

## الفصل الثامن: كتاب الشفعة

### وفيه ثلاثة مباحث

**المبحث الأول:** تبعية الطلع قبل الإبار للأرض التي تؤخذ بالشفعة

قال ابن القاص: ولا شفعة<sup>(١)</sup> إلا في الأرض وما يتعلق بها، ولا يتعلق بها إلا ثلاثة أشياء: البناء، والغراس، والطلع قبل الإبار<sup>(٢)</sup>، قلته في الطلع تخريجا<sup>(٣)</sup>.

ما ذهب إليه ابن القاص من ثبوت الشفعة في الطلع قبل التأبير، هو مقتضى قول الحنفية<sup>(٤)</sup>، وبه قال المالكية<sup>(٥)</sup>، وهو الأصح عند الشافعية<sup>(٦)</sup>، وبه قال الحنابلة<sup>(٧)</sup>.

### الدليل:

أن الطلع غير المؤبر يتبع الأصل في البيع فيتبعه في الأخذ بالشفعة، قياسا على البناء والغراس<sup>(٨)</sup>.

**المبحث الثاني:** تبعية الزرع والثمار للأرض التي تؤخذ بالشفعة

قال ابن القاص: فأما الثمار والزرع فلا يأخذه الشفع إذا أخذ الأرض، قلته تخريجا<sup>(٩)</sup>.

(١) الشفعة مأخوذة من الشفع وهو الزوج ويقال شفعت الشيء شفعا أي ضمته إلى الفرد.

انظر: المصباح المنير ص ١٢١، القاموس المحيط ص ٩٤٧.

اصطلاحاً: حق تملك قهري، يثبت للشريك القديم على الشريك الحادث فيما ملك بعوض.

انظر: زاد المحتاج ٣٢٧/٢.

(٢) الإبار هو التأبير: ومعناه التلقيح، وهو تشقيق الكمام عنه. انظر: تحرير التنبيه ص ٦٥.

(٣) انظر: التلخيص ص ٤٠٣.

(٤) لأن الحنفية يثبتون الشفعة في الثمرة الظاهرة فالثمره غير الظاهرة كالطلع غير المؤبر يدخل في الشفعة عندهم من باب أولى. انظر: بدائع الصنائع ٢٧/٥.

(٥) انظر: التمهيد ٢٩٣/١٣.

(٦) انظر: الباب ص ٢٦٤، المنهاج ص ٧٢، الروضة ٦٩/٥.

(٧) انظر: المغني ٤٤٠/٧، الإقناع ٦١٠/٢.

(٨) انظر: المغني ٤٤٠/٧، غنية الفقيه شرح التنبيه ٣٠٠/١، زاد المحتاج ٣٢٨/٢.

(٩) انظر: التلخيص ص ٤٠٣.

ما ذهب إليه ابن القاص من أن الزرع والثمر لا تثبت فيه الشفعة تبعاً للأرض هو قول المالكية<sup>(١)</sup>، وبه قال الشافعية<sup>(٢)</sup>، وهو المذهب عند الحنابلة<sup>(٣)(٤)</sup>.

### الأدلة:

١- ما ورد عن جابر رضي الله عنه: قال: «قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفّت الطرق فلا شفعة»<sup>(٥)</sup>.

وجه الدلالة: علق رضي الله عنه الشفعة بما يقسم من الأراضي فدل على نفي ثبوت الشفعة في الثمار<sup>(٦)</sup>.

٢- أن الشفعة فيما يدوم فيه الضرر، وذلك معدوم في الثمار فكانت كالعروض<sup>(٨)</sup>.

٣- أن الثمر والزرع لا يدخل في البيع تبعاً، فلا يؤخذ بالشفعة كقماش الدار<sup>(٩)</sup>.

٤- أن الثمر والزرع مبيعان ومقصودان لا يدخلان في العقد من غير تسمية، فلم يثبت الحق فيهما أصلاً ولا تبعاً<sup>(١٠)</sup>.

**المبحث الثالث:** باع رجل في مرضه شقصاً بأقل من قيمته ولا مال له غيره ثم نقض

المشتري البيع

(١) وللمالكية رواية فيها إثبات الشفعة في الثمر شهراً ابن عبد البر. انظر: الكافي لابن عبد البر ٨٥٦/٢، المعونة ١٢٦٨/٢، القبس لابن العربي ٨٥٦/٢، عقد الجواهر الثمينة ٧٥٨/٢.

(٢) انظر: الباب ص ٢٦٤، المهذب ٤٤٧/٣.

(٣) والوجه الثاني: تؤخذ تبعاً. انظر: الإنصاف ٢٥٨/٦، منتهى الإرادات ٢٢٨/٣.

(٤) وذهب الحنفية إلى إثبات الشفعة في الزرع والثمر تبعاً للأرض. انظر: بدائع الصنائع ٢٧/٥.

(٥) هو جابر بن عبد الله بن عمرو بن حرام الأنصاري رضي الله عنه، أحد المكثرين من الرواية عن النبي ﷺ، روى عن أبي بكر وعمر وعلي وعبيدة وغيرهم، وعنه سعيد بن المسيب، وأبو الزبير، ومحمد بن المنكدر وغيرهم، اختلف في سنة وفاته على أقوال: فقبل سنة ٧٣هـ، وقبل سنة ٧٧هـ، وقبل سنة ٧٨هـ. انظر ترجمته في: الإصابة ٢١٣/١، تهذيب التهذيب ٣٨/٢.

(٦) رواه البخاري ٣٢/٢ كتاب الشفعة / باب الشفعة ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود فلا شفعة.

(٧) انظر: المعونة ١٢٦٨/٢.

(٨) انظر: المعونة ١٢٦٨/٢.

(٩) انظر: المغني ٤٤٠/٧، معونة أولي النهى ٤١٦/٥.

(١٠) انظر: بدائع الصنائع ٢٨/٥.

قال ابن القاص: ولو باع مريض شقصاً<sup>(١)</sup> يساوي ألفي درهم بألف درهم، لا مال له غيره، ففيها قولان:  
أحدهما أن البيع باطل.  
والآخر: جائز، وفيه دور على قولين:  
أحدهما: يأخذ المشتري خمسة أسداس الشقص بألف درهم، ثم يأخذها الشفيع بمثل ذلك.

والثاني: يأخذ ثلثي الشقص بثلثي الألف، ويأخذ الشفيع بمثله.  
وللمشتري الخيار فيهما جميعاً، إن شاء نقض البيع، فإن نقض ففي الشفيع قولان:  
أحدهما: بطلت شفيعته.  
والثاني: يأخذ من البائع كما وصفت، قلته تخريجاً<sup>(٢)</sup>.  
هذه المسألة التي ذكرها ابن القاص محلها إذا كان المشتري والشفيع أجنبيين، والوارث يرد البيع في قدر المحاباة<sup>(٣)</sup>.  
فعلى هذا يبطل البيع في قدر المحاباة<sup>(٤)</sup>، وفي صحته في الباقي طريقان<sup>(٥)</sup> عند الشافعية:

الطريق الأول: فيه قولان، كما ذكر ابن القاص بناء على تفريق الصفقة<sup>(٦)</sup>.  
والطريق الثاني: القطع بصحة البيع.

(١) الشقص: بكسر الشين وهو القطعة من الأرض، والطائفة من الشيء. انظر: تهذيب الأسماء واللغات ١٦٦/٣.

(٢) انظر: التلخيص ص ٤٠٤.

(٣) انظر: الروضة ٨٠/٥.

(٤) المحاباة: يقال حاباه محاباة سامحه، مأخوذ من حبوته إذا أعطيته. انظر: المصباح المنير ص ٤٦.

(٥) الطرق في المذهب الشافعي هي اختلاف الأصحاب في حكاية المذهب فيقول بعضهم مثلاً في المسألة قولان أو وجهان، ويقول الآخر لا يجوز قولاً واحداً أو وجهاً واحداً، أو يقول أحدهما في المسألة تفصيل ويقول الآخر فيها خلاف مطلق. انظر: المجموع شرح المذهب ٦٦/١.

(٦) هو أن يجمع بين شيئين صفقة واحدة إما في عقد واحد أو في عقدين مختلفي الحكم وله صور وأمثلة كثيرة. انظر: التلخيص ص ٣٢١، الباب ص ٢٣٤، الروضة ٤٢٢/٣.

والمذهب أن العقد يصح في الباقي قولاً واحداً، لأن الوصية تصح على وجه لا تصح المعاوضة به<sup>(١)</sup>.

وإذا قلنا بالصحة ففيما يصح فيه البيع؟ قولان<sup>(٢)</sup>:

أحدهما: يصح في قدر الثلث، والقدر الذي يوازي الثمن بجميع الثمن.

والثاني: لا يسقط شيء من المبيع إلا ويسقط ما يقابله من الثمن.

فعلى القول الأول يصح البيع في الصورة المذكورة في خمسة أسداس الشقص بجميع الثمن، وعلى الثاني يصح البيع في ثلثي الشقص بثلثي الثمن<sup>(٣)</sup>.

وللمشتري الخيار على القولين لأنه لم يسلم له جميع المبيع<sup>(٤)</sup>، فإن أراد المشتري نقض البيع ثم جاء الشفيع ففيه قولان وقيل وجهان<sup>(٥)</sup>:

الأول: تبطل شفيعته.

والثاني وهو الأظهر عند جمهور الشافعية: لا تبطل شفيعته<sup>(٦)</sup>.

فعلى الثاني؛ فإن للشفيع رد الفسخ، ويأخذ من البائع خمسة أسداس الشقص بجميع الثمن على القول بصحة البيع في قدر الثلث، والقدر الذي يوازي الثمن بجميع الثمن، وعلى القول بأنه لا يسقط شيء من المبيع إلا ويسقط ما يقابله من الثمن، فإنه يأخذ من البائع ثلثي الشقص بثلثي الثمن<sup>(٧)</sup>.

(١) انظر: التهذيب ٣٦٦/٤، الروضة ٨٠/٥.

(٢) اختلف أصحاب المذهب الشافعي في الأصح من هذين القولين، ونسب ترجيح القول الثاني إلى ابن القاص وابن اللبان وإمام الحرمين. انظر: الروضة ٤٣٠/٣.

