

رَفَعُ

جهد الترجمة والتحرير
أسكنم الله الفردوس
www.moswarat.com

الجمعية
العلمية
السعودية



إصدارات الجمعية الفقهية السعودية
الدراسات الفقهية (١٥)

تَبَعُ الْعَهْدِ وَالْحَيْثُ

فِي الْفِقْهِ الْإِسْلَامِيِّ

تَأَلَّفَ

عَدْلَانِ بْنِ غَارِي بْنِ عَلِيٍّ الشَّيْخَانِيِّ رَحِمَهُ

عَفَرَ اللَّهُ رُؤُوسَهُ وَوَالِدَيْهِ وَوَالِدَاتِهِمْ

أَعْتَنَى بِهِ

فِرَاسُ بْنُ خَالِدِ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ الْغَنَامِيُّ

عَفَرَ اللَّهُ رُؤُوسَهُ وَوَالِدَيْهِ وَوَالِدَاتِهِمْ

المجلد الأول

Kuwait
Obekon

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com



تَبَعُ الْعَقْلُ وَالْجِلْدُ

في الفقه الإسلامي

تأليف

عَدْلَانِ بْنِ غَازِي بْنِ عَلِيٍّ الشِّمْرَانِيِّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ

عَفَرَ اللهُ لَهُ وَلَوْ أَلَدِيَهُ وَيَسَاجِرِهِ وَلِلْمُسْلِمِينَ

اعتنى به

فِرَاسُ بْنُ خَالِدِ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ الْعَنَامِيُّ

عَفَرَ اللهُ لَهُ وَلَوْ أَلَدِيَهُ وَيَسَاجِرِهِ وَلِلْمُسْلِمِينَ

المجلد الأول

ح شركة العبيكان للتعليم، ١٤٣٧هـ

فهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية أثناء النشر

الشمراي، عدلان غازي

بيع العقار وتأجيريه في الفقه الإسلامي. / عدلان غازي

الشمراي. - الرياض، ١٤٣٧هـ

٢مج

ردمك: ٩٧٨-٦٠٣-٥٠٣-٩٢٣-٩ (مجموعة)

(١ج) ٩٧٨-٦٠٣-٥٠٣-٩٢٤-٦

١ - العقارات (فقه إسلامي) أ. العنوان

١٤٣٧/٤٥٣٥

ديوي ٢٥٣,٩

الطبعة الأولى

١٤٣٧ - ٢٠١٦م

صدر هذا الكتاب بالتعاون مع شركة العبيكان للتعليم

حقوق الطباعة والنشر محفوظة للجمعية الفقهية السعودية

امتياز التوزيع |
شركة مكتبة العبيكان
Obekran

الملكة العربية السعودية - الرياض - المحمدية -

طريق الأمير تركي بن عبدالعزيز الأول

هاتف: ٤٨٠٨٦٥٤ - فاكس: ٤٨٨٩٠٢٣ ص. ب:

١١٥٩٥ الرياض ٦٢٨٠٧

الجمعية
الفقهية
السعودية



الملكة العربية السعودية - الرياض - حي الفلاح -

جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

info@alfiqhia.org.sa

هاتف: ٠١١٢٥٨٢٣٣٢

الله



تقديم

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.
أما بعد:

فإن الجمعية الفقهية السعودية عملت على نشر عدد من الرسائل العلمية المتميزة والبحوث الأكاديمية القيمة لأعضائها ومنتسبيها العاملين وفاءً لهم، واعترافاً بدورهم الإيجابي الفعّال في خدمتها وإثرائها.

ومن هؤلاء فضيلة الشيخ الدكتور عدلان بن غازي الشمراني الأستاذ المشارك في قسم الفقه بكلية الشريعة بالرياض (رحمه الله) فقد رأت الجمعية - بعد موافقة مجلس إدارتها - طباعة رسالتيه الدكتوراه والماجستير؛ لكون الشيخ معروفاً بدقة فهمه، وجودة قريحته، وقوة طرحه، وحسن عرضه، وسلاسة أسلوبه.

وها هي رسالته (الدكتوراه) الموسومة بـ (بيع العقار وتأجيله في الفقه الإسلامي)، وقد نال بها الدرجة بتقدير ممتاز مع مرتبة الشرف الأولى سنة ١٤١٠هـ، بإشراف معالي شيخنا العلامة الأستاذ الدكتور عبدالله بن علي الركبان - حفظه الله -.

وقد أحالت الجمعية - كما هو معهود في عمل الجمعيات العلمية - هذه

الرسالة إلى عدد من الفاحصين المتخصصين، لإبداء الرأي في طباعتها من عدمه، وقد أفادت تقاريرهم بقيمة البحث العلمية وأهميته، وظهور شخصية الباحث بقوة من خلال الاستدلال والمناقشة والترجيح، وامتياز البحث بطول النفس في عرض المسائل ومعالجتها معالجة علمية دقيقة، كذلك عدم اقتصار المؤلف على بيع العقار وتأجيله فقط، بل تعدها إلى أحكام الشفعة، والارتفاق، والوقف، والرهن، والحجر وغيرها، ليصبح البحث موسوعة فقهية متعلقة بالعقار. بالإضافة إلى تنوع المصادر وكثرتها، وغير ذلك مما دفع الجمعية دفعًا لطباعة الرسالة، ليفيد منها الخاصة والعامة.

ونظرًا لأن الرسالة قديمة مطبوعة بالآلة الكاتبة، فقد أعيدت طباعتها وصفتها، بإشراف الشيخ الفاضل فراس بن خالد الغنام أمين البحث والنشر العلمي؛ حيث قام بمقابلة المطبوع على الأصل مع الرجوع إلى ما خطه الشيخ بيده عند الحاجة، وتصحيح الأخطاء واستدراكها مع الرجوع إلى المصادر التي رجع إليها الشيخ عند الحاجة، وإحالة العزو إلى ما طبع من المصادر المخطوطة التي نقل منها الشيخ، وقد أخذ منه هذا العمل جهدًا طويلاً، نسأل الله أن يجزيه على عمله هذا خير الجزاء، وأن يتغمد الشيخ عدلان بواسع رحمته، وأن يجمعنا وإياه في جنته مع النبيين والصديقين والشهداء والصالحين وحسن أولئك رفيقًا.

وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

رئيس مجلس إدارة الجمعية الفقهية السعودية

أ. د. جميل بن عبدالمحسن الخلف



ترجمة المؤلف رحمته الله

هو الشيخ الدكتور عدلان بن غازي بن علي آل علي المشايخ الشمراني^(١)، ولد عام (١٣٧٥هـ) في قرية الصفي ببلاد شمران تهامة، درس المرحلة الابتدائية بقريته بتهامة شمران، ثم انتقل إلى مدينة جدة لإكمال دراسته في المعهد العلمي هناك، فدرس المرحلتين المتوسطة والثانوية في المعهد العلمي بجدة وتخرج فيه عام (١٣٩٣هـ).

ثم انتقل إلى مدينة الرياض لإكمال الدراسة الجامعية، فالتحق بكلية الشريعة في جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض، وتخرج فيها عام (١٣٩٨هـ)، ثم اختير معيدًا بقسم الفقه في الكلية نفسها، وقد حصل على درجة الماجستير بتقدير ممتاز مع مرتبة الشرف الأولى عام (١٤٠٣هـ)، وكانت رسالته بعنوان «أثر اختلاف الدين في عقد الزواج وتوابعه»، ثم حصل على درجة الدكتوراه بتقدير ممتاز مع مرتبة الشرف الأولى أيضًا عام (١٤١٠هـ)، وكان عنوان رسالته «بيع العقار وتأجيله في الفقه الإسلامي».

(١) الشمراني حلقًا لا نسبًا، فالمشايخ فخذ من الأشراف يعود نسبهم إلى الإمام الحسين بن علي بن أبي طالب عليه السلام، لكنهم دخلوا في قبائل عدة من باب الحلف، كما هو مشهور عنهم وكما أخبرني د. غازي بن عدلان.

وقد أشرف على رسالتيه (الماجستير والدكتوراه) معالي الشيخ أ.د. عبدالله بن علي الركبان حفظه الله.

بعدها عُيِّن الشيخ على درجة أستاذ مساعد في قسم الفقه، ثم تمت ترقيته إلى أستاذ مشارك عام (١٤٢٤هـ).

وقد أوفد من الجامعة للتدريس بفرعها «كلية الشريعة واللغة العربية» بإمارة رأس الخيمة بدولة الإمارات العربية المتحدة، لمدة سبع سنوات في الفترة من (١٤١٤هـ إلى ١٤١٩هـ)، ثم من (١٤٢٤هـ إلى ١٤٢٧هـ)، وقد تولى رئاسة قسم الشريعة هناك خلال الفترة (١٤٢٥هـ - ١٤٢٧هـ)، وكانت له دروس علمية في بعض المساجد بإمارة رأس الخيمة، ثم عاد إلى كليته بالرياض، واستمر في التدريس بها إلى أن أُحيل للتقاعد غرة شهر رجب عام (١٤٣٥هـ)، بعد بلوغه سن التقاعد، وقد عمل في الجامعة لمدة سبع وثلاثين سنة أستاذاً للفقه بكلية الشريعة.

وقد أشرف على العديد من الرسائل العلمية في مرحلتي الماجستير والدكتوراه، كما ناقش الكثير من الرسائل في هاتين المرحلتين في الجامعة وغيرها.

تلمذ الشيخ رحمته الله على مجموعة من المشايخ الذين درّسوه في الكلية ثم زاملهم بها، منهم: معالي الشيخ أ.د. عبدالله الركبان، والشيخ أ.د. صالح بن غانم السدلان، والشيخ أ.د. محمد بن أحمد الصالح، والشيخ د. عبدالرحمن بن محمد السدحان، وغيرهم أثابهم الله...

كان رحمته الله يتميز بأسلوب شائق وممتع في شرحه؛ فلا يجد الملل سبيلاً إلى الطلاب في درسه، وكان يتمتع بروح خفيفة ونفس طيبة، وكان صاحب عبارات رشيقة وتعامل راقٍ، فتعلم منه طلابه الأدب الرفيع قبل العلم، وخلق التواضع مع الحلم...

كان مثلاً يُحتذى به في التواضع الجَم والخلق الرفيع، لا أذكر أنني رأيتُهُ إلا بشَّ وتبسم في وجهي...

كان ﷺ وفيًا لأساتذته ومشايخه؛ فكثيرًا ما كان يذكرهم ويثني عليهم... وكان أيضًا متعاونًا جدًّا مع الطلاب سواء في تدريسه، أو في الإشراف والإرشاد العلمي، فكان يراعي الجانب النفسي للطلاب حال مناقشة الرسائل؛ فيحاول أن يُبرز مميزات الرسالة ويثني على جهد الطالب؛ ليخفف عنه رهبة المناقشة، مع إبداء الملاحظات الدقيقة، والتوجيهات القيمة، مع حرصه على عدم الإطالة في المناقشة، بل يناقش ما يحتاج إلى مناقشة ويُسَلِّم الطالب بقية الملحوظات.

وتميز ﷺ بسرعة الإنجاز لما يُسند إليه، مع الإتقان دون تعثر أو تأخر. حدثني بعض من أشرف عليهم ﷺ بأنه كان لا يتأخر في إنجاز ما يُسَلِّم إليه من البحوث، بل ينجزها في أقل من الوقت المتوقع، مع إبداء الملحوظات والوقوف مع الطالب فيما يعوقه...

