ص : ٣٦٩ - ٣٧٠ ، وانظر : البحر الرائق جـ ٦ ص : ٥٧ ، وجمع الضمانات ص : ٢٢١ ، رد
 المختار علي الدر المختار جـ ٥ ص ٢٠ - ٢١ .

(٢) وعند الخبابة كذلك والشافعي والمالكية يرجع بنقصان العيب ويتعين له الأرض قال في الإنصاف : (وإن اعتق العبد)
 أي غير عالم بعيه (رجع بأرضه) يعني يتعين له الأرض ويكون ملكاً له وهو المنحب مطلقاً . وعليه الأصحاب . انظر :
 الإنصاف جـ ٤ ص : ٤١٨ ، وانظر : الفروع جـ ٤ ص : ١٠٧ ، المغني لابن قدامة جـ ٤ ص : ١٢١ ، كشاف القناع
 جـ ٣ ص : ٢٢٢ . وقال في أسنى المطالب : (وإن هلك المبيع في يد المشتري) كأن مات العبد أو تلف الثوب أو أكل
 الطعام (أو اعتقه أو وقفه أو زوجه أو استرلحها فعلم) بعد ذلك (بعيب) به يُنقص قيمته (رجع بالأرض) لتعذر الرد
 بفوات المبيع حساً أو شرعاً . انظر : أسنى المطالب : جـ ٢ ص : ٦٣ ، وانظر : حاشيتنا قليوبي وعميرة جـ ٢ ص : ٢٤٩ ،
 تحفة المحتاج جـ ٤ ص : ٣٦٢ - ٣٦٣ ، مغني المحتاج جـ ٢ ص : ٤٣٣ - ٤٣٤ ، نهاية المحتاج جـ ٤ ص : ٤٠ - ٤١ ،
 حاشية البيهقي علي الخطيب جـ ٣ ص : ٤٢ . وقال الدسوقي في حاشيته : (و) منع من الرد (فوته) قبل الإطلاع علي
 العيب . (حساً) كلفه ، أو ضياعه ، أو حكماً (ككتابة وتدبير) وحس وهبة وصدقة ويرجع المشتري بالأرض في
 الجميع . انظر : حاشية الدسوقي جـ ٣ ص : ١٢٤ ، وانظر : شرح مختصر خليل جـ ٥ ص : ١٣٨ - ١٣٩ ، منح الجليل
 شرح مختصر خليل جـ ٥ ص : ١٧٧ ، وقال في حاشية الصاوي : (ولا) رد (إن فات) المبيع حساً ، كهلاك أو ضياع أو
 فات (حكماً ، ككتابة وتدبير) وأولّي عتق ولو لأجل (وحس وصدقة) وهبة قبل إطلاعه علي العيب . (و) إذا لم يكن له
 الرد في الفوات الحسّي أو الحكمي (تعين) للمشتري علي البائع (الأرض) أي أرض العيب الذي أطلع عليه بعد الفوات .
 انظر : حاشية الصاوي علي الشرح الصغير جـ ٣ ص : ١٦٨ - ١٦٩ .

رجل باع عبداً من رجل بألف درهم علي أن البائع فيه بالخيار ثلاثة أيام .
 رجل باع عبداً من رجل بألف درهم علي أن البائع فيه بالخيار ثلاثة أيام وقبضه
 المشتري فمضت المدة فقال أحدهما أيهما كان إن العبد مات في الثلاثة وانتقض البيع
 ووجبت القيمة وقال الآخر : لا بل هو حي أبي فالتقول قول من يدعى أنه حي أبي
 وإن أقام البينة كانت البينة بينة من يدعى أنه حي أبي أيضاً كذا في المحيط وأما إذا
 تصادقا علي الموت فقال أحدهما مات في الثلاثة وقال الآخر مات بعد الثلاثة فالتقول
 لمدعيه في الثلاث والبينة للآخر وأما إذا تصادقا علي الموت بعد الثلاثة في يد المشتري
 واختلفا في الفسخ والإجازة فأقام أحدهما البينة أن البائع نقض في الثلاثة وأقام آخر أنه
 أجاز في الثلاثة فالبينة لمدعي النقض وقيل هذا قياس وفي الاستحسان البينة لمدعي
 الإجازة^(١).

قال في البحر الرائق : ولما كان خلاف الأصل - أي اشتراط الخيار - فإذا اختلفا
 في اشتراطه فالتقول لمن أنكره عند الإمام في ظاهر الرواية وعند محمد القول لمدعيه والبينة
 للآخر^(٢).

وذكر في بدائع الصنائع : ولو اختلفا في الفسخ والإجازة فقال أحدهما فسخنا البيع
 وقال الآخر لا بل أجزنا البيع جميعاً فاختلافهما لا يخلو من أن يكون في مدة الخيار أو
 بعد مضي المدة فإن كان في المدة فالتقول قول من يدعى الفسخ لأن أحدهما يتفرد
 بالفسخ وأحدهما لا يتفرد بالإجازة ، ولو قامت لهما بينة فالبينة بينة من يدعي الإجازة

(١) الفتاوى الهندية جـ ٣ ص : ٥١ ، الفصل الرابع في اختلاف المتابعين في اشتراط الخيار .

(٢) البحر الرائق جـ ٦ ص : ٣ ، رد المختار علي الدر المختار جـ ٤ ص : ٥٦٨ ، دور الحكام في شرح مجلة الأحكام جـ ١ ص : ٣٠٤ المادة (٩) .

لأنه المدعي وإن كان بعد مضي المدة فقال أحدهما مضت المدة بعد الفسخ وقال الآخر بعد الإجازة فالقول قول من يدعي الإجازة لأن الحال حال الجواز وهو ما بعد انقضاء المدة فترجح جانبه بشهادة الحال فكان القول قوله .

ولو قامت لهما بينة فالبينة بينة مدعي الفسخ لأنها تثبت أمراً بخلاف الظاهر والبيانات شرعت له وإن كان الخيار لأحدهما واختلفا في الفسخ والإجازة في مدة الخيار فالقول قول من له الخيار سواء ادعى الفسخ أو الإجازة لأنه يملك الأمرين جميعاً والبينة بينة الآخر لأنه هو المدعي ولو كان اختلافهما بعد مضي مدة الخيار فالقول قول من يدعي الإجازة أيهما كان لأن الحال الجواز وهي ما بعد مضي المدة ^(١) .

(١) بدائع الصنائع ج ٥ ص : ٢٧١ .

خيار العيب .

ولو وجد البائع الثمن زيوفاً فقال المشتري للبائع : أنفقه ، فإن لم يرج رده عليّ فأنفق فلم يرج رده استحساناً^(١) .

قال في مجمع الضمانات : ولو دفع المطلوب إلي الطالب حقه زائداً وقال أنفقه فإن لم يرج فردّها ففعل فلم يرج فله الرد استحساناً لا قياساً كذا قاله أبو يوسف والظاهر أنه قَوْلُ الكَلِّ^(٢) .

وذكر في تنقيح الفتاوى الحامدية : ولو دفع المطلوب إلي الطالب حقه زائفاً^(٣) وقال أنفقه ، وإن لم يرج فردّه عليّ ففعل فلم يرج فله الرد استحساناً لا قياساً كذا قاله أبو يوسف ، والظاهر أنه قَوْلُ الكَلِّ^(٤) .

(١) فتح القدير جـ ٦ ص : ٣٨٥ ، رد المحتار علي الدر المختار جـ ٥ ص : ٢٥٩ .

(٢) مجمع الضمانات ص : ٤٥٩ ، الفروق جـ ٢ ص : ٧٤ - ٧٥ .

(٣) بدل زائداً في مجمع الضمانات ولعلها الصواب .

(٤) تنقيح الفتاوى الحامدية جـ ٢ ص : ٢٢٨ ، أسنى المطالب جـ ٢ ص : ٩٠ .

الإقالة لا تمنع الأخذ بالشفعة .

الإقالة لا تمنع الأخذ بالشفعة ، لأن حق الشفيع قد وجب في الشقص المشتري وأثبت له الخيار في أخذه أو تركه فلم يكن للمشتري والبائع أن يسقطا حقه منه بالإقالة ولا بغيرها ، ولا خلاف أن للشفيع أن يأخذ بالبيع الأول وهل له أن يأخذ بالإقالة وتكون عهده علي المشتري أم لا مبني علي اختلاف قولهم في الإقالة هي بيع حادث أم نقض بيع .

فإذا قلنا أنها نقض بيع لم يكن له أن يأخذ بالإقالة وإنما له أن يأخذ بالبيع الأول وتبطل الإقالة لما كانت مبطله لحق الشفيع بعد وجوبه ولزومه .

ولذلك قال مالك ولو سلم الشفعة صحت الإقالة وهو الذي قاله مالك قال: أشهب وهذا استحسان ، إن رأي أن الإقالة كانت لقطع الشفعة فهي باطلة وللشفيع الشفعة ثابتة . وإن رأي أنها علي الصحة صحت الإقالة وللشفيع أن يأخذ بأيهما شاء ، وإذا قلنا أنها بيع حادث فإن له أن يأخذ بالبيع الأول أو بالإقالة فتكون عهده إن شاء علي البائع وإن شاء علي المشتري مع التساوي في الثمن ، ولو كانت الإقالة بأقل من الثمن الأول أو أكثر فهو بيع حادث ولا خلاف فيه فله أن يأخذ بالأول ، أو الثاني أيهما شاء ^(١) .

قال في الشرح الكبير - ولو أقاله البائع - أي المشتري - فإن إقالته لا تسقط الشفعة وعهدة الشفيع علي المشتري بناء علي أن الإقالة ابتداء بيع ملاحظاً فيها اتقاهما بالإقالة علي بطلان حق الشفيع وإلا لكان للشفيع الخيار في كتبها علي من شاء منهما إلا أن يسلم الشفيع شفيعته للمشتري أي يتركها له قبلها أي قبل الإقالة فإن سلمها قبلها ثم

(١) المنتقى شرح الموطأ ج ٦ ص : ٢١٤ .

تقايلاً فله الشفعة والعهدة علي البائع وهذا كله إذا وقعت الإقالة بالثمن الأول فإن وقعت بزيادة أو نقص ولم يحصل من الشفيع تسليم فإنه يأخذ بأي البيعتين شاء ويكتب العهدة علي من أخذ بيعته اتفاقاً^(١).

وأما اختلاف الفقهاء في الإقالة جملة هل هي فسخ بيع أو بيع فقال مالك الإقالة بيع من البيوع يحلها ما يحل البيوع ويحرمها ما يحرم البيوع وهذه عنده إذا كان في الإقالة زيادة أو نقصان أو نظرة فإذا كان ذلك فهي بيع الطعام وغيره ولا يجوز في الطعام قبل أن يستوفي إذا كان قد بيع علي الكيل فإن لم يكن في الإقالة زيادة ولا نقصان فهي عنده جائزة في الطعام قبل أن يستوفي وفي غير الطعام وفي كل شيء وكذلك التولية والشركة. وقال الشافعي : لا خير في الإقالة علي زيادة أو نقصان بعد القبض لأن الإقالة فسخ بيع ، وقال الشافعي : أيضاً وأبو حنيفة الإقالة قبل القبض وبعد القبض فسخ لا يقع إلا بالثمن الأول سواء تقايلاً بزيادة أو نقصان أو ثمن غير الأول وروي الحسن بن زيادة^(٢) عن أبي حنيفة قال : الإقالة قبل القبض فسخ وبعد القبض بعترلة البيع قال وقال أبو يوسف إذا كانت بالثمن الأول فهو كما قال أبو حنيفة وإن كانت بأكثر من الثمن أو بأقل فهو بيع مستقل قبل القبض وبعده وروي عن أبي يوسف قال هي بيع

(١) الشرح الكبير جـ ٣ ص : ٤٩١ ، حاشية الدسوقي جـ ٣ ص : ٤٩١ ، الدخيرة للقرافي جـ ٥ ص : ١٦٤

ص : ٣٥٤ - ٣٥٥ ، شرح مختصر خليل جـ ٦ ص : ١٧٦ - ١٧٧ .

(٢) الحسن بن زياد العلامة فقيه العراق ، أبو علي الأنصاري ، مولاهم الكوفي اللؤلؤي ، صاحب أبي حنيفة ، نزل بغداد ، وصنف ، وتصدر للفقهاء أخذ عنه : محمد بن شعاع الثلجي ، كان أحد الأذكياء ولي القضاء بعد حفص بن غياث ثم عزل نفسه ، مات سنة ٢٠٤ هـ أنظر : سير أعلام النبلاء جـ ٩ ص : ٥٤٣ ، تاريخ بغداد جـ ٧ ص : ٣١٤ ، النجوم الزاهرة جـ ٢ ص : ١٨٨ ، شذرات الذهب جـ ٢ ص : ١٢ .

مستقبل بعد القبض وتجوز الزيادة والنقصان وبمن آخر وقال ابن سماعه : ^(١) عن محمد بن الحسن قال إذا ذكر ثمناً أكثر من ثمنها أو غير ثمنها فهي بيع بما سمي وروي أصحاب زفر عن زفر قال : كان أبو حنيفة لا يري الإقالة بمثلة البيع في شيء إلا في الإقالة بعد تسليم الشفع الشفعة فيوجب الشفعة بالإقالة وقال زفر : ليس في الإقالة شفعة ^(٢) .

إذا يقتضي القياس الا يكون للشفيع حق الشفعة فيما رد بالإقالة إذا اعتبرت هذه الإقالة فسخاً مطلقاً ، وهذا قياس علي أصل محمد وزفر من الحنفية ، لأن الإقالة عند محمد فسخ ، إلا إذا لم يمكن جعلها فسخاً فتحل بيعاً .
وعن زفر : هي فسخ في حق الناس كافة .

أما سائر الحنفية ، وكذلك بقية المذاهب الأخرى ، فإنها تعطي الشفع حق الشفعة فيما رد بالإقالة .

فعلي اعتبار أنها فسخ في حق العاقدین بيع في حق ثالث ، كما هو عند أبي حنيفة أو علي اعتبار أنها بيع في حقهما ، كما هو عند أبي يوسف ، فإن الشفع يأخذ بالشفعة بعد تقايل البيع بين البائع والمشتري ، فمن اشترى داراً ولها شفيع ، فسلم الشفعة ، ثم تقايل البيع ، أو اشتراها ولم يكن بجانبها دار ، ثم بنيت بجانبها دار ، ثم تقايل ، فإن الشفع يأخذها بالشفعة ، وعلي أصل أبي حنيفة تكون الإقالة بيعاً في حق غير العاقدین، والشفيع وغيرهما ، فتكون بيعاً في حقه فيستحق ، وعلي أصل أبي يوسف تعد الإقالة

(١) ابن سماعه : قاضي بغداد العلامة أبو عبد الله ، محمد بن سماعه بن عبيد الله بن هلال التميمي الكوفي ، صاحب أبي يوسف ومحمد ، حدث عن : الليث ، والمسيب بن شريك ، وروي عنه : محمد بن عمران الضبي ، والحسن بن محمد بن غنبر الوشاء وصنف التصانيف ، وتلى القضاء بعد يوسف بن أبي يوسف ودام إلى أن ضعف بصره مات سنة ٢٣٣هـ وعمره ١٠٣ سنوات ، أنظر : سير أعلام النبلاء ج ١٠ ص : ٦٤٦ ، تاريخ بغداد ج ٥ ص : ٣٤١ - ٣٤٣ ، النجوم الزاهرة ج ٢ ص : ٢٧١ .

(٢) التمهيد لابن عبد البر ج ١٦ ص : ٣٤٢ - ٣٤٣ ، الإستذكار لابن عبد البر ج ٦ ص : ٤٩٨ .

بيعاً جديداً في حق الكل ، ولا مانع من جعلها بيعاً في حق الشفيع ، ولهذا للشفيع الأخذ بالشفة ، إن شاء بالبيع الأول وإن شاء بالبيع الحاصل بالإقالة ، أو بمعنى آخر من أيهما شاء : من المشتري لأجل الشراء ، أو من البائع لشرائه من المشتري بالإقالة حيث تكون الإقالة بيعاً من المشتري للبائع ، وحيث تكون فسخ بيع فتؤخذ من المشتري فقط ولا يتم فسخه إلا إن رضي الشفيع لأن الشراء له ^(١) .

اختلفت الرواية في الإقالة عند الحنابلة أهي بيع أو فسخ والصحيح أنها فسخ وهو مذهب الشافعي وعند المالكية هي بيع ، لأن المبيع عاد إلى البائع علي الجهة التي خرج عليه منه ، فلما كان الأول بيعاً كذلك الثاني ، ولأنه نقل الملك لعوض علي وجه التراضي ، فكان بيعاً ، كالأول ^(٢) .

(١) الموسوعة الفقهية جـ ٥ ص: ٣٢٧ ، المحلى بالآثار لأبن حزم جـ ٧ ص : ٤٨٤ - ٤٨٧ .

(٢) المغني لابن قدامة جـ ٤ ص : ٩٥ - ٩٧ ، شرح منبه الإرادات جـ ٢ ص : ٦٣ - ٦٤ ، كشف القناع جـ ٣ ص : ٢٥٠ ، مطالب أولي النهي جـ ٣ ص : ١٥٥ - ١٥٦ ، تبين الحقائق جـ ٤ ص : ٧٠ - ٧٣ ، فتح القدير جـ ٦ ص : ٤٨٦ - ٤٩١ ، البحر الرائق جـ ٦ ص : ١١٠ - ١١١ ، الفتاوى الهندية جـ ٣ ص : ١٥٦ - ١٥٧ ، مجمع الأنهر جـ ٢ ص : ٧١ - ٧٢ ، ص : ٤٨١ ، رد اختار علي الدر المختار جـ ٥ ص : ١٢٤ - ١٢٥ ، حاشية الجمل جـ ٣ ص : ١٣٨ - ١٣٩ ، ص : ٥٠٣ - ٥٠٤ ، حاشية البحر رمي جـ ٣ ص : ١٣٦ - ١٣٧ ، الأم للشافعي جـ ٣ ص : ٣٨ .

إذا جنى علي العبد في زمنها - أي مدة الخيار - فأرش الجناية للبائع .

إذا جنى علي العبد في زمنها - أي مدة الخيار - فأرش الجناية للبائع ، وأن للمشتري حينئذ الخيار في قبوله معيماً بجميع ثمنه ورده ، وقوله كالموهوب أي ما وهب للعبد فيها أو تصدق به عليه يريد أو نأ ما له بريح فهو لبائعه إلا إذا اشترط المشتري ماله فذلك له ، إبن رشد القياس أنه للبائع وما قاله إبن القاسم ^(١) استحسان ، والذي في المدونة أنه للبائع ^(٢) .

قال في شرح مختصر خليل : إذا جنى شخص علي المبيع في زمن العهدة أو في المواضعة فإن أرش الجناية للبائع لأن من عليه الغرم له الغنم ، وكذلك ما وهب للعبد في أيام العهدة أو للامة في زمن مواضعتها فهو للبائع إلا أن يكون المشتري استثنى مال الرقيق فإن ما وهب له في أيام العهدة ^(٣) أو في أيام المواضعة ^(٤) يكون للمشتري ^(٥) .

وذكر في التاج والإكليل : ما جنى علي العبد في الثلاث فمن البائع والأرث له وما وهب للعبد في الثلاث من مال أو تُصدّق به عليه فللبائع (إلا المستثنى ماله) ^(٦) .
والجناية علي العبد في أيام العهدة ارش الجناية للبائع وللمشتري حينئذ الخيار في قبوله

(١) إبن القاسم : عبد الرحمن بن القاسم أبو عبد الله العتقى مولا هم المصري صاحب مالك الإمام . روى عن مالك واللبث وإبن الماجشون ومسلم بن خالد وغيرهم . رحل إلي مالك بعد ابن وهب بضع عشرة سنة وطالت صحبته له ، ولم يخلط حب مالك بغيره حتى صار أثبت الناس فيه . سئل مالك عنه وعن ابن وهب فقال إبن وهب عالم وإبن القاسم فقيه قال يحيى بن يحيى كان إبن القاسم أعلمهم بعلم مالك وآمنهم عليه مات بمصر سنة ١٩١ هـ . انظر : سير أعلام النبلاء ج ٩ ص : ١٢٠ وما بعدها ، تذكرة الحفاظ ج ١ ص : ٣٥٦ ، شذرات الذهب ج ١ ص : ٣٤٧ .

(٢) منح الجليل شرح مختصر خليل ج ٥ ص : ٢٢٣ - ٢٢٤ .

(٣) عهدة الرقيق ثلاثة أيام وهو أن يشتري الرقيق ولا يشترط البائع البراءة من العيب ، فما أصاب المشتري من عيب في الأيام الثلاثة فهو من مال البائع ويرد إن شاء بلاينة ، فإن وجد به عيباً بعد الثلاثة فلا يرد إلا ببينة . انظر : لسان العرب ج ٣ ص : ٣١٢ .

(٤) المواضعة متاركة البيع انظر : لسان العرب ج ٨ ص : ٤٠١ ، مختار الصحاح ج ١ ص : ٣٠٢ .

(٥) شرح مختصر خليل ج ٥ ص : ١٥٤ ، حاشية العدوى ج ٢ ص : ١٧٥ .

(٦) التاج والإكليل لمختصر خليل ج ٦ ص : ٤٠٨ .

معياً بجميع الثمن ، أو رده وكذلك ما وهب للعبد في عهدة الثلاث وما تصدق به عليه ، أو غما ماله بربح فإنه لبائعه إلا أن يكون المشتري استثنى ماله فإن ذلك للمشتري هكذا قال في سماع عيسى^(١) : قال ابن رشد القياس للبائع ، ولو شرط المشتري^(٢) .

قال في المدونة الكبرى : وإن أصاب العبد عور أو عمي أو شلل أو دخله عيب فإن المشتري بالخيار إن أحب يرد العبد وماله علي البائع ويتقضى البيع فذلك له وإن أراد أن يحبس العبد بعينه ويحبس ماله ولا يرجع علي البائع بشيء فذلك له .

ثم قال قلت : فإن أراد أن يحبس العبد وماله ويرجع علي البائع بقيمة العيب الذي أصاب العبد في أيام العهدة قال ليس ذلك له لأن ضمان العبد في أيام العهدة الثلاثة

(١) قال في التاج والإكليل : أنظر : على هذا ما يأتي في سماع عيسى العتيبي أن عهدة الثلاثة تبدأ بعد مضي أيام الخيار . أنظر : التاج والإكليل جـ ٦ ص : ٣٢٣ . ثم ذكر بعد ذلك : فقال إذا غام مال العبد في الثلاثة بربح أو هبة أو وصية فإن كان المبتاع قد اشترط ماله فذلك للمبتاع ، وإن لم يشترط ماله فذلك للبائع : ورواه عيسى عن ابن القاسم . انظر : التاج والإكليل جـ ٤ ص : ٤٠٨ .

(٢) أنظر : مواهب الجليل في شرح مختصر خليل جـ ٤ ص : ٤٧٤ - ٤٧٥ .

من العيوب والموت من البائع ويكون المشتري بالخيار إن أحب أن يقبل العبد مجنئاً عليه والعقل للبائع فذلك له وإن أحب أن يرد العبد فذلك له (١) - (٢).

(١) المدونة الكبرى ج ٣ ص : ٢٢٠ - ٢٢١ .

(٢) والخفية والشافعية كذلك لا يعطونه هذا الحق ، وإنما له أن يرد السلعة ويسترد الثمن ، أو يمسك المعيب ولا رجوع له بنقصان ؛ لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن في مجرد العقد ؛ ولأنه لم يرض بزماله عن ملكه بأقل من المسمى ، فيتضرر به ، ودفع الضرر عن المشتري ممكن بالرد بدون تضرره ، ولكنهم لم يقولوا بالقياس أو الاستحسان هنا . وأما الخنابلة فإنه يكون للمشتري عندهم الخيار بين الرد والرجوع بالثمن ، وبين الإمساك والرجوع بأرض العيب ، أنظر : الموسوعة الفقهية ج ٣ ص : ٢٨٤ . والمالكية كذلك لهم تفصيل أكثر في هذه المسئلة : وهو أنهم فصلوا بين العيب اليسير غير المؤثر ، فلا شيء فيه ولا رد به ، وبين العيب المؤثر الذي له قيمة فيرجع بأرضه ، وبين العيب الفاحش فيجب فيه الرد ، حتى إذا أمسكه ليس له الرجوع بالنقصان ، أنظر : الموسوعة الفقهية ج ٣ ص : ٢٨٤ قال ابن قدامة في المغني : إذا أختار المشتري إمساك المعيب ، وأخذ الأرض ، فله ذلك ، وهذا قول إسحاق ، وقال أبو حنيفة والشافعي : ليس له إلا الإمساك ، أو الرد ، وليس له أرض ، إلا أن يتغذر رد المبيع ، لأن النبي ﷺ جعل لمشتري المصراة الخيار بين الإمساك من غير أرض ، أو الرد ، ولأنه يملك الرد ، فلم يملك أخذ جزء من الثمن ، كالذي له الخيار ، ولنا أنه ظهر علي عيب لم يعلم له فكان له الأرض ، كما لو تعيب عنده . ولأنه فات عليه جزء من المبيع ، فكانت له المطالب بعوضه أنظر : المغني لابن قدامة ج ٤ ص : ١١٠ - ١١٢ ، الإنصاف للمرداوي ج ٤ ص : ٤١٠ - ٤١١ ، كشاف القناع ج ٣ ص : ٢٢١ - ٢٢٢ ، يقول النووي في المجموع شرح المذهب : وإن قال البائع : أمسك المبيع وأنا أعطيتك أرض العيب لم يجز المشتري علي قبوله ، لأنه لم يرض إلا بمبيع سليم بجميع الثمن فلم يجز علي إمساك معيب بعض الثمن ، وإن قال المشتري : أعطيتني الأرض لأمسك المبيع لم يجز البائع علي دفع الأرض ؛ لأنه لم يذل المبيع إلا بجميع الثمن فلم يجز علي تسليمه بعض الثمن ، أنظر : المجموع شرح المذهب للنووي ج ١١ ص : ٣٦٣ ، وقال الشيرازي : لأنه لم يرض إلا بمبيع سليم بجميع الثمن فلم يجز علي إمساك معيب بعض الثمن ، أنظر المذهب ج ١ ص : ٢٨٤ ، روضة الطائين ج ٣ ص : ٥٠٤ .

وقال الكاساني : لو قال المشتري : أنا أمسك المعيب وأخذ النقصان ليس له ذلك ، لأن قوله : أمسك المعيب دلالة الرضا بالعيب وأنه يمنع الرجوع بالنقصان ، وقال بعدئذ : لأن حق الرجوع بالنقصان كالحلف عن الرد ، والقدرة علي الأصل تمنع المصير إلي الخلف ، أنظر بدائع الصنائع للكاساني ج ٥ ص : ٢٨٨ - ٢٨٩ ، البحر الرائق ج ٦ ص : ٥٢ المبسوط ج ٥ ص : ٢٨٧ ، شرح فتح القدير ج ٦ ص : ٣٨٧ ، الهداية شرح البداية ج ٣ ص : ٣٥ - ٣٦ .

الإقالة : في اللغة الرفع والازالة ، ومن ذلك قولهم : أقال الله عشرته اذا رفعه من سقوطه ومنه الإقالة في البيع ، لانها رفع العقد .^(١)
واصطلاحاً : رفع العقد ، والقضاء حكمه وآثاره بتراضى الطرفين .^(٢)

-
- (١) انظر : لان العرب جـ ٢ ص : ٦٤ ، جـ ١١ ص : ٥٨٠ ، المغرب للمطرزى ص : ٣٩٨ - ٣٩٩ ، النهاية في غريب الحديث جـ ٤ ص : ١٣٤ .
- (٢) انظر : المغنى لابن قدامة جـ ٤ ص : ٩٦ ، مطالب أولى النهى جـ ٣ ص : ١٥٤ - ١٥٥ ، شرح منتهى الإرادات جـ ٢ ص : ٦٣ ، كشف القناع جـ ٣ ص : ٢٤٨ ، الميسوط جـ ٢٥ ص : ١٦٤ ، تبين الحقائق جـ ٤ ص : ٧٠ ، العناية شرح الهداية جـ ٦ ص : ٤٨٦ ، المنتقى شرح الموطأ جـ ٤ ص : ٢٨١ ، التاج والإكليل جـ ٥ ص : ٣٢٩ ، التمهيد لابن عبد البر جـ ١٢ ص : ٢٢٨ .

قوم في السفينة وقد اشترى قوم من رجل منهم في السفينة أمتعة فخيف الغرق ووقع الاتفاق علي إلقاء بعض الأمتعة علي السفينة حتى تخف السفينة فقال بائع الأمتعة من طرح منكم المتاع الذي اشترى مني فقد أقلته البيع فطرحوا صحت الإقالة استحساناً^(١) قال في شرح السير الكبير : ولو كان أمر المتأدين حتى قال : من طرح منكم المتاع الذي اشترى مني فقد أقلته البيع فيه ، فهذا في القياس لا يصح ، لأنه تعليق الإقالة بالشرط .

وفي الاستحسان هو صحيح ، لأن المقصود تحقيق الإقالة والحث لهم علي الطرح. وكذا لو قال : أقلتكم علي أن تطرحوا ، أو اطرحوا علي الإقالة منكم لي ، وكذا غير الأمير من باع متاعه فهو علي قياس الأمير ، وهو نظير القياس ، والاستحسان في أصل البيع إذا قال : إن أدّيت إليّ كذا درهماً غن الثوب فقد بعته منك ، فأدى الثمن في المجلس ، فإنه يكون ذلك بيعاً صحيحاً استحساناً ، فكذلك الإقالة^(٢) .

(١) الفتاوى الهندية جـ ٣ ص : ١٥٨ - ١٥٩ .

(٢) شرح السير الكبير جـ ٣ ص : ١٠٧٥ - ١٠٧٦ ، وانظر : البحر الرائق جـ ٦ ص : ٢٠٦ ، مجمع الأعر جـ ٢ ص : ١١٥ ، رد المحتار علي الدر المختار جـ ٥ ص : ١٢٠ ، ٢٥١ ، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام جـ ١ ص : ١٧٥ المادة (٥١) ، حاشية ابن عابدين جـ ٥ ص : ١٢٠ ، بدائع الصنائع جـ ٥ ص : ١٧٥ .

روي أن النبي ﷺ قال (لا تصروا ^(١) الإبل والغنم فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها ، فإن رضيها أمسكها ، وإن سخطها ردها وصاعاً من تمر) ^(٢) ... قال الشارح في شرحه علي المنار ^(٣) وهو مخالف للقياس الثابت بالكتاب والسنة والإجماع من أن ضمان العدوان بالمثل أو القيمة والتمر ليس منهما فكان مخالف للقياس ومخالفته مخالفة للكتاب والسنة وإجماع المتقدمين فلم يعمل به لما مر ، فيرد قيمة اللبن عند أبي يوسف وقال أبو حنيفة ويرجع علي البائع بأرشها ، وفي شرح التحرير ^(٤) وقد اختلف العلماء في حكمها فذهب إلي القول بظاهر الحديث الأئمة الثلاثة أبو يوسف وابن قدامة أنه يردّها مع قيمة اللبن ولم يأخذ أبو حنيفة ومحمد به؛ لأنه مخالف

(١) تصروا : بضم التاء وفتح الصاد من التصرية وهي ربط ضرع الناقة أو الشاة وترك حلبها اليومين أو الثلاثة حتى يجتمع اللبن ، انظر : رد المحتار علي الدر المختار جـ ٤ ص : ٤٤ ، وقال في المغني : التصرية : جمع اللبن في الضرع يقال : صري الشاة ، وصري اللبن في ضرع الشاة ، بالتشديد والتخفيف ، قال البخاري : أصل التصرية حبس الماء ، يقال : صريت الماء ، ويقال للمصراة : اغفله وهو من الجمع أيضاً ومنه سميت بجامع الناس محافل ، والتصرية حرام إذا أراد بذلك التديس ، انظر : المغني جـ ٦ ص : ٢١٥

(٢) أخرجه البخاري جـ ٣ ص : ٩٢ - ٩٣ في باب النهي للبائع أن لا يحفل الإبل والبقر والغنم ، وباب إن شاء رد المصراة وفي حلبها صاع من تمر ، من كتاب البيوع ومسلم جـ ٣ ص : ١١٥٥ ، ١١٥٨ ، ١١٥٩ في باب تحريم بيع الرجل علي بيع أخيه ... وباب حكم بيع المصراة من كتاب البيوع .

(٣) شرح المنار لابن ملك ص : ٢١٠ ، وانظر : كشف الأسرار للبخاري جـ ٢ ص : ٩ - ١٠ .

(٤) تيسر التحرير جـ ٣ ص : ٥٢ .

للأصول . والحاصل أنه إذا اشتراها فحلبها فوجدتها قليلة اللبن ليس له أن يردّها عندنا : وعند الشافعي وغيره له أن يردّها مع اللبن لو قائماً ومع صاع تمر لو هالكاً ، وهل يرجع بالنقصان عندنا : فعلى رواية الأسرار ^(١) - ^(٢) لا وعلي رواية الطحاوي ^(٣) نعم ، قال في شرح المجموع ^(٤) . وهو المختار ؛ لأن البائع بفعل التصرية غير المشتري فصار كما إذا غره بقوله إنها لبون (قوله في غير ذلك) أي في غير الإرضاع (قوله فهو للاختبار) : أي لأجل أن يختبره ويمتحنه ليعلم أنه مع العيب يصلح له أم لا (قوله إلا علي كره من العبد) مخالف لإطلاق ما مر أنه الاستحسان مع أن وجهه خفي تأمل (قوله لما مر) أي قريباً في قوله للتيقن بكذبه ^(٥) .

وقال في فتح القدير : وفي المصراة يرد بقلة اللبن عند الشافعي ومالك وأحمد وزفر وروية عن أبي يوسف : والمصراة شاة ونحوها سد ضرعها ليحتمل لبنها ليظن المشتري أنها كثيرة اللبن فإذا حلبها ليس له ردها عندنا ، وهل يرجع بالنقصان ؟ وفي رواية الكرخي لا ، وفي رواية شرح الطحاوي يرجع لفوات وصف مرغوب بعد حدوث زيادة منفصلة ، وقيل لو اختبرت هذه الفتوى كان حسناً لغرور المشتري بالتصرية ، ولو اغترّ بقول البائع هي حلوب فتبين خلافه بعد الولادة يرجع فكذا هنا ^(٦) .

- (١) إشارات الأسرار للشيخ الإمام أبي الفضل الكرمان رحمه الله . انظر : كشف الأسرار للبخاري ج ١ ص : ١٧٣ .
- (٢) أبو الفضل الكرمان شيخ أصحاب أبي حنيفة ومقدمهم بخراسان ذكره ابن عساكر الملقب ركن الدين مات عشية الجمعة لعشر بقين من ذي الحجة سنة ٥٤٣ هـ ومولده في منتصف شوال سنة ٤٥٧ هـ ، قال في طبقات الحنفية . كذا رايته بخط شيخنا عبد الكريم وذكر انه رآه بخط الغرضي . انظر : طبقات الحنفية ج ١ ص : ٢٦٢ .
- (٣) الإمام العلامة الحافظ : أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن سلمة بن عبد الملك الأزدي الحجري المصري الطحاوي الحنفي صاحب التصانيف من أهل قرية طحان من أعمال مصر مولده في سنة ٢٣٩ هـ سمع من عبد الغني بن رفاعه وهارون بن سعيد الأبلق ويونس بن عبد الأعلى ويحيى بن نصر وخلق كثير . برز في علم الحديث وفي الفقه ، وارتحل الى الشام اليه انتهت رئاسة أصحاب أبي حنيفة بمصر ، صنف اختلاف العلماء ، والشروط ، وأحكام القرآن ، معاني الآثار . توفي سنة ٣٢١ هـ انظر : سير اعلام النبلاء ج ١٥ ص : ٢٨ - ٢٣ ، تذكرة الحفاظ ج ٣ ص : ٨٠٨ - ٨١١ ، النجوم الزاهرة ج ٣ ص : ٢٣٩ ، شذرات الذهب ج ٢ ص : ٢٨٨ .
- (٤) المجموع شرح المهذب ج ١١ ص : ٢٠٠ - ٢٠١ .
- (٥) رد المختار علي الدر المختار ج ٥ ص : ٤٤ كتاب البيوع .
- (٦) فتح القدير ج ٦ ص : ٤٠٠ .

وقال في المبسوط : وأما إذا اشتراها بغير شرط خيار فليس له أن يردها بسبب التحفيل عندنا وقال الشافعي : له أن يرد معها صاعاً من ثمر لأجل اللبن وكذلك لو اشترى ناقة فوجدها مصراة وهي التي سد البائع ضرعها حتى اجتمع اللبن فيه فصار ضرعها كالصراة وهي الخوض فليس له أن يردها والتصرية ليست بعيب عندنا ، وقال الشافعي له أن يردها بسبب التصرية والتحفيل^(١) .

فأبو حنيفة ذهب إلى أنه لا يرد الحيوان بالتصرية ، ولا يثبت الخيار بها ؛ لأن التصرية ليست بعيب بدليل أنه لو لم تكن مصراة فوجدها أقل لبناً من أمثالها لم يملك ردها والتدليس بما ليس بعيب لا يثبت الخيار ، ولا يرد معها صاعاً من ثمر لأن ضمان العدوان بالمثل أو القيمة والتمر ليس مثلاً ولا قيمة بل يرجع بالأرض^(٢) .

(١) المبسوط ج ١٣ ص : ٣٨ ، وانظر : البحر الرائق ج ٦ ص : ٥١ .

(٢) ذهب الأئمة : مالك والشافعي وأحمد ، وأبو يوسف إلى أن تصرية الحيوان عيب يثبت الخيار للمشتري ، ويستوي في ذلك الأنعام وغيرها مما يقصد لبه . وذلك لما فيه من الغش والتفريب الفعلي وللحديث المتقدم . ويرد معها عوضاً عن لبنها إن احتلب ، وهذا محل اتفاق بين هؤلاء الأئمة وإن اختلفوا في نوع العوض فعند الإمام أحمد وهو الصحيح عند الشافعية أن العوض هو صاع من ثمر وذلك للحديث ، وقد نص فيه علي التمر : (وأن شاء ردها ورد معها صاعاً من ثمر) وذهب الإمام مالك إلى أن العوض هو صاع من غالب قوت البلد وهو القول الآخر للشافعية ، وقال مالك ، أن بعض أنفاظ الحديث جاء فيها : (فإن ردها رد معها صاعاً من طعام) وتنصيص التمر في الحديث ليس لخصوصه ، وإنما كان غالب قوت المدينة آنذاك وعند أبي يوسف يرد قيمة اللبن المحتلب ؛ لأنه ضمان متلف فكان مقدراً بقيمته كمساثر المتلفات .

واتفقوا أيضاً : أن العوض خاص بالأنعام .

قال في التاج والأكليل : قال ابن القاسم : من باع شاة حلوبة غير مصراة في إبان الحلاب ولم يذكر ما تحلب ، فإن كانت الرغبة فيها إنما هي اللبن والبائع يعلم ما تحلب فكتمه فللمبتاع أن يرضاه أو يردها كصرة يعلم البائع كيلها دون المبتاع (ولا بغير عيب التصرية علي الأحسن) ، واللبن في غير المصراة للمبتاع بالضمان فلا يرد معها شيئاً إن ردها . انظر : التاج والإكليل ج ٦ ص : ٣٥١ ، وانظر : المغونة ج ٣ ص : ٣٠٩ - ٣١٠ ، شرح مختصر خليل ج ٥ ص : ١٣٣ - ١٣٤ حاشية المدسوقي ج ٣ ص : ١١٦ - ١١٧ ، وقال في حاشية الصاوي علي الشرح الصغير : (ويرد) الحيوان (إن حلبه) المشتري (بصاع) : أي مع صاع (من غالب القوت) لأهل البلد ، ورد الصاع خاص بالأنعام . وظاهره اتحاد الصاع ولو تكرر حلابها حيث لا يدل علي الرضا ، وغير الأنعام ترد بلا صاع كالأنعام إذا لم يحلبها .. (وحرم رد اللبن) الذي حلبه منها بدلاً عن الصاع ولو تراضيا علي ذلك (كغروه) أي غير اللبن من طعام أو عين أو غيرها (بدلاً عنه) أي عن الصاع

=====

أنظر : حاشية المصاوى على الشرح الصغير جـ ٣ ص : ١٦١ - ١٦٢ ، وانظر : منح الجليل شرح مختصر خليل جـ ٥ ص : ١٦٠ - ١٦٢ ، ص : ١٦٣ - ١٦٤ .

وقال المشافعي في الأم : والتصرية أن تربط أحلاف الناقة أو الشاة ثم تترك من الحلاب اليوم واليومين والثلاثة حتى يجتمع لها لبن فمراه مشربها كثيراً فيزيد في ثمنها لذلك ثم إذا حلبها بعد تلك الحلبة أو اثنين عرف أن ذلك ليس بلبنها نقصانه كل يوم عن أوله وهذا غرور للمشتري والمعلم يحيط أن ألبان الإبل والغنم مختلفة في الكثرة والأثمان فجعل النبي ﷺ بدلها ثمناً واحداً صاعاً من تمر . وكذلك البقر فإن كان رضيها المشتري وحلبها زماناً ثم أصاب لها عيباً غير التصرية فله ردها بالعيب ويرد معها صاعاً من تمر ثمناً للبن التصرية ولا يرد اللبن الحادث في ملكه لأن (النبي ﷺ قضى أن الخراج بالضمآن) ، انظر : الأم للشافعي جـ ٨ ص : ١٨٠ ، وانظر : المجموع شرح المهذب جـ ١١ ص : ١٩٤ ، أسنى المطالب جـ ٢ ص : ٦٢ ، شرح البهجة جـ ٢ ص : ٤٥٤ - ٤٥٥ ، تحفة المحتاج جـ ٤ ص : ٣٩٠ ، نهاية المحتاج جـ ٤ ص : ٧٠ - ٧١ ، حاشية البجيرمي على المنهج جـ ٢ ص : ٢٦١ ، قال الماوردي : إذا اشترى الرجل شاة فحلبها فبانَت مصراً كانت عيباً وله الرد وهو قول الصحابة والتابعين والفقهاء ، إلا أبا حنيفة ومحمد فإفهما خالف الكافة وقالوا لا رد له ويرجع علي البائع بأرضها (أرض العيب وبمسكها) . انظر : الحاوى الكبير للماوردي جـ ٥ ص : ٢٣٦ ، وقال ابن قدامة في المغني : أن من اشترى مصراً من هيمة الأنعام لم يعلم نصريتها فله الخيار في الرد والإمساك ، وذهب أبو حنيفة ومحمد إلى أنه لا خيار له لأن ذلك ليس بعيب بدليل أنها لو لم تكن مصراً فوجدتها أقل لبناً من أمثالها لم يملك ردها والتدليس بما ليس بعيب لا يثبت الخيار ، كما لو علفها فانتفخ بطنها وظن المشتري أنها حامل . ثم قال ابن قدامة : ولنا ما روى أبو هريرة عن النبي ﷺ أنه قال : (لا تصروا الإبل والغنم فمن ابتاعها بعد ذلك فإنه يخير النظرين بعد أن يحلبها إن شاء أمسكها ، وإن شاء ردها وصاعاً من تمر) متفق عليه . وروى ابن عمر عن النبي ﷺ أنه قال : (من ابتاع عفلة فهو بالخيار ثلاثة أيام إن ردها رد معها مثل أو مثلي لبنها قمحاً) - رواه أبو داود في سنته جـ ٣ ص : ٢٧١ باب من اشترى مصراً فكرهها من كتاب البيوع رقم الحديث (٣٤٤٦) ، سنن ابن ماجه جـ ٢ ص : ٧٥٣ ، باب بيع المصرة من كتاب التجارات رقم الحديث (٢٢٤٠) مسند الإمام أحمد جـ ٢ ص : ٤١٧ - ثم قال ابن قدامة : ولأن هذا تدليس يختلف الثمن باختلافه فوجب به الرد ، انظر : المغني لابن قدامة جـ ٤ ص : ١٠٣ - ١٠٤ ، وانظر : الإنصاف جـ ٤ ص : ٣٩٩ - ٤٠٠ ، شرح منتهى الإرادات جـ ٢ ص : ٤٢ - ٤٣ كشف القناع جـ ٣ ص : ٢١٤ - ٢١٥ ، مطالب أربي النهي جـ ٢ ، ص : ١٠٥ - ١٠٦ .

زوج المبيع بأن كان جارية أو عبداً فالقياس أن يصير قابضاً ..

ولو زوج المبيع بأن كان جارية ، أو عبداً ، فالقياس أن يصير قابضاً ، وهو رواية عن أبي يوسف ، وفي الاستحسان : لا يصير قابضاً . وجه القياس : أن التزويج تعيب ألا ترى أن الزوجية يرد بها ؟ وإذا كانت زوجية عيباً كان التزويج تعيباً . والتعيب قبض . وجه الاستحسان : أنه تعيب حكماً لا حقيقة لأنه لا يوجب نقصان المحل ، ولا نقصان الملك فيه فلا يصير به قابضاً ^(١) .

قال في المبسوط : في القياس يصير المشتري قابضاً بنفس التزويج وهو رواية عن أبي يوسف حتى إذا هلك بعد ذلك فهو من مال المشتري ، لأن التزويج عيب فيها والمشتري إذا عيب المعقود عليه يسير قابضاً أو يجعل التزويج كالإعتاق أو التدبير فكما يصير المشتري قابضاً بذلك فكذلك بالتزويج ولكنه استحسان فقال لا يكون قابضاً لها بنفس التزويج حتى إذا هلكت فهي من مال البائع ، لأنه لم يتصل من المشتري فعل بها وإنما التزويج عيب عن طريق الحكم علي معنى أنه تقل رغائب الناس فيها ويتنقص لأجله الثمن فهو في معنى نقصان السعر ^(٢) .

وقال الزيلعي : ثم إذا جاز النكاح ، فإن وطئها كان قابضاً لها ، لأن الوطء من الزوج حصل بتسليط المشتري فصار منسوباً إليه كأنه فعله بنفسه ، وإن لم يطأها لا يكون قبضاً لها استحساناً والقياس أن يكون بنفس التزويج ؛ لأنه تعيب حكماً ألا ترى أنه لو وجد المشترة مزوجة يردّها بالعيب فصار كالتدبير والإعتاق وكالوطء . وجه الاستحسان أنه لم يتصل بها من المشتري فعل يوجب نقصان في الذات ، وإنما هو

(١) بدائع الصنائع ج ٥ ص : ٢٤٦ كتاب البيع فصل في حكم البيع .

(٢) المبسوط ج ١٣ ص : ١٧٧ - ١٧٨ .

عيب من طريق الحكم علي معنى أن رغبات الناس تقل فيها فينتقص الثمن لأجله فصار كتنقصان السعر بخلاف الوطء ؛ لأنه فعل حسي اتصل بها فأوجب نقصاناً في ذاتها لأن منافع البعض ملحق بالجزء ولهذا تضمن بالإتلاف فصار كما لو اتلف عضواً منها بالقطع^(١)

وقال في الهداية: (ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها فوطئها الزوج فالنكاح جائز) لوجود سبب الولاية وهو الملك في الرقبة علي الكمال وعليه المهر. (وهذا قبض) لأن وطء الزوج حصل بتسليط من جهته فصار فعله كفعله (إن لم يطمأها فليس بقبض) والقياس أن يصير قابضاً ، لأنه تعيب حكمي فيعتبر بالتعيب الحقيقي ، وجه الاستحسان إن في الحقيقي استيلاء علي المحل وبه يصير قابضاً ولا كذلك الحكمي فافترقا^(٢) .

فوطء زوج المشتراة قبض لإنكاحها يعني إذا اشترى جارية وزوجها قبل قبضها صح، فإن وطئها زوجها فقد قبضت للمشتري وإلا فلا يكون بمحرد تزويجها قابضاً لها^(٣) .

ولقد اختلف الفقهاء في حكم التصرف بغير البيع في الأعيان المشتراة قبل قبضها علي أربعة أقوال : القول الأول : للحنفية : وهو أنه يجوز التصرف في المبيع قبل قبضه بالهبة والصدقة والإقراض ، والإعارة والوصية والعق والتدبير والإستيلاء والتزويج ، أما إجارته فلا يجوز مطلقاً^(٤) .

(١) تبين الحقائق جـ ٤ ص : ١٢٨ .

(٢) الهداية مع شرح العناية جـ ٧ ص : ١٢٤ ، فتح القدير جـ ٧ ص : ١٢٤ .

(٣) أنظر : درر الحكام شرح غرر الأحكام جـ ٢ ص : ١٩٨ ، البحر الرائق جـ ٦ ص : ١٨٩ - ١٩٠ ، مجمع الأهر جـ ٢ ص : ١٠٨ - ١٠٩ ، رد المحتار علي الدر المختار جـ ٥ ص : ٢٢٩ - ٢٣٠ .

(٤) الثاني : للمالكية : وهو أنه يجوز التصرف في المبيع قبل قبضه بسائر التصرفات إن لم يكن مطعوماً ، أو كان مطعوماً ، ولكن ليس فيه حق توفية من كيل أو وزن أو عد ، أما الطعام الذي يكون فيه حق توفية ، فلا يجوز التصرف فيه بأي عقد من

عقود المعاوضة قبل قبضه ، أما بغير المعاوضة كهيئة وصدةٍ وقرض وشركة وتولية فيحوز التصرف فيه قبل أن يقبض .
والثالث: للشافعية : وهو أنه لا يجوز التصرف في المبيع قبل قبضة بأي نوع من أنواع التصرفات كالإجارة والكتابة ونية
والرهن والإقراض ، أو جعله صداقاً أو أجرة أو عوضاً في صلح أو رأس مال سلمٍ ونحوها وذلك لضعف الملك ، إلا انتفى
والتدبير والاستيلاء والتزويج والقسمة والوقف فيحوز ذلك قبل القبض .

والرابع للحنابلة : وهو أن ما اشترى من المقدرات بكيل أو وزن أو عدد لا يجوز التصرف فيه قبل قبضه بإجارة ولا
هبة ولا رهن ولا حوالة قياساً على بيعه لأنه من ضمان بائعه ، فلا يجوز فيه شيء من ذلك ، ولكن يصح عتقه وجعله ميراثاً
وبدل خلع وكذا الرصية به قبل أن يقبض ، وذلك لاغتفار الضرر في هذه التصرفات . أما ما اشتراه جزافاً من غير تقدير .
فيحوز التصرف فيه قبل قبضه مطلقاً بأي ضرب من ضروب التصرفات . إلا ما بيع بصفةٍ أو رؤيةٍ متقدمة ، فلا يجوز التصرف
فيه قبل قبضه ، قال البهوتي : لأنه تعلق به حق توفية ، فأشبه المبيع بكيل ونحوه . قال ابن عبد البر : وطء الزوج حصص
بتسليم من المشتري فصار فعله كفعل المشتري ولو وطئها المشتري كان قابضاً فكذا ذلك الزوج ولو لم يطأها الزوج لا يكون
المشتري قابضاً استحساناً حتى لو هلك بعد التزويج قبل الوطء هلكت من مال البائع والقياس أن يصير قابضاً بمجرد التزويج
وهو رواية عن أبي يوسف حتى إذا هلك بعد ذلك هلكت من مال المشتري لأن التزويج تعيب منه للبيع وكذلك يثبت عجز
الرد إذا اشترى جارية فوجدها ذات زوج والمشتري إذا عيب المبيع يصير قابضاً له وجه الاستحسان أنه لم يتصل بما فعل حتى
من المشتري والتزويج تعيب حكماً بمعنى تقليل الرغبات فيها فكان كقصان السعر له . انظر : التمهيد جـ ٧ ص : ١٢٥ ،
وانظر : شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك جـ ٢ ص : ٣٩٤ - ٣٩٥ ، الكافي جـ ١ ص : ٣١٩ - ٣٢٠ . وقال في
الإقناع الشريبي : وضعف حق الحبس والاستيلاء والتزويج والوقف كالتحق والضمن المعين كالمبيع قبل قبضه . انظر : الإقناع
للشريبي جـ ٢ ص : ٢٨٠ . وقال في أسنى المطالب : (وينفذ) من المشتري (قبل القبض العتق والاستيلاء والتزويج
والوقف إن لم يحتج قبلاً ؟ انظر : أسنى المطالب جـ ٢ ص : ٨٢ ، شرح البيهقي جـ ٣ ص : ١٤ ، تحفة المحتاج جـ ٤
ص : ٤٠٢ - ٤٠٣ ، مغني المحتاج جـ ٢ ص : ٤٦٣ ، نهاية المحتاج جـ ٤ ص : ٨٦ وقال في شرح منتهى الإرادات :
(وما عدا ذلك) أي ما اشترى بكيل أو وزن أو عدد أو ذرع كعبدٍ ودار ومكيل ونحوه بيع جزافاً (يصح التصرف فيه قبل
قبضه . انظر : شرح منتهى الإرادات جـ ٢ ص : ٥٩ ، كشف القناع جـ ٣ ص : ٢٤٣ ، وانظر : مطالب أولي النهى
جـ ٣ ص : ١٤٣ - ١٤٤ .

إذا أمر الرجل رجلاً ببيع عبد له ...

وإذا أمر الرجل رجلاً ببيع عبد له ، ودفعه إليه ، فقال الوكيل : قد بعته من هذا وقبضت الثمن ، وهلك عندي ، وأدعى المشتري ذلك - فهو جائز والوكيل مصدق فيه مع يمينه ، لأنه مسلط علي البيع ، وقبض الثمن ، وقد أُجْبِرَ بما جعل مسلطاً عليه ؛ في حال قيام التسلط ، ولا تتمكن التهمة في حيزه ، وهو أمين بما دفع اليه ، فإذا أخير بأداء الأمانة فيه كان القول قوله مع يمينه . وإن كان الأمر قد مات ، وقال ورثته لم نسمع وقال الوكيل : قد بعته من فلان بألف درهم ، وقبضته ، وهلك عندي ، وصدقه المشتري ، فإن كان العبد قائماً بعيته ؛ لم يصدق الوكيل بالبيع ؛ لأنه أخير به في حال لا يملك إنشاءه ، فإنه قد يُعزل بموت الأمر ، ولأن العبد صار ملك الوارث في الظاهر ، ولم يسلطه الوارث علي إزالة ملكه ؛ فلا قول له في ذلك ، بخلاف حال حياة الأمر ، ولكن إن أقام المشتري البينة علي الشراء في حياة الأمر ، كان العبد له ، وإلا فهو للورثة مع يمينهم علي العلم ، فإذا أخذت الورثة العبد ، ضمن الوكيل المال للمشتري بإقراره بقبضه منه عوضاً عن اليمين ، وقد استحق العبد من يد المشتري ، فكان ضامناً له ما قبض من الثمن ، وإن كان العبد مستهلكاً ، فالوكيل يصدق بعد أن يحلف استحساناً ، وفي القياس لا يُصدق ، لما بينا من المعنيين : أنه قد انعزل بموت الأمر ، وإن بدّل ، وهو القيمة صار ملكاً للوارث علي المشتري بقبضه العبد ، أو باستهلاكه ، فلا يقبل قول الوكيل في إبطال ملكهم . ووجه الاستحسان : أن الوكيل بما يخبر هنا ينفي الضمان عن نفسه ، وهو كان أميناً في هذا العبد ، فيكون قوله مقبولاً مع يمينه فيما ينفي الضمان به عن نفسه ، بخلاف قيام العبد فإنه يزيل ملكاً ظاهراً للوارث في العبد وهو ليس بأمين في ذلك فلا يقبل قوله لهذا ^(١) .

(١) الميوط ج ١٩ ص : ٤٩ - ٥٠ كتاب الوكالة ، باب من الوكالة بالبيع والشراء .

وقال في البحر الرائق : إذا ادّعى الموكل تعيين شيءٍ وادّعى الوكيل تعيين آخر قيد الاختلاف في الإطلاق والتقييد لأن الوكيل بالبيع إذا ادّعى البيع وقبض الثمن وهلاكه وادّعه المشتري وكذلهما الأمر فالوكيل يصدق مع يمينه فإن كان الأمر قد مات فقال : ورثته لم يبعه وقال الوكيل : قد بعته من فلان بألف وقبضت الثمن وهلك وصدقه المشتري فإن كان العبد قائماً بعينه لم يصدق الوكيل علي البيع إلا أن تقوم بينة أنه باعه في حياة الأمر فإن لم تكن له بينة رد البيع وضمن الوكيل المال للمشتري وإن كان العبد مستهلكاً فالوكيل مصدق بعد الحلف استحسناً ذلك ^(١) وقال في الفتاوى الهندية : فإن مات الأمر فقال ورثته : لم تبعه وقال الوكيل : بعته وقبضت الثمن وهلك وصدّق المشتري إن كان العبد قائماً فالقول قول الوكيل استحساناً وإن كان هالكاً لا يصدق إلا بينة تقوم علي البيع في حياة الأمر ^(٢) .

وقال في مجمع الضمانات : لو قال الوكيل بالبيع : بعته من هذا وقبضت الثمن وهلك فصدقه المشتري جاز ، وإن لم يصدقه لا يجوز لو مات الأمر فقال ورثته : لم تبعه ، وقال الوكيل : بعته من فلان وقبضت الثمن وهلك فصدقه المشتري إن كان المبيع قائماً

(١) البحر الرائق ج ٧ ص : ١٧١ ، درر الحكام في شرح غرر الأحكام ج ٣ ص : ٦٠٩ - ٦١٠ .

(٢) الفتاوى الهندية ج ٣ ص : ٥٩٩ .

لم يصدق الوكيل ويرد المبيع وضمن الوكيل الثمن للمشتري ، وإن كان مستهلكاً يصدق الوكيل مع يمينه امتحاناً^(١) .

وذكر الحموي^(٢) : لو مات الموكل وقال ورثته لم تبعه وقال الوكيل بعت من فلان بألف درهم وقبضت الثمن وهلك وصدقه المشتري يصدق الوكيل أن كان العبد هالكاً^(٣) .

(١) مجمع الضمانات ص : ٢٦٠ - ٢٦١ .

(٢) أحمد بن محمد الحموي الحنفى صاحب كتاب غمز عيون البصائر عبارة عن قواعد فقيه عدد الأجزاء أربعة أجزاء .
انظر: غمز عيون البصائر . المقدمة .

(٣) غمز عيون البصائر للحموي ج ٣ ص : ٢٩ .

من اشترى شقصاً ثم استقال منه فللشفيع الشفعة بعهددة البيع وتبطل الإقالة وليس له الأخذ بعهددة الإقالة .
للإمام مالك : من اشترى شقصاً ثم استقاله منه فللشفيع الشفعة بعهددة البيع وتبطل الإقالة ، وليس له الأخذ بعهددة الإقالة ، والإقالة عند الإمام مالك : بيع حادث في الأشياء الا في هذا يقول ابن المراز ^(١) لأنه يتزل أمره على أنه هرب من العهددة . وعند أشهب ^(٢) القياس ان يأخذ من أيهما شاء ، ولو قال قائل لم أعبه ولكن الاستحسان ان لا تكون له شفعة الا على المشتري لقراره من العهددة فيها وان سلم الشفيع شفيعته صحت الإقالة . وعند ابن المراز اذا سلم الشفيع شفيعته ثم تقابل المتبايعان كان للشفيع الشفعة بعهددة الإقالة من البائع ، وتصير بيعاً حادثاً لزوال التهمة . كل هذا اذا كانت الإقالة بمثل الثمن ، فان كانت بزيادة او نقص فالشفعة بسأى البيعتين شاء اتفاقاً . والشركة والتولية كالإقالة . ^(٣) وقدم مشاركته في السهم ابن شاس ^(٤) ان كان في الشركاء من له شرك أعص من غيره من الإشارك فهو أشفع وأول من غيره ممن له شرك أعم وذلك كأهل المورث الواحد يتشافعون بينهم دون الشركاء الأجانب ثم أهل السهم الواحد أولى من بقية أهل الميراث ، وبالجمله فكل صاحب شرك أعص فهو أشفع الا ان يلم فيشفع صاحب الشرك الذي يليه . ^(٥)

(١) ابن المراز الامام العلامة فقيه الديار المصرية ابو عبدالله محمد بن ابراهيم بن زياد الاسكندراني المالكي ابن المراز صاحب التصانيف اعتمد المذهب عن عبد الله بن عبد الحكم وعبد الملك بن الماحشون واصبح الفرع ، انتهت اليه رئاسة المذهب والمعرفة وله مصنف حافل في الفقه رواه عنه على بن عبدالله بن ابي مطر وابن مبشر قدم دمشق في عهد السلطان أحمد بن طولون وقيل انه تزهد وانزوى ببعض الحصون الشامية في اواخر عمره حتى ادركه الأجل . توفي سنة ٢٦٩ هـ وبعضهم أرخ موته في ٢٨١ هـ . انظر : سير أعلام النبلاء ج ١٣ ص : ٦ ، الديباج المذهب ج ٢ ص : ١٦٦ - ١٦٧ ، شذرات المذهب ج ٢ ص : ١٧٧ .

(٢) ابو عمرو أشهب بن عبد العزيز ثقة عالمك وبالمدينين وبالمصريين ولد سنة ١٥٠ هـ ومات بمصر سنة ٢٠٤ هـ بعد الشافعي فقيه زمانه انتهت اليه الرئاسة بمصر بعد ابن القاسم ، مثل سحنون عن ابن القاسم واشهب ايها الفقه فقال كانا كقرسي رمان . انظر : الديباج المذهب ج ١ ص : ٩٩ ، طبقات الفقهاء ج ١ ص : ١٥٥ ، سير أعلام النبلاء ج ٩ ص : ٥٠١ .

(٣) منيع الجليل شرح مختصر خليل ج ٧ ص : ٢٣٢ ، باب في بيان حقيقة الشفعة واحكامها ، التاج والإكليل ج ٥ ص : ٣٢٩ ، ٣٣١ ، الذخيرة ج ٧ ص : ٣٣٦ ، ٣٣٥ ، المدونة الكبرى ج ٤ ص : ٢٢٣ .

(٤) ابن شماس : جلال الدين ابو محمد عبد الله بن نعم بن شاس بن نزار ابن عشاف بن شاس الجذامي السعدي ، المصري شيخ المالكية . مصنف كتاب " الجواهر الثمينة في فقه أهل المدينة . سمع من عبدالله بن يري النعمر ، ودرس بمصر ، وأفتى وتخرج به الأصحاب ، وكتابه المذكور وضعه على ترتيب " الوجيز " للغزالي . كان مقبلاً على الحديث ، ذا ورع ، واخلص حديث عنه الحفاظ المنذرى . مات سنة ٦١٠ هـ . انظر : وفيات الأعيان ج ٣ ص : ٦١ - ٦٢ ، سير أعلام النبلاء ج ٢٢ ص : ٩٨ .

(٥) التاج والإكليل ج ٥ ص : ٣٢٩ .

يقول في الذخيرة : للشفيع الأخذ من البائع لانقطاع التهمة عنه فتكون الإقالة بيعاً كما لو ولاه غيره للشفيع الشفعة على من شاء منهما قال أشهب القياس اذا استقال البائع المشتري فأقاله بغير زيادة ولانقصان في الثمن من قبل تسليم الشفيع الشفعة أن للشفيع الأخذ ممن شاء منهما ولكن الاستحسان فيه أن لا يكون له الأخذ الا من المشتري لأنه يترك فراراً واما الإقالة بزيادة او نقصان فله الأخذ من أيهما شاء لانهما يبعان لتغير الثمن قال أشهب ولو قيل يأخذ في الإقالة بلا زيادة ولانقصان صح ، وان رأى أن الإقالة لقطع الشفعة أخذ بعهدة الشراء أورأى أن الإقالة لوجه الصحة فهو يبيع حادث يأخذ بايها شاء . (١) - (٢)

(١) الذخيرة ج ٥ ص : ٣٢٧ - ٣٢٨ ، الإستذكار لابن عبد البر ج ٧ ص : ٧٥ - ٧٧ ، حاشية الدسوقي ج ٣ ص : ٤٧٩ ، مواهب الجليل ج ٥ ص : ٣٢٢ .

(٢) والقياس يقتضي الا يكون للشفيع حق الشفعة فيما رد بالاقالة اذا اعتبرت هذه الاقالة فسخاً مطلقاً وهذا القياس على أصل محمد وزفر من الخفية لان الاقالة عند محمد فسخ الا اذا لم يكن جعلها فسخاً فتجعل بيعاً . وعن زفر هي فسخ في حق الناس كافة اما سائر الخفية وبقية المذاهب الأخرى فانها تعطى الشفيع حق الشفعة فيما رد بالاقالة . فعلى اعتبار انما فسخ في حق العاقدين يبيع في حق ثالث ، كما هو عند أبي حنيفة ، او على اعتبار انما يبيع في حقهما ، هو عند أبي يوسف ، فان الشفيع يأخذ بالشفعة بعد تقايل البيع بين البائع والمشتري ، فمن اشترى داراً ولما شفيع ، فلم الشفعة ، ثم تقايل البيع ، او اشترى داراً ولم يكن بمجنيها دار ثم بنيت بمجنيها دار ثم تقايل البيع ، فان الشفيع يأخذها بالشفعة . وعلى أصل أبي حنيفة تكون الإقالة بيعاً في حق غير العاقدين ، والشفيع وغيرهما فتكون بيعاً في حقه فيستحق . وعلى أصل أبي يوسف تعد الاقالة بيعاً جديداً في حق الكل ، ولامانع من جعلها بيعاً في حق الشفيع ، ولهذا الشفيع الأخذ بالشفعة ، ان شاء بالبيع الأول ، وان شاء بالبيع الحاصل بالاقالة ، او بمعنى آخر من ايها شاء ، من المشتري لاجل الشراء او من البائع لشرائه من المشتري بالاقالة ، حيث تكون الاقالة بيعاً من المشتري للبائع ، وحيث تكون فسخ يبيع فتؤخذ من المشتري فقط ، ولا يتم فسخه الا إن رضى الشفيع لان الشراء له . انظر : الموسوعة الفقهية ج ٥ ص : ٣٢٧ - ٣٢٨ ، الشفعة فيما يرد بالاقالة . وانظر : الإنصاف ج ٦ ص : ٢٨٧ - ٢٨٨ ، الكافي في فقه ابن حنبل ج ١ ص : ٤٤٤ ، المغني لابن قدامة ج ٥ ص : ١٨٣ - ١٩٣ ، شرح منتهى الإرادات ج ٢ ص : ٣٤٤ ، مطالب أولى النهي ج ٤ ص : ١٢٩ ، المهذب ج ١ ص : ٣٨٢ ، حواشي الشرواني ج ٦ ص : ٦٢ ، روضة الطالبين ج ٥ ص : ٧٧ ، البحر الرائق ج ٨ ص : ١٥٩ ، المبسوط ج ١٤ ص : ١٠٩ ، رد المختار ج ٥ ص : ١٢٧ ، تحفة الفقهاء ج ٢ ص : ١١١ ، فتاوى المغنّي ج ١ ص : ٤٤١ .

اشترى أو باع شخصاً عل أنه أمة فتبين أنه عبدٌ أو علي أنه عبد فتبين أمة .

لو اشترى أو باع شخصاً علي أنه أمة فتبين أنه عبدٌ أو علي أنه عبد فتبين أمة لم يجوز البيع وهذا استحسان . والقياس أنه يجوز وهو قول زفر ؛ لأنه اختلاف الوصف إذ الذكورية والأنوثة وصف في الحيوان وهو يوجب الخيار لا الفساد كما في البهائم فإنه إذا اشترى كبشاً مثلاً فإذا هو نعجة أو بالعكس لا يفسد البيع ، وإنما يثيب له الخيار لفوات الوصف المرغوب فيه كما إذا اشترى عبداً علي أنه خباز أو كاتب فإذا هو بخلاف ذلك .

وجه الاستحسان أن الذكر والأنثى من بنى آدم جنسان مختلفان لتفاحش في المقاصد فإن المقصود من العبد الإستخدام خارج الدار ومن الأمة الإستخدام داخل الدار كالطبخ والكس والإستفراش والإستيلاد فصارت جنساً آخر غير الذكورة ومن غيره جنس واحد لتقارب المقصود فإن المقصود منه اللحم والحمل والركوب ونحو ذلك فالذكر والأنثى من الحيوان يصلحان لذلك فكانا جنساً واحداً واختلاف الجنس يكون باختلاف المقاصد ^(١) .

قال في مجمع الأثر شرح ملتقى الأبحر : ولا يجوز (بيع شخص علي أنه أمة فإذا هو عبد) وكذا عكسه استحساناً والقياس جواز وهو قول زفر لأن الاختلاف بالذكورة والأنوثة اختلاف بالوصف لأفهما وصفان في الحيوان واختلاف الوصف يوجب الخيار إلا الفساد كما في البهائم . وجه الاستحسان أن الذكر والأنثى من بنى آدم جنسان مختلفان لتفاحش التفاوت في المقاصد فإن المقصود من العبد الإستخدام خارج الدار ومن

(١) تبين الحقائق ، ج ٤ ص : ٥٢ - ٥٣ .

الأمة الإستخدام داخل الدار . كالإستفراش والإستخدام وغيرهما فبإختلاف المقاصد صاروا جنسين مختلفين ^(١) .

وقال في رد المختار : (ويبيع أمة تبين أنه) ذكر الضمير لتذكير الخير (عبد وعكسه) بخلاف البهائم والأصل أن الذكر والأنثى من بني آدم جنسان حكماً فيظل ، وفي سائر الحيوانات جنس واحد فيصح ويتخير لفوات الوصف ^(٢) .

يقول ابن نجيم : إذا باع من آخر شخصاً عل أنها جارية وأشار إليها فإذا هو غلام فلا بيع بينهما وهذا استحسان أخذ به علماؤنا والقياس أن ينقذ به البيع ويكون للمشتري الخيار ^(٣) .

قال في الفتاوى الهندية : وإذا باع شخصاً علي أنه جارية فإذا هو غلام فلا بيع بينهما وهذا استحسان أخذ به علماؤنا والأصل في هذه المسألة وما يجانسها أن الإشارة مع التسمية متى اجتمعتا في العقد فوجد المشار إليه عل خلاف المسمى إن كان الخلاف من حيث الجنس فالبيع باطل حتى أن من باع فصاً علي أنه ياقوت فإذا هو زجاج كان البيع باطلاً وإن كان المشار إليه من جنس المسمى إلا أنه يخالفه في الصفة فالعقد جائز وللمشتري الخيار إذا رآه كما لو اشترى فصاً علي أنه ياقوت أحمر فإذا هو أصفر ^(٤) .

(١) مجمع الزهر ملقى الأبحر جـ ٢ ص : ٦٠ .

(٢) رد المختار علي الدر المختار جـ ٥ ص : ٥٣ ، وانظر : تنقيح الفتاوى الحامدية جـ ١ ص : ٢٦١ .

(٣) البحر نرائق جـ ٦ ص : ٩٠ كتاب البيع ، حاشية ابن عابدين جـ ٥ ص : ٥٣ .

(٤) الفتاوى الهندية جـ ٣ ص : (١٤١) كتاب البيوع الباب العاشر في الشروط التي تفسد البيع والتي لا تفسده .

وقال في نصب الرأية : (ومن باع جارية فإذا هو غلام فلا بيع بينهما) بخلاف ما إذا باع كبشاً فإذا هو نعجة حيث ينعقد البيع ويتخير ، والفرق يُبتنى علي الأصل وهو أن الإشارة مع التسمية إذا اجتمعتا ففي مختلفي الجنس يتعلق العقد بالمسمى ويطل لانعدامه وفي متحدى الجنس يتعلق بالمشار إليه وينعقد لوجوده ويتخير لفوات الوصف كمن اشترى عبداً علي أنه خياز فإذا هو كاتب وفي مسألتنا الذكر والأنثى من بني آدم جنسان للثفاوت في الأغراض ، وفي الحيوانات جنس واحد للتقارب فيها وهو المعتر في هذا دون الأصل كالخل والدبس جنسان (١) - (٢) .

- (١) نصب الرأية جـ ٤ ص : ٤٦٥ ، وانظر : العناية شرح الهداية جـ ٦ ص : ٤٣٠ - ٤٣١ ، فتح القدير جـ ٦ ص : ٤٣٠ - ٤٣١ ، الجامع الصغير جـ ١ ص : ٣٢٩ ، الهداية شرح الهداية جـ ٣ ص : ٤٦ ، بداية مبتدى جـ ١ ص : ١٣٦ .
- (٢) مشروعية خيار فوات الوصف ذهب إلي إثباتها مع الحنفية أيضاً المالكية والحنابلة والشافعية في الأصح ويستند ثبوته علي ثبوت خيار العيب . قال في أسنى المطالب : لا يختص الخيار بظهور العيب بل فوات الوصف المقصود كذلك فلو اشترط عبداً كاتباً أو متصفاً بصفة تزيد في ثمنه ثم زالت الصفة بنسيان أو غيره في يد البائع ثبت للمشتري الخيار . انظر : أسنى المطالب جـ ٢ ص : ٥٧ ، ٦١ ، وقال في المجموع : ولو باعه علي أنه ذكر فبان أنه جارية ... صح البيع وله الخيار في أحد الوجهين .. انظر : المجموع شرح المذهب جـ ١١ ص : ٥٨١ - ٥٨٢ ، شرح البهجة جـ ٢ ص : ٤٥٢ - ٤٥٣ وقال في شرح مختصر خليل : أن من اشترى سلعة ، واشترط فيها شرطاً لغرض ، وسواء كان فيه مالية ككونها طبائخه أو لم تكن .. ثم لم يجد المتاع في تلك السلعة ما اشترطه له البائع فإنه يثبت للمتاع الخيار إن شاء ردّها ، وإن شاء تمسك ، ولزمه جميع الثمن . انظر : شرح مختصر خليل جـ ٥ ص : ١٢٥ - ١٢٦ ، حاشية الدسوقي جـ ٣ ص : ١٠٨ - ١٠٩ ، حاشية الصاوي علي الشرح الصغير جـ ٣ ص : ١٥١ - ١٥٢ ، وانظر : منح الجليل جـ ٥ ص : ١٤٤ . وقال في الفروع : وإن قال بعثك هذا البغل ، فبان قرصاً لم يصح . وقيل : له الخيار . انظر : الفروع جـ ٤ ص : ٢٥ ، الإنصاف جـ ٤ ص : ٢٩٦ ، وانظر : شرح منتهى الإرادات جـ ٢ ص : ١٢ - ١٣ ، مطالب أولي النهى جـ ٣ ص : ٢٧ - ٢٨ .

إن كان في وعاءين فأكل ما في أحدهما أو باع ثم علم بعيب كان له أن يرد الباقي بحصته من الثمن .
 إن كان في وعاءين - المبيع - فأكل ما في أحدهما أو باع ثم علم بعيب كان له أن يرد الباقي بحصته من الثمن في قولهم ؛ لأن المكيل والموزون بمترلة أشياء مختلفة ، فكان الحكم فيه ما هو الحكم في العبدین والثوبین ونحو ذلك . ومقتضاه أنه لا خلاف في ثبوت رد المعيب وحده ، ومن المشايخ نقلاً عن الدخيرة من قال لا فرق بين الوعاء والأوعية ليس له أن يرد البعض بالعيب ، وإطلاق محمد في الأصل يدل عليه وبه كان يفتي شمس الأئمة السرخسي ، وعنهما يرد ما بقي ويرجع : يفيد أنه قياس لذكره له بعد قوله فإنه يرجع بالنقصان استحساناً عندهما . مطلب يرجع القياس وحاصله أن إحدى الروايتين عنهما استحسان ، والثانية قياس فيكون ترجيح الثانية كما وقع الاختيار من ترجيح القياس علي الاستحسان . أما الأكل فعلي الخلاف ، عندهما يرجع - عند أبي يوسف ومحمد ، وعنده - عند أبي حنيفة - لا يرجع استحساناً . وإن أكل بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذا الجواب عنده ، وعنهما أنه يرجع بنقصان العيب في الكل . وعنهما أنه يرد ما بقي . وقال في الاختيار : عندهما يرجع استحساناً ، وعنده لا يرجع فإن المفهوم من هذا أنه في الهداية جعل الرجوع بالنقصان عندهما قياساً وعدمه استحساناً . وفي الاختيار بالعكس ، وحاصله أن الرجوع بالنقصان عندهما قيل إنه قياس وقيل إنه استحسان ، ثم بعد قولهما بالرجوع بالنقصان ففي صورة أكل البعض ، عنهما روايتان : الأولى يرجع بنقصان الكل فلا يرد الباقي ، والثانية يرجع بنقصان ما أكل فقط ويرد ما بقي ، وأنت خبير بأنه ليس في هذا ما يفيد أن إحدى هاتين الروايتين قياس والأخرى استحسان كما فهمه الشارح ، بل كل منهما قياس علي ما في الهداية والاستحسان قول الإمام بعدم الرجوع بشيء أصلاً ، وكل منهما استحسان علي ما في الاختيار والقياس قول الإمام المذكور فتنبه ^(١) .

(١) رد المحتار علي الدر المختار ج ٥ ص : ٢٣ - ٢٤ كذب نيوع ، وانظر : بدائع الصنائع ج ٥ ص : ٢٩٠ .

وقال في نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية : إن كان طعاماً فأكله لم يرجع بشيء عند أبي حنيفة ، وعندهما يرجع وعنده لا يرجع استحساناً ، وعلي هذا الخلاف إذا لبس الثوب حتى تحرق لهما أنه صنع في المبيع ما يقصد بشرائه ويُعتادُ فعله فيه فأشبه الإعتاق - في الإعتاق يرجع بالنقصان - وله أنه تعذر الرد بفعل مضمون منه في المبيع فأشبه البيع والقتل - لأنه حالت البيع والقتل لا يرجع - ولا معتبر بكونه مقصوداً ، ألا ترى أن البيع مما يقصد بالشراء ثم هو يمنع الرجوع فإن أكل بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذا الجواب عند أبي حنيفة لأن الطعام كشيء واحد فصار كييع البعض وعندهما أنه يرجع بنقصان العيب في الكل وعنهما أنه يرد ما بقي لأنه لا يضره التبعض^(١) .

قال السرخسي : إذا كان في وعاءين فوجد ما في أحد الوعاءين معيباً فله أن يرد ذلك بالعيب إن شاء ، عزلة الثوبين والجنسين كالخنطة والشعير ، لأنه يروء علي الوجه الذي خرج من ضمان البائع ، وإلا ظهر في الجنس الواحد بصفة واحدة إنه كشيء واحد سواء كان في وعاءٍ أو وعاءين فأما أن يرد الكل أو يملك الكل^(٢) .

(١) نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية ج ٤ ص : ٤٤٨ - ٤٤٩ كتاب البيوع .

(٢) الميوط للسرخسي ج ١ ص : ٧٦ .

وقال البايرتي ^(١) : وإذا كان المبيع طعاماً فأكله أو ثوباً فلبسه حتى تخرق لا يرجع عند أبي حنيفة استحساناً ، وعندهما يرجع لأنه فعل بالمبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه فأشبهه الإعتاق ، ولأبي حنيفة أن الرد تعذر بفعل مضمون من المشتري في المبيع كما إذا باع أو قتل ، وذلك لأن الأكل واللبس موجب للضمان في ملك الغير ، وباعتبار ملكه استفاد البراءة فذلك بمنزلة عوض سُلِّم له والجواب عن قولهما أنه لا معتبر بكونه مقصوداً لأن البيع مما يقصد بالشراء ثم هو يمنع الرجوع بالإتفاق وإن أكل بعضه ثم علم بالعيب ، فكذا الجواب عند أبي حنيفة لأن الطعام كشيء واحد فصار كبيع البعض . وعن أبي يوسف ومحمد روايتان : في رواية يرجع بنقصان العيب في الكل لأن الطعام في حكم شيء واحد فلا يرد بعضه بالعيب وأكل الكل عندهما لا يمنع الرجوع بالعيب فأكل البعض أولي . وفي رواية : يرد ما بقي لأنه لا يضره التبعض فهو قادر على الرد في البعض كما قبضه ويرجع بنقصان العيب فيما أكله . وفي بيع البعض عنهما روايتان : في إحداهما لا يرجع بشيء كما هو قول أبي حنيفة ... وفي الأخرى يرد ما بقي لأنه لا يضره التبعض ولكن لا يرجع بنقصان العيب فيما باع اعتباراً للبعض بالكل ^(٢) .

ولقد ذكر الكاساني أن هلاك المبيع في يد البائع يمنع الرد ، لفوات محل الرد ، ولا

(١) هو الإمام المحقق الشيخ أكمل الدين محمد بن محمود بن أحمد البايرتي . ولد في بضعة عشرة وسبع مائة . وأخذ عن أبي حيان والاصفيهان ، وسمع الحديث من الدلاصي وإبن عبد الهادي وكان علامة ذا فنون وافر العقل ، قوي النفس ، عظيم الهبة أخذ عنه العلامة السيد الشريف والعلامة الفري ، وعرض عليه القضاء فامتنع . له التفسير وشرح المشارق وشرح مختصر إبن الحاجب . وشرح عقيدة الطوسي والعناية شرح الهداية وشرح المراجعة ، وشرح ألفية إبن معطي ، وشرح المنار وشرح تلخيص تلخيص المعاني ، والتقرير شرح أصول البيهقي توفي سنة (٧٨٦) هـ وحضر جنازته السلطان فمن دونه ، ودفن بالشيخونية في مصر . انظر : كشف الظنون ج ١ ص : ١١٢ ، وانظر : ترجمته في رد المحتار علي الدر المختار ج ١ ص : ٢٥ - ٢٦ .

(٢) العناية شرح الهداية ج ٦ ص : ٣٧٠ - ٣٧٢ ، فتح القدير ج ٦ ص : ٣٧١ - ٣٧٢ ، وانظر : درر الأحكام شرح غرر الأحكام ج ٢ ص : ١٦٢ - ١٦٣ ، البحر الرائق ج ٦ ص : ٥٨ - ٥٩ ، مجمع الضمانات ص : ٢٢١ ، الفتاوى الهندية ج ٣ ص : ٧٦ ، مجمع الأمل في شرح ملتقى الأبحر ج ٢ ص : ٤٦ - ٤٧ .

يرجع البائع علي المشتري بشيء من الثمن ، لأنه يحمل تبعة الهلاك قبل القبض ^(١) .

إما بعد القبض فقد أفاد صاحب الهداية أن فوت محل الرد بيد المشتري يمنع الرد ويجعل موجب الخيار الرجوع بنقصان الثمن ، والمراد أن هلاك المبيع بسبب سماوي يمنع معه انوجب الأصلي الذي هو الرد ليحل محله الموجب الخلفي (نقصان الثمن) ويستوي في الهلاك أن يكون بسبب سماوي أو باستهلاك المشتري له علي سبيل الاستعمال والانتفاع المشروع ، لا الإتلاف ، وذلك بأكل الطعام أو لبس الثوب حتى يتخرق وفي هذا النوع خلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه ، واعتباره في موانع الرد دون الأرش هو مذهب الصاحبين ^(٢) . لأن المشتري صنع بالمبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه من الأكل واللبس حتى انتهى الملك به ولأبي حنيفة أنه أتلفه بفعل مضمون منه لو وجد في غير منكه وقد انتفى الضمان للملكه فكان كالمستفيد به عوضاً . وإن اقتصر الاستهلاك علي بعضه فعند الصاحبين يرجع بنقصان الثمن في الأكل وفي رواية ثانية يرد ما بقي ويرجع بنقصان ما أكل . ولقد سوى الحنفية ^(٣) بين هلاك المعيب بالعيب أو بغيره .

(١) بدائع الصنائع ج ٥ ص : ٢٨٣ - ٢٨٤ .

(٢) وذهب مذهبهما الإمام مالك والإمام أحمد .

(٣) وكذلك الشافعية ذهبوا إلي تسوية هلاك المعيب بالعيب أو بغير ، وفرق المالكية بينهما فوافقوهم في الرجوع بنقصان الثمن في هلاك بغير العيب المدلس ، أما فيه فلمشتري الرجوع بالثمن كله . أما الحنابلة فالتفرقة عندهم ليست بحسب الهلاك بالعيب أو بغيره بل بحسب وقوع التدليس وعدمه فإن دلس البائع وكان سحراً النية ثم هلك المبيع به أو بغيره فلمشتري الرجوع بالثمن كله . أما إذا لم يدلس البائع فرجوعه بنقصان الثمن فقط .