(٣) جاء في الروضة ٨١/٥: وثليته بثلث الثمن على الثاني، وفي التهذيب ٣٦٦/٤ بثلثي الثمن، وكذلك في فتح العزيز ٥٠١/٥، وهو ما ذكره ابن القاص في التلخيص ص ٤٠٤، ولعل ما وقع في الروضة خطأ.

(٤) انظر: التهذيب ٣٦٦/٤، فتح العزيز ٥٠١/٥.

(٥) قال في الروضة ٨١/٥: وإن أراد أن يفسخ وطلب الشفيع فأيهما يجاب؟ فيه الخلاف السابق في الرد بالعيب، وكذا لو فسخ قبل طلب الشفيع هل تبطل الشفعة أم للشفيع رد الفسخ؟ فيه ما سبق من الخلاف.

(٦) انظر: الروضة ٧٥/٥.

(٧) انظر: التهذيب ٣٦٦-٣٦٧/٤.

## الفصل التاسع: كتاب المزارعة والإجارات

### وفيه مبحثان

#### المبحث الأول: المزارعة

وفيه مطلب واحد

موت العامل في عقد المزارعة

قال ابن القاص: وإذا مات العامل في القراض<sup>(١)</sup> لم يقيم الوارث مقامه، وإن شاء رب المال ترك الوارث على القراض، قاله الشافعي نصاً<sup>(٢)</sup>.  
فإن مات العامل في المساقاة<sup>(٣)</sup> قام وارثه مقامه، قاله المزني تخريجاً<sup>(٤)</sup>.  
فإن مات العامل فيما وصفه من المزارعة<sup>(٥)</sup> الصحيحة قام وارثه مقامه، قلته تخريجاً<sup>(٦)</sup>.  
قوله فيما وصفه من المزارعة الصحيحة يشير إلى أن المزارعة باطلة في المذهب الشافعي<sup>(٧)</sup>، واستثنى من ذلك موضعان تصح فيهما المزارعة:

(١) القراض \_ بكسر القاف \_ مشتق من القرض وهو القطع سمي بذلك لأن المالك قطع للعامل قطعة من ماله يتصرف فيها وقطعة من الربح، ويسمى القراض مضاربة لأن العامل يضرب به في الأرض للاتجار، يقال ضرب في الأرض أي سافر. انظر: تحرير التنبيه ص ٨١.

وشرعاً: هو أن يدفع الرجل للعامل مالا يتجر فيه والربح بينهما على ما يشترطانه.

انظر: الزاهر ص ٣٠٤، المنهاج ص ٧٣.

(٢) انظر: مختصر المزني ص ١٦٧.

(٣) المساقاة مأخوذة من السقي، لأن السقي من أهم أمرها؛ وهي أن يدفع الرجل إلى الرجل حائط نخل على أن يقوم بسقيها وتعهدا على أن ما يطلع من ثمرة يكون للعامل سهمها معلوماً.

انظر: الزاهر ص ٣٠٥، زاد المحتاج ٣٥٧/٢.

(٤) انظر: مختصر المزني ص ١٧١.

(٥) المزارعة في اللغة: مأخوذة من الزرع وهو الإنبات.

واصطلاحاً: المعاملة على الأرض ببعض ما يخرج منها، والبذر من المالك.

انظر: المصباح المنير ص ٩٦، المنهاج ص ٧٥.

(٦) انظر: التلخيص ص ٤٠٩.

(٧) انظر: الباب ص ٢٥١، رحمة الأمة ص ٢٢٩.

الأول: أن يقول: ازرع لي سهمين من أرضي هذه ببذري، على أن يكون السهم الثالث أجرتك.

والثاني: اليسير من الأرض خلال النخل والكرم إذا ساقاها، ولا يمكن سقيهما إلا بسقي البياض، فإنه يجوز ذلك<sup>(١)</sup>.

وقد قال ببطلان المزارعة الحنفية<sup>(٢)</sup>، وهو المشهور من مذهب المالكية<sup>(٣)</sup>. والمذهب عند الحنابلة صحة المزارعة<sup>(٤)</sup>، وبه قال أبو يوسف ومحمد بن الحسن من الحنفية<sup>(٥)</sup>، ورجح جوازها الخطابي<sup>(٦)(٧)</sup> والنووي<sup>(٨)</sup> وغيرهما من الشافعية<sup>(٩)</sup>. وبناء على ذلك إذا مات العامل في عقد المزارعة فقد نص ابن القاص على أن الوارث يقوم مقامه، وقد ذكر أصحاب المذهب الشافعي تفصيلاً في المسألة؛ وهو أن المزارعة إن كانت على عينه انفسخت بموته كالأجير المعين، وإن كانت على الذمة فوجهان: الصحيح منهما أنها لا تنفسخ<sup>(١٠)</sup>.

(١) انظر: التلخيص ص ٤٠٩، الباب ص ٢٥١.

(٢) انظر: تحفة الفقهاء ٢٦٦/٣، بدائع الصنائع ١٧٥/٦.

(٣) انظر: الكافي لابن عبد البر ٧٦٠/٢، عقد الجواهر الثمينة ٨٣٢/٢.

(٤) انظر: الإنصاف ٤٨١/٥، الإقناع للحجاوي ٤٨٣/٢.

(٥) انظر: تحفة الفقهاء ٢٦٦/٣، بدائع الصنائع ١٧٥/٥.

(٦) هو محمد بن محمد بن إبراهيم أبو سليمان الخطابي، ولد سنة بضع وثلاثمائة، سمع من أبي سعيد بن الأعرابي بمكة، ومن إسماعيل بن محمد الصفار ببغداد، ومن أبي بكر بن داسة بالبصرة، وأخذ الفقه الشافعي من أبي بكر القفال الشاشي، وابن أبي هريرة، حدث عنه أبو عبد الله الحاكم وهو من أقرانه، وأبو حامد الاسفرائيني، وأبو عبيد الهروي وغيرهم، من تصانيفه: معالم السنن، وغريب الحديث، وكتاب العزلة، توفي سنة ٣٨٨هـ. انظر ترجمته في: سير أعلام النبلاء ٢٣/١٧، البداية والنهاية ٣٤٨/١١.

(٧) انظر: معالم السنن ٩٥/٣.

(٨) انظر: الروضة ١٦٨/٥.

(٩) انظر: شرح السنة للبغوي ٢٥٤/٨.

(١٠) وهذا التفصيل ذكر في كتاب المساقاة ويخرّج عليها في المزارعة. انظر: الروضة ١٦٢/٥.

وقال الحنابلة يقوم الوارث مقام المورث إذا قلنا إنها من العقود اللازمة<sup>(١)(٢)</sup>.

**الدليل:**

أن المزارعة عقد لازم فلا تنفسخ بموت العامل كالإجارة<sup>(٣)</sup>.

**المبحث الثاني: الإجارة**

وفيها أربعة مطالب

**المطلب الأول:** دفع جبة إلى نذاف بأجرة معلومة على أن يكون القطن من النذاف

قال ابن القاص: ولا يجوز أن يشتري فضة على أن يصوغ له خاتماً، ولا يجوز أن يشتري منه لبناً على أن يسلمه إليه مطبوخاً، قاله نصاً، ولا أن يدفع خفاً إلى إسكاف<sup>(٤)</sup> على أن ينعله بدرهم والنعل من عند الإسكافي إلا أن يقدر لثمن النعل شيئاً، وللأجرة شيئاً فيجعله عقدين وكذلك نعل الدواب.

وهكذا لو دفع جبة إلى نذاف<sup>(٥)</sup> بأجرة معلومة والقطن من عنده، قلته تخريجاً<sup>(٦)</sup>.

إذا دفع جبة إلى نذاف واشترط أن يكون القطن من عنده فهل يصح العقد أو لا؟ في المسألة قولان عند الشافعية:

أحدهما: لا يجوز، وبه قال ابن القاص<sup>(٧)</sup>.

والثاني: يجوز<sup>(٨)</sup>.

(١) والمذهب عندهم أن المزارعة من العقود الجائزة فعلى هذا تنفسخ بموت العامل.

انظر: المغني ٥٤٦/٧، الإنصاف ٤٢٧/٥.

(٢) وذهب الحنفية إلى انفساخ عقد المزارعة بموت العامل: انظر: تحفة الفقهاء ٢٧٠/٣.

(٣) انظر: المغني ٥٤٦/٧.

(٤) الإسكاف: الخراز الذي يخرز الجلد، وهو عند العرب كل صانع. انظر: المصباح المنير ص ١٠٧.

(٥) النذاف: اسم فاعل، يقال نذف القطن يندفه ضربه بالمنذاف، أي خشبته التي يطرق بها الوتر ليرق القطن. انظر: القاموس المحيط ص ١١٠٥.

(٦) انظر: التلخيص ص ٤١٤، ونقله عن ابن القاص الروياني في بحر المذهب ٣١٧/٩.

(٧) انظر: بحر المذهب ٣١٧/٩.

(٨) انظر: المصدر السابق.

## أدلة القول الأول:

١\_ أن هذا العقد في معنى بيعتين في بيعة لاشتماله على إجارة وشراء، فلم يجوز<sup>(١)</sup>.

٢\_ أن قسط كل واحد من العقدين من العوض مجهول فلم يجوز<sup>(٢)</sup>.

## أدلة القول الثاني:

أن جملة العوض معلومة كما يجوز شراء الأعيان المختلفة بثمن واحد وإن لم يعلم قسط كل عين من الثمن<sup>(٣)</sup>.

**الراجح:** يترجح في نظري جواز دفع جبة إلى نداف على أن يكون القطن من النداف إذا جرى العرف بذلك، على أن يقدر النداف قيمة القطن ليضيفه مع أجره عمله.

**المطلب الثاني:** دفع مصحفا إلى ورّاق ليكتبه بحره

قال ابن القاص: وكذلك جميع الإجازات إلا في أربعة أشياء:

الرضاع، وكفالة الولد، ودفع مصحف إلى ورّاق ليكتبه بحره، والثوب يدفعه إلى الصباغ، قلته في الورّاق تخريجا<sup>(٤)</sup>، والبواقي منصوصة كلها<sup>(٥)</sup>.