قال عنه فضيلة الشيخ أ.د. حسين بن عبدالله العبيدي - رئيس قسم الفقه سابقًا -: (وقد كان طيلة عضويته في القسم مثلاً للأستاذ القائم بعمله على الوجه الأمثل، فقد كان القسم آنذاك يستعرض المخططات المقدمة للتسجيل في مرحلتي الماجستير والدكتوراه، فكان ﷺ يقرأها صفحة صفحة، وكان أحد المشهورين بقراءة المخططات قراءة فاحصة متميزة، وكان له رأي واضح عند دراسة تلك المخططات... فلا يحضر الجلسة إلا وقد استعدَّ لها وأبدى الرأي فيها. وإذا جئنا إلى تميزه في الإشراف العلمي على الرسائل، وجدته ذا حظ وافر من حيث الدقة والمتابعة، حتى مع ظروفه الصحية، واستمر راغبًا في التدريس حتى أُحيل على التقاعد).

ومما قيل عنه أيضًا: (كان يحظى بمحبة كبيرة بين أعضاء القسم، لا أعلم بينه وبين أحد عداوة... زاملته فكان من خيرة الناس علمًا وخلقًا وتواضعًا... من خيار أساتذة الشريعة خلقًا وتعليمًا... كان مثلاً يُحتذى في حسن الخلق والتواضع... تعلمت من أدبه قبل علمه، ما رأيتُهُ إلا بشوشًا مبتسمًا... كان متبسطًا يألف ويؤلف، فألفه زملاؤه وطلابه وأحبوه).

جمع ﷺ إلى جانب علمه وخلقه حسن العبادة، فقد كان قلبه مُعلقًا بالصلاة حريصًا عليها... أذكر أنني اتصلت به قبل وفاته بأشهر - وكان قد انتقل إلى منزل جديد - فدعوت له بالبركة. فكان أول ما ذكر عن المنزل أن قال: أبشرك أنه قريب من المسجد وأثنى على إمام وجماعة المسجد... بل حدثني أحد جماعة مسجده أن جماعة المسجد وجيرانه أحبوه وألفوه، مع أنه لم يمكث معهم طويلًا ﷺ...

نتاجه العلمي:

- ١ - «أثر اختلاف الدين في عقد الزواج وتوابعه» (رسالة ماجستير) ستطبع إن شاء الله.
- ٢ - «بيع العقار وتأجيريه في الفقه الإسلامي» (رسالة دكتوراه) وهي الكتاب الذي بين يدينا.
- ٣ - «أثر الوفاة أو التفليس في حلول الديون المؤجلة في الفقه الإسلامي».
- بحث محكم منشور في مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، عدد ٦٢.
- ٤ - «أثر الوفاة في عقود التوثيق في الفقه الإسلامي».
- بحث محكم منشور في مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، عدد ٥٦.
- ٥ - «حكم استرداد المبيع عند الإفلاس في الفقه الإسلامي».
- بحث محكم منشور في مجلة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، عدد ٤٠.

- ٦ - «شروط استرداد المبيع عند الإفلاس في الفقه الإسلامي».
- بحث محكم منشور في مجلة جامعة الإمام محمد بن سعود
الإسلامية، عدد ٣٩.
- ٧ - «زيادة الثمن للأجل» بحث محكم منشور في مجلة العدل، عدد ١٨.
- ٨ - «الكمبالة حقيقتها وحكمها».
- ٩ - «العدل في القضاء وآثاره الاجتماعية» وهو بحث التخرج لمرحلة
البكالوريوس في كلية الشريعة بالرياض، وقد أشرف عليه فيه فضيلة
الشيخ/ فهد بن حمين بن حمد الفهد ﷺ.

وفاته:

عانى ﷺ من عدة أمراض مزمنة، فقد كان يُعاني من فشل كلوي في آخر
عشر سنوات من عمره، فلم يظهر عليه إلا الرضا والحمد، وكان كثيرًا ما
يقول - عندما أسأله عن صحته -: (أبشرك في خير وإلى خير)، ولم يثنه
مرضه ذلك عن البذل والعطاء، والتعاون مع الزملاء والطلاب، ولم تغب
ابتهامته وبشاشته، ولم يلبث طويلًا بعد تقاعده، فقد فُجع زملاؤه ومحبه
بخبر وفاته، بعد حياة علمية حافلة بالتدريس، وكانت وفاته ﷺ فجر السبت
الخامس عشر من شهر الله المحرم عام ١٤٣٦هـ، في منزله بمدينة الرياض،
عن عمر يناهز الستين عامًا غفر الله له ورحمه، وصُلِّي عليه في جامع الملك
خالد، وشيعه جمع غفير من زملائه وطلابه ومحبيه وذويه، ودفن في مقبرة
أم الحمام بالرياض... والفقيد له أربعة من الأبناء وست من البنات، وأكبر
أبنائه هو الدكتور غازي، استشاري القسطرة والأشعة التشخيصية وأستاذ
مشارك في جامعة الملك خالد بأبها.

عليه : علي ، مستشار قانوني في وزارة الداخلية .

ثم أحمد ، طبيب خريج .

ثم خالد ، طالب في كلية الطب بجامعة الإمام محمد بن سعود

الإسلامية .

وبرحيله فقد طلاب العلم بكلية الشريعة أستاذًا متعاونًا وأبًا حنونًا...

وفقدت الكلية أحد منسوبيها الأفاضل...

رحم الله الفقيد وأسكنه فسيح جنانه...

كتبها

فِرَاسُ بْنُ خَالِدِ بْنِ عَبْدِ الرَّزَّاقِ

يكتب بعد الكلام السابق ما شؤ
الحاجة :

وتنظهن خلاصة موجزة للبحث مع الإشارة

إلى أهم نتائجه .

وبإني بعها ثبت المصادر والمراجع ، ثم الفهراس ، وقد

اقتصرت فيها على فهرس ^{بديان} ، وآ خر ^{لأعداد} ، ونالت

بديان ، وأظيراً فهرس محتويات البحث .