ويربط المالكية مقدار الجزاء بأثر العمل ، فلا يرجع بالثمن كله إلا إذا كان العيب المدلس هو الذي أودى بالمبيع ، ويسمى المالكية ذلك بالفوت ويقسمونه إلي فوت حسي ، وفوت حكمي . قال في التاج والإكليل : الثياب تقطع وتقصر إذ لهذا تشتري فيفترق فيها التدليس من غيره ، ويصير المدلس كالأذن في ذلك فلا شيء له في الرد مما نقصها إلا أن يفعل في الثياب ما لا يفعل في مثلها أو يحدث عيباً مفسداً من غير التقطيع فلا يردّها ، إلا بما نقصها . قال : وإن قطع الثياب قُصّاً أو سراويل أو أقبية ثم ظهر عيب لم يعلم به البائع فالمبتاع مخير في حيسه والرجوع بقمة العيب أو ردّه وما نقصه القطع ، فإن دلس له البائع فلا شيء علي المبتاع لما نقص القطع إن ردّه . انظر : التاج والإكليل ج ٦ ص : ٣٧٦ - ٣٧٧ ، مواهب الجليل ج ٤ ص : ٤٥٠ - ٤٥١ وص : ٤٥٧ - ٤٥٨ ، وانظر : شرح مختصر خليل ج ٥ ص : ١٣٨ - ١٣٩ ، ص : ١٤٥ - ١٤٦ ،

حاشية الدموقي جـ ٣ ص : ١٢٧ - ١٢٨ ، حاشية الصاوي علي الشرح الصغير جـ ٣ ص : ١٧٧ - ١٧٨ ، منح الخليل جـ ٣ ص : ١٨٥ - ١٨٧ ، وقال في شرح منتهى الإرادات : (وإن دللنا بائع) عيياً بأن عَلِمَهُ وكمه (فلا أرض علي مشتر) بتعيينه عنده بمعرض أو جناية أجنبي أو فعل مبيع كإيقاعه أو فعل مشتر كوطئه بكراً ، أو حتى غير مختن ونحوه مما هو مأذون فيه ، بخلاف نحر قلع سن أو قطع عضو (وذهب) مبيع (عليه) أي البائع المدلس (إن تلف) المبيع بغير فعل مشتر ، كموته (أو أبق) نصاً ، لأنه غره ويتبع بائع عبده حيث كان . وإلا يكن البائع دلس العيب (فتلف) مبيع يد مشتر (أو عتق) تعين أرض . أنظر : شرح منتهى الإرادات جـ ٢ ص : ٤٧ - ٤٨ ، وقال في كشف القناع (أو تلف المبيع ولو بفعلة) أي المشتري (كأكله ونحوه ، أو باعه) أي باع المشتري المبيع (أو وهبه أو رهنه ، أو وقفه غير عالم بعينه) ثم علم (تعين الأرض) وسقط الرد لتعطله ويقبل قول المشتري في قيمة المبيع . (ويكرن) الأرض (ملكاً له) أي للمشتري لأنه في مقابلة الجزء الفائت من المبيع (لكن لو رد) المبيع (عليه) أي علي المشتري ، وقد علم بعينه (فله رده) علي بائعه (أو أرشه) ولا يكون البيع مانعاً من ذلك لعوده نلكه بالرد عليه . أنظر : كشف القناع جـ ٣ ص : ٢٢٢ - ٢٢٣ ، الفروع جـ ٤ ص : ١٠٥ - ١٠٦ ، الإنصاف جـ ٤ ص : ٤١٦ - ٤١٨ ، مطالب أولي النهى جـ ٣ ص : ١١٧ - ١١٨ . وقال في مغني المحتاج : (ولو هلك المبيع) غير الربوي المبيع بجنسه (عند المشتري) سواء أكان بأفة سماوية أم بغيرها كأن أكل الطعام (أو) خرج عن قبول النقل كأن (أعتقه) والعبد مسلم ، أو وقفه ولو كافراً ، أو استرلد الأمه ، أو جعل الشاة أضحية (ثم علم العيب) به (رجع بالأرض) لتعطل الرد بفوات المبيع حساً أو شرعاً . أنظر : مغني المحتاج جـ ٢ ص : ٤٣٤ - ٤٣٥ ، أسنى المطالب جـ ٢ ص : ٦٣ - ٦٤ ، وانظر : حاشيتا قليوبي وعميرة جـ ٢ ص : ٢٦٢ - ٢٦٣ ، تحفة المحتاج جـ ٤ ص : ٣٦٢ - ٣٦٣ ، نهاية المحتاج جـ ٤ ص : ٣٩ - ٤٠ .

من ملك مملوكين صغيرين أحدهما ذو رحم محرم من الآخر لم يفرق بينهما .

ومن ملك مملوكين صغيرين أحدهما ذو رحم من الآخر لم يفرق بينهما وكذلك لو كان أحدهما كبيراً والآخر صغيراً لم يفرق بينهما الى أن يبلغ الغلام وتبيض الجارية . ولفظ ملك يتناول وجوه الملك من الهبة ، والشراء ، والإرث ، والوصية وغير ذلك ؛ لأن الصغير يستأنس بالصغير ، والكبير يتعاهده فكان في بيع أحدهما قطع الاستئناس ، والمنع من التعاهد ، وفيه ترك المرحمة على الصغار ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للتكاح حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب ولا قريب غير محرم ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق بينهما وكل ما يكره من التفريق في البيع فكذا يكره في القسمة في الميراث ، والغنائم ولو اجتمع في ملكه صغير وكبيران وكل واحد منهما ذو رحم محرم من الصغير إن كانت قرابة أحدهما أقرب الى الصغير من الآخر نحو أن يكون أحدهما أباً ، والآخر جداً ، أو أحدهما أمّاً ، والآخر جدة ، أو أحدهما أخاً لاب ، والآخر أخاً لاب أو لام فلا بأس أن يبيع الأبعد منهما ، أو يبيع الصغير مع الأقرب . وأما إذا كانت قربتهما الى الصغير سواء نحو أن يكون كلاهما أخوين لأب وأم ، أو كلاهما أخوين لاب أو كلاهما أخوين لام أو عمين ، أو خالين فالقياس أن لا يبيع أحدهما ، لأن حق كل واحد منهما سواء ، وفي الإستحصان لا بأس أن يبيع أحد الكبيرين ولو كانت قرابة الكبير الى الصغير من الجانبين وقربتهما اليه سواء نحو أن يكون له أب وأم ، أو أخ لام ، أو خال وعم فالذي يدل بقرابة الأم قام مقام الام والذي يدل بالأب كالأب ، وإذا كان للصغير أب وام واجتمعوا في ملك واحد فليس له أن يفرق بين أحد منهم فكذا هنا وكذا إذا كان له عمه وخالة ، أو أم اب وام أم لم يفرق بينه وبين أحد منهما ، فإن فرق بينهما كره له ذلك وجاز البيع وبأثم وإن كانا كبيرين فلا بأس بالتفريق بينهما . وقال ابو يوسف : البيع باطل في الوالدين وجائز في الأخوين ، ثم التفريق إذا كان لمعنى فيهما فلا بأس به مثل أن يحنى أحدهما جناية في بني آدم فلا بأس أن يدفع الجانب منهما ويمسك الآخر . أو استهلك واحد منهما مالا لإنسان فانه يباح فيه أو وجد بأحدهما عيباً فله أن يرد المعيب خاصة وعند أبي يوسف يردهما جميعاً ، أو يمسكهما جميعاً ولا يرد المعيب خاصة ولا بأس أن يكتتب أحدهما ، أو يعتقه على مال أو على غير مال ، لانه لا تفريق فيه ، لأن المكاتب ، أو المعتق يصير أحق بنفسه فيدور حيث ما دار صاحبه .^(١)

(١) الهداية شرح البداية ج ٣ ص : ٥٤ ، بداية المبتدى ج ١ ص : ١٣٧ ، نصب الراية ج ٤ ص : ٤٨٢ - ٤٨٥ ،
الجوهرة النيرة ج ١ ص : ٢٠٦ - ٢٠٧ ، فتح القدير ج ٦ ص : ٤٧٩ - ٤٨٠ ، بريقة محمودية ج ٤ ص : ١٩٦ ،
العناية شرح الهداية ج ٦ ص : ٤٧٩ - ٤٨٠ ، مجمع الأنهر ج ٢ ص : ٧٠ - ٧١ .

وقال في الفتاوى الهندية : لو دخل حرى دار الاسلام بأمان ومعه عبدان صغيران أو أحدهما صغير والآخر كبير أو اشتراهما في دار الإسلام من صاحبه الذى دخل معه بأمان فأراد أن يبيع أحدهما فلا لباس للمسلم ان يشتريه ولو اشتراهما من مسلم في دار الاسلام أو حرى دخل بأمان من ولاية أخرى غير ولايته يكره للمسلم ان يشتري أحدهما ... ولو كان في ملكه ثلاثة أحدهم صغير جاز بيع أحد الكبيرين ... ولو اجتمع مع الصغير قريان له فإن استويا في القرب ان كانا مختلفين في الجهة كالأبوين والعممة والخالة لا يبيعهم الا جميعاً كقاراً كانوا أو مسلمين وكذلك الأخت لاب والأخت لام ، وان كانا متساويين في القرب والجهة كالأخوين والأختين لاب وأم جاز بيع أحدهما استحساناً . واما اذا كان أحدهما أقرب كثلاث أخوات متفرقات أو ام وعمة أو خالة فلا لباس بيع الأبعد وهو غير الام وغير الأخت لاب وام وكذا جدته وعمته وخالته لا لباس بيع العممة والخالة .^(١)

وذكر في مختصر اختلاف العلماء : قال اصحابنا لا ينبغي ان يفرق بين ذى رحم محرم اذا كان صغيرين أو كان أحدهما صغيراً حتى يبلغ فإن باع أحدهما فقد أساء والبيع جائز في قوله ابى حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يجوز البيع في التفريق بين الولد والوالد .^(٢)

وخلاصة القول : ذهب الحنفية الى انه يكره للسيد في البيع ان يفرق بين ذوى رحم محرم كالتفريق بين عبد وامه أو ابنته أو بنته أو عمه أو خاله .^(٣)

(١) الفتاوى الهندية ج ٣ ص : ٢١٦ ، وانظر : المبسوط ج ١٣ ص : ١٣٩ - ١٤٠ ، بدائع الصنائع ج ٥ ص : ٢٣٠ - ٢٣١ ، البحر الرائق ج ٦ ص : ١٠٩ .

(٢) مختصر اختلاف العلماء ج ٣ ص : ١٦٢ .

(٣) وعند المالكية : قال مالك ويجوز أن يفرق بين الصغير وبين جده وأخوته وسائر ذوى الرحم المحرم منه الا الولد والوالدين . يقول ابن جزى : واذا سببت المرأة ولدها الصغير لم يفرق بينهما في البيع والقسمة ويجوز التفريق بينه وبين أبيه خلافاً لأبي حنيفة ويفرق بينه وبين جدته . انظر : القوانين الفقهية لابن جزي ج ١ ص : ٩٩ ، وقال في المنتقى شرح الموطأ : ولا يجوز التفريق بين الأم ولدها الصغير في الملك فيجوز ان يملك واحد إما ان يتاع أحدهما من الآخر ، والا يباع عليهما . انظر : المنتقى شرح الموطأ ج ٥ ص : ٤٢ ، وانظر : مواهب الجليل ج ٤ ص : ٣٧٠ - ٣٧١ ، منح نجيل ج ٥ ص : ٤٧ - ٤٨ . وذهب الشافعية كذلك الى ان التحريم خاص بالأم ولدها . فقال الشافعى في الأم : واذا ملك الرجل أهل البيت لم يفرق بين الأم ولدها حتى يبلغ الولد سبعاً أو ثمان سنين فاذا بلغ ذلك جاز ان يفرق بينهما . انظر : الأم للشافعى ج ٤ ص : ٢٩١ ، وانظر : المجموع شرح المهذب ج ٩ ص : ٤٤٢ ، أسنى المطالب ج ٤ ص : ١٩٥ ،

=====

حاشيتا قليوي وعميرة جـ ٢ ص : ٢٢٩ - ٢٣٠ ، تحفة المحتاج جـ ٤ ص : ٣١٩ - ٣٢٠ ، مغني المحتاج جـ ٢ ص : ٣٩٣ - ٣٩٤ . وذهب الحنابلة مذهب الحنفية الى انه يحرم التفريق بين الصغير وبين محرمه المنفرد لان بينهما رحماً محرمًا ، فلم يجر التفريق بينهما كالثولد مع أمه . قال في شرح منتهى الإرادات ، (ولا يفرق) بنحو بيع أو هبة (بين ذى رحم مَحْرَم) كآب وابن وأخوين ، وكعم وابن أخيه وحال وابن أخته ولو بعد البلوغ . انظر : شرح منتهى الإرادات جـ ١ ص : ٦٢٧ - ٦٢٨ ، كشف القناع جـ ٣ ص : ٥٧ - ٥٨ ، مطالب أو لى النهى جـ ٢ ص : ٥٢٦ - ٥٢٧ ، المغني لابن قدامة جـ ٤ ص : ١٧٩ - ١٨٠ . وجـ ٩ ص : ٢١٤ ، في كتاب الجهاد مسألة التفريق بين الأخوة في تقسيم الغنائم . وعلاصة القول : ذهب الحنابلة الى انه يحرم التفريق المذكور بين ذوى الرحم المحرم كالحنفية . وذهبت المالكية : الى أنه لا يحرم من ذلك إلا التفريق بين الأم وولدها . والشافعية ذهبوا الى انه يحرم التفريق بين الوالدة وولدها بالبيع والقسمة والهبة ونحوها ولا يحرم التفريق في العتق والوصية . قال القليوي : ويلحق بالأم الاب والجد والجدة وان عفوا ولو من جهة الأم ولا يحرم التفريق بين بقية المحارم . انظر : حاشية قليوي وعميرة جـ ٢ ص : ٢٢٩ - ٢٣٠ .

لو كان للمشتري دين على الموكل تقع المقاصة ^(١) بمجرد العقد .

لو كان للمشتري دين على الموكل تقع المقاصة بمجرد العقد لوصول الحق اليه بطريق التقاض ولو كان له عليهما دين تقع المقاصة بدين الموكل دون دين الوكيل ، ولو كان له دين على الوكيل فقط وقعت المقاصة به ويضمن الوكيل للموكل ؛ لانه قضى دينه بمال الموكل بخلاف الصرف حيث لاتقع المقاصة بالدين ، لان القبض فيه كالإيجاب والقبول فلا بد من وجوده حقيقة أو حكماً بإضافة العقد الى الدين وهذا عندهما وقال ابو يوسف لاتقع المقاصة بدين الوكيل وهو مبنى على جواز إبراء الوكيل بالبيع من الثمن فعندهما يجوز إبراءه فكذا تقع المقاصة بدينه وعنده لايجوز فلا تقع . ووجه البناء أن المقاصة إبراء بعوض فيعتبر بالإبراء بغير عوض ولهذا لو كان له عليهما دين كانت المقاصة بدين الموكل اولى عندهما كما لو أبرأه معاً ، فإنه يبرأ بإبراء الموكل حتى لايلزم الوكيل ضمانه .

وقول ابى يوسف استحسان ، ووجهه ان الثمن الذى في ذمة المشتري ملك الموكل ؛ لأنه بدل ملكه وإبرأؤه تصرف فيه على خلاف ماأمر به فلاينفذ كما لو قبض الثمن ثم وهبه للمشتري ودليل الخلاف ظاهرٌ ولهذا يصير ضامناً ووجه قولهما أن الإبراء إسقاط لحق القبض والقبض خالص حق الوكيل ألا ترى ان الموكل ليس له ان يمنعه من ذلك ، ولو اراد ان يقبض بنفسه لا يُمكنُ من ذلك فكان هو الإبراء ممتعاً عن القبض مسقطاً حق نفسه فيصح منه الا أنه بقبضه يتعين ملك الأمر في المقبوض، واذا انسَد عليه هذا الباب بإبراء صار ضامناً له بمثالة الراهن اذا أعتق المرهون ينفذ اعتاقه لمصادفته ملكه ويضمن للمرتهن لانسداد باب الاستيفاء عليه من مالية العبد بالإعتاق . ^(٢)

(١) المقاصة : يقال تقاض القوم : اذا قاض كل منهم صاحبه في الحساب ، فحبس عنه مثل ماكان له عليه وهى نوع من الاسقاط اذ هى اسقاط مالى إستحسان من دين على غيره في مثل ماعليه فهى اسقاط بعوض والاسقاط المطلق يكون بعوض وبغير عوض وبذلك تكون المقاصة اخص من الاسقاط .. انظر الموسوعة الفقهية جـ ٤ ص : ٢٢٦ - ٢٢٧ ، وانظر : شرح حدود ابن عرفة ص : ٣٠١ - ٣٠٢ .

(٢) تبين الحقائق جـ ٤ ص : ٢٥٨ ، حاشية ابن عابدين جـ ٥ ص : ٥١٤ و جـ ٧ ص : ٢٩٥ ، المبسوط جـ ١٢ ص : ٢٠٧ ، نصب الرأية جـ ٥ ص : ١١٩ .

قال في البحر الرائق : لو كان للمشتري على الوكيل دين تقع المقاصة ولو كان له عليهما دين تقع المقاصة بدين الموكل دون دين الوكيل وبدين الوكيل اذا كان وحده عند أبي حنيفة ومحمد لكونه يملك الإبراء عنه عندهما ولكنه يضمنه للموكل .^(١)

(١) البحر الرائق ج ٧ ص : ١٥٣ ، المبسوط ج ١٢ ص : ٢٠٧ ، الفتح شرح البداية ج ٣ ص : ١٣٨ ، حاشية ابن عابدين ج ٥ ص : ٥١٤ ، و ج ٧ ص : ٢٩٥ ، الفتح شرح الهداية ج ٨ ص : ٢٥ ، كتاب الوكالة ، فتح القدير ج ٨ ص : ٢٥ ، كتاب الوكالة ، رد المختار على النذر المختار ج ٥ ص : ٥١٤ - ٥١٥ ، كتاب الوكالة ، الفتاوى الهندية ج ٣ ص : ٦٢٥ ، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ج ٢ ص : ٢٢٦ - ٢٢٧ ، غمر عيون البصائر ج ٤ ص : ١١٧ .

اشترى القلب مع ثوب بعشرين درهماً ، وقبض القلب ، ونقد عشرة دراهم ، ثم افترقا .
ولو اشترى القلب ^(١) مع ثوب بعشرين درهماً ، وقبض القلب ، ونقد عشرة دراهم ، ثم افترقا ،
كان المنقود من القلب خاصة استحساناً ، لأن قبضه مستحق في المجلس ، وقبض ثمن الثوب ليس
بمستحق ، وفي سائر البيوع إنما يجعل المنقود من ثمنها ، لأجل المعاوضة ، والمساواة ولامعاوضة بين
المستحق ، وبين ماليس بمستحق ، ولأن في جعل ذلك من ثمنها هنا نقض البيع في نصف القلب ،
ولما كان يستحسن لتصحيح العقد فيه في الابتداء فالاستحسان للتحرز عن فسادده بعد الصحة
الأولى ، ولو نقدته العشرة ، وقال : هي من ثمنها جميعاً فهو مثل الأول ؛ لأن الشيء يضاف الى
الشيئين ، والمراد أحدهما قال الله تعالى : ﴿يَخْرِجُ مِنْهُمَا الذُّلُومَ وَالْمُرْجَانَ﴾ ^(٢) ، والمراد أحدهما ، وهو
المالح ، وقال تعالى : ﴿يَا عَشْرَ الْجِنِّ وَالْإِنْسِ أَلَمْ يَأْتِكُمْ رُسُلٌ مِنْكُمْ﴾ ^(٣) فالمراد به الإنس
خاصة ، فهنا وإن قال : هو ثمنهما فقد قصد إيفاء الحق المستحق عليه ، وإيفاء ثمن القلب في مجلس
العقد مستحق بخلاف ثمن الثوب فيصرف ذلك الى ثمن القلب ، وإن قال : هي من ثمن الثوب
خاصة ، وقال الآخر : نعم ، او قال : لا ، وتفرقا على ذلك انتقض البيع في القلب ، لأن الترجيح
بالاستحقاق عند المساواة في العقد ، أو الإضافة ، ولامساواة بعد تصريح الدافع ؛ بكون المدفوع
من ثمن الثوب خاصة ، والقول في ذلك قوله ؛ لانه هو المالك فالقول في جهته . ^(٤)

(١) القلب من السوار ما كان قلباً واحداً قلت وقال الأزهري ما كان قلداً واحداً يعني ما كان مفتولاً من طاق واحد لا من
طاقين انظر : مختار الصحاح جـ ١ ص: ٢٢٨ ، وقال الخطابي في الغريب القلب المخلخال ويقال السوار . انظر : الغريب
للخطابي جـ ٢ ص: ٨٩ ، الفائق جـ ٢ ص: ٣٧٤ .

(٢) سور الرحمن آية رقم (٢٢) .

(٣) سورة الانعام آية رقم (١٣٠) .

(٤) المبرط جـ ١٤ ص : ٨٥ - ٨٦ .

وقال في البحر الرائق : لو باع أمة مع طوق قيمة كل ألف بالفين ونقد من الثمن ألفاً فهو ممن الطوق وان اشترها بالفين ألف نقد وألف نسيئة فالتقد ثمن الطوق لأن حصة الطوق يجب قبضها في المجلس لكونه بدل الصرف والظاهر منهما الإتيان بالواجب فيصرف المتأخر الى الجارية والمقبوض والحال الى الطوق إحساناً للظن بالمسلم وكذا لو قال خذ منهما صرفاً الى الطوق وصح البيع فيهما تحريماً للجواز بخلاف مالمو صرح فقال خذ هذه الألف من ثمن الجارية فان الظاهر حينئذ عارضه التصريح بخلافه فاذا قبضه ثم افترقا بطل في الطوق كما اذا لم يقبضه .^(١)

قال في فتح القدير : أن حقيقة البيع اذا اشتملت على إبدال وجب قسمة أحد البديلين على الآخر وتظهر الفائدة في الرد بالعيب والرجوع بالثمن عند الاستحقاق ووجوب الشفعة فيما يجب فيه الشفعة . فإن كان العقد مما لا ربا فيه فان كان مما لا يتفاوت فالقسمة على الأجزاء وإن كان مما يتفاوت فالقسمة على القيمة ، وأما فيما فيه الربا فإنما يجب القسمة على الوجه الذي يصح به العقد مثاله : باع عشرة دراهم بخمسة دراهم ودينار يصح العقد ، فان الخمسة بالخمسة والخمسة الأخرى بإزاء الدينار ، وكذا لو قابل جنسين بخمسين .^(٢)

وقال في تبين الحقائق : (ولو باع أمة مع طوق قيمة كل ألف بالفين ونقد من الثمن ألفاً ، فهو ممن الطوق ، وان اشترها بالفين ألف نقد وألف نسيئة ، فالألف ثمن الطوق) ... الى أن قال : وكذا المراد في قوله ، فالألف ثمن الطوق لكونه بدل الصرف ، والظاهر منهما الإتيان بالواجب ، لأن دينهما وعقلهما بمنعهما من مباشرة مالا يجوز شرعاً فيصرف المتأخر الى الجارية ، والمقبوض والحال الى الطوق لإحسان الظن بالمسلم ولو كان كل الثمن مؤجلاً فسد البيع في الجميع عند أبي حنيفة وقالوا يفسد في الطوق دون الجارية ؛ لأن القبض ليس بشرط في حصتها فيتقدر الفساد بقدر المفسد على ما بينا ولأبي حنيفة أن الفساد مقارن فيتعدى الى الجميع كما لو جمع بين حرٍّ وعبدٍ في البيع بخلاف الفساد في المسألة الأولى فانه طارئ ، فلا يتعدى الى غيره كما اذا اشترى عبيد فهلك أحدهما قبل القبض ، أو أمتحق بعده .^(٣)

(١) البحر الرائق ج ٦ ص : ٢١٢ ، الهداية شرح البداية ج ٣ ص : ٨٣ ، حاشية ابن عابدين ج ٥ ص : ٢٦١ ، الدر المختار ج ٥ ص : ٢٦١ ، وانظر : بداية المبتدى ج ١ ص : ١٤٤ . بدائع الصنائع ج ٥ ص : ٢١٧ ، الجوهرية النيرة ج ١ ص : ٢٢١ .

(٢) شرح فتح القدير ج ٧ ص : ١٤٧ .

(٣) تبين الحقائق ج ٤ ص : ١٣٦ - ١٣٧ ، العناية شرح الهداية ج ٧ ص : ١٤١ - ١٤٢ .

ومن قبض زيفاً بدل جيد عالم به فانفق او هلك فهو قضاء

اذا قبض زيفاً بدل جيد غير عالم به اى بالزيف فانفقه او هلك فهو قضاء وبرئ ولا رجوع عليه بشئ عند الطرفين لأن إيجاب رد الزيف لاخذ الجيد ايجاب عليه بالنسبة الى شئ واحد ، ومثل هذا التكليف غير معهود في الشرع ولان الزيف بعد الاتفاق والهلاك ينوب مناب حقه الجيد وهذا عند ابي حنيفة ومحمد .

وقال ابو يوسف : يرد مثل الزيف ويقتضى الجيد ، لان حق صاحب الدين يراعى من حيث الوصف لكن لا يمكن رعايته بإيجاب الضمان في الوصف اذ لا قيمة له عند المقابلة بجنسه فيلزم الرجوع الى الرد بمثل زيفه ، وذكر فخر الاسلام وغيره ^(١) إن قولهما قياس وقول ابي يوسف هو الاستحسان فظاهره ترجيح قول ابي حنيفة ، وقيل قوله الانسب للفتوى وفي الإصلاح . ومحمد فيه قولان قوله الأول مع ابي حنيفة ، وقوله الأخير مع ابي يوسف قيد بالإتلاف لانه لو كان قائماً يرده ويسترد الجيد عندهم ، وقيد بغير علم به لانه لو كان عالماً به عند القبض يسقط حقه بلاخلاف . ^(٢)

وقال في الدر المختار : (ولو قبض زيفاً بدل جيد) كان له على آخر (جاهلاً به) فلو علم وأنفقه كان قضاءً اتفاقاً (ونفق أو أنفقه) فلو قائماً رده اتفاقاً (فهو قضاء) لحقه . وقال ابو يوسف اذا لم يعلم يرد مثل زيفه ويرجع بحجده استحساناً كما لو كانت ستوة او نهرجة . ^(٣)

(١) فخر الاسلام البيهقي : هو علي بن محمد بن الحسين بن عبد الكريم بن موسى بن عيسى بن مجاهد ابو الحسن المعروف بفخر الاسلام البيهقي الفقيه الإمام الكبير . وراء النهر صاحب الطريقة على مذهب ابي حنيفة ابو العسر اخو القاضي محمد ابي البر ذكره صاحب الهداية في الكفالة وفي الوديعة باسمه قال السمعاني روى لنا عنه صاحب ابي المعالي محمد بن نصر بن منصور المديني والخطيب بسمرقند توفي يوم الخميس خامس رجب سنة اثنتين وثمانين وأربع مائة وحمل تابوته الى سمرقند ودفن بها على باب المسجد وبزدة قلعة حصينة على ستة فراسخ من نيسابور ، انظر : طبقات الحنفية ج ١ ص : ٣٧٢ ، سير اعلام النبلاء ج ١٩ ص : ٤٩ ، الجواهر خضية ج ٢ ص : ١١٦ ص : ٢٧٠ - ٢٧١ .

(٢) مجمع الاثر في شرح ملتقى الابحر ج ٢ ص : ١١٠ ، فتح القدير ج ٧ ص : ١٣٠ ، حاشية ابن عابدين ج ٥ ص : ٢٣٣ .

(٣) الدر المختار ج ٥ ص : ٢٣٣ ، البحر الرائق ج ٦ ص : ١٩٢ .

فاذا تلف العوض بعد العقد ثم علم عيبه ، والصرف معين والعيب من نفس الجنس ، ولم يعلم العيب الا بعد تلف العوض المغيب فهل يصح العقد او يفسخ ويرد مثل التالف ؟
لقد اختلف الفقهاء في حكم العقد من حيث الفسخ او الإمضاء الى مذهبين :

المذهب الاول : لأبي يوسف من الحنفية ^(١) وهو ان العوض في الصرف اذا تلف بعد القبض ثم علم عيبه فسخ العقد وردّ الموجود ، وتبقى قيمة المغيب في ذمة من تلف في يده . سواء كان الصرف بجنسه او بغير جنسه ، كما اذا صارف ذهباً بذهب او ورقاً بورق . ولا يأخذ الأرض لانه يحصل معه في البيع تفاضل ، ولا يمكن الرد ، لان ذلك تالف لا يمكن رده - أى يُقرّ العقد ولا شيء له ، لأنه قد علم بالعيب فلا بدّ له من استدراك ظلامته ، فدعت الضرورة الى فسخ العقد ورد الموجود ، وتبقى قيمة المغيب في ذمة من تلف في يده ، فيردّ مثلها او عوضها.

والمذهب الثانى : لأبي حنيفة ومحمد ، وهو ان البيع صحيح ، وليس له شيء على البائع ، فلو اشترى ديناراً بعشرة دراهم وتقابضا والدرهم زيوف فأنفقها المشتري وهو لا يعلم ، فلا شيء له على البائع ، وقال ابو يوسف : يرد مثل ما قبض ويرجع بالجياد . والحنفية ذكروا الأمثلة في الدراهم والدنانير ، وهى لاتعين عندهم ، والكلام في المعين لم نجد لهم نصاً صريحاً في هذا ، ولكن الحكم لا يختلف ، لانه سواء كان العوض معيناً او غير معين فبالتلف تساوى في عدم القدرة على الرد او الاستبدال ان قبل به ، وليس هناك طريق آخر يمكن القول به غير هذا .

(١) والشافعية واختالبة كذلك مثل ابي يوسف الى ان العقد يفسخ ويرد الموجود وتبقى قيمة المغيب في ذمة من تلف في يده ، فيردّ مثلها او عوضها . قال ابن قدامة في المغنى : اذا تلف العوض في الصرف بعد القبض ثم علم عيبه ، فسخ العقد وردّ الموجود ، وتبقى قيمة المغيب في ذمة من تلف في يده ، فيردّ مثلها او عوضها ان اتفقا على ذلك سواء كان الصرف بجنسه او بغير جنسه . انظر : المغنى لابن قدامة ج ٤ ص ٤٩ . وقال في شرح منتهى الإرادات : (وان تلف عوض قبض) بالبناء للمفعول (في) عقد (صرف) ذهب بفضة مثلاً (ثم علم عيبه) أى التالف (وقد تفرقا ففسخ) صرف أى فسحه الحاكم (وردّ الموجود) لباذله (وتبقى قيمة المغيب) التالف (في ذمة من تلف بيده) لتعذر الردّ (فيرد) من تلف بيده (مثلها) أى القيمة (او عوضها . إن اتفقا عليه) أى العوض قلت : هذا اذا كانا من جنس ، والا تعين الأرض . انظر : شرح منتهى الإرادات ج ٢ ص ٧٥ ، مطالب أولى النهى ج ٣ ص ١٧٧ . وقال في المجموع شرح المهذب : وان تابعا دراهم بدنانير في الذمة وتقابضا ، ثم وجد أحدهما بما قبض عيباً نظرت فان لم يفرقا جاز ان يرد ويطلب بالبدل ، لان المعقود عليه ما في الذمة وقد قبض قبل التفرق وان تفرقا ففيه قولان (أحدهما) يجوز إبداله لان ما جاز إبداله قبل التفرق جاز بعده كالمسلم فيه (الثانى) لا يجوز وهو قول المزني لأنه اذا أبدله صار القبض بعد التفرق وذلك لا يجوز . انظر : المجموع شرح المهذب ج ١٠ ص ١٦٠ ، تحفة المحتاج ج ٤ ص ٢٧٩ ، وانظر : حاشيتا قليوبي وعميرة ج ٢ ص ٢٧١ .

حكم بيع فضة بفضة قليلة مع شيء آخر لإسقاط الربا .

لو تصارفا دراهم ديناً بدنانير ديناً صح لفوات الحظر وتقاصا العشرة : بالعشرة الدين استحساناً والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر لكونه استبدالاً ببدل الصرف قبل قبضه ، وجه الاستحسان انه بالتقايض انفسخ العقد الاول وانعقد صرف آخر مضاف الى الدين ، لانهما لما غيرا موجب العقد فقد فسخاه الى آخر ما اقتضاه ، كما لو جدد البيع باكثر من الثمن الاول ، واطلق في العشرة الدين فشمل ما اذا كانت عليه قبل عقد الصرف او حدثت بعده في الأصح ، فاذا استقرض بائع الدينار عشرة من المشتري او غصب منه فقد صار قصاصاً ولا يحتاج الى التراضي ؛ لانه قد وجد منه القبض (١)

قال في الهداية : ولو تباعا فضة بفضة او ذهباً بذهب ومع اقلهما شيء آخر تبلغ قيمته باقى الفضة جاز البيع كراهة فان لم تبلغ مع الكراهة وان لم يكن له قيمة لايجوز البيع لتحقق الربا اذ الزيادة لايقابلها عوض فيكون ربا . (٢) والكراهة قول محمد وعند ابى حنيفة لا بأس به وقد كرهه محمد خوفاً من ان يألفه الناس ويستعملوه فيما لايجوز وقيل لانهما باشرا الحلية لإسقاط الربا كبيع العينة فإنه مكروه .

ولو تصارفا دراهم ديناً بدنانير ديناً صح لفوات الحظر واما اذا باعه بعشرة مطلقة ثم تقاصا فالمذكور هنا استحسان والقياس عدم الجواز وهو قول زفر لكونه استبدال ببدل الصرف .

(١) رد المحتار على الدر المختار ج ٥ ص : ٢٦٥ ، باب الصرف مطلب في حكم بيع فضة بفضة قليلة مع شيء آخر

لإسقاط الربا ، نصب الراية في تخريج احاديث الهداية ج ٥ ص : ١٠ .

(٢) العناية شرح الهداية ج ٧ ص : ١٤٨ ، الجوهرة النيرة ج ١ ص : ٢٢١ .

وجه الاستحسان انهما لما تقاسما انفسخ الأول وانعقد صرف آخر مضاف الى الدين فتثبت الإضافة اقتضاء كما لو جدد البيع بأكثر من الثمن الأول وفي فتح القدير : ونحن نقول موجب العقد عشرة مطلقاً تصير متعينة بالقبض وبالإضافة بعد العقد الى العشرة الدين صارت انه يقبض سابق ولايألى به لحصول المقصود من التعيين بالقبض بالمساواة وعلى هذا لاجابة الى اعتبار فسخ العقد الاول بالاضافة الى العشرة الدين بعد العقد على الإطلاق .^(١) قال في تحفة الفقهاء : ولو باع ديناراً بعشرة دراهم وسلم الدينار ولم يقبض العشرة وكان لمشتري الدينار على بائعه عشرة دراهم فأراد المقاصة فهانئ ثلاثة مسائل :

أحدها : ان العشرة التي على البائع وجبت عليه قبل الصرف بقرض او غصب او من ثمن مبيع فأراد ان يجعل ثمن الدينار وهو العشرة قصاصاً بذلك الدين فإن اجمعا على ذلك جاز وكان قصاصاً وان لم يجمعا على ذلك لم يكن قصاصاً وهذا جواب الاستحسان والقياس أن لايجوز وهو قول زفر .

والثانية : ان يصير قصاصاً وان لم يتقاسما وهو أن تكون العشرة ديناً على بائع الدينار بعد عقد الصرف بان غصب منه عشرة او أقرضه عشرة وسلمها اليه فيصير قصاصاً بثمن الصرف وان لم يتقاسما .

والثالثة : وهو ان تجب العشرة على بائع الدينار بعقد متأخر عن عقد الصرف فلايصير قصاصاً بثمن الصرف وان تقاسما . (٢) - (٣)

(١) شرح فتح القدير ج ٧ ص : ١٤٨ ، رد المحتار على الدر المختار ج ٥ ص : ٢٦٥ ، بدائع الصنائع ج ٥ ص : ٢٠٦ - ٢٠٧ ، البحر الرائق ج ٦ ص : ٢١٦ ، حاشية ابن عابدين ج ٥ ص : ٢٦٥ ، احكام القرآن للحصاص ج ٢ ص : ١٨٦ ، البسوط للمرعي ج ١٤ ص : ١٩ ، ص : ٦٩ ، الجامع الصغير ج ١ ص : ٣٢٧ .
(٢) تحفة الفقهاء ج ٣ ص : ٣٠ ، وانظر : الفتاوى الهندية ج ٣ ص : ١٨٨ - ١٨٩ ، الفصل الثالث فيما يتعلق بقبض رأس المال والمسلم فيه .

(٣) وذهب الشافعية والحنابلة في المذهب الى أنه لايجوز بيع نقد بجنسه ومع أحدهما او كليهما شيء آخر ، فلايجوز بيع مدٍ ودرهم بدرهمين ، او بيع درهم وثوب . كما لايجوز بيع شيء مُحَلًى بذهب او فضة كسيفٍ او مصحف بجنسٍ حليته . قال في تحفة المحتاج : (ويختلف الجنس) أي جنس المبيع سواء اكان المضموم للرَبْوِي المتحد الجنس من الجانيين ربوا ام غير ربوي وقدر بعض الشراح الجنس هنا بالرَبْوِي فأوهم الصحة في بيع درهم وثوب بمثلها لان جنس الربوي لم يختلف وليس كذلك بل هو من القاعدة لأن جنس المبيع اختلف وان لم يختلف الجنس الربوي (منهما) جميعهما بان اشتمل احدهما على جنسين اشتمل عليهما الاخر (كمدٍّ عَجْرَةٍ ودرهم بمدٍّ عَجْرَةٍ ودرهم) وكتوبٍ ودرهم بثوب ودرهم او مجموعتهما بأن لم يشتمل الآخر الا على أحدهما كتوبٍ مطرز بذهب او قلادة فيها حرز وذهب يبيع او يبيع بذهب فإن كان الثمن فضة اشترط تسليم الذهب وما يقابله من الثمن في المجلس (كمدٍّ ودرهم بمددين او درهمين) انظر : تحفة المحتاج ج ٤ ص : ٢٨٧ ،

نهاية المحتاج جـ ٣ ص : ٤٤٠ - ٤٤١ ، حاشية الجمل جـ ٣ ص : ٦١ - ٦٦ ، حاشية البحرى على المنهج جـ ٢ ص : ٢٠٢ - ٢٠٣ . وقال في شرح منتهى الإرادات : و (لا) يصح بيع (ربوى بحسنه ومعهما) أي العرضين (أو) مع (أحدهما من غير جنسهما كمد عجوة ودرهم بمثلينها) أي بمد عجوة ودرهم ولو أن المدين والدرهمين من نوع واحد (أو) بيع مد عجوة ودرهم (بمدين) من عجوة (أو بدرهمين) وكبيع محلى بذهب أو محلى بفضة بفضة . انظر : شرح منتهى الإرادات جـ ٢ ص : ٧٠ ، وانظر : كشاف القناع جـ ٣ ص : ٢٦٠ ، الفروع جـ ٤ ص : ١٦٠ ، مطالب اولى النهى جـ ٣ ص : ١٦٧ . أما المالكية : فالأصل عندهم في بيع المحلى المنع ؛ لأن في بيعه بصنفة بيع ذهب وعرض بذهب ، أو بيع فضة وعرض بفضة لكن رخص فيه للضرورة بشروط ثلاثة هي :

- ١- أن تكون تحليته مباحاً ، كيف ومصحف .
- ٢- أن تكون الحلية قد سُمِّرت على المحلى بأن يكون في نزعها فساد أو غرم دراهم .
- ٣- أن تكون الحلية قدر الثلث فأقل ، لأنه تبع ، وهل يعتبر الثلث بالقيمة أو بالوزن ؟ خلاف والمعتد الأول . فإن بيع سيف محلى بذهب بسبعين ديناراً ذهباً ، وكان وزن حبيته عشرين ولصياغتها تساوي ثلاثين ، وقيمة النصل وحده أربعون لم يخرج على الأول وجاز الثاني .

قال في شرح مختصر خليل : (قوله جاز على الثاني دون الأول) الثاني الذى هو الوزن أى الوزن تحريماً فإن لم يكن التحريم فالقيمة اتفاقاً . أفاده بعض الشراح ، وذلك لأنه إذا اعتبر الوزن يكون الثلث ، لأنه إذا ضُمَّ عشرين لأربعين ثلث المجموع ستون ونسبة عشرين لستين الثلث ، وأما لو اعتبرت القيمة لكان ثلاثون مضمونة لأربعين والمجموع سبعون وليست الثلاثون ثلث السبعين بل أكثر وعلم مما قررنا أن النسب إليه المجموع من قيمة المحلى أو وزن المحلى وقيمة الحلية أو وزنها ، والمنسب قيمة الحلية وحدها أو وزنها وحدها . انظر : شرح مختصر خليل جـ ٥ ص : ٤٨ - ٥٢ ، قال الدسوقي في حاشيته : ولما فرغ من الكلام على بيع الذهب والفضة منفردين شرع في بيان بيع أحدهما بالآخر متصلاً بغير فقال (وجاز محلى) بأحد التقدين أي يبيعه أن لم يكن ثوباً كمصحف وسيف بل (وإن) كان المحلى (ثوباً) طرَّز بأحدهما أو نسج به حيث كان (يخرج منه) أي المحلى شيء (أن سبك) أي أحرق بالنار تقديراً ، فإن لم يخرج منه شيء على فرض شبكه فلا عبرة بما فيه من الحلية ويكون كالحالى منها فباع بما فيه نقداً أو إلى أجل (بأحد التقدين) يتنازع فيه كل من بيع المقدَّر والمحلى وسيأتى المحلى بما معاً ولجواز بيع المحلى شروط أشار لأوها بقوله (أن أبيحت) تحليته كسيف ومصحف وعبد له أنف أو سن من أحدهما فلو لم تُحج كدواة وسكين وشاش مقصَّب وثوب رجل لم يخرج يبيعه بأحدهما بل بالعروض إلا أن يقل ما يبيع به من غير جنس الحلية عن صرف دينار كالبيع والصرف ولثانيها بقوله (وسُمِّرت) الحلية على المحلى بأن يكون في نزعها فساد أو غرم دراهم ولثالثها بقوله (وعجِّل) المعقود عليه من ثمن ومثمن فلو أجل منع بالنقد ، فإن وجدت الشروط جاز بيعه (مطلقاً) كانت الحلية تبعاً للحواهر أم لا يبيع بصنفة أو غير صنفة لكن يزاد إن يبيع بصنفة شرط رابع أشار إليه بقوله (و) جاز يبيعه (بصنفة إن كانت) أي الحلية (الثلث) فدون ، لأنه تبع (وهل) يعتبر الثلث (بالقيمة) أي ينظر إلى كون قيمتها ثلث قيمة المحلى بحليته وهو المعتد (أو بالوزن) أي إنما ينظر إلى كون وزنها ثلث القيمة (بخلاف) فإن يبيع شيئاً محلى بذهب بسبعين ديناراً ذهباً وكان وزن حليته عشرين ولصياغتها تساوي ثلاثين وقيمة النصل وحده أربعون لم يخرج على الأول وجاز على الثاني . انظر : حاشية الدسوقي جـ ٣ ص : ٣٩ - ٤٠ ، وانظر : التاج والإكلیل جـ ٦ ص : ١٧٣ - ١٧٥ ، مواهب الجليل جـ ٤ ص : ٣٣١ - ٣٣٢ ، حاشية الصاوى على الشرح الصغير جـ ٣ ص : ٦١ - ٦٢ ، منح الجليل شرح مختصر خليل جـ ٤ ص : ٥١٨ - ٥٢٠ .

إذا اشترى من آخر ألف درهم بمائة دينار ونقد مشترى الدراهم الدنانير ولم ينقد بائع الدراهم الدراهم . قال المرخسى : إذا اشترى ألف درهم بمائة دينار فنقد الدنانير وقال الآخر اجعل الدراهم قصاصاً بالدراهم التي لي عليك فهو جائز ، وإن أبي لم يجز على ذلك ولم يكن قصاصاً والحاصل أن المقاصة في الصرف بدل الصرف بدين سبق وجوبه على عقد الصرف يجوز عندنا استحساناً عليه ، وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر لأن بالعقد المطلق يصير قبض البدلين في المجلس مستحقاً وفي المقاصة تفويت القبض المستحق بالعقد فلا يجوز بتراضيهما كما لا يجوز الإبراء عن بدل الصرف والاستبدال به وهذا لأن في المقاصة يكون آخر الدينين قضاء عن أولهما ولا يكون أولهما قضاء عن آخرهما لأن القضاء يتلو الوجوب ولا يسبقه فلو جوزنا هذه المقاصة صار قاضياً بدل الصرف الدينين الذين كان واجباً وبدل الصرف يجب قبضه ولا يجوز قضاء دين آخر به ، والدليل عليه رأس مال السلم فإنهما لو جعلاه قصاصاً بدين سبق وجوبه لم يجز فكذلك بدل الصرف لأن كل واحد منهما دين مستحق قبضه في المجلس .

ووجه الاستحسان : انهما لما اتفقا على المقاصة فقد حولا عقد الصرف إلى ذلك الدين ، ولو اضافا العقد إليه في الابتداء جاز بأن يشتري بالعشرة التي عليه ديناراً ويقبض الدينار في المجلس فكذلك إذا حولا العقد إليه في الانتهاء لانهما قصدا تصحيح هذه المقاصة ، فلا طريق له سوى هذا ، وما لا يتوصل إلى المقصود إلا به يكون مقصود الكل واحداً ولهذا شرطنا تراضيهما على المقاصة وإن كان في سائر الديون المقاصة تقع بدون التراضي لأن هذا تحويل العقد إلى ذلك الدين والعقد قد تم بهما فالتصرف به بالتحويل لا يكون إلا بتراضيهما وعند التراضي العقد القائم بينهما حقهما وملكاً استدامته ورفعاً فيملكان التصرف فيه بالتحويل من محل إلى محل .^(١)

(١) الميسوط للمرخسى ج ١٤ ص ١٩ - ٢٠ ، وانظر : تحفة الفقهاء ج ٣ ص ٢٩ ، بدائع الصنائع ج ٥ ص ٢١٨ .

وإذا اشترى من آخر الف درهم بمائة دينار ونقد مشترى الدراهم الدنانير ولم ينقد بائع الدراهم الدراهم وقد كان لبائع الدراهم على مشتريها الف درهم دينا قبل عقد الصرف فقال بائع الدراهم لمشتريها اجعل الالف التي لي عليك بالدراهم التي وجبت لك عليّ بعقد الصرف فرضى به المشتري جاز وهذا استحسان .^(١)

يقول ابن نجيم : إذا باعه بعشرة مطلقة ثم تقاصا فالمذكور هنا استحسان والقياس عدم الجواز وهو قول زفر لكونه استبدالاً يبدل الصرف .

وجه الاستحسان هما لما تقاصا انفسخ الأول وانعقد صرف آخر مضافا الى الدين فتثبت الاضافة اقتضاء كما لو جدد البيع بأكثر من الثمن الأول . وفي فتح القدير : ونحن نقول موجب العقد عشرة مطلقة تصير متعينة بالقبض وبالإضافة بعد العقد الى العشرة الدين صارت أنه بقبض سابق ولا يبالى به لحصول المقصود من التعيين بالقبض بالمساواة وعلى هذا التقرير لاجابة الى اعتبار فسخ العقد الاول بالاضافة الى العشرة الدين بعد العقد على الاطلاق .^(٢)

(١) الفتاوى الهندية ج ٣ ص : ١٠٢ ، كتاب البيوع الفصل الاول في بيع الدين وبيع الاثمان وبطلان العقد بسبب الافتراق من قبل القبض ، العناية شرح الهداية ج ٧ ص : ١٤٩ ، كتاب الصرف ، فتح القدير ج ٧ ص : ١٤٩ ، كتاب الصرف .

(٢) البحر الرائق ج ٦ ص : ٢١٦ ، فتح القدير ج ٧ ص : ١٤٩ ، حاشية ابن عابدين ج ٥ ص : ٢٦٥ ، المبسوط للسرعي ج ١٤ ص : ٨٥ ، درر الحكماء شرح غرر الأحكام ج ٢ ص : ٢٠٥ ، الهداية شرح الهداية ج ٣ ص : ٨٤ .

قضاه درهماً وقال أنفقّه فإن جاز وإلا فردّه على ، فقبله ولم ينفقّه .

قضاه درهماً وقال أنفقّه فإن جاز وإلا فردّه ، فقبله ولم ينفقّه له رده إستحساناً ، بخلاف جارية وجد بها عيباً فقال أعرضها أو بعها ، فإن نفقت وإلا ردها فعرضها على البيع سقط الرد . قال في الشرح (قوله فقبله ولم ينفقّه) الأوضح فعرضه على البيع ولم ينفقّه (قوله بخلاف الجارية ، الخ) الفرق أن المقبوض من الدراهم ليس عين الحق القابض بل هو من جنس حقه لو تجاوز به جاز وصار عين حقه ، فاذا لم يتجاوز بقي على ملك الدافع فصح أمر الدافع بالتصرف فهو في الابتداء تصرف للدافع وفي الإنتهاء لنفسه . بخلاف التصرف في العين لأنها ملكه فتصرف لنفسه فبطل خياره ^(١)

وقال في فتح القدير : ولو اشترى جارية وادعى أنها خنثى يحلف البائع ؛ لأنه لا ينظر إليه الرجال ولا النساء ، ولو وجد به عيباً فقال له البائع أتبيعه قال نعم يلزمه ، لأنه عرض على البيع ، ولو قال بعه فإن لم يشتر رده على فعرضه فلم يشتر سقط الرد ، ولو وجد البائع الثمن زيوفاً فقال المشتري للبائع : أنفقّه ، فإن لم يرج رده على فأنفق فلم يرج رده إستحساناً ^(٢)

(١) رد المختار على الدر المختار ج ٥ ص : ٢٣٩ .

(٢) شرح فتح القدير ج ٦ ص : ٣٨٥ .

إذا كذب رب المسلم المسلم اليه ، وأنكر أن تكون الدراهم التي جاء بها من دراهمه التي اعطاها ، وادعى المسلم اليه أنها من دراهمه .
هذه المسألة لا تخلو من ستة أوجه :

١- أن كان المسلم اليه أقر بالقبض قبل النزاع ، فقال قبضت الجياد أو قبضت حتى أو قبضت رأس المال أو استوفيت الدراهم ، أو قبضت الدراهم ، أو قال " قبضت " ولم يقل شيئاً آخر .

٢- ففي الحالات الأربعة الأولى : لا تسمع دعواه بعدئذ أنه وجده زيفاً ، ولم يكن له حق استحلاف رب السلم بالله " أنها ليست من الدراهم التي قبضها منه " لأنه بإقراره بقبض الجياد يصير متناقضاً في دعواه ، والمتناقضة تمنع صحة الدعوة ، والخلف يكون في الدعوة الصحيحة .

٣- وأما إذا قال المسلم اليه " قبضت الدراهم " ثم قال : " هي زيف " فالقياس أن يكون القول قول رب السلم : " أنها ليست من دراهمه " مع يمينه على قوله ، وعلى المسلم اليه البينة أنها من الدراهم التي قبضها منه ؛ لأن المسلم اليه يدعى أنها مقبوضة مع العيب ورب السلم ينكر أنها مقبوضة ، أو أنها التي قبضها منه ، فيعتبر قول المتكر يمينه .

وفي الإستحسان : القول قول المسلم اليه مع يمينه ، وعلى رب السلم البينة أنه اعطاه الجياد ، لأن رب السلم بإنكاره أنها ليست من دراهمه يدعى إيفاء حقه ، وهو الجياد ، والمسلم اليه بدعواه أن هذه الدراهم زيف ينكر قبض حقه ، فيكون القول قوله مع يمينه أنه لم يقبض حقه وعلى المدعى البينة أنه أوفاه حقه . وهذا هو مقتضى القياس في الحالات الأربعة الأولى ، إلا أنه هناك سبق منه ما يناقض دعواه : وهو الإقرار بالجياد وهنا لم يبق منه شيء متناقض ؛ لأن ذكر قبض الدراهم يقع على الزيف والجياد بخلاف الحالات الأولى .^(١)

وقال في الفتاوى الهندية : إذا جاء المسلم اليه بعدما تفرقا عن المجلس بنصف رأس المال وقال وجدته زيفاً إن صدقه بذلك رب السلم كان له أن يردّه على رب السلم ، وإن كذبه في ذلك وأنكر أن يكون من دراهمه وادعى المسلم اليه أنه من دراهمه ، فإن كان المسلم اليه أقر قبل ذلك فقال قبضت الجياد أو قال قبضت حتى أو قال قبضت رأس المال أو قال استوفيت الدراهم ففي هذه الوجوه الأربعة لا تسمع دعواه الزيادة حتى لا يستحلف رب السلم أما إذا قال قبضت الدراهم فالقياس أن يكون القول لرب السلم والإستحسان القول للمسلم اليه ، وأما إذا قال قبضت فائقول للمسلم اليه .^(٢)

(١) تحفة الفقهاء ج ٢ ص ٢٨ ، وما بعدها ، وانظر : مجمع تضمينات ص : ٣٧٦ .

(٢) الفتاوى الهندية ج ٣ ص : ١٩٤ .

عقد السلم

السَّلَمُ (يفتح السين واللام) إسم مصدر لأسلم ، ومصدره الحقيقي الإسلام ومعناه في اللغة استعمال راس المال وتقديته ، ويقال للمسلم سلف ايضاً ، الا أن السلم لغة أهل الحجاز والسلف لغة أهل العراق ، والسلف اعم من السلم لأنه يشمل القرض الذي يتغى به المقرض وجه الله لان المقرض يردده كما أخذه، كما يشمل الثمن الذي يدفعه المشتري مقدماً قبل قبض السلعة المشتراة.

وشرعا : نوع من البيوع يقدم فيه الثمن ويؤخر المثلون ، وهو جائز دل على جوازه الكتاب والسنة والإجماع أما الكتاب فقولته تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَيْتُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾^(١) والدين عام يشمل دين السلم وغيره ، وقد فسرته ابن عباس بدين السلم وأما في السنة : فقولته ﷺ " من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم " ^(٢) واجمع على جوازه ائمة المسلمين فيو رخصة مستثاه من بيع ماليس عند بائعه . ^(٣) يقول : عبيد الله ابن مسعود اذا اختلفا - يعني المسلم والمسلم اليه - في ذراع السلم فيه فقي القياس يتحالفان لانهما اختلفا في المستحق يعقد السلم فيوجب التحالف وفي الاستحسان لا ، لانهما ما اختلفا في أصل البيع بل في وصفه وهذا لا يوجب التحالف لكن عملنا بالصحة الباطنة للقياس وهي أن الاختلاف في الوصف هنا يوجب الاختلاف في الأصل. ^(٤)

قال في الفتاوى الهندية : وان اختلفا في قدر السلم فهذا ومالو اختلفا في جنس المسلم فيه سواء وان اختلفا في صفة السلم فيه ولا يينة لو احد منهما القياس ان يتحالفا ، وفي الاستحسان لا يتحالفان وبالقياس نأخذ فان قامت لاحدهما بينة فانه يقضى ببيئته طالبا كان او مطلوبا . ^(٥)

(١) سورة البقرة آية رقم (٢٨٢) .

(٢) أخرجه البخارى ج ٣ ص : ١١١ - ١١٣ ، في باب السلم في وزن معلوم ، وباب السلم الى أجل معلوم ، من كتاب السلم . وسلم في صحيحه ج ٣ ص : ١٢٢٧ ، في باب السلم ، من كتاب المساقاة .

(٣) انظر : التصحيح المنير للقيومي ج ١ ص : ٢٨٦ ، مختار الصحاح للرازي ص : ٢٨٤ - ٢٨٥ ، وانظر : المبوط ج ١٢ ص : ١٢٤ - ١٢٥ ، بدائع الصنائع ج ٥ ص : ٢١٢ - ٢١٣ ، تبين الحقائق ج ٤ ص : ١١٠ - ١١١ ، العناية شرح الهدية ج ٧ ص : ٦٩ ، فتح القدير ج ٧ ص : ٧٠ - ٧٥ ، درر الحكماء شرح غرر الاحكام ج ٢ ص : ١٩٤ - ١٩٥ ، البحر الرائق ج ٦ ص : ١٦٨ - ١٦٩ ، مجمع الأثر ج ٢ ص : ٩٧ .

(٤) شرح التوضيح للتنقيح ج ٢ ص : ٨٢ - ٨٣ .

(٥) الفتاوى الهندية ج ٣ ص : ١٩١ .

وبيان وجه القياس هنا : " أنهما لو اختلفا في جنس الثوب فقال : أحدهما : هو مروي ، وقال الآخر : هروي ، أو اختلفا في صفته وقال أحدهما : جيد ، وقال الآخر : ردئ .

انهما يتحالفان ويترادان ^(١) لان السلم عقد على صفة واختلافهما في الجنس اختلاف في الصفة وكذلك اختلافهما في الجودة والرداءة . وكان ذلك اختلافاً في نفس المعقود عليه اذا كان السلم عقداً على صفة ، فوجب التحالف والتراد من اجل ذلك .

ووجه الاستحسان : أن رجلاً لو اشترى من رجل ثوباً بعينه ثم اختلفا فيما شرط من مقدار ذرعه فقال البائع : شرطت خمسة أذرع ... وقال المشتري : شرطت عشرة أذرع .. فالقول قول البائع ولا يتحالفان ولا يترادان .. ^(٢) .. فكذلك مسألة الاختلاف في الذرع في السلم - تلحق بمسألة الاختلاف في بيع الثوب .. وهذا الاستحسان هو قياس فيه خفاء وقابله قياس جلي .. لان الحاق مسألة الاختلاف في الذرع في السلم بالاختلاف في الجودة والرداءة فيه جلي وواضح من الحاقها بمسألة الاختلاف في الذرع في البيع .

ولكن هذا الاستحسان متروك في مقابلة القياس لاننا وجدنا أن الاختلاف في الذرع في السلم اختلاف في أصله لان الذرع صفة والسلم عقد على صفة .

(١) التراد هو ماورد به الحديث عن ابن مسعود رضى الله عنه قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم " اذا اختلف البيعان وليس بينهما بينة والبيع قائم بعينه فالقول ما قال البائع او يترادان البيع " هذا لفظ ابن ماجه ج ٢ ص : ٨٣٧ ، ورواه الترمذى ج ٣ ص : ٥٧٠ ، والنسائى ج ٧ ص : ٣٠٢ ، والدارقطنى في سننه ج ٣ ص : ٣٠ ، والبيهقى في سننه ج ٥ ص : ٢٦٦ ، بذل المجتهد ج ١٥ ص : ١٨٩ ، المستدرک ج ٢ ص : ٤٥ ، ورواه الإمام أحمد في مسنده ج ١ ص : ٤٦٦ ، اما التحالف فقد قال به الفقهاء ... والتوجه في ذلك أن كل واحد مدعى عليه فيجب على كل واحد منهما اليمين لنفى ما ادعى عليه . وهذا مفهوم من قوله صلى الله عليه وسلم " البينة على المدعى واليمين على من أنكر " . انظر : سبل السلام شرح بلوغ المرام للصنعاني ج ٣ ص : ٦ - ٧ .

(٢) انظر : أصول الفقه للحصص (مخطوطة ص : ٢٩٧ .

اما الاختلاف في الذرع في البيع فليس اختلافاً في أصله " لان الصفة في الاعيان مما لايتعلق عليها العقد بدلالة أن من اشترى ثوباً على انه عشرة أذرع فوجده أقل كان بالخيار إن شاء اخذه بجميع الثمن وإن شاء ترك ولم يكن له ان ينقص من الثمن بحسبان زيادة الذرع فظهر ان الذرع في الأعيان لايتعلق عليه العقد فلم يكن اختلافهما في الذرع اختلافاً في نفس المعقود عليه فلذلك لم يجب فيه التحالف والتراد " (١) - (٢)

(١) انظر : اصول الفقه للمحاصر (مخطوطة) ص : ٢٩٧ .

(٢) وانظر : هذه المسألة : البحر الرائق ج ٦ ص : ١٨٤ - ١٨٥ ، المبسوط للشيباني ج ٥ ص : ٢٩ ، شرح فتح القدير ج ٧ ص : ٧٠ - ٧٥ ، بدائع الصنائع ج ٦ ص : ٢٦٣ ، أصول المبرمجين ج ٢ ص : ٢٠٥ ، قواطع الأدلة في الأصول ج ٢ ص : ٢٦٩ ، الروض المربع ج ٢ ص : ١٣٦ - ١٣٧ ، كشف القناع ج ٣ ص : ٢٨٨ - ٢٨٩ ، الفروع ج ٤ ص : ١٧٣ - ١٧٤ ، الإنصاف ج ٥ ص : ٨٤ - ٨٥ ، شرح منتهى الإرادات ج ٢ ص : ٨٨ - ٨٩ ، مطالب أولي النهى ج ٣ ص : ٢٠٧ - ٢٠٨ ، وانظر : الأم للشافعي ج ٨ ص : ١٨٨ - ١٨٩ ، شرح البهجة ج ٣ ص : ٥٢ - ٥٣ ، أسنى المطالب ج ٢ ص : ١٢٢ ، تحفة المحتاج ج ٥ ص : ٢ ، نهاية المحتاج ج ٤ ص : ١٨٢ ، وانظر : مواهب الجليل ج ٤ ص : ٥١٤ - ٥١٥ ، شرح مختصر خليل ج ٥ ص : ٢٠٢ ، حاشية الدسوقي ج ٣ ص : ١٩٥ - ١٩٦ ، حاشية الصاوي عل الشرح الصغير ج ٣ ص : ٢٦١ - ٢٦٢ ، منح الجليل شرح مختصر خليل ج ٥ ص : ٣٣١ - ٣٣٣ .

لا يصح السلم حتى يقبض رأس المال في مكان العقد قبل ان يفارق كل واحد من المتعاقدين صاحبه بدنأً لامكاناً .

ان السلم لا يبقى صحيحاً بعد وقوعه على الصحة اذا لم يقبض رأس المال في مكان العقد قبل ان يفارق كل واحد من المتعاقدين صاحبه بدنأً لامكاناً ، حتى لو مشياً فرسخاً قبل القبض لم يفسخ ما لم يتفرقا عن غير قبض ، فاذا افترقا كذلك ففسد ، أما اذا كان رأس المال من النقود فلأنه افترقا عن دين بدين ، وقد " نهي النبي ﷺ عن بيع الكالئ بالكالئ " (١) أي النسيئة بالنسيئة ، وان كان عينا ؛ فلأن السلم أخذ عاجل بآجل ، إذ الإسلام والإسلاف في كذا بُني عن تعجيل المسلم دون الآخر لان وضعها في الأصل لأخذ عاجل بآجل والشرع قرره كذلك فوجب ان يكون رأس المال عاجلاً ليكون الحكم ثابتاً على ما يقتضيه الاسم لغة . وهذا وجه الإستحسان ، والقياس جوازه ، لان العروض تعين في العقود فترك شرط التعجيل لم يؤد الى بيع الدين بالدين ، بخلاف الدراهم ؛ ولانه لا بد من تسليم رأس المال ليتقلب : أي ليتصرف المسلم اليه فيه فيقدر على التسليم . (٢) يقول السرخسي في مبسوطه : فاما تعجيل رأس المال فنقول اذا كان رأس المال دراهم او دنانير يكون التعجيل فيه شرطاً قياساً واستحساناً لان الدراهم والدنانير لا يتعينان في العقود فيكون هذا بيع الدين بالدين وذلك لا يجوز لنهي النبي ﷺ عن بيع الكالئ بالكالئ يعني النسيئة بالنسيئة فاما اذا كان رأس المال عروضاً هل يكون التعجيل شرطاً ، القياس ان لا يكون شرطاً وفي الإستحسان يكون شرطاً ، وجه القياس ان العروض سلعة تعين في العقود بخلاف الدراهم فلو لم يشترط التعجيل لا يؤدي الى بيع الدين بالدين وجه الامتحسان : ان السلم أخذ عاجل بآجل والمسلم فيه آجل فوجب ان يكون رأس المال عاجلاً ليكون حكمه ثابتاً على ما يقتضيه الاسم لغة كالصرف والحوالة والكفالة فان هذه العقود ثبتت أحكامها بمقتضيات أساميها لغة . (٣) - (٤)

(١) رواه الدار قطن في سننه ج ٣ ص : ٧١ ، رقم الحديث ٢٦٩ ، كتاب البيوع وقد صرح الحاكم رواية الدار قطن وتعقب بأنه تفرد به موسى بن عقية ، وقد ضعفه أحمد الا انه قال : ولكن اجماع الناس على أنه لا يجوز بيع دين بدين ، والبيهقي ج ٦ ص : ٢٤ ، رقم الحديث ١٠٨٩٢ ، اجماع أبواب السلم . من حديث عبد العزيز الدراوردي عن موسى بن عقية عن نافع عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم نهي عن بيع الكالئ بالكالئ قال الحاكم صحيح على شرط مسلم . انظر : شرح الزرقاني ج ٣ ص : ٣٩٢ ، المستدرک على الصحيحين ج ٢ ص : ٦٥ ، رقم الحديث (٢٣٤٢) ، انظر : نصب الرأية ج ٤ ص : ٣٩ ، مجمع الزوائد ج ٤ ص : ٨٠ ، نيل الاوطار ج ٥ ص : ١٥٦ ، المرطأ ج ٢ ص : ١٥٢ .

(٢) شرح العناية على الهداية جـ ٧ ص : ٩٧ ، وانظر : شرح فتح القدير جـ ٧ ص : ٩٧ ، البحر الرائق جـ ٦ ص : ١٧٧ - ١٧٨ ، شرح التلخيص جـ ٣ ص : ٥٢ - ٥٣ ، الجوهرية النيرة جـ ١ ص : ٢١٧ ، الهداية شرح بداية المجتهد جـ ٧ ص : ٩٧ ، حاشية ابن عابدين جـ ٤ ص : ٥٣٥ .

(٣) المبسوط للرخسى جـ ١٢ ص : ١٢٧ ، وانظر : بدائع الصنائع جـ ٥ ص : ٢٠٢ .

(٤) قال ابن المنذر : اجمعوا على أن بيع الدين بالدين لا يجوز . انظر : الإجماع لابن المنذر ص : ٥٣ ، رقم (٤٨٢) . وحقيقته بيع شيء في ذمة بشيء في ذمة سابق تقرر أحدهما على الآخر . وعند الشافعية كذلك يقبض الثمن كاملاً وقت السلم قبل التفريق . في مجلس العقد . قال نيشوازي في المهذب : ولا يجوز تأخير قبض رأس المال عن المجلس لقوله صلى الله عليه وسلم اسلفوا في كيل معلوم والإسلاف هو التقسم ولأنه إنما سمي سلفاً لما فيه من تسليم رأس المال فإذا تأخر لم يكن سلفاً فلم يصح . انظر : المهذب جـ ١ ص : ٣٠٠ ، حاشية البحر المحمدي على الخطيب جـ ٣ ص : ٥٣ - ٥٤ ، أسنى المطالب جـ ٢ ص : ١٢٢ - ١٢٣ ، الإقناع للشريبي جـ ٢ ص : ٢٩١ ، الإقناع للماوردي جـ ١ ص : ٩٨ .

وعند الحنابلة : يقول ابن قدامة في المغني : ويقبض الثمن كاملاً وقت السلم قبل التفريق في مجلس العقد فان تفرقا قبل ذلك بطل العقد وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ، وقال مالك يجوز أن يتأخر قبضه يومين وثلاثة وأكثر ما لم يكن ذلك شرطاً لأنه معاوضة لا يخرج بتأخير قبضه من أن يكون سلفاً فاشبه بما لو تأخر إلى آخر المجلس ، ولنا أنه عقد معاوضة لا يجوز فيه شرط تأخير العوض المطلق فلا يجوز التفريق فيه قبل القبض كالصرف . انظر : المغني لابن قدامة جـ ٤ ص : ١٩٧ ، وانظر : الفروع جـ ٤ ص : ١٨٣ - ١٨٤ ، الانصاف جـ ٥ ص : ١٠٤ ، منار السبيل جـ ١ ص : ٣٢٥ ، كتب ورسائل وفتاوى ابن تيمية في الفقه جـ ٢٩ ص : ٤٧٢ .

وأما المالكية : فقد قالوا بتأخير قبضه يومين أو ثلاثة وإن كان تأخير تلك المدة بشرط لأن ما قبض داخل الثلاثة أيام في حكم المقبوض بمحضرة العقد حيث حصل القبض قبل غروب شمس الثالث ... يقول : تحليل شرط السلم قبض رأس المال كله أو تأخير ثلاثاً ولو بشرط . انظر : الفرائد الدواني جـ ٢ ص : ٩٩ - ١٠٠ ، وانظر : حاشية الدسوقي جـ ٣ ص : ١٩٥ ، التاج والإكليل جـ ٤ ص : ٣٦٧ ، مواهب الجليل جـ ٤ ص : ٥١٧ .

وقد قال الإمام مالك : إنما يجوز أن يؤخر رأس مال السلف ولا يقبضه اليوم واليومين ونحو ذلك ولم يجر أكثر من ذلك . انظر : المدونة الكبرى جـ ٣ ص : ٨١ ، وانظر : الثمر الدان شرح رسالة القيرواني جـ ١ ص : ٥١٨ ، فإن تأخر رأس المال عن ثلاثة أيام ، فإن كان التأخير بشرط فسد السلم اتفاقاً ، سواء أكان التأخير كثيراً جداً بأن أجل المسلم فيه ، أم لم يكثر جداً بأن لم يجل أجله ، وإن كان التأخير بلا شرط : فقولان في المدونة الكبرى لما لك بفساد السلم وعدم فساد سواء كثر التأخير جداً ، أو لا ، والمعتمد انفساد بالزيادة عن الثلاثة الأيام ولو قلت مدة الزيادة بغير شرط . انظر : المدونة جـ ٣ ص : ٨٨ ، حاشية الدسوقي جـ ٣ ص : ١٩٦ ، المنتقى شرح الموطأ جـ ٤ ص : ٣٠٠ ، حاشية الصاوي على الشرح الصغير جـ ٣ ص : ٢٦٣ ، الفرائد الدواني جـ ٢ ص : ١٠١ .

إذا وجب على المسلم اليه دين مثل رأس المال هل يصير رأس المال قصاصاً بذلك الدين أم لا ؟
فهذا لا يخلو إما إن وجب دين آخر بالعقد وإما إن وجب بالقبض .

فإن وجب بالعقد فإما إن وجب بعقد متقدم على عقد السلم وإما وجب بعقد متأخر عنه فإن
وجب بعقد متقدم على السلم بأن كان رب السلم باع من المسلم اليه ثوباً بعشرة دراهم ولم
يقبض العشرة حتى أسلم اليه عشرة دراهم في حنطة فإن جعل الدين قصاصاً أو تراضياً بالمقاصة
يصير قصاصاً ، وإن أبى أحدهما لا يصير قصاصاً وهذا استحسان .

وإن وجب بعقد متأخر عن السلم لا يصير قصاصاً ، وإن جعله قصاصاً هذا إذا وجب الدين
بالعقد .

أما إذا وجب القبض كالغصب والقرض فإنه يصير قصاصاً سواء جعله قصاصاً أم لا بعد أن
كان وجوب الدين الآخر متأخراً عن العقد هذا إن تساوى الدينان .

أما إذا تفاضلا بأن كان أحدهما أفضل والآخر أدون فرضي أحدهما بالنقصان وأبى الآخر فإنه
ينظر إن أبى صاحب الأفضل لا يصير قصاصاً ، وإن أبى صاحب الأدون يصير قصاصاً .^(١)

(١) بدائع الصنائع ج ٥ ص : ٢٠٦ - ٢٠٧ ، وانظر الفتاوى الهندية ج ٣ ص : ١٨٩ كتاب البيوع الفصل الثالث فيما
يتعلق بقبض رأس المال والمسلم فيه .

الرهن : في اللغة معناه :

الثبوت والدوام ، يقال : ماء رهن أي راكد ، ونعمة راهنة أي دائمة وقال بعضهم : معناه في اللغة الحبس ومنه قوله تعالى : ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾^(١) أي محبوسة بما قدمته . وهو لغة اللزوم والحبس .

اما في الشرع فالرهن هو جعل عين لها قيمة مالية في نظر الشرع او جعل ما فيه غرر وثيقة بدين بحيث يمكن اخذ الدين او اخذ بعضه عند عجز المدين عن السداد . وهو مشروع بقوله تعالى : ﴿فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾^(٢) وبما روى عن عائشة ان رسول الله ﷺ اشترى من زفر طعاما الى اجل ورهنه درعاه له من حديد^(٣) . وقد انعقد الاجماع على ذلك^(٤) .

(١) سورة المدثر آية رقم (٣٨) .

(٢) سورة البقرة آية رقم (٢٨٣) .

(٣) أخرجه مسلم جـ ٣ ص : ١٢٢٦ ، رقم الحديث (١٦٠٣) ، والبخاري جـ ٢ ص : ٧٢٩ ، رقم الحديث (١٩٦٢)

(٤) انظر : فتح القدير جـ ١٠ ص : ١٣٥ ، كتاب الرهن ، الشرح الكبير جـ ٣ ص : ٢٣١ ، باب في الرهن وما يتعلق به ، وانظر : المبدع جـ ٤ ص : ٢١٣ ، وانظر : مختار الصحاح للرازي ص : ٢٤١ ، المصباح المنير للفيومي جـ ١ ص : ٢٤٢ .

شئى على أن يرهن شيئاً أو يعطى كفيلاً حال كون الرهن والكفيل معينين لثمنه وإبى المشتري أن يرهن .
 شئى على أن يرهن شيئاً أو يعطى كفيلاً حال كون الرهن والكفيل معينين لثمنه وإبى المشتري
 أن يرهن ماسماه ، أو يعطى كفيلاً مماء صح أى الشراء استحساناً لاقياساً ؛ لأنه شرط لا يقتضيه
 العقد ، وفيه نفع لأحد المتعاقدين ، ولأنه صفقة في صفقة وهو منهى عنه كمار
 وجه الاستحسان : أنه شرط ملائم للعقد ؛ لأن الكفالة والرهن للاستيثاق ، وهو يلائم وجوب
 الثمن فإذا كان الكفيل حاضراً والرهن معيناً اعتبر معنى الشرط وهو الاستيثاق فصح العقد ، والا
 اعتبر عين الشرط ففسد ، ولا يجبر المشتري على الوفاء ، لأن عقد الرهن عقد تبرع من جانب
 الراهن ولا جبر على التبرع ، وإنما صار حقاً من حقوقه إذا وجد ولم يوجد بعد والوعد بالرهن
 لا يكون فوق الرهن ولو رهنه لا يلزم ما لم يسلم فلأن لا يصير لازماً بالوعد أولى للبايع فسخه الا
 إذا سلم ثمنه حالاً أو قيمة الرهن رهناً أى إذا أبى المشتري ولم يجبر على الوفاء جاز للبايع أن يفسخ
 العقد ؛ لأن رضاه بالبيع كان لهذا الشرط فبدونه لا يكون راضياً ، وإذا لم يتم رضاه كان له أن
 يفسخ أو يرضى بترك الرهن .^(١) قال في تبين الحقائق : ومن باع عبداً على أن يرهن المشتري
 شيئاً بعينه فامتنع لم يجبر وللبايع فسخ البيع إلا أن يدفع المشتري الثمن حالاً أو قيمة الرهن رهناً .
 وهذا استحسان . والقياس ان لا يجوز هذا البيع بهذا الشرط وعلى هذا القياس . والاستحسان اذا
 باعه شيئاً على أن يعطيه كفيلاً حاضراً في المجلس فقبل الكفيل ؛ لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه
 منفعة لاحدهما ومثله مفسد للبيع ولأنه صفقة في صفقة وهو منهى عنه . وجه الاستحسان : أنه
 شرط ملائم للعقد ، لأن الرهن للاستيثاق .^(٢) والاستيثاق يلائم العقد^(٣) ولأن الكفالة
 والرهن للاستيثاق فإنه يلائم الوجوب .^(٤)

(١) درر الحكام شرح غرر الاحكام ج ٢ ص : ٢٥٣ ، كتاب الرهن باب ما يصح رهنه والرهن به .

(٢) تبين الحقائق شرح كثر الدقائق ج ٦ ص : ٧٧ ، باب ما يجوز ارتقائه والارتقان به وما لا يجوز .

(٣) البحر الرائق ج ٨ ص : ٢٨٦ .

(٤) العناية شرح الهداية ج ١٠ ص : ١٦٧ ، باب رهن الدراهم والدنانير والنكيل والموزون ، فتح القدير ج ١٠

ص : ١٦٧ ، باب ما يجوز ارتقائه والارتقان به وما لا يجوز ، مجمع الاثر في شرح ملتقى البحر ج ٢ ص : ٥٩٧ ، فصل في

بيان احكام من يجوز له كفايا ان يعقد معه ومن لا يجوز .

وكذا الكفالة ، والاستيثاق يلائم العقد فإذا كان الكفيل حاضراً في المجلس ، وقيل اعتبر المعنى وهو الملائمة فصح العقد . وإذا لم يكن الرهن ولا الكفيل معنياً أو كان الكفيل غائباً حتى افرقا لم يبق معنى الكفالة والرهن للجهالة فكان الاعتبار لعينه فيعقد ، ولو كان الكفيل غائباً فحضر في المجلس وقبل صح كذا لو لم يكن الرهن معنياً فاتفقا على تعيين الرهن في المجلس أو نقد المشتري الثمن حالاً جاز البيع وبعد المجلس لا يجوز وإذا امتنع المشتري من تسليم الرهن لم يجبر على تسليمه . وقال زفر : يجبر : لأنه صار بالشرط حقاً من حقوقه كالكفالة المشروطة في عقد الرهن قلنا عقد الرهن تبرع ولا جبر على المتبرع كالتواهب ، غير أن للبائع الخيار أن شاء رضى بترك الرهن وإن شاء فسخ البيع لأنه وصف مرغوب فيه فقواته يوجب الخيار كسلامة المبيع عن العيب في البيع إلا أن يدفع المشتري الثمن حالاً لحصول المقصود أو يدفع قيمة الرهن رهناً ، لأن المقصود من المشروط يحصل بقيمته .^(١) ولأن يد الاستيفاء تثبت على المعنى وهو القيمة .^(٢)

(١) تبين الحقائق شرح كتر الدقائق ج ٦ ص : ٧٧ ، كتاب الرهن باب ما يجوز ارقانه والارتمان به وما لا يجوز .

(٢) العناية شرح الهداية ج ١٠ ص : ١٦٧ - ١٦٨ ، كتاب الرهن فصل رهن الدراهم والدنانير والمكيل والموزون .

ما يجوز ارتقائه والرهن به وما لا يجوز

والرهن بالمسلم فيه رهن يبدله اذا فسخ أى لو تفاسخا السلم وبالمسلم فيه رهن يكون ذلك رهناً برأس المال استحساناً حتى يحبس به والقياس ان لا يحبس به لانه دين آخر وجب بسبب آخر وهو القبض والمسلم فيه وجب بالعقد فلا يكون الرهن بأحدهما رهناً بالآخر كما لو كان عليه دينان دراهم ودنانير وبأحدهما رهن ففضى الذى به الرهن او أبرأه منه ليس له حبسه بالدين الآخر .

وجه الاستحسان : انه ارتقن لحقه الواجب بسبب العقد الذى جرى بينهما وهو المسلم فيه عند عدم الفسخ ورأس المال عند الفسخ فيكون محبوساً به لأنه بدله فقام مقامه اذ الرهن بالشئ يكون رهناً يبدله كما اذا ارتقن بالمغصوب فهلك المغصوب صار رهناً بقيمته . ^(١) ولو هلك الرهن بعد التفاسخ يهلك بالمسلم فيه ، لان رهنه به وان كان محبوساً بغيره كمن باع عبداً وسلم المبيع واخذ الثمن رهناً ثم تقايلا البيع له ان يحبس لأخذ المبيع ؛ لانه بدل الثمن ولو هلك المرهون يهلك بالثمن ؛ لانه مرهون به . ^(٢)

(١) مجمع الأفر شرح ملتقى الأبحر ج ٢ ص : ٥٩٥ ، باب ما يجوز ارتقائه والرهن به وما لا يجوز ، البحر الرائق ج ٨ ص : ٢٨٠ .

(٢) تبين الحقائق شرح كثر اللقائق ج ٦ ص : ٧٢ ، باب ما يجوز ارتقائه والرهن به وما لا يجوز ، المبرط ج ٢١ ص : ٩٣ ، حاشية ابن عابدين ج ٦ ص : ٥١٣ ، الدر المختار ج ٦ ص : ٤٨٩ ، بدائع الصنائع ج ٦ ص : ١٣٦ ، حاشية الدموقى ج ٣ ص : ٢٣٤ .

قال في بداية المبتدى : ويصح الرهن برأس مال السلم وبثمن الصرف والمسلم فيه والرهن بالمبيع باطل فان هلك ذهب بغير شيء وان هلك الرهن بثمن الصرف ورأس مال السلم في مجلس العقد تم الصرف والمسلم وصار المرتهن مستوفيا لدينه حكماً وان افترقا قبل هلاك الرهن بطلا ولان هلك الرهن بالمسلم فيه بطل السلم بهلاكه ولو تفاسخا السلم وبالمسلم فيه رهن يكون ذلك رهنا برأس المال حتى يحجمه ولو هلك الرهن بعد التفاسخ يهلك بالطعام المسلم فيه .^(١)

(١) بداية المبتدى ج ١ ص : ٢٣٢ .

ابراً المرهقن الراهن عن دينه فقبله أي قبل الراهن الابراء او وهبه له فهلك الرهن في يد المرهقن .
 ابراً المرهقن الراهن عن دينه فقبله أي قبل الراهن الابراء او وهبه له فهلك الرهن في يد المرهقن
 بلامنع من صاحبه هلك مجاناً استحساناً وقال زفر يضمن قيمته للراهن ، وهو القياس لان القبض
 وقع مضموناً فبقى كذلك ما بقي القبض .

وجه الاستحسان : ان ضمان الرهن باعتبار القبض والدين ، لأنه ضمان استيفاء وذا لا يتحقق
 الا باعتبار الدين وبالإبراء لم يبق أحدهما وهو الدين والحكم الثابت بعله ذات وصفين يزول بزوال
 أحدهما ، ولهذا لو رد الرهن سقط الضمان لعدم القبض وان بقي الدين فكذا اذا برأ عن الدين
 سقط الضمان لعدم الدين ، وان بقي القبض . (١)

قال في الفتاوى الهندية : واذا برىء الراهن من الدين من غير أداء ولا إيفاء إما بالهبة أو بالإبراء
 ثم هلك الرهن في يد المرهقن من غير أن يمنعه عن الراهن هلك مضموناً عليه قياساً ، وفي
 الاستحسان يهلك أمانة وبه أخذ علماؤنا . (٢)

فمذهب ابو حنيفة واصحابه أنه : اذا برىء الراهن من الحق بوجه من وجوه البراءة — ولم
 يستلم الرهن — بقي الرهن مضموناً على ما كان عليه ، لان الرهن يدخل في ضمان المرهقن
 بالقبض عندهم ، فاذا هلك هلك من ضمانه ، إلا اذا كانت البراءة بالإبراء عن الدين او الهبة فانهم
 قالوا — ماعدا زفر — اذا هلك الرهن بعد ذلك هلك بغير شيء استحساناً ، لان الرهن مضمون
 بالدين او جهته وفي هذه الحالة لم يبق الدين ولا جهته فلم يبق الرهن مضموناً الا أن يمتنع من
 تسليمه ، فيكون متعدياً . واما زفر : فانه قال : يبقى مضموناً عليه ، لان الضمان وجب بالقبض
 وهو لا يزال قائماً.

(١) درر الخكام شرح غرر الاحكام ج ٢ ص : ٢٦١ ، كتاب الرهن فصل رهن عصباً قيمته بعشرة فتخسر وتخلل وهو
 يساويها . ، الهداية شرح البداية ج ٤ ص : ١٥٧ ، البحر الرائق ج ٨ ص : ٣٢٦ — ٣٢٧ .