إذا دفع مصحفا إلى ورّاق ليكتبه، ولم يشترط عليه الخبر فإن الأصح عند الشافعية أنه يرجع إلى العادة، فإن اضطربت وجب البيان وإلا فيبطل العقد<sup>(٦)</sup>.

وقد نص الحنفية على أن الخبر على الكاتب واشتراط الورق عليه يفسد العقد<sup>(٧)</sup>.

(١) انظر: بحر المذهب ٣١٧/٩.

(٢) انظر: المصدر السابق.

(٣) انظر: المصدر السابق.

(٤) انظر: التلخيص ص ٤١٤، ونقله عنه البغوي في التهذيب ٤٤٦/٤، والرويان في البحر ٣١٨/٩،

والرافعي في فتح العزيز ١٢٥/٦.

(٥) لم أقف عليها في الأم ولا في مختصر المزني.

(٦) انظر: الروضة ٢٠٩/٥، زاد المحتاج ٣٨٠/٢.

(٧) انظر: البحر الرائق ٥١٥/٧، رد المختار ٢٣/٩.



ونص المالكية على أن الخيط في الخياطة على المالك<sup>(١)</sup>، كما نصوا على أن الدواء يكون من العليل<sup>(٢)</sup>، كما نصوا على جواز الجمع بين الإجارة والبيع<sup>(٣)</sup>، فيحتمل تخريج مسألة الخبر عليها فتكون على الكاتب<sup>(٤)</sup>.

أما الحنابلة فقد نصوا على أن خبر الناسخ يكون تبعا للكتابة<sup>(٥)</sup>. فعلى هذا إذا اشترط الخبر على الناسخ فقد نص ابن القاص على صحة العقد قولاً واحداً، وذكر أصحاب المذهب الشافعي قولين في المسألة دون ترجيح<sup>(٦)</sup>. القول الأول: يصح العقد، وهو قول الحنفية<sup>(٧)</sup>، ومقتضى قول المالكية<sup>(٨)</sup>، وقول الحنابلة<sup>(٩)</sup>، وقول للشافعية<sup>(١٠)</sup>، وهذا ما خرّجه ابن القاص. القول الثاني: لا يصح العقد، وهو قول للشافعية<sup>(١١)</sup>.

### أدلة أصحاب القول الأول:

١\_ أن المقصود من هذه الإجارة فعل الكتابة، والخبر تابع، كاللبن في إرضاع الولد<sup>(١٢)</sup>.

(١) انظر: عقد الجواهر الثمينة ٨٤٩/٢، الذخيرة ٤٣٤/٥.

(٢) انظر: الذخيرة ٤٢٣/٥.

(٣) انظر: الذخيرة ٤١٥/٥.

(٤) والذين منعوا اشتراط الخبر على الكاتب عللوا ذلك بأن فيه جمعا بين شراء واستئجار فلم يجز، والمالكية يجيزون الجمع بينهما فمقتضى قولهم جواز اشتراط الخبر على الكاتب.

(٥) انظر: الإقناع للحجاوي ٥٠٢/٢ / منتهى الإرادات ٧٩/٣.

(٦) ومحل الخلاف عند الشافعية فيما إذا كان مقدار الخبر معلوماً، أما إذا كان مقدار الخبر مجهولاً بطل العقد قولاً واحداً. انظر: الروضة ٢٠٩/٥.

(٧) انظر: البحر الرائق ٥١٥/٧، رد المختار ٢٣/٩.

(٨) انظر: عقد الجواهر الثمينة ٨٤٩/٢، الذخيرة ٤١٥/٥، ٤٢٣، ٤٣٤.

(٩) انظر: الإقناع للحجاوي ٥٠٢/٢، حاشية منتهى الإرادات ٧٩/٣-٨٠.

(١٠) انظر: الروضة ٢٠٩/٥.

(١١) انظر: التهذيب ٤٤٦/٤، فتح العزيز ١٢٥/٦.

(١٢) انظر: التهذيب ٤٤٦/٤، فتح العزيز ١٢٥/٦.

٢\_ أن الحاجة تدعو إلى مثل هذه الإجارة، فجهالة الخبر الذي يكتب به جرى فيه المسامحة والعفو تبعاً للكتابة<sup>(١)</sup>.

### دليل أصحاب القول الثاني:

أن اشتراط الخبر على الكاتب فيه جمع بين الإجارة والشراء، لأنه يستأجره للعمل ويشترى منه الخبر<sup>(٢)</sup>.

مناقشة دليل أصحاب القول الأول:

قولهم: إن المقصود من هذه الإجارة فعل الكتابة، والخبر تابع، كاللبن في إرضاع الولد. يجاب عنه: بأن الإرضاع جوّز لأجل الضرورة، لأن الولد يتربى بلبن يصل إليه من الثدي ولا يمكن إفراده بالبيع، أما الخبر فيمكن إفراده بالبيع فلا ضرورة إلى جمعه تبعاً<sup>(٣)</sup>.

### مناقشة دليل أصحاب القول الثاني:

قولهم: إن اشتراط الخبر على الكاتب فيه جمع بين الإجارة والشراء، لأنه يستأجره للعمل ويشترى منه الخبر.

يجاب عنه: بأن عدم جواز الجمع بين الإجارة والشراء ليس محل وفاق بين العلماء ومنهم من أجاز هذا العقد كما هو مذهب المالكية<sup>(٤)</sup>.

الراجع: يترجح في نظري والعلم عند الله صحة استئجار الناسخ واشتراط الخبر عليه، لما يلي:

١\_ قوة أدلة أصحاب القول الأول.

٢\_ أن العرف جرى على أن يكون الخبر من الكاتب.

**المطلب الثالث:** سلّم إنسان مملوكاً أو حراً إلى رجل يعلمه الحرفة فمات

قال ابن القاص: والصناع والأجراء كلهم سواء، وفيهم قولان<sup>(٥)</sup>:

(١) انظر: البحر للرويانى ٣١٨/٩.

(٢) انظر: التهذيب ٤٤٦/٤.

(٣) انظر: فتح العزيز ١٢٥/٦، والروضة ٢٠٩/٥.

(٤) انظر: قول المالكية في الصفحة السابقة.

(٥) انظر: الأم ٩٦/٤، مختصر المزني ص ١٧٣.

أحدهما: لا ضمان عليهم إلا بالتعدي.  
والقول الثاني: عليهم الضمان إلا في عشرة مواضع...؛ وكذلك لو سلّم مملوكا أو حرا إلى رجل يعلمه الحرفة، قتلته تخريجا<sup>(١)</sup>.  
إذا سلّم حرا أو مملوكا إلى رجل يعلمه الحرفة، فمات المملوك أو الحر فلا يخلو من حالين:

إما أن يموت من الضرب، وإما أن يموت في يد المعلم من غير فعل منه.  
فإذا مات من الضرب وجب على الأجير ضمانه، وبه قال الحنفية<sup>(٢)</sup>، والشافعية<sup>(٣)</sup>.  
أما إذا مات في يد المعلم من غير فعل منه، فإن كان حرا لم يجب عليه ضمانه قولا واحداً، لأن يده لا تثبت على الحر، وإن كان مملوكا فعلى قولين؛ لأن يد المعلم تثبت على المملوك، وهذا قول الشافعية<sup>(٤)</sup>.  
وقد نص ابن القاص على أنه لا ضمان في المملوك قولا واحداً؛ فقال الروياني بعد نقله عن ابن القاص: «وأما العبد فإن أخذ وغاب معه فالقياس فيه أنه على قولين كما ذكرنا في الأجير، ويحتمل أنه أراد به إذا كان يعلمه في بيت صاحبه أو حانوته»<sup>(٥)</sup>.

(١) انظر: التلخيص ص ٤١٤، ونقله عنه الروياني في بحر المذهب ٣٢٤/٩.

(٢) هذا إذا ضربه المعلم بإذن وليه، وإلا يضمن. انظر: البحر الرائق ٥٢٦/٧.

(٣) انظر: البيان ٣٨٦/٧.

(٤) انظر: البيان ٣٨٦/٧، بحر المذهب ٣٢٤/٩.

(٥) انظر: بحر المذهب ٣٢٥/٩.

## المطلب الرابع: إجارة الكلب

قال ابن القاص: ونهي عن ثمن الكلب<sup>(١)</sup>، فلا يجوز تثمينه ولا تقويمه<sup>(٢)</sup>، وتجوز هبته<sup>(٣)</sup> والوصية به<sup>(٤)</sup>، وإجارته.

وفي قسمه قولان<sup>(٥)</sup>، قلته في الإجارة والهبة تخريجا<sup>(٦)</sup>.

ذهب ابن القاص إلى جواز إجارة الكلب، وهو خلاف الأصح في المذهب الشافعي<sup>(٧)</sup>. وقد اختلف العلماء في حكم إجارة الكلب<sup>(٨)</sup> على قولين:

**القول الأول:** لا يجوز إجارة الكلب، وبه قال الحنفية<sup>(٩)</sup>، وهو مقتضى قول المالكية<sup>(١٠)</sup>، والأصح عند الشافعية<sup>(١١)</sup>، والصحيح من مذهب الحنابلة<sup>(١٢)</sup>.

(١) يشير بذلك إلى ما ورد عن أبي مسعود الأنصاري رضي الله عنه: ((أن رسول الله ﷺ نهي عن ثمن الكلب ومهر البغي وحلوان الكاهن)) رواه البخاري ٢٩/٢، كتاب البيوع باب ثمن الكلب، ومسلم ١١٩٨/٣، رقم (١٥٦٧) كتاب المساقاة / باب تحريم ثمن الكلب وحلوان الكاهن ومهر البغي.

(٢) انظر: شرح صحيح مسلم ٢٣٢/١٠/٤.

(٣) سيأتي الكلام في حكم هبة الكلب في باب الهبة.

(٤) انظر: المجموع شرح المذهب ٢٣١/٩، الروضة ١١٨/٦.

(٥) الأصح أنه يقسم باعتبار القيمة عند من يرى لها قيمة. انظر: المجموع شرح المذهب ٢٣١/٩.