وبإني لأرجو أن أكون قد وفقت إلى تحقيق ما عزمتم

على بحثه على الوجه المرضي ، فإن تحقق ^{ذلك} الله فله الحمد والمنة ،

وبأسأل الله الأخرى فهذا الجهد هو جهد ~~بشر~~ من هو معرض

للصواب والخطأ ، إذ هو جهد بشر ، ومن صفات البشر

النقص ، والكمال لا يكون إلا لله رب العالمين .

وفي الختام أقدم بجزيل الشكر العظيم لزملائكم الأستاذين

الشيخ الدكتور : عبد الله بن علي الركبان - أستاذ الضيق بالدراسات

العليا بالجامعة والمشرقا على الرسالة الذي أسمع على من

عليه الواسع ، ووقته الثمين ، ما يسر لي السبيل في إعداد هذا

البحث ، فقد جاد على بملاحظاته القيمة ، وآرائه النفيسة

نموذج من خط المؤلف وَاللَّهُ

التوضيح

لعل المراجع ... صحة (مفرد) وذلك لأن ...

السبب الأول

قوة ما قاله ... صحة ذلك ...
الآن ...

السبب الثاني

صنف ... صحة ...
بعض ...

السبب الثالث

أما ... صحة ...
بعض ...

السبب الرابع

أما ... صحة ...
بعض ...



المقدمة

إن الحمد لله نحمده، ونستعينه ونستغديه، ونستغفره ونتوب إليه، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا، وسيئات أعمالنا، من يهده الله فهو المهتد، ومن يضلل فلن تجد له ولياً مرشداً.

وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله، صلى الله عليه وسلم، وعلى آله وأصحابه وأتباعه إلى يوم الدين.

وبعد:

فقد اقتضت حكمة الله تعالى أن تكون الشريعة الإسلامية خاتمة الشرائع السماوية، لإصلاح الخلق، وتبصيرهم بدروب السعادة.

كما اقتضت حكمته سبحانه أن تتخذ صفة العالمية والدوام للناس حتى تقوم الساعة.

وقد جاءت هذه الشريعة تحمل في نظمها وتعاليمها ما يجعلها جديرة بهذه الغاية السامية، حافلة بكل المعاني التي تحفظ لها صفة الدوام والعموم.

ولقد يسّر الله في هذه البلاد سبيل العلم النافع، وأنعم علينا من فضله الكريم، فسهل لنا دروب العلم، فبعد نيل درجة الماجستير في الفقه، بحثت عن موضوع يصلح لنيل درجة الدكتوراه، فانتهيت إلى موضوع:

«بيع العقار وتأجيريه في الفقه الإسلامي»

أما أسباب اختيار هذا الموضوع فيمكن إجمالها في الآتي:

١ - أن البحث في المعاملات له أهمية كبيرة في حياة البشر، لأنه يشمل جميع طبقات المجتمع، أفرادًا وجماعات وحكومات.

٢ - أن الناس يتقلبون في هذه الحياة على هذه الأرض ويسعون في مناكبها لطلب الرزق، ويتخذون منها البيوت والمزارع ومرافق الحياة، وعليها تقوم تجاراتهم وصناعاتهم فلا غنى للإنسان عن تملك العقار، وهو من أعظم ما يملك ويحتاج إليه.

٣ - أن كثيرًا من المشكلات بين الناس وبخاصة في الوقت الحاضر، تحدث بسبب تملك العقار وحيازته، فقد أدى التقدم الحضاري إلى التطور العمراني، وهذا من شأنه أن يولد المشاحة والنزاع بين بني البشر، فكان في بحث هذا الموضوع فائدة ظاهرة لبيان وجه الحق فيما يقع الخلاف فيه.

٤ - اهتمام الناس بالعقار اهتمامًا ظاهرًا والتسابق في تملكه وتشيد العمارات، وما يحدث من بعضهم من التعدي على أراضي الغير وغصبها وادعاء ملكيتها، وقد يعمد بعضهم إلى إحياء بعض الأمكنة التي خصصتها الدولة للمرافق العامة، فكان لا بد من توضيح هذا الأمر، وتبصير الناس بالحق فيه.

٥ - أن أحكام بيع العقار وتأجيريه متناثرة في أبواب الفقه المختلفة فهي في: البيع، والإجارة، والرهن، والصلح، والحجر، والشركة، والمزارعة، والشفعة، وإحياء الموات، والوقف، وغير ذلك من أبواب الفقه، فكان في جمع أحكام بيع العقار وتأجيريه وإبراز ذلك بصفة مستقلة، إضافة علمية جديدة تضاف إلى المكتبة الإسلامية، ليسهل بذلك الرجوع إلى أحكامه التفصيلية عند الحاجة إلى ذلك.

هذا ولا أعلم - فيما اطلعت عليه - وجود مؤلف حمل هذا العنوان، وجمع مادته العلمية، وهو موضوع حيّ يحتاج إليه الناس في كل زمان ومكان. تلك هي أهم الأسباب التي دفعتني إلى تسجيل هذا الموضوع. وقد سلكت في تناوله المنهج الآتي:

- ١ - جمعت المادة العلمية من المصادر المختلفة معتمداً على المصادر القديمة، وقد أرجع في بعض المسائل إلى الكتب الحديثة إذا دعت الحاجة إلى ذلك.
- ٢ - بعد جمع المادة العلمية قمت بتصنيفها على الأبواب والفصول فالمباحث فالمطالب فالفروع.
- ٣ - بعد عملية الفرز السابقة أدقق النظر في المادة المجمعة، فإذا كانت المسألة موضع اتفاق بين العلماء ذكرتها وسقت الأدلة عليها.
- ٤ - إذا كانت المسألة خلافيةً حصرت الأقوال فيها، فأذكرها أولاً، ثم أذكر أدلة القول الأول وأوجهها، وأذكر المناقشة - إن وجدت - ثم أذكر أدلة القول الثاني على نفس النهج، ثم أذكر الترجيح وسببه، وقد سلكت هذا المنهج في الكثير الغالب، وقد أخرج عن هذا المنهج في بعض المسائل لحاجة تدعو إلى ذلك.
- ٥ - اقتصر على فقه المذاهب الأربعة في أكثر الأحيان. وقد أضيف إليها أحياناً مذهب الظاهرية، وأقوال بعض الأئمة سوى الأئمة الأربعة.