(٢) الفتاوى الهندية ج ٥ ص : ٤٤٧ ، كتاب الرهن وفيه اثنا عشر باباً ، الباب الثالث في هلاك المرهون ، رد المختار على
 الدر المختار ج ٦ ص : ٥٢٤ — ٥٢٥ ، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ج ٢ ص : ٦١٣ ، فصل مسائل متفرقة في
 الرهن ، الميعوط ج ١١ ص : ٨٩ — ٩٠ ، بدائع الصنائع ج ٦ ص : ١٥٥ ، تبيين الحقائق ج ٦ ص : ٩٦ — ٩٧

قال في الهداية : ولو أبرأ المرتهن الراهن عن الدين ، أو وهبه منه ، ثم هلك الرهن في يد المرتهن يهلك بغير شيء استحساناً - خلافاً لزفر - لأن الرهن مضمون بالدين أو بجهته عند توهم الوجود كما في الدين الموعود ، ولم يبق الدين ، بالأبراء أو الهبة ، ولا جهته : لقوطه ، إلا إذا أحدث منعاً لانه يصير به غاصباً إذا لم يتيق له ولاية المنع . قال صاحب العناية : في توجيه قول زفر : هو يقول : ان الضمان في باب الرهن إنما يجب باعتبار القبض ، وهو قائم . فكان ما بعد الإبراء وما قبله سواء ، ولهذا كان مضموناً بعد الاستيفاء وان لم يبق الدين بعده . (١) - (٢)

- (١) العناية شرح الهداية ج ١٠ ص : ٢٠١ - ٢٠٢ ، شرح فتح القدير ج ١٠ ص : ٢٠١ - ٢٠٢ .
(٢) واختلف الأئمة في هذه المسألة فذهب الشافعي وأحمد : الى انه اذا أبرأ الراهن من الدين ، بالوفاء أو الإبراء ، أو الهبة ، أو غيرها من وجوه السواء ، بقي الرهن أمانة في يد المرتهن لا يضمنه الا بالتعدي ، كما اذا طلبه الراهن ، فامتنع المرتهن من تسليمه ، أصبح مضموناً عليه ، فاذا هلك هلك من ضمانه ، لانه لم يكن له حق حسيه بعد براءة الراهن من الدين . ودليلهم في هذا : استمرار حكمه قبل السواء من الدين ، فانه كان أمانة في يده ، والاصل بقاء ما كان على ما كان . قال الشافعي في الأم : واذا قضى الراهن المرتهن الحق ، أو أحاله به على غيره ورضى المرتهن بالخوالة ، أو أبرأه المرتهن منه بأي وجه كان من السواء ، ثم سأل الراهن : فحسبه عنه وهو يمكنه ان يؤدي اليه فهلك الرهن في يد المرتهن ، فالمرتهن ضامن لقيمة الرهن بالغة ما بلغت ، الا ان يكون الرهن كيلاً أو وزناً يوجد مثله ، فيضمن مثل ما هلك في يديه ، لأنه معتد بالحس . وان كان رب الرهن آجره ، فسأل المرتهن أخذه من عند من آجره ورده اليه ، فلم يمكنه ذلك ، أو كان الرهن غائباً عنه يعلم الراهن ، فهلك في الغيبة بعد براءة الراهن من الحق . - لم يضمن المرتهن لانه لم يحسبه ورده يمكنه - انظر : الأم للشافعي ج ٣ ص : ١٧٠ - ١٧١ ، وانظر : شرح البهجة ج ٣ ص : ٩٢ ، حاشيتا قليوبي وعميرة ج ٢ ص : ٣٤٣ ، حاشية الجمل ج ٣ ص : ٢٩١ . وقال ابن قدامة : واذا قضاه جميع الحق ، أو أبرأه من الدين ، بقي الرهن أمانة في يده . ثم قال : وعندنا : انه كان أمانة ، وبقي على ما كان عليه ، وليس عليه رده ، لانه امسكه باذن مالكة ، ولا يختص بنفعه ، فهو كالوديعة . وقال : فأما ان سأل مالكة في هذه الحال دفعه اليه لزم من هو في يده من المرتهن أو العدل دفعه اليه - اذا امسكه - فان لم يفعل صار ضامناً ، كما لمودع اذا امتنع من رد الوديعة عند طلبها . انظر : المغني لابن قدامة ج ٤ ص : ٢٥٨ ، وانظر : كشاف القناع ج ٣ ص : ٣٤١ ، مطالب اولي النهي ج ٣ ص : ٢٢٩ ، الفروع لابن مفلح ج ٤ ص : ٢٢٨ - ٢٢٩ . وذهب مالك : الى انه اذا كان المرهون مما يغاب عنه ، وبرأ الراهن - في هذه الحالة - من الحق : بقضاء الدين ، أو وهبه المرتهن إياه ، أو غير ذلك ، بقي المرهون من ضمان المرتهن ، استمراراً لضمائنه قبل البراءة من الحق ، فان كان مضموناً عليه ، فاذا هلك هلك من ضمانه . إلا ان يحضره المرتهن أو يدعوا الراهن لأخذه ، فيقول : أتركه عندك ، فانه يصبح أمانة في يده . قال في الشرح الكبير : واستمرار ضمانه - اي ما يغاب عنه - ان قبض الدين من الراهن ، أو وهب له : حتى يسلمه المرتهن لربه ، ولا يكون بعد البراءة من الدين - قبل تسليمه - كالوديعة ، لأنه قبض على وجه التوثيق به لا الأمانة . الا ان يحضره المرتهن لربه - بعد البراءة من الدين - أو يدعوا لأخذه من غير إحضار ، فيقول ربه : أتركه عندك . انظر : الشرح الكبير للدردير ج ٣ ص : ٢٥٥ - ٢٥٦ ، وقال الدسوقي : ان الرهن اذا كان مما يضمن - بأن كان مما يغاب عنه - فان ضمانه من المرتهن ، ولو قبض دينه من الراهن ، أو وهبه له : لان الاصل بقاء ما كان على ما كان إلى ان يسلمه لربه ، ولا يكون ذلك الرهن عند المرتهن بعد براءة ذمة الراهن كالوديعة انظر : حاشية الدسوقي ج ٣ ص : ٢٥٥ ، وانظر : شرح مختصر خليل ج ٥ ص : ٢٥٧ ، حاشية الصاوي على الشرح الصغير ج ٣ ص : ٣٣٨ ، يتبين لنا مما سبق ان الأئمة الثلاثة احتجوا بالاستصحاب .

لو مات الراهن والعبد في أيديهما فأقام كل واحد منهما البينة على أنه رهنه عبده الذي في يده وقبضه كان في يد كل واحد منهما نصفه رهناً .

ولو مات الراهن والعبد في أيديهما فأقام كل واحد منهما البينة على أنه رهنه عبده الذي في يده وقبضه كان في يد كل واحد منهما نصفه رهناً يبيعه بحقه استحساناً وهو قول أبي حنيفة ومحمد ، وفي القياس : هذا باطل وهو قول أبي يوسف ؛ لأن الحبس للاستيفاء حكمٌ أصليٌ لعقد الرهن فيكون القضاء به قضاء بعقد الرهن وأنه باطل للشروع كما في حالة الحياة . وجه الإستحسان : أن العقد لا يراد لذاته ، وإنما يراد لحكمه ، وحكمه في حالة الحياة الحبس والشروع يضره وبعد المات الاستيفاء بالبيع في الدين والشروع لا يضره ، وصار كما إذا ادّعى الرجلان نكاح امرأة أو دعت أختان النكاح على رجل واقاموا البينة فماتت في حالة الحياة ويقضى بالمرثات بينهما بعد المات ، لأنه يقبل الانقسام .^(١)

وقال في رد المختار : ولو مات رهنه أي رهن العبد والحال أن الرهن معهما أي في أيديهما أولاً أي أو ليس العبد معهما فإن الحكم واحد كان في يد كل واحد منهما نصفه أي العبد رهناً بحقه استحساناً لانقلابه بالموت استيفاءً والشائع يقبله^(٢) - (٣)

(١) العناية شرح الهداية ج ١٠ ص : ١٧٣ ، كتاب الرهن فصل ومن رهن عبيدين باللف فقضى حصة أحدهما . ، نصب الرأية في تخريج احاديث الهداية ج ٦ ص : ٢٩٠ ، فصل رهن عبيدين باللف فقضى حصة أحدهما ، فتح القدير ج ١٠ ص : ١٧٣ ، فصل ومن رهن عبيدين باللف فقضى حصة أحدهما . ، بداية المبتدئ ج ١ ص : ٢٣٣ ، أفداية شرح البداية ج ٤ ص : ١٤١ .

(٢) رد المختار على الدر المختار ج ٦ ص : ٥٠٠ ، باب من يجوز إرقانه وما لا يجوز ، البحر الرائق ج ٨ ص : ٢٩٠ ، الجامع الصغير ج ١ ص : ٤٩٠ ، المبرز ج ٢١ ص : ١٢٨ ، جمع الضمانات ص : ١٠٠ ، تبين الخفايا ج ٦ ص : ٧٩ ، درر الأحكام شرح غرر الأحكام ج ٢ ص : ٢٥٤ .

(٣) هذه من المسائل التي تقدم فيها القياس على الإستحسان .

رهن رجلان بدين عليهما رجلاً رهناً واحداً فهو جائز والرهن رهن بكل الدين .

وان رهن رجلان بدين عليهما رجلاً رهناً واحداً فهو جائز والرهن رهن بكل الدين ، وللمرتهن ان يمسكه حتى يستوفي جميع الدين ، لان قبض الدين يحصل في الكل من غير شيوخ ، فان أقام الرجلان كل واحد منهما البينة على رجل أنه رهنه عبده الذي في يده وقبضه فهو باطل لان كل واحد منهما أثبت بينة أنه رهنه كل العبد ، ولا وجه الى القضاء لكل واحد منهما بالكل ، لان العبد الواحد يستحيل ان يكون كله رهناً لهذا وكله رهناً لذلك في حالة واحدة ولا يكون رهناً لها كأنهما ارتقناه معاً اذا جهل التاريخ بينهما هذا وجه الاستحسان لانه عمل على خلاف ما اقتضته الحجة لان كلاً منهما أثبت بيته حبساً يكون وسيلة الى مثله في الاستيفاء وبهذا القضاء يثبت حبس يكون وسيلة الى شطره في الاستيفاء وليس هذا عملاً على وفق الحجة وما ذكر وان كان قياساً لكن محمداً اخذ به لقوته ، واذا وقع باطلاً فلو هلك يهلك امانة ، لان الباطل لاحكم له^(١) وقال في الفتاوى الهندية : اذا ادعى الرهن الواحد رجلان من واحد كل واحد منهما يدعى انه رهنه منه بالف درهم ، وقبضه منه فالمسألة على وجهين : الاول : ان تقع الدعوى حال حياة الراهن وهو على ثلاثة أوجه ، الاول : ان يكون الرهن في يد احد المدعين فيقضى لذى اليد ان لم يؤرخا ، او أرخا وتاريخهما على السواء ، وان أرخا وتاريخ احدهما أسبق يقضى لأسبقهما تاريخاً خارجاً كان او ذا اليد كما في دعوى الشراء .

الوجه الثاني : ان يكون الرهن في أيديهما والوجه الثالث ان يكون الرهن في يد الراهن وفي الوجهين إن أرخا وتاريخ احدهما اسبق يقضى لأسبقهما تاريخاً وان لم يؤرخا ، او أرخا تاريخاً على السواء ، فالقياس ان لا يقضى بشيء من الرهن لو احد منهما .

(١) العناية شرح الهداية ج ١٠ ص : ١٧٢ - ١٧٣ ، كتاب الرهن فصل ومن رهن عيدين بالف فقضى حصة أحدهما ، نصب الراية في تخريج احاديث الهداية ج ٦ ص : ٢٨٩ - ٢٩٠ ، فصل رهن عيدين بالف فقضى حصة أحدهما . ، فتح القدير ج ١٠ ص : ١٧٢ - ١٧٣ ، فصل ومن رهن عيدين بالف فقضى حصة أحدهما ، بجميع انضمامات ص : ١٠٠ الفصل الاول فيما يصح رهنه وما لا يصلح وحكم الصحيح والفساد والباطل ، تبين الحقائق ج ٦ ص : ٧٩ - ٨٠ .

وفي الاستحسان يقضى بنصفه لكل واحد منهما بنصف حقه . وبالقياص نأخذ لقوة وجهه وهو الأصح . الوجه الثاني : ان تقع الدعوى بعد موت الرهن وهو على ثلاثة أوجه وفي الوجه كلاً إن أرخا وتاريخ أحدهما سبق يقضى لأسبقهما تاريخاً ، وإن لم يورخا أو أرخا تاريخهما على السواء فقيما إذا كان الرهن في أيديهما ، أو في يد الرهن ، فالقياس ان لا يقضى لواحد منهما بشيء ، وهما أسوة للغرماء ، وبالقياص أخذ أبو يوسف - وفي الاستحسان يقضى لكل واحد منهما بنصف الرهن بنصف حقه يباع الرهن فيقضى نصف دين كل واحد منهما ، فإن فضل شيء من الثمن من نصف كل واحد منهما يصرف الفاضل الى سائر الغرماء وإلى الرهن بالخصص وبالأستحسان أخذ أبو حنيفة .^(١)

يقول في الجوهرة النيرة : ومن رهن عبيدين بالف فقضى حصة أحدهما لم يكن له ان يقبضه حتى يؤدي باقي الدين لان الرهن محبوس بكل الدين فيكون محبوساً بكل جزء من اجزائه مبالغه في حمله على قضاء الدين فان سمى لكل واحد منهما شيئاً من المال ، مثل ان يقول : رهنهما بالف كل واحد منهما بخمسمائة فكذلك الجواب في المبسوط^(٢) وفي الزيادات : له ان يقبضه اذا أدى ما سمى له . وجه الاول ان العقد متحد لا يفرق بتفريق التسمية ووجه الثاني انه لا حاجة الى الاتحاد ، لان احد العقدين لا يصير مشروطاً في الآخر ألا ترى انه لو قبل الرهن في أحدهما جاز^(٣) وقال في رد المختار : وان رهنا رجلاً رهنا واحداً بدين عليهما صح بكل الدين وعمسكه الى استيفاء كل الدين اذ لا شوع . ولو رهن عبيدين بالف لا يأخذ أحدهما بقضاء حصته لحبس الكل بكل الدين كالمبيع في يد البائع فان سمى لكل واحد منهما شيئاً من الدين له ان يقبض أحدهما اذا أدى ما سمى له بخلاف البيع .^(٤) وان رهن دارين له بمبلغ من الدين فقضى حصة احد الدارين من الدين لم يستردها حتى يقضى باقي الدين ، لان المرهون محبوس بكل الدين وكذا ان رهن عيناً واحدة عند رجلين بدين عليه لكل واحد منهما فقضى دين أحدهما لان العين كلها رهن عند الدائنين وأضيف الرهن الى جميع العين في صفقة واحدة .^(٥)

(١) الفتاوى الهندية ج ٥ ص : ٤٩٠ - ٤٩١ ، كتاب الرهن وفيه اثنا عشر باباً ، الباب الثاني عشر في المدعوى في الرهن والخصومات فيه .

(٢) المبسوط للرمحسى ج ٢١ ص : ١٦٤ ، حاشية ابن عابدين ج ٦ ص : ٤٩٨ ، الدر المختار ج ٦ ص : ٤٩٨ بداية المبتدى ج ٥ ص : ٣١٠ ، الهداية شرح البداية ج ٤ ص : ١٤٠ ، البحر الرائق ج ٨ ص : ٢٨٨ - ٢٩٠ .

- (٣) الجوهرة النيرة جـ ١ ص : ٢٣٢ ، كتاب الرهن ، فتح القدير جـ ١٠ ص : ١٦٨ - ١٦٩ ، فصل ومن رهن عبدين باللف فقضى حصة أحدهما ، البحر الرائق جـ ٨ ص : ٢٩٠ ، فصل ارتقن قلب فضه وزنه خمسون بكر سلّم او قرض وقيمته من الدين سواء . ، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر جـ ٢ ص : ٥٩٨ ، باب ما يجوز ارتقانه والرهن به وما لا يجوز ، بدائع الصنائع جـ ٦ ص : ١٣٨ ، تحفة الفقهاء جـ ٣ ص : ٤٦ ، مجمع الضمانات ص : ١٠٣ .
- (٤) رد المحتار على الدر المختار جـ ٦ ص : ٤٨٠ ، باب ما يجوز ارتقانه وما لا يجوز .
- (٥) الموسوعة الفقهية جـ ١٢ ص : ٢٣١ ، (تعدد) .

رهن الشيء المتصل كالثمر المعلق على الشجرة ونحوه مما لا يجوز الرهن فيه إلا بالفصل .

ولو رهن شيئاً متصلاً بما لا يقع عليه الرهن كالثمر المعلق على الشجرة ونحوه مما لا يجوز الرهن فيه إلا بالفصل والقبض فقبض فان قبض بغير إذن الراهن لم يجز قبضه سواء كان الفصل والقبض في المجلس أو في غير المجلس ، وإن قبض بإذنه فالقياس أن لا يجوز ، وفي الاستحسان جائز ومنها الحيازة عندنا فلا يصح قبض المشاع سواء كان مشاعاً يحتمل القسمة أو لا يحتملها ، وسواء رهن من أجنبي أو من شريكه ، وسواء قارن العقد أو طرأ عليه ، ومنها أن يكون المرهون فارغاً عما ليس بمرهون فإن كان مشغولاً به فإن رهن داراً فيها متاع الراهن وسلم الدار مع ما فيها من المتاع لم يجز ، ومنها أن يكون المرهون منفصلاً متميزاً عما ليس بمرهون فإن كان متصلاً به غير متميز عنه لم يصح قبضه ، ومنها اهلية القبض وهي العقل^(١) .

قال في العناية : ولا رهن ثمرة على رءوس النخيل ، ولا زرع الأرض دون الأرض ، ولا رهن النخيل في الأرض دونها لأن المرهون متصلاً بما ليس بمرهون خلقة فكان في معنى الشائع ... فلم يجز لانه لا يمكن قبض المرهون وحده ، وعند أبي حنيفة إن رهن الأرض بدون الشجر جائز لأن الشجر اسم للثابت فيكون امتشاء الأشجار بمواضعها بخلاف ما إذا رهن الدار دون البناء لأن البناء اسم للمبني فيصير رهنها جميع الأرض وهي مشغولة بملك الراهن .^(٢) ولصحة القبض لأبد من وجود اهلية القابض للقبض ووجود إذن الراهن ، وهذا الإذن يكون صراحة ، وفيه يجوز القبض استحساناً بعد تفرق مجلس الرهن أو دلالة ، وفي هذا يتقيد القبض بمجلس عقد الرهن ولا يصح بعد التفرق .^(٣)

- (١) الفتاوى الهندية ج ٥ ص : ٤٣٣ ، كتاب الرهن وفيه اثنا عشر باباً الفصل الأول في تفسير الرهن وركبه وشروطه وحكمه . وانظر : بدائع الصنائع ج ٦ ص : ١٣٨ ، تبين الخلفاء ج ٦ ص : ٦٨ - ٦٩ .
- (٢) العناية شرح الهداية ج ١٠ ص : ١٥٥ ، كتاب الرهن باب ما يجوز ارتقائه والارتقان به وما لا يجوز ، فتح القدير ج ١٠ ص : ١٥٥ ، كتاب الرهن باب ما يجوز ارتقائه والارتقان به وما لا يجوز ، البحر الرائق ج ٨ ص : ٢٧٥ - ٢٧٦ ، بساب ما يجوز ارتقائه والارتقان به وما لا يجوز كتاب الرهن ، رد المختار على الدر المختار ج ٦ ص : ٤٨٩ - ٤٩٠ ، كتاب الرهن باب ما يجوز ارتقائه والارتقان به وما لا يجوز .
- (٣) درر الحكام شرح مجلة الأحكام ج ٢ ص : ٧٨ ، كتاب الرهن الباب الأول في بيان المسائل الدائرة لعقد الرهن .

وقال في تبين الحقائق : (لا يجوز رهن المشاع) وقال الشافعي يجوز ، لأن موجهه عنده استحقاق بيعه وتعيته له والمشاع يقبل ذلك ولكن كان استيفاء فالاستيفاء الحقيقي لا يتبع بالشروع فكذا الحكمي .^(١)

قال الزيلعي : وعنده - أي عند الشافعي - يقبل ما هو الحكم عنده وهو تعيته للبيع ، وإن موجب الرهن الحبس الدائم لأنه لم يشرع إلا مقبوضا بالنص أو بالنظر إلى المقصود منه وهو الاستيثاق وكل ذلك يتعلق بالدوام ولا يفرض إليه إلا استحقاق الحبس وجوازه في المشاع بقوت الدوام .^{(٢) - (٣)}

(١) تبين الحقائق ج ٦ ص : ٦٨-٦٩ ، كتاب الرهن باب ما يجوز ارتقائه والارتقان به وما لا يجوز .

(٢) نصب الرأية في تفریح احادیث الهداية ج ٦ ص : ٢٧٨ ، كتاب الرهن ، رهن المشاع .

(٣) وعند الشافعية يصح رهن المشاع . قال في أسنى المطالب : (ويصح رهن المشاع) كرهن الكل ، ولو عند غير شريكه ، وإن قبل القصة سواء أكان الباقي للراهن أم لغیره (ولو في بيت من دار) مشتركة (بينهما) أي بين اثنين (ولو لم يأذن الشريك) كيجه . انظر : أسنى المطالب ج ٢ ص : ١٤٤-١٤٥ ، وقال الشافعي في الأم : لا بأس بأن يرهن الرجل نصف أرضه ونصف داره وسهماً من سهم من ذلك مشاعاً غير مقسوم إذا كان الكل معلوماً ، وكان مارهن منه معلوماً ، ولا فرق بين ذلك وبين البيع . انظر : الأم للشافعي ج ٣ ص : ١٩٤ ، وانظر : حاشيتا قليوبي وعميرة ج ٢ ص : ٣٢٧ ، تحفة المحتاج ج ٥ ص : ٥٥-٥٦ ، مقنن المحتاج ج ٣ ص : ٤٦ ، نهاية المحتاج ج ٤ ص : ٢٣٩ .

وعند الخابلة كذلك يجوز رهن المشاع وهو المذهب وعليه أكثر الأصحاب لأنه يجوز بيعه في محل الحق أشبه المَفْرُز ثم إن كان المرهون بعضه ما لا ينقل كالعقار على الراهن بينه أي الرهن . قال في الانصاف : (ويجوز رهن المشاع) . هذا المذهب . نص عليه . وعليه أكثر الأصحاب . وخرج عدم الصحة . انظر : الانصاف ج ٥ ص : ١٤١ ، وقال : في كشف القناع : (ويصح رهن المشاع من الشريك ومن أجنبي) ، لأنه يجوز بيعه في محل الحق أشبه المَفْرُز (ثم إن كان المرهون بعضه) ما لا ينقل (كالعقار) على (الراهن) بينه (أي : الرهن) . وبينه وإن لم يحضر الشريك (ولم يأذن ، إذ ليس في التحلية بينه وبينه تعد على حصة الشريك . (وإن كان المرهون بعضه) مما ينقل (كالتياب والبهائم) فرضي الشريك والرهن بكونه في يد أحدهما أو غيرها جاز (لأن الحق لهما لا يتجاوزهما) . انظر : كشف القناع ج ٣ ص : ٣٢٦ ، وانظر : المغني لابن قدامة ج ٤ ص : ٢٢١ ، الفروع ج ٤ ص : ٢١٢-٢١٣ .

و عند المالكية كذلك يصح رهن المشاع من عقار وعرض وحيوان . قال الدسوقي : (وصح مشاع) أي رهنه من عقار وعرض وحيوان كما يصح بيعه وهبته ووقفه وسواء كان الباقي للراهن أو لغیره (وحيز) الجزء المشاع ليشم الرهن (بجميعه) أي مع جميع ما يملكه الراهن الذي من جملة الجزء المرهون (إن بقي فيه) شيء (للراهن) لئلا يتحول يد الراهن في الرهن فيبطل فإن كانت البقية لغیر الراهن اكتفى المرهون بجوز الجزء المرهون . انظر : حاشية الدسوقي ج ٣ ص : ٢٣٥ ، وانظر : التاج والاكلیل ج ٦ ص : ٥٤١ ، شرح مختصر خليل ج ٥ ص : ٢٣٩ ، المتقى شرح الموطأ ج ٥ ص : ٢٤٩ ، منح الجليل شرح مختصر خليل ج ٥ ص : ٤٢٤-٤٢٥ .

رجل رهن من آخر جارية تساوى ألف درهم فجاء المرتهن يطلب دينه فأبى الراهن ذلك .
 رجل رهن من آخر جارية تساوى ألف درهم فجاء المرتهن يطلب دينه فأبى الراهن ذلك حتى يحضر المرتهن الجارية ، والراهن والمرتهن في مصرهما أنه يؤمر المرتهن باحضار الجارية أولاً ، ولو لقيه في غير المصر الذى رهنه فيه ، وطالب بقضاء الدين ، وأبى الراهن ذلك حتى يحضر الرهن اجبر الراهن على قضاء الدين ولا يؤمر المرتهن باحضار الرهن سواء كان الرهن شيئاً له حمل ومؤنة أو لاجمل له ولا مؤنة - ثم قال في الفتاوى - من مشايخنا من قال هذا الجواب في الذي لاجمل له ولا مؤنة جواب القياس .

وفي الاستحسان يجبر المرتهن على احضار الرهن أولاً . حتى لو قال المرتهن الجارية في منزل فادفع الدين الى حتى تذهب معي ، وتأخذها في المنزل ليس له ذلك ويؤمر باحضار الرهن ، فاذا حضره يؤمر بقضاء الدين أولاً .^(١) ثم يسلم الرهن لأن الرهن وثيقة وفي تقديم تسليمه ابطال الوثيقة ولأنه لو سلم الرهن أولاً فمن الجائز ان يموت الراهن قبل قضاء الدين فيصير المرتهن كواحد من الغرماء فيظل حقه فلزم تقديم قضاء الدين على تسليم الرهن الا أن المرتهن اذا طلب الدين يؤمر باحضار الرهن أولاً ويقال له احضر الرهن اذا كان قادراً على الاحضار من غير ضرر زائد ثم يخاطب الراهن بقضاء الدين لأنه لو خوطب بقضائه من غير احضار الرهن ومن الجائز ان الرهن قد هلك وصار المرتهن مستوفياً دينه من الرهن فيؤدى الى الاستيفاء مرتين .^(٢) واذا أحضره امر الراهن بتسليم الدين اليه . أولاً ليتعين حقه كما تعين حق الراهن تحقيقاً للتسوية كما في تسليم المبيع والثمن يحضر المبيع ثم يسلم الثمن أولاً وان طالبه بالدين في غير البلد الذي وقع فيه العقد فان

(١) الفتاوى الهندية ج ٥ ص ٤٦٠ - ٤٦١ ، كتاب الرهن وفيه اثنا عشر باباً الباب السابع في تسليم الرهن عند قبض المال .

(٢) بدائع الصنائع ج ٦ ص ١٥٣ .

كان الرهن مما لا حمل له ولا مؤنة فكذلك الجواب لأن الأماكن كلها في حق التسليم كمكان واحد ، وإن كان له حمل ومؤنة يستوفى دينه ولا يكلف إحضار الرهن لأن هذا نقل والواجب عليه التسليم بمعنى التخلية لا النقل من مكان إلى مكان لأنه يتضرر به زيادة الضرر ولم يلتزمه .^(١) وللراهن أن يحلفه بالله ما هلك وهذا إذا ادعى الراهن هلاكه أما إذا لم يدع فلا فائدة في إحضاره .^(٢)

وقال في الفتاوى الهندية أيضاً : ولو أن رجلاً له على رجل ألف درهم منجم فرهته بالمال كله رهناً يساويه فحلّ نجم فطالبه المرهن بذلك القدر وأبى الراهن أدائه حتى يحضر الرهن لا يجبر المرهن على إحضار الرهن ، إذ لا فائدة فيه ، فإن قال الراهن : قد تَوَيَّ الرَّهْنُ وصار المرهن مستوفياً دينه فليس له عَلَى قِضَاءِ شَيْءٍ مِنَ الدِّينِ وطلب من القاضي أن يأمره بإحضاره ليصير حاله معلوماً ، فالقياس أن لا يأمره بالإحضار ، وفي الاستحسان قال : إذا كانا في المصر الذي رهته فيه يأمر بالإحضار ، وإن رأى القاضي في المصر أن لا يكلفه إحضار الرهن ويحلفه ألبتة بالله ما ضاع الرهن ولا توى ، ويأمر الراهن أن يعطيه ما حل عليه من دينه فَعَلَّ ذَلِكَ .^(٣)

(١) الهداية شرح البداية ج ٤ ص : ١٢٩ ، بداية المبتدى ج ١ ص : ٢٣٠ ، العناية شرح الهداية ج ١٠ ص : ١٤٧ - ١٤٨ ، كتاب الرهن .

(٢) رد مختار على الدر المختار ج ٦ ص : ٤٨٣ - ٤٨٤ ، كتاب الرهن ، تبين الحقائق ج ٦ ص : ٦٦ - ٦٧ ، كتاب الرهن ، أجود النيرة ج ١ ص : ٢٣٣ ، كتاب الرهن ، فتح القدير ج ١٠ ص : ١٤٧ - ١٤٨ ، كتاب الرهن ، البحر الرائق ج ٨ ص : ٢٧٠ ، كتاب الرهن ، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ج ٢ ص : ٥٨٨ ، كتاب الرهن ، نصب الرأية للزيلعي ج ٦ ص : ٢٧٤ ، درر الأحكام شرح غرر الأحكام ج ٢ ص : ٢٥٠ - ٢٥١ ، درر الأحكام في شرح مجلة الأحكام ج ١ ص : ٢٦٢ - ٢٦٣ المادة (٢٧٧) .

(٣) الفتاوى الهندية ج ٥ ص : ٤٦١ ، كتاب الرهن وفيه اثنا عشر باباً الباب السابع في تسليم الرهن عند قبض المالك .

يجوز للأب أن يرهن بدين عليه عبدا لابنه الصغير لانه يملك الإيداع .

قال في فتح القدير : (يجوز للأب ان يرهن بدين عليه عبدا لابنه الصغير) لانه يملك الايداع ، وهذا أنظر في حق الصبي منه ، لأن قيام المرتهن بحفظه ابلغ خيفة الغرامة . (ولوهلك يهلك مضمونا ، والوديعة قهلك امانة والوصى بمثلة الأب) في هذا الباب .

وعن ابي يوسف وزفر انه لايجوز ذلك منهما ، وهو القياس اعتباراً بحقيقة الايفاء ووجه الفرق على الظاهر وهو الاستحسان ان في حقيقة الايفاء ازالة ملك الصغير من غير عوض يقابله في الحال . وفي هذا نصب حافظ لماله ناجزا مع بقاء ملكه فوضح الفرق (واذا جاز الرهن يصير المرتهن مستوفيا دينه لو هلك في يده ويصير الاب) او الوصى (موفيا له ويضمنه للصبي) لانه قضى دينه بماله . وكذا لو سلب المرتهن على بيعه لانه توكيل بالبيع وهما يملكان . قالوا : اصل هذه المسئلة البيع ، فان الاب او الوصى اذا باع مال الصبي من غرم نفسه جاز وتقع المقاصة ويضمنه للصبي عندهما ، وعند ابي يوسف لا تقع المقاصة ^(١)

يقول الكاساني ^(٢) : يجوز رهن مال الغير بغير اذنه بولاية شرعية كالأب والوصى يرهن مال الصبي بدينه وبدين نفسه لان الرهن لا يخلو (اما) ان يجري مجرى الايداع (واما) ان يجري مجرى المبادلة والاب يلي كل واحد منهما في مال الصغير فانه يبيع مال الصغير بدين نفسه ويودع مال الصغير .

(١) فتح القدير جـ ١٠ ص : ١٥٩ - ١٦٠ ، كتاب الرهن باب مايجوز ارتكابه والارتكان به ومالا يجوز به وانظر : بداية المبتدى جـ ١ ص : ٢٣٢ ، الهداية شرح البداية جـ ٤ ص : ١٣٥ ، مجمع الضمانات ص : ٩٨ ، العناية شرح الهداية جـ ١٠ ص : ١٥٩ - ١٦٠ .

(٢) الكاساني : هو ابو بكر بن معود بن احمد الكاشاني - فهو يروى بالكاساني او الكاشاني - علاء الدين ، فقيه حنفي من أهل حلب له ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع سبع مجلدات ، والسلطان المبين في أصول الدين ، توفي سنة ٥٨٧ هـ في مدينة حلب . انظر : الإعلام للزركلي جـ ٢ ص : ٤٦ .

فان هلك الرهن في يد المرتهن قبل ان يفتكه الاب هلك بالاقبل من قيمته ومما رهن به لان الرهن وقع صحيحا وهذا حكم الرهن الصحيح وضمن الاب قدر ماسقط من الدين بهلاك الرهن لانه قضى دين نفسه بمال ولده فيضمن^(١)

وقال في رد المختار : رهن الأب من مال طفله شيئا بدين على نفسه جاز ، فلو رهن قيمته أكثر من الدين فهلك ضمن الاب قدر الدين دون الزيادة بخلاف الوصي فإنه يضمن قيمته .
والفرق ان للأب ان يتنفع بمال الصغير عند الحاجة ولا كذلك الوصي . (٢) - (٣)

(١) بدائع الصنائع ج ٥ ص : ١٣٥ - ١٣٦ ، وانظر : الفقه على المذاهب الاربعه للحزيري ج ٢ ص : ٣٢٧ ، وانظر : البحر الرائق ج ٨ ص : ٢٨٠ ، وانظر : الفتاوى الهندية ج ٥ ص : ٤٣٢ ، نصب الرأية في تخريج احاديث الهداية ج ٦ ص : ٢٨٣ ، تبين الحقائق ج ٦ ص : ٧٢ - ٧٣ .

(٢) رد المختار على الدر المختار ج ٦ ص : ٥١٣ .

(٣) وعند المالكية : قال في المدونة : فيمن رهن سلعة لأولاده في حاجة نفسه قلت : ارايت ان استدنت ديناً فرهنت به متاعاً لولدي صغاراً ، ولم استدن الدين على ولدي ، يجوز ذلك عليهم ام لا ؟ قال : لا أراه جائزاً . قلت : لم ؟ اليس يبعه جائزاً عليهم ؟ قال انما يجوز بيعه على وجه النظر لهم . قلت : وكذلك الرضي ؟ قال : نعم . قلت : تحفظه عن مالك ؟ قال : لا أقوم على حفظه الساعة عن مالك ولكنه رأي لان مالكا قال : ما اخذ الوالد من مال ولده على غير حاجة فلا يجوز ذلك له . انظر : المدونة ج ٤ ص : ١٤٩ وعند الشافعية : قال في الأم : ولا يجوز ان يرهن الأب لابنه ، ولا ولي اليتيم له الا بما فيه فضل لهما فاما ان يسلف مالهما برهن فلا يجوز له وايضا فعل فهو ضامن لا اسلف من ماله . انظر : الام للشافعي ج ٣ ص : ١٥٣ . وعند الحنابلة : قال في مطالب اولي النهي : (لا يصح ان) (يبيع) ولي صغير وسفينه ويحتون من مال مؤليه لنفسه ، (او يشتري) لنفسه ، (أو يرهن) لنفسه ، (ويتعه او يقترض وهو متجهد . من مال مؤليه لنفسه) ؛ لانه مظنة التهمة ، (غير أب) فله ذلك . انظر : مطالب اولي النهي ج ٣ ص : ٤٠٨ - ٤٠٩ .

من باع عبدا على ان يرهنه المشتري شيئا بعينه جاز استحسانا والقياس أن لا يجوز .

ومن باع عبدا على ان يرهنه المشتري شيئا بعينه جاز استحسانا والقياس أن لا يجوز ، وعلى هذا القياس والامتحان اذا باع شيئا على ان يعطيه كفيلا معينا حاضرا في المجلس فقبل . وجه القياس أنه صفقة في صفقة وهو منهي عنه ، ولأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحدهما ، ومثله يفسد البيع وجه الامتحان أنه شرط ملائم للعقد ؛ لأن الكفالة والرهن للاستيثاق وأنه يلائم الوجوب فاذا كان الكفيل حاضرا في المجلس والرهن معينا اعتبرنا فيه المعنى وهو ملائم فصح العقد ، واذا لم يكن الرهن ولا الكفيل معينا او كان الكفيل غائبا حتى افترقا لم يبق معنى الكفالة والرهن للجهالة فيبقى الاعتبار لعينه فيفسد ولو كان غائبا فحضر في المجلس وقبل صح (ولو امتنع المشتري عن تسليم الرهن لم يجبر عليه) وقال زفر : يجبر ؛ لأن الرهن اذا شرط في البيع صار حقا من حقوقه كالوكالة المشروطة في الرهن فيلزمه بلزومه ونحن نقول : الرهن عقد تبرع من جانب الراهن على ما بيناه ولا جبر على التبرعات (ولكن البائع بالخيار ان شاء رضى بترك الرهن وان شاء فسخ البيع) ، لأنه وصف مرغوب فيه ومارضى الا به فيتخير بفواته (الا ان يدفع المشتري الثمن حالا) لحصول المقصود (او يدفع قيمة الرهن رهنا) لان يد الاستيفاء تثبت على المعنى وهو القيمة .^(١)

قال في بداية المبتدى : ومن باع عبدا على ان يرهنه المشتري شيئا بعينه جاز استحسانا ولو امتنع المشتري عن تسليم الرهن لم يجبر عليه ولكن البائع ، بالخيار ان شاء رضى بترك الرهن وان شاء فسخ البيع .^(٢)

(١) فتح القدير ج ١٠ ص : ١٦٧ ، كتاب الرهن باب ما يجوز ارتكابه والارتهان به وما لا يجوز ، وانظر : الجوهرة النيرة ج ١ ص : ٢٣٧ - ٢٣٨ ، مجمع الاثر ج ٢ ص : ٦٢ ، رد المحتار على الدر المختار ج ٦ ص : ٤٩٧ .
(٢) بداية المبتدى ج ١ ص : ٢٣٣ .

يقول المرخسي في المبسوط : فإذا جحد الراهن فأقام المرهن بينة أنه باعه على أن يرهنه ذلك العبد فأبى الآخر من دفع العبد لأن الثابت بالينة كالثابت بالمعينة ولو عاينا البيع بشرط الرهن لم يجبر الراهن على التسليم لأن الرهن لا يتم إلا بالقبض ولا يكون مقبوضاً ولكن البائع بالخيار أن شاء أخذ متاعه إلا أن يعطيه الآخر العبد رهناً أو يعطيه مكانه رهناً آخر برضاه لأنه تغير عليه بشرط عقده حين لم يعطه ذلك العبد رهناً فثبت له الخيار بين فسخ العقد وإمضائه إلا أن يعطيه ذلك العبد رهناً فحينئذ قد وفى له بالشرط . (١)

وعند المرخسي العقد فاسد حيث قال : ولو اشترى شيئاً على أن يرهنه بالثمن رهناً أو على أن يعطيه كفيلاً بنفسه أو بالثمن فهذا العقد فاسد . (٢)

وقال في موضع آخر : وإن شرط أن يرهنه هذا المتاع بعينه ففي القياس العقد فاسد لما بينا أنه شرط عقد في عقد وفي الإستحسان يجوز هذا العقد لأن المقصود بالرهن الاستيفاء فإن موجه ثبوت يد الاستيفاء وشرط استيفاء العقد ملائم للعقد . (٣)

وقال في العناية شرح الهداية : (ومن باع عبداً على أن يرهنه المشتري شيئاً بعينه جاز استحساناً) والقياس أن لا يجوز . وعلى هذا القياس والاستحسان إذا باع شيئاً على أن يعطيه كفيلاً معيناً حاضراً في المجلس فقبل . وجه القياس أنه صفقة في صفقة وهو منهي عنه ، ولأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحدهما ، ومثله يفسخ البيع . وجه الاستحسان أنه شرط ملائم للعقد ، لأن الكفالة والرهن للإمتثال وأنه يلزم الوجوب فإذا كان الكفيل حاضراً في المجلس والرهن معيناً اعتبرنا فيه المعنى وهو ملائم فصح العقد ... إلا أن قال ونحن نقول : الرهن عقد تبرع من جانب الراهن ... ولا جبر على التبرعات (ولكن البائع بالخيار أن شاء رضى بترك الرهن وإن شاء فسخ البيع) . (٤) - (٥)

(١) المبسوط للمرخسي ج ٢٠ ص : ١٢٦ ، وانظر : المبسوط للثيبي ج ٥ ص : ٩٩ .

(٢) المبسوط للمرخسي ج ١٣ ص : ١٨ ، كتاب البيوع باب البيوع إذا كان فيها شرط .

(٣) المبسوط للمرخسي ج ١٣ ص : ١٩ ، كتاب البيوع باب البيوع إذا كان فيها شرط .

(٤) العناية شرح الهداية ج ١٠ ص : ١٦٧ - ١٦٨ .

=====

(٥) وعند الشافعية : يكون البيع جائزا : قال الشافعي في الام : فلو ان رجلا باع رجلا شيئا بالغ على ان يرهنه شيئا من ماله يعرفه الراهن والمرقن كان البيع جائزا ، ولم يكن الرهن تاما حتى يقبضه الراهن المرقن او ما يتراضيان به معا ... ثم قال : واذا باع الرجل الرجل على ان يرهنه رهنا فلم يدفع الراهن الرهن الى البائع المشروط له فالبائع الخيار في اتمام البيع بلا رهن او رد البيع ، لانه لم يرض بدمية المشتري دون الرهن . انظر : الام للشافعي جـ ٣ ص : ١٤٩ ، وقال في روضة الطالبين : اذا لم يرهن المشتري ما شرطه او لم يشهد او لم يتكفل الذي عينه فلا اجبار لكن للبائع الخيار . انظر : روضة الطالبين جـ ٣ ص : ٤٠٦ ، وانظر : حواشي المشرواني جـ ٥ ص : ٦٣ ، نهاية المحتاج جـ ٤ ص : ٢٤٩ ، تحفة المحتاج جـ ٥ ص : ٦٣ - ٦٤ ، وعند الحنابلة كذلك : البيع جائز . يقول ابن قدامة في المغني : واذا اشترى منه سلعة على ان يرهنه بما شيئا من ماله يعرفه ، او على ان يعطيه بالثمن حملا يعرفه ، فالبيع جائز . فان ابى تسليم الرهن ، او ابى الحمل ان يتحمل ، فالبايع مخير في فسخ البيع ، وفي اقامته بلا رهن ولا حميل ... الا أن قال وجلة ذلك ان البيع بشرط الرهن او الضمين صحيح ، والشرط صحيح ايضا ؛ لان مصلحة العقد غير منافية لمقتضاه ، ولا نعلم في صحته خلافا اذا كان معلوما . انظر : المغني لابن قدامة جـ ٤ ص : ٢٤٥ ، وانظر : الانصاف جـ ٤ ص : ٣٤٠ ، كتب ورسائل وفتاوى ابن تيمية جـ ٢٩ ص : ٣٤٠ . المبدع جـ ٤ ص : ٥١ . وقال في عمدة الفقه : واذا شرط الرهن او الضمين في بيع فابى الراهن ان يسلمه وابتى الضمين ان يضمن غير البائع بين الفسخ او اقامته بلا رهن ولا ضمين . انظر : عمدة الفقه جـ ١ ص : ٥٤ ، وعند المالكية : قال في المدونة : لو ان رجلا باع سلعة على ان يرهنه عبدا بعينه ففعل ذلك فلما رهنه اياه قال صاحب العبد : انا احتاج الى عبيد واخاف عليه الفوت وهذه دار ارهنتك اياها ثقة من حقتك ، والدار خير من العبد لم يكن ذلك له الا ان يرضى المرقن كذلك ؟ . انظر : المدونة جـ ٣ ص : ٢٠٢ ، وقال : في مواهب الجليل : اذا باعه بعا او املفه ملفا على ان يرهنه عبدا سماه فباعه ، او اعتقه فلا حق للمرقن فيه ولا شيء له على الراهن المتاع ؛ لانه قد ترك رهنه بتفريط في قبضه ، وان كان اعتقه ، او باعه بغور رهنه اياه دون ان يطول ، ولم يكن من المرقن تفريط في قبضه بعد العتق والبيع وكان للمرقن ان يفسخ البيع عن نفسه ، لانه اما باعه على ذلك الرهن بعينه فلما فوته عليه كان احق بسلته ان كانت قائمة او قيمتها ان كانت فائتة . انظر : مواهب الجليل شرح مختصر خليل جـ ٥ ص : ٢٠ ، وانظر : حاشية الصاوي على الشرح الصغير جـ ٣ ص : ٣٢٨ - ٣٢٩ ، منح الجليل شرح مختصر خليل جـ ٥ ص : ٤٦٣ - ٤٦٤ .

إذا رهن رجلان بدين عليهما رجلاً رهناً واحداً فهو جائز والرهن رهن بكل الدين .

(وإذا رهن رجلان بدين عليهما رجلاً رهناً واحداً فهو جائز والرهن رهن بكل الدين ، وللمرتهن ان يمسكه حتى يستوفي جميع الدين) ، لأن قبض الرهن يحصل في الكل من غير شيوع (فإن أقام الرجلان كل واحد منهما البينة على رجل انه رهنه عبده الذي في يده وقبضه فهو باطل) ؛ لان كل واحد منهما أثبت بيئته أنه رهنه كل العبد ، ولا وجه الى القضاء لكل واحد منهما ، بالكل ؛ لان العبد الواحد يستحيل ان يكون كله رهناً لهذا وكله رهناً لذلك في حالة واحدة ، ولا إلى القضاء بكليه لواحد يعينه لعدم الأولوية ، ولا الى القضاء لكل واحد منهما بالنصف ؛ لانه يؤدي الى الشيوع فتعذر العمل بهما وتعين التهاثر ولا يقال : انه يكون رهناً لهما كأنهما ارتقناه معا اذا جهل التاريخ بينهما ، وجعل في كتاب الشهادات هذا وجه الاستحسان لانا نقول : هذا عمل على خلاف ما اقتضته الحجة ؛ لان كلا منهما أثبت بيئته حياً يكون وسيلة الى مثله في الاستيفاء ، وبهذا القضاء يثبت حبس يكون وسيلة الى شطره في الاستيفاء ، وليس هذا عملاً على وفق الحجة ، وما ذكرناه وان كان قياساً لكن محمداً أخذ به لقوته ، واذا وقع باطلا فلو هلك يهلك امانه ، لان الباطل لاحكم له قال (ولومات الراهن والعبد في ايديهما فأقام كل واحد منهما البينة على ما وصفناه كان في يد كل واحد منهما نصفه رهناً يبيعه بحقه استحساناً) وهو قول ابي حنيفة ومحمد ، وفي القياس : هذا باطل وهو قول ابي يوسف ؛ لان الحبس للاستيفاء حكم اصلي لعقد الرهن فيكون القضاء به قضاء بعقد الرهن وانه باطل للشيوع كما في حالة الحياة وجه الاستحسان أن العقد لا يراد لذاته ، وإنما يراد لحكمه وحكمه في حالة الحياة الحبس والشيوع يضره ، وبعد المات الاستيفاء بالبيع في الدين والشيوع لا يضره ، وصار كإذا ادعى الرجلان نكاح امرأة او ادعت اختان النكاح على رجل واقاموا البينة فهاضت في حالة الحياة ويقضى بالميراث بينهم بعد المات ، لأنه يقبل الانقسام .^(١)

(١) فتح القدير جـ ١٠ ص : ١٧٢ - ١٧٣ كتاب الرهن فعل ومن رهن عبدين بالف فقطى حصة أحدهما . وانظر بدائع الصنائع جـ ٦ ص : ١٣٨ - ١٣٩ ، بداية المبتدئ جـ ١ ص : ٢٣٣ ، الهداية شرح البداية جـ ٤ ص : ١٤١ ، العناية شرح الهداية جـ ١٠ ص : ١٧٢ - ١٧٣ ، البحر الرائق جـ ٨ ص : ٢٨٩ - ٢٩٠ ، رد المحتار على الدر المختار جـ ٦ ص : ٤٩٨ - ٤٩٩ .

قال في البحر الرائق ولا يمكن ان يقدر كاهما ارقناه معا استحسانا لجهالة التاريخ لان ذلك يؤدي الى العمل بخلاف ماقتضاء الحجة لان كلا منهما اثبت بيته حيا يكون وسيلة الى تملك شطر بالاستيفاء فلا يكون عملاً على وفق الحجة فكان العمل بالقياس اولى لقوة اثره المستتر وهو ان كل واحد منهما اثبت الحق بيته على حدة ولم يرضى بمزاجحة الاخر . (١) - (٢)

-
- (١) البحر الرائق جـ ٨ ص : ٢٩٠ ، وانظر حاشية ابن عابدين جـ ٦ ص : ٤٩٩ ، المبروط للمرغمي جـ ٢١ ص : ١٦٤ - ١٦٥ ، الدر المختار جـ ٦ ص : ٤٩٨ ، تبين الحقائق جـ ٦ ص : ٧٩ - ٨٠ ، نصب الراية للزيلعي جـ ٦ ص : ٢٨٩ - ٢٩٠ ، مجمع الضمانات ص ١٠٠ ، الفتاوى الهندية جـ ٥ ص : ٤٣٦ .
- (٢) وعند الشافعية : قال الشافعي في الأم : واذا رهن الرجلان العبد رجلاً وقبضه المرقن منهما فالرهن جافز . انظر : الأم للشافعي جـ ٣ ص : ١٧٤ .

رجل جنى على عبد رجل فرهته مولاه ثم افتكه فمات من تلك الجناية فله أن يتبع صاحب الجناية ..

ولو أن رجلاً جنى على عبد رجل فرهته مولاه ثم افتكه فمات من تلك الجناية فله أن يتبع صاحب الجناية بجميع القيمة ، ولو كان القطع عمداً في القياس يجب القصاص ، وفي الاستحسان لا يجب القصاص وتجب القيمة ، وكذا لو وهب ثم رجع فيه ، أو باع فرداً بعيب بقضاء قاضٍ .^(١)
وقال في البحر الرائق : لو أن أمة قطعت يدها خطأ وباعها المولى من إنسان على أنه بالخيار ورُدَّت على المولى فماتت عنده من القطع فعلى القاطع قيمتها تامة ، وإن كان القطع عمداً درأت القصاص استحساناً .^(٢)

(١) الفتاوى الهندية ج ٥ ص ٤٨٥ كتاب الرهن وفيه اثنا عشر باباً ، الباب الحادي عشر في المتفرقات.

(٢) البحر الرائق ج ٨ ص ٣٤١

إذا لبس ثوب غيره بغير أمره حال غيبته ، ثم نزع وأعادته إلى مكانه لا يبرأ عن الضمان .
 إذا لبس ثوب غيره بغير أمره حال غيبته ، ثم نزع وأعادته إلى مكانه لا يبرأ عن الضمان . قال
 مشايخنا : وهذا إذا لبس كما يلبس الثوب عادة فأما إذا كان قميصاً فوضعه على عاتقه ، ثم أعاده
 إلى مكانه لا يضمن في قولهم جميعاً ... وعن محمد رحمه الله تعالى في رجل أخذ ثوب رجل من بيته
 بغير أمره فلبسه ، ثم رده إلى بيته فوضعه فيه فهلك لا ضمان عليه إستحساناً وكذلك لو أخذ دابة
 غيره من معلقها بغير أمره ، ثم ردها إلى موضعها فذهبت فلا ضمان عليه إستحساناً وإن أخذ
 الدابة من يد المالك غصباً ثم ردها فلم يجد صاحبها ولا خادمه فربطها في دار صاحبها على معلقها
 فهو ضامن نص عليه ثمس الأئمة السرخسي في شرح كتاب العارية .^(١)

وقال في مجمع الضمانات : لبس ثوب غيره بلا أمره حال غيبته ثم رده إلى مكانه لا يبرأ وهو
 الصحيح ، أخذ ثوباً من بيته بلا أمره فلبسه ثم رده إلى بيته برئ إستحساناً وكذا لو أخذ دابة من
 دار ربها ثم ردها إلى مكانها برئ ، ولو أخذها من يد ربها غصباً ثم ردها إلى دار ربها ، وربطها
 على معلقها ، ولم يجد ربها ، ولا خادمه ضمن .^(٢)

وقال في رد المختار على الدر المختار : وإذا لبس ثوب غيره ثم نزع ووضعه في مكانه فهو على
 الخلاف وهذا في لبسه على العادة ، فإن كان قميصاً فوضعه على عاتقه ثم أعاده إلى مكانه
 لا يضمن إتفاقاً ؛ لأنه حفظ لا إستعمال .^(٣)

(١) الفتاوى الهندية ج ٥ ص : ١٣٦ ، وانظر : المبوط للسرخسي ج ١١ ص : ١٤٤ .

(٢) مجمع الضمانات ص : ١٤٢ - ١٤٣ .

(٣) رد المختار على الدر المختار ج ٦ ص : ١٨٢ - ١٨٣ .

إذا خالف الراعي فرعها في غير المكان الذي أمر فعطب ضمن الراعي .

إذا خالف الراعي فرعها في غير المكان الذي أمر فعطب ضمن الراعي ولا أجر له وإن سلمت
يجب الأجر استحساناً .^(١)

وقال في معين الحكام : إذا خالف الراعي فرعها في غير المكان الذي أمره فعطبت ضمن ولا
أجر له وإن سلمت الغنم فالقياس أن لا أجر له . وفي الامتحان : يجب الأجر ، ولو اختلفا في
مكان الرعي فالقول قول رب الغنم .^{(٢) (٣)}

(١) تنقيح الفتاوى الحامدية جـ ٢ ص ١٠٧ ، مجمع الضمانات ص ٣٠ .

(٢) معين الحكام للطرابلسي ص ٢٠٢ ، الفتاوى الهندية جـ ٤ ص : ٥٠٩ - ٥١٠ .

(٣) وعند المالكية : قال في منح الجليل : (إن خالف) الراعي (مرعى شرط) بضم فكسر عليه أن لا يرعى فيه مكانا أو
زمانا كلا ترع في مكان كذا عوف وحوشه أو لصولحه ، أو ضرر عشيه ، كرعى الغنم في إثر الجاموس لحصول الفش ، وهو
فساد الجوف لها بذلك ، أو لا ترع أيام الخريف أو الأربعانية بمصر قبل ارتفاع الندى عن النبات فيها أن شرط رعيه في موضع
فرعى في غيره ضمن يوم تعديه وله أجر رعية اليه . انظر منح الجليل شرح مختصر خليل جـ ٧ ص : ٥١١ . وقال في التاج
والإكليل : (لا إن خالف مرعى شرط) من المدونة : من شرط رعيه في موضع فرعى في غيره ضمن يوم التعدي وله أجره
إلى يومه . انظر : التاج والإكليل جـ ٧ ص : ٥٥٧ . وانظر : شرح مختصر خليل جـ ٧ ص : ٢٧ - ٢٨ ، حاشية
الدسوقي جـ ٤ ص : ٢٧ ، حاشية الصاوي على الشرح الصغير جـ ٤ ص : ٤٥ ، فتح العلي المالك جـ ٢ ص : ١٤٦ ،
المدونة للإمام مالك جـ ٣ ص : ٤٥١ .

نزع خاتماً من أصبع نائم ثم أعاده قبل أن ينتبه بريء عن الضمان .

نزع خاتماً من أصبع نائم ثم أعاده إلى إصبعه قبل أن ينتبه النائم بريء عن الضمان في قولهم ، ولو انتبه النائم ثم نام فأعاده إلى إصبعه لا يبرأ في قول أبي يوسف ، ويبرأ في قول زفر وعن محمد إذا أخذ رجل خاتماً من أصبع نائم أو دراهم من كيسه أو خفاً من رجله ثم أعاده إلى مكانه ، وهو نائم أو لم يعده حتى أُنْتَبِه من نومه ثم نام نومة أخرى فأعاده إلى موضعه فإن أعاده في مجلسه ذلك استحسن أن لا أضمنه وإلا ضمنه ، وكذا لو أعاد الخاتم إلى أصبع آخر ، ولم يذكر في هذه المسائل قولاً لأبي حنيفة قال : والصحيح من مذهبه أنه لا يضمن إلا بالتحويل ... ثم قال وإذا نزع من إصبع نائم خاتماً ثم أعاده فيها عند أبي يوسف تعتبر النومة الأولى ، وعند محمد يعتبر المجلس استحساناً .. وإذا أخرج خاتماً من إصبع نائم ثم رده إلى كفه أو سبافته أو غيرها غير الأصبع التي كان فيها ضمن^(١) .

وقال في المبوط : لو نزع الخاتم من إصبع نائم ثم أعاده إلى إصبعه بعد ما انتبه ثم نام فعند أبي يوسف لا يبرأ عن الضمان وعند زفر يبرأ عن ضمانه ، ولو أعاده إلى إصبعه قبل أن ينتبه من تلك النومة بريء بالاتفاق فزفر سوى بينهما باعتبار أنه نسخ فعله حين أعاد علي الحال الذي أخذه وأبو يوسف يقول : لما أُنْتَبِه صاحبه وجب عليه

(١) بجمع الضمانات ص : ١٤١ الفصل التاسع في براءة الغاصب وما يكون ردّاً للمغصوب وما لا يكون .

ردّه في حالة الانتباه ، فلا يكون نومه بعد ذلك مسقطاً للضمان عليه بخلاف ما إذا رده قبل أن يتنبه ^(١) .

وقال في الجوهرة النيرة : إن محمداً اعتبر المجلس وأبو يوسف اعتبر اتحاد البب فإذا نزع خاتماً من أصبح النائم ثم أعاده فأبو يوسف اعتبر في نفى الضمان النومة الأولى حتى أنه لو استيقظ بعد ذلك ثم نام في موضعه فأعاده في إصبعه لم يبرأ من الضمان عند أبي يوسف وعند محمد يعتبر المجلس حتى إنه لا يضمنه ما دام في مجلسه ، ولو تكرّر نومه ويقظته فإن قام عن مجلسه ذلك ولم يرده إليه ثم نام في موضع آخر فردّه وهو نائم لم يبرأ من الضمان إجماعاً لاختلاف المجلس والسبب ^(٢) .

وذكر ابن عابدين : (أنه يجب رد عين المصوب) ما لم يتغير تغيراً فاحشاً (في مكان غصبه) لتفاوت القيم باختلاف الأماكن (ويرأ بردها ولو بغير علم المالك) ... فلو غصب دراهم إنسان من كيسه ثم ردها بلا علمه بريء وكذا لو سلمه إليه بجهة أخرى كهبّة أو إيداع أو شراء وكذا لو أطعمه فأكله خلافاً للشافعي ^{(٣) - (٤)} .

(١) المبسوط ج ١١ ص : ١٣ ، وج ١٧ ص : ١٩٠ كتاب الإقرار ، وانظر : درر الحكماء شرح غرر الأحكام ج ١ ص : ١٤ - ١٥ ، البحر الرائق ج ٥ ص : ١٦٤ .

(٢) الجوهرة النيرة ج ١ ص : ٩ ، وانظر : معين الحكماء فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام ص : ١٣٣ .

(٣) رد المحتار على الدر المختار ج ٦ ص : ١٨٢ - ١٨٣ .

(٤) وعند الخنابلة : لا يبرأ من عهده إلا برده على مالكة في حالة يصح قبضه له فيها . قال : في مطالب أولي النهى : (ولا يبرأ من أخذ من نحو نائم) كمقضى عليه (شيئاً إلا بتسليمه له بعد إفاقته) ، لأن الأخذ في حاله موجب الضمان المأخوذ على آخذه ؛ لوجود التعدي ، لأنه إما سارق أو غاصب ، فلا يبرأ من عهده إلا برده على مالكة ، في حالة يصح قبضه له فيها . انظر : مطالب أولي النهى ج ٤ ص : ٢٣٧ ، شرح منتهى الإرادات ج ٢ ص : ٣٨٥ ، وقال في الفروع : ولا يبرأ من أخذ من نائم شيئاً إلا بتسليمه له . انظر : الفروع ج ٤ ص : ٥٦٥ الإنصاف ج ٦ ص : ٤٠٧ دليل الطالب ج ١ ص : ١٦٤ ، منار السبيل ج ١ ص : ٤٣١ .

الكفيل يجبر علي النقل إلي منزل المعير أو المصوب منه (قيمة النقل) .

قال محمد في الأصل المعير إذا أخذ كفيلاً برد المستعار ، أو المصوب منه إذا أخذ كفيلاً برد المصوب ، ثم إن الكفيل حمل المكفول به إلي المالك كان للكفيل الرجوع علي المستعير ، والغاصب بقيمة الحمل ، وهو أجر عمله وهذا استحسان ولو كان مكان الكفالة وكالة بأن وكل المستعير ، أو الغاصب وكيفاً يوافي ذلك في منزل المعير ، أو المصوب منه ، أو حيث وقع الغصب ، أو العارية فهو جائز أيضاً ولكن لا يجبر الوكيل علي النقل بخلاف الكفيل فإن الكفيل يجبر علي النقل ^(١) .

وقال في حاشية ابن عابدين : وصح التكفيل برد العارية والمصوب ولو توكل بالرد لا يجبر الوكيل علي النقل إلي منزله بل يدفعه إليه حيث يجده ^(٢) .

وذكر في درر الأحكام شرح غرر الأحكام : (صح التوكيل برد العارية) لأنه التزم فعلاً واجباً (ولو توكل به) أي بالرد (لا يجبر) الوكيل علي النقل إلي منزله بل يدفعه إليه حيث يجده لأن الوكيل لم يضمن شيئاً بل وعد أن يتبرع علي الأمر بخلاف الكفيل ؛ لأنه ضمين ^(٣) .

(١) الفتاوى الهندية جـ ٣ ص : ٢٦٧ ، كتاب البيع .

(٢) حاشية ابن عابدين جـ ٨ ص : ٤١٨ ، وانظر : رد المختار علي الدر المختار جـ ٥ ص : ٥٣١ .

(٣) درر الأحكام شرح غرر الأحكام جـ ٢ ص : ٢٤٣ - ٢٤٤ .

وقال في مجمع الضمانات : وفي الأشباه لا يجبر الوكيل إذا امتنع عن فعل ما وكل فيه لكونه متبرعاً إلا في مسائل إذا وكله في دفع عين وغاب لكن لا يجب عليه الحمل إليه والمغصوب والأمانة سواء^(١).

وقال في البحر الرائق : لو أخذ من مستعيره أو غاصبه برده كفيلاً صح ولو ردّ رجع عليه بأجر مثل عمله إذ الكفيل بأمر يرجع بما ضمن وشمل عمله أجر عمله ولو أخذ به وكيلاً لا كفيلاً لا يجبر علي ردّه لتبرعه بخلاف الكفيل^(٢).

(١) مجمع الضمانات ص : ٢٦٤ ، غرر عيون البصائر ج ٣ ص : ١١ - ١٢ ، تنقيح الثناوى الحامدية ج ١ ص : ٣٤٣ .

(٢) البحر الرائق ج ٢ ص : ٢٥٠ .

إذا كفل رجل عن رجل بألف درهم علي أن يعطيها إياه من وديعة المطلوب عنده فالضمان جائز .

إذا كفل رجل عن رجل بألف درهم علي أن يعطيها إياه من وديعة المطلوب عنده فالضمان جائز ويجبر المودع علي إيفاء الدين من الوديعة فهذا استحسان فإن هلك الوديعة فلا ضمان علي الكفيل كذا في الذخيرة ^(١) .

وقال في المبسوط : وإذا كفل له بألف درهم لفلان علي أن يعطيها إياه من وديعة لفلان عنده فهو جائز ، لأنه قبل الالتزام ؛ بمحل مخصوص وهو أن يؤديه بما في يده وذلك صحيح في الكفالة والحوالة جميعاً ، فإن هلك الوديعة ؛ فلا ضمان علي الكفيل لانعدام الجناية ولا فرق في حقه بين التزام أداء الوديعة إلي صاحبها أو غريم صاحبها بأمر صاحبها . فإذا لم يضمن الوديعة فقد فات المحل الذي التزم فيه التسليم للطالب ، وقد بينا أن فوات المحل مبطل للكفالة ^(٢) .

وقال في الهداية : (ومن أودع رجلاً ألف درهم وأحال بها عليه آخر فهو جائز لأنه أقدر علي القضاء فإن هلك بريء) لتقيدها بها فإنه ما التزم الأداء إلا منها ^(٣) .

وذكر ابن عابدين : أن من (أحاله بماله عند زيد) حال كونه (وديعة) بأن أودع رجلاً ألفاً ثم أحال بها غريمه (صحت فإن هلك) الوديعة (بريء) المودع وعاد

(١) الفتاوى الهندية جـ ٣ ص : ٢٧٣ كتاب الكفالة - الفصل الخامس في التعليق والتعجيل

(٢) المبسوط جـ ٢٠ ص : ٣١ ، وانظر : البحر الرائق جـ ٦ ص : ٢٣٦ - ٢٣٧ .

(٣) الهداية جـ ٧ ص : ٢٤٧ .

الدين علي المحيل الحوالة مقيدة بها بخلاف المقيدة بالمغضوب فإنه لا يبرأ ، لأن مثله يخلفه ^(١) . وقال الزيلعي : (ولو أحال بماله عند زيد وديعة صحت ، فإن هلكت بريء) أي إذا كان له وديعة دراهم عند شخص فأحال بها غريمه صحت الوكالة لأنه أقدر علي التسليم فكانت أولى بالجواز ، فإن هلكت بريء ، لأن الحوالة مقيدة بها إذ لم يلتزم التسليم إلا منها ^(٢) . لأن حق الطالب تعلّق بالمال المحال به ، وذلك يوجب الحجر علي المحيل عن التصرف فيه ، وإلا بطل حق الطالب : لأن المحال عليه ما التزم الحوالة مطلقة ، وإنما مقيدة بذلك المال ، فإذا سقط لم تبق عليه مطالبة بشيء ، لأن الحوالة عندما كانت مقيدة بوديعة فهلكت تلك الوديعة ، بطلت الحوالة ^(٣) .

(١) رد المحتار علي الدر المختار ج ٥ ص : ٣٤٧ .

(٢) تبين الحقائق ج ٤ ص : ١٧٣ .

(٣) والحوالة علي عين - أي كان نوع العين - لا تعرف عند جمهور الفقهاء ، إذ هم جميعاً شاربون في المال المحال عليه أن يكون ديناً . كما أطبق الحنفية وغيرهم علي هذه الشريطة في جانب المال المحال به . علي أن التحقيق عند الحنفية أنفسهم يردّهم إلي وفاق الآخرين . فقد قال السرخسي : (حقيقة الحوالة هي المطلقة ، فأما المقيدة من وجه فتركيب بالأداء والقبض) أنظر : المبسوط للسرخسي ج ٣ ص : ٥٤ .

وقال في مطالب أولي النهى : ولا تصح الحوالة علي (عين من نحو وديعة) كمضاربة أو شركة ، لأنه لم يحل علي دين (أو) أي : ولا علي (استحقاق في وقف أو علي ناظره أو علي ناظر بيت المال) لعدم الاستقرار في كل (فلو أحال ناظر وقف ونحوه) كصاحب العطاء في الديون (بعض المستحقين) في الوقف (علي جهة) من جهات الوقف (لم تصح) الحوالة ، لكن ذلك وكالة ، كالحوالة علي مائه في الديوان . انظر : مطالب أولي النهى ج ٣ ص : ٣٢٦ ، وانظر : الفروع ج ٤ ص : ٢٥٧ ، الإنصاف ج ٥ ص : ٢٢٣ - ٢٢٤ ، شرح منتهى الإرادات ج ٢ ص : ١٣٥ - ١٣٦ ، كشاف القناع ج ٣ ص : ٣٨٣ - ٣٨٤ .

وقال في شرح البهجة : (و) يشترط لصحتها (ثبوت الدين) علي إغفال عليه فلا تصح بالعين لما مرّ أنها بيع دين بدين ولا بالدين قبل ثبوته ، لأنها اعتياض فلا بد من ثبوته ليحعل عوضاً (وأن يكون لازماً) كالتمن بعد زمن الخيار .. انظر : شرح البهجة ج ٣ ص : ١٤٥ ، وانظر : حاشيتا قليوبي وعميرة ج ٢ ص : ٣٩٨ - ٣٩٩ ، تحفة المحتاج ج ٥ ص : ٢٩٨ - ٢٩٩ ، مغني المحتاج ج ٣ ص : ١٩٠ - ١٩١ ، نهاية المحتاج ج ٤ ص : ٤٢١ .

وقال في التاج والإكليل : لا يجوز حوالة إلا علي أصل دين وإلا فهي حمالة . انظر : التاج والإكليل ج ٧ ص : ٢٢ - ٢٣ ، وانظر : مراتب الجليل ج ٥ ص : ٩٣ ، شرح مختصر خليل ج ٦ ص : ١٧ ، الفواكه الدواني ج ٢ ص : ٢٤٠ ، حاشية الصاوي علي الشرح الصغير ج ٣ ص : ٤٢٤ - ٤٢٥ .

إن كان إنما يسكنها ويزرعها - أى الأرض - لنفسه ، وهو لا يظن أن معه وارثاً غيره . قال ابن القاسم : وإن كان إنما يسكنها ويزرعها - أى الأرض - لنفسه ، وهو لا يظن أن معه وارثاً غيره ، فأتى من يستحق معه ، فلا كراء عليه فيها ، لأن سالت مالكا عن الأخ يرث الدار فيسكنها فيأتى أخ له بعد ذلك . فقال : إن كان علم أن له أخاً أغرمته نصف كراء ماسكن ، وإن كان لم يعلم ، فلا شيء ، وكذلك في السكنى . وقد قال عبدالرحمن بن القاسم : وأما الكراء عندى فهو مخالف للسكنى ، له أن يأخذ منه نصف ما اكراها به - علم أو لم يعلم - لأنه لم يكن ضامناً لنصيب أخيه ، ونصيب أخيه في ضمان أخيه ليس في ضمانه ، وإنما أجز له السكنى إذا لم يعلم على وجه الإستحسان ؛ لأنه لم يأخذ لأخيه مالاً ، وعسى أنه لو علم لم يسكن نصيب الأخ ، ولكان في نصيبه من الدار ما يكفيه سحنون . (١) - (٢)

(١) المدونة الكبرى ج ٤ ص : ١٩٣ .

(٢) سحنون : عبد السلام بن سعيد بن سحنون بن حبيب التميمي أصله شامي وسمى سحنون نسبة إلى طائر الحنطة في المسائل . سمع من ابن القاسم وابن وهب وهو ثقة حافظ للعلم فيه الورع الصادق والصرامة في الحق والزهد عن الدنيا ، مات سنة ٢٤٠ هـ وعمره ٨٠ سنة . انظر : التمهيد لابن عبد البر ج ٢ ص : ١٤٣ ، ثمرات الذهب لابن العماد ج ٢ ص : ٩٤ .

إذا كانت القرية والأرض بين قوم اقتسموا الأرض مساحة على أن من أصابه شجر أو بيوت في أرضه فهي عليه بقيمتها .

وإذا كانت القرية والأرض بين قوم اقتسموا الأرض مساحة على أن من أصابه شجر أو بيوت في أرضه فهي عليه بقيمتها دراهم فهو جائز وهذا استحسان بمثلة رجلين يقتسمان دار على أن لكل واحد منهما ما أصابه من البناء فهو جائز ، وإن لم يسميا ذلك استحساناً . إلا ترى أنه لو كانت دار بين رجلين فيها مساحة وبناء لهما ولآخر فاقتهما ها على أن يأخذ أحدهما الساحة وأخذ الآخر موضع البناء على أن البناء بينهم على حاله ، ثم أراد الذي أصابه الساحة أن يأخذ نصيبه من البناء لم يكن له ذلك لأن فيه ضرراً على صاحبه ولكن له قيمة حقه من ذلك أجبره عليه .^(١)

وإن اختلفت قيمة الدارين فكان بينهما يسر مثل كون قيمة أحدهما مائة والأخرى تسعين فلا بأس أن يقرعا على أن من صارت إليه التي قيمتها مائة يُعطى صاحبه خمسة دنائير لأن هذا مما لا بد منه ولا يتفق في الغالب كون قيمتهما سواء .^(٢)

وقد نص الحنفية على أن البناء والشجر يتبعان الأرض في القسمة ، والأرض لا تتبعها فمن وقع في نصيبه من قسمة الأرض شيء منهما فهو له ، بخلاف العكس .^{(٣) - (٤)}

(١) المبسوط ج ١٥ ص : ٣٢ ، كتاب القسمة باب قسمة الدرو بتفضيل بعضها على بعض دراهم ، الفتاوى الهندية ج ٥ ص : ٢١٣ ، كتاب القسمة الباب الثالث في بيان ما يقسم وما لا يقسم ، تبين الحقائق ج ٥ ص : ٢٧١ .
(٢) العناية شرح الهداية ج ٩ ص : ٤٤٠ ، فتح القدير ج ٩ ص : ٤٤١ .

(٣) تبين الحقائق ج ٥ ص : ٢٧١ ، البحر الرائق ج ٨ ص : ١٧٤ ، رد المحتار على الدر المختار ج ٦ ص : ٢٦٢ .
(٤) وهو مذهب الحنابلة والشافعية وهذا خلاف ما عليه المالكية من اعتبار كل من الأرض والبناء والشجر عقاراً ، قال الخرشي : العقار هو الأرض وما اتصل بها من بناء أو شجر . قال ابن قدامة في المغني : إذا كانت بينهما أرض بقيمتها مائة ، وفي أحد جانبيها بئر بقيمتها مائة ، وفي الآخر شجر بقيمتها مائة عدلت بالقيمة ، وجعلت البئر مع نصف الأرض نصيباً ، والشجر مع النصف الآخر نصيباً . انظر : المغني لابن قدامة ج ١٠ ص : ١٤٦ - ١٤٧ : قال في الإنصاف : والأرض التي في بعضها بئر أو بناء ونحوه ولا يمكن قسمته بالأجزاء والتعديل إذا رضىوا بقسمتها أعياناً بالقيمة جاز بلا نزاع . انظر : الإنصاف ج ١١ ص : ٣٣٤ ، وانظر : مطالب أولي النهى ج ٦ ص : ٥٤٩ - ٥٥٠ .

وقال في أسنى المطالب : (قسمة التعديل بالقيمة فيما لا يتعدد كأرض تختلف قيمة أجزائها) باختلافها في قوة الإنبات والقرب من الماء وفي أن بعضها يستقى بالبئر وبعضها بالتناضح . (فيكون مثلاً قيمة ثلثها لجودتها كقيمة ثلثها فتحراً) الأرض (على أقل الانصاف) إن اختلفت كنصف وثلث وسدس فتحراً ستة أسهم (بالقيمة لا المساحة) . انظر : أسنى المطالب

=====

جـ ٤ ص : ٣٣٥ ، شرح البهجة جـ ٥ ص : ٢٩٩ ، تحفة المحتاج جـ ١٠ ص : ٢٠٤ ، حاشية قليوبي وعميرة جـ ٤ ص : ٣١٧ ، مغني المحتاج جـ ٦ ص : ٣٣٣ ، حاشية البحر رمي على الخطيب جـ ٤ ص : ٤٠٩ .
 وقال في منح الجليل : (و) قُسِمَ بضم فكسر أو بفتح فسكون (العقار) أى الأرض وما اتصل بها من بناء وشجر (و) قسم (غيره) أى العقار من سائر المقومات (بالقيمة) لا بالمساحة ولا بالعدد . انظر : منح الجليل شرح مختصر تحليل جـ ٧ ص : ٢٥٦ ، وقال الخرشي : وقسم العقار وغيره بالقيمة يعنى ان العقار وما أشبهه من المقومات يقسم بالقيمة لا بالعدد ولا بالمساحة وسواء اختلف البنيان أو اتفق وسواء اتفق الغرض أو اختلف اذ لا يعرف تساويه الا بعرفة قيمته فلا بُدَّ من التقويم انظر : شرح مختصر تحليل للعرشي جـ ٦ ص : ١٨٦ ، قال في المدونة : قلت : أرايت ان اقتصروا البنيان بالقيمة والمساحة مزارعة ، يجوز هذا في قول مالك ؟ قال : اذا كانت المساحة مما تحمل القسمة ، او كانت المساحة كلها سواء تساووا في الدرع فيما بينهم جاز ذلك وان كانت متفاضلة فلا أرى ذلك . انظر : المدونة جـ ٤ ص : ٣١٦ ، وانظر : التاج والاكلیل جـ ٧ ص : ٤٠٩ ، حاشية الصاوى على الشرح الصغير جـ ٣ ص : ٦٦٥ .

إذا قطعت المرأة يد رجل عمداً فصالحها من الجراحة علي أن يتزوجها .

وإذا قطعت المرأة يد رجل عمداً فصالحها من الجراحة علي أن يتزوجها فالتكاح جائز ، فإن أبرأها من ذلك فهو ارش ذلك ؛ لأن القصاص لا يجري بين الرجال والنساء فيما دون النفس ، فإن برأ تبين أن الواجب له عليها خمسة آلاف وذلك مال يصلح أن يكون مهراً وكان ذلك مهراً ، وإن مات من ذلك فلها مهر مثلها وعليها الدية في مالها في قول أبي حنيفة لأنه تبين أن الواجب له عليها القصاص والقصاص لا يصلح أن يكون صداقاً ؛ لأنه ليس بمال فكان لها مهر مثلها لذلك ، ثم التزويج علي اليد والضربة أو الجراحة أو القطع بمثله الصلح ، وقد بينا أن في الصلح بهذه الألفاظ يتبين بطلان الصلح بالسراية عند أبي حنيفة . وفي القياس يجب القصاص ، وفي الاستحسان يجب الدية وعندهما الصلح صحيح فهناك كذلك .

عندهما القود ساقط ، ولا شيء عليهما ، وعند أبي حنيفة : عليها الدية في مالها استحساناً ، لأن العاقلة لا تعقل العمد ، وإن كان القتل خطأ فالدية علي عاقلتها عند أبي حنيفة : لأنه سمى اليد في التزويج وبين أن حقه كان في النفس فلهذا كانت الدية علي عاقلتها عند أبي حنيفة وليس لها منه شيء ، لأنها قاتلة ، ولا ميراث للقاتل ، وإن كان تزوجها علي الجنابة وهي عمد ثم مات فقول أبي حنيفة : هنا كقولها أن القود يسقط ؛ لأن اسم الجنابة يتناول النفس وما دونها ولها مهر مثلها ، لأن القصاص لا يصلح أن يكون صداقاً^(١) .

(١) المبسوط ج ٢١ ص : ٢٠ - ٢١ ، كتاب الصلح باب الصلح في الجنابات .

قال الزيلعي في نصب الراية : وإذا قطعت المرأة يد رجل فتزوجها علي يده ثم مات فلها مهر مثلها وعلي عاقلتها الدية إن كان خطأ وإن كان عمداً ففي مالها وهذا عند أبي حنيفة لأن العفو عن اليد إذا لم يكن عفواً عما يحدث منه عنده فالتزويج علي اليد لا يكون تزويجاً علي ما يحدث منه ثم إذا كان القطع عمداً يكون هذا تزويجاً علي القصاص في الطرف وهو ليس بمال ، فلا يصلح مهراً لا سيما علي تقرير السقوط ، فيجب مهر المثل وعليها الدية في مالها لأن التزوج وإن كان يتضمن العفو ، لكن عن القصاص في هذه الصورة ، وإذا سرى تبين أنه قُتل النفس ولم يتناوله العفو ، فتجب الدية وتجب في مالها لأنه عمد والقياس أن يجب القصاص ، وإذا وجب لها مهر المثل ، وعليها الدية تقع المقاصة إن كانا علي السواء ، وإن كان في الدية فضل ترده علي الورثة وإن كان في المهر فضل ترده الورثة عليها ، وإن كان القطع خطأ يكون هذا تزويجاً علي أرض اليد ، وإذا سرى إلي النفس تبين أنه لا أرض لليد وإن المسمى معدوم فيجب مهر المثل كما إذا تزوجها علي ما في اليد ولا شيء فيها ، ولا يتقاصان لأن الدية تجب علي العاقلة في الخطأ والمهر لها ^(١) .

وذكر الكاساني : أنه إن بريء من ذلك جاز النكاح ، وصار أرض ذلك مهراً لها ؛ لأنه تبين إن موجب ذلك الأرض ، سواء كان القطع عمداً أو خطأ ، لأن القصاص بين الذكور والإناث لا يجري فيما دون النفس فكان الواجب هو المال ، فإذا تزوجها عليه فقد سمي المال فكان مهراً لها ، وإن سرى إلي النفس فإن كان النكاح بلفظ الجناية أو بلفظ الجراحة وما يحدث منها وكان القطع خطأ جاز النكاح ، وصار دم الزوج مهراً لها

(١) العناية شرح الهداية جـ ١٠ ص : ٢٥٤ - ٢٥٦ ، فتح القدير جـ ١٠ ص : ٢٥٤ - ٢٥٦ ، نصب الراية للزيلعي جـ ٦ ص : ٣٦٤ - ٣٦٥ ، الفتاوى الهندية جـ ٦ ص : ٢٢ - ٢٣ .

لأنه لما اتصلت السراية به تبين أنه وقع قتلاً موجباً للدية علي العاقلة ، فكان التزوج علي موجب الجناية ، وهو الدية وسقطت عن العاقلة لصيرورتها مهراً لها ، ثم قال وأما في العمد جاز النكاح وصار عفواً ، وأما جواز النكاح فلا شك فيه . لأنه جوازه لا يقف علي تسمية ما هو مال . وأما صيرورة النكاح علي القصاص عفواً له ، لأنه لما تزوجها علي القصاص فقد أزال حقه عنه ، وأسقطه وهذا معنى العفو ، ولها مهر المثل من تركة الزوج ، لأن النكاح لا يجوز إلا بالمهر .

ثم قال وعند أبي حنيفة - بطل العفو إذا كان عمداً ولها مهر المثل من مال الزوج ، وتجب الدية من مالها .

فيتناقصان بقدر مهر المثل ، وتضمن المرأة الزيادة ، وإن كان خطأ فتجب الدية علي عاقلتها ، ولها مهر المثل من مال الزوج ، ولا ترث (١) - (٢) .

(١) بدائع الصنائع ج٧ ص : ٢٤٩ - ٢٥١ .

(٢) ولقد ذهب العلماء في هذه المسألة إلي أنه هل يشترط التكافؤ في النوع (والذكورة والأنوثة) أم لا ؟ .

فذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلي أنه لا يشترط التكافؤ بين الجنائي والجنائي عليه في الشرع فيجوز القصاص بين الذكور والإنسان بنفس أحكام القصاص في النفس . قال الباجي في المتقى شرح الموطأ : قال مالك أحسن ما سمعت في تأويل هذه الآية قوله تعالى (الحر بالحر والعبد بالعبد) - سورة البقرة آية رقم (١٧٨) - فهؤلاء الذكور والأنثى بالأنثى أن القصاص يكون بين الإناث كما يكون بين الذكور ، والمرأة الحرة تقتل بالمرأة الحرة كما يقتل الحر بالحر ، والأمة تقتل بالأمة كما يقتل العبد بالعبد والقصاص يكون بين النساء كما يكون بين الرجال ، والقصاص أيضاً يكون بين الرجال والنساء وذلك أن الله تبارك وتعالى قال في كتابه العزيز (وكبنا عليهن فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص) - سورة المائدة آية رقم (٤٥) - فذكر الله تبارك وتعالى أن النفس بالنفس نفس المرأة الحرة بنفس الرجل الحر وجرحها بجرحه . انظر : المتقى شرح الموطأ ج٧ ص : ١٢٠ - ١٢١ ، القواكه الفواني ج٢ ص : ١٩٤ ، حاشية العنوي ج٢ ص : ٣٠٩ . وقال الشافعي في الأم : إذا قتل الرجل المرأة قتل بها وإذا قطع يدها قطعت يده يديها فإذا كانت النفس التي هي الأكثر بالنفس فالذي هو أقل أولي أن يكون مما هو أقل وليس القصاص من العقل بسبل . ألا ترى أن من قتل الرجل بالمرأة فقد يقتله بما وعقلها نصف عقله . انظر : الأم للشافعي ج٧ ص : ٣٥١ ، ج٦ ص : ٢٢ ، مغني المحتاج ج٥ ص : ٢٥٣ ، حاشية الجعفي ج٤ ص : ١٢٩ .