(٦) انظر: التلخيص ص ٣١٠.

(٧) انظر: المجموع شرح المذهب ٢٣١/٩، الروضة ١٧٨/٥.

(٨) ومحل الخلاف في الكلب المأذون اتخاذه، أما الكلب غير المنتفع به فلا يجوز أخذ العوض عليه. انظر: بدائع الصنائع ١٧٥/٤، الكافي لابن عبد البر ٦٧٥/٢، الروضة ١٧٨/٥، الإنصاف ٢٥/٦.

(٩) انظر: بدائع الصنائع ١٨٩/٤، ١٧٥، رد المحتار ١٣٣/٩.

(١٠) عند المالكية الإجارة مبنية على البيع فكل ما جاز بيعه جازت إجارته، والمشهور من مذهب المالكية عدم جواز بيع الكلب فيخرج من هذه الرواية عدم جواز إجارته، إذ إنني لم أقف على نص لهم صريح في حكم إجارة الكلب.

انظر: الكافي لابن عبد البر ٦٧٥، ٧٤٤/٢، الذخيرة ٤٠٢/٥، حاشية الخرشي ٢٨٠/٥.

(١١) انظر: التنبيه ص ٨٤، المجموع شرح المذهب ٢٣١/٩.

(١٢) انظر: القواعد لابن رجب ص ١٩٠، الإنصاف ٢٥/٦، منتهى الإرادات ٧٦/٣.

**القول الثاني:** تجوز إجارته، وهو رواية عن المالكية<sup>(١)</sup>، ووجهه عند الشافعية<sup>(٢)</sup> والحنابلة<sup>(٣)</sup>، وبه قال ابن القاص.

### أدلة أصحاب القول الأول:

استدلوا بما يلي:

- ١\_ أن منفعة الكلب المستأجر غير مملوكة، وإنما أبيحت للحاجة كالميتة للمضطر<sup>(٤)</sup>.
- ٢\_ أن الكلب حيوان محرّم بيعه لخبثه فحرمت إجارته كالخنزير<sup>(٥)</sup>.
- ٣\_ أن منفعة الكلب لا تضمن بالغصب فلم يصح عقد الإجارة عليها كوطء الأمة<sup>(٦)</sup>.
- ٤\_ أن عين الكلب ليست لها قيمة فكذلك منفعته<sup>(٧)</sup>.
- ٥\_ أن إجارة الكلب استئجار على العين وهو الصيد فيخرج عن الأصل وهو الاستئجار على المنفعة فلم يجوز<sup>(٨)</sup>.
- ٦\_ أن المنفعة المطلوبة غير مقدورة الاستيفاء في حق المستأجر، إذ لا يمكن إجبار الكلب المعلم على الصيد فلم يجوز إجارته<sup>(٩)</sup>.

### أدلة أصحاب القول الثاني:

استدل أصحاب القول الثاني بما يلي:

- (١) بناء على رواية جواز بيعه. انظر: الكافي لابن عبد البر ٦٧٥/٢، المعونة ١٠٤٠/٢.
- (٢) انظر: الحاوي ٣٨٠/٥، التهذيب ٤٢٥/٤، الروضة ١٧٨/٥.
- (٣) انظر: القواعد لابن رجب ص ١٩٠، الإنصاف ٢٥/٦.
- (٤) انظر: الوسيط ١٥٦/٤، البيان ٢٨٩/٧.
- (٥) انظر: المغني ٣٥٤/٦.
- (٦) انظر: البيان ٢٨٩/٧، غنية الفقيه ٣٧٢/٢.
- (٧) انظر: فتح العزيز ٩٠/٦.
- (٨) انظر: بدائع الصنائع ١٧٥/٤.
- (٩) انظر: بدائع الصنائع ١٨٩/٤.

١\_ أن إجارة الكلب المعلم فيه منفعة مباحة من عين معروفة، وليس المانع من بيع الأصل مانعا من جواز إجارته، كالوقوف وأم الولد فإنه لا يجوز بيعهما وتجوز إجارتهما<sup>(١)</sup>.

٢\_ أنها منفعة مباحة فجازت المعاوضة عنها كنفع الحمير والفهد والبازي<sup>(٢)</sup>.

٣\_ أن إجارة الكلب فيه نفع مباح تجوز إعارته، فجازت إجارته كغيره<sup>(٣)</sup>.

### مناقشة أدلة أصحاب القول الأول:

١\_ قولهم: إن منفعة الكلب المستأجر غير مملوكة، وإنما أبيحت للحاجة كالميتة للمضطر.

يناقش هذا الدليل: أنها عين يجوز اتخاذها، والانتفاع بها، ويصح تملكها، بدليل وجوب القيمة على من أتلّفها، فجاز بيعها وإجارتهما، إذ لا يوصل إلى تلك المنفعة إلا بالمعاوضة<sup>(٤)</sup>.

ويجاب عنه بأن يقال: وجوب القيمة على من أتلّف الكلب ليس محل اتفاق بين العلماء، وهذه المنفعة يوصل إليها بالإعارة والهبة ونحو ذلك فلا ضرورة إلى بيعها.

٢\_ قولهم: إن الكلب حيوان محرّم بيعه لحبثه، فحرمت إجارته كالخنزير.

يناقش هذا الدليل: بأن الخنزير متفق على تحريم بيعه، والكلب مختلف في بيعه، فلا يجوز قياس المختلف فيه على المتفق عليه.

ويجاب عنه بأن يقال: قد ورد النهي عن ثمن الكلب في حديث صحيح وصريح فلا عبرة بالمخالف مع صحة الأثر.

٣\_ قولهم: إن عين الكلب ليست لها قيمة فكذلك منفعته.

يناقش هذا الدليل: بأن عين الكلب لها قيمة بدليل وجوب القيمة على من أتلّفها.

(١) انظر: الحاوي ٣٨٠/٥.

(٢) انظر: التهذيب ٤/٤٢٥، المغني ٦/٣٥٤.

(٣) انظر: المغني ٧/١٣٣.

(٤) انظر: القبس لابن العربي ٢/٨٤٢.

٤\_ قولهم: إن إجارة الكلب استئجار على العين، وهو الصيد فيخرج عن الأصل وهو الاستئجار على المنفعة فلم يجوز.

يناقش هذا الدليل: بأن إجارة الكلب للصيد إجارة على المنفعة وليست على عينه.  
٥\_ قولهم: إن المنفعة المطلوبة غير مقدورة الاستيفاء في حق المستأجر، إذ لا يمكن إجبار الكلب المعلم على الصيد فلم يجوز إجارته.  
يناقش هذا الدليل: بأن استئجار الكلب المعلم للصيد مظنة لحصول المنفعة المقصودة، ولا يلزم تحققها، كمن استأجر أجيراً لبيع له ثياباً فإنه يستحق الأجر وإن لم تبع تلك الثياب.

### مناقشة أدلة أصحاب القول الثاني:

١\_ قولهم: إنها منفعة مباحة فجازت المعاوضة عنها، كنفع الحمير والفهد والبازي.  
نوقش هذا الدليل من وجهين:  
أ- أنه منتقض بضراب الفحل، فإنها منفعة مباحة ولا يجوز إجارته<sup>(١)</sup>.  
ب- ولأن إباحة الانتفاع لم تبح بيعه، فكذلك إجارته<sup>(٢)</sup>.  
٢\_ قولهم: إن إجارة الكلب فيه نفع مباح تجوز إعارته، فجازت إجارته كغيره.  
يناقش هذا الدليل: بالفرق بينهما حيث إن إعارة الكلب تكون بغير عوض، بخلاف إجارته فإنها تكون بعوض.

**الراجع:** يترجح في نظري ما ذهب إليه أصحاب القول الأول من عدم جواز إجارة الكلب المعلم لما يلي:

١\_ لقوة ما استدلووا به على عدم جواز إجارة الكلب.  
٢\_ أن الاعتراضات على أدلة أصحاب القول الأول قد أجيب على أغلبها بما يدفعها، وأدلة أصحاب القول الثاني لم تسلم من الاعتراضات دون الإجابة عليها.  
٣\_ أن الإجارة نوع من البيوع، لأنها تمليك من كل واحد منهما لصاحبه، فهي بيع المنافع<sup>(٣)</sup>، فيشملها عموم الحديث في تحريم بيع الكلب.

(١) انظر: المغني ٦/٣٥٤.

(٢) انظر: المغني ٦/٣٥٤.

(٣) انظر: المغني ٧/٨.

## الفصل العاشر: كتاب اللقطة

### وفيه مبحثان

**المبحث الأول:** دفع لقطة غير الحرم إلى السلطان فيما إذا خاف فسادها

قال ابن القاص: واللقطة<sup>(١)</sup> أربع:

فإحداها: يعرفها سنة إن لم يخف فسادها، فإن جاء صاحبها وإلا فشأنه بها، وهي اللقطة يجدها الرجل في غير الحرم.

فإن خاف فسادها ففيه قولان<sup>(٢)</sup>:

أحدهما: يأكلها قبل السنة، ويطلب صاحبها سنة على أن يضمنها له.

والآخر: يبيعها ويضع ثمنها سنة يقوم على تصريفها، نص عليه<sup>(٣)</sup>.

ويحتمل له قولاً ثالثاً: وهو أن يدفع إلى السلطان حتى يأمر به، قلته تخريجاً<sup>(٤)</sup>.

هذا القول الذي خرّجه ابن القاص لم أقف على من نص عليه من أصحاب المذهب

الشافعي، فعلى هذا من وجد لقطة مما يتسارع إليها الفساد ففيه أربعة أقوال:

**القول الأول:** يعرفها حتى إذا خاف أن تفسد تصدق بها، فإذا جاء صاحبها فهو مخير

بين إمضاء الصدقة وبين تضمين الملتقط أو المسكين إذا هلك في يده، وهذا قول الحنفية<sup>(٥)</sup>.

**القول الثاني:** إن كانت اللقطة مما يتسارع إليه الفساد وهي تافهة لا ثمن لها، فهذا لا

يعرف وهو لواجده، إن شاء أكله وإن شاء تصدق به، وإن كانت لها قيمة فهذا يعرف

(١) اللقطة: -بتسكين القاف وفتحها والفتح أشهر- هي المال الملتقط.