٦ - رجعت إلى كتب المذاهب لآخذ آراء الفقهاء من منابعها الأصيلة، ولم أقتصر في المسألة الواحدة على كتاب واحد، بل أضمت إليه غيره رغبة في الدقة والصحة، وتسهيلاً للرجوع إلى أحدها عند الحاجة، وهذا في الكثير الغالب، وقد يحدث أن أجد نقلاً في أحد كتب المذاهب عن إمام آخر فأرجع إلى كتب مذهبه، فإن وجدت ذلك ذكرته، وإن لم أجد في كتب

مذهبه ما يدل على ذلك صرحت بذكر مَنْ نقل عنه، وقد يحدث في بعض المسائل ألاَّ أجد نصًّا لمذهب من المذاهب الأربعة فأجتهد أحيانًا في التخريج له على ما أفهمه من قواعده وفروع مذهبه.

٧ - بينت معاني الكلمات التي تحتاج في نظري إلى تعريف وإيضاح، ورجعت في ذلك إلى كتب الحديث، واللغة والمعاجم، والفقه، حسب ما تحتاجه الكلمة المراد شرحها.

٨ - عزوت الآيات إلى سور القرآن الكريم، وخرجت الأحاديث والآثار من كتب الأحاديث والآثار، وأوردت كلام أهل العلم حول تلك الأحاديث والآثار بحسب الطاقة والوسع.

هذا وقد كان لهذا البحث مخطط عام، سرت عليه. وخلاصته على النحو الآتي:

خطة الرسالة:

الموضوع: «بيع العقار وتأجيريه في الفقه الإسلامي».

يشتمل المخطط العام لهذا الموضوع على مقدمة، فباب تمهيدي، ثم بابين، وخاتمة على النحو الآتي:

● المقدمة:

وتشتمل على أهمية الموضوع وأسباب اختياره، ومنهج البحث وخطته.

● باب تمهيدي: ويشتمل على فصلين:

* الفصل الأول: تعريف العقار وتملكه:

المبحث الأول: تعريف العقار.

المبحث الثاني: الأرض تملك ملكًا خاصًا في الشريعة الإسلامية.

* الفصل الثاني: أنواع العقار وأقسامه:

المبحث الأول: تقسيم الأراضي باعتبار أصل حيازتها.

المطلب الأول: الأراضي التي أسلم أهلها عليها.

المطلب الثاني: الأراضي التي صولح عليها أهلها.

المطلب الثالث: الأراضي التي جلا أهلها عنها.

المطلب الرابع: الأراضي التي فتحت عنوة.

المطلب الخامس: الأراضي الموات.

النوع الأول: الأرض المملوكة العامة.

النوع الثاني: الأرض المملوكة غير العامة.

النوع الثالث: الأرض غير المملوكة.

القسم الأول: الأرض القريبة التي يتعلق بها حق الارتفاق.

القسم الثاني: الأرض القريبة من العمران، ولم يتعلق بها مصالحه.

القسم الثالث: الأرض البعيدة التي لم يتعلق بها مصلحة العمران.

المبحث الثاني: تقسيم الأراضي باعتبار نوع ما يفرض عليها.

المطلب الأول: الأراضي العشرية.

المطلب الثاني: الأراضي الخراجية.

● الباب الأول: بيع العقار

ويتكون هذا الباب من عشرة فصول:

* الفصل الأول: حكم بيع العقار وشروطه.

ويتناول الكلام فيه حكم بيع العقار وشروطه:

الشرط الأول: التراضي بالبيع، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: نزع ملكية العقار للمنفعة العامة.

المطلب الثاني: حقيقة نزع ملكية العقار.

المطلب الثالث: إجراءات نزع ملكية العقار للمنفعة العامة.

الشرط الثاني: أن يكون العاقد جائر التصرف.

الشرط الثالث: أن يكون المبيع مالا.

ويتناول الكلام فيه حكم بيع حقوق الارتفاق:

١ - حق الشرب.

٢ - حق المجرى.

٣ - حق المسيل.

٤ - حق المرور.

الشرط الرابع: أن يكون مملوكًا للبائع أو مأذونًا له فيه.

ويتناول الكلام في هذا الشرط خمسة مطالب:

المطلب الأول: حكم بيع الأراضي المفتوحة عنوة.

المطلب الثاني: حكم بيع المساكن التي بأرض العنوة.

المطلب الثالث: حكم بيع الأراضي غير أرض العنوة.

المطلب الرابع: حكم بيع أرض مكة وبنائها.

المطلب الخامس: حكم بيع أرض المناسك وأرض الحرم عدا مكة.

الشرط الخامس: أن يكون المبيع مقدورًا على تسليمه.

ويشتمل الكلام في هذا الشرط على مطلبين:

المطلب الأول: حكم بيع العقار المغصوب.

المطلب الثاني: حكم بيع العقار المؤجر.

الشرط السادس: أن يكون المبيع معلومًا.

والكلام في هذا الشرط على أربع مسائل:

المسألة الأولى: رؤية العقار المبيع.

المسألة الثانية: بيع العقار اعتماداً على رؤية سابقة.

المسألة الثالثة: بيع العقار بالصفة.

المسألة الرابعة: كون العقار معلوم القدر.

الشرط السابع: أن يكون الثمن معلوماً.

ويتناول الكلام في هذا الشرط مسألتين:

المسألة الأولى: بعثك هذه الأرض كل ذراع بدرهم.

المسألة الثانية: بعثك من هذه الأرض كل ذراع بدرهم.

* الفصل الثاني: زيادة العقار المبيع أو نقصه عما عقد عليه.