وقال ابن قدامة في المغني : ويقتل الذكر بالأنثى والأنثى بالذكر هذا قول عامة أهل العلم . انظر : المغني لابن قدامة ج٨ ص : ٢٣٥ - ٢٣٦ ، وقال في كشف القناع : وتقتل الأنثى بالذكر لأنها دونه ، انظر : كشف القناع ج٥ ص : ٥٢٤ ،

شرح انتهى الإرادات جـ ٣ ص : ٢٦٧ ، مطالب أولي النهى جـ ٦ ص : ٦٣ ، ويرى الحنفية في المشهور والمعتمد أنه يجب أن يكافئ المجني عليه الجاني في النوع ، لأنه يشترط للتكافؤ أن يكون ارض كل من الجاني والمجني عليه مساوياً للآخر ، فيجوز القصاص عندهم فيما دون النفس إذا كانا ذكراً أو أنثى ، فإن كان أحدهما ذكراً والآخر أنثى ، فلا قصاص ، لأن المماثلة في الأرواح شرط وجوب القصاص فيما دون النفس . قال في رد المختار علي الدر المختار : ولا قود عندنا في طرقي رجل وامرأة وطرقي حر وعبد وطرقي عبيدين لتعذر المماثلة بدليل اختلاف دينهم وقيمتهم والأطراف كالأموال قلت : هذا هو المشهور ، لكن في الوقعات : لو قطعت المرأة يد رجل كان له القود لأن الناقص يُستوفي بالكامل إذا رضي صاحب الحق ، فلا فرق بين حر وعبد ولا بين عبيدين . انظر : رد المختار علي الدر المختار جـ ٦ ص : ٥٥٣ - ٥٥٤ ، وقال العبادي في الجوهرة النيرة : ولا قصاص بين الرجل ، والمرأة فيما دون النفس حتى لو قطع يدها عملاً لا يجب القصاص ، لأن الأرش يختلف المقدار ، والتكافؤ معتبر فيما دون النفس بدليل أنه لا يقطع اليمين باليسار ولا اليد الصحيحة بالشلل . أنظر : الجوهرة النيرة جـ ٢ ص : ١٢٣ - ١٢٥ ، بدائع الصنائع جـ ٧ ص : ٢٤٩ - ٢٥١ ، جـ ٧ ص : ٣١٠ ، تبين الحقائق شرح كثر اللقائق جـ ١٠٥ ، نصب الراية جـ ٦ ص : ٣٣٢ ، العناية شرح الهداية جـ ١٠ ص : ٢٢٠ ، فتح القدير جـ ١٠ ص : ٢٢٠ ، البحر الرائق جـ ٨ ص : ٣٣٨ ، الفتاوى الهندية جـ ٦ ص : ٢ ، مجمع الأمر جـ ٢ ص : ٦١٩ .

إن كاتبه علي ألف درهم إلي سنة فصالحه علي خمسمائة معجلة فهو جائز استحساناً.
وإن كاتبه علي ألف درهم إلي سنة فصالحه علي خمسمائة معجلة فهو جائز استحساناً
وفي القياس لا يجوز لأنه اعتياض عن الأجل وهو ليس مالاً فكان ربا ولهذا لا يجوز مثله
في الحر ومكاتب الغير وجه الاستحسان أن الأجل في حق المكاتب مال من وجه لأنه لا
يقدر علي الأداء إلا به فأعطى له حكم المال وبذل الكتابة مال من وجه حتى لا تصح
الكفالة به فاعتدلا فلا يكون ربا ولأن عقد الكتابة عقد من وجه دون وجه والأجل ربا
من وجه فيكون شبهة الشبهة بخلاف العقد بين الحرين لأنه عقد من كل وجه فكان ربا
والأجل فيه شبهة (١).

قال في العناية شرح الهداية: (وإن كاتبه علي ألف درهم إلي سنة فصالحه علي
خمسمائة معجلة فهو جائز استحساناً). وفي القياس لا يجوز لأنه اعتياض عن الأجل
وهو ليس بمال والدين مال فكان ربا ، ولهذا لا يجوز مثله في الحر ومكاتب الغير (٢).
وقال في تبين الحقائق : (وإن كاتبه علي ألف مؤجل فصالحه علي نصف حال صح)
والقياس أن لا يجوز ؛ لأنه اعتياض عن الأجل وهو ليس بمال والدين مال فكان ربا ولهذا
لا يجوز مثله في الحر ومكاتب الغير وجه الاستحسان أن الأجل في حق المكاتب مال من
وجه ، لأنه لا يقدر علي الأداء إلا به فأعطى له حكم المال ، وبذل الكتابة مال من وجه

(١) الهداية شرح البداية ج ٣ ص : ٣٦٢ .

(٢) العناية شرح الهداية ج ٩ ص : ١٩١ - ١٩٢ .

حتى لا تصح الكفالة به فاعتدلا فلا رباً ولأن عقد الكتابة عقد من وجه دون وجه ؛ لأنه تعليق العتق بشرط الاداء ولأنه شرع مع المثاني ؛ إذ الأصل أن لا يجرى هذا العقد بين المولى وعبد له إذ العبد وما في يده لمولاه والأجل أيضاً رباً من وجه فيكون شبهة الشبهة فلا يعتبر بخلاف العقد بين حرين ؛ لأنه عقد من كل وجه فكان رباً بالأجل فيه شبهة ولأن الصلح أمكن جعله فسخاً للكتابة السابقة وتحديد العقد علي خمسمائة حالة^(١).

وقد اختلف الفقهاء في جواز ما لو صالحه عن ألف مؤجل علي خمسمائة معجلة علي قولين : أحدهما لجمهور الفقهاء الحنفية^(٢) ، أن ذلك لا يجوز واستثنى الحنفية^(٣) من ذلك دين الكتابة ؛ لأن الربا لا يجرى بينهما في ذلك^(٤) وعلل الحنفية المنع في غير دين الكتابة : بأن صاحب الدين المؤجل لا يستحق المعجل ، فلا يمكن أن يجعل استيفاء فصار عوضاً ، ويبيع خمسمائة بألف لا يجوز . ويان ذلك : أن المعجل لم يكن مستحقاً بالعقد حتى يكون استيفاؤه استيفاءً لبعض حقه ، والتعجيل خير من النسبة لا محالة ، فيكون خمسمائة بمقابلة خمسمائة مثله من الدين ، والتعجيل في مقابلة الباقي ، وذلك اعتياض عن الأجل ، وهو باطل ، ألا ترى أن الشرع حرم ربا النسبة ، وليس فيه إلا

(١) تبين الحقائق جـ ٥ ص : ١٦٣ وانظر : نصب الرأية جـ ٥ ص : ٢٣٠ ، فتح القدير جـ ٩ ص : ١٩١ - ١٩٢ ،

نهر الرائق جـ ٨ ص : ٦٠ ، البوط جـ ٧ ص : ٢١٥ .

(٢) والمالكية والشافعية والصحيح عند الحنابلة .

(٣) والحنابلة .

(٤) وعلل الشافعية عدم الصحة : بأنه ترك بعض المقدار ليحصل الحلول في الباقي ، والصفة بانفرادها لا تقابل بعوض ؛ ولأن صفة الحلول لا يصح إلحاقها بالمؤجل ، وإذا لم يحصل ما ترك من القدر لأجله لم يصح الترك وانظر : أسنى المطالب جـ ٢ ص : ٢١٦ . ووجه المنع عند المالكية : أن من عجل ما أجل يعد مُسلفاً ، فقد اسلف الآن خمسمائة ليقضي عند الأجل ألفاً من نفسه . انظر : مواهب الجليل شرح مختصر خليل جـ ٤ ص : ٣١٠ .

مقابلة المال بالأجل شبهة . فلأن تكون مقابلة المال بالأجل حقيقة حراماً أولى .
الثاني : جواز ذلك. ^(١)

(١) وهو رواية عن الإمام أحمد : قال ابن القيم : أن هذا عكس الربا ، لأن الربا يتضمن الزيادة في أحد العوضين في مقابلة الأجل . وهذا يتضمن براءة ذمته من بعض العوض في مقابلة سقوط الأجل ، فسقط بعض العوض في مقابلة سقوط بعض الأجل ، فانتفع به كل واحد منهما ، ولم يكن هنا رباً لا حقيقة ولا لغة ولا عرفاً فإن الربا الزيادة وهي منتفية هنا ، والذين حرموا ذلك إنما قاسوه علي الربا ، ولا يخفى الفرق الواضح بين قوله : إما أن تربي ، وإما أن تقضى . وبين قوله : عجل لي وأهب لك مائة . فأين أحدهما من الآخر ؟ فلا نص في تحريم ذلك ، ولا إجماع ولا قياس صحيح .

قال في التاج والإكليل : (وقبح ما عليه في موخر) من المدونة : إنما كاتبه علي طعام موجل جاز أن يصالحه منه علي دراهم معجلة ، ولا بأس أن تقض ما علي مكاتبك من عين أو عرض حل أو لم يحل في عرض موجل أو معجل فتخالف للعرض الذي عليه لأن الكتابة ليست بدين ثابت لأنه لا يخص بها في فلس المكاتب أو موته ؛ وإنما هو كمن قال لعبد : إن جئت بكذا فأنت حر ثم قال له إن جئتني بأقل من ذلك ، فهذا لا بأس به . انظر : التاج والإكليل جـ ٨ ص : ٤٨١ - ٤٨٢ ، منع الحليل شرح مختصر تحليل جـ ٩ ص : ٤٤٢ - ٤٤٣ .

وقال ابن السبكي : إذا صالح المكاتب عن ألف مرجلة علي خمسمائة معجلة لم يصح ، وقال أبو حنيفة : يصح ، لنا أنه إبراء من بعض الدين بإسقاط الأجل فلم يجز كالثلث ، والأجرة ، والصدقة ، ولأن هذا يشبه ربا الجاهلية ، وهو تأجيل الدين بالزيادة . انظر : فتاوى ابن السبكي جـ ١ ص : ٣٤٢ ، وقال في حاشيتنا قليوبي وعميرة : (ولو عجل بعضاً) أي التحريم (ليرثه من الباقي فأبرأ) مع الأخذ (لم يصح الدفع ولا الإبراء) وعلي السيد رد المأخوذ ولا عتق . انظر : حاشيتنا قليوبي وعميرة جـ ٤ ص : ٣٧٠ ، وزاد في تحفة المحتاج فقال : للشرط الفاسد ؛ لأنه يشبه ربا الجاهلية كان أحدهم إذا حل دينه قال لمدينه : أقض ، أو زد فإن لم يقضه زاد في الدين ، والأجل فعلى السيد رد المأخوذ ، ولا عتق . انظر : تحفة المحتاج جـ ١٠ ص : ٤٠٦ ، مغني المحتاج جـ ٦ ص : ٤٩٨ ، وانتظر : نهاية المحتاج جـ ٨ ص : ٤١٥ ، حاشية الجمل جـ ٥ ص : ٤٦٨ ، حاشية البحر رمي علي الخطيب جـ ٤ ص : ٤٨٢ . حاشية البحر رمي علي المنهج جـ ٤ ص : ٤٣٤ .

وقال ابن قدامة في المغني : ولا بأس أن يعمل للمكاتب لسيد بعض كتابته ، ويضع عنه بعض كتابته وجملة أنه إذا كاتبه علي ألف في خمسين إلي سنة ، ثم قال : عجل لي خمسمائة منه حتى أضع عنك الباقي ، أو حتى أبرئك من الباقي . أو قال صالحني منه علي خمسمائة معجلة . جاز ذلك . انظر : المغني لأبن قدامة جـ ١٠ ص : ٣٩٨ ، وقال في كشف القناع : لأن دين الكتابة غير مستقر وليس بدين صحيح بدليل أنه لا يجز علي أدائه ولا تصح الكفالة به وما يؤديه إلي سيده كسب عبده ، وإنما جعل الشرع هذا العقد وسيلة إلي العتق وواجب فيه التأجيل مبالغة في تحصيل العتق وتخفيفاً عن المكاتب فإذا أمكنه التحصيل علي وجه يسقط به عنه بعض ما عليه كان أبلغ في حصول العتق وأخف علي العبد وبهذا فارق سائر الديون ويفارق الأجانب من حيث أنه عبده فهو أشبه بعبده القن . انظر : كشف القناع جـ ٤ ص : ٥٤٥ ، مطالب أولي النهي في شرح غاية المنتهى جـ ٤ ص : ٧٣٦ ، وانتظر : شرح منتهى الإرادات جـ ٢ ص : ٥٩٩ - ٦٠٠ .

إذا كان كـر حنطة وكر شعير بين رجلين نصفان عشرة منه طعام جيد وثلاثون ردئ فاقسماه وإذا كان كـر حنطة وكر شعير بين رجلين فاقسماه فأخذ أحدهما ثلاثين مختوماً حنطة رديئة وعشرة مخاتيم شعيراً جيدة وأخذ الآخر عشرة مخاتيم حنطة جيدة وثلاثين مختوماً شعيراً رديئاً ، ثم استحق نصف الشعير الردئ ؛ فإنه يرجع عليه بربع عشرة مخاتيم حنطة وهذا غلط بين فإن العشرة المخاتيم حنطة جيدة في يد المستحق عليه فكيف يرجع بربعه ؟ والصحيح ما في النسخ العتيقة أنه يرجع بربع المخاتيم حنطة يعني ثلاثين مختوماً حنطة رديئة التي أخذها صاحبه يرجع بربع ذلك وهو سبعة أقفزة ونصف وهو جواب الإستحسان وفي القياس على ما ذكره في زيادات الزيادات يرجع عليه بخمسة أقفزة حنطة رديئة وقفيزين ونصف شعير جيد . وجه القياس أنه لو استحق جميع الشعير الردئ من يده ، رجع على صاحبه بثـلث الحنطة الرديئة عشرة أقفزة ونصف الشعير الجيد خمسة أقفزة فإن استحق نصف الشعير الردئ يرجع بنصف كل واحد منهما وبيانه من حيث المعنى أنه أخذ الثلاثين قفيزاً رديئاً عشرة بقدم ملكه وعشرة بالمقاسمة فقد أخذ صاحبه من نصيبه فإذا استحق النصف كان ثلث المستحق مما أخذه بقدم ملكه فلا يرجع باعتباره على أحد بشئ وثـلثه مما أخذه صاحبه بالمعاوضة فيرجع بعوضه على صاحبه ، وذلك خمسة أقفزة من الحنطة الرديئة وثـلثه مما أخذه بالمقاسمة فيرجع على صاحبه بنصف ذلك قدر حصته من الشعير الجيد وذلك قفيزان ونصف ووجه الإستحسان ما بينا أن المستحق لا يجعل شئ منه من المأخوذ بالمقاسمة لإبقاء معنى التمييز وإنما يجعل نصفه من المأخوذ بقدم ملكه و نصفه من المأخوذ بالمعاوضة فيرجع بعوض ذلك على صاحبه ، وذلك سبعة أقفزة ونصف من الطعام الردئ وربع الثلاثين قفيزاً يكون سبعة أقفزة ونصفاً ، فلهذا قال : يرجع بربع المخاتيم حنطة .^(١)

وقال في بدائع الصنائع : كـر حنطة بين رجلين نصفان عشرة منه طعام جيد ، وثلاثون ردئ فاقسماه ، فأخذ أحدهما عشرة أقفزة جيدة وثوباً وأخذ الآخر ثلاثين رديئاً ، حتى جازت القمة فاستحق من الثلاثين عشرة أقفزة ، يرجع على صاحبه بنصف الثوب إستحساناً ، والقياس ما ذكره في الزيادات أنه يرجع عليه بثـلث الثوب وثـلث الطعام الجيد .

(١) المبسوط جـ ١٥ ص : ٤٧ - ٤٨ .

ووجهه أن الإستحقاق ورد على عشرة شائعة في الثلاثين ، فكان المستحق في الحقيقة من كل عشرة ثلثها ، وذلك يوجب الرجوع بثلث الطعام الجيد .

ووجه الإستحسان أن طريق جوازه هذه القسمة أن تكون العشرة بمقابلة العشرة ، والعشرون بمقابلة الثوب ، فإذا استحق منه عشرة ، وأنه بمقابلة نصف الثوب ؛ فيرجع عليه بنصف الثوب ، وقوله : للمستحق عشرة شائعة في الثلاثين لا العشرة المعينة - وهي التي من حصة الثوب - فنعم. هذا هو الحقيقة ، إلا أنا لو عملنا بهذه الحقيقة ؛ لاحتجنا إلى نقض القسمة وإعادةها ، ولو صرفنا الإستحقاق إلى عشرة - هي من حصة الثوب - لم نحتاج إلى ذلك ، وتصرف العاقل يحب صيانتها عن النقض والإبطال ما أمكن ، وذلك فيما قلناه .^(١)

(١) بدائع النائع ج ٧ ص : ٢٥ .

ان الورثة اذا طلبوا من القاضى قسمة العقار وقالوا هذه ورثنا من أينا لم يقسم حتى يقيموا البينة على الملك عند ابي حنيفة وعندهم يقسم بدون بينة .

(لا يقسم العقار بين الورثة بإقرارهم حتى يبرهنوا على الموت وعدد الورثة) وهذا عند أبي حنيفة وقالوا يقسم باعترافهم ؛ لان اليد دليل الملك لأنه في أيديهم والإقرار دليل الصدق ولا منازع لهم فيقسم بينهم فصار كما اذا كان الموروث منقولاً او كان العقار مشترى وهذا لأنهم لا منكر لهم ولا بينة إلا على المنكر .

وعند أبي حنيفة : ان القسمة قضاء على الميت ؛ إذ التركة مبقاة على ملكه قبل القسمة حتى لو حدثت الزيادة منها قبل القسمة تنفذ وصاياه ، فيها بخلاف ما بعد القسمة ، واذا كان قضاء على الميت فالإقرار منهم ليس بحجة عليه فلا بد من البينة وقد أمكن ذلك بجعل أحدهم خصماً عن الميت وغيره عن أنفسهم لان الوارث نائب عنه ، وإقرار الخصم لا يمنع من قبول البينة اذا كان في قبولها فائدة .

وقوله : يقسم في المنقول الموروث إستحساناً والقياس ان لا يقسمه لما ذكرنا في العقار . وذلك لان في القسمة فيه نظراً لانه يخشى عليه التلف وفي القسمة حفظه وجعله مضموناً على القابض فتعينت القسمة اذ القاضى نصب ناظراً والعقار محصن بنفسه وهو غير مضمون بالقبض عنه فلا حاجة الى القسمة بغير ثبوت .^(١)

قال في المبسوط : وان سألوا القاضى ان يقسمها بينهم فإن ابا حنيفة قال القاضى لا يقسم العقار بينهم بإقرارهم حتى تقوم البينة على اصل الميراث ، وقال ابو يوسف ومحمد يقسمها بينهم

(١) تبين الحقائق شرح كثر الدقائق ج ٥ ص : ٢٦٦ - ٢٦٧ ، العناية شرح الهداية ج ٩ ص : ٤٣١ - ٤٣٢ ، البحر الرائق ج ٨ ص : ١٦٩ - ١٧٠ ، الجامع الصغير ج ١ ص : ٣٨٥ ، الجوهرة النيرة ج ٢ ص : ٢٤٧ - ٢٤٨ .

ويشهد أنه قسمها باقرارهم وقضى بذلك عليهم دون غيرهم لان اليد فيها لهم ومن في يده شيء فقلوله مقبول فيه ما لم يحضر خصم يتنازعه في ذلك وليس هنا خصم يتنازعهم فلاحاجة لهم الى اقامة البينة لإثبات ملكهم فيها .

واذا كان الملك ثابتاً لهم بقولهم وسألوا القاضى ان يقسم بينهم ملكهم فعليه أن يجيبهم إلى ذلك كما لو زعموا ان الدار مملوكة لهم ولم يذكروا ميراثاً ولا غيره وسألوه ان يقسمها بينهم قسّمهم القاضى بطلبهم وأشهدوا أنه قضى بذلك عليهم دون غيرهم نظراً منه لغائب عسى ان يحضر فيدعى لنفسه فيها حقاً فكذلك هنا .

والدليل عليه انه لو كانت في ايديهم عروض أو منقول سوى العقار فأقروا انها ميراث بينهم وطلبوا قسمتها قسمها القاضى باقرارهم وأشهد على انه قسمها باقرارهم لاعتبار يدهم فكذلك في العقار لان اليد تثبت على العقار كما تثبت على المنقول .

وعند أبي حنيفة : ان التركة قبل القسمة مبقاة على ملك الميت بدليل ان حقه يثبت في الزوائد التي تحدث حتى يقضى منه ديونه وينفذ وصاياه وبالقسمة ينقطع حق الميت عن التركة حتى لا يثبت حقه فيما يحدث بعد ذلك من الزوائد فكان فيه قضاء على الميت بقطع حقه .

والقاضى يثبت له الولاية على الميت في تركته فيما يرجع الى النظر وينفذ تصرفه اليه اذا كان فيه نظر للميت فيم يخبرون القاضى بثبوت ولايته على الميت ليلزم الميت قضاؤه فيما يرجع الى النظر وذلك أمر وراء ما في أيديهم فلا يكون قولهم في ذلك حجة فيكلفهم اقامة البينة على ذلك .

واما العروض فما يأخذه كل واحد منهم بعد القسمة يصير مضموناً عليه بالقبض في حق غيرهم ففى جعل ذلك مضموناً عليهم معنى النظر للميت وذلك لا يوجد في العقار فانها لاتصير مضمونة على من أثبت يده فيها عند أبي حنيفة ^(١)

(١) المبسوط للرخسى ج ١٥ ص : ٩ - ١٠ ، الهداية شرح البداية ج ٤ ص : ٤٣ ، فتاوى السعدى ج ٢ ص : ٦٢٠ ، بداية البندى ج ١ ص : ٢١٢ ، فتح القدير ج ٩ ص : ٤٣١ - ٤٣٢ ، درر الحكام شرح غرر الأحكام ج ٢ ص : ٤٢٢ ، البحر الرائق ج ٨ ص : ١٦٩ - ١٧٠ ، مجمع الأقر ج ٢ ص : ٤٨٩ - ٤٩٠ .

وذكر في الفتاوى الهندية هذه المسألة فقال :

وان حضر جماعة والتمسوا من الحاكم أن يقسم التركة بينهم وادعوا بأنها ميراث لم يقسمها حتى يقيموا اليانة على موته وعدد ورثته فان شهد الشهود بالموت . وقالوا : انه لا وارث للميت غير هؤلاء لم تقبل شهادتهم في القياس وفي الاستحسان تقبل . وان قالوا : لانعلم انه وارثاً غير هؤلاء قبلت شهادتهم قياساً واستحساناً .^(١)

(١) الفتاوى الهندية ج ٥ ص : ٢٣٣ ، كتاب القسمة وفيه ثلاثة عشر باباً ، الباب الثالث عشر في المتفرقات .

الحجر لغة : حصر الانسان والمنع والحرام ومنه قوله تعالى: ﴿وَحَرِّثُ حِجْرًا﴾^(١) وتقول الكفار يوم القيامة اذا رأوا ملائكة العذاب حجراً محجوراً أي حراماً محرماً يظنون ان ذلك ينفعهم كما يقولونه في الدنيا لمن يخافونه في الشهر الحرام قاله في الصحاح وذكر ان الكسر في الحجر بمعنى الحرام افصح .

والحجر في الشرع : المنع من التصرف . قال ابن رشد المنع من التصرف في المال وقال في التوضيح منع المالك التصرف في ماله لمنفعة نفسه او غيره .^(٢) والحجر شرعاً صفة حكمية - أي يحكم بها الشرع - توجب منع موصوفها من نفوذ تصرفه فيما زاد على قوته او تبرعه بما يزيد عن ثلث ماله .

(١) سورة الأنعام آية رقم (١٣٨)

(٢) انظر : مواهب الجليل ج ٥ ص : ٥٧ ، حاشية الدسوقي ج ٣ ص : ٢٩٢ ، الشرح الكبير ج ٣ ص : ٢٩٢ ، منار السبيل ج ١ ص : ٣٥٣ ، كشف القناع ج ٢ ص : ١٤٩ ، المغني لابن قدامة ج ٤ ص : ٢٩٥ ، الإقناع للشريفي ج ٢ ص : ٣٠٠ ، حاشية الجوزي ج ٢ ص : ٤٣٠ ، حواشي الشروان ج ٥ ص : ١٥٩ ، المصباح المنير للرافعي ج ١ ص : ١٢٢-١٢١ ، مادة حجر ، مغني المحتاج ج ٢ ص : ١٦٥ ، حاشية ابن عابدين ج ٦ ص : ١٤٢ ، السدر المختار ج ٦ ص : ١٤٢ ، بدائع الصنائع ج ٧ ص : ١٦٩ . وانظر : المصباح المنير للجوزي ج ١ ص : ١٢٢-١٢١ ، مختار الصحاح للرازي ص : ١٢١ .

ان اوصى بوصايا في القرب وابواب الخير جاز ذلك من ثلث ماله .

ان اوصى بوصايا في القرب وابواب الخير جاز ذلك من ثلث ماله وان كان له وارث وهذا استحسان والقياس ان لا يجوز وصيته كما في تبرعته حال حياته .

وجه الاستحسان ان الحجر عليه لمعنى النظر له كي لا يتلف ماله ويبقى كلاً على غيره وذلك في حياته فيما يتلف جميع ماله لاقبما ينفذ من الثلث بعد وفاته حال استغنائه عن ماله ، وفيها مافيه من الثواب الجزيل والذكر بعد وفاته بالجميل هذا اذا كانت الوصية منه موافقة لوصايا اهل الخير والصلاح نحو الوصية بالحج او للمساكين او بشيء من انواع البر .^(١) وقال في رد المختار على الدر المختار : وفي صحة وصاياه بالقرب من الثلث اذا كان له وارث والقياس ان لا يجوز وصيته كبرعته . ووجه الاستحسان ان الحجر عليه لمعنى النظر له كي لا يتلف ماله ويبقى كلاً على غيره .^(٢) واما اذا اوصى بقبر القرب لا ينفذ^(٣) وفي أثر المسفة على الوصية وهل تصح اذا اوصى السفيه ام لا ؟ اختلاف العلماء فيها ثلاثة آراء : الراى الاول : صحتها فيما يتقرب به الى الله من الثلث وهو مذهب الحنفية استحساناً . والمذهب عند الخابلة وبه قال المالكية اذا لم يحصل فيها تخليط والمذهب عند الشافعية وذلك لصحة عبارته ، لانه عاقل مكلف ، ولان الحجر عليه لحفظ ماله وليس في الوصية اضاءة لماله ، لانه ان عاش كان ماله له وان مات فله ثوابه وهو احوج اليه من غيره . يقول ابن رشد لا اعلم خلافاً في تفردهما.^(٤)

(١) تبين الحقائق شرح كثر المغاير ج ٥ ص : ١٩٨ ، كتاب الحجر إقرار الصبي والمنحون في الحجر .

(٢) رد المختار على الدر المختار ج ٦ ص : ١٤٨ ، كتاب الحجر وانظر : نصب الراية ج ٥ ص : ٣٨١ .

(٣) البحر الرائق ج ٨ ص : ٩٣ ، اوصى السفيه بوصايا في القرب وابواب الخير باب الحجر ، المبسوط للسرحدى ج ٢٤ ص : ١٦٨ ، الفصل الثاني لا يباع على المديون ماله ، العناية شرح الهداية ج ٩ ص : ٢٦٧-٢٦٨ ، فتح القدير ج ٩ ص : ٢٦٧-٢٦٨ .

(٤) وهو المذهب عند الخابلة وبه قال المالكية اذا لم يحصل فيها تخليط والمذهب عند الشافعية وذلك لصحة عبارته ، لانه عاقل مكلف ، ولان الحجر عليه لحفظ ماله وليس في الوصية اضاءة لماله ، لانه ان عاش كان ماله له وان مات فله ثوابه وهو احوج اليه من غيره . يقول ابن رشد لا اعلم خلافاً في تفردهما .

الراى الثاني : عدم صحتها منه لانه محجور عليه في تصرفاته وهو خلاف المذهب عند الخابلة وقول عند الشافعية ان حجر عليه وتصح قبل الحجر عليه .

والراى الثالث : عدم صحتها اذا حصل تخليط - وهو ان يوصى بما ليس بقرب او ان لا يعرف في نهاية كلامه ما ابتدأ به لخرقه . وهذا راى المالكية والحنفية . انظر : الموسوعة الفقهية ج ٢٥ ص : ٦٧ ، سفة . قال ابن قدامة في المنفى : ويصح

=====

تدييره ووصيته ؛ لأن ذلك محض مصلحة لأنه تقرب الى الله بماله بعد غناه عنه . انظر : المغني لابن قدامة جـ ٤ ص : ٣٠٥ ، وقال في الانصاف : يصح تدييره ووصيته . على الصحيح من المذهب ، وقيل لا يصح . انظر : الانصاف جـ ٥ ص : ٣٣٦ ، باب الحجر و جـ ٧ ص : ١٨٥ ، كتاب الوصايا ، وانظر : المبدع جـ ٤ ص : ٣٤٤ ، جـ ٦ ص : ٥ ، منار السبيل جـ ٢ ص : ٣٥ .

قال في شرح البهجة : (واستثنى) من منعه من التصرفات المالية (التديير ، والوصية) فلا يمنع منهما لصحة عبارته واحتياجه للثواب وقد المعنى الذي لأجله حجر عليه بخلاف المجنون ، والطفل ولو مميزاً اذ لا عبارة لهما . انظر : شرح البهجة جـ ٣ ص : ١٢٥ ، وقال في حاشية البحرى : لأن السفية يصح منه التديير والوصية والصلح عن قصاص عليه .

انظر : حاشية البحرى جـ ٢ ص : ٤٣٣ ، وانظر : نهاية الزين جـ ١ ص : ٢٤٧ .

وقال العدوى في حاشيته : وظاهر كلامه صحة وصية السفية والصبي وقيد ابن الحاجب صحها من الصبي المميز . فقال : وتصح من السفية المنذر والصبي المميز اذا عقل القرابة ، ولم يخلط فيها واحترز بالمميز من غيره فان وصيته لاتصح اتفاقاً وفكر اللحنى عدم الإختلاط بأن يوصى بما فيه قرابة لله تعالى او صلة رحم . انظر : حاشية العدوى جـ ٢ ص : ٢٢٤-٢٢٥ ، وانظر : شرح مختصر خليل للخرشي جـ ٨ ص : ١٦٨ ، حاشية المدسوقي جـ ٣ ص : ٢٩٢ ، مواهب الجليل جـ ٦ ص : ٣٦٤ ، منح الجليل شرح مختصر خليل جـ ٦ ص : ٩٣-٩٤ .

إذا وكل زيد عمراً في استجار طاحونة وقف .

إذا وكل زيد عمراً في استجار طاحونة وقف فاستأجرها له من ناظر الوقف وقبضها الوكيل ثم بعد مدة تقايل مع الناظر عقد التواجر فهل تكون مقابلته غير صحيحة ويبقى المأجور بيد الموكل إلى انتهاء مدة عقد التواجر المزبور ؟

(الجواب) : الوكيل بالاستجار لا يملك الإقالة بعد القبض امتحاناً .^(١)

قال في المبسوط : إن الوكيل بالشراء لا يملك الإقالة بعد الشراء والموكل يملكها ، لأن الملك له^(٢) وقال في الفتاوى الهندية : الوكيل بالبيع يملك الإقالة قبل قبض الثمن في قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله تعالى - وأما الوكيل بالشراء فذكر شمس الأئمة المرخسي .. وغيره أنه لا يملك الإقالة وتصح إقالة الموكل مع البائع والمشتري.^(٣)

وذكر في البحر الرائق : إقالة الوكيل بالبيع جائزة عند الإمام ومحمد بخلاف الوكيل بالشراء فإنه لا يملكها إجماعاً.^(٤)

(١) تنقيح الفتاوى الحامدية ج ١ ص: ٣٤٣.

(٢) المبسوط ج ٢١ ص: ٤٩.

(٣) الفتاوى الهندية ج ٣ ص: ١٥٩.

(٤) البحر الرائق ج ٦ ص: ١١١، وانظر : مجمع الأهر ج ٢ ص: ٢٣٧ ، رد المختار على الدر المختار ج ٥ ص: ١٢٣.

رجل دفع إلى رجل عشرة دراهم وأمره أن يتصدق بها فأنفقها الوكيل وتصدق عن الأمر من ماله. رجل دفع إلى رجل عشرة دراهم وأمره أن يتصدق بها فأنفقها الوكيل ثم تصدق عن الأمر بعشرة دراهم من ماله لا يجوز ويكون ضامناً للعشرة ولو كانت الدراهم قائمة فأمسكها الوكيل وتصدق من عنده بعشرة جاز استحساناً وتكون العشرة له بعشرته .^(١)

وقال في تبين الحقائق : رجل دفع إلى رجل عشرة دراهم وأمره أن يتصدق بها فأنفق الوكيل ثم تصدق عن الأمر بعشرة من ماله لا يجوز ويكون ضامناً للعشرة ولو كانت الدراهم قائمة فأمسكها الوكيل وتصدق من عنده بعشرة جاز إستحساناً وتكون العشرة له بعشرته .^(٢)

(١) الفتاوى الهندية ج ٣ ص : ٦٤٤ .

(٢) تبين الحقائق ج ٤ ص : ٢٨٥ .

كل من ادعى حقاً لا يثبت على المدعى عليه الا بالقضاء على الغائب يكون الحاضر خصماً عن الغائب .
 قال في الجامع الكبير جعل المسألة على أربعة أوجه فقال : اما ان تكون الكفالة مطلقة نحو : ان يقول كفلت بمالك على فلان ، او مقيدة نحو ان يقول كفلت لك عن فلان باللف درهم ، وكل وجه على وجهين : اما ان تكون الكفالة بامر المكفول عنه او بغير أمره فان كانت مطلقة فالقضاء على الكفيل قضاء على الأصيل سواء بأمره او بغير أمره لان الطالب لا يتوصل الى إثبات حق الكفيل الا بعد اثباته على الأصيل لما ذكرنا ان القول قول الكفيل انه ليس للطالب على الأصيل شيء ، واذا كان كذلك صار الكفيل خصماً عنه وان كان غائباً . والمذهب عندنا أن القضاء على الغائب لا يجوز إلا إذا ادعى على الحاضر حقاً لا يتوصل إليه إلا بإثباته على الغائب . قال مشايخنا : وهذا طريق من أراد اثبات الدين على الغائب من غير ان يكون بين الغائب والكفيل اتصال ، وكذا اذا خاف الطالب موت الشاهد بتواضع مع رجل ويدعى عليه مثل هذه الكفالة فيقر الرجل بالكفالة وينكر الدين فيقيم المدعى اليه على الدين فيقضى به على الكفيل والأصيل ثم يبرأ الكفيل ... وكل من ادعى حقاً لا يثبت على المدعى عليه الا بالقضاء على الغائب يكون الحاضر خصماً عن الغائب ؛ كمن قذف رجلاً فادعى المقتوف الحد فقال القاذف : قذفته وهو عبد فاقام المقتوف عليه ينة انه كان عبداً لفلان وأنه اعتقه قضى بعتقه على فلان لانه ادعى حقاً وهو الحد لا يتوصل الى اثباته الا بإثبات العتق فصار القاذف خصماً عن فلان سيد العبد الغائب ويثبت القضاء عليه ، وكذا عبد مأذون عليه دين فقال رجل لصاحب الدين : أنا ضامن لدينك ان اعتقه مولاه فاعتقه ثم أقام صاحب الدين بينة ان مولاه اعتقه بعد كفالة الكفيل وان كان فيه قضاء على الغائب وقضاء للغائب ، وهذا كله استحسان استحسنته علماؤنا صيانة للحقوق .^(١)
 وقد انكر بشر المريسي القضاء على الغائب في هذه المسائل .

(١) فتح القدير ج ٧ ص ٢١٧ ، باب الكفالة ، وانظر : الهداية شرح البداية ج ٣ ص ١٠٨ ، كتاب أدب القاض باب التحكيم ، بجميع الأثر ج ٢ ص ١٤٠ .

قال في التحرير وقد كان بعض العلماء يأبى انتصاب الحاضر خصماً عن الغائب في هذه المسائل ولا يقضى على الحاضر بشئ ما لم يحضر الغائب وهو القياس الظاهر إلا أنا نقول بأن عامة الخصومات يتصل طرف منها بالغائب فلو لم يجعل الحاضر خصماً لأدى الى ابطال حقوق الناس . وبه اندفع ما اعترض به بعض الخنابلة من ان الحنفية منعوا القضاء على الغائب ثم تحيلوا له بما اذا كان سبياً وهو عين القضاء على الغائب اى بكونه سبياً لما يدعى على الحاضر للاحتراز عما اذا كانت السببية باعتبار البقاء فانه لايقبل مطلقاً . مثال ذلك : اشترى جارية وادعى ان البائع كان زوجها من فلان الغائب واشتراها بلا علم بذلك فانكر البائع فبرهن لم يقبل في حق الحاضر والغائب لانه سبب في البقاء لجواز الطلاق بعده فلو تعرض الشهود للبقاء لم تقبل ايضاً بان قالوا إنها امرأته للحال لان البقاء تبع للابتداء . (١) كما اذا شهد شاهدان على احد الشريكين ان شريكه الغائب اعتق حصته من هذا العبد فعلى قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى تقبل هذه الشهادة ويقضى بعتقه لان العتق عندهما لايتجزأ فينتصب الحاضر خصماً عن الغائب وهما في الحقيقة يشهدان على الحاضر بعتق نصيبه ، وعند ابي حنيفة رحمه الله تعالى لا تقبل هذه الشهادة لان العتق عنده يتجزأ فإنما يشهدان بعتق نصيب الغائب خاصة وليس عنه خصم حاضر والقضاء على الغائب بالشهادة لايجوز ولكن يحال بينه وبين هذا الحاضر ان يسترقه ويوقف حتى يقوم الغائب استحساناً . وفي القياس لايحال لان هذه الحيلولة تنبني على ثبوت العتق في نصيب الغائب ولايثبت ذلك بالشهادة بدون القضاء . (٢)

(١) البحر الرائق ج ٧ ص : ٢١ ، كتاب القاضي الى القاضي وغيره ، البحر الرائق ج ٨ ص : ٣٦٥ ، باب الشهادة ، وانظر : حاشية ابن عابدين ج ٦ ص : ٢٦٠ - ٢٦٩ ، رد المختار على الدر المختار ج ٥ ص : ٣٢٦ - ٣٢٧ .

(٢) المبسوط للرمعي ج ٧ ص : ١٢٤ ، كتاب العتق باب الشهادة في عتق الشركاء ، وانظر : الجامع الصغير ج ١ ص : ٤٩٦ ، كتاب الجنائيات باب الشهادة في القتل ، الدر المختار ج ٦ ص : ٢٥٩ ، كتاب الشفعة باب ما يظلمها ، لسان الحكم ج ١ ص : ٢٢٨ ، الفصل الاول في آداب القاضي وما يتعلق به .

يقول الكاساني : ثم انه لا يجوز القضاء عندنا على الغائب اذا لم يكن عنه خصم حاضر فان كان يجوز لانه يكون قضاء على الحاضر حقيقة ومعنى والخصم الحاضر والوكيل والوصي والوارث ومن كان بينه وبين الغائب اتصال فيما وقع فيه الدعوى لان الوكيل والوصي نائبان عنه بصريح النيابة والوارث نائب عنه شرعاً وحضرة النائب كحضرة المتوب عنه فلا يكون قضاء على الغائب معنى وكذا اذا كان بين الحاضر والغائب اتصال فيما وقع فيه الدعوة بان كان ذلك مسبباً لثبوت حق الغائب لان الحاضر يصير مدعى عليه فيما هو حقه ومن ضرورة ثبوت حقه بثبوت حق الغائب فكان الكل حق الحاضر لان كل ما كان من ضرورات الشيء كان ملحقاً به فيكون قضاء على الحاضر .^(١)

(١) بدائع الصنائع ج ٦ ص : ٢٢٣ ، كتاب الوقف فصل واما شرائط الجواز فالتراخي ، وانظر : الفروق للكرائسي ج ٢ ص : ١٣٥ ، كتاب القسمة ، اعلام الموقعين ج ٤ ص : ٤٢ ، فصل الحيلة في الصلح عن الحال ببعضه مؤجلاً المثال التاسع بعد المائة .

إذا وكل رجلين أن يدفعوا إلى رجل بضاعة ألف درهم ودفع الألف إليهما فدفعها أحدهما دون الآخر .

إذا وكل رجلين أن يدفعوا إلى رجل بضاعة ألف درهم ودفع الألف إليهما فدفعها أحدهما دون الآخر فالقياس أن يضمن وفي الإستحسان لا يضمن ولو وكلّا رجلاً أن يدفعها إلى فلان الذي سماه المالك ودفعها إليه المالك فدفعها الوكيل إليه فالقياس أن يضمننا وفي الاستحسان لا ضمان عليهما لأن المال قد وصل إلى من كان مأموراً بالقبض من جهة المالك .^(١)

يقول السرخسي : وإذا دفع رجل إلى رجلين ألف درهم يدفعانها إلى رجل فدفعها أحدهما فهو ضامن للنصف في القياس لأن كل واحد أمين في النصف مأمور بدفعه إلى الطالب فإذا دفع أحدهما الكل كان متعدداً في نصيب صاحبه فيكون ضامناً .

ولكنه استحسن فقال لا ضمان عليه لأن دفع المال إلى الغير لا يحتاج فيه إلى الرأي فينفرد كل واحد من الوكلاء ولأن صاحب الحق إذا ظفر به كان له أن يأخذه من غير دفع أحدهما والذي دفع كأنه يعينه على حقه وصاحب الحق هو القايض في الحقيقة وهو قبض في الحقيقة لحق فلا يوجب الضمان على أحد .^(٢)

وإذا وكل وكيلين فليس لأحدهما أن يتصرف فيما وكلّا بدون الآخر وهذا في تصرف يحتاج فيه إلى الرأي كالبيع والخلع وغير ذلك لأن الموكل رضى برأيهما لا برأي أحدهما .^(٣) وأما إذا وكل رجلين بدفع أمانة فدفعها أحدهما دون الآخر جاز .^(٤)

(١) الفتاوى الهندية ج ٣ ص : ٦٣٤ ، كتاب الوكالة وهو مشتمل على أبواب الباب الثامن في توكيل الرجلين .

(٢) المبسوط للسرخسي ج ١٩ ص : ٧٧ ، بداية البتدى ج ١ ص : ١٦٢ .

(٣) الهداية شرح البداية ج ٣ ص : ١٤٨ .

(٤) فتاوى القدي ج ٢ ص : ٦٠٢ .

إذا دفع لرجل ألف درهم وقال ادفعها الى فلان قضاء عني فدفع الوكيل غيرها ...

وإذا دفع لرجل ألف درهم وقال ادفعها الى فلان قضاء عني فدفع الوكيل غيرها واحتبها عنده كان القياس ان يدفع الألف التي احتبست عنده الى الموكل ويكون متطوعاً فيما أمره لان أمره بالدفع كان مقيداً بالمال المدفوع ففى دفع مال الأمر هو كأجنى آخر فيكون متبرعاً في القضاء بمال نفسه لدين الغير ويرد على المطلوب ماله لأنه ملكه دفعه اليه لمقصوده وقد استغنى عنه .

وجه الاستحسان : ان مقصود الأمر ان يحصل البراءة لنفسه ولا فرق في هذا المقصود بين الألف المدفوعة الى الوكيل وبين مثلها من مال الوكيل والتقيد اذا لم يكن مقيداً لا يعتبر ثم الوكيل قد يتلى بهذا بأن يجد الطالب في موضع ليس معه مال المطلوب فيحتاج الى ان يدفع مثله من مال نفسه ليرجع به في المدفوع اليه .

وقد ينأ ان هذا التوكيل بالمبادلة من وجه وهذا القدر يصح من الوكيل بالمبادلة ولا يكون هو متبرعاً فيما يدفع على ماسبق بيانه .^(١)

يقول الزيلعي : كان القياس ان يدفع التي حسبها الى الموكل ويكون متطوعاً في التي دفع ولكن ادع القياس واستحسن أن اجيزه - وهذا استحسان - وجه القياس ان الدراهم والدنانير يتعينان في الوكالة ، وان كانتا لا يتعينان في عقود المعاوضات^(٢) وقضاء الدين ليس بشراء فلا يكون الأمر راضياً بثبوت الدين في ذمة الوكيل ، فلو لم يجعل متبرعاً لألزمناه ديناً لم يرض به فجعلناه متبرعاً قياساً .^(٣) فاما الاتفاق فيتضمن الشراء لانه أمر بالإنفاق وهو أمر بشراء الطعام والشراء لا يتعلق بعين الدراهم المدفوعة اليه بل بمثلها في الذمة .

(١) المبسوط للمرخسى ج ١٩ ص : ٧٦ - ٧٧ ، الفتاوى الهندية ج ٣ ص : ٦٢٧ - ٦٢٨ ، الجوهرية النيرة ج ١ ص : ٣١٠ .

(٢) تبين الحقائق شرح كثر الدقائق ج ٤ ص : ٢٨٥ - ٢٨٦ ، فتح القدير ج ٨ ص : ١٣٥ - ١٣٦ ، نصب الراية في تخريج احاديث الهداية ج ٥ ص : ١٣٧ .

(٣) العناية شرح الهداية ج ٨ ص : ١٣٥ - ١٣٦ ، شرح فتح القدير ج ٨ ص : ١٣٥ - ١٣٦ ، البحر الرائق ج ٧ ص : ١٨٦ ، مجمع الضمانات ص : ٢٥٢ ، مجمع الأنهر ج ٢ ص : ٢٤٦ ، الهداية شرح البداية ج ٣ ص : ١٥٣ ، بداية المبتدى ج ١ ص : ١٦٣ .

ومن دفع الى رجل عشرة دراهم ليفقها على أهله فأنفق عليهم عشرة من عنده فالعشرة بالعشرة وهذا استحسان والقياس أن يكون متبرعا ؛ لانه يخالف أمره فترد العشرة على الموكل .
وجه الاستحسان ان الوكيل بالإنفاق وكيل بالشراء ، لان الاتفاق لا يكون بدون الشراء فيكون الوكيل به وكيلاً بالشراء والوكيل بالشراء يملك النقد من مال نفسه ثم يرجع به على الأمر وهذا لانه لا يستصحب دراهم الأمر في كل مكان .^(١) والقياس والإستحسان في قضاء الدين لانه ليس بشراء فاما الإنفاق يتضمن الشراء فلا يدخلانه هذا وجه القياس يعني لما لم يكن قضاء الدين شراء لم يكن الأمر راضياً بثبوت الدين في ذمته للوكيل فلو لم يجعله متبرعاً لالزمناه ديناً لم يرضى به فجعلنا متبرعاً قياساً . ووجه الاستحسان ان المأمور بقضاء الدين مأمور بشراء ما في ذمة الأمر بالدراهم ، والوكيل بالشراء اذا اشترى ونقد الثمن من عند نفسه سلم المقبوض له . ا . هـ اما الاتفاق فانه يتضمن الشراء لان الأمر بالاتفاق امر بشراء الطعام والشراء لا يتعلق بعين الدراهم المدفوعة بل بمثلها في النعمة ، ثم ثبت له حق الرجوع على الأمر فكان راضياً بثبوت الدين فلم يجعل متبرعاً قياساً ايضاً فلا يدخلانه اي القياس والاستحسان في الاتفاق بل يكون فيه حكم القياس كحكم الاستحسان في أن الوكيل لا يكون متبرعاً بالاتفاق من مال نفسه^(٢)

(١) تبين الحقائق شرح كثر اللقائق ج ٤ ص : ٢٨٥ - ٢٨٦ ، درر الحكام شرح غرر الاحكام ج ٢ ص : ٢٩٣ .
(٢) فتح القدير لابن الهمام ج ٨ ص : ١٣٥ - ١٣٦ ، البحر الرائق ج ٧ ص : ١٨٦ ، مجمع الضمانات ص : ٢٥٢ ،
العناية شرح الهداية ج ٨ ص : ١٣٥ - ١٣٦ ، مجمع الأنهر في شرح ملتقى البحر ج ٢ ص : ٢٤٦ .

القياس والاستحسان في جنون ساعة واحدة :ان في القياس تبطل الوكالة ...

الوكيل بالخصومة اذا كان بالتماس الخصم ، فجن الموكل او مات بطلت الوكالة؛ لأن هذه الوكالة لم تكن لازمة على الموكل ، ألا ترى أن له أن يعزل الوكيل بمحض من الخصم ، وانما لا يعزله بغير محضر منه لدفع الغرور ، لالحق ثابت للخصم في عمل ، ولو كان ذهب عقله ساعة ، أو جن ساعة فالوكيل على وكالته ؛ لأن هذا بمنزلة النوم لا ينقطع به رأى الموكل ، فلا يصير مولى عليه ، ثم أشار الى القياس والاستحسان فيه ، واختلفت فيه الفاظ الكتاب فذكر في باب وكالة المكاتب ، القياس والاستحسان في جنون ساعة واحدة :ان في القياس تبطل الوكالة ، وفي الاستحسان لا تبطل ، وفي كتاب الوكالة في الطلاق ذكر القياس في المتناول ، وقال : " لا تبطل الوكالة بجنون الموكل ، وان تطاول لبقاء المحل الذى تعلقت الوكالة به على حق الموكل ، وفي الاستحسان تبطل الوكالة ، ثم لم يذكر في الكتاب الحد الفاصل بين القليل والكثير . وذكر في النوادر أن محمد كان يقول أولاً : اذا جن شهراً فهو متناول ثم رجع وقدر المتناول بجنون سنة ، وعن ابى يوسف — انه قدر المتناول بأكثر من السنة وقد روى عنه انه قدر ذلك بأكثر من يوم وليلة ، ووجه هذا أن الجنون اذا زاد على يوم وليلة كان مسقطاً لقضاء الصلاة ، بخلاف النوم ، والقليل منه كاللحم ، فإذا ظهرت المخالفة بين هذا القدر من الجنون وبين النوم عرفنا انه متناول ، ووجه قول محمد أولاً : ان الشهر في حكم المتناول ، ومادونه في حكم القريب ، بدليل أن من حلف ليقضين حتى فلان عاجلاً او عن قريب فقضاءه فيما دون الشهر ير في يمينه ولو لم يقضه حتى مضى الشهر كان حاشاً ، ولان الجنون اذا استوعب الشهر كله اسقط قضاء الصوم بخلاف دونه ، ثم رجع فقدره بالسنة ، لانه لا تسقط العبادات الا باستغراق الجنون سنة كاملة فان من العبادات ما يكون التقرير فيها بحول كالزكاة على قول محمد ولكن ابو يوسف يجعل اكثر الحول كجميعه في حكم الزكاة حتى قال : اذا جن في اكثر الحول لا تلزمه الزكاة فلهذا قال : المتناول ما يكون في اكثر السنة ولكن محمداً يقول يعتبر كمال السنة لأنه إذا لم يوافقه فصل من فصول السنة ولم يفتق ، عرفنا ان هذه آفة في اصل العقل بخلاف ما اذا كان في بعض السنة ، وهو قياس أجل العنين ، أى ان التقدير فيه بالسنة الكاملة .^(١)

(١) الميوط جـ ١٩ ص : ١٢ - ١٣ ، تبين الحقائق جـ ٤ ص : ٢٨٧ - ٢٨٨ ، البحر الرائق جـ ٣ ص : ٢٦٨ جـ ٧ ص : ١٨٩ ، مجمع الأنهر جـ ٢ ص : ٢٤٧ - ٢٤٨ ، الفتاوى الهندية جـ ١ ص : ٤٠٩ ، بدائع الصنائع جـ ٦ ص : ٣٨ ، العناية شرح الهداية جـ ٨ ص : ١٤٠ - ١٤٣ ، نصب الرأية في تخريج احاديث الهداية جـ ٥ ص : ١٣٨ ، الجوهرية النيرة جـ ١ ص : ٣٠٤ - ٣٠٥ ، فتح القدير جـ ٨ ص : ١٤٠ - ١٤٣ .

قال في البحر الرائق : لو جن الموكل بطلت وكالته إن جن زماناً طويلاً وإن كان ساعة لا تبطل ولم يوقت أبو حنيفة فيه شيئاً .^(١)

والقصد من الجنون الجنون المطبق ، لأن الجنون القليل هو بمنزلة الإغماء فكما لا تبطل الوكالة بالإغماء لا تبطل أيضاً بالجنون القليل ، ومدة الجنون المطبق شهر كامل عند أبي يوسف وللإمام أحمد قول به وقول محمد هي سنة كاملة وهو قول أبي حنيفة أيضاً والقول المختار في حق التصرفات هو قول الإمام محمد لسقوط جميع العبادات فقدّر به احتياطاً .^{(٢) - (٣)}

(١) البحر الرائق ج ٣ ص : ٢٦٨ ، ج ٧ ص : ١٨٩ ، فتاوى السقدي ج ٢ ص : ٦٠٢ ، غمز عيون البصائر ج ٣ ص : ٧٢ ، الوكيل بالإتفاق .

(٢) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ج ٣ ص : ٦٥١ ، نأدة (١٥٣٠) تبطل الوكالة بجنون الموكل .

(٣) وعند الخنابلة : قال المرداوي : وتبطل بالجنون على الصحيح من المذهب وعليه أكثر الأصحاب قال في المغني تبطل بالجنون المطبق بغير خلاف علمناه وحزم به في الهداية . انظر : الإنصاف للمرداوي ج ٥ ص : ٣٦٨ - ٣٦٩ ، وانظر : المغني لابن قدامة ج ٥ ص : ٧١ - ٧٢ ، كشاف القناع ج ٣ ص : ٤٦٨ ، مطالب أولى النهي ج ٣ ص : ٤٥٣ . وعند الشافعية : قال في روضة الطالبين : وإذا جن الموكل انعزل الوكيل في الحال وإن لم يبلغه الخبر قطعاً بخلاف العزل . انظر : روضة الطالبين ج ٤ ص : ٣٣١ ، حواشي الشرواني ج ٥ ص : ٢٩١ ، قال في نهاية المحتاج : وينعزل (يخرج أحدهما) أي الموكل والوكيل (عن أهلية التصرف) (يموت أو جنون) وإن لم يعلم به الآخر أو قصد زمن الجنون لأنه لو قارن منع الإنعقاد ، فإذا طرأ أبطله . انظر : نهاية المحتاج ج ٥ ص : ٥٥ ، وانظر : أسنى المطالب ج ٢ ص : ٢٧٩ ، حاشيتا قليوبي وعميرة ج ٢ ص : ٤٣٦ ، مغني المحتاج ج ٣ ص : ٢٥٨ ، وعند المالكية : قال في الذخيرة : إذا جن الموكل بطلت الوكالة لعدم أهلية الموكل . انظر : الذخيرة للقرافي ج ٧ ص : ١٦٤ ، وقال الدسوقي : لا ينعزل الوكيل بجنون موكله إلا أن يطول جنون الموكل جداً فينظر له الحاكم . انظر : حاشية الدسوقي ج ٣ ص : ٣٩٦ ، وقال في منح الجليل شرح مختصر خليل : جنون الموكل لا يوجب عزله إن برأ فكذا جنون الموكل وإن لم يبرأ فإن طال نظر السلطان في كل أمره . انظر : منح الجليل ج ٦ ص : ٤١٧ .

الوكالة بالبيع والشراء .

إذا كان للرجل عدل زُطِّي^(١) فقال لرجلين أيكما باعه فهو جائر ، وإن باعه أحد هذين فهو جائر أو ، وكلت هذا أو هذا ببيعه فباعه أحدهما ففي القياس لا يجوز ؛ لجهالة من وكل بالبيع - وفي الاستحسان يجوز ؛ لأن هذه جهالة مستدركة فيحمل فيما هو مبنى علي التوسع ، ثم قد نص علي القياس والاستحسان هنا ، ولم ينص فيما سبق من توكيل الواحد ببيع أحد العبدین حتى تكلف بعضهم - كما سبق ذكره في الإقرار - أن جهالة المقر به لا تمنع صحة الإقرار، وجهالة المقر له تمنع من ذلك ، ولكن الأصح: أن القياس والاستحسان في الفصلين فإن قال هنا ، وكذلك لو قال: لواحد بع أحد هذين العبدین ، أو بع ذا وذا - فهذا يبان أن القياس والاستحسان سواء^(٢) .

وقال في الفتاوى الهندية : إذا كان لرجل عدل زطي ، قال لرجلين أيكما باعه فهو جائر فأيهما باع جاز وكذلك إذا قال إن باعه هذين الرجلين فهو جائر فأيهما باع كان جائزاً ولو قال وكلت هذا أو هذا ببيع هذا فباع أحدهما جاز استحساناً^(٣) . وذكر في الجوهرة النيرة : أنه إذا وكل رجل رجلين فليس لأحدهما أن يتصرف فيما وكلا فيه دون الآخر . هذا إذا وكلهما بكلام واحد بأن قال وكلتكما ببيع عبدي

(١) العَدْلُ بالكسر المثل ، ومنه عَدْلُ المتاع . والزُطُّ : جيل من المتد يتسب إليهم الثياب الزُطِّيَّةُ ، انظر : العناية شرح الهداية ج٦ ص : ٣٥٣ .

(٢) المبسوط ج١٩ ص : ٥٥ كتاب الوكالة باب الوكالة بالبيع والشراء .

(٣) الفتاوى الهندية ج٣ ص : ٦٤٢ في الباب العاشر ، ج٣ ص : ٦٣٤ في الباب الثامن .

هذا أما إذا وكلهما بكلامين بأن وكل أحدهما ببيعه ثم وكل الآخر أيضاً أن يبيعه فأيهما باع جاز^(١).

وقال ابن الحمام : وإذا وكل رجلاً ببيع عبده ووكّل آخر به أيضاً فأيهما باع جاز لأنه رضي برأي كل واحد منهما علي الإنفراد حيث وكله ببيعه وحده^(٢).
وأما صاحب البحر الرائق فقال إذا قال لرجلين أيكما باع هذا فهو جائز فأيهما باع جاز ، قال وكلت هذا أو هذا ببيعه فهو باطل^(٣).

فعند الحنفية : يجوز لأحد الوكيلين أن ينفرد بالتصرف فيما لا يحتاج فيه إلى اجتماع رأيهما كتوكيل الموكل لها في الخصومة ، فلا يشترط اجتماعهما ، لأن اجتماعهما فيها متعذر للإفضاء إلى الشغب في مجلس القضاء ولا بد من صيانتها عن الشغب ؛ لأن المقصود فيه إظهار الحق ، ولهذا لو خاصم أحدهما بدون الآخر جاز ولو لم يحضر الآخر عند عامة مشايخ الحنفية . وقال بعضهم يشترط حضوره أثناء مخاطبة الأول ، وتوكيله لهما بطلاق زوجته بغير عوض ، أو يعتق عبده بغير عوض ، أو يرد وديعة عنده ، أو بقضاء دين علي الموكل ، لأن هذه الأشياء أداء الوكالة فيها تعبر محض

(١) الجوهرة النيرة جـ ١ ص : ٣٠٢ ، وانظر : حاشية ابن عابدين جـ ٧ ص : ٣٤٤ .

(٢) فتح القدير جـ ٨ ص : ٩٥ .

(٣) البحر الرائق جـ ٧ ص : ٤٣ وانظر : درر الحكام في شرح مجلة الأحكام جـ ٣ ص : ٥٧٠ .

لكلام الموكل ، وعبارة المثني والواحد سواء لعدم اختلاف المعنى . أما ما يحتاج إلى رأي كالبيع والشراء والتزويج فلا بد من اجتماعهما ^(١) .

(١) وقال المالكية يجوز لأحد الوكيلين علي مالٍ ونحوه الانفراد بما يفعله عن موكله ، دون إطلاع الوكيل الآخر ، إلا لشرط من الموكل ألا يستبد أي واحد منهما ، أو ألا يستبد فلان ، فحيث لا يستبد لهما الاستبداد ، وسواء فيما ذكر إن كانت وكالتهما علي التعاقب ، علم أحدهما بالآخر أم لا ، أو كلاهما .

والوكيل علي مالٍ كأن يكون وكلهما علي بيع ، أو شراء ، أو قضاء دين ، ونحو المال كطلاق ودية ووقف وغير ذلك . وأما الخابطة والشافعية فتعدهما أن لكل من الوكيلين الانفراد بالتصرف إن جعل الموكل الانفراد بالتصرف لكل واحد منهما ؛ لأنه مأذون له فيه ، فإن لم يجعل له الانفراد فليس له ذلك ؛ لأنه لم يأذن له به .

يقول الدسوقي في حاشيته : (وجاز لأحد الوكيلين) علي مال ونحوه إذا وكلا علي التعاقب علم أحدهما بالآخر أم لا (الاستبداد) أي الاستقلال بما يفعله دون الآخر (إلا لشرط) من الموكل أن لا يستبد فليس له استقلال كما إذا وكلا معاً في آن واحد . انظر : حاشية الدسوقي جـ ٣ ص : ٣٩٢ ، وانظر : منح الجليل شرح مختصر خليل جـ ٦ ص : ٤٠٥ ، الساج والإكليل جـ ٧ ص : ٢٠٦ - ٢٠٧ ، مواهب الجليل جـ ٥ ص : ٢١١ ، شرح مختصر خليل جـ ٦ ص : ٨٢ ، حاشية الصاوي جـ ٣ ص : ٥٢٠ .

وقال المرادوي في الإنصاف : (وإن وكل اثنين : لم يجز لأحدهما أن يتفرد بالتصرف إلا أن يجعل ذلك إليه) وهو المذهب ، وحزم به في الوجيز ، والمغني ، والشرح ، وغيرهم ... وقيل : لا يجوز لأحدهما الانفراد بالتصرف إلا في الخصومة . قال في الفروع ، وقيل : إن وكلهما في خصومة انفرد أحدهما للعرف . قلت : وهو الصواب . انظر : الإنصاف جـ ٥ ص : ٣٧٤ - ٣٧٥ ، وقال في مطالب أولي النهي : (و) إن وكل وكيلين ، (صح انفرد) أحدهما عن الآخر (في) صورة هي قوله (أيكما باع سلمتي فيبعه جائر) لحصول مقصود الموكل في بيع أحدهما (وكذا) ، أي : كما يصح الانفراد في قوله : أيكما باع سلمتي فيبعه جائر ؛ صح يبعه (ما يباع مثله بفلوس عرفاً كخبز ونحوه) كحزمة بقل وكل تافه (إذا بيع بما) عملاً بالعرف . انظر : مطالب أولي النهي جـ ٣ ص : ٤٥٢ ، وانظر : شرح منتهى الإرادات جـ ٢ ص : ١٩٠ ، وقال ابن قدامة في المغني : وإذا وكل وكيلين في تصرف وجعل لكل واحد الانفراد بالتصرف ، فله ذلك ، لأنه مأذون له فيه . فإن لم يجعل له ذلك ، فليس لأحدهما الانفراد به ، لأنه لم يأذن له في ذلك ، وإنما يجوز له ما أذن فيه موكله . وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي . وإن وكلهما في حفظ ماله ، حفظاً معاً في حيزٍ لهما . لأن قوله : افعلوا كذا . يقتضي اجتماعهما علي فعله وهو مما يمكن ، فتعلق بما . انظر : المغني لابن قدامة جـ ٥ ص : ٥٦ . وقال في أسنى المطالب : (ولو وكل رجلين في الخصومة أو الحفظ) لشاعه (أو غيرهما) كبيع وطلاق ووصاية (لم يتفرد أحدهما) بالاستقلال (إلا بإذن) فيه من الموكل ؛ لأنه لم يرض بنظر أحدهما . انظر : أسنى المطالب جـ ٢ ص : ٢٧٣ ، وانظر : شرح البهجة جـ ٣ ص : ١٨٠ تحفة المحتاج جـ ٥ ص : ٣٤٢ ، نهاية المحتاج جـ ٦ ص : ١٠٨ .

رجلين لكل واحد منهما عبد فوكل أحدهما رجلاً أن يعتق عبده ووكل الآخر هذا الوكيل أيضاً .

ولو أن رجلين لكل واحد منهما عبد فوكل أحدهما رجلاً أن يعتق عبده ووكل الآخر هذا الوكيل أيضاً أن يعتق عبده فقال الوكيل أعتقت أحدهما ثم مات الوكيل قبل البيان في القياس لا يعتق أحد منهما وفي الاستحسان عتقا جميعاً ويسعى كل واحد منهما في نصف قيمته^(١) .

(١) الفتاوى الهندية ج ٣ ص : ٦١٣ كتاب الوكالة .

أدعى أنه وكيل فلان بقبض دينه الذي على هذا المحضر ، وبرهن على الوكالة والدين برهاناً واحداً .
 أدعى أنه وكيل فلان بقبض دينه الذي على هذا المحضر ^(١) ، وبرهن على الوكالة والدين برهاناً واحداً ، قال الإمام : يقبل على الوكالة ويحكم بها ، ثم تعاد البينة ثانياً على الدين بعده ، هكذا في الوجيز ، وقال محمد : إذا أقامها على الكل حملة يقتضي بالكل ولا يحتاج إلى إعادة البينة على الدين وهو الإستحسان ، والفتوى على قول هكذا ... ثم قال رجل وكل رجلاً ببيع عين من أعيان ماله فأراد الوكيل أن يثبت وكالته بالبيع عند القاضي ، حتى لو جاء الموكل وأنكر لا يلتفت إلى إنكاره فله وجوه (أحدها) : أن يسلم الوكيل العين إلى رجل ، ثم يدعى أنه وكيل عن مالكها بالقبض والبيع فسلمها لي ، فيقول ذو اليد : لا علم لي بالوكالة ، فيقيم البينة على أنه وكيله بالقبض والبيع ، فيستمع القاضي ذلك وبأمره بالتسليم إليه فيبيعها . (وثانيها) : أن يقول : هذا ملك فلان أبيعته منك ، فإن باعه منه يأمره بقبض المبيع فيقول المشتري : لا أقبض منك لأنني أخاف أن يبيع المالك وينكر الوكالة وربما يكون المقبوض هالكاً في يدي أو يحصل فيه نقصان فيضمنني فيقيم الوكيل بينة أنه وكيل فلان بالبيع والتسليم ، و يجره على القبض . (وثالثها) : رجل أدعى أن الدار التي في يدك ملك فلان ، وأنت وكلية بالبيع وقد بعثت مني فقال : بعث منك ولكن لست بوكيل عن فلان ولم يركلني بالبيع فأقام مدعى الشراء بينة أنه وكيل فلان بالبيع ، فهو خصم تقبل البينة عليه فيثبت كونه وكيلاً عنه في البيع كذا في البحر الرائق ^(٢)

(١) المحضر لغة : السجل ، واصطلاحاً : ما يكتب من وقائع الدعوى دون حكم . وهو الصحيفة التي كتب فيها ما جرى بين الخصمين من إقرار المدعى عليه أو إنكاره ، أو بينة المدعى ، أو تكول المدعى عن اليمين على وجه يرفع الاشتباه .

أنظر : مختار الصحاح جـ ١ ص : ٥٩ ، لسان العرب جـ ٤ ص : ٢٠٠ .

(٢) الفتاوى الهندية جـ ٣ ص : ٥٧٠ ، فصل في إثبات الوكالة والشهادة عليها وما يتعلق به .

قال في البحر الرائق : أدعى أن فلاناً وكله بطلب كل حق بالكوفة وبقبضه بالخصومة فيه وجاء بالبينة على الوكالة والموكل غائب ولم يحضر الوكيل أحداً قبله للموكل حق فالقاضي لا يسمع من شهوده حتى يحضر خصماً جاحداً لذلك أو مقرأً به فحيث لا يسمع وينفذ له الوكالة فإن أحضر بعد ذلك غريباً آخر لم يحتج إلى إعادة البينة ولو أدعى الوكالة بطلب كل حق له قبل إنسان بعينه يشترط حضوره بعينه وإذا ثبت بحضوره فجاء بخصم آخر يقيم البينة على الوكالة مرة أخرى أدعى أنه وكله بقبض كل حق له ولموكله على هذا كذا وأقام بينة شهدوا على الوكالة والحق على المدعى عليه دفعة واحدة تقبل على الوكالة لا غير ويؤمر بإعادة البينة على الحق عند الإمام وعندهما تقبل على الأمرين يقضى بالوكالة أولاً ثم بالمال ^(١)

وقال في درر الحكام شرح غرر الأحكام : لو أقام الوكيل بقبض كل حق بينة شهدت دفعة على الوكالة وعلى الحق للموكل على المدعى عليه قال أبو حنيفة تقبل على الوكالة لا غير فإذا قضى بها يؤمر الوكيل بإعادة البينة على الحق للموكل على المدعى عليه وعندهما تقبل على الأمرين ويقضى بالوكالة أولاً ثم بالمال . ^(٢)

(١) البحر الرائق ج ٧ ص: ١٧٨ .

(٢) درر الحكام شرح غرر الأحكام ج ٢ ص: ٢٣٩ ، وأنظر : رد المحتار على الدر المختار ج ٥ ص: ٥٣٥ .

وإن شهد أحدهما أنه وكله يبيع هذا العبد وشهد الآخر أنه وكله بالبيع ...
 وإن شهد أحدهما أنه وكله يبيع هذا العبد وشهد الآخر أنه وكله بالبيع وقال : (لا
 تبع حتى تستأمرني) فباع الوكيل العبد فهو جائز في القياس ، وقول الآخر (حتى
 تستأمرني) باطل لأنهما اتفقا علي الوكالة بالبيع وانفرد أحدهما بزيادة لفظ ، وهو قوله :
 لا تبع حتى تستأمرني فكان قياس ما لو شهد أحدهما بالعزل ، فيثبت ما اتفقا عليه من
 الوكالة ، ولا يثبت ما انفرد به أحدهما وهو العزل ... فقد أشار إلي القيلس ولم يذكر
 الاستحسان وقيل جواب الاستحسان أنه لا يقضى بشيء لأنه في قوله (لا تبع حتى
 تستأمرني) يفسد الوكالة ، فإنما شهد أحدهما بوكالة مطلقة والآخر بوكالة مقيدة ،
 والمقيد غير المطلق فلم يثبت واحد منهما بخلاف العزل ، فإنه رفع للوكالة لا يفسدها ^(١)
 وقال في الفتاوى الهندية : ولو شهد أحدهما أنه وكله يبيع هذا العبد مطلقاً ،
 والآخر أنه وكله بالبيع وقال لا تبع حتى تستأمرني فباع الوكيل جاز لا تفاقهما علي
 الوكالة بالبيع وانفرد أحدهما اشتراط الاستعمار ^(٢) .

وقال في رد المختار علي الدر المختار : شهد أحدهما أنه وكله بطلاقها وحدها
 والآخر أنه وكله بطلاقها وطلاق فلانة الأخرى فهو وكيل في طلاق التي اتفقا عليها ...
 ومنها شهدا بوكالة وزاد أحدهما أنه عزله تقبل في الوكالة لا في العزل ^(٣) .

(١) المبسوط جـ ١٩ ص : ٢٣ كتاب الوكالة

(٢) الفتاوى الهندية جـ ٣ ص : ٥٧٢ .

(٣) رد المختار علي الدر المختار جـ ٤ ص : ٤٨١ ، وانظر : تبين الحقائق جـ ٤ ص : ٢٣٣ ، العناية جـ ٧ ص : ٤٤٤ ،

درر الحكام شرح غرر الأحكام جـ ٢ ص : ٣٨٧ ، البحر الرائق جـ ٧ ص : ١١١ .

والشهادة إذا وافقت الدعوى قبلت ، وإن خالفها لم تقبل ، لأن تقدم الدعوى في حقوق العباد شرط قبول الشهادة ، وقد وجدت فيما يوافقها وانعدمت فيما يخالفها . ويتبغي اتفاق الشاهدين فيما بينهما لتكمل الشهادة ، فإن شهد أحدهما أنه غصبه ديناراً ، وشهد الآخر أنه غصبه ثوباً : فلا تكمل الشهادة علي واحد من هذين .

فعدت أبي حنيفة يعتبر اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى ، وذهب صاحباه أبو يوسف ومحمد : إلى أن الاتفاق في المعنى هو المعتبر .

فإن شهد أحد الشاهدين بألف والآخر بألفين لم تقبل الشهادة عنده ، لأنهما اختلفا لفظاً ، وذلك يدل علي اختلاف المعنى لأنه يستفاد باللفظ ، وهذا لأن الألف لا يعبر به عن الألفين ، بل هما جملتان متبايتان فحصل علي كل واحد منهما شاهد واحد ، فصار كما إذا اختلف جنس المال وعندهما تقبل علي الألف إذا كان المدعي يدعي الألفين^(١)

(١) وهو رأي الشافعية والحنابلة والمالكية ، لأنهما اتفقا علي الألف ، وتورد أحدهما بالزيادة فيثبت ما اجمعا عليه دون ما تفرده به أحدهما ، فصار كالألف والألف والخمسة .

أما إذا شهد أحدهما بالألف والآخر بألف وخمسة والمدعي يدعي ألفاً وخمسة : قبلت الشهادة علي الألف عند الجميع حتى عند أبي حنيفة لاتفاق الشاهدين عليها لفظاً ومعنى ؛ لأن الألف والخمسة جملتان عطف إحداهما علي الأخرى والعطف يقرر الأول ، ومعنى كانت الشهادة علي فعل فاختلف الشاهدان في زمنه ، أو مكانه ، أو صفة له تدل علي تغير الفعلين لم تكمل شهادتهما .

مثل أن يشهد أحدهما أنه غصبه ديناراً يوم السبت ، ويشهد الآخر أنه غصبه ديناراً يوم الجمعة ، أو يشهد أحدهما أنه غصبه بدمشق ، ويشهد الآخر أنه غصبه بمصر ، أو يشهد أحدهما أنه غصبه ثوباً أبيض ويشهد الآخر أنه غصبه ثوباً أسود فلا تكمل الشهادة ؛ لأن كل فعل لم يشهد به شاهدان .

قال ابن قدامة في المغني : وإن شهد أحدهما أنه وكله في بيع عبده ، وشهد الآخر أنه وكله وزيداً ، أو شهد أنه وكله في بيعه ، وقال لا تبعه حتى تستأمرن ، أو تستأمر فلاناً ، لم تتم الشهادة ؛ لأن الأول أثبت استقلاله بالبيع من غير شرط والثاني ينفي ذلك فكانا مختلفين ، وإن شهد أحدهما أنه وكله في بيع عبده ، وشهد الآخر أنه وكله في بيع عبده وجاريته ، حكم بالوكالة في العبد ، لاتفاقهما عليه ، وزيادة الثاني لا تقدر في تصرفه في الأول ، فلا تضره وهكذا لو شهد أحدهما أنه وكله في بيعه لزيد

وشهد الآخر أنه وكله في بيعه لزيد وإن شاء لعمرى ، انظر : للفتى لابن قدامة جـ ٥ ص : ٨٣ ، وقال في شرح منتهى الإرادات : (ولهذا كل شهادة علي فعل متحد في نفسه كقتل زيد) إذ لا يكون إلا مرة واحدة (أو) علي فعل متحد (باتفاقهما) أي المشهود له والمشهود عليه كالغصب إذا اتفقا علي أنه واحد و (كسرقة) ونحوها (إذا اختلفا) أي الشاهدان (في وقته) أي الفعل (أو مكانه أو صفة متعلقة به) أي المشهود به (كلونه وآلة قتل) ونحوه (مما يدل علي تغاير الفعلين) فلا تكمل البينة للثاني ، وكل من الشاهدين يكذب الآخر فيعارضان ويسقطان ، انظر : شرح منتهى الإرادات جـ ٣ ص : ٥٨٣ - ٥٨٤ ، وانظر : كشف القناع جـ ٤٠٠ ، مطالب أولي النهي جـ ٣ ص : ٤٩٣ - ٤٩٤ ، وجـ ٦ ص : ٦٠٤ - ٦٠٥ .

وقال الشافعي في الأم : وإذا ادعى الرجل علي الرجل ألف درهم وجاء عليه بالبينة فشهد أحد شاهديه بالألف وشهد الآخر بألفين فإن أبا حنيفة كان يقول لا شهادة لهما ، لأحدهما قد اختلفا ، وكان ابن أبي ليلى يميز من ذلك ألف درهم ويقضى بما للطالب وبه يأخذ ولو شهد أحدهما بألف وشهد الآخر بألف وخمسمائة كانت الألف حائزة في قولهما وإنما أجاز هذا أبو حنيفة لأنه كان يقول قد سمى الشاهدان جميعاً ألفاً وقال الآخر خمسمائة فصارت هذه مفصلة من ألف ، انظر : الأم للشافعي جـ ٧ ص : ١٢٩ - ١٣٠ ، وانظر : شرح البهجة جـ ٣ ص : ٢٢٤ - ٢٢٥ ، أسنى المطالب جـ ٢ ص : ٣٠٩ - ٣١٠ ، معنى المحتاج جـ ٥ ص : ٣٩٧ .

وقال في المدونة : قلت : أرايت إن شهد الشاهدان أنه سرق نعمة ، وشهد الآخر أنه سرق كباشاً أيقطعه ؟ قال : لا يقطع لأن شهادتهما قد اختلفت ... ثم قال وكذلك إن شهد أحدهما أنه سرق يوم الخميس وشهد الآخر أنه سرق يوم الجمعة ؟ قال نعم لا يقطع قلت : وهذا كله في قول مالك ؟ قال نعم . انظر : المدونة جـ ٤ ص : ٥٣٨ ، وأنظر : تبصرة الحكام جـ ١ ص : ٤٦١ - ٤٦٢ ، التاج والإكليل جـ ٥ ص : ٣٨٤ - ٣٨٥ ، مواهب الجليل جـ ٤ ص : ٩٠ ، وقال في المنتقى شرح الموطأ : فإذا شهد أحدهما علي أنه شرب خمرأً وشهد آخر علي أنه شرب مسكراً فقد اتفقا علي أنه شرب خمرأً وعلي أنه شرب مسكراً لأن كل خمر مسكر وكل مسكر خمر فقد اتفقا في المعنى فلا اعتبار بخلاف اللفظ ، انظر : المنتقى شرح الموطأ جـ ٣ ص : ١٤٤ منع الجليل شرح مختصر خليل جـ ٩ ص : ٣٥٢ - ٣٥٣ .

إذا أذن المولى للعبد في التجارة فوكل وكيلاً بشراء أو غيره فباعه أحدهما من آخر ..
وإذا أذن المولى للعبد في التجارة فوكل وكيلاً بشراء أو غيره فباعه أحدهما من آخر
فأذن له المشتري في التجارة فإنه ينبغي في القياس أن تكون الوكالة جائزة في النصف
الذي لم يبيع لأن الحجر قد ثبت منه في نصيب من باع نصيبه وإنما صار مأذوناً بإذن
حادث بعد ذلك ولو ثبت الحجر في الكل بطلت الوكالة ثم لا يعود بعد ذلك بسبب
الإذن الحادث فكذلك إذا ثبت الحجر في النصف اعتباراً للبعث بالكل ولكن في
الإستحسان الوكالة جائزة في جميع ذلك لأن بيع النصف لم يصر العبد محجوراً عليه إلا
تري أن ابتداء التوكيل يصح منه بعد بيع البعض فلأن يبقى أولى وهذا لأن الحق بهذا
الشراء إنما خلص لمن هو راض بتصرف العبد أو خلص الحق لمن هو وكيل وخلوص
الحق له لا يجوز أن يكون مبطلاً لحق فلهذا بقي الوكيل علي وكالته في الكل^(١).

(١) الموطأ ج ١٩ ص : ١١٢ كتاب الوكالة .

الوكالة من أهل الكفر .

إذا وكل المستأمن مستأمناً بخصومة ثم لحق الموكل بالدار وبقي الوكيل بخاصم فإن كان الوكيل هو الذي يدعى للحربي الحق قبلت الخصومة فيه ، وإن كان الحربي هو المدعى عليه ففي الاستحسان كذلك اعتباراً لأحد الجانبين بالآخر وتحقيقاً للتسوية بين الخصمين ، وفي القياس تنقطع الوكالة حين يلحق بالدار وبالقياس نأخذ لأن المقصود من الخصومة القضاء وإنما توجه القاضي للقضاء علي الموكل دون الوكيل ... لأن بعد ما رجع الموكل إلى دار الحرب حربياً لا يبقى لقاض المسلمين عليه ولاية إلزام القضاء فلهذا تبطل الوكالة فأما إذا كان الموكل هو المدعى فإنما توجه القاضي القضاء علي الخصم الذي هو في دار الإسلام لخصومة وكيل الحربي وله هذه الولاية فلهذا بقيت الوكالة ^(١) .

وقال في الفتاوى الهندية : وإذا وكل المستأمن مستأمناً بخصومة ، ثم لحق الموكل بالدار وبقي الوكيل بخاصم ، فإن كان الوكيل هو الذي يدعى للحربي الحق قبلت الخصومة فيه ، وإن كان الحربي هو المدعى عليه ففي القياس تنقطع الوكالة حين يلحق بالدار وبه نأخذ ، لأن المقصود من الخصومة القضاء ، وليس للقاضي ولاية إلزام علي أهل الحرب ^(٢) .

(١) المبسوط جـ ١٠ ص : ١٣٨ - ١٣٩ كتاب الوكالة ، باب الوكالة من أهل الكفر .

(٢) الفتاوى الهندية جـ ٣ ص : ٥٦٣ .

الوكيل بالبيع بضمن حال أو مؤجل تلزمه العهدة .

إن كان وكيلاً بالبيع بضمن حال أو مؤجل تلزمه العهدة وإن كان وكيلاً بالشراء بضمن مؤجل لا تلزمه العهدة قياساً واستحساناً بل العهدة على الأمر وإن كان بضمن حال فالقياس أن يلزمه وفي الاستحسان تلزمه في الإيضاح إذا أمره أن يشتري بالتقد ففعل جاز والعهدة عليه ، وكان القياس أن لا يجوز وجاز استحساناً ولو أمره بالشراء نسيئة كان ما اشتراه له دون الأمر ^(١) .

قال في الفتاوى الهندية : وإذا وكل صبيّاً محجوراً بأن يبيع له ، أو وكله بأن يشتري له شيئاً فباع شيئاً أو اشتري جاز إذا كان يعقل ذلك ولا عهدة على الصبي ، وإنما العهدة على الأمر كذا في الذخيرة ولا خيار للمشتري ولا للبائع سواء علما بكونه محجوراً أو لم يعلم في ظاهر الرواية .. وإن كان صبيّاً مأذوناً له في التجارة ، فإن كان وكيلاً بالبيع بضمن مؤجل فباع جاز ولزمته العهدة ، وأما إذا كان وكيلاً بالشراء بضمن مؤجل لا تلزمه العهدة قياساً واستحساناً ، بل تكون العهدة على الأمر حتى أن البائع يطالب الأمر بالضمن دون الصبي ، وأما إذا وكله بالشراء بالضمن الحال فالقياس أن لا تلزمه العهدة وفي الاستحسان تلزمه كذا في الذخيرة ^(٢) .

قال في المبسوط : إلا أن يكون الصبي مأذوناً له ، فحينئذ تلحقه العهدة ؛ لأنه بالإذن صار بمنزلة البالغ في التزام العهدة بالتصرف ^(٣) .

(١) درر الحكام شرح غرر الأحكام جـ ٢ ص : ٢٨٣ ، كتاب الوكالة

(٢) الفتاوى الهندية جـ ٣ ص : ٥٦٨ - ٥٦٩ ، الباب الأول في معنى الوكالة وركبتها وشرطها وألفاظها .

(٣) المبسوط جـ ١٩ ص : ٤٥ - ٤٦

وقال في بدائع الصنائع : إنما تلزمه العهد - أي الوكيل - وترجع الحقوق إليه إذا كان من أهل العهدة ، (فأما) إذا لم يكن بأن كان صبيّاً محجوراً ينفذ بيعه وشراؤه ، وتكون العهدة علي الموكّل لا عليه ، لأن ذلك من باب التبرع والصبي ليس من أهل التبرع ، لكونه من التصرفات الضارة المحضة ، فيقع محضاً لحصول التجربة والممارسة له في التصرفات ، ولا خيار للمشتري من الوكيل المحجور سواء علم أنه محجور أو لم يعلم في ظاهر الرواية ، وعن أبي يوسف أنه إن كان عالماً فلا خيار له ، فأما أن كان جاهلاً فله الخيار ^(١) .

وذكر الزيلعي : إن كان وكيلاً في البيع بثمن حال أو مؤجل جاز بيعه ولزمته العهدة وإن كان وكيلاً بالشراء ، فإن كان بثمن مؤجل لا تلزمه العهدة قياساً واستحساناً بل تكون العهدة علي الأمر حتى يطالب البائع الأمر بالثمن دون المباشر ، لأن ما يلزمه العهدة ضمان كفالة وليس بضمان ثمن ؛ لأن ضمان الثمن ما يفيد الملك للضامن في المشتري وهذا لا يفيد فيه وإنما يلتزم مالاً في ذمته واستوجب مثل ذلك علي موكله . وهذا هو معنى الكفالة وهو لا يلزمه ذلك وإن كان بثمن حال فالقياس أن لا تلزمه العهدة ، وفي الاستحسان تلزمه ، لأن ما يلزمه ضمان الثمن ^(٢) .

(١) بدائع الصنائع ج ٦ ص : ٣٤ .