وشرعاً: ما وجد من حق محترم غير محرز لا يعرف الواجد مستحقه. انظر: تحرير التنبيه ص ٨٩، تهذيب

الأسماء واللغات ١٢٨/٤، المصباح المنير ص ٢١٢، شرح منهج الطلاب ٢٢٢/٣.

(٢) هو مخير فيهما. انظر: كفاية الأخيار ١١/٢، مغني المحتاج ٥٣١/٢.

(٣) انظر: مختصر المزني ص ١٨٤.

(٤) انظر: التلخيص ص ٤٣٠.

(٥) انظر: الهداية ١٢٢/٦-١٢٤، بدائع الصنائع ٢٠٢/٦.



وله أن يأكله أو يتصدق به، فإن وجدته في غير فلاة فإنه يبيعه ويعرف به، فإن جاء صاحبه دفع إليه الثمن، وهذا قول المالكية<sup>(١)</sup>.

**القول الثالث:** أنه مخير بين بيعه ويأخذ ثمنه، وبين أن يملكه في الحال فيأكله ويغرم قيمته، سواء وجدته في برية أو قرية، فإذا باع أو أكل فإنه يعرف المبيع والمأكول وهذا هو المشهور عند الشافعية<sup>(٢)</sup>.

**القول الرابع:** يلزمه فعل الأحظ من بيعه وحفظ ثمنه، أو أكله بقيمته، فإن استويا خير بينهما، وهذا قول الحنابلة<sup>(٣)</sup>.

فهذه مذاهب الأئمة الأربعة في حكم اللقطة التي يتسارع إليها الفساد، وليس فيها قول بالدفع إلى السلطان كما خرج ابن القاص.

وبناء على هذا إذا اختار الملتقط البيع فهل يحتاج إلى إذن الحاكم؟ قولان في المسألة:

**القول الأول:** لا يحتاج إلى إذن الحاكم، وهذا قول المالكية<sup>(٤)</sup>، والصحيح من مذهب الحنابلة<sup>(٥)</sup>، ووجه عند الشافعية<sup>(٦)</sup>.

**القول الثاني:** يجب استئذانه وهو الأصح عند الشافعية<sup>(٧)</sup>، ورواية عن الحنابلة<sup>(٨)</sup>.

### أدلة أصحاب القول الأول:

١\_ أنه مال أبيح للملتقط أكله فأبيح له بيعه كماله<sup>(٩)</sup>.

(١) انظر: مواهب الجليل ٤٩/٨، التاج والإكليل ٤٠/٨-٤١.

(٢) وقيل إن وجدته في قرية فليس له الأكل بل يبيعه ويأخذ ثمنه لمالكه. انظر: التنبيه ص ٩٠، الباب ص ٢٨١، التهذيب ٥٥٨/٤، البيان ٥٤٧/٧، الروضة ٤١١/٥-٤١٢، كفاية الأخيار ١١/٢.

(٣) وقيل ليس له الأكل، بل يبيعه ويحفظ ثمنه، أو يتصدق به ويضمّنه. انظر: الإنصاف ٤٠٩/٦-٤١٠، الإقناع للحجاوي ٤٤/٣، معونة أولي النهى ٦٢٧/٥.

(٤) انظر: التاج والإكليل ٥٢/٨.

(٥) انظر: الإنصاف ٤١٠/٦.

(٦) انظر: غنية الفقيه ٤٨١/٢.

(٧) انظر: البيان ٥٤٨/٧، الروضة ٤١٢/٥، ٤٠٤، مغني المحتاج ٥٣١/٢.

(٨) انظر: الإنصاف ٤١٠/٦.

(٩) انظر: المغني ٣٤٢/٨.

٢\_ أنه مال أبيح له بيعه عند العجز عن الحاكم، فجاز عند القدرة عليه كماله<sup>(١)</sup>.

### دليل أصحاب القول الثاني:

أنه مال معصوم لا ولاية عليه، فلم يجز لغير الحاكم بيعه كغير اللقطة<sup>(٢)</sup>.

**المبحث الثاني:** ضمان اللقطة إذا أمسكها سنة أخرى بعد سنة التعريف

قال ابن القاص: وإن أمسك اللقطة سنة أخرى فضمامها عليه إن تلفت بكل حال، قلته تخريجا<sup>(٣)</sup>.

إذا أمسك الملتقط اللقطة سنة أخرى ليحفظها أبدا ففي المسألة قولان:

**القول الأول:** فهي أمانة في يده ولا يضمنها، وهذا مقتضى قول الحنفية<sup>(٤)</sup>، وبه قال المالكية<sup>(٥)</sup>، والشافعية<sup>(٦)</sup>.

**القول الثاني:** أنها مضمونة عليه بكل حال، وهو مذهب الحنابلة<sup>(٧)</sup>، وهذا ما خرّجه ابن القاص.

**سبب الخلاف:** أن اللقطة هل تدخل في ملك الملتقط بمضي السنة، أو لا تدخل في ملكه إلا أن يختار التملك؟

فمن قال تدخل في ملكه بمضي السنة وهو مذهب الحنابلة فإنها تكون مضمونة عليه بكل حال<sup>(٨)</sup>، ومن قال لا تدخل في ملكه إلا بالاختار كما هو قول المالكية<sup>(٩)</sup>، والأصح عند الشافعية<sup>(١٠)</sup> لم تكن مضمونة عليه.

أما إذا أمسكها سنة أخرى بقصد التملك فإنه يضمنها عند أصحاب المذاهب الأربعة<sup>(١١)</sup>.

(١) انظر: المغني ٣٤٢/٨.

(٢) انظر: المغني ٣٤٢/٨.

(٣) انظر: التلخيص ص ٤٣١.

(٤) وهذا يعرف بالتصديق أو الإشهاد عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد بن الحسن بالتصديق أو

اليمين. انظر: بدائع الصنائع ٢٠١/٦، فتح القدير ١١٨/٦-١١٩.

(٥) انظر: الكافي لابن عبد البر ٨٣٦/٢، عقد الجواهر الثمينة ٧٨/٣.

(٦) انظر: الروضة ٤٠٦/٥.

(٧) انظر: المغني ٣١٣/٨، الإنصاف ٤٢٠/٦.

(٨) انظر: المغني ٣١٣/٨، ٣٠٠، الإنصاف ٤٢٠/٦، ٤١٣.

(٩) انظر: عقد الجواهر الثمينة ٨١/٣.

(١٠) انظر: التهذيب ٥٥١/٤، الروضة ٤١٢/٥.

(١١) انظر: بدائع الصنائع ٢٠١/٦، عقد الجواهر الثمينة ٧٨/٣، الروضة ٤٠٧/٥، المغني ٣١٣/٨.

## الفصل الحادي عشر: كتاب الفرائض

وفيه ثلاثة مباحث

**المبحث الأول:** كيفية قسمة الفريضة فيما إذا مات مجوسي وترك أكثر من أربع نسوة أجنبيات

قال ابن القاص: ولا يرث أكثر من أربع نسوة له إذا طلق في مرضه ثلاثا وتزوج بغيرهن، فالربع أو الثمن بينهما على قول من يورث المبتوتة.  
المسألة الثانية: مجوسي مات وترك أكثر من أربع نسوة أجنبيات، فالربع أو الثمن بينهما.

قلت في الأولى تفريعا، وفي الثانية تخريجا<sup>(١)</sup>.

قوله: فالربع أو الثمن بينهما، هذا باعتبار وجود الفرع الوارث أو عدمه، فإن وجد فالثمن بينهما وإلا فالربع بينهما.

قال النووي: «وقال آخرون: لا يرث منهم إلا أربع، فيوقف بينهما حتى يصطلحن ويُجعل الترافع إلينا بمثابة إسلامهم.

وبنى القفال الخلاف على صحة أنكحتهم، فإن صححناها ورث الجميع، وإلا لم يرث إلا أربع»<sup>(٢)</sup>.

وقد نص الحنفية على صحة نكاح أهل الشرك، فعلى هذا مات مجوسي عن أكثر من أربع نسوة، كان الربع أو الثمن بين الجميع<sup>(٣)</sup>.

أما المالكية فقد نصوا على بطلان أنكحة الكفار التي لا يقرون عليها إذا أسلموا، فهذا يقتضي أن لا يرث من المجوسي الذي مات على أكثر من أربع نسوة إلا أربع، فيكون الربع أو الثمن بينهما<sup>(٤)</sup>.

(١) انظر: التلخيص ص ٤٣٧، ونقله عنه النووي في الروضة ١٧١/٧.

(٢) انظر: الروضة ١٧١/٧.

(٣) انظر: الهداية ٤١٣/٣.

(٤) انظر: المعونة ٨٠٣/٢، عقد الجواهر الثمينة ٥٧/٢.

وقد نص الحنابلة على صحة أنكحة الكفار إذا اعتقدوا حلها ولم يترافعوا إلينا، فعلى هذا إذا مات مجوسي على أكثر من أربع نسوة كان لمن الربع أو الثمن بينهما<sup>(١)</sup>.

وبناء على هذا يكون في المسألة قولان:

**القول الأول:** أن الربع أو الثمن يكون بين جميع الزوجات، وهو مقتضى قول الحنفية<sup>(٢)</sup> والحنابلة<sup>(٣)</sup>، وقول للشافعية<sup>(٤)</sup> وبه قال ابن القاص.

**القول الثاني:** يكون الربع أو الثمن لأربع زوجات فقط، فيوقف بينهما حتى يصطلحن، وهو مقتضى قول المالكية<sup>(٥)</sup>، وقول للشافعية<sup>(٦)</sup>.

### دليل أصحاب القول الأول:

أن الربع أو الثمن يكون بينهما قياساً على من طلق في مرضه المخوف ثلاثاً وتزوج بغيرهن، فإن الربع أو الثمن يكون بينهما كذلك هنا<sup>(٧)</sup>.