وينقسم الكلام في هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: زيادة العقار المبيع، وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: تسمية جملة العقار المبيع ومقابلة كل جزء منه بثمن.

المسألة الثانية: تسمية جملة العقار المبيع ومقابلته بجملة الثمن.

المبحث الثاني: نقص العقار المبيع، وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: تسمية جملة العقار المبيع ومقابلة كل جزء منه بثمن.

المسألة الثانية: تسمية جملة العقار المبيع ومقابلته بجملة الثمن.

* الفصل الثالث: قبض العقار في البيع:

ويتكون هذا الفصل من ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: معنى القبض لغة واصطلاحاً.

المبحث الثاني: كيفية قبض العقار.

المبحث الثالث: شروط صحة القبض.

* الفصل الرابع: حكم بيع العقار المشتري قبل قبضه:

* الفصل الخامس: ما يتبع العقار في البيع وما لا يتبعه.

ويشتمل الكلام في هذا الفصل على أربعة مباحث:

المبحث الأول: ما يدخل في بيع الدار ونحوها.

المبحث الثاني: ما يدخل في بيع الأرض، ويتكون من سبعة مطالب:

المطلب الأول: حكم دخول البناء والشجر في بيع الأرض.

المطلب الثاني: حكم دخول الزرع في بيع الأرض.

المطلب الثالث: حكم دخول البذر في بيع الأرض.

المطلب الرابع: بيع الأرض مع البذر.

المطلب الخامس: حكم ثبوت الخيار عند عدم دخول الزرع والبذر في

بيع الأرض.

المطلب السادس: حكم دخول الحجارة في بيع الأرض.

المطلب السابع: حكم دخول المعادن في بيع الأرض.

المبحث الثالث: ما يدخل في بيع البستان، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: ما يدخل في بيع البستان.

المطلب الثاني: ما يدخل في بيع القرية.

المبحث الرابع: دخول الثمر في بيع العقار إذا كان فيه شجر مثمر.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: في ثمر النخل، وفيه خمسة فروع:

الفرع الأول: بيع العقار، وفيه نخل ذات ثمر.

الفرع الثاني: اشتراط أحد المتبايعين ثمر النخل.

الفرع الثالث: حكم بقاء الثمر في النخل إلى أوان أخذه.

الفرع الرابع: بيان الحكم إذا أبر بعض النخل دون بعض.

الفرع الخامس: اختلاف المتبايعين في التأبير.

المطلب الثاني: بيان حكم ما عدا النخل من الشجر.

* الفصل السادس: الاستثناء في بيع العقار:

ويشتمل الكلام فيه على مبحثين:

المبحث الأول: استثناء قدر معلوم من العقار المبيع.

المبحث الثاني: استثناء منفعة العقار المبيع مدة معلومة.

* الفصل السابع: بيع عقار المحجور عليه، وفيه مبحثان:

المبحث الأول: بيع عقار المفلس، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: ما يبدأ الحاكم ببيعه من مال المفلس والتأني فيه.

المطلب الثاني: ما يباع من عقار المفلس، وفيه خمسة فروع.

المبحث الثاني: بيع عقار المحجور عليه لحظ نفسه، وفيه ثلاثة

مطالب:

المطلب الأول: بيع الأب عقار ولده المحجور عليه.

المطلب الثاني: بيع الولي غير الأب عقار المحجور عليه.

المطلب الثالث: دعوى بيع عقار المحجور عليه بغير مسوغ.

* الفصل الثامن: بيع العقار المرهون أو الموقوف:

وينقسم الكلام فيه إلى مبحثين:

المبحث الأول: بيع العقار المرهون، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: بيع الراهن العقار المرهون.

المطلب الثاني: بيع المرتهن العقار المرهون.

المبحث الثاني: بيع العقار الموقوف، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: بيع المسجد إذا خرب، أو كان في البيع مصلحة.

المطلب الثاني: بيع العقار الموقوف غير المسجد.

* الفصل التاسع: بيع العقارات المشاعة:

المبحث الأول: حكم بيع العقار المشاع.

المبحث الثاني: بيع الأسهم في العقار.

المبحث الثالث: تصرفات المشتري في العقار قبل ثبوت الشفعة، وفيه

مطالب:

المطلب الأول: تصرف المشتري بالبيع.

المطلب الثاني: تصرف المشتري برهن العقار أو إجارته.

المطلب الثالث: تصرف المشتري في العقار بوقفه أو هبته.

المطلب الرابع: تصرف المشتري برد أو إقالة أو تحالف.

المطلب الخامس: تصرف المشتري بالزيادة في العقار قبل الأخذ بالشفعة.

المطلب السادس: تصرف المشتري بالنقص في العقار قبل الأخذ بالشفعة.

المبحث الرابع: الاحتيال على إسقاط الشفعة.

* الفصل العاشر: بيع العلو والسفل:

ويشتمل الكلام فيه على مبحثين:

المبحث الأول: ملكية العلو والسفل.

المبحث الثاني: حكم بيع العلو والسفل وأجزائهما.



● الباب الثاني : تأجير العقار :

ويشتمل هذا الباب على سبعة فصول :

* الفصل الأول : حكم تأجير العقار وشروطه .

وينقسم الكلام فيه إلى مبحثين :

المبحث الأول : حكم تأجير العقار .

المبحث الثاني : شروط صحة تأجير العقار .

الشرط الأول : أن تكون المنفعة معلومة .

الشرط الثاني : معرفة الأجرة ، وفيه مسائل :

المسألة الأولى : جعل إصلاح العقار أجرة له .

المسألة الثانية : جعل أجرة العقار منفعة عقار آخر .

المسألة الثالثة : تعيين الأجرة .

الشرط الثالث : أن تكون المنفعة مباحة يمكن استيفاؤها مع بقاء العين .

ويشتمل الكلام في هذا الشرط على ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : تأجير العقار ليتخذ مسجداً .

المطلب الثاني : تأجير العقار لمنفعة محرمة .