(٢) تبين الحقائق ج ٤ ص : ٢٥٦ - ٢٥٧ ، فتح القدير ج ٧ ص : ٥١٤ - ٥١٥ ، ج ٨ ص : ١٤ - ١٥ ، غرر عيون البصائر ج ٣ ص : ٣١٧ - ٣١٨ ، رد المختار علي الدر المختار ج ٥ ص : ٥١١ ، مجمع الأنهر ج ٢ ص : ٢٢٤ - ٢٢٥ .

الوكيل بالخصومة والقبض .

إذا أقر الوكيل بالخصومة علي موكله سواء كان موكله المدعى فأقر باستيفاء الحق أو المدعى عليه فأقر بثبوته عليه ، فإن كان ذلك عند القاضي حاز ، وإلا فلا عند أبي حنيفة ومحمد ، إلا أنه إذا أقر عند غير القاضي خرج من الوكالة فلا يدفع إليه المال ، ولو ادعى بعد ذلك الوكالة وأقام علي ذلك بينة لم تسمع بيته لأنه زعم أنه مبطل في دعواه . وقال أبو يوسف حاز إقراره في الوجهين جميعاً ، وقال زفر والشافعي وهو قول أبي يوسف أولاً ، لا يجوز في الوجهين جميعاً . والقياس أما شمول الجواز كما هو مذهب أبي يوسف وأما شمول العدم كما هو مذهبهم ، والفصل بين مجلس القضاء وغيره استحسان .

وجه القياس إن الوكيل بالخصومة مأمور بالمنازعة لأنها الخصومة ، والإقرار ليس بمنازعة لأنه مسألة ، والأمر بالشيء لا يتناول ضده ، ولهذا لا يملك الوكيل بالخصومة الصلح والإبراء فيصح التوكيل إذا استثنى الإقرار بأن قال وكلتك بالخصومة غير جائز الإقرار ، ولو كان الإقرار من حقوق التوكيل بالخصومة لما صح استثنائه ، كما لو استثنى الإنكار ، وكما لو وكل بالبيع علي أن لا يقبض الثمن أو لا يسلم المبيع ، وفيه نظر لأنه لو لم يتناوله لما صح الاستثناء . قوله وكذا لو وكله بالجواب مطلقاً بتقيد بجواب هو خصومه .

وجه الاستحسان : أن هذا التوكيل صحيح قطعاً من كل وجه وصحته بتناوله ما يملكه الموكل قطعاً ، لأن التوكيل في غير المملوك تصرف في غير ملكه وهو غير صحيح وما يملكه الوكيل مطلق الجواب دون أحدهما عيناً لأن الخصم إذا كان محقاً وجب عليه الإقرار ، وإن كان مبطلاً وجب عليه الإنكار ، لكن لفظ الخصومة موضوع للمقيد فيصرف إلي المطلق مجازاً تحريماً للصحة قطعاً (قوله ولو استثنى الإقرار) جواب عن مستشهد زفر . ووجهه : لا نسلم صحة الاستثناء بل لا يصح علي قول أبي يوسف لأنه لا يملك الاستثناء ، لأن ملكه يستلزم بقاء الإنكار عيناً ، وقد لا يحل له . ولئن سلمنا صحة الاستثناء كما قال محمد لكنه إنما صح لتخصيصه علي الاستثناء والتخصيص زيادة

دلالة علي ثلثه إياه . وبيان ذلك ما قلنا أنه لا يحل له الإنكار لجواز أن يكون الخصم محققاً ، فإذا نص علي استثناء الإقرار دل علي أنه يعلم بيقين أن خصمه مبطل حملاً لأمر المسلم علي الصلاح فتعين الإنكار ، وعند الإطلاق يحمل علي الأول بحال المسلم وهو مطلق الجواب . وعند محمد أنه فصل بين وكيل الطالب ووكيل المطلوب ولم يصححه في المطلوب لكونه مجبوراً عليه .

قال في النهاية : أي علي الإقرار لأن المدعي يثبت ما ادعاه بالبينة أو يضطر المدعي عليه إلي الإقرار بعرض اليمين عليه فيكون مجبوراً علي الإقرار فكذا وكيله ^(١) وقال في الفتاوى الهندية : وإذا أقر وكيل المطلوب بالدم عند القاضي أن الطالب يطالب موكله بحق جاز ، إقراره عليه قياساً وفي الاستحسان لا يجوز وكذلك إذا اشترى شيئاً وطعن فيه بالعيب ^(٢) وقال في المبسوط : إن أقر الوكيل علي الذي وكله بالخصومة مطلقاً في القياس لا يجوز إقراره ، سواء كان في مجلس القاضي ، أو في غير مجلس القاضي، وهو قول أبي يوسف الأول وقول زفر والشافعي ثم رجع أبو يوسف فقال يصح إقراره في مجلس القاضي وفي غير مجلس القاضي إقراره باطل ، وجه القياس : أنه وكله بالخصومة والخصومة أسم لكلام يجري بين اثنين علي سبيل المنازعة والمشاحة ، والإقرار

(١) العناية شرح النهاية جـ ص : ١١٣ - ١١٤ ، البحر الرائق جـ ٧ ص : ١٨١ - ١٨٢ ، تبين الحقائق جـ ٤ ص :

٢٧٩ - ٢٨٠ ، نصب الرأية جـ ٥ ص : ١٣٤ - ١٣٥ .

(٢) الفتاوى الهندية جـ ٣ ص : ٦٣٢ .

اسم لكلام يجرى علي سبيل المسألة والموافقة ، وكان ضد ما أمر به ، والتوكيل بالشيء لا يتضمن ضده ... وأبو يوسف يقول الموكل أقام الوكيل مقام نفسه مطلقاً فيقتضي أن يملك ما كان الموكل مالكا له والموكل مالك للإقرار بنفسه في مجلس القضاء وفي غير مجلس القاضي ، فكذلك الوكيل ^(١) - ^(٢)

- (١) المبسوط جـ ١٩ ص : ٥ - ٦ ، الجوهرية النيرة جـ ١ ص : ٣٠٩ ، فتح القدير جـ ١ ص : ٧ ، ص : ١١٣ - ١١٤ البحر الرائق جـ ٢ ص : ١٨١ - ١٨٢ .
- (٢) وعند الشافعية : قال الشافعي في الأم : وإذا وكل الرجل الرجل بوكالة ولم يقل في الوكالة أنه وكله - بأن يقر عليه ، ولا يصلح ، ولا يبريء ، ولا يهب فإن فعل فما فعل من ذلك كله باطل لأنه لم يوكله به فلا يكون وكيلاً فيما لم يوكله . أنظر : الأم جـ ٧ ص : ١٢٥ ، والأصح عند الشافعية : أن التوكيل في الإقرار لا يجوز . نعم يكون بالتوكيل بالإقرار مقراً لثبوت الحق عليه . انظر : أسنى المطالب جـ ٢ ص : ٢٦٢ ، نخبة المحتاج جـ ٥ ص : ٣٠٦ ، حاشية البجيرمي علي الخطيب جـ ٣ ص : ١٤١ ، شرح البهجة جـ ٣ ص : ١٨٦ ، وكذلك المالكية يقولون بأن إقرار الوكيل يلزم الموكل إن كان مفوضاً أو جعل له الإقرار . وبالنسبة لإقرار الوكيل بالخصومة فإنه لا يقبل إقراره بقبض الدين إلا إذا كان قد فوض في ذلك . قال في مواهب الجليل : إنه ليس للتوكيل الإقرار علي موكله ولو وكله علي الخصام إلا أن يكون الوكيل مفوضاً إليه أو يكون قد جعل له موكله أن يقر عنه ونص له علي ذلك قال في التوضيح : المعروف من المذهب أن الوكالة علي الخصام لا تستلزم الوكالة علي الإقرار إذا لم يجعله إليه ولو أقر لم يلزمه . انظر : مواهب الجليل جـ ٥ ص : ١٨٨ - ١٨٩ ، وانظر : الإتيان والإحكام (شرح ميارة) جـ ١ ص : ١٤٠ - ١٤١ ، فتح العلي المالك جـ ٢ ص : ٣٢٦ ، تبصرة الحكام جـ ١ ص : ١٨٢ ، التاج والأكلیل جـ ٧ ص : ١٧١ - ١٧٢ ، منح الجليل جـ ٦ ص : ٣٦٠ - ٣٦١ ، والأصل أن التوكيل يجوز في كل ما يقبل النيابة ومن ذلك الإقرار إذ الإخبار من الموكل حقيقة ومن الموكل حكماً لأن فعل الوكيل كفعل الموكل ، فكان الإقرار صدر من عليه الحق . قال في الفروع : وليس لتوكيل في خصومة قبض ولا إقرار علي موكله مطلقاً نص عليه كإقرار عليه بقود وقذف ، وكالولي ، ولهذا لا يصح منهما يمين . وإن إذن له ففيه منع وتسلیم . انظر : الفروع لابن مفلح جـ ٤ ص : ٢٤٩ ، وانظر : الإنصاف جـ ٥ ص : ٣٥٧ ، ٣٩٣ ، مطالب أولي النهى جـ ٣ ص : ٤٨٤ ، المغني لأبن قدامة جـ ٥ ص : ٥٨ ، شرح منتهى الإرادات جـ ٣ ص : ٤٤٦ .

لو أقر الوكيل بالخصومة عند القاضي صح وإلا لا .

ولو أقر الوكيل بالخصومة عند القاضي صح وإلا لا أي إذا أقر عند غير القاضي لا يصح وعنده يصح وهو استحسان ولكنه يخرج به عن الوكالة وهذا عند أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف يصح إقراره عند غير القاضي أيضاً وقال زفر والشافعي لا يصح إقراره عند القاضي أيضاً وهو قول أبي يوسف أولاً وهو القياس ؛ لأنه مأمور بالخصومة وهي منازعة والإقرار يضادها ؛ لأنه مسألة والأمر بالشئ لا يتناول ضده ولهذا لا يملك الإبراء والصلح ويصح إذا استثنى الإقرار ولو كانت حقيقة الخصومة مهجورة لما صح استثنائه وكذا لو وكله بالجواب مطلقاً يتقيد بجواب هو خصومة عندهما لقصده الإنكار ولهذا يختار فيها الأهدى فالأهدى في الخصومة وهذا هو العرف والوكالة تتقيد به كما تتقيد بالتقيد صريحاً ولأن فيه إضراراً بالموكل فلا يملكه ولهذا لا يملكه الأب والوصي في مال الصغير مع أن ولايتهما أوفر^(١) . فعند أبو حنيفة ومحمد بن الحسن : يقبل إقراره في مجلس الحكم فيما عدا الحدود والقصاص ، وقال أبو يوسف : يقبل إقراره في مجلس الحكم وغيره ، لأن الإقرار أحد جوابي الدعوى ، فيصح من الوكيل بالخصومة كما يصح منه الإنكار ، لكن الحنفية يتفقون على أن الموكل إذا نص في عقد الوكالة على أن الوكيل ليس له ، الإقرار لم يكن له حق الإقرار في ظاهر الرواية^(٢) ، فلو أقر عند القاضي لا يصح ، وخارج به عن الوكالة ، كما نصوا على أن التوكيل بالإقرار يصح ، ولا يصير الموكل بمجرد التوكيل مقراً خلافاً للشافعية^(٣)

(١) تبين الحقائق جـ ٤ ص : ٢٧٩ - ٢٨٠ ، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام ص : ٦٣ .

(٢) ظاهر الرواية : لمراد به ما ذكر في الكتب الستة التي منها : المبسوط ، والسير الكبير ، والسير الصغير ، والجامع الكبير والجامع الصغير من كتب الإمام محمد بن الحسن . انظر : تنقيح الفتاوى الحامدية جـ ٢ ص : ٣١٠ . ونقل في البحر عن كافي المحاكم الذي هو جمع كلام محمد في كنه الستة التي هي ظاهر الرواية . انظر : حاشية ابن عابدين جـ ٢ ص : ٥٩٣ ، والمراد بكتب محمد - رحمه الله - كتب ظاهر الرواية وهو المبسوط والزيادات والجامع الصغير والكبير والسير وإنما سميت بظاهر الرواية لأنها رويت عن محمد بروايات ثقات فهي إما متواترة أو مشهورة عنه . انظر : غمز صيون البصائر للحموي جـ ٤ ص : ٣٢٢ .

(٣) البحر الرائق جـ ٧ ص : ١٨١ - ١٨٢ ، رد المختار على الدر المختار جـ ٥ ص : ٥٣١ .

وذكر في نصب الرأية أن وجه الاستحسان أن التوكيل صحيح قطعاً وصحته يتناوله ما يملكه قطعاً ، وذلك مطلق الجواب دون أحدهما عيناً ، وطريق المجاز موجود فينصرف إليه تحريماً للصحة قطعاً ، ولوا مشى الإقرار فعن أبي يوسف أنه لا يصح لأنه لا يملكه . وعن محمد أنه يصح لأن للتخصيص زيادة دلالة علي ملكه إياه وعند الإطلاق يحمل علي الأول ، وعنه أنه فصل بين الطالب والمطلوب ولم يصححه في الثاني لكونه مجبوراً عليه ويخير الطالب فيه فبعد ذلك يقول أبو يوسف : إن الوكيل قائم مقام الموكل وإقراره لا يختص بمجلس القضاء فكذا إقرار نائبه ، وهما يقولان : أن التوكيل يتناول جواباً يسمى خصومة حقيقة أو مجازاً ، والإقرار في مجلس القضاء خصومة مجازاً إما لأنه خرج في مقابلة الخصومة أو لأنه سبب له لأن الظاهر إتيانه بالمستحق عند طلب المستحق ، وهو الجواب في مجلس القضاء فيختص به لكن إذا أقيمت البيئة علي إقراره في غير مجلس القضاء يخرج من الوكالة حتى لا يؤمر بدفع المال إليه لأنه صار مناقضاً وصار كالأب أو الوصي إذا أقر في مجلس القضاء لا يصح ولا يدفع المال إليهما^(١) .

وقال في الجوهرة النيرة : وإذا أقر الوكيل بالخصومة عند القاضي جاز إقراره وصورته أن يوكله بأن يدعى علي رجل شيئاً فأقر عند القاضي بطلان دعواه أو كان وكيل المدعى عليه فأقر علي موكله بلزوم ذلك الشيء . ولا يجوز إقراره عليه عند القاضي عند أبي حنيفة ومحمد استحساناً إلا أنه لا يخرج من الوكالة لأن في زعمه أن الموكل ظالم له بمطالبته وأنه لا يستحق عليه شيئاً فلا تصح الخصومة في ذلك قوله وقال أبو يوسف يجوز إقراره عليه عند غير القاضي ، لأنه أقامه مقام نفسه ، وقال زفر

(١) نصب الرأية في تفريغ أحاديث الهداية ج ٥ ص : ١٣٥ كتاب الوكالة باب الوكالة . بالخصومة والقبض .

لا يصح إقراره لا في مجلس القاضي ولا في غير مجلته وهو القياس ؛ لأنه مأمور بالخصومة وهي منازعة والإقرار بضاده ، لأنه مسألة والأمر بالشئ لا يتناول ضده ^(١) .
وذكر ابن نجيم : إن أقر علي موكله عند غير القاضي لا يصح عندهما استحساناً وخرج به من الوكالة وصحح أبو يوسف إقراره مطلقاً وأبطله زفر مطلقاً وهو القياس لكونه مأموراً بالخصومة وهي منازعة والإقرار ضدها لأنه مسألة ^(٢) .

وكان ضد ما أمر به والتوكيل بالشئ لا يتضمن ضده ، ولهذا لا يملك الوكيل بالخصومة الهبة والبيع أو الصلح ، والدليل عليه : بطلان إقرار الأب والوصي علي الصبي مع أن ولايتهما أعم من ولاية الوكيل ^(٣) .

والأصل أن التوكيل يجوز في كل ما يقبل النيابة ، ومن ذلك الإقرار ، كما هو مذهب الحنفية ^(٤) .

(١) الجوهرة النيرة ج١ ص : ٣٠٩ .

(٢) البحر الرائق ج٧ ص : ١٨١ - ١٨٢ ، العناية شرح الهداية ج٨ ص : ١١٤ ، فتح القدير ج٨ ص : ١١٤ الفتاوى الهندية ج٣ ص : ٦١٧ ، رد المختار علي الدر المختار ج٥ ص : ٥٣١ ، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ج٢ ص : ٢٤٣ ، الفروق ج٢ ص : ١٦٦ ، بدائع الصنائع ج٦ ص : ٢٤ - ٢٥ .

(٣) المبسوط للرمحي ج١٩ ص : ٥ - ١٢ ، كشف الأسرار لليزدوى ج٣ ص : ١٤٥ - ١٤٦ .

(٤) والمالكية والحنابلة وفي قول عند الشافعية ، إذ الإخبار من الموكل حقيقة ، ومن الوكيل حكماً ، لأن فعل الوكيل كفعل الموكل ، فكان الإقرار صدر ممن عليه الحق . وصرح الشافعية بأن إقرار الوكيل بالتصرف إذا أنكره الموكل لا ينفذ ، كما صرح المالكية بأن إقرار الوكيل يلزم للموكل إن كان مفوضاً أو جعل له الإقرار . والأصح عند الشافعية : أن التوكيل في الإقرار لا يجوز : نعم يكون التوكيل بالإقرار مقراً لثبوت الحق عليه . وبالنسبة لإقرار الوكيل بالخصومة فإنه لا يقبل إقراره بقبض الدين إلا إذا كان قد فوض في ذلك عند المالكية والشافعية والحنابلة ، لأن الإقرار معنى يقطع الخصومة وينافيها فلا يملكه الوكيل ، ولأن الإذن في الخصومة لا يقتضي الإقرار ، فإن أقر بشئ لم يلزم الموكل ما أقر به ويكون الوكيل كشاهد . قال في مواهب الجليل : أنه ليس للوكيل الإقرار علي موكله ولو وكله علي الخصام إلا أن يكون الوكيل مفوضاً إليه أو يكون قد جعل له موكله أن يقر عنه ونص له علي ذلك قال في التوضيح : المعروف من المذهب أن الوكالة علي الخصام لا تستلزم

الوكالة علي الإقرار إذا لم يجعله إليه ولو أقر لم يلزمه . انظر : مواهب الجليل جـ ٥ ص : ١٨٨ ، وانظر : الحاج والأكليل جـ ٧ ص : ١٧١ ، منح الجليل شرح مختصر خليل جـ ٦ ص : ٣٦٤ .

وذكر الشافعي في الأم : أنه إذا وكل رجل رجلاً بخصومة وأثبت الوكالة عند القاضي ، ثم أقر علي صاحب الذي وكله أن تلك الخصومة حق لصاحبه الذي يخاصمه أقر به عند القاضي فإن أبا حنيفة كان يقول إقراره جائز وبه يأخذ قال وإن أقر عند غير القاضي وشهد عليه الشهود بإقراره باطل ويخرج من الخصومة وقال أبو يوسف إقراره عند القاضي وعند غيره جائز عليه ، وكان ابن أبي ليلى يقول إقراره باطل . وإذا وكل الرجل الرجل بوكالة ولم يقل في الوكالة أنه وكله بأن يقر عليه ولا يصالح ولا يبريء ولا يهب فليس له أن يقر ولا يبريء ولا يهب ، ولا يصالح فإن فعل ذلك كله باطل ؛ لأنه لم يوكله به فلا يكون وكيلاً فيما لم يوكله . انظر : الأم للشافعي جـ ٧ ص : ١٢٥ ، وانظر : أسنى المطالب جـ ٢ ص : ٢٦٢ ، نهاية المحتاج جـ ٥ ص : ٦٤ .

وقال ابن قدامة في المغني : وإذا وكل رجلاً في محصومة ، لم يقبل إقراره علي موكله بقبض الحق ولا غيره ثم قال : إن الإقرار معنى يقطع الخصومة وينافيها ، فلا يملكه الوكيل فيها ، كالإبراء . وفارق الإنكار ؛ فإنه لا يقطع الخصومة ، ويملكه في الحدود والقصاص ، وفي غير مجلس الحاكم . ولأن الوكيل لا يملك الإنكار علي وجه يمنع الموكل من الإقرار . فلو ملك الإقرار ، لامتنع علي الموكل الإنكار ، فافترقا ، ولا يملك الصلح عن الحق ، ولا الإبراء منه ، بغير خلاف نعلمه . انظر : المغني لأبن قدامة جـ ٥ ص : ٥٨ ، وقال في الفروع : وليس لوكيل في محصومة قبض ولا إقرار علي موكله ، مطلقاً نص عليه . انظر : الفروع جـ ٤ ص : ٣٤٩ ، وانظر : الإنصاف جـ ٥ ص : ٣٩٣ ، مطالب أولي النهى جـ ٣ ص : ٤٨٤ .

لو أقر الوكيل في مجلس القضاء بوجوب الحد والقصاص علي موكله لم يقبل إقراره .
لو أقر الوكيل في مجلس القضاء بوجوب الحد والقصاص علي موكله لم يقبل إقراره
استحساناً لما في إقراره من شبهة عدم الأمر به فلم يعتبر فيما يندريء بالشبهات .

والقياس أن يقبل إقراره لقيامه مقام موكله بعد صحة التوكيل كما في الإقرار بسائر
الحقوق . . ووجه الاستحسان أنا حملنا التوكيل بالخصومة علي الجواب ؛ لأن جواب
الخصم من الخصومة ولكن هذا نوع من المجاز ، فأما في الحقيقة فالإقرار ضد الخصومة ،
والمجاز وإن اعتبر لقيام الدليل فالحقيقة شبهة معتبرة فيما يندريء بالشبهات دون ما يثبت
مع الشبهات . كذا في المبسوط . وأعلم أن جواز التوكيل بإثبات الحدود عند من جوزه
إنما هو في حد القذف وحد السرقة . وأما التوكيل بإثبات حد الزنا وحد الشرب فلا
يصح اتفاقاً ، لأنه لا حق فيهما لأحد من العباد ، وإنما تقام البيئة علي وجه الحسبة ،
فإذا كان أجنبياً عنه لا يصح توكيله به ^(١) .

وقال في تبين الحقائق : ولو أقر الوكيل بالخصومة في حد القذف والقصاص لا
يصح إقراره ، لأن التوكيل بالخصومة جعل توكيلاً بالجواب مجازاً بالاجتهاد فتمكنت فيه
شبهة العدم في إقرار الوكيل فيورث شبهة في درء ما يدريء بالشبهات ^(٢) .

(١) فتح القدير ج ٨ ص : ٨ - ٩ ، ج ١٩ ص : ١٠٦ ، ج ٢٦ ص : ١٧٣ ، العناية شرح الهداية ج ٧ ص : ٥٠٥ ،
بدائع الصنائع ج ٦ ص : ١٤ .

(٢) تبين الحقائق ج ٤ ص : ٢٨١ ، البحر الرائق ج ٧ ص : ١٨١ - ١٨٢ .

وقال ابن عابدين : (وصح) (إقرار الوكيل بالخصومة) لا بغيرها مطلقاً
(بغير الحدود والقصاص) علي موكله (عند القاضي) (دون غيره)
استحساناً (١) - (٢) .

- (١) رد المختار علي الدر المختار جـ ٥ ص : ٥٣١ ، وانظر : نصب الراية جـ ٥ ص : ١١٧ ، الجوهرة النيرة جـ ١ ص : ٣٠٩ - ٣١٠ .
- (٢) والحنابلة في هذا كالحنفية : قال : في مطالب أولي النهي : وليس لوكيل في خصومة إقرار علي موكله بقود ولا قذف . انظر : مطالب أولي النهي جـ ٣ ص : ٤٤٦ ، وقال في الفروع : وليس لوكيل في خصومة قبض ولا إقرار علي موكله ، مطلقاً نص عليه ، كإقراره عليه بقود وقذف . انظر : الفروع لأبن مفلح جـ ٤ ص : ٣٤٩ ، وانظر : شرح منتهى الإرادات جـ ٢ ص : ٢٠٠ - ٢٠١ ، الإنصاف جـ ٥ ص : ٣٥٧ .
- أما عند المالكية فقد قال : في مواهب الجليل : ليس للوكيل الإقرار علي موكله ولو وكله علي الخصام إلا أن يكوم الوكيل مفروضاً إليه أو يكون قد جعل له موكله أن يقر عنه ونص له علي ذلك قال في التوضيح : المعروف من المذهب أن الوكالة علي الخصام لا تستلزم الوكالة علي الإقرار إذا لم يجعله إليه ولو أقر لم يلزمه . انظر : مواهب الجليل جـ ٥ ص : ١٨٨ - ١٨٩ ، وانظر : الإتيان والإحكام (شرح ميارة جـ ١ ص : ١٣٤ ، التاج والإكليل جـ ٧ ص : ١٧١ - ١٧٢ ، شرح مختصر خليل جـ ٦ ص : ٧٠ منع الجليل جـ ٦ ص : ٣٦٠ - ٣٦١ .
- وصرح الشافعية بأن إقرار الوكيل بالتصرف إذا أنكره الموكل لا يتخذ ، والأصح عنهم أن التوكيل في الإقرار لا يجوز . نعم يكون بالتوكيل بالإقرار مقراً لثبوت الحق عليه . لأن الإقرار معنى يقطع الخصومة وينافيها فلا يملكه الوكيل . انظر : حاشية البهيمى علي الخطوب جـ ٣ ص : ١٤١ ، وقال في أسنى المطالب : (ولا) يجوز (التوكيل في الإقرار) بأن يقول لغيره : وكلتك لقر عنى لفلان يكنذا فيقول الوكيل أقررت عنه يكنذا (أو جعلته مقراً يكنذا ؛ لأنه إيجاب عن حق فلا يقبل التوكيل كالشهادة . انظر : أسنى المطالب جـ ٢ ص : ٢٦٢ وانظر : الفرر البهية في شرح البهجة جـ ٣ ص : ١٧٤ ، تحفة المحتاج جـ ٥ ص : ٣٠٦ - ٣٠٧ ، مغنى المحتاج جـ ٣ ص : ٢٣٨ ، نهاية المحتاج جـ ٥ ص : ٢٥ ، حاشية الجمل جـ ٣ ص : ٤٠٤ .

الوكيل هو الذي يقبض القيمة من المشتري ، لأنه وجب بعقده

الوكيل هو الذي يقبض القيمة من المشتري ، لأنه وجب بعقده ، والفاسد من العقد معتبر بالصحيح ، فإذا كان عقد القبض للوكيل فيما يجب بالعقد الصحيح ، فكذلك فيما يجب بالعقد الفاسد ، فيقبض القيمة ، ويرفعها إلى الموكل ، وليس للموكل أن يطالب المشتري بها ، إلا أن يوكله الوكيل بذلك في البيع الفاسد والصحيح جميعاً ، وإن دفعه المشتري إلى الأمر ؛ بريء استحساناً ، وفي القياس لا يبرأ ، لأن الأمر في حقوق العقد كأجنبي ، فقبضه لا يوجب براءة المشتري ، ولكنه استحسان فقال : الوكيل يعمل به في القبض ، فليس في قبضه بنفسه تفويت شيء علي الوكيل ، بل فيه إسقاط فوته بالقبض والدفع عنه ^(١) .

فعند الحنفية ليس للموكل المطالبة ، لأن حقوق العقد تتعلق بالوكيل دونه ولهذا يتعلق مجلس الصرف والخيار به دون موكله فكذلك القبض ^(٢) .

(١) البوط جـ ١٩ ص : ٥٢ - ٥٣ ، وانظر : تنقيح الفتاوى الحامدية جـ ٢ ص : ١٤٢ ، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام جـ ٤ ص : ١٣٤ .

(٢) وعند الحنابلة يملك المطالبة به كائناً دونه التي وكل فيها ، ويفارق مجلس العقد ؛ لأن ذلك من شروط العقد فعلق بالعقد ، كالإيجاب ، والقبول . وأما الثمن فهو حق للموكل ومال من أمواله ، فكانت له المطالبة به . ولا نسلم أن حقوق العقد تتعلق به ، وإنما تتعلق بالموكل ، وهي تسليم الثمن ، وقبض المبيع ، والرد بالعيب ، وضمان الدرك . أنظر : المغني لابن قدامة جـ ٥ ص : ٨٢ ، قال في الإنصاف : حقوق العقد متعلقة بالموكل ، وهذا المذهب ، وعليه الأصحاب . انظر : الإنصاف جـ ٥ ص : ٣٧٥ ، كشاف القناع جـ ٣ ص : ٤٧٢ ، وعند الشافعية : إذا اشترى الوكيل لموكله شيئاً بإذنه انتقل الملك من البائع إلى الموكل ، ولم يدع في ملك الوكيل ، وإذا باع الوكيل بضمن معين ، ثبت الملك للموكل في الثمن ؛

لأنه بمحولة المبيع . وإن كان الثمن في الذمة فللوكيل و الموكل المطالب به . قال في حاشيتا قليوبي وعميرة : (وإذا اشترى الوكيل طالبه البائع بالثمن إن كان دفعه إليه الموكل وإلا فلام يطالبه (وإن كان الثمن معيناً) ؛ لأنه ليس في يده (وإن كان) الثمن (في الذمة طالبه به (إن أنكر وكأله أو قال لا أعلمها ، وإن اعترف بما طالبه أيضاً في الأصح كما يطالب الموكل ، ويكون الوكيل كضامن والموكل كأصيل . انظر : حاشيتا قليوبي وعميرة جـ ٢ ص : ٤٣٤ ، وانظر : تحفة المحتاج جـ ٥ ص : ٢٢٥ ، مغني المحتاج جـ ٣ ص : ٢٥٥ ، نهاية المحتاج جـ ٥ ص : ٥٠ .

وعند المالكية : يطالب الوكيل بالثمن لسلعة اشتراها لموكله وبالثمن الذي باعه لموكله علي بيعه إلا أن يصرح الوكيل بالبراءة من ذلك بأن يقول : ولا أتولي دفع الثمن لك ، فلا يطالب ، وإنما يطالب الموكل . انظر : حاشية الصاوي علي الشرح الصغير جـ ٣ ص : ٥٠٧ ، وقال في شرح مختصر خليل : أنه إذا وكله علي شراء شيء فإنه يطالب بثمنه ما لم يصرح بالبراءة من دفع الثمن وكذلك إذا وكله علي بيع شيء فإنه يطالب بالمثمن ما لم يصرح بالبراءة من دفع المثمن وإلا فلا يطالب بذلك وإنما يطالب بما ذكر الموكل . انظر : شرح مختصر خليل جـ ٦ ص : ٧٢ ، وانظر : حاشية الدسوقي جـ ٣ ص : ٢٨١ منع الجليل شرح مختصر خليل جـ ٦ ص : ٣٧٥ - ٣٧٦ .

الإقرار لغة: الاعتراف ثم إن الإقرار والدعوة والشهادة كلها إخبارات والفرق بينها أن الإخبار إن كان يقتصر حكمه علي قائله فهو الإقرار وإن لم يقتصر فلما أن لا يكون للمخبر فيه نفع وهو الشهادة أو يكون وهو الدعوة .

وعرفه ابن عرفة بأنه خيرٌ أوجب حُكْمَ صِدْقِهِ علي قائله فقط ونحو ذلك والرواية والشهادة وقوله زيدٌ زانٍ فقط لأنه وإن أوجب حكماً علي قائله فقط فليس هو حكم مقتضى صدقه أهـ (١) .

وعرفه صاحب شرح البهجة : لغة الإثبات من قر الشيء يقر قراراً إذا ثبت وشرعاً إخبار عن حق سابق ويسمى اعترافاً أيضاً (٢) .

والخصومة : لغة : المنازعة ، والجدل ، والغلبة بالحجة ، والمعنى الإصطلاحي لا يخرج عن المعنى اللغوي ، وقد استعمل الفقهاء هذه الكلمة في رفع الدعوى أمام القضاء (٣) . وقال في درر الحكام في شرح مجلة الأحكام : الخصومة لغة ، الجدل والمنازعة وشرعاً : جواب الخصم بالإقرار أو الإنكار (٤) .

(١) شرح مختصر خليل جـ ٦ ص : ٨٧ ، حاشية العاوي علي الشرح الصغير جـ ٣ ص : ٥٢٤ - ٥٢٥ ، منع الجليل شرح مختصر خليل جـ ٦ ص : ٤٢٠ - ٤٤٢١ ، المغني لابن قدامة جـ ٥ ص : ٨٧ ، الإنصاف جـ ١٢ ص : ١٢٥ .
(٢) الفرر البهية في شرح البهجة الوردية جـ ٣ ص : ١٩٦ ، أسنى المطالب جـ ٢ ص : ٢٨٧ ، مغني المحتاج جـ ٣ ص : ٢٦٨ ، مجمع الأفر جـ ٢ ص : ٢٨٨ - ٢٨٩ ، تبين الحقائق جـ ٥ ص : ٢ .
(٣) تبين الحقائق جـ ٤ ص : ٢٨٠ ، حاشية الدسوقي جـ ٤ ص : ٢٢٣ - ٢٢٤ .
(٤) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام جـ ٣ ص : ٦٣٢ ، وانظر المصباح المنير ص : ١٧١ خصم .

إقرار الوكيل بالخصومة علي موكله عند القاضي بغير الحدود والقصاص صحيح .
 وإقرار الوكيل بالخصومة علي موكله عند القاضي بغير الحدود والقصاص صحيح سواء كان وكيلاً من قبل المدعى فأقر بالقبض أو من قبل المدعى فأقر بثبوت الحق ، وفيه إشعار بأنه لو أنكره ذلك الوكيل صح بالطريق الأولي وبأنه لو استثنى الإقرار صح وصار وكيلاً بالإنكار كما لو استثنى الإنكار صار وكيلاً بالإقرار ولو استثنى الإقرار بحضرة الطالب صح وإلا لا وقال محمد : أنه أيضاً يصح ، ولو وكله غير جائز الإقرار صح ولم يصح الإقرار في الظاهر لو موصولاً وفي الأقضية ومفصولاً أيضاً لا عند غير القاضي أي إن كان إقراره عند غير القاضي فشهد به الشاهدان عند القاضي ، فإنه غير صحيح استحساناً عند الطرفين خلافاً لأبي يوسف أي يصح عند غير القاضي عنده ؛ لأن الموكل أقام مقام الوكيل نفسه مطلقاً وهو يقتضي أن يملك ما يملكه الموكل ، وهو يملك الإقرار عند غير القاضي ، وكذا وكيله وعند زفر والشافعي وهو قول أبي يوسف أولاً لا يصح أصلاً وهو القياس ؛ لأنه مأمور بالخصومة ، وهي منازعة والإقرار يضادها ، لأنه مسألة والأمر بالشيء لا يتناول ضده .

وجه الاستحسان أن التوكيل صحيح فيدخل تحته ما يملكه الموكل وهو الجواب مطلقاً فيضمن الإقرار والموكل يملك الإقرار كذا يملك وكيله عند القاضي لكونه جواب الخصم ، وهو لا يكون معتبراً إلا في مجلس القضاء إذ وراء مجلسه يفضى إلي المجادلة والمجادبة وهو لم يوكل بذلك فحيث لا يكون وكيلاً^(١).

(١) مجمع الأئمة في شرح ملتقى الأئمة ج ٢ ص : ٢٤٣ - ٢٤٤ .

قال في المبسوط : إن أقر الوكيل علي الذي وكله بالخصومة مطلقاً في القياس لا يجوز إقراره ، سواء كان في مجلس القاضي ، أو في غير مجلس القاضي وهو قول أبي يوسف الأول ، وقول زفر والشافعي ثم رجع أبو يوسف فقال يصح إقراره في مجلس القاضي ، وفي غير مجلس القاضي إقراره باطل ، وجه القياس أنه وكله بالخصومة والخصومة اسم لكلام يجري بين اثنين علي سبيل المنازعة والمشاحة والإقرار اسم لكلام يجري علي سبيل المسألة والموافقة ، وكان ضد ما أمر به ، والتوكيل بالشيء لا يتضمن ضده ، ولهذا لا يملك الوكيل بالخصومة الهبة والبيع أو الصلح ، وأبو يوسف يقول : " الموكل أقام الوكيل مقام نفسه مطلقاً فيقتضي أن يملك ما كان الموكل مالكا له والموكل مالك للإقرار نفسه في مجلس القضاء وفي غير مجلس القضاء فكذلك الوكيل وهذا ؛ لأنه إنما يختص بمجلس القضاء مالا يكون موجباً إلا بانضمام القضاء إليه كالبينة واليمين فأما الإقرار فهو موجب للحق بنفسه ، سواء حصل من الوكيل أو من الموكل فمجلس القضاء فيه وغير مجلس القضاء سواء .

وأبو حنيفة ومحمد قالا : حقيقة الخصومة ما قال زفر ولكنا تركنا هذه الحقيقة وجعلنا هذا توكيلاً مجازاً بالجواب ، والإقرار جواباً تاماً وإنما حملناه علي هذا المجاز ، لأن توكيله إنما يصح شرعاً بما يملكه بنفسه والذي يتيقن به أنه مملك للموكل الجواب لا الإنكار^(١) .

(١) المبسوط ج ١٩ ص : ٥ ، بدائع الصنائع ج ٦ ص : ٢٢ - ٢٣ ، تبين الحقائق ج ٤ ص : ٢٥٥ - ٢٥٦ .

فعند أبو حنيفة ومحمد يقبل إقراره في مجلس الحكم ، فيما عد الحدود والقصاص ، وقال أبو يوسف : يقبل إقراره في مجلس الحكم وغيره ، لأن الإقرار أحد جوابي الدعوة ، فصح من الوكيل ، كالإنكار وجه الاستحسان : ان التوكيل صحيح قطعاً وصحته بتناوله ما يملكه قطعاً وذلك مطلق الجواب دون أحدهما عينا^(١) - (٢) .

(١) العناية شرح الهداية جـ ٥ ص : ١١٤ - ١٢٢ ، فتح القدير جـ ٥ ص : ١١٤ - ١٢٢ ، البحر الرائق جـ ٥

ص : ١٨١ - ١٨٢ ، الجوهرة النيرة جـ ١ ص : ٣١٠ .

(٢) وبالنسبة للمالكية والشافعية والحنابلة وابن أبي ليلى فإن إقرار الوكيل بالخصومة لا يقبل بقيض الدين إلا إذا كان قد فوض في ذلك ، لأن الإقرار معنى يقطع الخصومة وينافيها فلا يملكه الوكيل ، ولأن الإذن في الخصومة لا يقتضي الإقرار ، فإن أقر بشيء لم يلزم الوكيل ما أقر به ، ويكون الوكيل كشاهد ، لكن الخفية يتفقون على أن الموكل إذا نص في عقد الوكالة على أن الوكيل ليس له الإقرار ، لم يكن له حق الإقرار في ظاهر الرواية ، فلو أقر عند القاضي لا يصح وخرج به عن الوكالة ، كما نصوا على أن التوكيل بالإقرار يصح ، ولا يصير الموكل بمحرم التوكيل مقرأً خلافاً للشافعية ، قال في مواهب الجليل : أنه ليس للموكل الإقرار على موكله ولو وكله على الخصام إلا أن يكون الوكيل مفوضاً إليه أو يكون قد جعل له موكله أن يقر عنه ونص له على ذلك . قال في التوضيح : المعروف من المنع أن الوكالة على الخصام لا تستلزم الوكالة على الإقرار إذا لم يجعله إليه ولو أقر لم يلزمه وقال ابن عرفة وفي نوازل أصبغ : أن الوكالة على الخصام فقط لا تشمل صلاحاً ولا إقراراً ولا يصح من الوكيل أحدهما إلا بنص من موكله عليه ولم يذكر فيه ابن رشد خلافاً ، أنظر : مواهب الجليل جـ ٥ ص : ١٨٨ - ١٨٩ حاشية الصاوي على الشرح الصغير جـ ٣ ص : ٥٠٥ - ٥٠٦ ، منح الجليل شرح مختصر خليل جـ ٦ ص : ٣٦٤ - ٣٦٥ الفواكه الدواني جـ ٢ ص : ٢٣٠ .

وقال الشافعي : وإذا وكل الرجل الرجل بوكالة ولم يقل في الوكالة أنه وكله بأن يقر عليه ولا يصالح ولا يبرئ ولا يهب فليس له أن يقر ولا يبرئ ولا يهب ولا يصالح فإن فعل فما فعل من ذلك كله باطل ؛ لأنه لم يوكله به فلا يكون وكيلاً فيما لم يوكله ، انظر : الأم للشافعي جـ ٧ ص : ١٢٥ ، تحفة المحتاج جـ ٥ ص : ٣٠٦ - ٣٠٧ ن معنى المحتاج جـ ٣ ص : ٢٣٨ - ٢٣٩ ، استي المطالب جـ ٢ ص : ٢٧٣ - ٢٧٤ ، حاشيتا قليوبي جـ ٢ ص : ٤٢٥ - ٤٢٦ ، وقال في الفروع : وليس لوكيل في خصومة قبض ولا إقرار على موكله مطلقاً نص عليه ، كإقراره عليه بقود وقذف ، وكالولي ولهذا لا يصح منه تعيين ، وإن أذن له فيه منع وتليم وله إثبات وكالته مع غيبة موكله ، في الأصح ، انظر : الفروع لابن مفلح جـ ٤ ص : ٣٤٩ - ٣٥٠ ، مطالب أولي النهي جـ ٣ ص : ٤٤٦ ن الإنصاف جـ ٥ ص : ٣٩٣ - ٣٩٤ ، كاف القناع جـ ٣ ص : ٤٧٢ .

تعريف المضاربة : أن يدفع الرجل ماله الى آخر يتجر فيه بجزء من ربحه وتصح من المريض وإن سعى للعامل فوق تسمية المثل وتقدم بها على الغرماء ويصح تعليقها بشرط . وهي تسمية أهل العراق مأخوذة من الضرب في الارض وهو السفر فيها للتجارة ^(١) قال تعالى : ﴿وَأَخْرُوجْهُمْ مِّنَ الْأَرْضِ الَّتِي بَيَّعُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ﴾ ^(٢) ويحتمل ان يكون من ضرب كل منهما يسهم في الربح. وسماها أهل الحجاز قراضاً قليل هو من القرض بمعنى القطع يقال قرض الفأر الثوب اذا قطعه بالحق رب المال اقتطع من ماله قطعة وسلمها الى العامل واقتطع له قطعة من ربحها وقيل من المساواة والموازنة. ^(٣) والمضاربة عقد على الشركة بمال من احد الجانبين والعمل من الجانب الآخر ولا تصلح الا بالمال الذي تصح به الشركة ومن شرطها ان يكون الربح بينهما مشاعاً . ^(٤) وهي مشروعة للحاجة اليها فان الناس بين غنى بالمال غنى عن التصرف فيه وبين مهنت في التصرف صفر اليد عنه فمست الحاجة الى شرع هذا النوع من التصرف ليتنظم مصلحة الغنى والذكي والفقير والغني .. ^(٥)

-
- (١) المحرر في الفقه ج ١ ص : ٣٥١، وانظر: النهاية في غريب الحديث ج ٣ ص : ٧٩ ، لسان العرب ج ١ ص : ٢٦٥ .
 (٢) سورة المزمل آية رقم (٢٠) .
 (٣) كشف القناع ج ٣ ص : ٥٠٧ .
 (٤) بداية المبتدى ج ١ ص : ١٧٨ .
 (٥) الهداية شرح البداية ج ٣ ص : ٢٠٢ ، وانظر : البحر الرائق ج ٧ ص : ٢٦٣ ، حاشية ابن عابدين ج ٥ ص : ٦٤٥ ، المبوط للرخسي ج ٢٢ ص : ١٨ ، الدر المختار ج ٢ ص : ٢٦٨ .

لو قال : خذ هذه الالف مضاربة او مقارضة ولم يذكر ربها فهي مضاربة فاسدة .
ولو قال : خذ هذه الالف مضاربة او مقارضة ولم يذكر ربها فهي مضاربة فاسدة ، لان المضارب شريك في الربح ، والتنصيب على لفظ المضاربة يكون استراداً لجزء من ربح المضارب وذلك الجزء غير معلوم وجهاته تقضى الى المنازعة بينهما ، ومثله اذا كان في صلب العقد يكون مفسداً للعقد فيكون الربح كله لرب المال ، وللمضارب أجرة مثله ربح او لم يربح . ولو قال : على أن لرب المال ثلث الربح ولم يسم للمضارب شيئاً فهذه مضاربة فاسدة في القياس ؛ لأنهما لم يبين ما هو المحتاج اليه وهو نصيب المضارب من الربح وإنما ذكرنا ما لا يحتاج اليه وهو نصيب رب المال ولا حاجة به الى ذلك فرب المال لا يستحق بالشرط وليس من ضرورة اشتراط الثلث لرب المال اشتراط ما بقي للمضارب فان ذلك مفهوم والمفهوم لا يكون حجة للإستحقاق ومن الجائز ان يكون مراده اشتراط بعض الربح لعامل آخر يعمل معه وهذا بخلاف ما اذا بين نصيب المضارب خاصة ؛ لانه ذكر هنا ما يحتاج الى ذكره وهو بيان نصيب من يستحق بالشرط ، ووجه الاستحسان ان عقد المضاربة عقد شركة في الربح والاصل في المال المشترك انه اذا بين نصيب أحدهما كان ذلك بياناً في حق الآخر ان له مابقى قال تعالى ﴿ وَوَصَّيْنَاهُ أَتَوَاهُ فَلَا تَمْنَهُ الْكُفُورُ ﴾^(١) معناه وللأب مابقى ، وهنا إليه المال مضاربة فذلك تنصيب على الشركة بينهما في الربح ، فاذا قال : على أن لي ثلث الربح ، يصير كأن قال : ولك مابقى كما لو قال على أن لك ثلث الربح يصير كأنه قال : ولي مابقى ولو صرح بذلك لكان العقد صحيحاً على مااشتراطاً ، فهذا مثله وهذا عمل بالمنصوص لا بالمفهوم ولو قال : على أن للمضارب ثلث الربح او سدسه كانت المضاربة فاسدة ؛ لانه لم ينص في نصيب المضارب على شيء معلوم ولكن ردده بين الثلث والستس وهذا اللفظ يُمكنُ فيما يستحقه المضارب جهالة تقضى الى المنازعة . وكذلك لو قال : على أن لي

(١) سورة النساء آية رقم (١١) .

نصف الربح او ثلثه ؛ لأن معنى هذا الكلام ولك مابقى النصف او الثلث فيفسد العقد لجهالة تقضى الى المنازعة فيما شرط للمضارب .^(١)

قال في البحر الرائق : ان يكون نصيب كل منهما معلوماً فكل شرط يؤدي الى جهالة الربح فهي فاسدة ومالا فلا .^(٢)

وقال في بدائع الصنائع : ولو قال خذ هذا المال مضاربة على أن لي نصف الربح ولم يزد على هذا فالقياس أن تكون المضاربة فاسدة وهو قول الشافعي رحمه الله ، ولكنها جائزة استحساناً ، ويكون للمضارب النصف .^{(٣) - (٤)}

(١) المبوط جـ ٢٢ ص : ٢٥ ، الهداية شرح البداية جـ ٣ ص : ٢٠٢ ، الجوهرة النيرة جـ ١ ص : ٢٩٥ .

(٢) البحر الرائق جـ ٧ ص : ٢٦٤ ، وانظر : كشف الأملار للبخاري جـ ٣ ص : ١٤٨ .

(٣) بدائع الصنائع جـ ٦ ص : ٨٠ - ٨١ ، وانظر : الفتاوى الهندية جـ ٤ ص : ٢٨٨ - ٢٨٩ .

(٤) وعند الخنابلة : قال ابن قدامة في المغني : ومن شرط صحة المضاربة تقدير نصيب العامل ، لانه يستحقه بالشرط ، فلم يُقدر الا به . ولو قال : خذ هذا المال مضاربة . ولم يُسمَّ للعامل شيئاً من الربح ، فالربح كله لرب المال ، والوضعية عليه ، وللعامل أجر مثله نص عليه أحمد وهو قول الثوري والشافعي واسحاق وإبي ثور . واصحاب الرأي وقال الحسن وابن سيرين ، والأوزاعي الربح بينهما نصفين ، لانه لو قال : والربح بيتا . لكان بينهما نصفين ، فكذلك اذا لم يذكر شيئاً . ولنا ان المضارب انما يستحق بالشرط ، ولم يوجد . وقوله : مضاربة . اقتضى أن له جزءاً من الربح مجهولاً ، فلم تصح المضاربة . انظر : المغني لابن قدامة جـ ٥ ص : ٢٠ .

وقال في المبدع : فلو قال خذ هذا المال مضاربة ولم يذكر مهم العامل فالربح كله لرب المال والوضعية عليه وللعامل أجرة مثله نص عليه أحمد وهو قول الجمهور . انظر : المبدع جـ ٥ ص : ١٨ ، وانظر : الروض المربع جـ ٢ ص : ٢٦٩ ، كشف القناع جـ ٣ ص : ٥٠٨ .

وقال الشيرازي الشافعي : ولا يجوز الا على جزء من الربح معلوم فإن قارضه على جزء منهم لم يصح لان الجزء يقع على الدرهم والالف فيعظم الضرر . انظر : المذهب جـ ١ ص : ٣٨٥ ، وانظر : التنبية جـ ١ ص : ١١٩ ، وقال في شرح التلويح على الترضيع التفاضل : وهو عقد المضاربة فإنه تنصيص على الشركة في الربح ويان نصيب أحد الشريكين في المال المشترك بيان لنصيب الآخر فإذا قال على أن لي نصف الربح فكأنه قال ، ولك مابقى فهو في حكم المنطوق . انظر : شرح التلويح على التوضيح جـ ٢ ص : ٧٨ - ٧٩ ، اسنى المطالب جـ ٢ ص : ٣٨٤ ، وعند المالكية قال الدسوقي : قوله (كلك) أي كقراض قال رب المال للعامل لك (شرك) في وجهه (و) الحال انه (لاعادة) تعين قدر الجزء في القراض المَقُول فيه ذلك فانه فيه قراض المثل فان كان لهم عادة تُعَيَّن الجزء من نصف او ثلث عمل بها . واما لو قال والربح مشترك فهو يفسد التساوي عرفاً فلا جمل فيه بخلاف شرك (او مهم) بالجر عطف على مدحولي الكاف المقدر أي كقراض مهم بأن قال اعمل فيه قراضاً ولم يتعرض للذكر الجزء أصلاً او قال بجزء او بشيء في ربحه ولم يبينه فله قراض مثله أي لاعادة ايضاً (او) قراض (أجل) ك اعمل به سنة او سنة من الآن او اذا جاء الوقت الفلاني فاعمل به فيه ففاسد . انظر : حاشية الدسوقي جـ ٣ ص : ٥١٩ ، وانظر : التاج والإكلیل جـ ٧ ص : ٤٤٦ ، شرح مختصر خليل جـ ٦ ص : ٢٠٦ ، حاشية الصاوي على الشرح الصغير جـ ٣ ص : ٦٨٧ ، منح الجليل شرح مختصر خليل جـ ٧ ص : ٣٢٧ - ٣٢٨ .

أهلية التوكيل والوكالة في المضاربة : (شروط العاقلين)

ولا يشترط إسلامهما فتصح المضاربة بين اهل الذمة وبين المسلم والذمي والحربي المستأمن حتى لو دخل حربي دار الإسلام بأمان فدفعت ماله الى مسلم مضاربة او دفع اليه مسلم ماله مضاربة فهو جائر لان المستأمن في دارنا بمنزلة الذمي .

والمضاربة مع الذمي جائزة فكذلك مع الحربي المستأمن فان كان المضارب هو المسلم فدخل دار الحرب بأمان فعمل بالمال فهو جائر لانه دخل دار رب المال فلم يوجد بينهما اختلاف الدارين فصار كأنهما في دار واحدة وان كان المضارب هو الحربي فراجع الى داره الحربي فإن كان بغير إذن رب المال بطلت المضاربة وان كان بإذنه فذلك جائز ويكون على المضاربة وكون الربح بينهما على ما شرطوا إن رجع الى دار الاسلام مسلماً او معاهداً او بأمان استحساناً والقياس أن تبطل المضاربة .

وجه القياس : أنه لما عاد الى دار الحرب بطل أمانه وعاد الى حكم الحرب كما كان فيبطل أمر رب المال عند اختلاف الدارين فاذا تصرف فيه فقد تعدى بالتصرف فملك ما تصرف فيه .

وجه الإستحسان : انه لما خرج بأمر رب المال صار كأن رب المال دخل معه ولو دخل رب المال معه الى دار الحرب لم تبطل المضاربة فكذا اذا دخل بأمره . بخلاف ما اذا دخل بغير أمره لأنه لما لم يأذن له بالدخول انقطع حكم رب المال عنه فصار تصرفه لنفسه فملك الأمر به .^(١)

(١) بدائع الصنائع ج ٦ ص : ٨١ - ٨٢ ، وج ٦ ص : ١١٢ .

وقال السرخسي : ولا بأس بأن يأخذ المسلم من النصراني مالاً مضاربة لانه من نوع التجارة والمعاملة او هو توكيل من رب المال إياه بالتصرف فيه ولا بأس للمسلم ان يلى البيع والشراء للنصراني بوكالته ويكره للمسلم ان يدفع الى النصراني مالاً مضاربة وهو جائز في القضاء ... الى ان قال و اذا دفع الرجل الى الرجل مالاً مضاربة بالنصف فارتد المضارب او دفعه اليه بعد ما ارتد ثم اشترى وباع فربح او وضع ثم قتل على رده او مات او قتل بدار الحرب جاز جميع ما فعل من ذلك والربح بينهما على ما اشترطا .. ولو ان الحربى دخل بالمال دار الحرب فاشترى به وباع هناك فهو له ولا ضمان عليه لانه صار مستولياً على المال حين دخل دار الحرب بغير اذن رب المال وتم احرازه لها فيكون مملوكاً فيه متصرفاً فيه لنفسه وبعد الاسلام ضامن لما يملكه على المسلم بالاستيلاء وان كان رب المال اذن له في ان يدخل دار الحرب فيشترى به ويبيع هناك فاني استحسن أن اجيز ذلك على المضاربة واجعل الربح بينهما على ما اشترطا إن اسلم اهل الدار ورجع المضارب الى دار الاسلام مسلماً او معاهداً او بامان . وفي القياس هو متصرف لنفسه لان المناق للمضاربة قد تحقق برجوعه الى دار الحرب وان كان بإذن رب المال بعد تحقق المناق لا يمكن تنفيذ تصرفه على المضاربة فيكون متصرفاً لنفسه بطريق الاستيلاء على المال وجه الاستحسان : انه ما دخل دار الحرب الا متمثلاً أمر رب المال ولا يكون مستولياً على ماله فيما يكون متمثلاً فيه أمره واذا انعدم الاستيلاء كان تصرفه في دار الحرب وفي دار الإسلام سواء .^(١)

(١) المبسوط للسرخسي ج ٢٢ ص : ١٢٥ - ١٣٠ ، وانظر : حاشية ابن عابدين ج ٨ ص : ٣٠٧ ، وما بعدها ، الهداية شرح البداية ج ٣ ص : ٢٠٨ ، بداية المبتدى ج ١ ص : ١٧٩ ، الدر المختار ج ٥ ص : ٦٥٥ .

لو قال : خذ هذه الألف فابتع بها متاعاً فما كان من فضل فلك النصف ولم يزد على هذه .
ولو قال : خذ هذه الألف فابتع بها متاعاً فما كان من فضل فلك النصف ولم يزد على هذه
فهو فاسد في القياس لان الابتاع عبارة عن الشراء فهنا وقوله اشترها بالنصف سواء ، وفي
الاستحسان هذه مضاربة جائزة ؛ لان لفظ الابتاع عام يقع على البيع والشراء جميعاً وبقوله فما
كان من فضل . تبين ان مراده البيع والشراء جميعاً ؛ لان الفضل لا يحصل الا بهما فيكون له ان
يشترى ما بداله ويبيعه وانما شرط له نصف الربح فكانت مضاربة جائزة وكذلك لو قال خذها
بالنصف فهو جائز استحسان وفي القياس هذه أفسد من قوله اشتر بها هرويا بالنصف . والفرق
بينهما على وجه الاستحسان ان هنا لم ينص على شيء من العمل وانما ذكر حرفاً يدل على
المعاوضة وهو حرف الباء وهو تنصيب على العوض له وانما يستحق العوض باعتبار عمله وعمله
الذي يستحق باعتباره عوضاً مسمى هو البيع والشراء جميعاً فكأنه نص عليهما . وبهذا تبين ان
مراده اشتراط نصف الربح له فأما هناك فنص على العمل الذي أوجب له العوض بمقابلته وهو
الشراء فيكون استجاراً بأجرة مجهولة . وكذا لو قال : خذها على النصف ؛ لان حرف على
حرف الباء مستعملان في مثل هذا المحل استعمالاً واحداً ويكون دليلاً على المعاوضة وكذلك
لو قال اعمل بهذه على النصف ؛ لانه نص على العمل هنا وانما يتصرف للعمل الذي يحصل به
الربح وذلك الشراء والبيع جميعاً .^(١)

(١) الميسوط جـ ٢٢ ص : ٢٦ كتاب المضاربة ، البحر الرائق جـ ٧ ص : ٢٦٣ ، حاشية ابن عابدين جـ ٨
ص : ٢٧٧ .

قال في بدائع الصنائع : لو قال خذ هذه الالف فابتع بها متاعاً فما كان من فضل لك النصف ولم يزد على هذا فقبل هذا كان مضاربة استحساناً والقياس ان لا يكون مضاربة .

وجه القياس : انه ذكر الشراء ولم يذكر البيع ولا يتحقق معنى المضاربة الا بالشراء والبيع .

وجه الاستحسان : انه ذكر الفضل ولا يحصل الفضل الا بالشراء والبيع فكان ذكر الإبتياح ذكراً للبيع وهذا معنى المضاربة .

ولو قال خذ هذه الالف بالنصف ولم يزد عليه كان مضاربة استحساناً والقياس ان لا يكون لانه لم يذكر الشراء والبيع فلا يتحقق معنى المضاربة .

وجه الاستحسان : انه لما ذكر الاخذ والاخذ ليس عملاً يستحق العوض وانما يستحق بالعمل في المأخوذ وهو الشراء والبيع فتضمن ذكره ذكر الشراء والبيع^(١)

(١) بدائع الصنائع ج ٦ ص : ٨٠ ، وانظر : التتبع ج ١ ص : ١١٩ .

في اختلاف المتفاوضين :

إذا ادعى رجل على غيره أنه شريكه شركة مفاوضة وإن المال الذى في يده بينهما أثلاثا :
الثلاثان لى والثالث له ، والمدعى عليه يحدد المفاوضة أصلاً فأقام المدعى بينة على نحو مادعاه لاتقبل
هذه الشهادة قیاساً ، وفى الامتحان تقبل على المفاوضة .^(١)

قال السرخسى فى المبسوط : إذا كان المال فى يد أحدهما وهو منكر للشركة و أقام الآخر البينة
أنه شريكه شركة مفاوضة له الثلاثان وللذى فى يده الثلث فهذه الشهادة فى القياس لاتقبل لان
إقراره بالمفاوضة اقرار بالناصفة فى المال وذلك اكذاب منه لشهوده فيما شهدوا به من الثلث
والثلثين والمدعى إذا أكذب شاهدته تبطل شهادته له .

وفى الامتحان شهادتهم على أصل المفاوضة مقبولة والمال بينهما نصفان لأنه لا حاجة بهم الى
اقام الشهادة الى مذكروا من الثلث والثلثين فلعنى تلك الشهادة فتبقى شهادتهم على أصل
المفاوضة ولان من الناس من يقول مع التفاوت فى المال تصح المفاوضة فلعمل الشهود ممن يعتمدون
ذلك ففسروا بناء على اعتقادهم ولكن القاضى يبنى ما ثبت عنده على اعتقاده لاعلى اعتقاد
الشهود .^{(٢) - (٣)}

(١) الفتاوى الهندية ج ٢ ص : ٣١٦ ، الفصل السابع فى اختلاف المتفاوضين ، البحر الرائق ج ٧ ص : ١٣١ ،
المبسوط ج ١١ ص : ١٨٦ .

(٢) المبسوط ج ١١ ص : ١٨٨ - ١٨٩ ، ج ١٦ ص : ١٩٤ ، ج ١٨ ص : ١١٥ ، حاشية ابن عابدين ج ٧
ص : ٢٤٧ .

(٣) وعند المالكية : قال فى التاج والإكلیل : إذا تنازعا فى قدر المائتين حُمل على النصف . والذى لابن يونس قال ابن القاسم
فى شريكين أراد المفاصلة فقال أحدهما : لك الثلث ولى الثلاثان وقال الآخر : المال يتنا نصفين وليس المال بيد أحدهما دون
صاحبه قال : لمدعى الثلثين النصف ، ولمدعى النصف الثلث ، ويقسم السمس بينهما نصفين وعلى هذا ثبت ابن القاسم . وقال
أشهب : المال بينهما نصفين بعد أيمانهما . انظر : التاج والإكلیل ج ٧ ص : ٨٣ ، منع الجليل شرح مختصر خليل ج ٦
ص : ٢٧٠ - ٢٧١ ، ج ٨ ص : ٥٤٤ - ٥٤٥ ، المتقى شرح الموطأ ج ٥ ص : ١٧٩ - ١٨٠ . وقال فى
الانصاف : فمن قال دفعته مضاربة . قال . بل قرضاً ، ولهما بيتان قال : الربح بينهما نصفان . انظر : الإنصاف ج ٥
ص : ٤٥٦ ، شرح منتهى الإرادات ج ٢ ص : ٢٢٧ - ٢٢٨ ، مطالب اولى النهى ج ٣ ص : ٥٤٠ - ٥٤١ .

لو دفعه اليه مضاربة على ان يعمل به في سوق الكوفة فعمل به في الكوفة في غير ذلك المكان. ولو دفعه اليه مضاربة على ان يعمل به في سوق الكوفة فعمل به في الكوفة في غير ذلك المكان ففي القياس هو مخالف ضامن ؛ لانه مخالف شرطاً نص عليه الدافع وفي الاستحسان ينفذ تصرفه على المضاربة ولا يكون ضامناً ؛ لان الشرط اذا لم يكن مفيداً لا يكون معتبراً ولا فائدة في تقييد تصرفه بالسوق ؛ لأن مقصوده سعر الكوفة لاعين السوق ففي أي موضع من الكوفة تصرف كان تصرفه واقعاً على مباشرته الدافع .^(١)

قال في بدائع الصنائع : ولو دفع اليه على ان يعمل في سوق الكوفة فعمل في الكوفة في غير سوقها فهو جائز على المضاربة استحساناً والقياس ان لا يجوز وجه القياس انه شرط عليه العمل في مكان معين فلا يجوز في غيره كما لو شرط ذلك في بلد معين (وجه) الاستحسان أن التقييد بسوق الكوفة غير مفيد لان البلد الواحد بمنزلة بقعة واحدة فلا فائدة في التعليق بهذا الشرط فيلغو الشرط .

ولو قال له اعمل به في سوق الكوفة او لاتعمل به الا في سوق الكوفة فعمل في غير سوق الكوفة يضمن لان قوله لاتعمل الا في سوق الكوفة حمله فلا يجوز تصرفه بعد الحجر وفي الفصل الاول ماحجر عليه بل شرط عليه ان يكون عمله في السوق والشرط غير مفيد فلغا .^(٢)

وقال في تبين الحقائق : ولو دفعه مضاربة على أن يعمل في سوق الكوفة له أن يعمل في غير السوق بالكوفة استحساناً والقياس ان لا يملكه ؛ لأنه قيده به الا انا استحساناً وقلنا يملكه في غير السوق اذا كان في الكوفة ؛ لان الشراء لا يفاوت بين ان يكون في السوق وبين ان يكون في غير السوق .^{(٣) - (٤)}

(١) المبسوط ج ٢٢ ص : ٤٠ - ٤١ ، حاشية ابن عابدين ج ٨ ص : ٢٩٤ ، الهداية شرح البداية ج ٣ ص : ٢٠٤ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٦ ص : ٩٨ - ٩٩ ، وانظر : تحفة الفقهاء ج ٣ ص : ٢٣ .

(٣) تبين الحقائق ج ٥ ص : ٥٩ - ٦٠ ، وانظر : نصب الراية للزيلعي ج ٥ ص : ٢٢٤ - ٢٢٥ ، العناية شرح

الهداية ج ٨ ص : ٤٥٥ - ٤٥٦ ، الجوهرة النيرة ج ١ ص : ٢٩٣ ، مجمع الضمانات ص : ٣٠٦ ، الفتاوى الهندية

ج ٤ ص : ٢٩٨ ، مجمع الاقوال ج ٢ ص : ٣٢٦ .

(٤) وعند المناهلة قال في المحرر : ومن شرط مضاربه ان لا يتجر الا ببلد عينه أو لا يبيع الا من فلان فله شرطه . انظر : المحرر

في الفقه جـ ١ ص : ٣٥٢ ، وقال ابن قدامة في المغني : اذا تعدى المضارب وفعل ما ليس له فعله ، او اشترى شيئاً يُبَي عن شرائه فهو ضامن للمال ، في قول اكثر اهل العلم ... ثم قال وثنا أنه متصرف في مال غيره بغير اذنه فلزمه الضمان ، كالعاصب ، ولا نقول بمشاركته في الربح . انظر : المغني لابن قدامة جـ ٥ ص : ٣١ - ٣٢ ، والفروع جـ ٤ ص : ٤٠٥ شرح منتهى الإرادات جـ ٢ ص : ٢١٦ ، وعند الشافعية قال في أسنى المطالب : ولو شرط أن لا يتصرف الا في سوق معين صح بخلاف الحائز المعين لأن السوق المعين كائتروع العام والحائز المعين كالعرض المعين . انظر : أسنى المطالب جـ ٢ ص : ٣٨٢ ، شرح البهجة جـ ٣ ص : ٢٨٩ ، حاشيتا قليوبي وعميرة جـ ٣ ص : ٥٤ ، حاشية الجمل جـ ٣ ص : ٥١٤ ، حاشية البحر رمي على المنهج جـ ٣ ص : ١٤٨ .

وعند المالكية قال في المدونة : فلو دفعت الى رجل مالاً قرضاً ، على أن يخرج بالمال الى بلد من البلدان يشتري في ذلك الموضع تجارة ؟ قال : سألت مالكا عن ذلك فقال : لا خير فيه . قال مالك : يعطيه المال ويقوده كما يقود البعير قال : وانما كره مالك من هذا ، انه يُحْجَرُ عليه ، أنه لا يشتري الا ان يبلغ ذلك البلد . انظر : المدونة جـ ٣ ص : ٦٤٨ ، وانظر : المنتقى شرح الموطأ جـ ٥ ص : ١٦٤ ، التاج والإكليل جـ ٧ ص : ٤٤٩ ، شرح مختصر خليل جـ ٦ ص : ٢٠٦ ، حاشية الدسوقي جـ ٣ ص : ٥٢١ - ٥٢٢ ، منح الجليل شرح مختصر خليل جـ ٧ ص : ٣٣٤ .

التفاضل في الربح عند اشتراط التساوى في العمل لا يجوز قياساً .

التفاضل في الربح عند اشتراط التساوى في العمل لا يجوز قياساً ، لان الضمان بقدر ما شرط عليه من العمل فالزيادة عليه ربح مالم يضمن ، فلم يجز العقد كما في شركة الوجوه . ويجوز استحساناً ، لأن ما يأخذه ليس ربحاً ؛ لان الربح انما يكون عند اتحاد الجنس ، وهنا رأس المال عمل والربح مال فلم يتحد الجنس فكان ما يأخذه بدل العمل والعمل يتقوم بالتقويم اذا رضى بقدر معين ، فيقدر بقدر ما قوم به فلم يؤد الى ربح مالم يضمن . بخلاف شركة الوجوه حيث لا يجوز فيها التفاوت في الربح عند التساوى في المشتري ، لأن جنس المال وهو الثمن الواجب في ذمتها متحد والربح يتحقق في الجنس المتحد ، فلو جاز زيادة الربح كان ربح مالم يضمن ويطالب كل واحد منهما بالعمل اذا كانت مفاوضة ، اما اذا اطلقاها او قيدها بالعنان فثبتت هذين الحكمين استحساناً ، وفيما سواهما فهي باقية على مقتضى العنان ، ولذا لو أقر بدين من ثمن مبيع مستهلك او أجر أجير او دكان لمدة مضت لا يصدق الا بيينة لان نفاذ الإقرار على الآخر موجب للمفاوضة ولم ينصا عليها فلو كان المبيع لم يستهلك او المدة لم تمض فإنه يلزمهما . والكسب بينهما اى الكسب الحاصل من عملها ولا فرق بين ان يعمل او يعمل أحدهما سواء كان عدم عمل الآخر لعذر اولا ؛ لان العامل معين القابل والشرط مطلق العمل .^(١) ولا يشترط فيه اتحاد العمل والمكان خلافاً للمالك وزفر فيهما لان المعنى المجوز للشركة لا يتفاوت . ولو شرط العمل نصفين والمال أثلاثاً جاز وفي القياس لا يجوز لان الضمان بقدر العمل فالزيادة عليه ربح مالم يضمن فلم يجز العقد لتأديته اليه وصار كشركة الوجوه ولكننا نقول ما يأخذه لا يأخذه ربحاً لان الربح عند اتحاد الجنس وقد اختلف لان رأس المال عمل والربح مال فكان بدل العمل والعمل يتقوم بالتقويم فيقدر بقدر ما قوم به فلا يحرم بخلاف شركة الوجوه لان جنس المال متفق والربح يتحقق في الجنس المتفق وربح مالم يضمن لا يجوز الا في المضاربة ، وما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم شريكه ويطالب كل واحد منهما بالعمل ويطالب بالأجر ويبرأ الدافع بالدفع اليه هذا في المفاوضة وفي غيرها استحسان والقياس خلاف ذلك لان الشركة وقعت مطلقة والكفالة مقتضى المفاوضة .

(١) رد المحتار على الدر المختار ج ٤ ص : ٣٢٣ ، تبين الحقائق ج ٣ ص : ٣١٨ ، العنايه شرح الهداية ج ٦ ص : ١٧١ - ١٧٢ ، شرح فتح القدير ج ٦ ص : ١٧٧ ، المبسوط ج ١١ ص : ١٥٦ - ١٥٧ ، بدائع الصنائع ج ٦ ص : ٦٠ - ٦١ ، درر الحكماء شرح غرر الاحكام ج ٢ ص : ٣٢١ ، حاشية ابن عابدين ج ٤ ص : ٣٣١ .

وجه الاستحسان أن هذه الشركة مقتضية للضمان ، ألا ترى أن ما يتقبله كل واحد منهما من العمل مضمون على الآخر ، ولهذا يستحق الأجر بسبب نفاذ تقبله عليه فجرى مجرى المفاوضة في ضمان العمل واقتضاء البدل .^(١)

ولو شرطاً الشريكان العمل تصفين والربح أثلاً جاز لأن الأجر بدل عمليهما وانهما يتفاوتان فيكون أحدهما أجود عملاً واحسن صناعة فيجوز والقياس أن لا تجوز وهو قول زفر لأنه يؤدي الى ربح ما لم يضمن لان الضمان بقدر العمل فالزيادة عليه زيادة ربح ما لم يضمن ، وجه الاستحسان أن الوجوه هنا ليس بربح لان الربح يقتضى المجانسة بينه وبين رأس المال ولا المجانسة لان رأس المال هو العمل والربح مال فكان بدل العمل وفيه اشعار بان هذه الشركة عنان ومفاوضة عند استجماع الشرائط والمطلق ينصرف الى العنان فانه المتعارف .^(٢)

والمفاوضة لا بد فيها من تساوى القيمة فيهما في ظاهر الرواية كما في البحر ، والربح على ما شرطاً أى من كونه بقدر رأس المال ، والوضعية على قدر المال وان شرطاً غير ذلك ويشترط فيها الخلط وهذا قياس . وفي الاستحسان لا يشترط كما في المبسوط لاستناد الشركة في الربح الى العقد لا المال ولان العقد يسمى شركة .

(١) نصب الرأية في تخريج احاديث الهداية ج ٤ ص : ٣٩٨ - ٣٩٩ ، الجوهرية النيرة ج ١ ص : ٢٨٩ - ٢٩٠ ،

البحر الرائق ج ٥ ص : ١٨٨ - ١٨٩ ، مجمع الضمانات ص : ٣٠٢ .

(٢) مجمع الاخر في شرح ملتقى الابحر ج ١ ص : ٧٢٦-٧٢٧ .

ولا بد من تحقق معنى الاسم فيه فلم يكن الخلط شرطاً فلو كان لأحدهما مائة درهم وللآخر مائة درهم فاشترى بها فهو على قدر المال وكذا لو اشترى بالدراهم متاعاً ثم بالدنانير آخر فوضعها أى خسراً في أحدهما وربحاً في الآخر فهو على ما قدر مالهما ،^(١)

وخلاصة القول : إذا شرط العمل عليهما : أن تساويا مالاً وتفاوتا ربحاً ، جاز عند علماء الحنفية الثلاثة خلافاً لزمفر ، والربح بينهما على ما شرطاً وإن عمل أحدهما فقط ، و أن شرطاه على أحدهما : فإن شرطاً الربح بينهما بقدر راس مالهما جاز .^{(٢) - (٣)}

(١) رد المختار على الدر المختار ج ٤ ص : ٣٣١٣ - ٣١٤ ، المبسوط للسرخسي ج ١١ ص : ١٥٦ .

(٢) الموسوعة الفقهية ج ٢٦ ص : ٦١ .

(٣) أما عند المالكية والشافعية أنه كالتجارة لابد أن يكون بقدر المالكين فلو وقع التشارك على خلاف ذلك كان العقد نفسه باطلاً ، وإن يكون العمل أيضاً بقدر المالكين والا فسدت الشركة . قال العدوي في حاشيته : ثم إنه لابد فيها من كون الربح ، والخسر بقدر المالكين ، فمضى دعلا على خلاف ذلك فسد . انظر : حاشية العدوي ج ٢ ص : ٢٠٤ ، التاج والإكليل ج ٧ ص : ٧٦ - ٧٧ ، ص : ٨٣ ، شرح مختصر خليل ج ٦ ص : ٤٥ ، الفواكه الدواني ج ٢ ص : ١٢١ ، حاشية الدسوقي ج ٣ ص : ٣٥٣ - ٣٥٤ ، حاشية الصاوي على الشرح الصغير ج ٣ ص : ٤٦٨ - ٤٦٩ ، منح الجليل ج ٦ ص : ٢٦٩ . وقال في حاشية الجمل : (والربح والخسر بقدر المالكين) باعتبار القيمة لا الأجزاء (وإن) تفاوت الشريكان في العمل أو (شرطاً خلافاً) بأن شرطاً اتساوى فيهما مع التفاوت في المال أو عكسه أو شرطاً هما بقدر العملين عملاً بقضية الشركة (وتفسد) أى الشركة (به) أى بشرط خلافاً لمخالفة ذلك موضوعها . انظر : حاشية الجمل ج ٣ ص : ٣٩٨ ، حاشية البجيرمي على المنهج ج ٣ ص : ٤٥ ، مغني المحتاج ج ٣ ص : ٢٢٨ - ٢٢٩ ، حاشيتنا قليوب وعميرة ج ٢ ص : ٤٢٠ - ٤٢١ ، شرح أبيه ج ٣ ص : ١٦٩ - ١٧٠ ، أسنى المطالب ج ٢ ص : ٢٥٨ .

أما عند الحنابلة : فالربح بقدر المالكين ما لم يشترط خلافاً فيعمل بمقتضى الشرط . وتفرّد بعض متأخري الحنابلة بموافقة الحنفية تمام الموافقة فالربح عندهم بقدر المالكين إلا أن تشترط الزيادة لعامل فيصح الشرط حيث . قال ابن قدامة في المغني : إن العمل مما يستحق به الربح ، فجاز أن يتفاضلا في الربح مع وجود العمل منهما كالمضاربين لرجل واحد وذلك لأن أحدهما قد يكون أبصر بالتجارة من الآخر ، وأقوى على العمل ، فجاز له أن يشترط زيادة في الربح في مقابلة عمله . انظر : المغني لابن قدامة ج ٥ ص : ١٨ - ١٩ ، مطالب أولي النهى ج ٣ ص : ٥٤٥ ، الفروع ج ٤ ص : ٤٠٣ ، كشف القناع ج ٣ ص : ٥٠٥ ، المبدع ج ٥ ص : ١٦ ، دليل الطالب ج ١ ص : ١٣٧ ، الانصاف ج ٥ ص : ٤٠٨ - ٤٠٩ .

اشترى احد المتفاوضين جارية لنفسه ليطأها بأمر شريكه ..

لو اشترى أحد المتفاوضين جارية لنفسه ليطأها بأمر شريكه فهي له خاصة امتحاناً وللبائع ان يطالب بالثمن أيهما شاء فإن ادعى المشتري الثمن من مال المتفاوضة لا يضمن نصف الثمن للآخر بل هي له بغير شيء عند الحنفية ، وقالوا يرجع عليه بنصف الثمن كما في شراء الطعام والكمرة من الهداية قيد بقوله بإذن ، لانه لو كان بلا إذن فهي على الشركة ، ولأحد المتفاوضين ان يكتب عبداً كان بينهما ، وان يأذن للعبد في التجارة وان يدفع المال مضاربة وان يفاوض غيره عند محمد وعند أبي يوسف لا يفاوض غيره ، ويجوز لأحدهما ان يشارك شركة عنان وأن يزوج الأمة . ولو زوج أحد المتفاوضين عبداً من تجارتهما أمة من تجارتهما جاز في القياس ولا يجوز في الاستحسان وهو قول علمائنا ولأحد المتفاوضين ان يرهن ويرهن وليس له ان يصير بها استحساناً عندنا ، ولا أن يعتق على مال ولا ان يزوج العبد امرأة ولا يقرض فان أقرض كان ضامناً نصفه . ولأحدهما ان يبيع بضاعة وله أن يودع .^(١)

وقال في الدر المختار : اذا اشترى أحد المتفاوضين أمة بإذن الآخر صريحاً فلا يكفي سكوته ليطأها فهي له لا للشركة بلا شيء لتضمن الإذن بالشراء للوطء الهبة اذ لا طريق لحله الا بها لحرمة وطء المشتركة وهبة المشاع فيما لا يقسم جائزة وقال يلزمه نصف الثمن وللبائع والمستحق اخذ كل بشئها .^(٢)

(١) مجمع الضمانات ص : ٢٩٤ - ١٩٥ ، بداية المبتدى ج ١ ص : ١٢٨ ، البحر الرائق ج ٥ ص : ١٨٤ ، ص : ٢٠٢ ، المبسوط ج ١١ ص : ٢٠٩ ، بدائع الصنائع ج ٦ ص : ٧٤ ، الجامع الصغير ج ١ ص : ٤٠٤ ، الهداية شرح البداية ج ٣ ص : ١٣ .

(٢) الدر المختار ج ٢ ص : ٣٢٨ ، حاشية ابن عابدين ج ٤ ص : ٣٠٨ .

وقال في الفتاوى الهندية : ولاحد المتفاوضين ان يكتب عبداً من تجارتهما ، وله ان يأذن له في التجارة أو في اداء الغلة كذا في المحيط ويزوج الامة ولايزوج العبد ولايعتقه على مال ، كذا في محيط السرخسي ، ولو زوج احد المتفاوضين عبداً من تجارتهما امة من تجارتهما جاز قياساً ولايجوز استحساناً وهو قول علمائنا .^(١) يقول الزيلعي : (وان أذن احد المتفاوضين بشراء أمة ليطأ ففعل فهي له بلا شيء) وهذا عند ابي حنيفة وقالوا يرجع عليه بنصف الثمن لان الملك وقع له خاصة حتى حل له وطؤها والثمن بمقابلة الملك فيكون عليه خاصة وقد قضاه من مال مشترك فيرجع عليه صاحبه بحصته كما في ثمن الطعام والكسوة وله أن التجارة تدخل في ملكهما جرياً على مقتضى الشركة اذ لايملكان تغييره ثم الإذن يتضمن هبة نصيبه لأن الوطاء لايجل الا بالملك فصار كما إذا اشترياهما ثم قال أحدهما للآخر اقبضها لك كانت هبة .^(٢)

(١) الفتاوى الهندية جلد ٢ ص : ٣١١ ، الفروق للكرائسي ج ٢ ص : ٣٦ .

(٢) تبين الحقائق ج ٣ ص : ٣٢٤ .

إن أمر أحد المتفاوضين رجلاً بشراء عبد بالف ولم يدفع اليه فنقضا عقداً المتفاوضة .
 وإن أمر أحد المتفاوضين رجلاً بشراء عبد بالف ولم يدفع اليه فنقضا عقداً المتفاوضة وفاوض كل واحد منهما رجلاً آخر ثم اشترى المأمور عبداً وهو يعلم بمفاوضتها أولاً فالشراء للأمر خاصة ولا يكون للشريك الأول منه شيء ؛ لأن نفاذ توكيله عليه ثبت ضمناً للمفاوضة فبطل بطلان المتضمن بلا شرط علم ؛ لأنه عزل حكماً ولا للثاني ؛ لأن الملك في المشتري إنما يقع للأمر بسبب سابق وهو التوكيل السابق ، ولو لا ذلك التوكيل لما وقع الملك له في العبد والملك اذا وقع لأحد الشريكين بسبب سابق على الشركة لا يشاركه الآخر فيه كما لو اشترى عبداً بشرط الخيار للبائع ثم فاوض المشتري رجلاً ثم اسقط الخيار فانه لا يكون لشريكه في العبد شركة ويخير بين أن يرجع على الأمر أو على شريكه الثاني ثم يرجع عليه . ولو دفع الأمر اليه كراً من طعام وأمره ان يشتري له به عبداً والمسألة بحالها فاشترى الوكيل بكر مثله فالقياس ان يكون مخالفاً ، وفي الإستحسان لا يكون ، فان كان علم بمناقضتها ثم اشترى فهذا والاول سواء ، وإن لم يعلم فالعبد بين الأمر وشريكه القدم ، كذا في محيط السرخسي .^(١)

(١) الفتاوى الهندية ج ٢ ص : ٣٤٦ ، البحر الرائق ج ٧ ص : ١٩٠ ، المبوط ج ١١ ص : ١٨١ ، الفروق ج ٢ ص : ٣٦ ، مجمع الضمانات ص : ٢٩٥ ، فتح القدير ج ٨ ص : ١٤٤ .

قال في الفروق : اذا أبيع أحد المتفاوضين بضاعة عند رجل وأمره ان يشتري له بها شيئاً ، ثم تفرق المتفاوضان ، ثم اشترى بالبضاعة شيئاً وهو لا يعلم بفرقتهما فشرأوه جائز على الأمر وعلى شريكه .

ولو أمره بالشراء ولم يدفع اليه مالاً وتفرقا ولم يعلم حتى اشترى كان ما اشترى للآمر خاصة والفرق أن في المسألة الأولى اقترن بالعقد ما يدل على ان شرائه وقع لهما جميعاً ؛ لانه لو سلم ذلك المال في عقد عقده لا يغرم لشريكه الأمر شيئاً ، وتسليم مال الغير في العقد اذا لم يوجب ضماناً لا يكون الا بعد وقوع العقد له ، فصار كما لو أفرده بالعقد ثم افرقا فاشترى ولو كان كذلك وقع الشراء لهما كذلك هذا . وليس كذلك اذا سلم المال اليه ؛ لانه لم يقترن بعقده ما يدل على أن شرائه وقع لهما جميعاً وهو امتناع وجوب الضمان بتسليم مال الغير فلم يقع لهما بالأمر ، فصار وقوعه لهما بالمفاوضة وقد ارتفعت المفاوضة ، فوقع للآمر خاصة ، كما لو وكله الآن بأن يشتري . (١)

(١) الفروق للكرائسي ج ٢ ص : ٣٣ - ٣٥ ، البحر الرائق ج ٧ ص : ١٩٠ .

الشركة الفاسدة . (١)

ما حصله أحدهما بإعانة صاحبه. سواء كانت الإعانة بعمل كما إذا أعانه في الجمع والقلع أو الربط أو الحمل أو غيره أو بألة ، كما لو دفع له بغلاً أو راوية ليستقى عليها أو شبكة ليصيد بها ، لا يجاوز به نصف ثمن ذلك . أي يعطى أجر المثل - عند محمد - لو كان مثل نصف الثمن أو أقل ، فلو أكثر لا يزداد علي نصف الثمن - عند أبي يوسف - ؛ لأنه رضي بنصف الثمن ، وأجر المثل لا يزداد علي نصف القيمة ؛ لأن المعين وصاحب العدة يطلبان أجر المثل عند تمام العمل فرعاً لا يتيسر البيع عند تمام العمل فكيف يفرض نصف ثمنه حتى يطلب .