### دليل أصحاب القول الثاني:

أن نكاح المجوسي أكثر من أربع نسوة لا يقر عليه كما لا يقر عليه إذا أسلم، فإذا مات لم يرثه إلا أربع نسوة، كما لو أسلم على أكثر من أربع نسوة، ومات قبل التعيين، فإنه لا يرثه إلا أربع نسوة.

### المبحث الثاني: المرض المخوف الذي ترث فيه المبتوتة

قال ابن القاص: والأمراض والعلل التي تختلف لها الأحكام عشرة: فالمرض الذي يُردّ به عطايا المرض وعفوه إلى الثلث، هو المرض المخوف منه كما وصفت، قاله نصاً<sup>(٨)</sup>.

(١) انظر: المغني ٥/١٠، الإنصاف ٢٠٦/٨.

(٢) انظر: الهداية ٤١٣/٣.

(٣) انظر: المغني ٥/١٠، الإنصاف ٢٠٦/٨.

(٤) انظر: الروضة ١٧١/٧.

(٥) انظر: المعونة ٨٠٣/٢، عقد الجواهر الثمينة ٥٧/٢.

(٦) انظر: الروضة ١٧١/٧.

(٧) انظر: التلخيص ص ٤٣٧.

(٨) انظر: الأم ١٠٧/٤.

وكذلك المرض الذي تورث فيه المبتوتة على القول الذي يورثها هو المرض المخوف قلته تخريجا<sup>(١)</sup>.

قوله: «على القول الذي يورثها...» أي المبتوتة؛ وكأنه يشير إلى وجود خلاف في حكم إرث المرأة من زوجها الذي طلقها في مرض الموت، وقد اختلف العلماء في هذه المسألة على قولين:

**القول الأول:** ترث من زوجها الذي طلقها في مرض الموت، وبه قال الحنفية<sup>(٢)</sup>، والمالكية<sup>(٣)</sup>، والحنابلة<sup>(٤)</sup>، وقول للشافعية<sup>(٥)</sup>.

**القول الثاني:** لا ترث، وهو الأظهر عند الشافعية<sup>(٦)</sup>.

وبناء على القول الأول، فإن المرض المخوف الذي يتصل بالموت، هو الذي يثبت معه إرث المبتوتة، وقد نص على ذلك أصحاب المذاهب الأربعة.

فصرّح الحنفية بأنه المرض الذي يخاف منه الهلاك غالبا، وذكروا صوره في الطلاق<sup>(٧)</sup>. وقال المالكية: أما المرض فأن يكون مخوفا عليه، يحجر عليه بسببه<sup>(٨)</sup>، وقد ذكروا صوره في باب الوصية<sup>(٩)</sup>.

وجاء عن الشافعية: أن إرث المبتوتة على القول بتوريثها، يكون في مرض مخوف متصل بالموت ومات بسببه<sup>(١٠)</sup>، وقد ذكروا صور المرض المخوف في الوصية<sup>(١١)</sup>.

(١) انظر: التلخيص ص ٤٤٢.

(٢) فترث منه عند الحنفية ما لم تنقض عدتها ولم تسأله الطلاق فطلقها ثلاثا أو قال لها اختاري فاختارت نفسها أو اختلعت منه. انظر: الهداية ١٤٥/٤-١٤٧.

(٣) انظر: الكافي لابن عبد البر ٥٨٤/٢، المعونة ٧٨٩/٢، عقد الجواهر الثمينة ١٨١/٢.

(٤) انظر: المغني ١٩٥/٩، الإنصاف ٣٥٥/٧.

(٥) انظر: الحاوي ٢٦٤/١٠، الروضة ٧٢/٨، رحمة الأمة ص ٢٨٨.

(٦) انظر: التنبيه ص ١١٦، الروضة ٧٢/٨.

(٧) انظر: الهداية ١٥١/٤-١٥٣، ملتنقى الأبحر ٧٢/٢، رد المختار ٤/٥-٦.

(٨) انظر: عقد الجواهر الثمينة ١٨٢/٢.

(٩) انظر: عقد الجواهر الثمينة ٤٠٤/٣.

(١٠) انظر: غنية الفقيه ٩٨٠/٣، الروضة ٧٥/٨.

(١١) انظر: التنبيه ص ٩٥.

والضابط عند الحنابلة: أن يطلقها في مرض مخوف يتهم فيه بقصد حرمانها من الميراث<sup>(١)</sup>، وذكروا صور المرض المخوف في الوصية<sup>(٢)</sup>.

### المبحث الثالث: قسمة الكلاب بالقيمة بين الورثة

قال ابن القاص: ولا تقوّم الكلاب بحال إلا في موضع واحد؛ وهو الرجل يموت ويترك كلاباً، فأراد الحاكم قسمها بين الورثة قومها، قلته تخريجاً<sup>(٣)</sup>.  
ما ذهب إليه ابن القاص من جواز تقويم الكلاب في هذه الحالة، هو مقتضى قول الحنفية<sup>(٤)</sup>، والمالكية<sup>(٥)</sup>، والأصح عند الشافعية<sup>(٦)(٧)</sup>.

### الأدلة:

١\_ أن الكلاب تقوّم عند إرادة قسمتها بين الورثة، كما يقدر الحر رقيقاً للحكومة وإن لم نجوز بيعهما<sup>(٨)</sup>.

٢\_ أن الكلب يجوز بيعه فدل على جواز تقويمه<sup>(٩)</sup>.

وقد ذكر الشافعية مسألة أخرى تقوّم فيه الكلاب؛ وذلك فيما إذا أوصى بكلاب ولا مال له غيرها، فإنها تقوّم على أحد الأقوال<sup>(١٠)</sup>.

(١) انظر: الإنصاف ٣٥٥/٧، الإقناع للحجاوي ٢٣١/٣.

(٢) انظر: المغني ٤٨٩/٨.

(٣) انظر: التلخيص ص ٢٩٨.

(٤) نص الحنفية على أن الكلب مال متقوم بدليل أنه يضمن بالإتلاف. انظر: بدائع الصنائع ٣٥٢/٧.

(٥) نص المالكية على وجوب القيمة لمن أتلّف كلباً لغيره. انظر: التمهيد ٤٠٠/٨، المعونة ١٠٤١/٢.

(٦) انظر: المجموع شرح المذهب ٢٣١/٩.

(٧) وذهب الحنابلة إلى أن الكلاب تقسم بالعدد فإن حصل تشاح فبالقرعة. انظر: المغني ٥٦٩/٨،

الإنصاف ٢٥٤/٧.

(٨) انظر: الروضة ١٢٠/٦، الأشباه للسيوطي ص ٣٥٤.

(٩) هذا الدليل للحنفية القائلين بجواز بيع الكلب. انظر: بدائع الصنائع ٣٥٢/٧.

(١٠) انظر: الروضة ١٢٠/٦، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣٥٣.

## الفصل الثاني عشر: كتاب الهبة والوصايا

### وفيه مبحثان

#### المبحث الأول: الهبة

وفيه مطلب واحد: هبة الكلب

قال ابن القاص: ونهي عن ثمن الكلب<sup>(١)</sup>، فلا يجوز تشمينه ولا تقويمه، وتجوز هبته<sup>(٢)</sup>، والوصية به، وإجارته.

وفي قسمه قولان، قلته في الإجارة والهبة تخريجا<sup>(٣)</sup>.

اختلف العلماء في هبة الكلب على قولين:

**القول الأول:** تجوز هبته، وبه قال الحنفية<sup>(٤)</sup>، والمالكية<sup>(٥)</sup>، والحنابلة<sup>(٦)</sup>، والشافعية في وجهه<sup>(٧)</sup>، وهذا ما خرّجه ابن القاص.

**القول الثاني:** لا تجوز هبته، وهو الأصح عند الشافعية<sup>(٨)</sup>، ووجهه عند الحنابلة<sup>(٩)</sup>.

#### أدلة أصحاب القول الأول:

- ١\_ أن هبة الكلب نقل لليد بغير عوض، فجاز ذلك كالوصية<sup>(١٠)</sup>.
- ٢\_ أن ما جاز بيعه جازت هبته، والكلب يجوز بيعه فتجوز هبته<sup>(١١)</sup>.

(١) تقدم تخريجه. انظر حاشية رقم (١) ص ٢١٣.

(٢) الهبة هي تملك عين بلا عوض. انظر: تحرير التنبيه ص ٩٣، المصباح المنير ص ٢٥٨.

(٣) انظر: التلخيص ص ٣١٠.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٣٥٢/٧.

(٥) انظر: عقد الجواهر الثمينة ٦٠/٣.

(٦) انظر: المغني ٣٥٥/٦، القواعد لابن رجب ص ١٩٠، الإنصاف ١٣١/٧.

(٧) انظر: المجموع شرح المذهب ٢٣١/٩، الأشباه للسيوطي ص ٤٧٠.

(٨) انظر: المجموع شرح المذهب ٢٣١/٩، الروضة ٣٧٤/٥.

(٩) انظر: القواعد لابن رجب ص ١٩٠.

(١٠) انظر: الكافي لابن قدامة ٥٩٦/٣، القواعد لابن رجب ص ١٩٠.

(١١) هذا الدليل يقول به الأحناف لجواز بيع الكلب عندهم. انظر: بدائع الصنائع ٣٥٢/٧.

**دليل أصحاب القول الثاني:**

أن هبة الكلب لا يصح، لأنه تمليك في الحياة فأشبهت البيع<sup>(١)</sup>.

**مناقشة دليل أصحاب القول الأول:**

قولهم: إن ما جاز بيعه جازت هبته، والكلب يجوز بيعه فتجوز هبته.

يناقش هذا الدليل: بأن جواز بيع الكلب ليس محل اتفاق، فلا يصح قياس صحة هبة الكلب على صحة بيعه.

**مناقشة دليل أصحاب القول الثاني:**

قولهم: إن هبة الكلب لا يصح، لأنه تمليك في الحياة فأشبهت البيع.

يناقش هذا الدليل: بأن الهبة تفارق البيع، لأن أخذ العوض على بيع الكلب محرم<sup>(٢)</sup>.

**الترجيح:** يترجح في نظري ما ذهب إليه أصحاب القول الأول من جواز هبة الكلب لما يلي:

١\_ لصحة ما استدلوا به.