المطلب الثالث : تأجير العقار المشتمل على شجر .

* الفصل الثاني : تأجير العقار لمدة طويلة وتصرف المالك قبل انقضاءها .

ويتكون هذا الفصل من مبحثين :

المبحث الأول : تأجير العقار مدة طويلة .

المبحث الثاني : تصرف مالك العقار في المنافع قبل انقضاء مدة

الإجارة .

* الفصل الثالث: تأجير المستأجر للعقار:

ويتكون هذا الفصل من مبحثين:

المبحث الأول: حكم تأجير المستأجر العقار، وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: تأجير العقار بعد قبضه من غير المؤجر.

المطلب الثاني: تأجير العقار قبل قبضه من غير المؤجر.

المطلب الثالث: تأجير العقار بعد قبضه من المؤجر.

المطلب الرابع: تأجير العقار قبل قبضه من المؤجر.

المبحث الثاني: تأجير المستأجر العقار بأكثر من الأجرة.

* الفصل الرابع: تأجير العمائر قبل الانتهاء منها:

وينقسم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: حكم تأجير العمائر قبل الانتهاء منها.

المبحث الثاني: تأجير العمائر مدة معينة منفصلة عن العقد.

* الفصل الخامس: تعذر انتفاع المستأجر بالعقار:

ويحتوي هذا الفصل على أربعة مباحث:

المبحث الأول: تلف العقار المؤجر.

الحالة الأولى: تلف العقار المؤجر قبل القبض.

الحالة الثانية: تلف العقار المؤجر بعد قبضه في مدة ليس لمثلها أجرة.

الحالة الثالثة: تلف العقار بعد مضي شيء من المدة له أجرة.

المبحث الثاني: حدوث ما يمنع منفعة العقار المؤجر أو بعضها.

المبحث الثالث: غصب العقار المؤجر.

المبحث الرابع: العذر العام أو الخاص بأحد المتعاقدين.

* الفصل السادس : تأجير العقار المشترك.

* الفصل السابع : تأجير الأرض للزراعة.

ويشتمل هذا الفصل على أربعة مباحث :

المبحث الأول : حكم تأجير الأرض للزراعة.

المبحث الثاني : ما يصلح أن يكون أجرة.

المبحث الثالث : مدى أحقية المستأجر في اختيار نوع الزرع.

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : تأجير الأرض للزرع مطلقاً.

المطلب الثاني : تأجير الأرض لزرع معين.

المطلب الثالث : تأجير الأرض لزرع معين مع اشتراط عدم زرع غيره.

المبحث الرابع : انقضاء مدة الإجارة قبل حصاد الزرع ، وفيه ثلاثة

مطالب :

المطلب الأول : أن يكون بقاء الزرع لتفريط من المستأجر.

المطلب الثاني : أن يكون بقاء الزرع من غير تفريط من المستأجر.

المطلب الثالث : تأجير الأرض للزرع مدة لا يكمل فيها.

● الخاتمة :

وتتضمن خلاصة موجزة للبحث مع الإشارة إلى أهم نتائجه.

ويأتي بعدها ثبت المصادر والمراجع ، ثم الفهارس ، وقد اقتصرنا فيها

على فهرس للآيات ، وآخر للأحاديث ، وثالث للآثار ، وأخيراً فهرس

محتويات البحث^(١).

(١) أكتفي عند نشر الرسالة بثبت المصادر والمراجع ، وفهرس الموضوعات (المعتني).

وإني لأرجو أن أكون قد وفقت إلى تحقيق ما عزمت على بحثه على الوجه المرضي، فإن تحقق ذلك فله الحمد والمثنة، وإن كانت الأخرى فهذا الجهد، هو جهد من هو معرض للصواب والخطأ؛ إذ هو جهد بشري، ومن صفات البشر النقص والكمال لا يكون إلا لرب البشر سبحانه.

وفي الختام أتقدم بجزيل الشكر وعظيم الامتنان لأستاذي الشيخ الدكتور: عبدالله بن علي الركبان - أستاذ الفقه بالدراسات العليا بالجامعة، والمشرف على الرسالة - الذي أسبغ عليّ من علمه الواسع، ووقته الثمين، ما يسّر لي السبيل في إعداد هذا البحث، فقد جاد عليّ بملاحظاته القيّمة، وآرائه النفيسة وتوجيهاته الدقيقة، واقتراحاته البناءة، فمنحني من علمه ووقته ما لا أقدر على شكره، فأسأل الله العليّ القدير أن يجزيه عني خير الجزاء، وأن يبارك له في وقته إنه سميع مجيب الدعاء.

وصلّى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وأصحابه أجمعين.

باب تمهيدي

ويشتمل على فصلين :

الفصل الأول : تعريف العقار وتملكه.

الفصل الثاني : أنواع العقار وأقسامه.

الفصل الأول

تعريف العقار وتملكه

ويتكون هذا الفصل من مبحثين:

المبحث الأول: تعريف العقار.

المبحث الثاني: الأرض تملك ملكاً خاصاً في
الشرعية الإسلامية.



المبحث الأول

تعريف العقار

تعريفه في اللغة :

جاء في «القاموس المحيط»^(١) قوله :

«العقار: الضيعة... والصبغ الأحمر، والنخل، ومتاع البيت، ونضده الذي لا يتبدل إلا في الأعياد ونحوها».

وجاء في «مختار الصحاح»^(٢) قوله :

«العقار: بالفتح مخففاً: الأرض، والضياع، والنخل.

ويقال: في البيت عقار حسن، أي متاع وأداة.

والمُعَقَّرُ بوزن المعسِر: الكثير العقار».

وجاء في «النهاية في غريب الحديث والأثر»^(٣) قوله :

«العقار: بالفتح: الضيعة، والنخل، والأرض، ونحو ذلك.. وعقار كل

شيء: خياره».

(١) باب: الراء، فصل العين، ج٢، ص٩٤.

(٢) مادة: عقر، ص٤٤٥.