ولا يزداد علي نصف القيمة : أي قيمة المباح يوم الأخذ إن كان له قيمة ، وإلا فينبغي أن يكون الحكم فيه التخمين والقياس . (قوله : يُؤْذَنُ باختياره) قال في العناية : وكذا تقدم دليل أبي يوسف علي دليل محمد في المبسوط دليل علي أنهم اختاروا قول محمد أي لأن الدليل المتأخر يتضمن الجواب عن الدليل المتقدم وهذه عادة صاحب الهداية أيضاً أن يؤخر دليل القول المختار ، وعبرة كافي الحاكم تؤذن أيضاً باختيار قول محمد حيث قال فله أجر مثله لا يجاوز نصف الثمن في قول أبي يوسف وقال محمد : له أجر مثله بالغاً ما بلغ ألا ترى أنه لو أعانه عليه فلم يصب شيئاً كان له أجر مثله .

وقول محمد هو المختار للفتوى وقول أبي يوسف استحسان . وهو من المسائل التي ترجح فيها القياس علي الاستحسان (٢) .

(١) الشركة الفاسدة هي التي فاتها شرط من شرائط الصحة كاعتية التوكيل والتوكل ، وقابلية المحل للوكالة ، وكون الربح بين الشريكين نسبة معلومة . انظر : بدائع الصنائع ج ٦ ص : ٧٧ .

(٢) رد المختار علي الدر المختار ج ٤ ص : ٣٢٥ - ٣٢٦ .

فإن عمل أحدهما وأعانه الآخر في عمله ، كأن يقطع أحدهما ويجمع الآخر أو يقلعه ويجمعه أحدهما ويحمله الآخر ، فكله للعامل وللمعين أجر المثل بالغاً ما بلغ عند محمد ؛ لأن المسمى مجهول ، إذ لم يدرى أي نوع من الخطب يصيبان ، وأي قدر منه يجمعان ، ولا يدريان أيضاً هل يصيبان شيئاً أولاً ، والرضا بالمجهول لغو ، فسقط اعتبار رضا بالنصب للجهالة ، وصار مستوفياً منفعه بعقد فاسد ، فله أجره مثله بالغاً ما بلغ .

وقال أبو يوسف : له أجره مثله علي ألا يجاوز به نصف المسمى أو قيمته أي (نصف الشيء الذي أعانه فيه أو قيمته) ؛ لأنه رضي بنصف مجموع ما سيأخذانه . وقام حكمه علي سائر الإجازات الفاسدة ؛ لأنه لا يزداد علي المسمى هناك ، كذا الأمر هنا ، والجامع بينهما : أنه رضي بأن لا يكون له زيادة علي المسمى ، فلا يستحق الزيادة ، وصار حكمه كمن قال لرجل " بع هذا الثوب علي أن لك نصف ثمنه فباعه " كان له أجره المثل لا يجاوز به نصف الثمن ^(١) ، لأنه استوفي منفعه بعقد فاسد .

ويرى الجمهور في الأظهر عند الشافعية صحة الشركة في الاحتطاب والاحتشاش والإصطياد والاستقاء وما يؤخذ من الجبال والمعادن وشبهه من المباحات لجواز التوكيل بها ، فيحصل الملك للموكل إذا قصده الوكيل به لأن تملك المباحات أحد أسباب الملك ، فأشبه الشراء ، كما يقول الشافعية ^(٢) .

(١) تبين الحقائق جـ ٣ ص : ٣٢٣ ، فتح القدير جـ ٦ ص : ١٩١ وما بعدها ، بدائع الصنائع جـ ٦ ص : ٦٣ وما بعدها ، الموطأ جـ ١١ ص : ٢١٦ وما بعدها ، رد المحتار جـ ٣ ص : ٣٨٢ ، العناية شرح الهداية جـ ٦ ص : ١٩١ - ١٩٤ ، درر الحكماء شرح غرر الأحكام جـ ٢ ص : ٣٢٣ ، البحر الرائق جـ ٥ ص : ١٩٧ - ١٩٨ ، فتاوى الخندية جـ ٢ ص : ٣٣٢ ، مجمع الأنهر جـ ١ ص : ٧٢٨ .

(٢) مغنى المحتاج جـ ٢ ص : ٢١٦ - ٢٢١ ، روضة الطالبين جـ ٤ ص : ٢٩١ ، المغنى لابن قدامة جـ ٥ ص : ٤ - ٥ ، كشف القناع جـ ٣ ص : ٥٢٨ ، المهذب جـ ١ ص : ٣٤٧ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص : ٢٥٣ ، نهاية المحتاج جـ ٥ ص : ١٤ .

والمالكية والشافعية يوافقون في حالة انفراد أحد الشريكين بالعمل . أما في حالة وقوع العمل من الشريكين فأنهم يفرقون بين ثلاث حالات :

١- تمايز العاملين . فيكون لكل كسبه .

٢- اختلاط العاملين ، لكن بحيث لا تلتبس نسبة أحدهما إلى الآخر . فالكسب علي هذه النسبة .

٣- اختلاط العاملين ، بحيث تلتبس نسبتهم . وهنا يخالفون الحنفية ويدعون احتمالين :

الاحتمال الأول : التساوي في الكسب ، لأنه الأصل . وهذا ظاهر كلام المالكية

الاحتمال الثاني : تركهما حتى يصطلحا .

وهناك موضع خلاف آخر : فإن المباحات التي يحصلها أحد الشريكين علي انفراد - في حالة الشركة لتحصيل المباحات - تكون بينه وبين شريكه ، ما دام الفرض أنه قد حصلها بهذه النية بناء علي صحة النيابة في تحصيل المباحات : وهو ما عليه المالكية والشافعية والحنابلة ^(١) .

وذهب الحنابلة إلي أن الربح في حالة عمل الشريكين ، يقسم بالتساوي ، إذ الفرض أن سبب الإستحقاق ، وهو العمل ، مشترك ، ثم يرجع كل شريك علي شريكه بأجرة ما عمل له : أي بنصف أجرة عمله في الشركة الشائية ، وثلثي أجرة عمله في الشركة الثلاثية ، وثلاثة أرباع أجرة عمله في الشركة الرباعية وهكذا دواليك ^(٢) . إلا أن الشريف

(١) المدونة جـ ٣ ص : ٦٠٢ ، حاشية الدسوقي جـ ٣ ص : ٢٧٦ - ٢٧٧ ، التاج والإكليل جـ ٥ ص : ١٣٨ مغني المحتاج جـ ٢ ص : ٢١٦ - ٢٢١ ، روضة الطالبين جـ ٤ ص : ٢٩١ ، المهذب جـ ١ ص : ٣٤٧ ، نهاية المحتاج جـ ٥ ص : ١٤ .

(٢) الإنصاف جـ ٥ ص : ٤٦٠ - ٤٦١ ، المغني لابن قدامة جـ ٥ ص : ٤ - ٥ ، كشف القناع جـ ٣ ص : ٥٢٨ المبدع ، جـ ٥ ص : ٤٠ ، الروض المربع جـ ٢ ص : ٢٧٧ .

أبا جعفر ^(١) منهم ، يذهب في شركة الأموال إلى التسوية بين الشركة الصحيحة والفاسدة في قسمة الربح : فإن شرطاً شيئاً فهما علي ما شرطاه ^(٢) ، لأن عقد الشركة يصح علي الجهالة ، فيثبت المسمى في فاسده كالنكاح .

قال ابن قدامة : وإن اشتركوا فيما يكتسبون من المباح كالخطب ، والحشيش والثمار المأخوذة من الجبال والمعادن ، والتلصص علي دار الحرب ، فهذا جائز . نص عليه أحمد ، في رواية أبي طالب ^(٣) ، فقال لا بأس أن يشترك القوم بابدانهم ... ثم قال وبهذا قال مالك . وقال أبو حنيفة يصح في الصناعة ولا يصح في اكتساب المباح ، كالإحتشاش والاعتنام ، لأن الشركة مقتضاها الوكالة ولا تصح الوكالة في هذه الأشياء ، لأن من أخذها ملكها . وقال الشافعي : شركة الأبدان كلها فاسدة ، لأنها شركة علي غير مال فلم تصح ^(٤) .

(١) الشريف أبو جعفر الحنبلي : عبد الخالق بن عيسى بن أحمد بن محمد بن إبراهيم بن عبد الله بن معبد بن العباس بن عبد المطلب الهاشمي بن أبي موسى الحنبلي العباسي كان أحد الفقهاء الثعناء العباد الزهاد المشهورين بالديانة والفضل ولد سنة ٤١١ هـ واشتغل علي القاضي أبي يعلى الفراء وزكاه شيخه عبد الله بن داود مغاني فقيه . كان صدوقاً عابداً مصنفاً ، له تصانيف عدة منها رموس المسائل وشرح المذهب وله جزء في أدب النفع وفي فضائل أحمد وترجيح مذهبه وتفقه عليه طائفة من أكابر المذهب كالمخلواني والقاضي أبي الحسين وغيرهم . مات بـ ١١٩ ليلة الخميس سحر خامس عشر صفر سنة ٤٧٠ هـ . انظر : شذرات الذهب جـ ٢ ص : ٣٣٦ ، البداية والنهاية جـ ١٢ ص : ١١٩ ، النجوم الزاهرة جـ ٥ ص : ١٠٦ ، المقصد الأرشد في ذكر اصحاب الإمام أحمد جـ ٢ ص : ١٤٤ .

(٢) الإنصاف جـ ٥ ص : ٤٢٥ .

(٣) أحمد بن حنبل المشككي - بالنون نسبة إلى قرية بنواحي همدان - أبو طالب قال ابن أبي يعلى في وصفه : المتخصص في صحبة إمامنا أحمد ، روى عن أحمد مسائل كثيرة ، وكان أحمد يكرمه ويعظمه " كان رجلاً صالحاً فقيراً ، صبوراً علي الفقر . حدث عنه أبو محمد فوزان ، وزكريا بن يحيى وأبو بكر الأسدي . توفي سنة ٢٤٤ هـ . أخباره في الجرح والتعديل جـ ٢ ص : ٤٨ ، تاريخ بغداد جـ ٤ ص : ١٢٤ ، طبقات الحنابلة جـ ١ ص : ٣٩ ، المقصد الأرشد جـ ١ ص : ٩٥ ، المنهج لأحمد جـ ١ ص : ١١٠ .

(٤) المغني لابن قدامة جـ ٥ ص : ٤ - ٥ .

رجلان اشتركا شركة عنان في تجارة علي أن يشتريا ويبيعا بالنقد والنسيئة .

قال في المبسوط : إن كان مال الشركة في يده دراهم فاشترى بالنسيئة بالدنانير (عندنا) يصير مشترياً علي الشركة استحساناً ، وفي القياس وهو قول زفر يصير مشترياً لنفسه بناء علي أصل معروف ، وهو أن الدراهم والدنانير في القياس جنسان وفي الاستحسان كجنس واحد في ضم أحدهما إلي الآخر ، وفي تكميل النصاب وغيره وعند زفر في حكم الشركة هما جنسان ، حتى لا تصح الشركة إذا كان رأس مال أحدهما دراهم ، ورأس مال الآخر دنانير ، فكذلك في حكم الشراء بالنسيئة (وعندنا) هما كجنس واحد في صحة الشركة بينهما، فكذلك في الشراء بالنسيئة علي الشركة ^(١) . وذكر في بدائع الصنائع : إذا قبض المضارب رأس المال وهو قائم في يده ، فليس له أن يشتري للمضاربة بغير الدراهم والدنانير من المكيل والموزون والمعدود والثوب الموصوف المؤجل إذا لم يكن في يده شيء من ذلك ؛ لأن الشراء بغير المال يكون استدانة علي المال .

ولو كان في يده من مال المضاربة مكيل أو موزون ، فاشترى ثوباً أو عبداً بمكيل أو موزون موصوف في الذمة ، كان المشتري للمضارب ؛ لأن في يده من جنسه فلم يكن استدانة ولو كان في يده دراهم فاشترى سلعة بدراهم نسيئة ، لم يكن استدانة ؛ لأن في يده من جنسه ، ولو كان في يده دراهم فاشترى بدنانير ، أو كان في يده دنانير فاشترى

(١) المبسوط ج ١١ ص : ١٧٤ ، والبحر الرائق ج ٥ ص : ١٩٣ .

بدراهم فالقياس أن لا يجوز علي رب المال وهو قول زفر وفي الاستحسان يجوز وجه القياس أن الدراهم والدنانير جنسان مختلفان حقيقة ، فقد اشترى بما ليس في يده من جنسه ، فيكون استدانة ، كما لو اشترى بالعروض ، وجه الاستحسان أن الدراهم والدنانير عند التجار كجنس واحد ؛ لأنهما أثمان الأشياء بهما تقدر النفقات وأروش الجنايات وقيمة المثلقات ، ولا يتعذر نقل كل واحد منهما إلى الآخر ، فكانا بمنزلة شيء واحد ، فكان مشترياً بضمن في يده من جنسه ^(١) .

وقال في الفتاوى الهندية :

رجلان اشتركا شركة عنان في تجارة علي أن يشتريا ويبيعا بالنقد والنسيئة فأشترى أحدهما شيئاً من غير تلك التجارة كان له خاصة ، فأما في ذلك النوع من التجارة فبيع كل واحد منهما وشراؤه بالنقد والنسيئة ينفذ علي صاحبه إلا إذا اشترى أحدهما بالنسيئة بالمكيل أو الموزون أو النقود ، فإن كان في يده من ذلك الجنس من مال الشركة جاز شراؤه علي الشركة ، وإن لم يكن كان مشترياً لنفسه ، وإن كان مال الشركة في يده دراهم فأشترى بالدنانير نسيئة ففي القياس يكون مشترياً لنفسه ، وفي الاستحسان يكون مشترياً علي الشركة ^(٢) .

وذكر في مجمع الضمانات : إذا اشترى أحدهما شيئاً من غير تلك التجارة كان له خاصة ، لأن كل واحد منهما يصير وكيلاً بحكم الشركة ، والوكالة تقبل التخصيص ، فأما في ذلك النوع من التجارة فبيع كل واحد منهما وشراؤه بالنقد والنسيئة ينفذ علي صاحبه إلا إذا اشترى أحدهما بالنسيئة بالمكيل ، أو الموزون أو النقود فإن كان في يده من ذلك الجنس من مال الشركة جاز شراؤه وإن لم يكن كان مشترياً لنفسه ، لأنه

(١) بدائع الصنائع ج ٦ ص : ٩٠ - ٩١ ، تبين الخفايا ج ٥ ص : ٦٩ ، البحر الرائق ج ٥ ص : ١٩٣ تنقيح

الفتاوى الحامدية ج ١ ص : ٨٨ ، درر الأحكام في شرح مجلة الأحكام ج ٣ ص : ٣٩٦ حسب المادة (١٣٧٥) .

(٢) الفتاوى الهندية ج ٢ ص : ٣٢٥ - ٣٢٦ ، الباب السادس في المتفرقات .

لو نفذ علي شريكه يكون مستديناً علي المال وليس لشريك العنان ولاية الإستدانة بمطلق عقد الشركة ، وإن كان مال الشركة في يده دراهم فاشترى بالدنانير نسيئة ففي القياس يكون مشترياً لنفسه وفي الاستحسان يكون مشترياً علي الشركة (١) - (٢) .

(١) مجمع الضمانات ص : ٣٠١ ، الفصل الثالث في شركة العنان .

(٢) أما عند المخالبة فالشراء للشركة إلا أنهم لم يقولوا استحساناً ، يقول ابن قدامة في المغني : وإن اشترى نساء بنقد عنده مثله ، أو نقد من غير جنسه ، أو اشترى بشيء من ذوات الأمثال وعنده مثله ، جاز ؛ لأنه إذا اشترى بحسن ما عنده ، فهو يؤدي مما في يديه ، فلا يفتني إلي الزيادة في الشركة ، وإن لم يكن في يده نقد ولا مثلي من جنس ما اشترى به ، أو كان عنده عرض فاستدان عرضاً ، فالشراء له خاصة ، وربحه له ، وضمانه عليه ، لأنه استدانه علي مال الشركة ، وليس له ذلك ، انظر المغني لأن قدامة جـ ص : ١٤ ، وقال في الإنصاف : وليس له أن يستدين (بأن يشتري بأكثر من رأس المال هذا المذهب المنصوص عن الإمام أحمد وعليه جماهير الأصحاب ، قال في الفروع : ولا يملك الاستدانة في المنصوص ، وجزم به في الرجيز والمحرر والكافي وغيرهم ، وقيل يجوز له ذلك قال القاضي : إذا استقرض شيئاً لزمهما وربحه لهما ، أنظر : الإنصاف جـ ص : ٤١٩ ، الفروع جـ ص : ٣٨٣ ، دقائق أولي النهى جـ ٢ ص : ٢١٢ ، كشاف القناع جـ ٣ ص : ٥٠١ - ٥٠٢ ، وقال في الموسوعة الفقهية ومذهب المخالبة عدم قبول إقرار شريك العنان بدين أو عين علي الشركة ، لأنه مأذون في التجارة لا غير ، والإقرار ليس من التجارة في شيء - وإنما يقبل علي نفسه في حصته هو وحده ، هكذا أطلقوه ، من غير تفصيل بين أن يكون المال بيده أولاً إلا أن يكون الدين من توابع التجارة ككتمان شيء اشترى للشركة ، وكأجرة دلال وحامل ومخزن وحارس ، لأنه إذن كسليم المبيع أو إقباض الثمن وهذا التفصيل - ليس عند الحنفية ، وإنما ذكره المخالبة ربما للإجابة عما تعلق به القاضي من المخالبة في ذهابه إلي قبول إقرار الشريك علي الشركة مطلقاً - إذ يقول (أن للشريك أن يشتري ولا يمسلم الثمن في المجلس ، فلو لم يقبل إقراره بالثمن لغاقت أموال الناس ، وامتنعوا من معاملته ، وحكاه عنه صاحب الإنصاف وقال إنه المصواب ، انظر الموسوعة الفقهية جـ ٢٦ ص : ٧٤ .

وعند الشافعية شريك العنان لا يستبد بالتصرف للشركة دون مراجعة شريكه وأخذ الإذن منه ، فليس له أن يستدين علي مال الشركة إلا بإذن صريح ، ولو استدان لم يجز علي شريكه ، ويكون ديناً علي نفسه في ماله ، ولا يبيع نسيئة بدون إذن شريكه باعتباره عندهم لا يستمد حق البيع نسيئة من طبيعة العقد وكذلك صرح بذلك المالكية أيضاً ، فلا يرتبون علي مخالفة شروط العقد ، بل وطبيعته فأعطوا الشريك حق رد التصرف الذي وقعت به المخالفة وتضمن المخالف - أن ضاع المال بسبب مخالفته ، انظر نهاية المحتاج جـ ٥ ص : ١٠ ، مغني المحتاج جـ ٣ ص : ٢٢٧ ، تحفة المحتاج جـ ٥ ص : ٢٩١ ، شرح البهجة جـ ٣ ص : ١٧٠ ، حاشيتا قليوبي وعميرة جـ ٢ ص : ٤٢١ ، وانظر : منح الجليل جـ ٦ ص : ١٨٠ - ٢٨١ ، حاشية الدسوقي جـ ٣ ص : ٣٥٩ - ٣٦٠ ، شرح مختصر خليل للخرشي جـ ٦ ص : ٤٩ - ٥٠ ، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل جـ ٥ ص : ١٣٤ .

الإقرار بالدين قبل استهلاك المبيع أو قبل انقضاء مدة الإجارة ، ماض علي الشركة بإطلاق لا فرق بين عنان ومفاوضة.

الإقرار بالدين قبل استهلاك المبيع أو قبل انقضاء مدة الإجارة ، فماض علي الشركة بإطلاق لا فرق بين عنان ومفاوضة ، كذلك لو ادعى مدع شيئاً مما يعملان فيه كتوب ، فأقر به أحدهما وأنكر الآخر - لا يصدق المقر علي صاحبه إلا في المفاوضة ، بخلاف لأبي يوسف الذي ترك هنا القياس إلي الاستحسان وقال إن إقراره ماض علي الشركة في العنان أيضاً ، الحاقاً لها بالمفاوضة في محل العمل ، كما لحقت بها في التضامن والأجرة .
والمالكية يقولون في شريكي الأعمال : أنهما كشخص واحد ، فمقتضى هذا الأصل العام قبول أقارير كل منهما ، ونفاذاً عليهما بإطلاق : لا فرق بين عنان ومفاوضة ، ولا بين دين وعين ، وأما الحنابلة ، فإنما يعضون عليهما إقرار أحدهما إذا كان بشيء في يده ، لأن اليد له وإلا فلا ، لانتفاء اليد ^(١) .

قال في بدائع الصنائع : إن كان المبيع لم يستهلك ومدة الإجارة لم تمض لزمهما جميعاً بإقراره ، وإن جحدده شريكه كما في شركة العنان فدل أنه ليس لها حكم المفاوضة من جميع الوجوه بل من الوجه الذي بينا خاصة ، وقال أبو يوسف : إذا ادعى علي أحدهما ثوباً عندهما فأقر به أحدهما وجحد الآخر ، جاز الإقرار علي الآخر ، ويدفع الثوب ويأخذ الأجرة ، قال وهذا استحسان وليس بقياس ؛ لأنهما ليسا بمفاوضين حتى يُصدق كل واحد منهما علي صاحبه بل هما شريكان شركة عنان ؛ فلا ينفذ إقراره علي

(١) الموسوعة الفقهية ج ٢٦ ص ٢٧ .

صاحبه فيما في يد صاحبه كشريكى العنان في المال إذا أقر أحدهما بثوب من شركتهما ووجد الآخر أنه لا ينفذ إقراره علي صاحبه في نصيبه ، كذا هذا ، وقد روي ابن سماعه ^(١) عن محمد أنه أخذ بالقياس في هذه المسألة وقال : ينفذ إقراره في النصف الذي في يده ولا ينفذ في النصف الذي في يد الشريك (ووجهه) ما ذكرنا أن الشيء في أيديهما والشركة شركة عنان ، وأحد شريكى العنان إذا أقر بثوب في أيديهما لا ينفذ علي صاحبه وإنما استحساناً والحقتاها بالمفاوضة في حق وجوب العمل ، والمطالبة بالأجرة في حق وجوب ضمان العمل فبقى الأمر فيما وراء ذلك علي أصل القياس ^(٢) .

وقال في الفتاوى الهندية : قال أبو يوسف - رحمه الله تعالى - لو أدعى رجل علي أحدهما ثوباً عندهما فأقر به أحدهما ووجد الآخر جاز إقراره علي الآخر ويدفع الثوب ويأخذ الأجر استحساناً ^(٣) .

(١) ابن سماعه : قاضي بغداد العلامة أبو عبدالله محمد بن سماعه بن عبيدالله بن هلال التيمي الكوفي صاحب أبي يوسف ومحمد عن حدث الليث والمسيب بن شريك ، روى عنه محمد بن عمران الضبي والحسن بن محمد بن غير الوشاء وصنف التصانيف ، قال ابن معين لو أن المحدثين يصدقون في الحديث كما يصدق ابن سماعه في الفقه لكانوا فيه عني نهاية وقال ابن عطية كان ورده في اليوم مئتي ركعة وقال محمد بن عمران سمعته يقول مكثت أربعين سنة لم تفتني التكبيرة الأولى إلا يوم ماتت أُمِّي فصليت حملاً وعشرين صلاة أريد التضعيف ، ولى القضاء للرشد بعد يوسف بن أبي يوسف ودام إلي أن ضعف بصره ، فصرفه المعتصم بإسماعيل بن حماد ، عمّر مئة سنة وثلاث سنين ، وتوفي سنة ثلاث وثلاثين ومئتين . انظر : سير اعلام النبلاء ج ١٠ ص : ٦٤٦ - ٦٤٧ ، النجوم الزاهرة ج ٢ ص : ٢٧١ ، تهذيب التهذيب ج ٣ ص : ٢٠٨ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٦ ص : ٧٦ - ٧٧ ، المبسوط ج ١٨ ص : ١٤٠ .

(٣) الفتاوى الهندية ج ٢ ص : ٣٣٠ .

فإذا ادعى رجل علي أحدهما - أي أحد شريكي شركة عنان - أنه دفع إليه ثوباً للخياطة وأقر به الآخر صح إقراره بدفع الثوب ويأخذ الآخر ؛ لأتقما كالمفاوضين فإقرار أحدهما يصح في حق الآخر ، وعند محمد لا يصدق المقر في حق الشريك لأنه أخذ بالقياس (١) - (٢) .

- (١) انظر : البحر الرائق ج ٥ ص : ١٩٦ ، رد المختار علي الدر المختار ج ٤ ص : ٣٢٣ ، مجمع الضمانات ص : ٣٠٢ .
- (٢) وعند المالكية : يقبل إقرار شريك علي شريكه بالدين للأجنبي : قال : في التاج والإكليل : ويقر بدين لمن لا يهتم عليه - أي أحد الشريكين - من مدونة : وإن أقر أحدهما بدين من شركتهما لأبويه أو لولده أو لجدته أو زوجته أو صديق ملاطف ومن يهتم عليه لم يجز ذلك علي شريكه ، ويجوز إقراره بذلك لأجنبي ممن لا يهتم عليه ويلزم شريكه ، انظر : التاج والإكليل ، ج ٧ ص : ٨١ ، المدونة ج ٣ ص : ٦٢٧ .
- وأما الخنابلة : يحضون عليهما إقرار أحدهما إذا كان بشيء في يده ، لأن اليد له وإلا فلا ، لاتفاء الدين ، يقول ابن قدامة في المغني : وإن أقر أحدهما بما في يده قبل عليه وعلي شريكه : لأن اليد له ، فيقبل إقراره بما فيها ، ولا يقبل إقراره بما في يد شريكه ، ولا بدين عليه ، لأنه لا يد له علي ذلك ، انظر : المغني لابن قدامة ج ٥ ص : ٥ ، الفروع لابن مفلح ج ٤ ص ٣٩٦ ، الإنصاف ج ٥ ص : ٤٢١ ، كشف القناع ج ٣ ص : ٥٠٢ .
- وعند الشافعية : فإن إقرار الشريك علي نفسه دون صاحبه : يقول الإمام الشافعي في الأم : وإذا أقر صانع من صناعته لرجل بشيء إسكاف أقر لرجل بخنف أو غسّال أقر لرجل بثوب فذلك عليه دون شريكه إلا أن يُقرّ شريكه معه ثم قال وأي الشريكين أقر فإنما يُقرّ علي نفسه دون صاحبه وإقرار الشريك ومن لا شريك له سواء ، انظر : الأم للشافعي ج ٢ ص : ٢٤٢ .

في المراجعة والتولية والوضيعة .

المراجعة ^(١) بيع يمثل الثمن الأول وزيادة ربح ، والتولية بيع يمثل الثمن الأول من غير زيادة شيء ، والوضيعة بيع يمثل الثمن الأول مع نقصان معلوم والكل جائز كذا في المحيط ، ولو باع شيئاً مراجعة إن كان الثمن مثلياً كالمكيل والموزون جاز البيع إذا كان الربح معلوماً سواء كان الربح من جنس الثمن الأول أم لم يكن وإن لم يكن مثلياً كالعروض ^(٢) إن باعه مراجعة ممن لا يملك العرض لا يجوز وإن باعه ممن يملك ذلك العرض إن باعه بالعرض الذي في يده وربح عشرة جاز وإن باعه بربح ده يازده ^(٣) لا يجوز إلا إذا علم الثمن في المجلس فيجوز وله الخيار فإذا اختار العقد يلزمه أحد عشر استحساناً وكذا لو باعه تولية ولا يعلم المشتري بكم يقوم عليه لا يجوز إلا إذا علم الثمن في المجلس فيجوز وله الخيار ^(٤) .

قال في المبسوط : وإذا باع الرجل المتاع بربح ده يازده أو بربح أحد عشر فكذلك سواء إن كان المشتري قد علم بالثمن قبل عقده البيع وليس أن يرده لأن مقدار الثمن وربحه معلوم عند العقد ، وإن لم يكن عالماً بالثمن فهو بالخيار إن شاء أخذه وإن شاء تركه ليكشف الحال له حين يعلم بمقدار الثمن ^(٥) .

(١) المراجعة لغة : الزيادة ، واصطلاحاً : نقل كل المبيع إلى الغير بزيادة على مثل الثمن الأول .

(٢) العروض جمع عرض والعرض : يسكون الراء ، المتاع ، وكل شيء سوى الدراهم والدنانير ، وعرض الدنيا بفتحيتين : ما كان من مال قل أو كثر ، أنظر : بدائع الصنائع جـ ٥ ص : ٢٢١ ، تبين الحقائق جـ ٤ ص : ٧٤ نصب الراية في تفريع أحاديث الهداية جـ ٤ ص : ٤٩٤ - ٤٩٥ ، المغني لابن قدامة جـ ٤ ص : ١٢٩ .

(٣) هي بالفارسية عشرة (ياز) واحد (ده) فهي بمعنى ما قبلها فكأنه قال بمائة وعشرة أنظر : تحفة المحتاج جـ ٤ ص : ٤٢٨ ، نهاية المحتاج جـ ٤ ص : ١١١ - ١١٢ .

(٤) الفتاوى الهندية جـ ٣ ص : ١٦٠ .

(٥) المبسوط جـ ١٣ ص : ٩١ .

وقال في بدائع الصنائع : ولو باع شيئاً بربح ده يازده ولم يعلم المشتري رأس ماله فالبيع فاسد حتى يعلم فيختار أو يدع هكذا روي عن محمد ؛ لأنه إذا لم يعلم رأس ماله كان ثمنه مجهولاً وجهالة الثمن تمنع صحة البيع فإذا علم ورضي به جاز البيع ؛ لأن المانع من الجواز هو الجهالة عند العقد وقد زالت في المجلس وله حكم حالة العقد فصار كأنه كان معلوماً عند العقد وإن لم يَعْلَمْ به حتى إذا افترقا تقرر الفساد ^(١) .

وقال في رد المختار : (وشرط صحتهما - أي المراجعة والتولية - كون العوض مثلياً أو) قيميّاً (مملوكاً للمشتري) وكون (الربح شيئاً معلوماً) ولو قيميّاً مشاراً إليه كهذا الثوب لانتفاء الجهالة حتى لو باعه بربح ده يازده : أي العشرة بأحد عشر لم يجوز إلا أن يعلم بالثمن في المجلس فيخير ^(٢) - ^(٣) .

(١) بدائع الصنائع ج ٥ ص : ١٥٨ ، وانظر : العناية على الهداية ج ٦ ص : ٤٩٩ ، فتح القدير ج ٦ ص : ٤٩٩ ، درر الحكام شرح غرر الأحكام ج ٢ ص : ١٨١ ، البحر الرائق ج ٥ ص : ٢٩٦ - ٢٩٧ ، مجمع الأنهر ج ٢ ص : ٧٥ ، حاشية البحر رمي ج ٢ ص : ٢٨٥ .

(٢) رد المختار على الدر المختار ج ٥ ص : ١٣٤ - ١٣٥ .

(٣) وأما عند الحنابلة فقد رويت كراهته عن الإمام أحمد ، قال في المغني : معنى بيع المراجعة : هو البيع برأس المال وبيع معلوم ، ويشترط علمهما برأس المال فيقول : رأس مالي فيه أو هو عليّ بمائة بعتك بها ، وبيع عشرة ، فهذا جائز لا خلاف في صحته ، ولا نعلم فيه عند أحد كراهة ، وأن قال : بعتك برأس مالي فيه وهو مائة ، وبيع في كل عشرة درهماً ، أو قال : ده يازده فقد كرهه أحمد . أنظر : المغني لابن قدامة ج ٤ ص : ١٢٩ ، وأنظر : الإنصاف ج ٤ ص : ٤٣٨ ، شرح منتهى الإرادات ج ٢ ص : ٥٢ .

وأما الشافعي فقد رخص فيه ، قال : في أسنى المطالب : (من اشترى شيئاً وقال لآخر بعد علمهما بالثمن وعلمهما به شرط بعتك بما اشتريت أو برأس المال) أو بما قام عليّ أي بمثله أو نحوها (وبيع ده يازده أو ربح درهم لكل عشرة أو في) أو علي (كل عشرة صح) بلا كراهة كما في الأصل (بزيادة درهم في كل عشرة) ، أنظر : أسنى المطالب ج ٢ ص : ٩٢ ، وذكر في حاشيتي قليري وعميرة : (ويصح بيع المراجعة بأن يشتريه بمائة ثم يقول) لعالم بذلك (بعتك بما اشتريت) أي بمثله (أو ربح درهم لكل عشرة) أو في كل عشرة (وبيع ده يازده) ، أنظر : حاشيتي قليري وعميرة ج ٢ ص : ٢٧٤ - ٢٧٥ . تحفة المحتاج ج ٤ ص : ٤٢٨ - ٤٢٩ ، مغني المحتاج ج ٢ ص : ٤٧٦ - ٤٧٧ ، غاية المحتاج ج ٤ ص : ١١ - ١١٢ . وعند المالكية جواز بيع المراجعة والأحب خلافه ، قال : في مواهب الجليل : (وجاز مراجعة والأحب خلافه) يعني أنه يجوز

البيع حال كونه مراوحة وهو أن يبيع السلعة بثمن مرتب على الثمن الذي اشتراها به ، أي يبيع السلعة بالثمن الذي اشتراها به ، وزيادة ربح معلوم يتفقان عليه ، أنظر : مواهب الجليل ج ٤ ص : ٤٨٨ - ٤٨٩ ، ومعنى الأحب خلافه يريد المساومة لا الزيادة ، والامتناع ، أنظر : شرح مختصر خليل ج ٥ ص : ١٧٢ ، التاج والإكليل ج ٦ ص : ٤٣٢ ، حاشية العدوي ج ٢ ص : ١٣٧ ، وذكر النغراوي : أن البيع الأعم أربعة أقسام : مساومة ، ومزايدة ، وهما جائزان اتفاقاً ، وبيع مراوحة ، وهو جائز جوازاً مرجوحاً لاحتياجه إلى الصلح المتيقن ، وبيع استئمان واسترسال ، وحقيقة بيع المساومة أن يتراضى الشخصان على ثمن ولا تقبل زيادة بعده ، ولو تضمن غيباً ، وحقيقة بيع المزايدة أن يطلق الرجل سلعته في يد الدلال للنداء عليها ، فمن أعطى فيها ثمناً لزمه أن رضي مالكها وله أن لا يرضى ويطلب الزيادة ، وبيع المراوحة : أن يشتري الرجل سلعة بثمن ويبيعها بأكثر منه على وجه مخصوص ، وحقيقة بيع الاستئمان ، ويقال له الاسترسال أن يعرف أحد الشخصين قدر المعقود عليه من ثمن أو مضمن لعلم صاحبه بجهل الصارف به أي بقدر المعقود عليه بأن يقول الجاهل للعالم : اشتري مني كما تشتري من الناس ، أو يعني كما يبيع الناس ، وحكمه الجواز على طريق الأكثر ، أنظر : القواكه الدواني ج ٢ ص : ٧٢ .

لو اشترى اثنان عبداً فأشركا فيه آخر فالقياس أن يكون له نصفه....

ولو اشترى اثنان عبداً فأشركا فيه آخر فالقياس أن يكون له نصفه ولكل من المشتريين ربعه ؛ لأن كلا صار مملوكاً نصف نصيبه ، وفي الاستحسان له ثلثه ^(١) لأحدهما حين أشركاه سوياً بأنفسهما فكأنه اشترى العبد معهما .

وثبتت الشركة فيما ذكرنا كله يبنى علي صيرورة المشتري بائعاً للذي أشركه وهو استفاد الملك منه ، فانبني علي هذا أن من اشترى عبداً فلم يقبضه حتى أشرك فيه رجلاً لم يجر ؛ لأنه يبيع ما لم يقبض ، ولو أشركه بعد القبض ولم يسلمه إليه حتى هلك لم يلزمه ثمن ، ويعلم أنه لا بد من قبول الذي أشركه ؛ لأن لفظ أشركتك صار إيجاباً للبيع ^(٢) .

(١) والحكم عند المنازلة كذلك علي أنه لو تعدد الشركاء فهل يستحق الشريك نصف ما لهم أو مثل واحد منهما علي وجهين ذكرهما القاضي في البيع وبني عليهما لو اشترى اثنان شيئاً ثم اشركا ثالثاً فيه فهل له نصفه أو ثلثه علي وجهين ... انظر : القواعد لإبن رجب ص : ٢٦١ القاعدة الرابعة عشر بعد المائة إطلاق الشركة هل يترتب علي المناصفة أو هو مبني يقتضي إلي تفسير ، الإنصاف ج٤ ص : ٤٣٦ - ٤٣٧ ، والحكم كذلك عند المالكية والشافعية حيث قال في بلغة السالك : (وإن سأل ثالث شركهما ، فله الثلث عند الإطلاق) انظر : بلغة السالك ج٣ ص : ٢١٢ ، وانظر : منح الجليل شرح مختصر خليل ج٥ ص : ٢٥٨ ، حاشية الجمل ج٣ ص : ١٧٩ - ١٨٠ ، فمأية المحتاج ج٤ ص : ١١٠ - ١١١ معني المحتاج ج٢ ص : ٤٧٦ ، والشريك في العقد ، كأن يقول المشتري لعالم بالثمن : أشركتك في هذا المبيع ويقبل الآخر ، وهذا محل اتفاق بين الفقهاء فإن أشركه في قدر معلوم كالنصف والربع فله ذلك في المبيع ، وإن أطلق فله النصف ، لأن الشركة المطلقة تقتضي المساواة ، وهو كالبيع والتولية في أحكامه وشروطه .

(٢) رد المحتار علي الدر المختار ج٤ ص : ٣٢٩ ، المبسوط ج١١ ص : ١٧٠ ، بدائع الصنائع ج٥ ص : ٢٢٦ - ٢٢٧ .

وقال في الفتاوى الهندية : ولو اشترى رجلان عبداً فأشركا فيه آخر ينظر إن أشركاه علي التعاقب فله النصف ولهما النصف كذا في محيط السرعسي ، وإن أشركاه معاً بأن قالاً جملة : أشركناك في هذا العبد كان للرجل ثلث العبد استحساناً كذا في المحيط ، ولو أشركه أحدهما في نصيبه ونصيب صاحبه فأجاز صاحبه فله النصف وللشركين النصف ، وإن لم يحزه فله نصف نصيب المشترك وهو الربع ، ولو أشركه بإذن شريكه كان بينهم أثلاثاً ، كذا في المبسوط ، وإن لم يحز فله السدس^(١) .

وذكر في بدائع الصنائع : إن أشركاه معاً فالقياس أن يكون له النصف كاملاً ولكل واحد منهما الربع وفي الاستحسان يكون بينهم أثلاثاً وإن أشركاه علي التعاقب مطلقاً ولم يبين قدر الشركة أو أشركاه في نصيبهما بأن قال كل واحد منهما : اشركتك في نصيبى ولم يبين في كم أشركه كان له النصف وللأولين النصف .

وجه القياس أنه لما أشركه كل واحد منهما فقد استحق نصف نصيبه فكان النصف له والنصف لهما جميعاً كما لو أشركاه علي التعاقب .

وجه الاستحسان وهو الفرق بين حالة الاجتماع والافتراق إن الإشارك المطلق من كل واحد منهما إياه في زمان واحد يقتضي المساواة في إنصاء الكل وهو أن يكون نصيب كل واحد منهم مثل نصيب الآخر في أن يكون المشتري بينهم أثلاثاً بخلاف الإشارك علي التعاقب ، لأن الإشارك من أحدهما مطلقاً في زمان يقتضي أن يكون نصيبه مثل نصيبه ، وكذلك الإشارك الآخر في الزمان الثاني فيجتمع له ربعان وهو النصف لكل واحد منهما الربع^(٢) .

(١) الفتاوى الهندية ج ٢ ص : ٣٠٤-٣٠٥ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٥ ص : ٢٢٦-٢٢٨ ، مجمع الضمانات ص : ٣٠١ .

إذا مات رب الأرض بعد ما دفع الأرض مزارعة .

ومما يفسخ به عقد المزارعة موت صاحب الأرض سواء مات قبل الزراعة أو بعدها وسواء أدرك الزرع أو هو بقل لأن العقد أفاد الحكم له دون وأرثه لأنه عاقد لنفسه والأصل أن من عقد لنفسه بطريق الأصالة فحكم تصرفه يقع له لا لغيره إلا لضرورة ومنها موت المزارع سواء مات قبل الزراعة أو بعدها بلغ الزرع حد الحصاد أو لم يبلغ ، فإذا مات رب الأرض بعد ما دفع الأرض مزارعة تترك الأرض في يد المزارع إلى وقت الحصاد ويقيم علي الشرط المذكور لأن في الترك إلى وقت الحصاد نظراً من الجانبين ، وإن مات المزارع والزرع بقل فقال ورثته نحن نعمل علي شرط المزارعة فالأمر إلى ورثة المزارع وإن أرادوا قلع الزرع لم يجبروا علي العمل ^(١) وأيها شاء ترك العمل فله ذلك وأيها مات بطلت المعاملة فإن أقر وارث الأرض العامل ورضي العامل فهما علي ما ترضيا عليه وكذلك إن أقر صاحب الأرض ورثة العامل برضاهم فذلك جائز وإذا أراد صاحب الأرض إخراج العامل بعد أن زرع أو أراد العامل الخروج بعد أن زرع عند موت أحدهما أو في حياتهما فذلك جائز وعلي العامل خدمة الزرع كله حتى يبلغ مبلغ الانتفاع به .

وإن أراد أحدهما ترك العمل وقد حرث وقلب وزبل ولم يزرع فذلك جائز ويكفل صاحب الأرض للعامل أجر مثله فيما عمل بقيمة زبله إن لم يجد له زبلاً مثله إن أراد صاحب الأرض إخراج فلو كان العامل هو المرید للخروج فله ذلك ولا شيء له فيما عمل لأنه مختار في الخروج ولم يتعد عليه صاحب الأرض .

(١) أنظر : المغلي ج ٨ ص : ٢٢٥ - ٢٢٦

قال في العناية : إذا كان الخارج بسر فللعامل أن يقوم عليه استحساناً إبقاء للعقد دفعاً للضرر عنه . وأما في القياس فقد انتقضت المساواة بينهما وكان البسر بين ورثة صاحب الأرض وبين العامل نصفين إن شرطاً أنصافاً ، لأن صاحب الأرض أستاذجر العامل ببعض الخارج والإجارة تنتقض بموت أحد المتعاقدين ^(١) .

وقال في تبين الحقائق : للعامل أن يقوم عليه كما كان يقوم قبل ذلك إلى أن يدرك الثمر وليس لورثته أن يمنعوه من ذلك استحساناً كما في المزارعة لأن في منعه الحاق الضرر به فيبقى العقد دفعاً للضرر عنه ولا ضرر علي الورثة ^(٢) .

فالخفية يرون أن الإجارة تنقضي بموت أحد المتعاقدين اللذين يعقدان لنفسيهما ، كما تنقضي بموت أحد المستأجرين أو أحد المؤجرين في حصته فقط .

وعلل الزيلعي إنفساخ الإجارة بالموت : فقال لأن العقد ينقصد ساعة فساعة بحسب حدوث المنافع ، فإذا مات المؤجر فالمنافع التي تستحق بالعقد هي التي تحدث علي ملكه ، فلم يكن هو عاقداً ولا راضياً بها ، وإن مات المستأجر فإن المنفعة لا تورث ^(٣) .

(١) العناية شرح الهداية ج٩ ص : ٤٨١ .

(٢) تبين الحقائق ج٥ ص : ٢٨٥ ، وأنظر : نصيب الراية في تخريج أحاديث الهداية ج٦ ص : ٣٢ ، فتح القدير ج٩ ص : ٤٨١ .

(٣) تبين الحقائق ج٤ ص : ١٣٣ ، وأنظر : درر الحكام شرح غرر الأحكام ج٢ ص : ٢٠٢ ، رد المختار علي الدر المختار ج٦ ص : ٦١ .

فلو بقي المستأجر ساكناً بعد موت المؤجر غرمه الأجر لمضيه في الإجارة ، ولا يظهر الإنفساخ إلا إذا طالبه الوارث بالإحلاء^(١) .

وقال في بدائع الصنائع : وإنما وجب المسمى استحساناً ، والقياس أن يجب أجر المثل ، لأن العقد أنفسخ حقيقة بالموت ، وإنما بقيناه حكماً ، فأشبهه شبهة العقد ، واستيفاء المنافع بشبهة العقد توجب أجر المثل ، كما لو استوفاهما بعد انقضاء المدة وكان إيجاب العوض المسمى أولي لوقوع التراضي^{(٢) - (٣)}

(١) رد المختار علي الدر المختار ج٦ ص : ٨٤ - ٨٥ .

(٢) بدائع الصنائع ج٤ ص : ٢٢٣ ، وأنظر : رد المختار علي الدر المختار ج٦ ص : ٣٣ .

(٣) وأما عند الجمهور فإن الإجارة لا تنفسخ بموت أحد المتعاقدين ، لأنها عقد لازم لا يقضى بهلاك أحدهما ما دام تستوفي به المنفعة باقياً ، وقد كان رأي الصحابة والتابعين أن الإجارة لا تنفسخ بالموت ، روي البخاري في كتاب الإجارة أن ابن سيرين قال : فيمن استأجر أرضاً فمات المؤجر : ليس لأهله أن يخرجوه إلى تمام الأجل ، وقال بذلك الحسن وإلياس بن معاوية ، وقال : ابن عمر : (إن النبي ﷺ أعطي خبير لأهلها ليعملوا فيها ويزرعوها ، وهم شطر ما يخرج منها) ، فكان ذلك على عهد النبي ﷺ وأبي بكر وصديقاً من خلافة عمر ولم يذكر أن أبا بكر وعمر جددوا الإجارة ، قال في حاشية البيهقي : (ولا تبطل الإجارة) سواء كانت واردة على العين أم على الذمة (بموت أحد المتعاقدين) وعموماً بل تبقي إلى انقضاء المدة ، لأنها عقد لازم ، فلا تنفسخ بالموت كالباع ويخلف المستأجر وارثه في استيفاء المنفعة ، انظر : حاشية البيهقي ج٣ ص : ٢١٣ وأنظر : معنى المحتاج ج٣ ص : ٤٣٥ - ٤٣٦ ، نهاية المحتاج ج٥ ص : ٢٥٩ ، الأم للشافعي ج٤ ص : ٣١ ، وقال في مطالب أولي النهى : (والإجارة عقد لازم) من الطرفين ، لأنها عقد معاوضة ، كالبيع ، لأنها نوع منه ، وإنما احتصت باسم كالمصرف والطم ، (فلا فسخ لواحد) منهما بعد انقضاء الخيارين ، انظر : مطالب أولي ج٣ ص : ٦٥٥ ، وقال في الفروع : هي عقد لازم ، نص عليه ، على النفع ، يؤخذ شيئاً فشيئاً ، وانتفاعه تابع له . انظر : الفروع ج٤ ص : ٤٢٠ ، وأنظر : الإنصاف ج٦ ص : ٥٨ ، دقائق أولي النهى ج٢ ص : ٢٦٣ ، وقال في حاشية الدسوقي : (ولم تنفسخ) المساقاة (بفلس ربه) أي الحائط الطارئ على عقدها (و) إذا لم تنفسخ بالفلس الطارئ (بيع) الحائط على أنه (مساقى) ولو كانت المساقاة سنين كما تباع الدار على أنها مستأجرة والموت كالفلس ، لأن المساقاة كالكراء لا تنفسخ بموت المتكاريه ، انظر : حاشية الدسوقي ج٣ ص : ٥٤٦ ، حاشية الصاوي على الشرح الصغير ج٣ : ٧١٣ ، شرح مختصر خليل ج٧ ص : ٣٣ ، وقال في المدونة : في المساقى بموت قلت : أرايت العامل في النخل ، إذا مات ما أنت قائل لورثته ؟ قال : يقال هم : عملوا كما كان صاحبكم يعمل . فإن أبوا كان ذلك في مال الميت لازماً هم . قلت : أفيلم الحائط إليهم إذا كانوا غير أمتاء ؟ قال : لا أرى ذلك ، وأرى أن يأتوا بأمين . قلت : أرايت إن مات رب النخل ؟ قال : لا تنقض المساقاة بموت واحد منهما ، وهو قول مالك ، أنظر : المدونة ج٣ ص : ٥٧٤ .

وأما بالنسبة للوقف : فقال في رد المحتار علي الدر المختار : لا تنفسخ الإجارة بموت مؤجر الوقف إلا في مسألتين فيما إذا آجرها الواقف ثم ارتد ثم مات لبطلان الوقف برده، وفيما إذا آجر أرضه ثم وقفها علي معين ثم مات تنفسخ ، وفي وقف فتاوى ابن نجيم سئل إذا آجر الناظر ثم مات فأجاب لا تنفسخ الإجارة في الوقف بموت المؤجر والمستأجر كذا رايته في عدة نسخ لكنه مخالف لما في إجازة فتاوى قاري الهداية فتبته ، وفيها أيضاً لا تنفسخ بموت المتولي ولو الغلة له بمفرده فتبته ، وفي الفيض الواقف لو آجر الوقف بنفسه ثم مات ففي الاستحسان لا تبطل ؛ لأنه آجر لغيره . ا هـ ، وحكم عزل القاضي والمتولي كالموت فلا تنفسخ ^(١) .

(١) رد المحتار علي الدر المختار ج ٦ ص : ٨٦ - ٨٧ .

في المساواة الفاسدة يرد العامل إلى أجره المثل .

إذا قال رب الخائط لرجل : تعالى أسق أنا وأنت حائطي ، ولك نصف ثمره ، فإن في ذلك أجره المثل ، وقوله : أو حملة لمثله : أي إن شرط عليه حمل نصيبه إلى مثله إلى المدينة أو اشترط ذلك المساقي علي العامل قال أصبغ^(١) لا خير فيه هذه زيادة تردادها قلت : أرايت إن كان ذلك قريباً ؟ قال ما يعجبني إلا أن يكون شيء ليس عليه فيه مؤنة قلت : أرايت إن كان قريب الميل وما أشبهه ؟ قال : ما يعجبني ، وقال وإن وقعت فيه المساواة في المكان البعيد وفاتت ، رد إلى مساواة مثله بلا حملان عليه وسقط الجزء الذي بينهما في الشرط ، أما اشتراطه علي العامل حمل نصيبه إلى مثله ، كرهه ابن القاسم إلا أن يكون شيئاً ليس فيه مؤنة ، وكراهيته بينة ، لأنها زيادة زادها رب الخائط علي العامل إلا أنه لم يبين وجه الحكم في ذلك إذا وقع والذي يأتي علي الأصل الذي ذكرناه في أول سماع ابن القاسم أن يرد إذا فات إلى إجازة مثله إلا في المكان القريب ، فيشبه أن يرد إلى مساواة مثله استحساناً ، وأما قول أصبغ : أنه يرد إلى مساواة مثله في المكان البعيد ، فهو بعيد لا يتخرج إلا علي قول من يرد العامل في المساواة الفاسدة كلها إلى مساواة مثله جملة من غير تفصيل . أ.هـ وقال ابن رشد في المقدمات : وأختلف إذا فاتت بالعمل ماذا يجب للعامل فيها بحق عمله ؟ علي أربعة أقوال : أحدها : أن يرد إلى مساواة مثله جملة من غير تفصيل والثاني : أنه يرد إلى أجره مثله من غير تفصيل والثالث : أنه يرد في بعض الوجوه إلى إجازة مثله ، وفي بعضها إلى مساواة المثل وهو قول ابن القاسم وذلك استحسان ، وليس بقياس ، والأصل عنده أن المساواة إذا خرجا فيها عن حكمها إلى حكم الإجازة الفاسدة أو إلى بيع الثمر قبل أن يبدو صلاحها بما اشترطه أحدهما علي صاحبه من

(١) أصبغ بن الفرج بن سعيد بن نافع سبقت ترجمته ص: ١٦٧ .

زيادة يزيد بها إياه خارجة عنها ، فإنه يرد إلى إجارة المثل ^(١) .

وقال في التاج والإكليل : فما اشترطه أحدهما علي صاحبه من زيادة يزيد به إياه خارجة عنها فإنه يرد فيها إلى إجارة المثل إذا لم يعثر عليها حتى فاتت بالعمل ، وذلك مثل أن يساقيه في حائط علي أن يزيد أحدهما صاحبه دنائير أو درهم أو عرضاً من العروض وما أشبه ذلك ؛ لأنه إذا ساقاه علي أن يزيد صاحبه الحائط دنائير أو عرضاً فقد استأجره علي عمل حائطه بما أعطاه من الدنانير أو الدراهم أو العروض وبجزء من ثمرته ، فوجب أن يرد إلى إجارة مثله ، ولأنه إذا ساقاه علي أن يزيد العامل دنائير أو دراهم أو عروض من العروض فقد اشترى منه الثمرة بما أعطاه من الدنانير أو الدراهم أو العروض وبعمله في الحائط فوجب أن يرد إلى إجارة مثله أيضاً (وإلا فمساواة المثل) .
وأما إذا لم يخرجها عن حكمها فإنه يرد في ذلك إلى مساواة مثله ، ثم قال : وكذلك إذا اشترط علي العامل دابة أو غلاماً ليس في الحائط وهو صغير تكفية الدابة ، وكذلك أن شرط أحدهما علي صاحبه حمل حظه لمتره كل هذا يرد إلى مساواة مثله ^(٢) .
وذكر في شرح مختصر تحليل : إذا شرط رب الحائط علي العامل عند عقد المساواة أن يحمل ما يخصه من الثمرة إلى متره ، وهذا إذا كان فيه بعدد ومشقة وإلا جاز ولا فرق بين أن يشترط ذلك العامل علي رب الحائط أن يحمل ما يخصه إلى متره أو يشترط رب الحائط علي العامل ذلك فله مساواة مثله ^(٣) .

(١) مواهب التحليل ج ٥ ص : ٣٨٦ كتاب البيوع ، انوار البروق في أنواع الفروق ج ٤ ص : ٣٨ .

(٢) التاج والإكليل ج ٧ ص : ٤٨٦ - ٤٨٧ ، وأنظر : المدونة ج ٣ ص : ٥٦٨ - ٥٦٩ .

(٣) شرح مختصر تحليل ج ٦ ص : ٢٣٦ - ٢٣٧ .

وقال : الدسوقي في حاشيته : إن خرجا عن المساقاة إلى الإجارة الفاسدة أو إلى بيع الثمر قبل بدو الصلاح (كإن ازداد) أحدهما (عنياً أو عرضاً) ، لأنه إن كانت الزيادة من رب الحائط فقد خرجا عن المساقاة إلى الإجارة الفاسدة ؛ توجب الرد لأجرة المثل ويحسب منها تلك الزيادة ولا شيء له من الثمرة ، وإن كانت الزيادة من العامل فقد خرجا عنها إلى بيع الثمرة قبل بدو الصلاح ، لأنه كأنه اشترى الجزء المسمى بما دفعه لرب الحائط وبأجرة عمله فوجب أن يرد لأجرة مثله ولا شيء له من الثمرة ، وإلا يخرج عنها بأن جاء الفاسد من عقدها علي غرر ونحوه (فمساقاة المثل) ^(١) .

أي الجزء الذي يساقى به مثله في مثل هذا الحائط في الثمرة فإن أجيحت الثمرة فلا شيء له علي رب الحائط ، بخلاف أجرة المثل ، ففي ذمته ولو أجيحت ^(٢) .

وقال في الفواكه الدواني : إن وقعت المساقاة فاسدة وجب فسخها قبل العمل مطلقاً ، وإن لم نطلع علي فسادها إلا بعد الشروع في العمل فيفسخ أيضاً في باقي المدة إن كان الواجب أجرة المثل ، وذلك فيما إذا كان الفساد بسبب زيادة عين أو عرض لأحدهما علي الآخر ، وأما لو كان الواجب فيها مساقاة المثل فتمضي بالشروع

(١) حاشية الدسوقي جـ ٣ ص : ٥٤٨ ، وانظر : حاشية الصاوي علي الشرح الصغير جـ ٣ ص : ٧١٦ - ٧١٧ .

(٢) منح الجليل شرح مختصر خليل جـ ٧ ص : ٤١١ - ٣١٢ .

في العمل ، وذلك فيما إذا كان فسادها لحصول غرر ونحوه من كل ما يفسد ولا يخرجها عن المساقاة ، كمساقاة حائط حلّ بيعه (١) - (٢) .

(١) الفواكه الدواني ج ٢ ص : ١٢٧ ، وانظر : حاشية الصاوي علي الشرح الصغير ج ٣ ص : ٧٢٢ - ٧٢٣
(٢) وأما عند الحنابلة والشافعية فقد قال ابن قدامة في المغني : وإن شرط علي أحدهما شيئاً مما يلزم الآخر ، فقال القاضي وأبو الخطاب : لا يجوز ذلك ، فعلي هذا تفسد المساقاة ، وهو مذهب الشافعية ؛ لأنه شرط بخالف مقتضى العقد ، فأفسده كالمضاربة إذا شرط العمل فيها علي رب المال ، وقد روي عن أحمد ما يدل علي صحة ذلك ، فإنه ذكر أن الجذاذ عليهما ، فإن شرطه علي العامل جاز ثم قال ، نص أحمد عليه في الحصاد ، وهو مذهب الشافعي ، لأنه من العمل ، فكان علي العامل ، كالتشميس ، وروي عن أحمد في الجذاذ أنه إذا شرط علي العامل فحائز ؛ لأن العمل عليه ، وإن لم يشرطه ، فعلى رب المال يحمته ما يصير إليه ، فظاهر هذا أنه جعل الجذاذ عليهما ، وأجاز اشتراطه علي العامل ، وهو قول بعض الشافعية ، وقال محمد بن الحسن : تفسد المساقاة بشرطه علي العامل لأنه شرط بنافي مقتضى العقد ، واحتج من جعله عليهما بأنه يكون يعد تكامل الثمرة ، وانقضاء للمعاملة ، فأشبه نقله إلي منزله . ولنا أن النبي ﷺ دفع خبير إلي يهود ، علي أن يعملوها من أسوانهم ، أخرجه البخاري ، في باب إذا اشترط في المزارعة إذا شئت أخرجتك ، من كتاب الشروط ، صحيح البخاري ج ٣ ص : ٢٥٢ ، ولأن هذا من العمل ، فيكون عليه ، كالتشميس ، وما ذكره يظل بالتشميس ويفارق النقل إلي المنزل ، فإنه يكون بعد القسمة ، وزوال العقد ، فأشبه المخزن ، أنظر : المغني لأبن قدامة ج ٥ ص : ٢٣٢ ، وقال في الإنصاب : لو شرط علي أحدهما ما يلزم الآخر لم يخر ، وفسد الشرط ، علي الصحيح من المذهب إلا في الجداد ، أنظر الإنصاف ج ٥ ص : ٤٧٨ ، وانظر : كشف القناع ج ٣ ص : ٥٤١ - ٥٤١ ، مطالب أولي النهى ج ٣ ص : ٥٦٨ .

وقال في حاشيتا قليوبي وعميرة : (ويشترط أن لا يشرط علي العامل ما ليس من جنس أعمالها) فإن شرط ذلك كأن شرط ، أن يبني له جدار الحديقة ، ولم يصح العقد ؛ لأنه استحجار بعوض مجهر ، واشترط عقد في عقد ، انظر : حاشيتا قليوبي وعميرة ج ٣ ص : ٦٥ وانظر : تحفة المحتاج في شرح المنهاج ج ٦ ص : ١١٤ - ١١٥ ، نهاية المحتاج ج ٥ ص : ٢٥٤ ، حاشية البحرى ج ٣ ص : ٢٠٤ ، وقال في بدائع الصنائع : وأما الشروط المنسدة للمعاملة فأنواع ، ثم ذكر منها شرط الحمل والحفظ بعد القسمة علي العامل ، - لأنه ليس من أعمال المساقاة - ومنها شرط الجذاذ والقطاف علي العامل بلا خلاف ، لأنه ليس من المعاملة في شيء ولانعدام التعامل به أيضاً فكان في باب مونة الملك والمملك مشترك بينهما فكانت مونة عليهما علي قدر ملكيهما ، انظر : بدائع الصنائع ج ٦ ص : ١٨٦ ، وانظر : تبين الحقائق ج ٥ ص : ٢٨٣ - ٢٨٤ ، وقال في العناية : (ما كان بعد القسمة كالحمل إلي البيت والطحن وأشباههما وما ليا من أعماقها فيكونان عليهما ، لكن فيما هو قبل القسمة علي الاشتراك وفيما هو بعدها علي كل واحد منهما في نصيبه خاصة ليشترك منك كل واحد منهما عن ملك الآخر فكان التدبير ملكه إلي خاصة) - وقد ذكر هذا في المزارعة - ثم قال (والمعاملة قياس هذا) أي المساقاة أيضاً علي هذه الوجوه ، انظر : العناية شرح الهداية ج ٩ ص : ٤٧٧ - ٤٧٨ ، الجوهرة النيرة ج ١ ص : ٣٧٣ ، فتح القدير ج ٩ ص : ٤٧٧ - ٤٧٨ ، البحر الرائق ج ٢ ص : ٥٠١ .

دفع الحر إلى العبد المحجور عليه أرضاً وبذراً مزارعة بالنصف ستة هذه فزرعها .
 وإذا دفع الحر إلى العبد المحجور عليه أرضاً وبذراً مزارعة بالنصف ستة هذه فزرعها
 فحصل الخارج ، وسلم العامل فالخارج بينهما علي الشرط لأنه استأجر العبد للعمل
 بالنصف الخارج ، وقد بينا أن العبد المحجور عليه إذا أجز نفسه وسلم من العمل وجب
 له الأجر استحساناً ، وإن مات في العمل فصاحب الأرض والبذر ضامن لقيمته لأنه
 غاضب له بالإستعمال ، والزرع كله له سواء مات قبل الإستحصاد أو بعده لأنه يملك
 العبد بالضمان من حين دخل في ضمانه ^(١) .

وقال في مجمع الضمانات : دفع إلى عبد أو صبي أرضاً وبذراً مزارعة بالنصف
 فالخارج نصفان استحساناً كما لو أجز نفسه لزراعة بالدرهم ، وسماً العمل يصح .
 ولو مات العبد حتف أنفه أو في عمل الأرض ضمن صاحبها قيمته والزرع كله له
 وإن مات الصبي من عمله في الأرض قبل إستحصاد الزرع يضمن عاقلة صاحب الأرض
 ديته ، وإن مات بعد الإستحصاد لا يضمن ، وتكون حصة الصبي لورثته ^(٢) .

(١) المبسوط ج ٢٣ ص : ١٢٤ - ١٢٥ .

(٢) مجمع الضمانات ص : ٣١٧ .

وقال في الفتاوى الهندية : وإذا دفع الرجل الحرَّ إلى العبد المحجور عليه أو إلى الصبيِّ المحجور عليه الذي يعقل أرضاً مزارعة بشرائطها ، فإن كان البذر من قبل رب الأرض وسَلِمَ العبد عن العمل فالقياس أن تكون المزارعة باطلة ويكون الخارج كله لصاحب الأرض ، وفي الإستحسان المزارعة صحيحة ويكون الخارج بينهما علي ما شرطاً ، فإن كان العبد أو الصبيُّ قد مات بعد ما استحصد الزرع فهو علي وجهين : إن ماتا حتف أنفهما لا من عمل الزراعة فإن صاحب الأرض في العبد يضمن قيمة العبد ، وفي الصبيِّ لا يضمن شيئاً ، وإذا ضمن قيمة العبد كان الخارج كله لصاحب الأرض والبذر ، وفي الصبيِّ لا يضمن شيئاً ، وإذا ضمن قيمة العبد كان الخارج كله لصاحب الأرض والبذر وأما في الصبيِّ فالخارج بين صاحب الأرض وورثة الصبي علي ما اشترطاً ، وأما إذا ماتا من عملهما في الأرض وهو الوجه الثاني ، فإن كان المزارع عبداً فإن صاحب الأرض يضمن قيمة العبد سواء مات العبد من عمل كان منه في الأرض قبل الاستحصاد أو من عمل وجد منه بعد الاستحصاد ، ويكون الخارج كله لصاحب الأرض وليس لمولى العبد من ذلك شيء وإن كان المزارع صبيّاً، فإن مات من عمل كان منه قبل استحصاد الزرع فعلى عاقلة صاحب الأرض دية الصبيِّ وإن مات من عمله بعد الاستحصاد فلا ضمان (١) .

(١) الفتاوى الهندية ج ٥ ص : ٢٦٩ - ٢٧٠ .

استأجر قبة لنصبها في بيته شهراً بخمسة دراهم جاز وإن لم يسم مكان النصب .

استأجر قبة لنصبها في بيته شهراً بخمسة دراهم جاز وإن لم يسم مكان النصب ، ولو نصبها في الشمس أو المطر وكان فيه ضرر عليها ضمن ولا أجر ، وإن سلمت عليه الأجر إستحساناً وإن نصبها في دار أخرى في ذلك المصر لا يضمن ، ، وإن أخرجها إلى السواد لا أجر سلمت أو هلك .^(١)

وقال في مجمع الضمانات : استأجر خيمة لينصبها في بيته شهراً فنصبها في الشمس أو في المطر وأنه يضر يضمن وإذا سلمت فعليه الأجر ولو أخرجها إلى السواد يضمن. أجر خيمة لينصبها في داره فنصبها في دار أخرى في قبيلة أخرى من هذا المصر يجب الأجر ولا يضمن لعدم التفاوت إلا إذا أخرجها من المصر فنصبها هناك فلا أجر سلمت أولاً ويضمن لمخالفة أمره حيث أخرجها من المصر فتضرر به إذ مؤنة الرد على المؤجر .^(٢)

قال : في المبسوط : ولو استأجر قبة لنصبها في بيته وبيت فيها شهراً فهو جائز لأن القبة من المساكن فإن قيل لا يمكن استيفاء المعقود عليه إلا بما لم يتأوله العقد وهو الأرض التي ينصب فيها القبة ، وذلك يمنع الإجارة كما لو استأجر أحد زوجي المقرض لقرض الثياب قلنا المعتبر كون العين منتفعاً به وأن يتمكن المستأجر من استيفاء المعقود عليه ، وذلك موجوداً فالإنسان لا يعدم الأرض لينصب فيها القبة ولأن المقصود بالقبة الإستظلال ودفع أذى الحر والبرد والمطر ، وذلك بالمعقود عليه دون الأرض ، وإن لم يسم البيوت التي ينصبها فيها فالعقد جائز أيضاً ؛ لأن ذلك لا يختلف باختلاف البيوت وترك تعيين غير المفيد لا يفسد العقد ، وإن سمي بيتاً فنصبها من غيره فهو جائز وعليه الأجر ؛ لأن هذا تعيين غير مفيد فالضرر لا يختلف باختلاف البيوت فإن نصبها في الشمس أو المطر كان عليها في ذلك ضرر فهو ضامن ؛ لما أصابها من ذلك ؛ لأنه مخالف.

(١) رد مختار على الدر المختار جـ ٦ ص : ٣٥ .

(٢) مجمع الضمانات ص : ٢٤ .

فالشمس تحرقها والمطر يفسدها وإنما رضي صاحبها بنصبها في البيت ليأمن من ذلك وإذا وجب عليه الضمان بطل الأجر ، لأن الأجر والضمان لا يجتمعان ولأنه تملكها بالضمان من حين ضمن ، وإن سلمت القبة كان عليه الأجر استحساناً ؛ لأنه استوفى المعقود عليه حين استظل بالقبة وإنما كان ضامناً باعتبار زيادة الضرر فإذا سلمت سقط اعتبار تلك الزيادة فيلزمه الأجر باستيفاء المعقود عليه ، ولو شرط أن ينصبها في داره فنصبها في دار في قبيلة أخرى في ذلك المصر فعليه الأجر ولا ضمان عليه ؛ لأن هذا تعيين غير مفيد وليس له أن يخرجها من المصر لأن فيه إلزام مؤنة على صاحبها وهو مؤنة الرد وهو لم يلتزم ذلك فإن أخرجها إلى السواد فنصبها فسلمت أو أنكسرت فلا أجر عليه لأنه غاصب حين أخرجها من المصر (ألا ترى) أنه لو وجب الأجر كان مؤنة الرد على صاحب القبة وهو غير ملتزم لذلك فجعلناه غاصباً ضامناً لتكون مؤنة الرد عليه ؛ فلهذا لا أجر عليه .^(١)

(١) المبسوط ج ١٥ ص : ١٦٨ - ١٦٩ ، وانظر : الفتاوى الهندية ج ٤ ص : ٤٦٦ .

استأجر أرضاً لم يذكر الشرب والمسيل

ولو استأجر أرضاً ولم يذكر الشرب والمسيل أصلاً فالقياس ان لا يكون الشرب والمسيل كما في البيع وفي الإستحسان كأننا له ويدخلا تحت إجارة الأرض من غير تسمية نصاً لوجودها دلالة ؛ لان الإجارة تملك المنفعة بعوض ولا يمكن الانتفاع بالأرض بدون الشرب فيصير الشرب مذكوراً بذكر الأرض دلالة بخلاف البيع لان البيع تملك العين والعين تحمل الملك بدونه .^(١)

قال في المبسوط : واذا استأجر أرضاً فليس له ميل ماء ولا شرب في القياس اذا أطلق العقد كما في الشراء فالمستأجر يستحق بالعقد بذكر الحدود ان الشرب والميل الذي هو خارج عن الحدود المذكورة لا يستحق بالشراء فكذلك بالإستحار ، ولكنه استحسن فجعل للمستأجر ميل الماء ، والشرب هنا بخلاف الشراء ، لان جواز الاستحار باعتبار التمكن من الإنتفاع .^(٢)

(١) بدائع الصنائع ج ٦ ص : ١٨٩ - ١٩٠ ، وانظر : حاشية ابن عاقلين ج ٥ ص : ١٩٠ .

(٢) المبسوط ج ٢٣ ص : ١٧١ - ١٧٢ ، تبين الحقائق ج ٤ ص : ٩٨ - ٩٩ ، العناية شرح الخدایة ج ٧

ص : ٤٢ ، فتح القدير ج ٧ ص : ٤٢ ؛ رد المحتار على الدر المختار ج ٥ ص : ١٨٩ - ١٩٠ .

استأجر عبداً محجوراً عليه شهراً واعطاه الاجر فليس للمستأجر أن يأخذ منه الأجر .
(ومن استأجر عبداً محجوراً ^(١) عليه شهراً و اعطاه الاجر فليس للمستأجر أن يأخذ منه الأجر) وأصله أن الإجارة صحيحة استحساناً اذا فرغ من العمل . والقياس ان لا يجوز لإنعدام إذن المولى وقيام الحجر فصار كما اذا هلك العبد .

وجه الاستحسان : ان التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالماً ضار على اعتبار هلاك العبد ، والنافع مأذون فيه كقبول الهبة ، واذا جاز ذلك لم يكن للمستأجر ان يأخذ منه . ^(٢) يقول صاحب الجامع الصغير ^(٣) : " استأجر عبداً محجوراً عليه شهراً فاعطاه الأجر فهو جائز وليس للمستأجر أن يأخذ منه " ^(٤)

(١) الحجر بفتح الحاء وكسر ها - معناه في اللغة المنع ، يقال حجر عليه حجراً من باب قتل اي منعه من التصرف . وسمى الحطيم حجراً لانه منع من الكمية منها ، وسمى العقل حجراً في قوله تعالى " (هل في ذلك قسم لذي حجر) اي لذي عقل لان العقل يحجر صاحبه ويمنعه من القبح . والحجر شرعاً صفة حكيمية - اي يحكم بها الشرع - توجب منع موصوفها من نفوذ تصرفه فيما زاد على قوته او تبرعه بما يزيد عن ثلث ماله ، فدخل بالاول الحجر على الصبي والمجنون والسفيه ونحوهم ، فان هؤلاء يمتنعون عن التصرف فيما زاد على قوتهم ، فان باع احد منهم شيئاً او اشتراه او تبرع به كان تصرفاً موقوفاً ولا ينفذ الا بإذن وليه ، ودخل بالثاني الحجر على المريض والزوجة ، لانهما لا يمتنعان من التصرف بالبيع والشراء ، وانما يمتنعان من التبرع فيما زاد على ثلث مالهما ، ولكن يصح لكل منهما ان يتبرع بثلث ماله . انظر : المصباح المنير للفيومي ج ١ ص : ١٢١-١٢٢ لسان العرب ج ٤ ص : ١٦٧ .

(٢) فتح القدير ج ٩ ص : ١٣٩ ، درر الحكام ج ٢ ص : ٢٣٨ ، بداية المبتدى ج ١ ص : ١٩١ ، الهداية شرح البداية ج ٣ ص : ٢٤٨ ، المبسوط ج ٢٣ ص : ١٢٤ - ١٢٥ ، نصب الرأية ج ٥ ص : ٣٠٩ ، العناية شرح الهداية ج ٩ ص : ١٣٩ .

(٣) هو ابو عبدالله محمد بن الحسن الشيباني سبقت ترجمته ص : ٥٩١ .

(٤) الجامع الصغير ج ١ ص : ٤٤٥ ، تبين الحقائق ج ٥ ص : ١٤١ ، مجمع الأثر ج ٢ ص : ٣٩٦ .

دفع ثوباً الى رجل فخاطه ولم يذكر له أجره .

وان قال صاحب الثوب عمله لى بغير أجره وقال الصانع بأجرة فالقول قول صاحب الثوب مع
يمينه عند ابى حنيفة لان المنافع لاقيمة لها الامن جهة العقد ، والأصل انه لم يجر بينهما عقد فالقول
قول صاحب الثوب ؛ لأنه ينكر تقوم عمله والصانع يدعيه فكان القول للمنكر مع يمينه . وقال
أبو يوسف ان كان حريفاً له اى معاملاً له فله الأجرة وان لم يكن حريفاً فلا اجرة له لأنه اذا كان
حريفاً فقد جرت عادته أن يخط له بأجرة فصار المعتاد كالمنطوق به ، وان لم يكن حريفاً فلا عادة
فالقول قول صاحب الثوب ؛ لان الظاهر معه . وقال محمد ان كان الصانع مبتدلاً لهذه الصنعة
بالاجرة فالقول قوله انه عمله بأجرة لانه لما فتح الحانوت لاجل ذلك ونصب نفسه للخياطة جرى
ذلك مجرى التنصيص على الأجر اعتباراً للظاهر ، والقياس ما قاله ابو حنيفة وقولهما استحسان
والفتوى على قول محمد . (١) - (٢)

(١) الهداية شرح البداية جـ ٣ ص : ٢٤٩ ، بدائع الصنائع جـ ٤ ص : ٢٢٢ ، بداية المبتدى جـ ١ ص : ١٩٢ ، الدر
المختار جـ ٤ ص : ٤٨٧ ، و جـ ٦ ص : ٧٥ ، المبسوط جـ ١٥ ص : ٩٣ ، الجوهرة النيرة جـ ١ ص : ٢٧٢ ، العناية
شرح الهداية جـ ٩ ص : ١٤٣ ، تبين الحقائق جـ ٥ ص : ١٤٣ ، نصب الرأية جـ ٥ ص : ٣١١ ، فتح القدير جـ ٩
ص : ١٤٣ ، درر الحكام شرح غرر الأحكام جـ ٢ ص : ٢٣٨ ، البحر الرائق جـ ٨ ص : ٣٩ - ٤٠ ، مجمع الاثر
جـ ٢ ص : ٣٩٨ .

(٢) وعند الشافعية قال في المذهب : اختلف اصحابنا فيه على أربعة أوجه : احدها : انه تلزمه الاجرة لانه استهلك عمله
فلزمه اجرة . الثاني : أنه قال له خطه لزمه وان بدأ الرجل فقال أعطني لا يحيطه لم تلزمه . الثالث : انه اذا كان الصانع
معروفاً بأخذ الأجرة على الخياطة لزمه واذا لم يكن معروفاً بذلك لم يلزمه . الرابع : انه لا يلزمه بحال لأنه بذل ماله من غير
عوض فلم يجب له العرض كما لو بذل طعامه لمن أكله . وهو المذهب . انظر : المذهب جـ ١ ص : ٤١٠ - ٤١١ ، وقال
في أسنى المطالب : لو دفع ثوباً الى قصار ونحوه كخياط وغسال (بلا استجار) اى بغير ذكر ما يقتضى أجره (ليقصره) أو
ليحيطه أو ليغسله (فقصره) أو خاطه أو غسله (فالتوب أمانة في يده (ولا أجره له ولو) كان معروفاً بذلك العمل بأجر
أو (قال) له (أقصره) أو خطه أو نحو ذلك لعدم التزامها (كما لو قال أطعمني) فاطعمه لاضمان عليه . انظر : أسنى
المطالب جـ ٢ ص : ٤٢٥ - ٤٢٦ ، مغنى المحتاج جـ ٣ ص : ٤٧٨ ، الأم للشافعي جـ ٨ ص : ٢٢٩ ، حاشيتا قليوب
وعميرة جـ ٣ ص : ٨٢ ، نهاية المحتاج جـ ٥ ص : ٣١١ .

قال للدلال : اعرض أرضي على البيع وبعها ولك أجر كذا فعرض ولم يتم البيع .
 قال للدلال : أعرض أرضي على البيع وبعها ولك أجر كذا فعرض ولم يتم البيع ثم أخذ دلالً
 باع ، للدلال الأول أجراً بقدر عمله وعنائه قال ابو الليث ^(١) هذا قياس ولا أجر له استحساناً اذ
 أجر المثل يعرف بالتجار وهم لا يعرفون لهذا الأمر أجراً وبه نأخذ . ^(٢) وقال في تنقيح الفتاوى
 الحامدية: سئل بعضهم عن من قال لدلال اعرض أرضي على البيع وبعها ولك أجر كذا فعرض ولم
 يتم البيع ثم ان دلالاً آخر باعها فللدلال الأول أجرٌ بقدر عمله وعنائه وهذا قياس والاستحسان
 لأجر له اذ أجر المثل يُعرف بالتجارة والتجار لا يعرفون لهذا الأمر أجراً وبه نأخذ وفي المحيط وعليه
 الفتوى . ١ هـ . ^(٣)

(١) ابو الليث الإمام الفقيه المحدث الزاهد ، ابو الليث ، نصر بن محمد بن ابراهيم السمرقندي الحنفي ، صاحب كتاب " تنبيه الغافلين " وله كتاب " الفتاوى " يروى عن : محمد بن الفضل بن أنيف البغاري وجماعة . وتزوج عليه الأحاديث الموضوعة . روى عنه ابو بكر محمد بن عبد الرحمن الترمذي ، وغيره . نقلت وفاته من خط القاضي شهاب الدين أحمد بن علي بن عبد الحق - في جمادى الآخرة سنة ٣٧٥ . انظر : سير اعلام النبلاء ج ١٦ ص : ٣٢٢ - ٣٢٣ ، الفوائد البهية ص : ٢٢١ ، هدية العارفين ج ٢ ص : ٤٩٠ .
 (٢) مجمع الضمانات ص : ٥٤ ، ضمان البيع والسهم .
 (٣) تنقيح الفتاوى الحامدية ج ١ ص : ٢٤٧ ، كتاب البيع .

ليس للظئر ان تأخذ صياً آخر فرضه مع الأول .

وليس للظئر ان تأخذ صياً آخر فرضه مع الأول ، فان اخذت صياً آخر مع الأول فقد اماءات واثمت ان كانت قد أضرت بالصبي . ولها الأجرة على الأول والآخر وأما الإثم فلانه قد استحق عليها كمال الرضاع ولما أرضعت صبيين فقد أضرت باحدهما لنقصان اللبن واما استحقاق الأجرة فلان الداخل تحت العقد الإرضاع مطلقاً وقد وجد. وللمترضع أن يستأجر ظئراً أخرى لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَمَرْتُمْ أَنْ تَسْرَضُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا مَكْتُمِبًا إِلَيْهِم بِالْعَرَفِ﴾^(١) نفى الجناح عن المترضع مطلقاً ، فان أرضعته الأخرى فلها الأجرة ايضاً ، فان استأجرت الظئر ظئراً فأرضعته او دفعت الصبي الى جاريتها فأرضعته فلها الاجر استحساناً والقياس ان لا يكون لها الاجر ، وجه القياس ان العقد وقع على عملها فلا تستحق الأجر بعمل غيرها ، كمن استأجر اجيراً ليعمل بنفسه فأمر غيره فعمل لم يستحق الأجرة ، فكذا هذا وجه الاستحسان : أن إرضاعها قد يكون بنفسها وقد يكون بغيره ؛ لان الانسان تارة يعمل بنفسه وتارة بغيره ، ولان الثانية لما عملت بأمر الأولى وقع عملها للأولى فصار كأنها عملت بنفسها . وهذا اذا اطلق ، اما اذا قيد ذلك بنفسها ليس لها ان تسترضع أخرى لان العقد أوجب الارضاع بنفسها ، فان استأجرت أخرى فأرضعته لا تستحق الأجر .^(٢)

(١) سورة البقرة آية رقم (٢٢٣) .

(٢) بدائع الصنائع ج ٤ ص : ١٧٥ ، و ج ٤ ص : ٢٠٩ ، المبسوط ج ١٥ ص : ١١٨ ، البحر الرائق ج ٨ ص : ٢٦ ، ج ٨ ص : ٣٤ ، المبسوط ج ١٥ ص : ١٢١ ، رد المحتار على الدر المختار ج ٦ ص : ٥٤ .
(٢) وعند المالكية : قال الدسوقي في حاشيته : كأن ترضع غيره معه فتمنع ، ولو كان فيها كفاية ، لان أهل الطفل اشتروا جميع لبنها الا ان يكون لها ولد حال العقد فلا تمنع من إرضاعه ، لانه حينئذ بمنزلة الشرط ، وهي اذا اشترطت غيره لا تمنع .
انظر : حاشية الدسوقي ج ٤ ص : ١٤ ، وانظر : مواهب الجليل ج ٥ ص : ٤١١ ، وعند الحنابلة : قال في مطالب أولى النهى : (وان) لم ترضعه ، لكن سقته لبن الغنم او غيرها ، او اطعمته ، او (دفعته لبحر عادمها) كصديقتها ، (فأرضعته ، فلا أجر لها) لانها لم توف بالمعقود عليه . انظر : مطالب أولى النهى ج ٣ ص : ٥٩١ ، وانظر : الكافي في فقه ابن حنبل ج ٢ ص : ٢٠٣ ، الإنصاف ج ٦ ص : ١٦ ، المغني لابن قدامة ج ٥ ص : ٢٨٩ .

إذا قبضت أجزعها - أي الظئر - ثم مات الأب ولم يدع شيئاً فلا يكون للورثة فسخ الإجارة
 فإن قبضت أجزعها - أي الظئر - ثم مات الأب ولم يدع شيئاً فلا يكون للورثة فسخ الإجارة
 وأخذ حصة باقى المدة منها ، ولكن يتبعون الصبي بما ينوهم منها . وهذا استحسان . وهذا
 بخلاف تقدم الأب أجرة تعليم ولده ثم مات فلا تكون ميراثاً ، والفرق بينهما أن التعليم لا يلزم
 الأب ، ولما أوجبه على نفسه لزمه حياً وميتاً . وأما أجرة الرضاع فهي واجبة على الأب فانما قدم
 ما يلزم ، وإذا مات سقط عنه لا أن يعلم أن الأب قدمها للولد خوف موته فهي عطية أوجبها في
 صحته ، فلا سبيل إلى رجوعها ميراثاً وتسوى أجرة الظئر وأجرة التعليم .^(١)
 وقال في المدونة : لو أن رجلاً استأجر ظئراً لابنه فقدم إليها أجر رضاعها ثم هلك الأب قبل أن
 يستكمل الصبي رضاعه قال أرى ما بقى من الرضاع يكون بين الورثة ... لأن الصبي لو مات في
 حياة أبيه كان مادفع الأب إلى الموضع مالاً له يرجع إلى الأب ولم ترث أمه منه شيئاً فلو كان أمراً
 ثبت للصبي أو عطية أعطاه إياها لورثت الأم في ذلك ولكنها تفقة للصبي قدمها لم تكن تلزم
 الأب إلا مادام الصبي حياً ... ولو كان الرضاع عطية وجبت للابن لكان ذلك للابن .^(٢) ولم
 يكن للورثة أن يفسخوا الإجارة ويأخذوا منها حصة باقى المدة ولكن يتبعون الصبي بما ينوهم من
 أجرة باقيا وهذا استحسان .^{(٣) - (٤)}

(١) منح الجليل شرح مختصر خليل ج ٢ ص : ٤٦٩ - ٤٧٠ ، باب في بيان أحكام الإجارة وكراء الدواب وغيرها ،
 حاشية الدسوقي ج ٤ ص : ١٤ .

(٢) المدونة الكبرى ج ٣ ص : ٤٤٥ - ٤٤٦ ، مواهب الجليل ج ٥ ص : ٤١٢ .