٢\_ أن إلحاق الهبة بالوصية أولى من إلحاقها بالبيع، بجامع أن كلا منهما تبرع بالمال من غير عوض، فكما تجوز الوصية بالكلب فكذلك هبته.

٣\_ أن الشرع نهى عن بيع الكلب، وأبيح في الشرع اقتناء الكلب للحاجة إليه من صيد وزرع وماشية، ولا يتم الوصول إلى هذه المنفعة إلا إذا خلت عن العوض كالهبة والوصية ونحو ذلك.

(١) انظر: المغني ٦/٣٥٥.

(٢) انظر: المغني ٦/٣٥٥.



## المبحث الثاني: الوصايا

## وفيه خمسة مطالب

## المطلب الأول: الوصية لدابة فلان

قال ابن القاص: والوصايا<sup>(١)</sup> جائزة إذا خرجت من الثلث لمن أوصى له بها، إلا الشفعة إذا أوصى لوارث أو قاتل أو حربي أو إنفاق في معصية، أو أحال في وصيته فقال: أوصيت بثلاثي للملائكة أو الشياطين وما أشبه ذلك، وفي هذا المعنى لو أوصى به لدابة فلان، قلته تخريجاً<sup>(٢)</sup>.

ما ذهب إليه ابن القاص من عدم صحة الوصية لدابة فلان، هو قول الحنفية<sup>(٣)</sup>، ومقتضى قول المالكية<sup>(٤)</sup>، وبه قال الشافعية<sup>(٥)</sup>، والحنابلة<sup>(٦)</sup>.

**الدليل:** أن صرف الوصية يكون لمن يتصور منه الملك، ومطلق اللفظ للتمليك، والدابة ليست من أهل الملك، فلا تصح الوصية لها<sup>(٧)</sup>.

أما لو فسرت الوصية لدابة فلان بالصرف في علفها، فإن الوصية تصح كما نص على ذلك الحنفية<sup>(٨)</sup>، والشافعية<sup>(٩)</sup>، والحنابلة<sup>(١٠)</sup>، لأن علفها على مالكها، فالقصد بهذه الوصية المالك.

(١) الوصية مأخوذة من وصيت الشيء أصبه إذا وصلته، وسميت الوصية وصية لأن الميت لما أوصى بها وصل ما كان فيه من أمر حياته بما بعده من أمر مماته. انظر: الزاهر ص ٣١٦.  
وفي الشرع: اسم لتبرعات ينجزها بعد موته. انظر: غنية الفقيه شرح التنبيه ٥٥٢/٢، شرح منهج الطلاب ٢٦٦/٣.

(٢) انظر: التلخيص ص ٤٤٤.

(٣) انظر: الدر المختار ٣٥٧/١٠.

(٤) نص المالكية على أن الوصية تصح لمن يتصور له الملك، فعلى هذا لا تصح الوصية لدابة فلان.

انظر: عقد الجواهر الثمينة ٣٩٩/٣، جامع الأمهات ص ٥٤٢.

(٥) انظر: الروضة ١٠٥/٦، زاد المحتاج ٧٥/٣.

(٦) انظر: الإنصاف ٢٤٦/٧، الإقناع للحجاوي ١٥٠/٣، منتهى الإرادات ٤٥٨/٣.

(٧) انظر: الروضة ١٠٥/٦، رد المختار ٣٥٧/١٠، زاد المحتاج ٧٥/٣.

(٨) انظر: الدر المختار ٣٥٧/١٠.

(٩) انظر: الروضة ١٠٥/٦، زاد المحتاج ٧٥/٣.

(١٠) انظر: الإنصاف ٢٤٦/٧، منتهى الإرادات ٤٥٩/٣، معونة أولي النهى ٢٢٨/٦.

**المطلب الثاني:** أوصى لحمل امرأة مبتوتة من زوجها فولدت لأربع سنين فما دونها قال ابن القاص: والسابع أن يوصي لحمل امرأة فولدت لستة أشهر فأكثر من يوم الوصية لم يجز، وإن ولدت لأقل من ذلك جازت الوصية، قالها نصاً<sup>(١)</sup>، إلا أن تكون المرأة مبتوتة من زوجها ففيها قولان، هذا أحدهما.

والثاني: أن له الوصية إن ولدت لأربع سنين فما دونها، وإن ولد لأكثر من ذلك بطلت الوصية، قلته<sup>(٢)</sup> تخريجاً<sup>(٣)</sup>.

ذهب جمهور العلماء من الحنفية<sup>(٤)</sup> والمالكية<sup>(٥)</sup> والشافعية<sup>(٦)</sup> والحنابلة<sup>(٧)</sup> إلى صحة الوصية للحمل الموجود.

أما إذا أوصى لحمل امرأة، فولدت لأقل من أربع سنين من وقت الوصية وكانت مبتوتة، ففيه ثلاثة أقوال:

**القول الأول:** تصح الوصية، وهو الأظهر عند الشافعية<sup>(٨)</sup>، والمذهب عند الحنابلة<sup>(٩)</sup>.

**القول الثاني:** لا يستحق الوصية، وهو قول للشافعية<sup>(١٠)</sup>، ووجه عند الحنابلة<sup>(١١)</sup>.

**القول الثالث:** يستحق الوصية إن ولدته لأقل من سنتين، وبه قال الحنفية<sup>(١٢)</sup>.

(١) انظر: الأم ٣١٧/٢/٤، مختصر المزني ص ١٩٣.

(٢) في التلخيص ص ٤٤٤: قاله تخريجاً؛ والصواب ما أثبتته، فقد ذكر الرافعي في فتح العزيز ١٠/٧ أن بعضهم نسب هذه المسألة إلى تخريج ابن القاص.

(٣) انظر: التلخيص ص ٤٤٤.

(٤) انظر: الهداية ٤٣٢/١٠.

(٥) انظر: عقد الجواهر الثمينة ٣٩٩/٣، جامع الأمهات ص ٥٤٢.

(٦) انظر: التنبيه ص ٩٥، المنهاج ص ٨٩.

(٧) انظر: الإقناع للحجاوي ١٤٣/٣، منار السبيل ٤٠/٢.

(٨) انظر: الحاوي ٢١٦/٨، الباب ص ٢٥٠، غنية الفقيه شرح التنبيه ٥٨٧/٢، الروضة ٩٩/٦.

(٩) انظر: الكافي لابن قدامة ١٤/٤، الإنصاف ٢٢٧/٧، الإقناع للحجاوي ١٤٤/٣.

(١٠) انظر: الباب ص ٢٥٠، غنية الفقيه ٥٨٧/٢.

(١١) انظر: الإنصاف ٢٢٧/٧.

(١٢) انظر: بدائع الصنائع ٣٣٦/٧، الدر المختار ٣٤٣/١٠.

**أدلة أصحاب القول الأول:**

١\_ أن الحمل يملك بالإرث، فملك بالوصية كالمولود<sup>(١)</sup>.

٢\_ أن الحمل يجري عليه حكم الظاهر في النسب، فكذلك في الوصية<sup>(٢)</sup>.

**دليل أصحاب القول الثاني:**

أن الحمل مشكوك في وجوده، ولا يلزم من حقوق النسب صحة الوصية<sup>(٣)</sup>.

**دليل أصحاب القول الثالث:**

أن نسب الولد يثبت من زوجها إلى سنتين، ومن ضرورة ثبات النسب الحكم بوجوده في البطن وقت موت الموصي<sup>(٤)</sup>.

**سبب الخلاف:** صحة الوصية للحمل إذا وضعت المرأة لأقل من أربع سنين ولم تكن فراشا، مبنية على أن أكثر مدة الحمل أربع سنين، كما هو مذهب الشافعية<sup>(٥)</sup> والحنابلة<sup>(٦)</sup>، وأما الحنفية فأكثر مدة الحمل عندهم سنتان<sup>(٧)</sup>، فعلى هذا إذا وضعت لأكثر من سنتين ولأقل من أربع سنين لم يستحق الحمل الوصية عند الحنفية، ويستحقها عند الشافعية والحنابلة، أما إذا وضعت لأقل من سنتين فإنه يستحق الوصية عند الحنفية والشافعية والحنابلة، وهذا يعرف مما تقدم.

**المطلب الثالث: أوصى لحمل امرأة مبتوتة من زوجها فولدت لأكثر من أربع سنين**

قال ابن القاص: وإن ولد لأكثر من ذلك<sup>(٨)</sup>، بطلت الوصية؛ قلته تخريجا<sup>(٩)</sup>.

(١) انظر: المهذب ٣/٧١٣، الكافي لابن قدامة ٤/١٤.

(٢) انظر: الحاوي ٨/٢١٦، البيان ٨/١٦٤، فتح العزيز ٧/١٠، زاد المحتاد ٣/٧٥.

(٣) انظر: البيان ٨/١٦٥، الإنصاف ٧/٢٢٧.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٧/٣٣٦.

(٥) انظر: الروضة ٨/٣٧٧.

(٦) انظر: الإنصاف ٧/٢٢٨.

(٧) انظر: بدائع الصنائع ٧/٣٣٦.

(٨) أي لأكثر من أربع سنين.

(٩) انظر: التلخيص ص ٤٤٤.

ما ذهب إليه ابن القاص من بطلان الوصية للحمل فيما إذا وضعته لأكثر من أربع سنين وكانت المرأة مبتوتة هو مقتضى قول الحنفية<sup>(١)</sup>، وبه قال الشافعية<sup>(٢)</sup>، والحنابلة<sup>(٣)</sup>.

### الدليل:

أن الحمل لم يتيقن وجوده عند الوصية فلم يستحق شيئاً<sup>(٤)</sup>.

**المطلب الرابع:** أوصى له وللملائكة بثلث ماله

قال ابن القاص: والقسم الثالث: أن يقول أوصيت لك وللملائكة بثلث مالي<sup>(٥)</sup> ففيها ثلاثة أقوال:

أحدها: أن له النصف كاملاً.

والثاني: أن يعطيه الوصي ما رأى.

والثالث: أن ذلك إلى الوارث أعطى ما شاء، قلته تخريجاً<sup>(٦)</sup>.