(٣) مواهب الجليل ج ٥ ص : ٤١٢ ، التاج والإكليل ج ٥ ص : ٤١٢ ، الذخيرة ج ٥ ص : ٤١٠ ، حاشية
 الدسوقي ج ٤ ص : ١٤ ، وانظر : مختصر اختلاف العلماء ج ٤ ص : ١٠٣ .

(٤) وعند الحنفية يقول السرخسي : إن قوله تعالى : (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) الثابت بالعبارة وجوب
 نفقتها على الوالد فإن الساقى لذلك والثابت بالإشارة أحكام منها أن نسبة الولد إلى الأب لأنه أضاف الولد إليه بحرف اللام
 فقال وعلى المولود له فيكون دليلاً على أنه هو المعص بالنسبة إليه وهو دليل على أن للأب تأويلاً في نفس الولد وماله فإن
 الإضافة بحرف اللام دليل الملك كما يضاف العبد إلى سيده فيقال هذا العبد لفلان وإلى ذلك أشار رسول الله ﷺ بقوله أنت

=====

ومالك لا يك. وثبت التأويل له في نفسه وماله قلنا لا بإتلاف نفسه ولا يحد بوطء جاريته وإن علم حرمتها عليه والمائل على هذا كثيرة وهو دليل أيضاً على أن الأب لا يشاركه في النفقة على الولد غيره لأنه هو المختص بالاضافة اليه والنفقة تبتن على هذه الاضافة كما وقعت الإشارة اليه في الآية بمنزلة نفقة العبد فهي إنما تجب على سيده لا يشاركه غيره فيها وفيه دليل أيضاً على ان استحجار الأم على الارضاع في حال قيام التكاح بينهما لا يجوز لأنه جعل النفقة لها عليه باعتبار عمل الارضاع بقوله تعالى : (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين) - سورة البقرة آية رقم (٢٣٣) - فلا يستوجب بدلين باعتبار عمل واحد وهو دليل أيضاً على ما يستحق بعمل الإرضاع من النفقة والكسوة لا يشترط فيه إعلام الحيس والقدر وإنما يعتم المعروف. انظر : اصول المرعسي ج ١ ص : ٢٣٧ ، وانظر : المبوط للمرعسي ج ٥ ص : ٢٢٦ - ٢٢٧ ، العناية شرح الهدية ج ٤ ص : ٣٧٨ - ٣٧٩ ، فتح القدير ج ٤ ص : ٤١٩ ، جواهر العقود ج ١ ص : ٢١٥ .

من استأجر أرضاً ولم يذكر أنه يزرعها أو أي شيء يزرعها فالإجارة فاسدة .
ومن استأجر أرضاً ولم يذكر أنه يزرعها أو أي شيء يزرعها فالإجارة فاسدة ؛ لأن الأرض تستأجر للزراعة ولغيرها ، وكذا ما يزرع فيها مختلف ، فمنه ما يضر بالأرض مالا يضر بها غيره فلم يكن المعقود عليه معلوماً . فإن زرعها ومضي الأجل فله المسمى وهذا استحسان . وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر ؛ لأنه وقع فاسداً فلا يتقلب جائزاً .
وجه الاستحسان أن الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فينتقلب جائزاً ، كما إذا ارتفعت في حالة العقد ، وصار كما إذا أسقط الأجل المجهول قبل مضي الخيار الزائد في المدة ^(١) .
وقال في مجمع الأئمة : وإن استأجر رجل أرضاً ولم يذكر أنه يزرعها أو لم يبين ما يزرعها لا يصح العقد لأن استئجار الأرض غير مختص للزراعة ، وكذا ما يزرع فيها مختلف فبعضه أقل ضرر بها من بعض فلا بد من التسمية عند العقد وإلا لا يعلم المعقود عليه فيفيض إلى الفساد . هذا إن لم يعمم المؤجر ، أما إذا عظم بأن يقول : علي أن تزرع ما شئت فحيث يصح لوجود الإذن منه فإن زرعها بلا ذكر الزراعة أو ما يزرع فيها ومضي الأجل عاد العقد صحيحاً وله أي للمؤجر المسمى من الأجرة استحساناً لارتفاع الجهالة وانقطاع المنازعة فينتقلب جائزاً كما إذا أسقط الأجل المجهول قبل مجيئه .

(١) فتح القدير ج ٩ ص : ١١٨ - ١١٩ كتاب الإجارة ، باب الإجارة القائمة .

وفي القياس لا يعود ، وهو قول زفر ، لأنه وقع فاسداً فلا يتقلب جائزاً فيلزم أجر المثل كما في أكثر الكتب ، وما في المنع من أنه عند محمد لا يعود صحيحاً وهو القياس مخالف لأكثر الكتب ^(١) .

وذكر صاحب رد المختار علي الدر المختار : أن صحة العقد لا تتوقف علي مضي الأجل بعد الزراعة بل إذا زرع ارتفعت الجهالة وقد ذكر هذا ليفرع عليه قوله فله المسمى ، فإنه لو بقي فاسداً وجب أجر المثل . وكذا لو لم يمض الأجل أي يعود صحيحاً ... وقوله قبل تمام العقد أي قبل تمام مدته . وقول العناية قبل تمام العقد بنقض الحاكم مما لا تقبله الفطرة السليمة فإنه يفسخ من الأصل بنقض الحاكم فكيف يتم به وتام الشيء من آثار بقائه . وقوله : فإن زرعها فله ما سمي من الأجر ؛ لأنه عاد جائزاً وهذا استحسان ؛ لأن الإجارة تنعقد ساعة فساعة علي حساب حدوث المنفعة ، والفساد كان لأجل الجهالة فإذا ارتفعت كان الارتفاع في هذه الساعة كالارتفاع في وقت العقد فيعود جائزاً ^(٢) .

قال في درر الحكام : من استأجر أرضاً ولم يعين ما يزرعه فيها ولم يعمم علي أن يزرع ما شاء فإجارته فاسدة ، ولكن لو عين قبل الفسخ ورضي الآخر تتقلب إلي الصحة ثم ذكر فقال : فعليه إذا تنازع الآجر والمستأجر قبل الزراعة ورفع ذلك إلي

(١) مجمع الأنهر ج ٢ ص : ٣٩٠ ، باب الإجارة الفاسدة ، تبين الحقائق ج ٥ ص : ١٣٢ - ١٣٣ .

(٢) رد المختار علي الدر المختار ج ٦ ص : ٦١ ، وانظر : فتح القدير ج ٩ ص : ١١٨ - ١١٩ ، العناية شرح الهداية

ج ٩ ص : ١١٩ ، نصب الرأية في تفريغ أحاديث الهداية ج ٥ ص : ٣٠٢ - ٣٠٣ .

القاضي يفسخ القاضي الإجارة .. ثم قال تنقلب الإجارة إلى الصحة إذا عقدت فاسدة بوجهين :

١- إذا عين ما يراد عمله في المأجور قبل الفسخ أو إذا كان أرضاً للزراعة وعين ما يراد زرعه فيها ورضي الأجر به انقلبت الإجارة إلى الصحة استحساناً ولزم الأجل المسمى لأن الإجارة تعتقد ساعة فساعة حسب حدوث المنفعة ، والفساد كان لأجل الجهالة فإذا ارتفعت كان الارتفاع في هذه الساعة كالارتفاع في وقت العقد فيعود جائزاً وانقلاب الإجارة إلى الصحة إنما كان استحساناً ، والقياس الفساد وبذلك كان يجب أن يلزم أجر المثل ، لأنه استوفي أجر المثل بحكم عقد فاسد فلا ينقلب إلى الجواز ، أما إذا لم يرض الأجر ففيه موضع للتزاع .

٢- إذا زرع المستأجر الأرض المأجورة قبل تعيين ما يراد زرعه فيها وانقضت مدة الإجارة انقلبت الإجارة إلى الصحة استحساناً أيضاً ولزم الأجر المسمى لأن المعقود عليه قد علم بالاستعمال . ثم ذكر أن القياس يجب أجر المثل لأن المنافع قد استوفيت بإجارة فاسدة (١) - (٢) .

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام ج ١ ص : ٦٠٢ - ٦٠٣ . المادة (٥٢٤) .

(٢) وجهور الفقهاء (المالكية والحنابلة والصحيح عند الشافعية أنه يجب إن يبين جنس ما يستأجر له الأرض ، زراعة أو غراساً ، دون حاجة لبيان نوع ما يزرع أو يغرس . وعلة ذلك أن الغراس قد يكون أضر بالأرض من الزرع ، وتأثير ذلك في الأرض يختلف . أما التفاوت بين الزرعين فقليل لا يضر ، وإذا لم يعين ، ولم يكن هناك عرف ، فلا يجوز ، للجهالة ، وإذا قال له : آجرتكما لتزرعها أو تغرسها ، فإنه لا يصح ، لأن لم يعين أحدهما ، فوجدت جهالة ، وإذا قال له : آجرتك لتزرعها وتغرسها صح العقد عند الحنابلة وله أن يزرعها كلها ما شاء أو أن يغرسها كلها ما شاء .

وفي قول عند الشافعية : يصح وله أن يزرع النصف ويغرس النصف ، لأن الجمع يقتضي التسوية ، وفي القول الثاني : لا يصح ، لأنه لم يبين المقدار من كل واحد منها . أما إذا أطلق ، وقال آجرتك لتتفع بها ما شئت ، فله الزرع والغرس والبناء عند الحنابلة . للإطلاق ، وللشافعية في الأرض التي لا ماء لها ، ولم يذكر أنه يكرهها للزراعة : وجهان : - أحدهما : لا يصح ، لأن الأرض عادة تكتري للزراعة ، فصار كما لو شرط أنه أكرها للزراعة .

والثاني : يصح إذا كانت الأرض عالية لا يطعم في سقيها ، لأنه يعلم أنه لم يكرها للزراعة . وإن كانت منخفضة يطعم في سقيها يسوق الماء إليها من موضع آخر ، لم تصح لأنه أكرها للزراعة مع تعذر الزراعة ، لأن مجرد الإمكان لا يكفي ،

إذ لا بد من أن يغلب علي الظن وصول الماء إليها علي الأرجح . والشافعية كالحنفية في مقابل الصحيح عندهم : لا بد من تعيين ما تستأجر له الأرض من زراعة أو غرس ، ولا بد من بيان نوع ما يزرع أو يغرس وإلا فسد العقد ، لأن الأرض تستأجر للزراعة وغيرها ، ويزرع فيها ما يضر بالأرض وما لا يضر ، فلم يكن المفقود عليه معلوماً ولذا وجب البيان ، أو يجعل له أن ينتفع بها ما شاء . قال : في الفروع : وإن أكرى أرضاً لزرع ما شاء أو غرسه وغرسه صح ، في الأصح فهما ، كالأزرع ما شئت وإن قال : لزرع قوجهان ، وكذا الغراس ، ذكر أن فيه مسألتان : الخلاف فيهما مطلق ، مسألة الزرع ومسألة الغرس والحكم واحد .

(أحدهما) يصح ، وهو الصحيح جزم به في المغني والشرح ونصراه ، ثم قال : قال في الرعاية الكبرى : وإن أكرى لزرع وأطلق زرع ما شاء .

(الوجه الثاني) لا يصح (قلت) : وهو قري ، وقدمه في التلخيص . انظر : الفروع جـ ٤ ص : ٤٤٦ وانظر : الإنصاف جـ ٦ ص : ٧ ، شرح منتهى الإرادات جـ ٢ ص : ٢٤٢ - ٢٤٣ ، كشف القناع جـ ٤ ص : ١٥ - ١٦ ، المغني لابن قدامة جـ ٥ ص : ٢٧٩ - ٢٨٢ .

وقال في بلغة السالك : قوله : أو لم يُعَيَّن بالبناء للمفعول في الأرض للكررة بناء - نائب فاعل معين - أي حيث أكرت للبناء فيها أو غرس إذا أكرت للغرس وبعضه ، أي والحال أن بعض البناء أو الغرس أضر من بعض ولا عرف بينهم يصار إليه ، فلا يجوز ، ويفسخ للجهالة ، فإن بين نوع البناء أو ما بين فيها من دار أو معصرة أو رحي وكذا الغرس ، جاز كما لو جرى عرف بشيء معين . انظر : بلغة السالك جـ ٤ ص : ٦٤ ، منح الجليل شرح مختصر خليل جـ ٥ ص : ٣٤ ، التاج والإكليل لمختصر خليل جـ ٧ ص : ٥٧٩ - ٥٨٠ ، شرح مختصر خليل جـ ٧ ص : ٤٧ - ٤٨ .

وقال في معني المحتاج : ويكفي في أرض استؤجرت لزرع تعيين الزراعة عن ذكر ما يزرع فيها كقوله : أكرتها للزراعة أو لزرعها فيصح في الأصح لقلة التفاوت بين أنواع الزرع ، ويزرع ما يشاء للإطلاق .. والثاني : لا يكفي ، لأن ضرر الزرع مختلف ، ويجري في قوله لتبين أو لتغرس لتفاوت الاختلاف في ذلك ... ولو قال لتضع بها ما شئت صح في الأصح ، ويصح ما شاء لرضاه بذلك لكن بشرط عدم الإضرار . قال ابن الصلاح في فتاويه فعليه أن يبيع المأجور ما جرت به العادة كما في إراحة الدابة ، وكذا يصح لو قال له إن شئت فازرع أي الأرض وإن شئت فاغرس في الأصح ويتخير بينهما ، لأنه رضي بالغرس والزرع أهون . والثاني : لا يصح للإهمام . انظر : معني المحتاج جـ ٣ ص : ٤٥٧ - ٤٥٨ ، وانظر : فتاوى ابن الصلاح جـ ١ ص : ٣٢٩ ، أسنى المطالب جـ ٢ ص : ٤١٤ - ٤١٥ ، تحفة المحتاج جـ ٦ ص : ١٥٠ - ١٥١ .

رجل استعار دابة ليحمل عليها عشرة أقفزة حنطة فحمل عليها عشرة أقفزة شعير ...
 رجل استعار دابة ليحمل عليها عشرة أقفزة ^(١) حنطة فحمل عليها عشرة أقفزة شعير
 - أي خالف في الجنس - ففي القياس يكون ضامناً ، لأنه مخالف ، فإنه عند اختلاف
 الجنس لا يعتبر المنفعة والضرر ، ألا ترى أن الوكيل بالبيع بألف درهم إذا باع بألف
 دينار لم ينفذ بيعه ، وفي الإستحسان لا يكون ضامناً لأنه لا فائدة للمالك في تعيين
 الحنطة ، فإن مقصوده دفع زيادة الضرر عن دابته ومثل كيل الحنطة من الشعير يكون
 أخف علي الدابة ، وقد بينا أنه إنما يعتبر من تقييده ما يكون مفيداً دون مالا يفيد شيئاً
 حتى قيل : لو سمي مقداراً من الحنطة وزناً فحمل مثل ذلك الوزن من الشعير يضمن ،
 لأنه يأخذ من ظهر الدابة أكثر مما يأخذ من الحنطة ، فهو كما لو استعارها ليحمل عليها
 حنطة فحمل عليها حطباً أو تبناً ، فأما مثل ذلك كيلاً من الشعير لا يأخذ من ظهرها
 أكثر مما يأخذ من الحنطة ^(٢) .

قال في بدائع الصنائع : إذا استأجر دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم ^(٣) شعير فحمل
 عليها عشرة مخاتيم حنطة فعطبت يضمن قيمتها ؛ لأن الحنطة أثقل من الشعير وليس من
 جنسه ، فلم يكن مأذوناً فيه أصلاً ، فصار غاصباً كل الدابة متعدداً عليها فيضمن كل

(١) الأقفزة : جمع قفز ، وهو مكيال يسع اثني عشر صاعاً (دون عكه) لحقة الشعير مع استوائهما في الحجم ، انظر مغني
 المحتاج ج ٣ ص : ٤٨٠ .

(٢) المبسوط ج ١ ص : ١٣٧ كتاب العارية .

(٣) مخاتيم من حنطة جمع مختم وهو مكيال معروف ، انظر : قواعد الفقه ج ١ ص : ٤٧٢ .

قيمتها، ولا أجر عليه ؛ لأن الأجر مع الضمان لا يجتمعان ؛ لأن وجوب الضمان لصيرورته غاصباً ، ولا أجرة على الغاصب على أصلنا ، ولأن المضمونات تملك على أصل أصحابنا ، وإذا منع وجوب الأجرة عليه ، ولو استأجرها ليحمل عليها حنطة فحمل عليها مكيلاً آخر ثقله كثقل الحنطة وضرره كضررها فعطبت لا يضمن ، وكذلك من استأجر أرضاً ليزرع فيها نوعاً سماه فزرع غيره وهما متساويان في الضرر بالأرض ، وكذلك إن استأجرها ليحمل عليها قفيزاً من حنطة فحمل عليها قفيزاً من شعير .

وكذا إذا استأجر أرضاً ليزرع فيها نوعاً آخر ضرره أقل من ضرر المسمى ، وهذا كله استحسان وهو قول أصحابنا الثلاثة ، والقياس أن يضمن ، وهو قول زفر ؛ لأن الخلاف قد تحقق فتحقق الغصب ، ولنا أن الخلاف إلى مثله أو إلى ما هو دونه في الضرر لا يكون خلافاً معني ؛ لأن رضا الثاني إذا كان مثله في الضرر كان الرضا بالأول رضا بالثاني ، وإذا كان دونه في الضرر فإذا رضي بالأول كان بالثاني أرضى فصار كما لو استأجرها ليحمل عليها حنطة نفسه فحمل عليها حنطة غيره ، وهما متساويان في الكيل أو ليحمل عليها عشرة فحمل عليها تسعة أنه لا يصير مخالفاً ، كذا هذا (١) .

وقال في البحر الرائق : لو خالف إلى مثل المسمى بأن استعار دابة ليحمل عليها عشرة أقفزة من حنطة معينة فحمل عليها هذا القدر من حنطة أخرى أو ليحمل عليها حنطة نفسه فحمل عليها حنطة غيره أو خالف إلى خير من المسمى بأن حمل هذا

(١) بدائع الصنائع ج ٤ ص : ٢١٣ ، رد المختار على الدر المختار ج ٦ ص : ٣٨ .

القدر من الشعر لا يكون ضامناً لأنه إنما يعتبر من تقييده ما يكون مفيداً حتى لو سمي مقداراً من الحنطة وزناً فحمل مثل ذلك الوزن من الشعر يضمن لأنه يأخذ من ظهر الدابة أكثر مما تأخذه الحنطة ^(١).

وقال السرخسي : إن استعارها ليحمل عليها عشرة مخاتيم من هذه الحنطة فحمل عليها عشرة مخاتيم من حنطة أخرى أو ليحمل عليها حنطة نفسه فحمل عليها حنطة غيره فلا ضمان عليه لأن التقييد إنما يعتبر إذا كان مفيداً وهذا التقييد والتعيين لا يفيد شيئاً فإن حنطته وحنطة غيره في الضرر عليها سواء .

والثاني : أن يخالف في الجنس بأن استعارها ليحمل عليها عشرة أقفزة حنطة فحمل عليها عشرة أقفزة شعر في القياس يكون ضامناً لأنه يخالف فإنه عند اختلاف الجنس لا تعتبر المتعة والضرر ^(٢).

وقال الكرايسي ^(٣) في الفروق : لو استعار دابة ليحمل عليها كَيْلاً من حنطة ، فحمل عليها كَيْلاً من الشعر لا يضمن ، لأن الحنطة أثقل من الشعر ، فقد خالفه إلي ما هو أخف وانفع للدابة فلا يضمن ، لأنه حمل أقل من وزنه ^{(٤) - (٥)}.

(١) البحر الرائق جـ ٢ ص : ٢٨٢ ، وانظر : الهداية شرح البداية جـ ٣ ص : ٢٣٦ .

(٢) المبسوط جـ ١١ ص : ١٣٧ ، وانظر : حاشية ابن عابدين جـ ٨ ص : ٣٩٦ ، مجمع الضمات ص : ٦٠ ، فتح القدير جـ ٩ ص : ١٣ ، تنقيح الفتاوى الحامدية جـ ٢ ص : ٨٣ .

(٣) الكرايسي : أبو علي الحسين بن علي بن يزيد الكرايسي البغدادي الشافعي صاحب الشافعي ، وأشهرهم باتباع مذهبهم لأنهم كان متضلعاً في الفقه والحديث والأصول ومعرفة الرجال ، من تصانيفه أسماء الملوك ، وكتاب الإمامة . مات سنة ٢٤٥ هـ . انظر : شذرات الذهب جـ ٢ ص : ١١٧ ، تاريخ بغداد جـ ٨ ص : ٦٤ - ٦٧ ، وفيات الأعيان جـ ٢ ص : ١٣٢ ، كشف الظنون جـ ١ ص : ٨٩ .

(٤) الفروق للكرايسي جـ ٢ ص : ١٤٥ ، تبين الحقائق جـ ٥ ص : ١١٦ - ١١٧ ، الجوهرة البيرة جـ ١ ص : ٢٦٢ - ٢٦٣ .

(٥) وكذلك عند المالكية يضمن إذا خالف في الجنس يقول الخطاب : من استعار دابة ليحمل عليها حنطة فجعل عليها حجارة فكل ما حُمِلَ مما هو أضر بها مما استعارها له فغطيت به فهو ضامن ، وإن كان مثله في الضرر لم يضمن كحمله عدساً في مكان حنطة أو كتاباً أو قطناً في مكان بُرٍّ ، انظر : التاج والإكليل جـ ٧ ص : ٣٠٠ ، وانظر : شرح مختصر خليل

جـ ٦ ص : ١٢٥ ، حاشية الدسوقي جـ ٣ ص : ٤٣٧ - ٤٣٨ ، حاشية الصاوي علي الشرح الصغرى جـ ٣ ص : ٥٧٥ - ٥٧٦ ، منح الجليل جـ ٧ ص : ٥٩ - ٦٠ .

وعند الحنابلة والشافعية حكم المستعير في استيفاء المنفعة حكم المستأجر فهو كالمستأجر في استيفاء المنفعة بنفسه ، وعن قام مقامه ، وفي استيفائها بعينها ، وما دونها في الضرر من نوعها إلا أنهما يختلفان في شيئين : أحدهما : لا يملك الإعارة ولا الإجارة ، علي ما يأتي ، الثاني : الإجارة يشترط لها تعيين نوع الانتفاع ، فلز أعاره مطلقاً : ملك الانتفاع بالمعروف في كل ما هو مهيأ له ، كالأرض مثلاً ، هذا الصحيح ، وفيه وجه : أنها كالإجارة في هذا انظر : الإنصاف جـ ٦ ص : ١١٢ ، وجد ٦ ص : ٥٠ - ٥٣ ، باب الإجارة ، وانظر : شرح منتهى الإرادات جـ ٢ ص : ٢٩٢ ، كشف القناع جـ ٤ ص : ٦٩ - ٧٠ ، مطالب أولي جـ ٣ ص : ٧٣٨ وجد ٣ ص : ٦٤٥ باب الإجارة وقال إبن قدامة في المغني : وحكم بإباحة الانتفاع في العارية ، كحكم الانتفاع في الإجارة فيما له أن يستوفيه ، وما يمنع منه ، انظر : المغني لإبن قدامة جـ ٥ ص : ١٣١ ، ثم قال في كتاب الإجارة : قال أحمد : إذا استأجر دابة ليحمل عليها حملاً ، فحمل عليها حنطة ، أرجو أن لا يكون به بأس ، إذا كان الوزن واحداً ، فإن كانت المنفعة التي يستوفيهما أكثر ضرراً ، أو مخالفة للمعقود عليها في الضرر ، لم يجوز ، لأنه يستوفي أكثر من حقه ، أو غير ما يستحقه ... ثم قال : وإن كان أخف ، وأقل ضرراً فلا بأس ومضى فعل فعل ما ليس له فعله ، كان ضامناً وعليه الأجرة ، وهذا كله منسوب للشافعي ، انظر المغني لإبن قدامة جـ ٥ ص : ٢٧٨ - ٢٧٩ ، وقال : في معنى المحتاج : وله أي المستعير الانتفاع بالمعار بحسب الإذن لرضا المالك به دون غيره ... ثم قال : وإن استعار للركوب إلى موضع فحارزه ضمن أجرة قهاب بماوزنه عنه ورجوعه إليه لتعديه ، انظر : معنى المحتاج جـ ٣ ص : ٣٢٢ ، وانظر : نهاية المحتاج جـ ٥ ص : ١٢٩ - ١٣١ ، وقال في إعانة الطالبين : إن تلفت ... إي الدابة المستعارة - بالاستعمال المأذون فيه لا ضمان ولو بالتعثر من ثقل حمل مأذون فيه وموت به ، انظر : إعانة الطالبين جـ ٣ ص : ١٣١ .

حكم إعادة الأرض المغصوبة الى مالكيها وفيها زرع للغاصب

إذا غصب ^(١) انسان ارضاً فزرعها ، وقبل حصاد الزرع استطاع مالك الأرض ان يستردها بناء على حكم من القاضى .

فما حكم الزرع الذى هو من ملك الغاصب ؟

القياس : هو ان الغاصب لاشئ له ويستحق المالك الزرع الموجود في الأرض ، وهذا هو رأي فقهاء الحنفية .

قال في تبين الحقائق : (ولو غرس او بنى في أرض الغير قلعا وردت) اى قلع البناء والغرس وردت الأرض الى صاحبها . ^(٢)

أما الإستحسان : هو ان المالك يخير بين أمرين هما :

اما أن يبقى الزرع للغاصب في الأرض مقابل أجر المثل ، واما أن يعطى الغاصب ثمن البذر ، وعوض لواحقه اى النفقات التى أنفقها من أسمدة او رى الأرض بأجرة . وهذا الاستحسان قال به فقهاء الحنابلة حيث استحسنته الإمام أحمد .

وجه القياس : هو ان ابتداء فعل الغاصب قد وقع ظلماً من أول الأمر ، والظلم يجب إعدامه وإزالته وليس تقريره ، لانه فعل غير مشروع .

وجه الإستحسان : هو أن في كل من بقاء الزرع في الأرض بأجرة مثله او تملك الزرع بنفقه تحصيلاً لغرض رب الأرض فملك التخيير بين الأمرين .

(١) الغصب : الإستيلاء على مال الغير بغير حق ، وهو محرم بالكتاب والسنة والاجماع . انظر : المغنى لابن قدامة ج ٥ ص : ١٣٩ .

(٢) انظر : تبين الحقائق ج ٥ ص : ٢٢٩ ، البحر الرائق ج ٨ ص : ١٣٣ ، العناية شرح الهداية ج ٩ ص : ٣٤٢-٣٤٣ ، الجوهرية النيرة ج ١ ص : ٣٤٢-٣٤٣ ، فتح القدير ج ٩ ص : ٣٤٢-٣٤٣ ، مجمع الأفر ج ٢ ص : ٤٦٢-٤٦٣ ، بلاتع الصنائع ج ٧ ص : ١٤٩ ، مجمع الضمانات ص : ١٢٧ .

قال ابن قدامة في المغني : فإن أحمد إنما ذهب الى هذا الحكم استحساناً ، على خلاف القياس ، فان القياس أن الزرع لصاحب البذر ، لانه غماء عين ماله ، فأشبهه مالهو غصب دجاجة فحضنت بيضاً له . او طعاماً فعلفه دواب له ، كان النماء له وقد صرح به أحمد فقال هذا شيء لا يوافق القياس ، استحسناً أن يدفع اليه تنفقه للأثر ^(١) ولذلك جعلناه للغاصب اذا استحقت الأرض بعد أخذ الغاصب له . ^(٢)

فانت ترى في هذه المسألة ان ما استحسنته الإمام أحمد جاء على خلاف القياس اذ القياس لاشئ للغاصب .

بينما الإستحسان التخيير جمعاً بين الحقين ، وهما حق الغاصب في الإنتفاع بزرقه ، وحق المالك في الانتفاع بأرضه . ^(٣)

قال في شرح منتهى الإرادات : (وإن أثمر ماغرسه غاصب في مغبوب) فالثمر للغاصب ^(٤) وقال في كشف القناع : (وإن ادركها) أي الأرض (ريها والزرع قائم) لم يصب (فليس له إجبار الغاصب على قلعه) ... إل أن قال : (ويخبر) مالك الأرض (بين تركه) أي الزرع (الى الحصاد بأجرته) أي أجرة مثله ، وأرض نقصها إن نقصت (وبين أخذه بتنفقه) لان كل واحد منهما يحصل به غرضه فملك الخيرة بينهما تحصيلاً لغرضه (فيرد) للمالك إن اختار أخذ الزرع للغاصب (مثل البذر وعوض لواحقه من حرث وسقى وغيرهما) ... قال : الإمام إنما اذهب

(١) الأثر : هو ما رواه نافع بن خديج قال : قال : رسول الله صلى الله عليه وسلم " من زرع في أرض قوم بغير إذنتهم فله تنفقه وليس له من الزرع شيئاً " هذا الحديث أخرجه الإمام أحمد في مسنده جـ ٣ ص : ٤٦٥ ، بسنده الى رافع بن خديج قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من زرع أرضاً بغير إذن أهلها فله تنفقه — زاد ابو كامل وهو أحد الرواة — وليس له من الزرع شيء ، ورواه الترمذى جـ ٣ ص : ٦٤٨ ، رقم (١٣٦٦) وقال : هذا حديث حسن غريب لا يعرفه من حديث ابى اسحاق الامن هذا الوجه ، ورواه ابن ماجة جـ ٢ ص : ٨٢٤ ، وابو داود في سننه جـ ٣ ص : ٢٦١ ، رقم (٣٤٠٣) وسكت عنه ، البيهقي في البين الكبرى جـ ٦ ص : ١٣٦ ، شرح معاني الآثار للطحاوى جـ ٤ ص : ١١٧ .

(٢) المغني لابن قدامة جـ ٥ ص : ١٤٧ — ١٤٩ ، وانظر : الإتصاف جـ ٦ ص : ١٣١ — ١٣٢ .

(٣) الكافي في فقه ابن حنبل جـ ٢ ص : ٣١٧ .

(٤) شرح منتهى الإرادات جـ ٢ ص : ٢٩٩ .

الى هذا الحكم استحساناً على خلاف القياس .^(١)

وقال القاضي أبو يعلى^(٢) : قال أحمد في رواية بكر بن محمد^(٣) فيمن غصب أرضاً فزرعها الزرع لرب الأرض وعليه نفقته . وليس هذا بشئ يوافق القياس واستحسن ان يدفع اليه نفقته " (٤) - (٥)

(١) كشف القناع ج ٤ ص : ٨٠ ، مطالب أول النهي ج ٤ ص : ٩ - ١٠ .

(٢) القاضي أبو يعلى : محمد بن الحسين بن محمد ، أبو يعلى القراء الحنبلي كان عالم زمانه ، اماماً في الأصول ، والقروع ، عارفاً بالقرآن وعلوم الحديث ، والفتاوى والجدل مع الزهد والورع . ألف التصنيف الكثيرة ، منها : في الأصول : العدة ، ومختصر العدة ، والكفاية ، ومختصر الكفاية ، وله أحكام القرآن ، وعيون المسائل ، والأحكام السلطانية ، وشرح الخرقى ، والمجرد في المذهب . مات سنة ٤٥٨ هـ . انظر : طبقات الخنابلة ج ٢ ص : ١٠٥ - ١١٨ ، المنهج الأحمد ج ٢ ص : ١٠٥ - ١١٨ ، المدخل الى مذهب أحمد ص : ٢١٠ - ٢٤١ ، شذرات الذهب ج ٣ ص : ٣٠٦ .

(٣) بكر بن محمد : تلميذ أحمد بن حنبل . وكان يقدمه ويكرمه وعنده مسائل كثير رواها عن أبي عبدالله . انظر : طبقات الخنابلة لأبي يعلى ج ١ ص : ١١٩ .

(٤) العدة للقاضي أبي يعلى ج ٥ ص : ١٦٠٥ ، المسودة ج ١ ص : ٤٠٢ .

(٥) ووافق الشافعية الخنابلة في هذه المسألة فقالوا بغير المالك بين ابقاء الزرع الى الحصاد ، وأخذ أجر الأرض وأرض النقص من الغاصب . وبين أخذ الزرع له ، ودفع النفقة للغاصب ، لقوله صلى الله عليه وسلم : (من زرع في أرض قوم بغير إذنهم ، فليس له من الزرع شيء وعليه نفقته) وقوله عليه السلام في حديث آخر : (غلوا زرعكم وردوا اليه نفقته) أى للغاصب - أخرجه أبو داود في سننه ج ٢ ص : ٢٣٣ - ٢٣٤ ، في باب في التشديد في ذلك (المزرعة) ، من كتاب البيوع - قال الشافعي في الأم : ولو غصب أرضاً فغرسها قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (ليس لعرق ظالم حق) - أخرجه البخاري في صحيحه ج ٣ ص : ١٤٠ ، في : باب من أحيا أرضاً مواتاً ، من كتاب الحث ، وأبو داود في سننه ج ٢ ص : ١٥٨ ، في باب في احياء الموات ، من كتاب الإمارة ، والترمذي في عارضة الأحوذى ج ٦ ص : ١٤٦ ، في باب ما ذكر في احياء أرض الموات من أبواب الأحكام ، والإمام مالك في الموطأ ج ٢ ص : ٧٤٣ ، في باب القضاء في عمارة الموات من كتاب الأقضية ، والإمام أحمد في مسنده ج ٥ ص : ٣٢٧ ، فعليه ان يقطع غرسه ويرد ما تنقصت الأرض انظر : الأم للشافعي ج ٨ ص : ٢١٧ ، وقال في تحفة المحتاج : وللغاصب قلعة وإن نقصت به الأرض او رضى به المالك بإيقاعه بالاجرة او أراد تملكه اذا لا إرض على المالك في القلع . انظر : تحفة المحتاج ج ٦ ص : ٤٢ ، وانظر : شرح البهجة ج ٣ ص : ٢٥٩ ، حاشيتا قليوبي وعميرة ج ٣ ص : ٤٠ .

وعند المالكية : قال في منح الجليل : من تعدى على أرض رجل فزرعها فقام ربا وقد نبت الزرع فإن قام في إتيان يدرك فيه الحث فله قلعة ، يريد وعلى زراعته قلعه ، وإن فات الإبان فله كراء الأرض وكذلك غاصب الأرض . ابن القاسم وأشهب . وإن كان صغيراً اذا قلع لا يتنفع به قضى به لرب الأرض بلائق ولا زريعة ولا شيء . ابن المواز لو كان صغيراً جداً في الإبان فأراد رب الأرض تركه وأخذ الكراء فلا يجوز فذلك لانه يحكم به لرب الأرض ، فكأنه بيع زرع لم يد صلاحه بكراء الأرض . ابن القاسم واذا كان في الإبان وهو اذا قلع يتنفع به فله لرب الأرض أخذ الكراء او أمره بقلعه الا أن يتراضيا على أمر يجوز ، وإن رضى الزارع ان يتركه لرب الأرض جاز اذا رضى رب الأرض . واذا لم يكن في قلعة نفع ترك لرب الأرض إلا

أن يأباه قيام بقلعه . عبد الرهاب . لقوله صلى الله عليه وسلم (ليس لعرق ظالم حق) وهذا عرق ظالم ، ولأن منافعا غير مملوكة للزراع ولا شبهة له فيها فليس له اشغافا على رها ، فان قام عليه وقد فات الإبان للزراعة ولا يتنفع المالك بأرضه إن قلع الزرع فقليل له قلعه ، وقيل ليس له قلعه ، وإنما له كراء أرضه ، والقول الأول أصح . انظر : منح الجليل جـ ٧ ص : ١٥٤ التاج والإكليل جـ ٧ ص : ٣٤١ - ٣٤٢ ، وانظر : المدونة جـ ٣ ص : ٥٤٤ - ٥٤٥ ، شرح مختصر خليل جـ ٦ ص : ١٥١ - ١٥٢ ، حاشية الدسوقي جـ ٣ ص : ٤٥٤ - ٤٥٥ حاشية الصاوي على الشرح الصغير جـ ٣ ص : ٦١٤ - ٦١٥ .

الشفعة في المضاربة :

وان كان رأس المال الف درهم فاشترى بها المضارب داراً تساوى ألفاً ، او اقل او اكثر ورب المال شفعيها بدار له ورجل أجنبي أيضاً شفعيها بدار له ، أخرى فلهما ان يأخذا الدار نصفين ، لأن كل واحد منهما لو انفرد لاستحق الكل بالشفعة ، فإذا اجتمعا وطلباها أخذها بينهما نصفين فإن سلم رب المال الشفعة واراد الاجني ان يأخذها فالقياس ان يأخذ الاجني نصف الدار بالشفعة وليس له غير ذلك ؛ لان المضارب انما اشتراها لرب المال ، وشراؤه لشفيع نفسه يكون أخذاً بالشفعة ، فكذا شراء غيره له ، وأخذ الشفعين اذا سلم بعد الاخذ فليس للآخر ان يأخذ الا النصف ، بخلاف ما اذا سلم قبل الاخذ ، لان مزاحمته في الاخذ تنعدم بالتسليم قبل الاخذ لابعده وفي الاستحسان للأجنبي ان يأخذ الدار كلها ، او يدع ، لان للمضارب انما اشترى للمضاربة ، وذلك حق آخر غير حق رب المال فيما له على الخصوص والمزاحمة بينهما باعتبار الحق الخالص لكل واحد منهما ، ولم يوجد من رب المال ، أخذ باعتبار هذا الحق ، ولا من غيره له فإتاما سلم قبل الأخذ ، والدليل عليه انه لو تمكن الأجنبي من أخذ النصف تفرقت الصفقة به على المشتري ، وليس للشفيع حق تفريق الصفقة على المشتري بالأخذ بالشفعة فلهذا يأخذ كلها او يدع .^(١)

(١) المبوط جـ ٢٢ ص : ١٤٩ ، كتاب المضاربة باب الشفعة في المضاربة ، بدائع الصنائع جـ ٦ ص : ١٠١ .

استأجرة الظئر له ظئراً أخرى فأرضعته فلها الأجرة استحساناً .

فإن استأجرت الظئر له ظئراً أخرى فأرضعته فلها الأجرة استحساناً ؛ لأن ارضاع الثانية يقع للأولى فكأنها أرضعته بنفسها ، و في القياس لا أجر لها ؛ لان العقد وقع على عملها .^(١)
وقال في البدائع الصنائع : فإن استأجرت الظئر ظئراً أخرى فأرضعته او دفعت الصبي الى جاريتها فأرضعته فلها الأجر استحساناً والقياس ان لا يكون لها الأجر . وجه القياس : ان العقد وقع على عملها فلا تستحق الاجر بعمل غيرها كمن استأجر احداً ليعمل بنفسه فأمر غيره فعمل لم يستحق الأجرة فكنا هذا .

وجه الاستحسان : أن ارضاعها قد يكون بنفسها وقد يكون بغيرها لأن الانسان تارة يعمل بنفسه وتارة بغيره ولأن الثانية لما عملت بأمر الاولى وقع عملها للأولى فصار كأنها عملت بنفسها هذا اذا أطلق فاما اذا قيد ذلك بنفسها ليس لها ان تسترضع أخرى لان العقد او جب الارضاع بنفسها فإن استأجرت أخرى فأرضعته لاستحق الأجر .^{(٢) - (٣)}

- (١) الجوهرة النيرة جـ ١ ص : ٢٧٠ - ٢٧١ ، كتاب الاجارة اجارة المشاع ، البحر الرائق جـ ٨ ص : ٢٦ ، جـ ٨ ص : ٣٤ ، الدر المختار جـ ٦ ص : ٥٤ ، المبسوط جـ ١٥ ص : ١١٨ ، بدائع الصنائع جـ ٤ ص : ١٧٥ ، جـ ٤ ص : ٢٠٩ ، تبين الحقائق جـ ٥ ص : ١٢٩ ، رد المختار على الدر المختار جـ ٦ ص : ٥٤ .
- (٢) بدائع الصنائع جـ ٤ ص : ٢٠٩ ، وانظر : البحر الرائق جـ ٨ ص : ٢٤ ، المبسوط للرخسى جـ ١٥ ص : ١٢٧ .
- (٣) قال في المبدع عند الخاتبة : فلو سقته لبن غنم او دفعته الى غيرها فلا أجر لها لأنها لم تنف بالمعقود عليه . انظر : المبدع جـ ٥ ص : ٦٧ ، وانظر : كشف القناع جـ ٣ ص : ٥٥٣ ، الإنصاف جـ ٦ ص : ١٦ ، الكافي في فقه ابن حنبل جـ ٢ ص : ٣٠٣ ، المغني لابن قدامة جـ ٥ ص : ٢٨٩ ، شرح منتهى الارادات جـ ٢ ص : ٢٤٤ - ٢٤٥ ، وعند الشافعية : قال في أسنى المطالب : لو استأجرها لإرضاع ولده فأسقته لبن الغنم واطعته شيئاً لاشيء لها لأنها لم ترضع . انظر : أسنى المطالب جـ ٢ ص : ٤١٣ .

البناء في الارض المشفوع فيها او الغرس فيها ثم قضى للشفيع بالشفعة .

اختلف الفقهاء فيما اذا بنى المشتري في الأرض المشفوع فيها او غرس فيها ، ثم قضى للشفيع بالشفعة . وسبب الاختلاف على ما قال ابن رشد ^(١) هو تردد تصرف المشفوع عليه العالم بوجود الشفعة عليه بين شبهة تصرف الغاصب وتصرف المشتري الذي يطرأ عليه الاستحقاق وقد بنى في الارض وغرس وذلك أنه وسط بينهما . فمن غلب عليه شبهة الاستحقاق لم يكن له أن يأخذ بالقيمة ، ومن غلب عليه شبه التعدي كان له أن يأخذ بنقصه او يعطيه قيمته منقوضاً . ولقد ذهب الحنفية : الى أنه اذا بنى المشتري في الأرض المشفوع فيها او غرس ، ثم قضى للشفيع بالشفعة فهو بالخيار ، إن شاء أخذها بالثمن والبناء والغرس بقيمته مقلوعاً ، وإن شاء أجزر المشتري على قلعهما ، فيأخذ الأرض فارغة . لانه بنى في محل تعلق به حق متأكد للغير من غير تسليط من جهة من له الحق فيتقضى كالراهن اذا بنى في المرهون ، وهذا لان حقه أقوى من حق المشتري ، لانه يتقدم عليه ، ولهذا ينقض بيعه وهبته وتصرفاته .

وروى عن ابن يوسف : أنه لايجز المشتري على القلع ويحجر الشفيع بين أن يأخذ بالثمن وقيمة البناء والغرس وبين أن يترك ، ووجه ذلك عنده أنه محق في البناء لانه بناه على ان الدار ملكه ، والتكليف بالقلع من احكام العدوان وصار كالموهوب له والمشتري شراء فاسد ، وكما اذا زرع المشتري فانه لايكلف القلع ، وهذا لأن ايجاب القيمة دفع أعلى الضررين يتحمل الأدنى فيصار اليه . اما الزرع فالقياس قلعه ولكن الاستحسان عدم قلعه ، لأن له نهاية معلومة ويبقى بالأجر وليس فيه كثير ضرر . ^(٢)

قال في نصب الرأية : أنه بنى في محل تعلق به حق متأكد للغير من غير تسليط من جهة من له الحق فيتقضى كالراهن اذا بنى في المرهون وذلك لان حقه أقوى من حق المشتري لانه يتقدم عليه ولهذا ينقض بيعه وهبته وغيره من تصرفاته بخلاف الهبة والشراء الفاسد لانه حصل بتسليط من جهة من له الحق ولان حق الاسترداد فيهما ضعيف ولهذا لايبقى بعد البناء وهذا الحق يبقى فلا معنى لايجاب القيمة كما في الاستحقاق والزرع قياساً ، وانما لايقلع استحساناً لان له نهاية معلومة ويبقى بالأجر وليس فيه كثير ضرر وإن أخذه بالقيمة يعثر قيمته - مقلوعاً . ^{(٣) - (٤)}

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ١٩٩ .

(٢) العناية شرح الهداية ج ٩ ص : ٣٩٨ - ٤٠١ ، فتح القدير ج ٩ ص : ٣٩٨ - ٤٠١ ، البحر الرائق ج ٨

ص : ١٥٥ ، الجوهرية النيرة جـ ١ ص : ٢٨٣ ، تبسین الحقائق جـ ٥ ص : ٢٥٠ ، مجمع الأثر جـ ٢ ص : ٤٧٨ - ٤٧٩ .

(٣) نصب الرأية في تخريج احاديث الهداية جـ ٥ ص : ٤٣٥ ، وانظر : العناية شرح الهداية جـ ٩ ص : ٣٩٨ - ٤٠١ ، فتح القدير جـ ٩ ص : ٣٩٨ - ٤٠١ ، البحر الرائق جـ ٨ ص : ١٥٥ .

(٤) وذهب المالكية : إلى انه اذا أحدث المشتري بناء او غرساً او ما يشبه ذلك في الشقص قبل قيام الشفع ثم قام الشفع بطلب شفيعه فلا شفعة الا أن يعطى المشتري قيمة ما بنى وما غرس . وللمشتري الغلة الى وقت الأخذ بالشفعة لأنه في ضمانه قبل الأخذ بها والغلة بالضمان . في المدونة قلت : أرأيت إن اشتريت شقصاً من أرض فزرعتها أو غرستها فأتى الشفع ليأخذ بالشفعة ؟

قال : قال مالك : له أن يأخذ بالشفعة ، والزروع للزراع . قلت : فهل يكون للشفيع من الكراء شيء أم لا ؟ قال : لا يكون له من الكراء شيء . قلت : فإذا كان قد غرسها نخلاً أو شجراً ؟ قال : اذا غرسها نخلاً أو شجراً ، فإنه يقال للشفيع ان شئت فخذها واغرم قيمة ما فيها من الغرس قائماً ، فان ابى لم تكن له شفعة وهذا قول مالك . انظر : المدونة جـ ٤ ص : ٢٣٤ ، وانظر : الفواكه الدواني جـ ٢ ص : ٢٣٤ ، مواهب الجليل جـ ٥ ص : ٣٠١ .

وذهب الشافعية : الى أنه اذا بنى المشتري او غرس او زرع في الشقص المشفوع ثم علم الشفع فله الأخذ بالشفعة وقطع بنائه وغرسه وزرعه بجائناً لا يحق الشفعة . انظر : الأم للشافعي جـ ٧ ص : ١١٥ ، وانظر : روضة الطالبين جـ ٥ ص : ٩٤ ، فالمشتري اذا بنى او غرس في الارض المشفوع فيها ثم قضى للشفيع بالشفعة فهو بالخيار ان شاء أخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس وان شاء كلف المشتري قلعه وعند ابى يوسف يخير بين أن يأخذ بالثمن وقيمة البناء والغرس وبين أن يترك وبه قال الشافعي وذلك لانه محق في البناء لانه بناه على الدار ملكه والتكليف بالعدوان من احكام العدوان وصار كالسهموب له وللمشتري شراء فاسداً وكما اذا زرع المشتري فانه لا يكلف القلع وذلك لان في الجواب الأخذ بالقيمة دفع أعلى الضرر بحمل الأدنى فيصار اليه . وقال : في أسنى المطالب : لو (بنى المشتري او غرس) او زرع في المشفوع (ولم يعلم الشريك) وهو الشفع بذلك ، ثم علم (قلع) البناء والغراس والزروع (بجائناً) لا يحق الشفعة بل (لعدوانه) اى المشتري على شريكه (لا إن بنى) المشتري في نصيبه (بعد القسمة ، ثم شفع) أي اخذ الشفع بالشفعة فلا يقطع بجائناً ؛ لانه بنى في ملكه الذى يتخذ تصرفه فيه ، وتعلق حق الشفعة لأيمكن من القلع بجائناً . انظر : اسنى المطالب جـ ٢ ص : ٣٧٢ ، وانظر : معنى المحتاج جـ ٣ ص : ٣٨٧ ، اما الجائبة : فقد قال ابن قدامة : واذا بنى المشتري أعطاه الشفع قيمة بنائه ، الا أن يشاء المشتري أن يأخذ ببناءه ، فله ذلك ، اذا لم يكن في اخذه ضرر ... وذلك لقول النبي صلى الله عليه وسلم : (لا ضرر ولا ضرار) - الحديث سبق تخريجه ص : ٤٠٦ - ولا يزول الضرر عنهما الا بذلك ، ولانه بنى في ملكه الذى تملك يبعه فلم يكلف قلعه مع الاضرار كما لو لم يكن مشفوعاً وفارق ما قاسوا عليه فانه بنى في ملك غيره ولانه غرق ظالم وليس لعرق ظالم حق بخلاف مسائلنا فانه غير ظالم فيكون له حق . انظر : المعنى لابن قدامة جـ ٥ ص : ١٩٩ ، مسألة بناء المشتري وغرسه في الشقص المشفوع على وجه مباح ، وانظر : المبدع جـ ٥ ص : ٢٢١ ، الإنصاف جـ ٧ ص : ٢١٠ ، الفروع لابن مفلح جـ ٤ ص : ٥٤٤ - ٥٤٥ ، كشاف القناع جـ ٤ ص : ١٥٧ .

الشفعة في الثمار

ولا شفعة الا في الأرض وما يتصل بها من البناء والشجر ونحوهما من الثمار والمقائى . اما لتصل بالأرض من البناء فهو لا يقبل القسمة وفيه خلاف والمشهور انه لا شفعة فيه . قال خليل : عقاراً ولومناًقلاً به إن انقسم وفيها الإطلاق ، وعمل به بعض القضاة في نحو القرن والحمام ، ومنشأ الخلاف في سبب الشفعة هل هو ضرر الشركة او ضرر القسمة اذا طلبها البعض وأتى غيره ؟ فمن قال بالاول أثبتتها في الجميع ، ومن قال شرعت لدفع ضرر القسمة منعها فيما لا ينقسم لانتفاء الضرر ، اذ لا يجبر الممتنع لها من طلبها عند عدم الإمكان او مع الإمكان الذى يحصل منه فساد المقسوم . واما الثمار والمقائى فقد استحسنت الامام مالك ثبوت الشفعة في الثمار ، سواء بيعت مع أصلها او منفردة عنه فانه قال : ما علمت احداً قبلى من اهل العلم قاله ولكن استحسنته ، وألحق أصحابه بالثمار المقائى والقطن والبادنجان والقرع وكل ما تجيء ثمرته مع بقاء أصله ففيه الشفعة الا ان تبيس الثمرة فلا شفعة فيها ويقوز بها المشتري .^(١) قال الخرشي^(٢) : ان هذه احدى مسائل الاستحسان فاذا باع احد الشركاء نصيبه من ثمر في شجر قد ازهى قبل قسمة والاصل لهم او بأيديهم في ماقاة او حبس او من مقاة فليشركائه الاخذ بالشفعة .^(٣) ومعلوم ان الشفعة انما هي في المشترك من الثمار وغيرها ثم الاشتراك في الثمر اما ان يكون مع الاشتراك في الاصل كحائط بين رجلين باع احدهما نصيبه فشفعه شريكه وكان في الاصل ثمار في وقت الاخذ بالشفعة واما من غير اشتراك في الاصل في الثمرة وحدها كالحبس عليهم والمساقى بأيديهم .^(٤)

(١) القواكه الدوان ج ٢ ص : ١٥١ - ١٥٢ ، باب في الشفعة ، منيع الجليل شرح مختصر خليل ج ٧ ص : ٢٠١ - ٢٠٢ ، باب في البيع باب في بيان حقيقة الشفعة واحكامها ، مواهب الجليل ج ٥ ص : ٣١٣ ، شرح مختصر خليل ج ٦ ص : ١٦٧ .

(٢) الخرشي : محمد بن عبدالله بن علي الخرشي الفقيه العلامة البركة القدوة الفيامة شيخ المالكية . انتهت اليه الرئاسة عصر ، أعذ عن والده ، والبرهان اللقاني ، والنور الأجهري وغيرهم ، له شرح كبير على المختصر ، وصغير ، رزق فيه القبول ، وغير ذلك ، مات سنة ١١٠١ هـ . انظر : شجرة النور الزكية ج ١ ص : ٣١٧ .

(٣) شرح مختصر خليل للخرشي ج ٦ ص : ١٦٨ ، باب الشفعة . وانظر : المنتقى شرح الموطأ ج ٦ ص : ٢٠٣ ، ماتقع فيه الشفعة ، التاج والاكيل ج ٧ ص : ٣٧٨ ، باب في اركان الشفعة وكيفية الأخذ .

(٤) شرح ميارة ج ٢ ص : ٤٢ ، فصل في الشفعة . وانظر : القواكه الدوان على رسالة ابن أبي زيد القيرواني ج ٢ ص : ١٥١ - ١٥٢ ، باب في الشفعة ، حاشية الدررقي ج ٣ ص : ٤٨١ - ٤٨٢ ، باب الشفعة ، بلغة السالك لا قرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير ج ٣ ص : ٦٣٨ ، الشفعة في الثمار .

يجوز للشريك أن يأخذ بالشفعة ما باعه شريكه من البناء أو الغرس الكائن ذلك بينهما في الأرض المحبة ...

المشهور أنه يجوز للشريك أن يأخذ بالشفعة ما باعه شريكه من البناء أو الغرس الكائن ذلك بينهما في الأرض المحبة أو في الأرض المتعارة بقوله كشجرة مثبه بقوله عقاراً ولما كان هذا الشجر والبناء خاصاً صلح تشبيهه بالعقار إذ لا بد من مغايرة المشبه للمثبه به والمغايرة هنا بالعموم والخصوص ومسألة البناء هي إحدى مسائل الاستحسان الأربع التي قال فيها مالك أنه لشيء استحسنته وما علمت أن أحداً قاله قبلي .^(١)

قال الدسوقي^(٢) في حاشيته : ثم شبه بقوله عقاراً قوله كشجر مشترك وبناء مشترك بأرض حُيسَ على البائع وشريكه في الشجر ، أو البناء ، أو على غيرهما أو بأرض شخص مُعيرٍ باع أحد الشركاء نصيبه من الشجر أو البناء الكائنين في تلك الأرض فلشريكه الآخر الأخذ بالشفعة وهذه المسألة إحدى مسائل الاستحسان الأربعة ...^(٣)

وقال في التاج والاكلیل : وإذا بنى قوم في أرض حبست عليهم ثم مات أحدهم فأراد بعض ورثته بيع نصيبه من البناء فلاخوته الشفعة فيه استحسنته الإمام مالك وهذه إحدى مسائل الاستحسان الأربع التي استحسنتها الإمام مالك ولم يسبقه أحدٌ إليها .^(٤) وقال الإمام مالك في جميع ذلك - أي المسائل الأربعة ومنها الشفعة في الثمار والقصاص بالشاهد واليمين وفي الأتملة من الإهمام خمس من الأبل - لشيء استحسنته وما علمت أحداً قاله قبلي .^{(٥) - (٦)}

(١) شرح مختصر خليل للخرشي ج ٦ ص : ١٦٧ ، باب الشفعة .

(٢) الشیخ : محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالکی : صاحب حاشية الدسوقي على الشرح الكبير . كان إنساناً حسن العشرة والمردة . انظر : عجائب الآثار ج ١ ص : ٥٥٠ - ٦٥١ . مقدمة حاشية الدسوقي ص : ٢ .

(٣) حاشية الدسوقي ج ٣ ص : ٤٧٩ ، وانظر : شرح ميارة ج ٢ ص : ٤٢ .

(٤) حاشية الصاوي على الشرح الصغير ج ٣ ص : ٦٣٨ ، الشفعة في الثمار .

(٥) التاج والإکلیل ج ٧ ص : ٣٧٨ . وانظر : منح الجليل شرح مختصر خليل ج ٧ ص : ٢٠١ .

(٦) ولقد ذهب الفقهاء الى ثبوت الشفعة في الثمر اذا بيع مع الأصل لتبعيته له عند الجمهور وقال الحنفية يأخذ الشفيع الأرض مع ثمرها اذا كان المشتري اشترى الأرض مع ثمرها بأن شرط في البيع أو ثمر الشجر عند الشراء قالوا لأن الثمر لا يدخل في البيع إلا بالشرط لأنه ليس ببيع والقياس ان لا يكون له اخذ الثمر لعدم التبعية كالمبتاع الموضوع فيها . ووجه الاستحسان انه بالاتصال حَقَقَةٌ صار تبعاً من وجه ولانه متولد من المبيع فيسرى اليه الحق الثابت في الأصل الحادث قبل الأخذ بالشفعة

انظر : تبين الحقائق شرح كتر اللغات ج ٥ ص : ٢٥١ ، البحر الرائق ج ٨ ص : ١٥٦ ، قال في مجمع الأثر :
(وان شري المشتري الارض مع شجر مثمر) بأن شرطه في البيع (او غير مثمر فأنظر في يده) أي المشتري بعد الشراء
(اخذها الشفع مع الثمر فيها) ؛ لانه اتصال خلقة صار تبعاً من وجه هو الاستحسان والقياس ان لا يكون له أخذ الثمرة
لعدم التبعية كالمنازع الموضوع فيها (فإن جذه) أي قطع الشجر واجتناء (المشتري فليس للشفيع اخذه) ؛ لانه لم يبق تبعاً
للعقار وقت الأخذ حيث صار مفصلاً عنه فلا يأخذه . انظر : مجمع الأثر ج ٢ ص : ٤٧٩ ، رد المختار على الدر المختار
ج ٦ ص : ٢٣٤ .

وذهب الحنابلة والشافعية الى أن الثمر المؤبر لا يدخل بالشفعة لانه لا يدخل في البيع فلا يدخل في الشفعة كأثاث الدار لان
الشفعة بيع في الحقيقة لكن الشارع جعل للشفيع سلطان الاخذ بغير رضا المشتري واما الثمر غير المؤبر فانه يدخل في الشفعة
لانه يتبع في البيع فبيع في الشفعة لانها بيع . قال في كشف القناع : ولا يؤخذ بالشفعة تبعاً ولا مفرداً (ثمرة) قال في المغني
والشرح وظاهره (و) لا (زرع) لأنهما لا يدخلان في البيع فلا يدخلان في الشفعة كقماش الدار لان الشفعة بيع في الحقيقة
لكن الشارع جعل للشفيع سلطان الأخذ بغير رضا المشتري (فان بيع شجر) مع أرض فيها شجرة وأخذ الشجر تبعاً للأرض
بالشفعة (وفيه) أي الشجر (ثمرة غير ظاهرة كالطلع غير المتشقق دحل) الثمر (في الشفعة) أي المشفوع تبعاً له حيث
أخذه الشفع قبل التشقق لانه يتبع في البيع فبيعه في الشفعة لانها بيع في المعنى فان لم يأخذه حتى تشقق بقي الثمر لمشتري إلى
أوان أخذ . انظر : كشف القناع ج ٤ ص : ١٤٠ ، مطالب اولى النهى ج ٤ ص : ١٠٩ - ١١٠ ، وانظر : المدع
ج ٥ ص : ٢٠٨ .

وقال في أسنى المطالب : (ويأخذها) أي الشفع الاشجار .. (بثمر حادثة) بعد البيع (لم تؤبر) عند الأخذ ؛ لانها قد
تسبعت الاصل في البيع فبيعه في الاخذ كالبناء والغرس (لا ان أبرت) عنده فلا يأخذها لانتفاء التبعية (ويأخذ) الثمرة
(الداخلة في العقد بالشرع) . أي بغير شرط (ولو لم يتفق الأخذ) لها (حتى أبرت) لدخولها في مطلق البيع ولان حقه تعلق
بها ، وزادها بالتأخير كالزيادة الحاصلة في الشجرة (ولا يأخذ الداخلة بالشرط) لانتفاء التبعية في مطلق البيع (فتخرج الثمرة
المؤبرة المشروطة) أي المشروط دخولها في البيع عن الأرض والنخيل اللتين يأخذها بالشفعة (بحصتها) من الثمن (كالزرع)
المشروط دخولها في البيع . انظر : أسنى المطالب ج ٢ ص : ٣٦٣ - ٣٦٤ ، حاشيتا قليوبي وعميرة ج ٣ ص : ٤٤ ،
تحفة المحتاج ج ٦ ص : ٥٦ ، معنى المحتاج ج ٣ ص : ٣٧٤ ، نهاية المحتاج ج ٥ ص : ١٩٦ ، اما اذا بيع منفرداً فقد
منع جمهور الفقهاء - الحنفية والشافعية والحنابلة - الشفعة فيها لان الشفعة لا تثبت في المنقولات عندهم لعدم دوام الملك فيها
والشفعة شرعت لدفع الضرر سوء الجوار على الدوام .

وذهب المالكية الى جواز الشفعة في الثمار التي لها اصل أي بحيث تجنى ثمرته ويبقى اصله لكن بشرط ان تكون موجودة
حين الشراء ومؤبرة . انظر : الموسوعة الفقهية ج ١٥ ص : ٢٠ .

إذا بنى قوم في أرض حبت عليهم ثم مات أحدهم فأراد بعض ورثته بيع نصيبه من البناء فلاخوته الشفعة .

وإذا بنى قوم في أرض حبت عليهم ثم مات أحدهم فأراد بعض ورثته بيع نصيبه من البناء فلاخوته الشفعة فيه استحسنته الإمام مالك ولم يسبقه أحد إليها وهي مسألة من المسائل الأربعة التي استحسنتها الإمام مالك . والثانية الشفعة في الثمار . والثالثة القصاص بشاهد وبمين والرابعة جعل دية أغلة الإجماع خمساً من الإبل .^(١)

قال سحنون في الحبس يئني فيه جماعة فمات أحدهم فأراد ورثته بيع نصيبه من ذلك البناء استحسنته ان يكون لإخوته الشفعة .^(٢)

قال في المدونة : وسئل مالك عن قوم حبت عليهم دار فبنوا فيها ، ثم ان أحدهم مات ، فأراد بعض ورثة الميت ان يبيع نصيبه من ذلك البان فقال إخوته ، نحن نأخذ بالشفعة . افترى في مثل هذا شفعة لهم ؟ فقال مالك : ماالشفعة إلا في الدور والأرضين ، وان هذا الشيء ما سمعت فيه شيئاً ، وما أرى اذا نزل مثل هذا الا ولهم في ذلك الشفعة . ونزلت بالمدينة فرأيت مالكا استحسنت أن يجعل في مثل ذلك الشفعة . فمسألتك .^(٣)

(١) منح الجليل شرح مختصر خليل جـ ٧ ص : ٢٠١ ، باب في البيع باب في بيان حقيقة الشفعة وأحكامها ، التاج والإكليل لمختصر خليل جـ ٧ ص : ٣٧٨ ، باب في اركان الشفعة وكيفية الأخذ ، مواهب الجليل جـ ٥ ص : ٣١٨ - ٣١٩ .

(٢) المتقى شرح الموطأ جـ ٦ ص : ٢٠٠ .

(٣) المدونة جـ ٤ ص : ٢١٦ .

رجل له حنطة عند رجل وشعير لآخر عند ذلك الرجل ايضا ودیعة فخلطهما من لا يقدر عليه .
 فلو ان رجل له حنطة عند رجل وشعير لآخر عند ذلك الرجل ايضا ودیعة فخلطهما من لا يقدر
 عليه ولا يعرف . قال ياعان ، ثم یقسم الثمن على قيمة الحنطة والشعير ، وهذا عندهما .
 وهو الاستحسان عند ابي حنيفة . اما القياس : المخلوط صار مملوكا للخالط ، وحق كل
 واحد منهما في ذمته ، ولا ولاية لهما عليه في بيع ملكه لحقهما ، ووجه الاستحسان ان المخلوط ،
 وان صار مملوكا للخالط ، ولكن لم ينقطع حقهما عنه بل يتوقف تمام انقطاع حقهما على وصول
 البدل اليهما ، الا ترى انه لا یجمل للخالط الانتفاع بالمخلوط ما لم یؤد البدل اليهما واذا بقى حقهما
 فيه قلنا یباع لایفاء حقهما عند تعذر استیفاء الضمان من الخالط كالمبیع في يد البائع ، یباع في
 الثمن إذا تعذر استیفاؤه من المشتري لغيته ، ثم یضرب صاحب الحنطة في الثمن بقيمة حنطته
 مخلوطا بالشعير وصاحب الشعير یضرب بقيمة شعيره غير مخلوط بالحنطة ، لان الحنطة تنقص
 بالاختلاط بالشعير . وانما دخل في البيع بهذه الصفة ، فلا یضرب بقيمتها الا بالصفة التي دخلت
 في البيع ، والشعير تزداد قيمته بالاختلاط بالحنطة ، ولكن هذه الزيادة من مال صاحب الحنطة فلا
 يستحق الضرب بها معه ، فلهذا یضرب بقيمة الشعير غير مخلوط .^(١)

قال في بدائع الصنائع : انه ضامن لكل واحد منهما مثل حقه عند ابي حنيفة لان الخلط إتلاف .
 وعندهما لهما ان یأخذا العين ویباعاها ویقسم الثمن على قيمة الحنطة مخلوطاً بالشعير وعلى

(١) المبسوط ج ١١ ص : ٩٧ ، كتاب الغصب رجل غصب دار رجل وسكنها ، وانظر : حاشية ابن عابدين ج ٨
 ص : ٣٥٢ .

قيمة الشعر مخلوط بالحنطة لان قيمة الحنطة تنقص بخلط الشعر وهو يستحق الثمن لقيام الحق في العين وهو مستحق العين بخلاف قيمة الشعر لان قيمة الشعر تزداد بالخلط بالحنطة وتلك الزيادة ملك الغير فلا يستحقها صاحب الشعر .^(١)

وقال في رد المختار : (ضمنه وملكه) اما الضمان فلتعدي ، واما الملك في التغير وزوال الاسم فلأنه احدث صنعة متقومة وفي الاختلاط لئلا يجتمع البدلان في ملك المغصوب منه .^(٢)

وقال في التاج والإكليل : وقوله : يباع ويقتسمان الثمن استحسان اذ لامانع يمنع من اقتسام الطعام بعينه على القيم ، ولو لم يجز اقتسامه بعينه على القيم لما جاز اقتسامه منه على ذلك ؛ لانه انما يباع على ملكهما فانما هو ياخذ ثمن ما كان أحذه له ، ولا يجوز لهما ان يقتسماه على الكيل^(٣)

وقال في المدونة : فيمن غصب من رجل حنطة ومن آخر شعيراً فخلطتهما أو خشبة فجعلها في بنيانه قلت : أرايت إن اغتصبت من رجل حنطة ومن آخر شعيراً فخلطتهما ، ما على ؟ قال : عليك حنطة مثل الحنطة لصاحب الحنطة ، وشعير مثل الشعر لصاحب الشعر ..^{(٤) - (٥)}

(١) بدائع الصنائع ج ٦ ص : ٢١٣ ، وانظر : العناية شرح الهداية ج ٨ ص : ٤٨٨ - ٤٨٩ ، كتاب الوديعة ، ج ٩ ص : ٣٢٢ ، كتاب الغصب .

(٢) رد المختار على الدر المختار ج ٦ ص : ١٩١ ، الجوهرة النيرة ج ١ ص : ٣٤٨ ، شرح فتح القدير ج ٩ ص : ٣٢٢ - ٣٢٣ .

(٣) التاج والإكليل ج ٧ ص : ٢٧٣ ، كتاب الوديعة ، الوديعة ضمان عند التلف ورد عند البقاء .

(٤) المدونة الكبرى ج ٤ ص : ١٨٦ - ١٨٧ ، وانظر : مواهب الجليل ج ٥ ص : ٢٥٤ ، الكافي لابن عبد البر المالكي ج ١ ص : ٤٠٤ ، منح الجليل ج ٧ ص : ٨ .

(٥) وعند الشافعية : قال في اسنى المطالب : (وان خلطه بغير جنسه كزيت بشعير ودقيق حنطة بدقيق شعر فمالك) أي فكلها مالك لما مرّ وبطلان فائدة خاصيته (يملكه الغاصب فلو لم يكن) قد (غصب وانثال) على الآخر (فمشارك) ... (فان اتفقا على قسمته او يبعه ، وقسمه الثمن) بينهما (جاز) اذ التفاضل جائز مع اختلاف الأجناس . انظر : اسنى المطالب : ج ٢ ص : ٣٥٨ - ٣٥٩ ، وقال في كتاب الوديعة : (قوله خلطتهما فلم تميز ضمن) حتى لو خلط حنطة بشعير مثلاً ضمن . انظر : المصدر السابق ج ٣ ص : ٨٠ . وقال في شرح البهجة : انه اذا خلط الغاصب مال اثنين لا يملكه الا اذا فعل به ما يرسى الى التلف ، وانه ان لم يفعل ما يرسى الى التلف فلا بد في ملكه له من فعل منه كأن يخلط هر او وكيله ، وان يخلط بماله (قوله : انه لا يملك شيئاً منه) وانما ملكه فيما اذا خلطه بماله نفسه تبعاً لملكه ولا تبعاً هنا ... قوله (ولا يكون كالمالك) أي : بل هو مشترك بين المالكين فان كان ربوبها ، واستويا قيمة قسم بقدر كليهما ، او وزنها فان اختلفا قيمة يبعها وقسم الثمن بينهما بقدر قيمتهما ، ولا يجوز قسمته على قدر القيمة للربا انظر : شرح البهجة ج ٣ ص : ٢٦١ ، و انظر : حاشيتنا قليوب وعمرة ج ٣ ص : ٤٠ - ٤١ ، وقال في كتاب الوديعة : (لو خلطها) ولسر

سهرًا ... (بماله) أو مال غيره قوله : (ولم يتميز) أي لم يسهل تميزها ضمن فشمّل خلط يرّ يشعر فإن تميزت لم يضمها ، فإن نقصت بالخلط ضمن أرضها ولو لم يتميز بعضها ضمن فقط . انظر : المصدر السابق جـ ٣ ص : ١٨٧ ، وانظر : تحفة المحتاج جـ ٦ ص : ٤٤ ، مغني المحتاج جـ ٣ ص : ٣٦٤ - ٣٦٥ ، نهاية المحتاج جـ ٥ ص : ١٥١ ، حاشية الجمل جـ ٣ ص : ٤٩٤ - ٤٩٥ .

وعند الخاتمة : قال ابن قدامة في المغني : ان المستدّك اذا خلط الوديعة بما لا يتميز منه من ماله أو مال غيره ضمنها سواء خلطها بمثلها ، أو دونه ، أو احدى من جنسها أو غير جنسها ، مثل ان يخلط دراهم بلراهم ، أو دهنًا بدهن ، كالزيت بالزيت ، أو السمن أو بغيره . انظر : المغني لابن قدامة جـ ٦ ص : ٣٠١ ، وقال في الفروع : اذا خلط الوديعة بما لا يتميز من ماله أو مال غيره ضمنها ... انظر : الفروع جـ ٤ ص : ٤٨٣ ، وانظر : الانصاف جـ ٦ ص : ١٦١ - ١٦٢ .

وقال في شرح منتهى الإرادات : وان خلط غاصب أو غيره (ما) أي مغبوباً (لا يتميز كزيت ونقد بمثلها) أي بان خلط الزيت بالزيت أو النقد بنقد من جنسه على وجه لا يتميز منه (لزمه) أي الغاصب (مثله) أي المغبوب كيلا أو وزناً (منه) أي المختلط ؛ لانه قدر على رد بعضه اليه مع رد المثل في اليقني فلم ينقل الى بدله في الجميع كمن غصب صاعاً فخلط بعضه . (و) ان خلط مغبوباً (بدونه أو) خلطه - (بخير منه) من جنسه (أو) خلطه (بغير جنسه على وجه لا يتميز) كزيت بشمّرج ودقيق حنطة بدقيق شعير ونحوه (ف) المالكان (شريكان) في المختلط (بقدر قيمتهما كاختلاطهما من غير غصب) نصاً ليصل كل منهما الى بدل عين ماله . وان نقص مغبوب عن قيمته منفرداً فعلى غاصب نقصه لحصوله بفعله . انظر : شرح منتهى الإرادات جـ ٢ ص : ٣٠٨ ، وانظر : كشف القناع جـ ٤ ص : ٧٩ ، مطالب أولى النهي جـ ٣ ص : ١٤٥ .

التناقض في اللغة: كما جاء في المصباح التدافع يقال تناقض الكلامان تدافعا كأن كل واحد نقض الآخر وفي كلامه تناقض إذا كان بعضه يقتضي إبطال بعض^(١).
وفي الصحاح ، والتناقضة في القول أن يتكلم بما يتناقض معناه .

والتناقض اختلاف قضيتين بالسلب والإيجاب بحيث يقتضي لذاته أن تكون إحداها صادقة والأخرى كاذبة يقال : تناقض الكلامان أي تدافعا كأن كل واحد نقض الآخر ، والفقهاء يستعملونه بنفس المعنى^(٢) .

والتناقض في اصطلاح الأصوليين تقابل الدليلين المتساويين علي وجه لا يمكن الجمع بينهما بوجه^(٣) .

والمقصود به في هذا المقام أن يسبق من المدعى ما يعارض دعواه بحيث يستحيل الجمع بين السابق واللاحق كأن يدعى شخص أن هذه الدار وقف عليه ، ثم ادعاه لنفسه أو لغيره ، فلا تقبل لوجود التناقض بين الدعوتين ، إذ الوقف لا يصير ملكاً .

وقد قرر فقهاء الحنفية أن التناقض يغتفر في الدعوى في المسائل التي تخفى أسبابها مثل مسائل النسب وبعض المسائل المتعلقة بالطلاق وغيرها .

وأما ما يرتفع به التناقض عند الحنفية فبأمرين اثنين هما : التوفيق الفعلي بين المتناقضين وتصديق الخصم . والتناقض يغتفر عند الحنفية فيما كان مبتئاً علي الخفاء .

ففي مجلة الأحكام العدلية : (يعفى عن التناقض إذا ظهرت معذرة المدعى وكان محل خفاء)^(٤) .

(١) المصباح المنير للفيومي جـ ٢ ص : ٦٢١ - ٦٢٢ ، مختار الصحاح جـ ١ ص : ٢٨١ ، لسان العرب جـ ٧ ص : ٢٤٢ .

(٢) البحر الرائق جـ ٦ ص : ١٥٤ ، تبيين الحقائق جـ ٤ ص : ٩٩ - ١٠٠ ، شرح الزرقاني جـ ٤ ص : ١٩٢ التعاريف للناوي جـ ١ ص : ٢٠٨ .

(٣) كشف الأسرار للبخاري جـ ٣ ص : ٧٧ ، حاشية العطار علي شرح الجلال المحلى جـ ٢ ص : ١١٩ - ١٢٠ .

(٤) المجلة جـ ١ ص : ٣٣١ ، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام جـ ٤ ص : ٢٨٠ للادة (١٦٥٥) .

إذا ادعى أنه لفلان وكله بالخصومة ثم ادعى أنه لفلان آخر وكله بالخصومة لا تقبل إلا إذا وفق .

إذا ادعى أنه لفلان وكله بالخصومة ، ثم ادعى أنه لفلان آخر وكله بالخصومة لا تقبل إلا إذا وفق وقال : كان لفلان الأول ، وقد وكلني بالخصومة ثم باعه من الثاني ، ووكلني أيضاً والتدارك ممكن بأن غاب عن المجلس وجاء بعد فوت مدة والاكتفاء بإمكان التوفيق هو القياس والاستحسان أن التوفيق بالفعل شرط وجواب الاستحسان هو الأصح وذكر في جامع الفصولين بعد حكاية الخلاف والأصوب عندي أن التناقض إذا كان ظاهر السلب والإيجاب والتوفيق حقياً لا يكفي إمكان التوفيق وإلا يتبغي أن يكفي إلا مكان يؤيده أنه لو أقر له أنه له فمكت قدر ما يمكنه الشراء منه ، ثم برهن عن الشراء منه بلا تاريخ قبل لإمكان التوفيق بأن يشتره بعد إقراره ، لأن البينة على العقد الملبهم تفيد الملك للحال ولذا لا تعتبر الزوائد ^(١) .

قال في المبسوط : لو ادعى أول مرة أنه لفلان وكله بالخصومة فيه ، ثم أقام البينة أنه له لم أقبل بيته ؛ لأنه ما هو مملوك له لا يضاف إلي غيره عند الخصومة فلا يتمكن القاضى من القضاء بالمشهود به وهو الملك له بعد ما أقر أنه وكيل فيه بالخصومة بما ادّعاه الأول ، ولا يتمكن من القضاء بالملك ، لأن الشهود لم يشهدوا به ، وكذلك إن أقام البينة أنه لفلان آخر وكله بالخصومة فيه لا أقبل ذلك منه ، لأن الوكيل بالخصومة في العين من جهة زيد لا بصفة إلي غيره فيتمكن من التناقض بين الدعوتين علي وجه لا يمكن التوفيق بينهما، قال : ولو ادّعاه لرجل زعم أنه وكله فيه بالخصومة ، ثم قال بعد

(١) رد المحتار على الدر المختار ج ٥ ص : ١٩٩ .

ذلك أنه باعه من فلان وهو يملكه ، وكلني فلان المشتري بالخصومة وجاء بالينة علي ذلك قبلت بينته ، وقضيت به للموكل الآخر ، ولأنه وفق بين الدعوتين بتوفيق ممكن لو عاينا ذلك صححتنا دعواه الثانية ^(١) .

والتناقض كما يمنع الدعوى لنفسه يمنع الدعوى لغيره ، والتناقض يرتفع بتصديق الخصم وبتكذيب الحاكم أيضاً ، وإمكان التوفيق يكفي لدفع التناقض أو التوفيق بالفعل فإن كان التناقض من المدعى لا بد من التوفيق بالفعل ، ولا يكفي الإمكان ، وإن كان من المدعى عليه يكفي الإمكان ، لأن الظاهر عند الإمكان وجوده ووقوعه ، والظاهر حجة في الدفع لا في الإستحقاق ، والمدعى مستحق ، والمدعى عليه دافع ، والظاهر يكفي في الدفع لا في الإستحقاق ، ويقابل أيضاً إن تعدد الوجوه لا يكفي الإمكان وإن اتحد يكفي الإمكان ^(٢) .

(١) المبسوط جـ ١٧ ص : ٩٧ - ٩٨ ، الفروق للكرائسي جـ ٢ ص ك ١٧١ - ١٧٢ ، بدائع الصائع جـ ٦

ص : ٢٧٣ - ٢٧٦ ، تبين الحقائق جـ ٤ ص : ٩٩ - ١٠٠ .

(٢) البحر الرائق جـ ٦ ص : ١٥٣ - ١٥٤ ، الفتاوى الهندية جـ ٤ ص ٦٣ .

وذكر ابن عابدين : ان التوفيق بالفعل شرط في الاستحسان وهو الأصح والإكفاء بإمكان التوفيق هو القياس ثم ذكر أن الأصوب عندي ان التناقض إذا كان ظاهر السلب والإيجاب والتوفيق خفياً لا يكفي إمكان التوفيق وإلا ينبغي أن يكفي الإمكان (١) - (٢).

(١) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص : ١٩٩ ، ج ٧ ص : ١٥ .

(٢) وما ذهب إليه الحنفية ذهب إليه الكثيرون من فقهاء المالكية فقد نقل الخطاب عن القرافي أنه : إذا أقر الوارث أن ما تركه أبوه ميراث بين الورثة علي ما عهد في الشريعة وعلي ما تحمل عليه الديانة ، ثم جاء بشهود أخبروه أن أباه أشهدهم أنه تصدق عليه في صقره هذه الدار وحازها له ، أو أقر الأب أنه ملكها عليه بوجه شرعي ، فإنه إذا رجع عن إقراره بأن التركة كلها موروثة إلا هذه الدار المشهود له بما دون الورثة واعتذر بإخبار البينة له وإنه لم يكن عالماً بذلك بل أقر بناء علي العادة فإنه تسمع دعواه ويقبل عنده ويقم بيته ، ولا يكون إقراره السابق مكذباً للبينة وقادحاً فيها لأن هذا عنتر عادي يسمح مثله ونقل عن سحنون ما يخالف ذلك حيث قال : لا يقبل منه يريد ؛ لأنه كذب بيته بدعواه الأولى ، انظر : مواهب الجليل في شرح مختصر خليل ج ٥ ص : ٢٢٣ - ٣٥٢ ، المنتقى شرح الموطأ ج ٥ ص : ١٧٩ ، حاشية الصاوي علي الشرح الصغير ج ٣ ص : ٥٦١ - ٥٦٢ ، منح الجليل شرح مختصر خليل ج ٧ ص : ٢٣ - ٢٤ .

والأصح عند الشافعية : أن البينة تقبل للعلم ، ومقابل الأصح لا تقبل للتناقض ، وهذا علي ما جاء في نهاية المحتاج والقلوبي وفي حواشي الشرواني وابن القاسم علي تحفة المحتاج : لو أقر مدين لآخر ، ثم ادعى أدائه إليه وأنه نسي ذلك حالة الإقرار سمعت دعواه للتخفيف فقط ، فإن أقام بينة بالأداء قبلت علي ما أفق به بعضهم لاحتمال ما قاله فلا تناقض ، كما لو قال : لا بينة لي ، ثم أن بينة تسمع ، انظر : تحفة المحتاج ج ٥ ص : ٣٩٩ ، نهاية المحتاج ج ٤ ص : ١٦٩ ، حاشية الجمل ج ٥ ص : ٤١٨ - ٤١٩ ، حاشية البحر ج ٤ ص : ٣٩٩ - ٤٠٠ أسنى المطالب ج ٣ ص : ٨٣ - ٨٤ ، نهاية المحتاج ج ٨ ص : ٣٤٤ - ٣٤٥ ، حاشيتا قليوبي وعميرة ج ٣ ص : ٦ - ٧ ، مغنى المحتاج ج ٦ ص : ٤٢٩ .

وعند الخنابلة : لا تسمع البينة بعد الإنكار ، فمن ادعى عليه بحق فأنكره ، ثم ثبت عليه الحق فادعى القضاء أو إبراء المدعي له سابقاً علي زمن إنكاره ، كما لو ادعى عليه ألفاً من قرض أو غن مبيع فقال : ما اقترض منه وما اشتريت منه ، فثبت أنه اقترض أو اشترى منه بينة أو إقرار فقال : قضيته أو أبرائي قبل هذا الوقت ، لم يقبل منه ذلك وإن أقام به بينة ، لأن إنكار الحق يقتضي نفي القضاء أو الإبراء منه ، لأنها لا يكونان إلا عن حق سابق ، فيكون مكذباً لنفسه ، انظر : كشف القناع ج ٦ ص : ٣٤١ ، الإنصاف ج ١١ ص : ٢٥٦ - ٢٥٧ ، دقائق أولى النهي ج ٣ ص : ٥٢٥ - ٥٢٩ ، مطالب أولى النهي ج ٦ ص : ٥١٩ - ٥٢٤ .

ان كاتب عبديه كتابة واحده وكفل كل عن صاحبه وادى أحدهما رجع بنصفه وهذا استحسان .

وان كاتب عبديه كتابة واحد وكفل كل عن صاحبه وأدى احدهما رجع بنصفه وهذا استحسان والقياس ان لا يجوز ؛ لان فيه كفالة المكاتب والكفالة بيدل الكتابة ، وكل واحد منهما بانفراده باطل وعند الاجتماع أولى فصارت كما اذا اختلفت كتابتهما . وجه الإستحسان : ان تصرف الانسان يجب تصحيحه بقدر الامكان وقد أمكن تصحيح هذه الكفالة بأن يجعل المال كله على كل واحد منهما في حق المولى وفي حق نفسه ، وعتق الآخر معلق بأدائه فيطالب المولى كل واحد منهما بجميع المال بحكم الأصل لا بحكم الكفالة فأيهما أدى عتق الآخر تبعاً له كما في ولد المكاتب ، لكن كل واحد منهما كفيل في حق صاحبه ؛ لان المال في الحقيقة مقابل بهما حتى انقسم عليهما فصارت كفالته بما عليه أصالة وكفالة المكاتب بما عليه أصالة جائزة فكان كل واحد منهما أصيلاً في الكل كفيلاً عن صاحبه بالكل ، ولا تظهر الكفالة الا في حق صاحبه ؛ لانها ضرورية فيقدر بقدرها حتى تكون مطابقة المولى كل واحد منهما بجميع المال بحكم الاصل لا بحكم الكفالة فاذا أدى احدهما شيئاً وقع عن كل البذل فيقع نصف ذلك عن صاحبه لاستوائهما فيرجع به عليه ، ولو رجع بالكل لاتتحقق المساواة بخلاف ما اذا اختلفت كتابتهما لان عتق كل واحد منهما تعلق باداء المال على حدة وهو صحيح في نفسه ، فلا حاجة الى تصحيحه بما ذكرنا من الطريق . ^(١) قال في البحر الرائق : ان هذا العقد جائز استحساناً وطريقه ان يجعل كل واحد منهما أصيلاً في حق وجوب الألف عليه فيكون عتقهما معلقاً بأدائه ويجعل كفيلاً بالألف في حق صاحبه واذا عرف ذلك فما اداه احدهما رجع على صاحبه بنصفه لاستوائهما ولو رجع بالكل لم تتحقق المساواة . قيد بقوله وكفل لانه لو كاتبهما معاً ولم يزد على ذلك لزم كل واحد حصته ويعتق باداء حصته لان المقابلة المطلقة تقتضي ذلك فلو كاتبهما على أهما ان أديا عتقا وان عجزا ردا في الرق ولم يذكر الكفالة فعندنا لا يعتق واحد منهما ما لم يصل جميع المال الى المولى لان شرط المولى في العتق يجب مراعاته اذا كان صحيحاً شرعاً ، فلو عتق احدهما باداء حصته كان مخالفاً لشرطه . ^(٢)

(١) تبين الحقائق شرح كثر الدقائق ج ٤ ص : ١٦٨ ، باب الكفالة باب كفالة الرجلين ، شرح فتح القدير ج ٧ ص : ٢٣١ ، كتاب الكفالة باب كفالة الرجلين .

(٢) البحر الرائق ج ٦ ص : ٢٦٤ ، وانظر : الدر المختار ج ٥ ص : ٣٣٦ - ٣٣٧ ، المبسوط ج ٨ ص : ١٣ ، النهاية شرح البداية ج ٣ ص : ٩٨ ، حاشية ابن عابدين ج ٥ ص : ٣٣٧ ، شرح فتح القدير ج ٧ ص : ٢٣١ ، كتاب الكفالة باب كفالة الرجلين ، بداية المبسوط ج ١ ص : ١٤٨ .

أما إذا اختلفت كتابتهما أي بان كاتب المولى كل واحد منهما على حدة وكفل أحدهما عن الآخر فإنها حينئذ باطلة قیاساً واستحساناً وما ذكر استحسان وجه الاستحسان انه يمكن تجويز هذا العقد بان يجعل كل بديل على أحدهما والآخر تبعاً له في العتق بان يكون كل واحد منهما أصيلاً في الكل وكفيلاً عن صاحبه في الكل كالولد المولود في الكتابة حيث يكون مكاتباً تبعاً لأمه فلما احتمل هذا العقد الصحة صرح وجعل كل واحد منهما كأن المال عليه وكان مؤاخذاً بحكم الأصالة لا الكفالة فإذا أدى أحدهما شيئاً يقع عن جميع البديل فيقع عن صاحبه نصف ذلك لاستوائها في العلة وهي ان كل البديل مضمون على أحدهما بعقد الكتابة ولهذا لا يعتق واحد منهما ما لم يؤدي جميع البديل فان اعتق المولى أحدهما صرح ، لانه ملكه وسقط نصف بدل الكتابة ؛ لان البديل في الحقيقة مقابل برقيتهما ، وانما جعل على كل واحد منهما احتيالياً لتصحيح الضمان فاذا ثبت عتق أحدهما استغنى عن بدل رقبته ، احتيالياً لتصحيح الضمان والحامل على ذلك تشوف الشارع الى العتق .^(١)

وعقد الكفالة جائز استحساناً خلافاً للامة الثلاثة كما لو كانت الكفالة واحدة فقط ، ولانه كفالة يبدل الكتابة وهو باطل وايضاً شرط فيه كفالة المكاتب وهو باطل ، والكتابة تبطل بالشروط الفاسدة . ووجه الاستحسان انه يمكن ان يعتبر له وجه يصح به فيحمل عليه ، وهو ان يجعل المال على أحدهما وعتق الآخر معلقاً بأدائه كما في الولد المولود في الكتابة فيجعل كل منهما في حق المولى كأن المال كله عليه وعتق الآخر معلقاً بأدائه فيطالب كل منهما بجميع المال بحكم الأصالة لا الكفالة ، وفي الحقيقة المال مقابل بهما فينقسم عليهما .^(٢)

(١) تبين الحقائق شرح كثر استغنى عنه ٤ ص : ١٦٨ ، كتاب الكفالة باب كفالة الرجلين ، مجمع الاثر في شرح ملتقى
الابحار ج ٢ ص : ١٤٤ ، كتاب الكفالة باب كفالة الرجلين والعبدلين .
(٢) فتح القدير ج ٧ ص : ٢٣١ ، كتاب الكفالة باب كفالة الرجلين ، العناية شرح الهداية ج ٧ ص : ٢٣١ - ٢٣٢ ،
كتاب الكفالة باب كفالة الرجلين ، الفروق ج ١ ص : ٢٥٢ ، الجوهرية النيرة ج ٢ ص : ١١٤ ، كتاب المكاتب ، غمر
عيون البصائر ج ٢ ص : ٢٩٥ ، كتاب الكفالة .

ثم لو أدى أحدهما شيئاً رجع على صاحبه بنصفه ، وإن لم يؤدي شيئاً حتى اعتق المولى أحدهما جاز العتق وبرئ عن النصف وللمولى أن يأخذ بحصة الذي لم يعتق أيهما شاء فإن أخذ الذي اعتق رجع على صاحبه ، وإن أخذ الآخر لم يرجع على المعتق بشيء . (١) - (٢)

(١) الفتاوى الهندية ج ٣ ص : ٢٨٤ .

(٢) وعند الخنابلة قال في الانصاف : وإن كاتب عبداً له كتابة واحدة بعوض واحد صح ويقط العرض بينهم على قدر قيمتهم يوم العقد ويكون كل واحد منهم مكاتباً بقدر حصته يعتق بأدائها . ويعجز بالعجز عنها وحده . وهذا المذهب وقال ابو بكر : العرض بينهم على عددهم . ولا يعتق واحد منهم حتى يؤدي جميع الكتابة . انظر : الانصاف ج ٧ ص : ٤٨ ، شرح منتهى الإرادات ج ٢ ص : ٦١١ - ٦١٢ ، مطالب أولى النهى ج ٤ ص : ٢٦٠ ، كشف القناع ج ٤ ص : ٥٦٤ ، المغني لابن قدامة ج ١٠ ص : ٤٠٣ - ٤٠٤ .

وعند المالكية : ذكر خليل : انه لا بأس ان يكتب الرجل عبده في كتابة واحدة والقضاء ان كل واحد منهم ضامن عن بقيتهم وإن لم يشترط ذلك ، ولا يعتق واحد منهم الا بإداء الجميع . انظر : منح الجليل شرح مختصر خليل ج ٩ ص : ٤٤٧ وانظر : شرح مختصر خليل ج ٨ ص : ١٤٢ - ١٤٣ ، التاج والإكليل ج ٨ ص : ٤٨٢ - ٤٨٣ ، المتقى شرح الموطأ ج ٧ ص : ١٣ ، المنونة ج ٢ ص : ٤٦٣ - ٤٦٤ ، شرح الزرقاني ج ٤ ص : ١٣٤ .

وقال الشافعي : ولا يجوز ان يكتب العبد كتابة واحدة على أن بعضهم حملاء عن بعض ولا أن يكتب ثلاثة أعبد على مائة على أنه لا يعتق واحد منهم حتى يؤدي المائة كلها لان هذه كالحسالة من بعضهم على بعض فاذا كاتب الرجل عبده او عبده على أن بعضهم حملاء عن بعض او كاتب اثنين على مائة على أنه لا يعتق واحد منهما حتى يستوفي السيد المائة كلها فالكتابة فاسدة فان ترافعاها نقضت وإن لم يترافعا فهي متقضة . انظر : الأم للشافعي ج ٨ ص : ٥١ ، وانظر : أسنى المطالب ج ٤ ص : ٤٩٠ - ٤٩١ ، شرح البهجة ج ٥ ص : ٣٢٥ - ٣٢٦ ، تحفة المحتاج ج ١٠ ص : ٣٩٨ .

وإذا ارتد المكاتب ولحق بدار الحرب واكتسب مالا .

وإذا أرتد المكاتب ولحق بدار الحرب واكتسب مالا فأخذ أسيراً فأبي أن يسلم فإنه يقتل ويستوفي مولاه من كسبه مكاتبته والباقي ميراث استحساناً وكان القياس أن يكون كله لمولاه إن كان عبداً . وإن كان حراً فهو فيء ، لأنه كسب رده وأبو حنيفة رحمه الله لا يقول بتوريث كسب الردة عن المرتد إذا كان حراً ولكن يجعل ذلك فيئاً للمسلمين فكذلك في المكاتب ولكنه استحسناً هنا فقال في كسب المكاتب حق لمولاه علي معنى أنه متى عجز كان كسبه لمولاه والمولي مسلم فقيام حقه يمنع من أن يكون كسبه فيئاً فلهذا يجعل هذا وما اكتسبه في حالة الإسلام سواء يؤدي منه بدل كتابته ويكون الباقي ميراثاً لورثته ^(١) .

وقال في العناية : (وإذا ارتد المكاتب ولحق بدار الحرب واكتسب مالا فأخذ بماله وأبي أن يسلم فقتل فإنه يُؤفَى مولاه مكاتبته وما بقي لورثته) وهذا ظاهر علي أصلهما لأن كسب الردة ملكه إذا كان حراً فكذا إذا كان مكاتباً وأما عند أبي حنيفة ، فلأن المكاتب إنما يملك أكسابه بالكتابة ، والكتابة لا تتوقف بالردة فكذا أكسابه ، ألا ترى أنه لا يتوقف تصرفه بالأقوى وهو الرق فكذا بالأدنى بالطريق الأولى .. ^(٢) .

وقال الزيلعي : (ولو أرتد مكاتب ولحق وأخذ بماله وقتل فمكاتبته لمولاه وما بقي لورثته) لأنه لم يزل ملك المولي عن رقبته بالردة غير أنه صار دمه مباحاً وبإباحة دم العبد لا يزول ملك سيده عنه كما لو وجب عليه قود والكتابة لا تبطل بالردة والالتحاق

(١) الميوط ج ٧ ص : ٢٣٤ - ٢٣٥ .

(٢) العناية شرح الهداية ج ٦ ص : ٩١ ، فتح القدير ج ٦ ص : ٩١ ، نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية ج ٤ ص :

٣٥٤ ، بداية المجتدي ج ١ ص : ١٢٣ .

بدار الحرب لأنها لا تبطل بحقيقة الموت فبالحكمى أولى أن لا تبطل فبقي ملكه لمالكه والتصرف علي حاله هذا علي قولهما ظاهرٌ وأما علي قول أبي حنيفة فلأن المكاتب إنما يملك المال والتصرف بعقد الكتابة وهو باق علي ما بيناه ولا يمنع ذلك بالرق فأولى أن لا يمنع بالردة لأن الرق أقوى في المنع من الردة الا ترى أن المرتد يملك بعض التصرفات بالإجماع وبعضها فيها خلاف فإذا كانت الكتابة باقية يُوفى المولى كتابته وما بقي يكون لورثته كما في الموت الحقيقي ^(١) - ^(٢) .

(١) تبين الحقائق جـ ٣ ص : ٢٩١ ، البحر الرائق جـ ٥ ص : ١٤٨ .

(٢) وعند الشافعية كذلك ماله لسيده . يقول الشافعي في الأم : ولو ارتد المكاتب ولحق بدار الحرب بشيء فوقع في المقاسم ، أو لم يقع فهو لسيده وماله كله وكذلك لو أسر ، ثم سبي كان لسيده (قال الشافعي) : فإن أوى فعتق وهو مرتد ببلاد الحرب فسي فهو وماله غنيمة ؛ لأنه قد تم ملكه علي ماله غير أنه إن ظفر به وهو مكاتب ، أو حر استتيب فإن تاب وإلا قتل مكاتباً وماله للسيد ، وإن عرض قيل أن يقتل أن يدفع إلي سيده ماله مكانه أجبر سيده علي قبضه وعتق وقتل وكان ماله فيئاً ، وإن لم يدفع حتى يقتل فماله كله لسيده إذا كان سيده مسلماً . أنظر : الأم للشافعي جـ ٨ ص : ٤٢ ، وقال في أسنى المطالب : ولو ارتد المكاتب لم تبطل كتابته ، فإن مات علي الردة كان ما بيده لسيده وارتفعت الكتابة . انظر : أسنى المطالب جـ ٤ ص : ٤٧٦ .

وعند المالكية المال لسيده ملكاً لا إرثاً : قال في المدونة : في مواريث العبيد إذا ارتدوا قلت : أرايت العبد إذا ارتد فقتل علي رده لمن ماله في قول مالك ؟ قال سمعت مالكا يقول في العبد النصراني يموت علي مال : إن سيده هو أحق بماله فكذلك المرتد والمكاتب ، إن سيده أحق بماله إذا قتل علي رده وليس هذا بمعولة الورثة إنما مال العبد إذا قتل مائلاً لسيده ، انظر : المدونة جـ ٢ ص : ٥٩٨ - ٥٩٩ وقال في التاج والأكلیل : (ومال العبد لسيده وإلا ففي) ابن شاس : أما مال المرتد ثم قال : أما إن مات أو قتل علي رده فماله فيئ إلا يكون عبداً فماله لسيده . أنظر : التاج والأكلیل جـ ٨ ص : ٣٧٤ ، وانظر : حاشية الدسوقي جـ ٤ ص : ٣٠٤ ، بلغة السالك جـ ٤ ص : ٤٣٧ ، الفواكه الدواني جـ ٢ ص : ٢٠٣ .

حكم وقف الأرض الزراعية (العدول عن قياس ظاهر الى قياس خفي)

أن من وقف أرضاً زراعية على الفقراء أو اليتامى أو طلاب العلم ولم ينص على دخول بعض الحقوق المتعلقة بالأرض مثل حق الرى وحق الصرف وحق المرور الى الأرض الموقوفة . فهنا لو أجرينا القياس فالتنا نلاحظ أن القياس لايجز دخول الحقوق المتعلقة بالأرض مثل حق الرى والصرف والمرور مادام الواقف لم ينص عليها عند وقفه هذه الأرض فلاتدخل ويترتب على ذلك ضياع المصلحة التى تتمثل فى الانتفاع بالأرض ، بينما لو أجرينا الاستحسان فى هذه المسألة فالتنا نلاحظ أنه لاينع من دخول حق الرى والصرف والمرور ، وإن كان الواقف لم ينص عليها صراحة .

وجه القياس : إن وقف الأرض الزراعية يقاس على عقد البيع بجامع أن البيع يخرج المبيع من ملك البائع ، والوقف يخرج الشئ الموقوف من ملك الواقف .

وفى عقد البيع لايدخل حق الرى والصرف والمرور فى البيع مادام البائع لم ينص على ذكرها فى العقد صراحة ، ومادام المشتري لم ينص عليها ايضاً ، فيقاس الوقف على البيع وهذا مايعرف بالقياس الظاهر . واما وجه الاستحسان : هو قياس الوقف على الإجارة وليس على عقد البيع ، بجامع أن المقصود من الإجارة والوقف هو الانتفاع بما تخرجه الأرض من زرع ولحمر وهو ريع العين وليس المقصود تملك رقبته . وفى عقد الإجارة تدخل حقوق رى الأرض الزراعية وصرفها والمرور اليها بدون ذكر هذه الأشياء فى عقد الإجارة ،لانه اذا لم تدخل فان الهدف من الإجارة وهو العقد على المنفعة ، فيقاس الوقف على الإجارة بجامع الانتفاع فى كل . فالعدول عن القياس الظاهر وهو عدم الجواز فى حالة قياس الوقف على البيع يجعلنا نخرج بنتيجة هى عدم الجواز .

بينما لو عدلنا عن هذا القياس الى القياس الخفى وهو قياس الوقف على الإجارة ، فانه يجعلنا نصل الى حكم هو الجواز ، وهذا العدول عن القياس الظاهر الى القياس الخفى يسمى بالاستحسان والذى يجعلنا نرجح الإستحسان على القياس ، هو أن الإستحسان يمكن الموقوف عليها من الانتفاع بالأرض الزراعية بينما القياس الظاهر لايمكنهم من ذلك فيكون الوقف عدم الفائدة . ويلاحظ أن القياس الخفى الذى عدلنا اليه وتركنا القياس الظاهر من اجله يعد أقوى أثراً وأرجح من القياس الظاهر الذى ترك ، لانه يحقق المقصود من الوقف . قال فى شرح فتح القدير : تدخل الأشجار والبناء فى وقف الأرض كما تدخل فى البيع ، ويدخل الشرب والطريق إستحساناً ، لان الأرض لاتوقف إلا للإستغلال ، وذلك لا يكون الا بالماء والطريق فيدخلان كما فى الإجارة .^(١)

(١) شرح فتح القدير ج ٦ ص ٢١٥ .

وقال : في رد المختار : ويدخل في وقف الأرض ما فيها من الشجر والبناء دون الزرع والثمرة
كما في البيع ، ويدخل أيضاً الشرب والطريق كالإجارة .^(١)
قال : في الهداية : وقد يثبت من الحكم تبعاً مالا يثبت مقصوداً كالشرب في البيع والبناء في
الوقف .^(٢)

(١) رد المختار على الدر المختار جـ ٤ ص : ٣٦١ .

(٢) الهداية جـ ٦ ص : ٢١٦ ، المحوط جـ ١٢ ص : ٤٥ ، نصب الرأية جـ ٤ ص : ٤٠٨ ، البحر الرائق جـ ٥
ص : ٢١٧ ، جـ ٦ ص : ١٤٨ - ١٥٠ ، باب الحقوق ، بذئع الصنائع جـ ٦ ص : ١٨٩ - ١٩٠ .

بني علي منزله مسجداً ، وسكن أسفله ، أو جعله سرداباً ، ثم مات : فهو ميراث .
 وإن بني علي منزله مسجداً وسكن أسفله : أو جعله سرداباً ، ثم مات : فهو ميراث .
 وكذلك إن جعل أسفله مسجداً ، وفوقه مكناً ؛ لأن المسجد ما يحرمز أصله عن ملك
 العباد ، وانتفاعهم به علي قياس المسجد الحرام ، وذلك غير موجود فيما اتخذهُ — حين
 استثنى العلو أو السفلى لمنفعة نفسه — . وعن محمد قال : إن جعل السفلى مسجداً :
 جاز ، وإن جعل العلو مسجداً دون السفلى : لا يجوز ؛ لأن المسجد ما له قرار ، وتأيد
 في السفلى دون العلو .

وعن الحسن بن زياد^(١) أنه إذا دخل العلو مسجداً ، والسفلى مستغلاً لمسجد فهذا
 يجوز — استحساناً . وعن أبي يوسف أن ذلك كله جائز ، رجع إليه حين قدم بغداد ،
 ورأي ضيق المنازل بأهلها فجوز أن يجعل العلو مسجداً دون السفلى والسفلى دون العلو ،
 وهو مستقيم علي أصله .^(٢)

وقال في تبين الحقائق : (ومن جعل مسجداً تحته سرداب أو فوقه بيت وجعل بابه إلى
 الطريق وعزله أو اتخذ وسط داره مسجداً وأذن للناس بالدخول فله بيعه ويورث عنه)
 لأنه لم يخلص لله لبقاء حق العبد فيه والمسجد لا يكون إلا خالصاً لله .. ومع بقاء حق
 العبد في أسفله أو في أعلاه أو في جوانبه محيطاً به لا يتحقق الخلوص كله^(٣) .

(١) الحسن بن زياد سبقت ترجمته ص : ٦٥٢ .

(٢) المبسوط ج ١٢ ص : ٩٤ ، كتاب الهبة باب الصدقة .

(٣) تبين الحقائق ج ٣ ص : ٣٣٠ ، العناية شرح الهداية ج ٦ ص : ٢٣٤ - ٢٣٦ .

وقال في الجوهرة النيرة : وإن بني علي سطح منزله مسجداً أو سكن أسفله فهو ميراث عندهما وقال أبو يوسف يكون مسجداً ، وإن جعل أسفله مسجداً وفوقه مكناً وأفرد له طريقاً جاز إجماعاً ؛ لأن المسجد مما يتأبد وذلك يتحقق في السفلى دون العلو وعن محمد أنه لا يجوز ، لأن المسجد معظم فإذا كان فوقه مكناً لم يكن تعظيماً وعن أبي يوسف أنه جوزه في الوجهين حين دخل بغداد ورأي ضيق المنازل فكأنه اعتبر الضرورة وعن محمد أنه أجاز ذلك أيضاً ^(١) - ^(٢) .

(١) الجوهرة النيرة جـ ١ ص : ٣٢٧ ، فتح القدير جـ ٦ ص : ٢٣٤ - ٢٣٥ ، وانظر : درر الأحكام شرح غرر الأحكام جـ ٢ ص : ١٣٥ ، البحر الرائق جـ ٥ ص : ٢٧١ - ٢٧٢ ، رد المحتار علي الدر المختار جـ ٤ ص : ٣٥٧ - ٣٥٨ .
(٢) وعند الخبابة كذلك يصح جعلها مسجداً ويصح بيعها ، وكذلك يصح وقفه . قال ابن قدامة في المغني : إذ جعل علو داره مسجداً دون سفليها ، أو سفليها دون علوها - صح ، وقال أبو حنيفة : لا يصح ، لأن المسجد يتبعه هواؤه . ولنا أنه يصح بيعها ، كذلك يصح وقفه كالدائر جميعها ، ولأنه تصرف بزيل الملك إلى ما يثبت له حق الاستقرار والتصرف ، فجاز فيها ما ذكرنا كالبيع . انظر : المغني لابن قدامة جـ ٥ ص : ٣٥٣ ، وانظر : الفروع جـ ٤ ص : ٦٢٧ ، الإنصاف جـ ٧ ص : ٦ ، شرح منتهى الإرادات جـ ٢ ص : ٤٢٨ ، كشف القناع جـ ٢ ص : ٣٧٤ ، مطالب أولي النهى جـ ٤ ص : ٢٧٢ .

وعند المالكية لا يورث ولا يجوز له بيعه . قال في المدونة : قلت : أرايت من بين مسجداً علي ظهر بيت له أو علي غير ظهر بيت ، علي أرضه ، ولم يبنه علي بيته ، أيجوز له أن يبيعه ؟
قال : قال مالك : لا يجوز له أن يبيعه ، لأن هذا عندي بمنزلة الحبس . انظر : المدونة جـ ٤ ص : ٢٥٩ ، وقال في المدونة أيضاً قال مالك : ولا يورث المسجد قال ابن القاسم : وإنما هو مثل الأحباس والمسجد حبس . قلت لابن القاسم أرايت ما كان من المساجد بناها رجل علي ظهر بيته أو بناها وبني تحتها بنياناً هل يورث ذلك ؟ قال : إما البنيان علي ظهر المسجد فقد أحرقتك - أي فيما سبق - أن مالكاً كره ذلك ، وأما ما كان تحت المسجد من البنيان فإنه لا يكرهه ، والمسجد عند مالك لا يورث إذا كان قد أباحه صاحبه للناس ويورث البنيان الذي بني تحت المسجد . انظر : المدونة جـ ١ ص : ١٩٧ ، وانظر : التاج والإكليل جـ ٧ ص : ٦١٦ - ٦١٧ ، شرح مختصر خليل جـ ٧ ص : ٧٢ ، وقال في منح الجليل : اتخذ منزل تحت أي المسجد فيجوز ومنع أي اتخذ منزل فوق المسجد فيها للإمام مالك من بني مسجداً أو بني فوقه بيتاً فلا يعجبي ، لأنه يصير مسكناً يجمع فيه ويأكل . قال مالك : وجائز أن يكون البيت تحت المسجد ويورث البنيان الذي تحت المسجد ولا يورث المسجد إذا كان صاحبه قد أباحه للناس . انظر منح الجليل شرح مختصر خليل جـ ٨ ص : ٨٨ . وكذلك عند الشافعية يعتبر حبساً وفقاً . قال الشافعي في الأم : لو بني رجل في داره مسجداً فأخرج له باباً وأذن للناس أن يصلوا فيه كان حبساً وفقاً وهو لم يتكلم بوقفه ، ولا بعبه وجعل إذنه بالصلاة كالكلام بعبه ووقفه . انظر : الأم للشافعي جـ ٤ ص : ٦١ ، وانظر : نهاية المحتاج جـ ٣ ص : ٢١٦ ، تحفة المحتاج جـ ٣ ص : ٤٦٥ ، حاشية الجمل جـ ٢ ص : ٣٥٩ - ٣٦٠ .

قال : أقرضني دائق حنطة فأقرضه ربع حنطة

لو قال : أقرضني دائق ^(١) حنطة فأقرضه ربع حنطة ^(٢) فعليه أن يرد مثله وإذا استقرض عشرة أفلس ، ثم كسدت لم يكن عليه إلا مثلها في قول أبي حنيفة ، وقالوا : عليه قيمتها من الفضة يستحسن ذلك ، وإن استقرض دائق فلوس أو نصف درهم فلوس ، ثم رخصت أوغلت لم يكن عليه إلا مثل عدد الذي أخذه ، وكذلك لو قال أقرضني عشرة دراهم غلة بدینار ، فأعطاه عشرة دراهم فعليه مثلها ، ولا ينظر الى غلاء الدراهم ، ولا الى رخصها ، وكذلك كل ما يكال ويوزن فالقرض فيه جائز . وكذلك ما يعد من البيض والجوز . اهـ وفي الفتاوى الهندية : استقرض حنطة فأعطى مثلها بعدما تغير سعرها يحجر المقرض على القبول ... ثم قال حاصله أن الصاحبين اتفقا على وجوب رد القيمة دون المثل ، لأنه لما بطل وصف الثمن بالكساد تعذر رد عينها كما قبضها فيجب رد قيمتها ، وظاهر الهداية اختيار قولهما . ^(٣)

قال في المبسوط : وإن استقرض دائقاً فلوساً ، أو نصف درهم فلوس فرخصت ، أو غلت لم يكن عليه إلا مثل عدد الذي أخذ ؛ لأن الضمان يلزمه بالقبض ، والمقبوض على وجه القرض مضمون بمثله ، وكذلك لو قال : أقرضني دائق حنطة فأقرضه ربع حنطة فعليه أن يرد مثله باعتبار القبض ، ولا معتبر بتسمية الدائق . وكذلك لو قال : أقرضني عشرة دراهم بدینار ، فأعطاه عشرة دراهم فعليه مثلها ، ولا ينظر الى غلاء الدراهم ، ولا إلى رخصها ، وكذلك كل ما يكال ، أو يوزن فالحاصل ، وهو ان المقبوض على وجه القرض مضمون بالمثل ، وكل ما كان من ذوات الأمثال يجوز فيه الاستقراض . ^(٤)

وقال في بدائع الصنائع : ويجوز القرض في الفلوس ، لأنها من العدديات المتقاربة كالجوز ، والبيض ، ولو استقرض فلوساً ، فكسدت ، فعليه مثلها عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ، ومحمد عليه قيمتها .

(١) الدائق : بالفتح والكسر قيراطان والجمع دوائق ودوائق . انظر : المغرب ص : ١٦٩ ، وقال في المصباح المنير : القيراط : نصف دائق والدائق حبة غرنوب فيكون الدرهم اثني عشرة حبة غرنوب وهذا أحد الأوزان قبل الإسلام وأما الدرهم الإسلامي فهو ستة عشرة حبة غرنوب فيكون الدائق حبة غرنوب وثلاث حبة غرنوب . انظر : المصباح المنير ج ١ ص : ١٩٣ - ١٩٤ .

(٢) ربع حنطة : الربع اسم لمكيال كالقفيز والصاع . انظر : المبسوط ج ١٨ ص : ٦ .

(٣) رد المختار على الدر المختار ج ٥ ص : ١٦٢ - ١٦٣ ، وانظر : الفتاوى الهندية ج ٣ ص : ٢٠٢ .

(٤) المبسوط ج ١٤ ص : ٣٠ .

وجه قولهما أن الواجب في باب القرض رد مثل المقبوض وقد عجز عن ذلك ، لأن المقبوض كان ثمناً ، وقد بطلت الثمنية بالكساد فعجز عن رد المثل ؛ فيلزمه رد القيمة كما لو استقرض ربطاً ، فانقطع عن أيدي الناس ، انه يلزمه قيمته ، لما قلنا كذا هذا ، ولأبي حنيفة أن رد المثل كان واجباً ، والغائب بالكساد ليس الا وصف الثمنية ، وهذا وصف لاتعلق لجواز القرض به . ألا ترى أنه يجوز استقراضه بعد الكساد ابتداءً وإن خرج من كونه ثمناً ، فلأن يجوز بقاء القرض فيه أولى ؛ لأن البقاء أسهل ، وكذلك الجواب في الدراهم التي يغلب عليها الغش ؛ لأنها في حكم الفلوس . ^(١) وذكر في البحر الرائق : ولو كسدت أفلس القرض فعليه مثلها عنده ، وعندهما قيمتها من الدراهم . ^(٢)

(١) بدائع الصنائع جـ ٧ ص : ٣٩٥ .

(٢) البحر الرائق جـ ٦ ص : ١٤٣ .

القراض : سمي بذلك الضمير راجع للمعنى الشرعى وهو بكسر القاف
ويسمى ايضاً مضاربة لاشتماله غالباً على الضرب في الارض الذي هو السفر قال تعالى :
﴿وَإِذَا ضَرَجْتُمْ فِي الْأَرْضِ﴾ أي سافرتُم وهذه لغة اهل العراق والأولى لغة أهل الحجاز مشتق من
القرض وهو القطع لان المالك يقطع للعامل قطعة من ماله يتصرف فيها وقطعة من الربح او
المقارضة وهي المساواة لتساويهما في الربح او لان المال من المالك والعمل من العامل واهل العراق
يسمونه المضاربة لأن كلا منهما يضرب بسهم في الربح ولما فيه غالباً من السفر والسفر يسمى
ضرباً . وجمع بين اللفتين في قوله القراض والمضاربة .^(١)
وصنفته : ان يلدغ رجل مالاً لآخر ليتجر به ويكون الفضل بينهما حسبما يتفقان عليه من
النصف او الثلث او الربع ذلك بعد إخراج رأس المال .^(٢)

(١) حاشية البحرى ج ٣ ص : ١٤٥ ، فتح الوهاب لزكريا الانصارى ج ١ ص : ٤١١ ، حواشى الشروان
ج ٦ ص : ٨١ ، مقنن المحتاج ج ٢ ص : ٣٠٩ .
(٢) القسواتين الفقهية لابن جزى ج ١ ص : ١٨٦ ، وانظر : مختار الصحاح للرازي ص : ٤٧٣ ، المصباح المنير ج ٢
ص : ٤٩٧-٤٩٨ .

القراض الفاسد يرد الى أجرة المثل او الى قراض المثل .

يرد القراض الفاسد الى أجرة المثل او الى قراض المثل حملة من غير تفصيل والتفصيل الذي ذكره ابن القاسم استحسان وليس بقياس قال والفرق بين إجارة المثل وقراض المثل ان أجرة المثل تتعلق بذمة رب المال سواء كان في المال ربح او لا .

وقراض المثل يتعلق بالربح ان كان في المال فينظر كم ينبغي ان يكون حظ هذا العامل منه اذا نزع هذا الشرط فما قيل دفع اليه من الربح فان لم يكن في المال ربح او كان وضعية فلا شيء له. ^(١)

وقال في شرح مختصر خليل : ان القراض الفاسد ... تكون فيه أجرة مثله في ذمة رب المال وسواء حصل ربح ام لا بخلاف قراض المثل لا يكون الا في الربح فان لم يحصل ربح فلا شيء فيه ويفرق بينهما ايضاً بأن ماوجب فيه قراض المثل اذا عثر عليه في اثناء العمل لايفسخ العقد ويتمادى العامل كالمساواة الفاسدة بخلاف ماله ووجب فيه أجرة المثل فان العقد ينفسخ متى عثر عليه ولا يُمكن من التماضى وله أجرة المثل وبأنه أحق بالقرءاء اذا وجب قراض المثل وهو اسوئهم في أجرة المثل . ^(٢)

وقال الصاوى في حاشيته : ان كل مسألة خرجت عن حقيقة القراض من أصلها ففيها أجرة المثل ، واما إن شملها القراض لكن احتل منها شرط ففيها قراض المثل . ^{(٣) - (٤)}

(١) شرح ميارة جـ ٢ ص : ١٣٤ ، باب في البيوع فصل في القراض . وانظر : التاج والإكليل جـ ٧ ص : ٤٤٧ - ٤٤٨ .
(٢) شرح مختصر خليل جـ ٦ ص : ٢٠٧ ، وانظر : حاشية الدسوقي جـ ٣ ص : ٥٢٠ - ٥٢١ ، فتح العلى المالك جـ ٢ ص : ٢٢١ ، منح الجليل شرح مختصر خليل جـ ٧ ص : ٣٢٩ - ٣٣٠ ، مواهب الجليل جـ ٥ ص : ٣٦٧ ، الشرح الكبير جـ ٣ ص : ٥٢١ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص : ١٨٢ ، انواع المروق في أنواع الفروق جـ ٤ ص : ١٥ ، شرح الزرقاني جـ ٣ ص : ٤٤٤ .

(٣) حاشية الصاوى على الشرح الصغير جـ ٣ ص : ٦٩٠ ، وانظر : الكافي لابن عبد البر القرطبي جـ ١ ص : ٣٨٧ .
(٤) وعند الشافعية : يقول الشيرازي : وان قارض قراضاً فاسداً وتصرف العامل نفذ تصرفه لان العقد بطل وبقي الاذن فملك به التصرف . فان حصل في المال ربح لم يستحق العامل منه شيئاً لان الربح يستحقه بالقراض وقد بطل القراض فأما أجرة المثل فانه ينظر فيه فإن لم يرضى الا بربح استحق لانه لم يرض ان يعمل الايعرض فاذا لم يسلم له رجع الى اجرة المثل . انظر : المهذب للشيرازي جـ ١ ص : ٣٨٨ . ومن القراض الفاسد ما اعتاده بعض الناس من دفع مال الى آخر بشرط ان يرد له لكل عشرة إثني عشرة إن ربح او خسر فلا يستحق العامل الا أجرة الربح والخسران على المالك ويده على المال يد امانة

فان قصر بأن جاوز المكان الذي اذن له فيه ضمن المال . اهـ . ولا أجرة للعامل في الفاسد ان شرط الربيع كله للمالك لانه لم يطمع في شيء . انظر : فتح المعين جـ ٣ ص : ١٠١ . وانظر : معنى المحتاج جـ ٣ ص : ٤٠٣-٤٠٤ ، حاشية البحرى على المنهج جـ ٣ ص : ٤٥ و جـ ٣ ص : ١٦٤ ، تحفة المحتاج جـ ٦ ص : ٨٨-٨٩ ، نقابة المحتاج جـ ٥ ص : ٢٢٥-٢٢٦ ، اعانة الطالبين جـ ٣ ص : ١٠١ ، حواشى الشرواني جـ ٥ ص : ٢٨٣ ، ص : ٢٩٢ ، فتح الوهاب لركريا الأنصاري جـ ١ ص : ٤١٤-٤١٥ ، أسنى المطالب جـ ٢ ص : ٣٨٤-٣٨٥ .

وعند الحنابلة : قال ابن قدامة في المغنى : ان الربيع جميعه لرب المال ، لانه تمام ماله ، وانما يستحق العامل بالشرط ، فاذا فسدت المضاربة فسدت الشرط ، فلم يستحق منه شيئاً ، ولكن له أجرة مثله . نص عليه احمد . وهو منذهب الشافعى . انظر : المغنى لابن قدامة جـ ٥ ص : ٤٢ . وقال في كشف القناع : (وللعامل) اذا فسدت (أجرة مثله ، حسر المال او ربح) لان عمله انما كان في مقابلة المسمى فاذا لم تصح التسمية وجب رد عمله عليه وذلك متعذر فوجب له أجرة المثل (فيما تصرفه) للعامل في المضاربة الفاسدة من التصرفات (نافله) لإذن رب المال له في التصرف . انظر : كشف القناع جـ ٣ ص : ٥١٢ ، شرح منتهى الإرادات جـ ٢ ص : ٢١٦ .

وعند الحنفية كذلك . قال : في بدائع الصنائع : واما حكم المضاربة الفاسدة فليس للمضارب ان يعمل شيئاً مما يصح له ان يعمل في المضاربة الصحيحة ، ولا يثبت فيما شيء من احكام المضاربة الصحيحة ، ولا يستحق النفقة ، ولا الربيع المسمى ، وانما له أجر مثل عمله ، سواء كان في المضاربة ربيع او لم يكن ، لان المضاربة الفاسدة في معنى الإجارة الفاسدة ، والاجير لا يستحق النفقة ولا المسمى في الإجارة الفاسدة ، وانما يستحق أجر المثل ، والربيع كله يكوب لرب المال ، لان الربيع تمام ملكه . انظر : بدائع الصنائع جـ ٦ ص : ١٠٨ ، وانظر : المبوط جـ ٢٢ ص : ٤٦ ، مجمع الضمانات ص : ٣١١-٣١٢ ، مجمع الاخر في شرح ملتقى الاجر جـ ٢ ص : ٣٢٢ .

إذا تصدق على غنى بطل الرجوع استحساناً .

إذا تصدق على غنى بطل الرجوع استحساناً . وفي القياس له الرجوع لأن الغرض ثمة حصول العوض . ووجه الاستحسان ان الصدقة على الغنى قد يراد بها الثواب ، وإذا وهب لفقير فكذلك لان المقصود الثواب وقد حصل ، وعلى هذا ذهب بعض اصحابنا الى ان الهبة والصدقة على الغنى سواء في جواز الرجوع ، كما انهما سواء في حق الفقير في عدمه ، ولكن العامة قالوا : في ذكره لفظ الصدقة دلالة على أنه لم يقصد العوض ، والتصدق على الغنى لا ينافي القرية .^(١)

وقد ذكر ابن عابدين في حاشيته انه لو تصدق على غنى ليس له الرجوع لانه قد يقصد بالصدقة على الغنى الثواب لكثرة عياله ولا يعود عليه استحساناً والقياس أن يعود وبه قال بعض اصحابنا ثم قال قوله لان المقصود فيها الثواب وقد حصل قيل عليه أن حصول الثواب في الآخرة فضل من الله تعالى ليس بواجب عندنا خلافاً للمعتزلة فلا يقطع بحصوله ويمكن أن يقال حصول الوعد بالثواب^(٢)

والصدقة لا رجوع فيها اذا تمت لان المقصود بها نيل الثواب وقد حصل .. ويستوى أن تصدق على غنى او فقير في أنه لا رجوع فيها^(٣) والقياس ان يكون له حق الرجوع لان التصديق على الغنى يطلب منه العوض عادة فكان هبة في الحقيقة فيجب الرجوع إلا انهم امتحنوا وقالوا ليس له

(١) العناية شرح الهداية ج ٩ ص : ٥٦ ، كتاب الهبة فصل في الصدقة ، وانظر : نصب الراية في تخريج احاديث الهداية

ج ٥ ص : ٢٧٢ - ٢٧٣ ، الجوهرة النيرة ج ١ ص : ٣٣٢ .

(٢) حاشية ابن عابدين ج ٨ ص : ٤٩٧ ، فتح القدير ج ٩ ص : ٥٦ .

(٣) المبسوط للرخسى ج ١٢ ص : ٩٢ ، الدر المختار ج ٥ ص : ٧٠٩ ، درر الحكام شرح غرر الاحكام

ج ٢ ص : ٢٢٤ - ٢٢٥ ، الفتاوى الهندية ج ٤ ص : ٤٠٦ .

ان يرجع لان الثواب قد يطلب بالصدقة على الاغنياء الا ترى أن من له نصاب يحب فيه الزكاة وله عيال لا يكفيه ما في يده ففي الصدقة عليه ثواب واذا كان الثواب مطلوباً من ذلك في الجملة فاذا أتى بلفظ الصدقة دل على انه أراد الثواب وانه يمنع الرجوع .^(١)

(١) بنائع الصنائع ج ٦ ص : ١٣٣ - ١٣٤ ، وانظر : بداية المبتدى ج ١ ص : ١٨٥ ، البحر الرائق ج ٥ ص : ٢٩٧ ، وانظر : في هذه المسألة : فتح الباري ج ٣ ص : ٢٩٠ ، مقني المحتاج ج ٤ ص : ٣٦٨ - ٣٦٩ ، نهاية الزين ج ١ ص : ١٨٣ ، الأم للشافعي ج ٢ ص : ٧٨ - ٧٩ ، أنس المطالب ج ١ ص : ٣٩٣ - ٣٩٤ ، حاشيتا قليوي وعميرة ج ٣ ص : ٢٠٥ - ٢٠٦ ، تحفة المحتاج ج ٦ ص : ٢٩٦ - ٢٩٧ ، وانظر : الفروع ج ٢ ص : ٥٩٠ - ٥٩١ ، الانصاف ج ٣ ص : ٢٤٧ ، ج ٣ ص : ٢٦٣ - ٢٦٤ ، شرح منتهى الارادات ج ١ ص : ٤٥٤ - ٤٥٥ ، ج ١ ص : ٤٦٥ - ٤٦٦ ، كشف القناع ج ٢ ص : ٢٨٦ - ٢٨٧ ، مطالب أولى النهى ج ٢ ص : ١٥٩ ، وانظر : المنتقى شرح الموطأ ج ٢ ص : ١٥١ - ١٥٢ ، التاج والإكليل ج ٣ ص : ٢٤٥ - ٢٤٦ ، مواهب الجليل ج ٢ ص : ٣٧٦ - ٣٧٧ .

الرجوع في الهبة : رجل وهب لعبد رجل جارية فقبضها ثم أراد الواهب أن يرجع .

رجل وهب لعبد رجل جارية فقبضها ثم أراد الواهب أن يرجع فيها والمولى غائب فان كان المال في يد المولى ليس له أن يرجع فيها ، وان كان في يد العبد فان كان العبد مأذوناً له في التجارة فله أن يرجع ، وان كان محجوراً عليه لم يكن له ذلك حتى يحضر المولى فان قال العبد أنا محجور ، وقال الواهب : أنت مأذون ولي أن أرجع فيها قبل حضور مولاك فالقول قول الواهب مع يمينه قالوا : وهذا استحسان والقياس أن يكون القول قول العبد ثم انما حلفنا الواهب على العلم ، ولو أقام العبد بيته أنه محجور لا تقبل بيته هذا كله اذا كان المولى غائباً والعبد حاضراً ، فإن حضر المولى وغاب العبد فأراد الواهب أن يرجع في هبته فإن كان الموهوب في يد العبد لم يكن المولى خصماً ، وإن كانت الهبة عيناً في يد المولى كان المولى خصماً فان قال المولى : أودعني هذه الجارية عبدي فلان ولا أدري أوهبتها له أم لا فأقام المدعى بينة على الهبة فالمولى خصم واذا قضى القاضى بالجارية للواهب فقبضها الواهب فزادت في بدنها في يد الواهب ثم حضر الموهوب له وانكر ان يكون عبداً فالقول قوله فكان له أن يأخذ الجارية ثم ليس للواهب ان يرجع في الهبة ، وان كانت الجارية قد ماتت في يد الواهب كان للموهوب له الخيار ان شاء ضمن الواهب قيمتها ، وإن شاء ضمن المودع فإن ضمن الواهب لا يرجع على المودع بما ضمن ، وإن ضمن المودع لا يرجع على الواهب بما ضمن . وذكر الكرخي ان هذا قول محمد وأما عند أبي يوسف لا يضمن . وإن قال المولى : قد علمت أنك وهبتها للذي أودعني إلا أنه ليس بعبدي فأقام المدعى بينة على أن فلانا الغائب عبده لا تقبل هذه البينة ان كان العبد حياً ، وان قال الواهب : ليست لي بينة وطلب يمين المودع بالله أن الغائب ليس بعبد له استحلقة القاضى فان حلف برىء من الخصومة ، وان نكل لزمته الخصومة ، ولو أقام المدعى بينة على إقرار المولى ان فلانا عبده تقبل بيته وقضى بالرجوع ، وان أقام المدعى بينة على أن الغائب كان عبد هذا الرجل وأنه قد مات قبلت بيته وصار ذو اليد خصماً ، وإن أقام المدعى بينة على أن الغائب كان عبده وأنه قد باعه من فلان بألف درهم وقبضه فلان منه بألف درهم لم تقبل بينة ، وإن أقام المدعى بينة على إقرار الذي في يديه الجارية أنه قد باع فلانا الغائب من فلان ولم يقيم البينة على إقراره ان الغائب عبده فالقاضي لا يقبل هذه البينة ولا يجعل الذي في يديه خصماً ، كذا في الذخيرة .^(١)

(١) الفتاوى الهندية ج ٤ ص : ٣٩٠ ، كتاب الهبة ، الباب الخامس في الرجوع في الهبة ، المبسوط ج ٦ ص : ١٣٠

وقال في غمز عيون البصائر : فيمن يصلح خصماً لغيره : رجل وهب لعبد رجل شيئاً ، ثم أراد الرجوع ، ومولى العبد غائب فان كان العبد مأذوناً يقضى له بالرجوع ، وان كان محجوراً لا يقضى له بالرجوع ما لم يحضر المولى ، فان قال العبد : أنا محجور ، وقال الواهب : لا بل أنت مأذون ، فالقول قول الواهب مع يمينه استحساناً^(١)

(١) غمز عيون البصائر ج ١ ص : ٥٩ ، بدائع الصنائع ج ٦ ص : ١٣٠ ، مجمع الضمانات ص : ٤٣٧ ، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ج ٢ ص : ٦٥٧ - ٦٥٨ .

نذر التصدق بماله .

إذا قال قائل : مالى فى ميل الله - أو مافى معناه من الفاظ النذر - ماذا يجب عليه ، هل يلزمه التصدق بكل ما يملك أو بجزء منه ؟ اختلف العلماء فى هذه المسألة :

فذهب الإمام ابو حنيفة وابو يوسف ومحمد من أصحابه الى : أنه يلزمه التصدق بكل ما يملك من الأموال التى تجب فيها الزكاة : كالنقدين والسوائم وأموال التجارة .

قال فى بداية المبتدى : ومن قال مالى فى المساكين صدقة فهو على ما فيه الزكاة . ^(١) وقال فى المبسوط : إذا قال : مالى صدقة ، فقال : فى القياس ينصرف هذا الى كل مال له وهو قول زفر رحمه الله تعالى وفى الاستحسان ينصرف الى مال الزكاة خاصة بخلاف . ^(٢)

وقال فى باب الصدقة : (فان قال جميع ما أملك صدقة فى المساكين ، فعليه أن يتصدق بجميع ما يملك من الصّامت ^(٣) ، وأموال السوائم ، وأموال الزكاة ، ولا يتصدق بالعقار ، والرقيق ، وغير ذلك - استحساناً -) ، وفى القياس عليه ان يتصدق بجميع ذلك ، وهو قول زفر ، وزعم بعض مشايخنا أن فى قوله : " جميع ما أملك " يتصدق بالكل قياساً ، واستحساناً وأما القياس والاستحسان فى قوله : مالى صدقة ، أو جميع مالى صدقة ، والأصح انهما سواء .

(١) بداية المبتدى ج ٥ ص : ٥٢٤ ، وانظر : حاشية ابن عابدين ج ٣ ص : ٧٤٢ .

(٢) المبسوط ج ٤ ص : ١٣٤ ، باب النذر .

(٣) الصّامت من المال الذهب الفضة . المصباح المنير فى غريب الشرح الكبير . كتاب الصاد . الصاد مع الميم ج ١ ص : ٣٤٨ .

وجه القياس : أن اسم المملك حقيقة لكل مملوك له ، واسم المال لكل ما يموله الإنسان ، ومال الزكاة في ذلك ، وغير مال الزكاة سواء ؛ الا ترى أن في الإرث والوصية بالمال يستوى فيه ذلك كله ، وهذا لان اللفظ معمول به في حقيقته - ماممكن - ولكنه استحسن ، فقال : إنما ذكر المال والمملك عند ذكر الصدقة ، فيختص بمال الزكاة بدليل شرعى ، وهو أن ما يوجهه على نفسه معتبر بما أوجب الله - سبحانه وتعالى - عليه ، والله تعالى - أوجب الحق في المال ، ولذلك يختص بمال الزكاة ، فكذلك ما يوجهه على نفسه - بخلاف الوصية - ، وهذا لأن الصدقة - شرعاً - إنما تكون عن غنى . (قال رحمه الله : لاصدقة الا عن ظهر غنى) . ^(١) والغنى - شرعاً - يختص بمال الزكاة ، حتى لا يكون مالك العقار والريق لغير التجارة غنياً شرعاً ؛ فلهذا الدليل تركنا اعتبار حقيقة اللفظ وأوجبنا عليه التصديق بمال الزكاة وبخلاف الوصية والميراث ، فان ذلك خلافه والحاجة اليه في مال الزكاة ، وغير مال الزكاة سواء . ^(٢)

وقال في بدائع الصنائع : ولو قال : مالى في المساكين صدقة ، تصدق بكل مالٍ تجب فيه الزكاة استحساناً ، والقياس ان تصدق بالكل لان اسم المال ينطلق على الكل . وجه الاستحسان : ان إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى ، ثم إيجاب الصدقة المتعلقة باسم الله من الله تعالى في قوله تعالى : ﴿ خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً ﴾ ^(٣) ونحو ذلك تصرف الى بعض الأموال دون الكل ، فكذا إيجاب العبد . (٤) - (٥)

(١) أخرجه البخارى تعليقا . صحيح البخارى ج ٤ ص : ٦ ، في باب تأويل قول الله تعالى (من بعد وصية يوصون بها أو دين) من كتاب الوصايا ، والامام أحمد في مسنده ج ٢ ص : ٢٣٠ ، وأخرج نحوه ؛ البخارى في صحيحه ج ٢ ص : ١٣٩ ، ٧ ، ٨١ ، في باب لاصدقة الا عن ظهر غنى ، من كتاب الزكاة وفي باب وجوب النفقة على الأهل والعيال ، من كتاب النفقات ، ومسلم في صحيحه ج ٢ ص : ٧١٧ ، في باب بيان ان اليد العليا خير من اليد السفلى ... الخ من كتاب الزكاة ، وأبو داود في سننه ج ١ ص : ٣٨٩ ، ٣٩٠ ، في باب الرجل يخرج من ماله ، من كتاب الزكاة ، والنسائي في المجتبى ج ٥ ص : ٤٦ ، ٥٢ ، في : باب الصلقة عن ظهر غنى ، وباب أى الصلقة أفضل ، من كتاب الزكاة ، والامام أحمد في مسنده ج ٢ ص : ٢٤٥ ، ٢٧٨ ، ٣٩٤ ، ٤٠٢ ، ٤٣٤ ، ٤٣٥ ، ٤٧٦ ، ٤٨٠ ، ٥٠١ ، ٥٢٤ ، ٥٣٧ .

(٢) المبسوط للسرخسى ج ١٢ ص : ٩٣ ، وانظر : البحر الرائق ج ٧ ص : ٤٧ ، درر الحكام شرح غرر الاحكام ج ٢ ص : ٤١٨ .

(٣) سورة التوبة آية رقم (١٠٣) .

(٤) بدائع الصنائع ج ٦ ص : ٢٢١ ، تبين الحقائق ج ٤ ص : ٢٠٢ ، العناية شرح الهداية ج ٧ ص : ٣٥١ ، ٣٥٢ ، وانظر : الجوهرة النيرة ج ١ ص : ٣٣٢ ، ٣٣٣ ، فتح القدير ج ٧ ص : ٣٥١ ، ٣٥٢ .

=====

(٥) وذهب مالك وأحمد إلى أنه يتصدق بثلاث مائلك من الأموال . قال في الموطأ : قال مالك في الذي يقول : مالي في سبيل الله ، ثم يحسب ، قال : يجعل ثلث ماله في سبيل الله . انظر : المتقى شرح الموطأ ج ٣ ص : ٢٦٣ ، وقال : في المدونة : وقال مالك : اذا حلف بصدقة ماله فحسب أو قال : مالي في سبيل الله فحسب أجره من ذلك الثلث . انظر : المدونة ج ١ ص : ٥٧٣ ، وانظر : شرح مختصر خليل ج ٣ ص : ٩٤ .

وقال الخريفي : (ومن نذر أن يتصدق بماله كله أجره أن يتصدق بثلثه ، كما روى عن (النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يلبس لباية ، حين قال إن من توبى يارسول الله أن انخلع من مالي . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : يجزئك الثلث) - قال ابن قدامة - وجملة ذلك أن من نذر أن يتصدق بماله كله ، أجره ثلثه . وهذا قال الزهري ، ومالك . انظر : المغني لابن قدامة ج ١٠ ص : ٧١ ، والحديث أخرجه الإمام مالك في الموطأ ج ٢ ص : ٤٨١ ، في : باب جامع الأيمان ، من كتاب التنوير . وعبد الرزاق في مصنفه ج ٨ ص : ٤٨٤ ، في : باب من قال : مالي في سبيل الله ، من كتاب الأيمان والتنوير . وقال في شرح منتهى الإرادات : (ولو نذر الصدقة من تسن له) الصدقة (بكل ماله أو بألف ونحوه) من الأعداد (وهو) أي الألف ونحوه (كل ماله بقصد القرية) متعلق بنذر (أجره ثلثه) يوم نذره يتصدق به ولا كفارة نصا . انظر : شرح منتهى الإرادات ج ٣ ص : ٤٧٥ ، وقال في كشف القناع : (أجره ثلثه ولا كفارة) عليه (لقول كعب يارسول الله إن من توبى أن انخلع من مالي صدقة لله ولرسوله ؟ فقال النبي صلى الله عليه وسلم أمسك عليك بعض مالك هو خير لك) - الحديث متفق عليه - أخرجه البخاري في صحيحه ج ٤ ص : ٩ ، ج ٦ ص : ٨٧ ، ٨٨ ، ج ٨ ص : ١٧٥ ، في : باب اذا تصدق أو أوقف بعض ماله ... ، من كتاب الرضايا ، وفي : باب مورة التوبة ، من كتاب التفسير ، وفي : باب اذا أهدي ماله على وجه النذر والتوبة ، من كتاب الأيمان والنذر ، ومسلم في صحيحه ج ٤ ص : ٢١٢٧ ، في : باب حديث كعب بن مالك وصاحبه ، من كتاب التوبة - وانظر : كشف القناع ج ٦ ص : ٢٧٨ ، وانظر : مطالب أولى النهى ج ٦ ص : ٤٢٦ - ٤٢٧ .

وذهب الشافعي وزفر من أصحاب أبي حنيفة إلى أنه يلزمه التصديق بكل ماله . قال : في الأم : ومن حلف بصدقة ماله فحسب : فان كان أراد محسباً فكفارة بين ، وإن أراد بذلك تبرأ - قال الشافعي : التبرأ أن يقول : لله على - أن شفى الله فلاناً أو قدم فلان من سفره أو قضى عني ديناً أو كان كفلاً - أن أحج له نذراً ، فهو التبرأ - ، مثل أن يقول : لله على أن أتصدق بمالي فتصدق به كله . لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال (من نذر أن يطيع الله عز وجل فليطعه) . - الحديث أخرجه البخاري عن عائشة رضي الله عنها ممن قسوله صلى الله عليه وسلم : (من نذر أن يطيع الله عز وجل فليطعه ، ومن نذر أن يعصيه فلا يعصيه) انظر : صحيح البخاري ج ٨ ص : ١٧٧ ، في : باب النذر في الطاعة وما انفقت من نفقة ، وباب النذر فيما لا يملك وفي معصية ، من كتاب الأيمان ، كما أخرجه أبو داود في سننه ج ٢ ص : ٢٠٨ ، في : باب ما جاء في النذر في المعصية ، من كتاب الأيمان ، والترمذي في عارضة الأحاديث ج ٧ ص : ٥ ، في : باب من نذر أن يطيع الله فليطعه ، من ابواب التنوير ، والنسائي في المهني ج ٧ ص : ١٦ - ١٧ ، في : باب النذر في الطاعة ، وباب النذر في المعصية ، من كتاب الأيمان ، وابن ماجه في سننه ج ١ ص : ٦٨٧ ، في : باب النذر في المعصية ، من كتاب الكفارات . والدارمي في سننه ج ٢ ص : ١٨٤ ، في : باب لا نذر في معصية الله ، من كتاب التنوير ، والإمام مالك في الموطأ ج ٢ ص : ٤٧٦ ، في : باب ما لا يجوز من التنوير في معصية الله ، من كتاب التنوير ، والإمام أحمد في مسنده ج ٦ ص : ٣٦ ، ٤١ ، ٢٢٤ ، - وانظر : الأم للشافعي ج ٢ ص : ٢٧٩ ، وانظر : أسنى المطالب ج ١ ص : ٥٧٦ ، وقال في تحفة

المحتاج : لو نذر التصديق بجميع ماله لزمه إلا بإتار عورته وإن كان عليه دين مستغرق من غير حجر . انظر : تحفة المحتاج جـ ١٠ ص : ٩٦ وقال في معنى المحتاج : لو قال ابتداءً : مالى صدقة ، أو في سبيل الله فلغوا ، لأنه لم يأت بصيغة التزام ، فإن علق قوله المذكور بدخول مثلاً كقوله : إن دخلت الدار فعلى صدقة فنذر لجاح . فاما أن يتصدق بكل ماله ، واما أن يكفر كفارة يمين إلا أن يكون المعلق به مرغوباً فيه كقوله : ان رزقنى الله دخول الدار ، او ان دخلت الدار واراد بذلك فعلى صدقة فيجب التصديق عيناً ؛ لأنه نذر تَبَرُّر ، ولو قال بدل صدقة في سبيل الله تصديق بكل ماله على الغزاة . انظر : معنى المحتاج جـ ٦ ص : ٢٥٢ ، وانظر : شرح التبهمة جـ ٥ ص : ٢٠٨ ، حاشيتا قليوبي وعميرة جـ ٤ ص : ٢٨٩ ، ٢٩٠ . حاشيتا البحرى على الخطيب جـ ٤ ص : ٣٧٣ .

العوض المشروط في عقد الهبة ... والصدقة بشرط العوض .

العوض المشروط في عقد الهبة . فإن كانت الهبة بشرط العوض شرط لها شرائط الهبة في الابتداء حتى لا يصح في المشاع الذي يحتمل القسمة ولا يثبت بها الملك قبل القبض ، ولكل واحد منهما أن يتمتع من التسليم وبعد التقابض يثبت لها حكم البيع فلا يكون لأحدهما أن يرجع فيما كان له ويثبت بها الشفعة ولكل واحد منهما أن يرد بالعيب ما قبض ، والصدقة بشرط العوض بمثلة الهبة بشرط العوض ، وهذا استحسان ، والقياس أن تكون الهبة بشرط العوض بيعاً ابتداء وانتهاء ^(١) .

قال في المبسوط : إن الهبة بشرط العوض هبة ابتداء بيع انتهاء وقال زفر ابتداء وانتهاء بيع ، وفي أحد أقاويل الشافعي : هو فاسد لأنه شرط خالف مقتضى العقد فيكون مبطلاً للعقد لأن الهبة عقد تبرع واشترائط العوض فيه يخالف مقتضاه ، وزفر يقول هذا تملك مال بمال شرطاً ، وكان بيعاً فاسداً ابتداء كما عقد بلفظ البيع أو التملك ، وهذا لأن في العقود يعتبر المقصود وعليه ينبي الحكم ^(٢) .

وقال في موضع آخر في باب العطية : والهبة بشرط العوض تصير بيعاً بالقياس فلهذا ثبت له الخيار ^(٣) .

(١) الفتاوى الهندية جـ ٤ ص : ٣٩٤ ، مجمع الأمل جـ ٢ ص : ٣٦٤ - ٣٦٥ .

(٢) المبسوط جـ ١٢ ص : ٧٩ ، وانظر : حاشية الجمل جـ ٣ ص : ٦٠٠ - ٦٠١ ، حاشية البحرى جـ ٢ ص : ٢٢٠ ، أمى المطالب جـ ٢ ص : ٤٨٦ .

(٣) المبسوط جـ ١٢ ص : ١٠١ - ١٠٢ ، وانظر : بدائع الصنائع جـ ٦ ص : ١١٨ - ١١٩ ، تبين الحقائق جـ ٥ ص : ١٠٢ ، العناية شرح الهداية جـ ٩ ص : ٤٨ - ٤٩ ، الجوهرة النيرة جـ ١ ص : ٣٣١ ، فتح القدير جـ ٩ ص : ٤٨ - ٤٩ .

يقول البخاري في كشف الأسرار : الهبة بشرط العوض هبة باعتبار الصيغة بيع باعتبار المعنى (١) - (٢) .

(١) كشف الأسرار للبخاري ج٢ ص : ٥٨ .

(٢) وعند الخاتبة : قال ابن قدامة في المغني : فإن شرط في الهبة ثواباً معلوم ، صح نص عليه أحمد ، لأنه عليك بعوض معلوم فهو كالبيع وحكمها حكم البيع ، في ضمان الدرك ، وثبوت الخيار والشفعة وبهذا قال أصحاب الرأي . ولأصحاب الشافعي قول ، أنه لا يصح ، لأنه شرط في الهبة ما ينافي مقتضاها . ولنا أنه عليك بعوض ، فصح ما لو قال : ملكك هذا بترهم فإنه لو أطلق التملك كان هبة وإذا ذكر العوض صار بيعاً .

انظر : المغني لأبن قدامة ج٥ ص : ٣٩٩ - ٤٠٠ . فصارت الهبة بيعاً فثبت فيها خيار مجلس ونحوه وثبت فيها الشفعة إن كان المرهوب شقصاً مشقوقاً ونحوهما كالرد بالعيب ، واللزوم قبل التقاض وضمان الدرك ، ووجوب التساوي مع التقاض قبل التفريق في الربوي المتحد ، لأنه عليك بعوض معلوم أشبه ما لو قال بعثك أو ملكك هذا بهذا . أنظر : كشف القناع ج٤ ص : ٣٠٠ ، الفروع لأبن مفلح ج٤ ص : ٦٣٩ - ٦٤٠ ، القواعد لأبن رجب ص : ٤٨ . القاعدة الثامنة والثلاثون .

والأصل في الهبة أن لا يكون فيها عوض مادي ، لأنها تبرع وليست معاوضة ، إلا أنه يجوز التعريض فيها - كما ذكرنا - وتسمى هبة الثواب وهي الهبة التي يتم الإعتياض عنها والعوض في الهبة أما أن يشترط في العقد أو لا .

فإن اشترط في العقد وكان معلوماً صح العقد عند الحنفية والمالكية والشافعية في الأظهر نظراً لمعنى عندهم ، والقول الثاني للشافعية العقد باطل نظراً إلى اللفظ لتناقضه ، فإن لفظ الهبة يقتضي التبرع .

وإذا صح العقد اعتبر بيعاً أو كالبيع في الجملة . ويكون له أحكام البيع فيثبت فيه حق الخيار ، وحق الرد بالعيب وحق الشفعة ويسقط حق الرجوع إلا أن الحنفية اشترطوا إسقاط حق الرجوع التقاض ، وروى عن أحمد ما يقتضي أن يغلب فيها حكم الهبة فلا تثبت فيها أحكام البيع ، وذكر في الإنصاف : صحة شرط العوض فيها . وهو صحيح . وهو المذهب وقيل لا تصح مطلقاً ، وإن شرط ثواباً مجهولاً : لم تصح الهبة : وهو المذهب وعليه أكثر الأصحاب . أنظر : الأنصاف ج٧ ص : ١١٧ ، وانظر : كشف القناع ج٤ ص : ٣٠٠ ، مطالب أولي النهي ج٤ ص : ٤٨٢ ، كتب ورسائل وفتاوى ابن تيمية في الفقه ج٣١ ص : ٢٨٣ ، منار السبيل ج٢ ص : ٢٨ .

وإذا اشترط العوض وكان مجهولاً صح العقد عند الحنفية والمالكية وهو ظاهر كلام أحمد ومقابل المذهب عند الشافعية . إلا أن العقد عند الحنفية يعتبر هبة ابتداءً ، فيحوز الرجوع فيها على أصل مذهبهم الذي يميز الرجوع في الهبة .

وقال المالكية : للمرهوب له دفع القيمة أو رد الهبة ، فإذا دفع القيمة الزم الواهب قبولها وإذا لم يدفع كان للواهب الرد ، وهو ظاهر كلام أحمد ومقابل الأظهر ، عند الشافعية والخاتبة بطلان العقد وحكمه حكم البيع الفاسد . انظر : مواهب الجليل

ج ٦ ص : ٦٦ ، منح الجليل شرح مختصر جليل ج ٨ ص : ٢١٥ - ٢٣٢ . قال في التاج والإكلیل : وجاز شرط الثواب وأهبة للثواب كالبيع في هذا في أكثر الحالات ، وإن لم يسم العرض عند أهبة أجازته العلماء علي ما روى عن محمد وغيره وخالف البيهقي في هذا ، ولا بأس باشتراط الثواب عند أهبة ، وإن لم يصفه (ولزم تعيينه) . انظر : التاج والإكلیل ج ٨ ص : ٢٩ - ٣٠ منح الجليل ج ٨ ص : ٢١٥ - ٢١٦ ، وسواء عين الواهب الثواب الذي يريد أم لا أما إذا عينه فقالوا أنها جائزة وهي حينئذ من البيوع ، قال في التوضيح : كما لو قال : أهبتها لك بمائة دينار ويشترط في ذلك شروط البيع ، أما إن شرط الواهب الثواب ولم يعينه فأجاز ذلك ابن القاسم في المدونة وقاله أصبغ ومنعه ابن الماجشون لأنه كبيع سلعة بقيمتها ، الباجي والأول أولي . انظر : مواهب الجليل ج ٦ ص : ٦٦ ، حاشية العلوي ج ٢ ص : ٢٦٠ ، الفواكه النواني ج ٢ ص : ١٥٨ - ١٥٩ ، حاشية الدسوقي ج ٤ ص : ١١٤ - ١١٥ .

وإما عند الشافعية فقد قال في معنى المحتاج : ولو وهب شخصاً شيئاً بشرط ثواب معلوم عليه ، كرهبك هذا علي أن تبني كذا فالأظهر صحة هنا العقد نظراً للمعنى فإنه معاوضة بمال معلوم فصح كما لو قال بعتك .

والثاني : بطلانه نظراً إلى اللفظ لتناقضه ، فإن لفظ أهبة يقتضي التبرع ويكون بيعاً علي الصحيح . انظر : معنى المحتاج ج ٣ ص : ٥٧٣ ، مجمع الضمانات ص : ٣٣٨ . وقال في حاشيتا قليوبي وعميرة : (ولو وهب بشرط ثواب معلوم ، فالأظهر صحة العقد ، ويكون بيعاً علي الصحيح) نظراً إلى المعنى . والثاني لا يكون هبة نظراً إلى اللفظ فلا يلزم قبل القبض ، ومقابل الأظهر بطلان العقد ، لمناقضة شرط الثواب لفظ أهبة المقتضي التبرع . انظر : حاشيتا قليوبي وعميرة ج ٣ ص : ١١٥ . وانظر : تحفة المحتاج ج ٦ ص : ٣١٥ ، معنى المحتاج ج ٣ ص : ٥٧٣ ، غاية المحتاج ج ٥ ص : ٤٢٣ - ٤٢٤ .

رجل وهب لرجل ديناراً علي رجل ، وأمره بقبضه .

رجل وهب لرجل ديناراً علي رجل ، وأمره بقبضه : جاز ذلك استحساناً وفي القياس : لا يجوز وهو قول زفر ، لأن الدين ليس بمال ، حتى أن من حلف ولا مال له وله دين علي إنسان : لا يحنث في يمينه . والهبة عقد مشروع لتملك المال فإذا أضيف إلي ما ليس بمال لا يصح باعتبار ماله كما لو وهب مسلم خمرأً من مسلم لا يصح باعتبار ماله وهو التحلل ، والدليل عليه : أن بيع الدين من غير من عليه الدين لا يجوز ؛ لأنه عقد مشروع لتملك المال ، فاهبة مثله أو أولى لأن الهبة لا تتم إلا بالقبض ، وقبض ما في ذمة الغير لا يتصور ، ولا وجه لتصحيحه إذا قبضه ؛ لأن تمام عقد الهبة بقبض ما أضيف إليه العقد إلى الدين والمقبوض عين والعين غير الدين .

ووجه الاستحسان أنه أنابه في القبض مناب نفسه فيجعل قبض الموهوب له كقبض الواهب ، ولو قبضه بنفسه ثم وهبه ، وسلمه : جاز وكذلك إذا أمر أن يقبضه له ثم لنفسه ؛ وهذا لأن في باب الهبة : المعتبر وقت القبض . فإن الملك عنده يثبت ، دليل ما بينا من فصل الشيوخ ، وعند القبض هو مال قابل للتمليك سائر الأسباب فكذلك بالهبة والمقبوض وإن كان غير الدين حقيقة جعل الحكم كأنه هو بدليل جواز القبض في الصرف والسلم مع حرمة الاستبدال فيها ، وليس البيع نظير الهبة ، فإنه يوجب الملك بنفسه قبل القبض فكان المعتبر فيه وقت العقد فإذا لم يكن عين مال لم يجز بيعه مع إن الدين في الذمة يقبل التملك بالعقد فإنه لو باعه ممن عليه الدين بعوض : جاز ولو وهبه منه جاز فعرفنا أنه مال قابل للتمليك حكماً ولهذا تجب الزكاة فيه قبل القبض ، والشرط

في عقد التمليك أن يضاف إلى محل قابل له ، وقد وجدتم لزومه قبل القبض ، وعند القبض بحكم الهبة هو عين فتم العقد ^(١) .

قال في البحر الرائق : ولو وهب ديناً له علي رجل وأمره أن يقبضه جازت الهبة استحساناً فيصير قابضاً للواهب بحكم النية ثم يصير قابضاً لنفسه بحكم الهبة وإن لم يأذن في القبض لم يجوز ^(٢) . والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر ^(٣) .

ومن شرط الموهوب أن يكون مملوكاً للواهب : فلا تنفذ هبة مال الغير بغير إذنه لاستحالة تمليك ما ليس بمملوك ^(٤) وهذا شرط نفاذ عند الحنفية ، فعند الحنفية يجوز هبة المملوك ، سواء أكان عيناً أو ديناً ، فتجوز هبة الدين لمن عليه الدين ، لأن ما في الذمة مقدور التسليم والقبض ؛ لأن قبض العين قائم مقام قبض عين ما في الذمة . كما تجوز هبة الدين لغير من عليه الدين إن أذن له صراحة بالقبض ، وقبضه استحساناً ^(٥) .

ولا بد من الإذن صراحة بالقبض ، ولا يكفي الإذن دلالة . وجه الفرق بين هبة العين وهبة الدين : هو أن الإيجاب في هبة العين يدل علي الإذن بالقبض دلالة ، لأن قصده

(١) المبسوط ج ١٢ ص : ٧٠ ، رد المختار علي الدر المختار ج ٥ ص : ٧٠٨ - ٧٠٩ .

(٢) البحر الرائق ج ٧ ص : ٢٨٤ ، حاشية ابن عابدين ج ٥ ص : ٦٨٧ ، ج ٨ ص : ٤٢١ .

(٣) تحفة الفقهاء ج ٣ ص : ١٦٥ ، وانظر غمر عيون البصائر ج ٤ ص : ١٥ ، القول في الدين ، بدائع الصنائع ج ٦ ص : ١١٩ .

(٤) بدائع ج ٦ ص : ١١٩ ، الفتاوى الهندية ، ج ٤ ص : ٢٨٤ ، تنقيح الفتاوى الحامدية ج ٢ ص : ٩١ .

تمليك ما هو ملكه للموهوب له ، أما في هبة الدين : فالإيجاب لا يعطي تلك الدلالة : لأن الدلالة متوقفة علي قصد التملك ، وتمليك الدين من غير من عليه الدين لا يتحقق إلا بالتصريح بالإذن بالقبض ؛ لأنه بالتصريح يقوم قبضه مقام قبض الواهب ، فيصير المقبوض ملكاً له أولاً ، ثم يصير الموهوب له قابضاً لنفسه من الواهب . وبناء علي هذا التقدير : يصير الواهب واهباً ملك نفسه ، والموهوب له قابضاً ملك الواهب . وتجوز هبة الدين لغير من عليه الدين ثابتاً استحساناً . وأما في القياس فلا يجوز ، وهو قول زفر ؛ لأن الدين ليس بمال عند الحنفية ، حتى إن حلف لا مال ، له ، وله دين علي إنسان : لا يحث في عيئه . والهبة عقد مشروع لتمليك المال فإذا أضيف إلي ما ليس بمال لا يصلح ^(١) .

ولقد اختلف الفقهاء في حكم تمليك الدين لغير من عليه علي أربعة أقوال : ^(٢) .

(١) المبسوط ج ١٢ ص : ٧٠ ، بدائع الصنائع ج ٦ ص : ١٢٤ ، حاشية ابن عابدين ج ٥ ص : ٦٨٧ . ج ٨ ص : ٤٢١ .

(٢) التاج والإكليل ج ٨ ص : ٨ - ٩ ، مواهب الجليل ج ٦ ص : ٥٢ ، حاشية الدسوقي ج ٤ ص : ٩٩ منح الجليل ج ٨ ص : ١٧٨ ، حاشية اليعزمي ج ٣ ص : ٢١٧ تحفة المحتاج ج ٦ ص : ٣٠٥ ، مغني المحتاج ج ٣ ص : ٥٦٤ - ٥٦٥ ، فتوحات الوهاب ج ٣ ص : ٥٩٧ ، كشف القناع ج ٤ ص : ٣٠٥ ، مطالب أولي النهي ج ٣ ص : ٢٢٩ ، المغني لأين قدامة ج ٥ ص : ٣٨٤ .

أحدهما : للحنفية ^(١) أنه لا يصح تملك الدين لغير من هو عليه . سواء كان بعوض أو بغير عوض . كأن يقول شخص لآخر : وهبتك مالي من دين علي فلان ، فيقبل . فهذا غير جائز ، لأن الواهب يهب ما ليس في يده ، ولا له من السلطة شرعاً ما يمكنه من قبض منه . وقد استثنى الحنفية من قاعدة عدم جواز تملك الدين لغير من هو عليه ثلاث حالات :-

الأولي : إذا وكل الدائن الشخص الذي ملكه الدائن في قبض ذلك الدين من مدينه فيصح ذلك ، ويقبض الدين من المدين باعتباره وكيلاً عن الدائن . وعمره القبض يصير قابضاً لنفسه ، وتنتقل ملكية الدين إليه .

والثاني : إذا أحال الدائن الشخص الذي ملكه الدين علي مدينه فيصح ذلك ويقبض الدين من المدين باعتباره محالاً من الدائن عليه ، وعمره القبض تنتقل ملكية الدين إليه .

والثالث : الوصية فإنها تصح بالدين لغير من هو عليه ، لأنها تملك مضاف إلي ما بعد الموت فينتقل الملك فيه كما ينتقل بالإرث .

(١) والحنابلة والشافعية في الأظهر عندهم كذلك أنه لا يصح تملك الدين لغير من هو عليه سواء كان بعوض أو بغير عوض . قال ابن قدامة في المغني : وإن وهب الدين لغير من هو في ذمته ، أو باعه إياه لم يصح . وبه قال في البيع أبو حنيفة . انظر : المغني لأبن قدامة جـ ٥ ص : ٣٨٤ ، وانظر : كشف القناع جـ ٤ ص : ٣٠٥ ، مطالب أولي النهى جـ ٤ ص : ٣٩٦ ، وقال في تحفة المحتاج : وهبته (لغیره) أي : المدين (باطلة في الأصح) بناءً علي ما قدمه من بطلان بيع الدين لغير من هو عليه ، أما في مقابلة الأصح .. فتصح هبته بالأولي . أنظر : تحفة المحتاج جـ ٦ ص : ٣٠٥ ، مغني المحتاج جـ ٣ ص : ٥٦٤ - ٥٦٥ ، وقال في نهاية المحتاج : (و) هبته (لغیره) أي المدين (باطلة في الأصح) لأنه غير مقدور علي تسليمه ، لأن ما يقبض من المدين عين الدين ، وظاهر كلام جماعة ... بطلان ذلك وإن قلنا ... بصحة بيعه لغير من هو عليه بشروطه وهو كذلك ، ويؤيده أن صحة بيع الموصوف دون هبته والدين مثله بل أولي ، ويفرق بين صحة بيعه وعدم هبته بأن يبع ما في الذمة التزم لتحصيل المبلغ في مقابلة الثمن الذي استحقه ، والالتزام فيها صحيح بخلاف هبته فإنما لا تتضمن الالتزام ، إذ لا مقابل فيها فكأن بالوعد أشبه فلم يصح . أنظر : نهاية المحتاج جـ ٥ ص : ٤١٣ ، وانظر : حاشية الجمل جـ ٣ ص : ٥٩٧ ، حاشية البحرى علي الخطوب جـ ٣ ص : ٢٦٣ ، حاشية البحرى علي المنهاج جـ ٣ ص : ٢١٧ - ٢١٨ ، والثاني : رواية عن أحمد ووجه عن الشافعية : أنه يجوز تملك الدين من غير من هو عليه الدين بعوض وبغير عوض .

والثالث : للشافعية في قول - صححه كثير من أئمتهم كالشوازي في المذهب والنووي في زوائد الروضة واختار السبكي وأفتي به زكريا الأنصاري وغيره - وهو أنه يجوز بيع سائر الدين - عدا دين السلم - لغير من عليه الدين ، كما يجوز بيعه للمدين ولا فرق وذلك إذا كان الدين حالاً والمدين مقراً مليحاً أو عليه بينة لا كلفة في إقامتها وذلك لاستفاء الغرر الناشئ عن عدم قدرة الدائن على تسليم الدين إليه ، بشرط التقابض في المجلس .
والرابع : للمالكية : أنه يجوز بيع الدين لغير المدين بشروط تباعد بينه وبين الغرر وتنفي سائر المحظورات الأخرى بشروط ثمانية : -

- ١ - أن يجعل المشتري الثمن والا كان من بيع الدين بالدين .
- ٢ - أن يكون المدين حاضراً في البلد ليعلم من فقر أو غني لأن ذلك يختلف باختلاف حال المدين .
- ٣ - أن يكون المدين مقراً بالدين فإن كان منكراً له فلا يجوز .
- ٤ - أن يباع بغير جنسه أو بجنسه بشرط أن يكون مساوياً له .
- ٥ - ألا يكون ذهاباً بقضة ولا عكسه ، لاشرط التقابض في صحة بيعها .
- ٦ - ألا تكون بين المشتري والمدين عداوة .
- ٧ - أن يكون الدين مما يجوز بيعه قبل قبضه ، احترازاً مما لو كان طعاماً ، إذ لا يجوز بيعه قبل قبضه .
- ٨ - ألا يقصد المشتري إعانات المدين والإضرار به ، انظر : الموسوعة الفقهية ج ٢١ ص : ١٣٠ - ١٣٢ ، والمصادر السابقة .

هذا بالنسبة لبيع الدين لغير المدين ، أما هبة الدين لغير المدين فقد قال في التاج والإكلیل : ولو كان دينه على غيرك فوهبه لك فإن أشهد بذلك وجمع بينك وبين غريمه ودفع إليك ذكر الحق إن كان عنده فهو قبض ، وإن لم يكن كتب عليك ذكر الحق وأشهد لك وأحالك عليه كان ذلك قبضاً ، وكذلك إن أحالك به عليه في غيبته وأشهد لك وقبضت ذكر الحق كان ذلك قبضاً لأن الدين هكذا يقبض ليس هو شيئاً بعينه . أنظر : التاج والإكلیل ج ٨ ص : ٧ ، مراهب الجليل ج ٦ ص : ٥٢ ، حاشية الدسوقي ج ٤ ص : ٩٩ ، منح الجليل ج ٨ ص : ١٧٨ .

إن كان الموهوب له غائباً - أي والهبة ديناً عليه - ولم يعلم بالهبة ، حتى مات : جازت .

إن كان الموهوب له غائباً - أي والهبة ديناً عليه - ولم يعلم بالهبة ، حتى مات : جازت الهبة وبريء مما عليه ، وهذا استحسان . فأما القياس : لا يبرأ ، فأصله في الموصى له ، إذا مات بعد موت الموصى قبل قبوله . في القياس : تبطل الوصية : لأنه قبل القبول لم يملك وإنما يخلفه وارثه في ملكه بعد موته . وفي الاستحسان : جعل موته بمترلة القبول ، فكذلك هنا في الاستحسان يجعل موت الموهوب له بمترلة قبوله ... ثم قال ومن مشايخنا من بنى الجواب هذا على الظاهر ، ويقول هبة الدين ممن عليه بمترلة الإبراء يتم بنفسه من غير قبول ، وإن كان له حق الرد فيها ، فالموت قبل الرد يطل حقه في الرد ويبقى تاماً في نفسه ^(١) .

قال في بدائع الصنائع : ومواء كان المملوك عيناً أو ديناً فتحوز هبة الدين لمن عليه الدين قياساً واستحساناً ^(٢) .

وقد ذكر ابن عابدين في حاشيته : عقدان يكون الموت فيهما بمترلة القبول في هبة الدين من المديون إذا لم يقبله حتى مات المديون . والوصية إذا لم يقبلها الموصى له حتى مات الموصي تجب الهبة والوصية ^(٣) .

(١) المبسوط ج ١٢ ص : ٨٤ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٦ ص : ١١٩ ، وانظر : تبين الحقائق ج ٦ ص : ٢٢٤ ، العناية شرح الهداية ج ٩ ص : ٥٤ .

(٣) حاشية ابن عابدين ج ٨ ص : ٥٠٤ ، وانظر : الجوهرة النيرة ج ١ ص : ٣٢٤ .

وتصح البراءة من الدين بلفظ الإبراء والإسقاط والهبة والعفو والصدقة والتحليل سواء قبله المبرأ أو رده صح ولزم بمحرده ولو قبل حلوله وتصح البراءة ولو مجهولاً ولا تصح هبة الدين لغيره من هو عليه إلا إن كان ضامناً^(١).

(١) وأما عند الخاتبة والشافعية كذلك هبة الدين للمدين من باب الإبراء ولا يحتاج إلى قبول . قال في كشف القناع : (وإن أبرأ غريم غريمه من دينه صح أو تصدق) به عليه صح (أو وهبه له) صح (أو أحله منه) صح (أو أسقطه عنه) صح (أو تركه له) صح (أو ملكه له) صح (أو تصدق به عليه) صح (أو عفا عنه صح وبرئت ذمته) إلى أن قال : ويصح الإبراء من الدين ولو (لم يقبله المدين لأنه إسقاط حق فلا يتوقف على قبول كإسقاط القصاص والشفعة) (أو رده) أي يصح الإبراء من الدين ولو رده المدين . انظر : كشف القناع جـ ٤ ص : ٣٠٤ - ٣٠٥ ، وانظر : الإنصاف جـ ٧ ص : ١٢٤ ، المحرر في الفقه جـ ١ ص : ٣٣٩ ، دليل الطالب جـ ١ ص : ١٧٧ ، مطالب أولي النهى جـ ٣ ص : ٢٢٩ ، منار السبيل جـ ٢ ص : ٢٧ ، إعلام الموقعين جـ ٣ ص : ١٥٨ . وقال في مغني المحتاج : (وهبة الدين للمدين إبراء) له منه لا يحتاج قبولاً نظراً للمعنى . انظر : مغني المحتاج جـ ٣ ص : ٥٦٤ - ٥٦٥ وانظر : نهاية المحتاج جـ ٥ ص : ٤١٣ - ١١٤ حاشية الجمل جـ ٣ ص : ٥٩٧ ، حاشية البحرى على المنهج جـ ٣ ص : ٢١٧ - ١١٨ ، إعانة الطالبين جـ ٣ ص : ١٤٢ ، الوسيط جـ ٤ ص : ٢٦٨ ، روضة الطالبين جـ ٥ ص : ٣٧٥ ، كفاية الأخيار جـ ١ ص : ٣٠٨ . وأما عند المالكية : فلا بد من قبوله ، لأن الإبراء يحتاج إلى قبول . قال : الدسوقي في حاشيته : (ودينا) فتصح هبته لمن هو عليه ولغيره (وهو) أي هبة الدين (إبراء إن وهب لمن) هو (عليه) فلا بد من قبوله ؛ لأن الإبراء يحتاج إلى قبول . انظر : حاشية الدسوقي جـ ٤ ص : ٩٩ ، وانظر : التاج والإكليل جـ ٨ ص : ٧ ، مواهب الجليل جـ ٦ ص : ٥٢ ، شرح مختصر خليل للعرش جـ ٧ ص : ١٠٣ ، حاشية الصاوي على الشرح الصغير جـ ٤ ص : ١٤٢ ، منح الجليل شرح مختصر خليل جـ ٨ ص : ١٧٨ - ١٧٩ .