إذا أوصى لزيد وللملائكة بثلث ماله فإن الوصية للملائكة باطلة<sup>(٧)</sup>، وفي زيد ستة أقوال:

**القول الأول:** لزيد نصف الثلث وتبطل في النصف الآخر، وهذا وجه عند الشافعية<sup>(٨)</sup> وقول للحنابلة<sup>(٩)</sup>.

(١) فالحنفية نصوا على أن المرأة إذا وضعت حملها لأكثر من سنتين لم يستحق الحمل الوصية، فعلى هذا إذا وضعته لأكثر من أربع سنين لم يستحق شيئاً. انظر: بدائع الصنائع ٣٣٦/٧، الدر المختار ٣٤٣/١٠.

(٢) انظر: الحاوي ٢١٥/٨، شرح التنبيه للسيوطي ٥٥١/٢.

(٣) انظر: العدة شرح العمدة ص ٢٩٢.

(٤) انظر: الحاوي ٢١٥/٨، البيان ١٦٤/٨، فتح العزيز ١٠/٧.

(٥) في التلخيص ص ٤٤٦ بثلاثي مالي، والصواب: بثلث مالي.

(٦) انظر: التلخيص ص ٤٤٦.

(٧) انظر: التهذيب ٧٧/٥، معونة أولي النهى ٢٣٠/٦.

(٨) انظر: التلخيص ص ٤٤٦، الحاوي ٣٠١/٨، التهذيب ٧٧/٥، البيان ٢٣٤/٨، الروضة ١٨٥/٦.

(٩) انظر: الكافي لابن قدامة ٣٤/٤، الإنصاف ٢٤٧/٧، معونة أولي النهى ٢٣٠/٦.

**القول الثاني:** له الثلث كاملاً، وهذا هو مقتضى قول الحنفية<sup>(١)</sup>، وهو الصحيح من مذهب الحنابلة<sup>(٢)</sup>، ووجه عند الشافعية<sup>(٣)</sup>.

**القول الثالث:** أن له منه ما يقع عليه اسم شيء، وهو وجه عند الشافعية<sup>(٤)</sup>.

**القول الرابع:** يعطي إليه الوصي ما شاء، وهو وجه عند الشافعية<sup>(٥)</sup>.

**القول الخامس:** له الربع، ويرد الباقي على الورثة، وهو وجه عند الشافعية<sup>(٦)</sup>.

**القول السادس:** أن ذلك إلى الوارث يعطيه ما شاء، وهذا ما خرج به ابن القاص<sup>(٧)</sup>.

### أدلة أصحاب القول الأول:

١\_ يأخذ زيد نصف الثلث، قياساً على ما لو أوصى بثلثه لوارثه ولأجنبي<sup>(٨)</sup>.

٢\_ أن الموصي شرك بين زيد وبين الملائكة، فلم يكن له أكثر من النصف، كما لو كان شريكه ممن يملك<sup>(٩)</sup>.

### دليل أصحاب القول الثاني:

أن الموصي أشرك زيدا مع من لا يملك فلم يصح التشريك<sup>(١٠)</sup>.

(١) فقد نص الحنفية على أن من أوصى لزيد وعمرو بثلث ماله فإذا عمرو ميت فالثلث كله لزيد، ثم عللوا ذلك بقولهم: لأن الميت ليس بأهل للوصية فلا يزاحم الحي الذي هو من أهلها، كما إذا أوصى لزيد وجدار. انظر: الهداية ٤٤٨/١٠.

(٢) انظر: الكافي لابن قدامة ٣٤/٤، الإنصاف ٢٤٧/٧، معونة أولي النهى ٢٣٠/٦.

(٣) انظر: التهذيب ٧٧/٥، البيان ٢٣٤/٨.

(٤) انظر: البيان ٢٣٤/٨، الروضة ١٨٥/٦.

(٥) انظر: التلخيص ص ٤٤٦، التهذيب ٧٧/٥.

(٦) انظر: الحاوي ٣٠١/٨، التهذيب ٨٧/٥، الروضة ١٨٥/٦.

(٧) انظر: التلخيص ص ٤٤٦.

(٨) انظر: البيان ٢٣٤/٨.

(٩) انظر: الكافي ٣٤/٤.

(١٠) انظر: معونة أولي النهى ٢٣٠/٦، منار السبيل ٤١/٢.

**دليل أصحاب القول الثالث:**

يعطى لزيد ما يقع عليه اسم شيء، تخريجا من نص الشافعي فيما إذا أوصى لزيد ولمن لا يحصى<sup>(١)</sup>.

**دليل أصحاب القول الرابع:**

لعل مستند هذا القول: أن الموصي لما أشرك زيدا مع من لا يملك، أصبح مقدار ما يستحقه زيد غير معلوم، فيرجع إلى الوصي لتحديد.

**دليل أصحاب القول الخامس:**

أن الموصي ذكر الملائكة بلفظ الجمع وأقله ثلاثة، وزيد رابعهم فيعطى الربع، ويُرد الباقي على الورثة، لأن الملائكة ليسوا من أهل التملك<sup>(٢)</sup>.

**دليل أصحاب القول السادس:**

لعل مستند هذا القول: أن الوارث يقوم مقام المورث في تعيين ما أبجمه المورث، كأن يطلق إحدى نسائه فيموت قبل التعيين، فكذلك هاهنا.

**الراجح:** يترجح في نظري والعلم عند الله أن يعطى الثلث كاملا، لأن الموصي شرّكه مع من لا يملك، فهو كمن أوصى لزيد ولجبريل أو الرياح أو الميت<sup>(٣)</sup>.

**المطلب الخامس:** أوصى لزيد ولحمار فلان

قال ابن القاص: ولو أوصى له ولحمار فلان فله نصف الثلث، وفي النصف الآخر كما وصفنا فيمن أوصى لدابة فلان، قلته تخريجا<sup>(٤)</sup>.

إذا أوصى له ولحمار فلان فقد اختلف العلماء في هذه المسألة على قولين:

(١) انظر: البيان ٢٣٤/٨، الروضة ١٨٥/٦.

(٢) انظر: التهذيب ٧٨/٥.

(٣) انظر: الكافي لابن قدامة ٣٤٤م.

(٤) انظر: التلخيص ص ٤٤٦.

**القول الأول:** لزيد نصف الثلث ويبطل في الباقي، وهو أصح الوجهين عند الشافعية<sup>(١)</sup>، وقول للحنابلة<sup>(٢)</sup>.

**القول الثاني:** لزيد الثلث كاملاً، ويبطل في الباقي، وهذا هو مقتضى قول الحنفية<sup>(٣)</sup> والحنابلة<sup>(٤)</sup>، ووجه عند الشافعية<sup>(٥)</sup>.

### دليل أصحاب القول الأول:

إذا أوصى لزيد ولحمار فلان، كان له نصف الثلث قياساً على من أوصى لزيد ولجبريل، بجامع عدم صحة إضافة الملك فيهما<sup>(٦)</sup>.

### دليل أصحاب القول الثاني:

أن الموصي أشرك مع زيد من لا يملك فلم يصح التشريك، فيكون لزيد الثلث كاملاً<sup>(٧)</sup>.

### مناقشة دليل أصحاب القول الأول:

قولهم: إذا أوصى لزيد ولحمار فلان كان له نصف الثلث، قياساً على من أوصى لزيد ولجبريل، بجامع عدم صحة إضافة الملك فيهما.

(١) ذكر النووي وجهين فيمن أوصى لزيد ولبهيمة، كالوجهين فيمن أوصى لزيد ولجبريل، وصحح فيمن أوصى لزيد ولجبريل أن لزيد نصف الثلث، فعلى هذا يكون الأصح فيمن أوصى لزيد ولبهيمة أن لزيد نصف الثلث. انظر: الروضة ١٨٥/٦.

(٢) انظر: الإنصاف ٢٤٧/٧.

(٣) نص الحنفية على أن من أوصى لزيد وعمرو بثلث ماله فإذا عمرو ميت فالثلث كله لزيد، ثم عللوا ذلك بقولهم: لأن الميت ليس بأهل للوصية فلا يزاحم الحي الذي هو من أهلها، كما إذا أوصى لزيد وجدار. انظر: الهداية ٤٤٨/١٠.

(٤) نص الحنابلة على أن من أوصى لمن تصح له الوصية ولمن لا تصح له كان الثلث كاملاً لمن تصح له.

انظر: الإنصاف ٢٤٧/٧، منار السبيل ٤١/٢.

(٥) انظر: الروضة ١٨٥/٦.

(٦) انظر: الروضة ١٨٥/٦.

(٧) انظر: منار السبيل ٤١/٢.

يناقش هذا التعليق: بأنه ليس محل اتفاق، فقد نص الحنابلة على أن من أوصى لزيد ولجبريل كان لزيد الثلث كاملاً<sup>(١)</sup>.

### مناقشة أصحاب القول الثاني:

قولهم: إن الموصي أشرك مع زيد من لا يملك فلم يصح التشريك، فيكون لزيد الثلث كاملاً.

يجاب عنه: بأنه إذا أشرك مع زيد الملائكة فإن له نصف الثلث، فكذا هنا بجامع عدم صحة إضافة الملك فيهما<sup>(٢)</sup>.

**الراجع:** يترجح في نظري ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني لما يلي:

- ١\_ قوة ما استدل به أصحاب القول الثاني، لاتفاقهم على أن البهيمة لا تملك.
  - ٢\_ أن دليل أصحاب القول الأول ليس محل اتفاق، فلا يصح الاستدلال به.
- أما قول ابن القاص: وفي النصف الآخر كما وصفنا فيمن أوصى لدابة فلان، فعلى هذا إذا قصد تملك الحمار فإنه يبطل في النصف الآخر، وإن قصد الصرف في علفه فإنه يصح إن قبلها صاحب الحمار وينفق عليها الوصي.
- هذا التفصيل لم أقف عليه في كتب الشافعية، ونص الشافعية على القول بأن لزيد نصف الثلث أن الوصية تبطل في النصف الآخر<sup>(٣)</sup>.

(١) انظر: الإنصاف ٢٤٧/٨.

(٢) انظر: الروضة ١٨٥/٦.

(٣) انظر: الروضة ١٨٥/٦.