(٣) مادة: عقر، باب العين مع القاف، ج٣، ص٢٧٤.

تعريف العقار في الاصطلاح:

تعريف الحنفية:

جاء في «مجمع الأنهر»^(١) - عند تعريفه الشفعة - قوله:

«هي.. تملك العقار، وهو: الضيعة، وقيل: ما له أصل من دار وضيعة، وما في حكمه كالعلو دون المنقول كالشجر والبناء، فإنه من منقول لم تجب الشفعة فيه إلا بتبعية لعقار كالدار والكرم والرحى والبئر وغيرها».

تعريف المالكية:

جاء في «الشرح الكبير»^(٢) - في أثناء الكلام عن الشفعة - قوله:

«والعقار هو: الأرض وما اتصل بها من بناء وشجر».

تعريف الشافعية:

جاء في «مغني المحتاج»^(٣) قوله:

«وقبض العقار، وهو: الأرض، والنخل، والضياع، كما قاله الجوهري، وأراد بالضياع: الأبنية: تخليته للمشتري»، وقالوا في الشفعة: «لا تثبت في منقول، بل في أرض، وما فيها من بناء وشجر تبعاً»^(٤).

تعريف الحنابلة:

جاء في «المطلع على أبواب المقنع»^(٥) - عند قول المصنف (في الحجر

ثم بالأثاث ثم بالعقار) - ما نصه:

(١) ج ٢، ص ٤٧١ - ٤٧٢.

(٢) ج ٣، ص ٤٧٦.

(٣) ج ٢، ص ٧١.

(٤) المنهاج، ج ٢، ص ٢٩٦.

(٥) ص ٢٥٥ - ٢٥٦.

«قال الجوهري: العقار بالفتح: الأرض، والضياع، والنخل، ومنه قولهم: ما له دار ولا عقار».

وجاء في «كشاف القناع»^(١) - في أثناء كلامه عن القبض - قوله: «... ويحصل القبض فيما عدا ذلك من عقار: وهو: الضيعة، والأرض والبناء والغراس، بتخليته...».

وقال في الشفعة: «أن يكون المبيع شقصًا مشاعًا من عقار بفتح العين يعني: أرضًا... ولا شفعة فيما ليس بعقار كشجر مفرد، وحيوان، وبناء مفرد عن أرض»^(٢).

هذه جملة من التعريفات الموجودة في كتب الفقهاء الأربعة، فإذا نُظر في الكتب الحديثة، وُجد أن الفقهاء المعاصرين، تحدثوا عن أنواع المال، وقسموه عدة تقسيمات باعتبارات مختلفة، فقسموه باعتبار استقراره في محله، وعدم استقراره إلى عقار ومنقول.

ويبينوا أنه لا نزاع بين الفقهاء في أن ما لا يمكن نقله وتحويله من مكان إلى آخر، فهو: عقار.

وأن ما يمكن نقله وتحويله من مكان إلى مكان مع بقاء صورته وهيئته فهو: منقول.

وإنما النزاع بينهم: فيما يمكن نقله مع تغيير في صورته وهيئته عند النقل، كالبناء والأشجار، هل هو عقار أو منقول؟^(٣)

فقال جمهور الفقهاء: إنه منقول.

وقال المالكية: هو من العقار.

(١) ج ٣، ص ٢٤٧، وينظر أيضًا ج ٤، ص ٧٧.

(٢) كشاف القناع، ج ٤، ص ١٣٨ - ١٤٠.

(٣) المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي لمحمد مصطفى شلبي، ص ٣٣٥.

وعلى هذا يعرف العقار عند الجمهور، بأنه :

ما كان ثابتًا لا يمكن نقله وتحويله من مكان لآخر، وهو يشمل جميع أنواع الأراضي من زراعية وأراضي البناء وغيرهما^(١).

والمنقول: هو ما يمكن نقله وتحويله، سواء بقي محتفظًا بصورته التي كان عليها قبل النقل أم تغيرت صورته بسبب النقل والتحويل، فيشمل جميع أنواع الحيوانات، والنقود، والمكيلات، والموزونات.

غير أن من أنواع المنقول ما يأخذ حكم العقار تبعًا له، وهو البناء والغراس فهما يدخلان في العقار تبعًا، لأنهما متصلان به اتصال قرار وثبات^(٢).

وأما عند المالكية فالعقار هو :

ما له أصل ثابت لا يمكن نقله وتحويله من مكان إلى آخر مع بقاء هيئته وشكله، فالبناء والشجر والنخل عقار عندهم^(٣).

(١) الملكية وحقوق الارتفاق في الفقه الإسلامي؛ بحث أعده أستاذنا الدكتور محمد بن أحمد الصالح، ص ٢٧، المعاملات الشرعية المالية لأحمد إبراهيم بك، ص ٥. وكتاب المعاملات في الشريعة الإسلامية لأحمد أبو الفتوح، آثار الحرب ص ٥٥٥، الملكية ونظرية العقد لمحمد أبو زهرة، ص ٥٩، الأموال المباحة وأحكام تملكها في الشريعة الإسلامية للدكتور عبدالله بن عبد الرحمن الرشيد، ج ١، ص ٥٦، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي لمحمد مصطفى شلبي، ص ٣٣٥، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية لعبد الكريم زيدان، ص ٢٢٢.

(٢) الملكية وحقوق الارتفاق في الفقه الإسلامي، ص ٢٧، الملكية ونظرية العقد، ص ٥٩، المعاملات الشرعية المالية، ص ٦.

(٣) كتاب المعاملات في الشريعة الإسلامية لأحمد أبو الفتوح، ص ٢٨، آثار الحرب، ص ٥٥٥، الملكية ونظرية المعتقد لمحمد أبو زهرة، ص ٦٠، الأموال المباحة، ص ٥٦، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي لمحمد مصطفى شلبي، ص ٣٣٥، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية لعبد الكريم زيدان، ص ٢٢٢.

والمنقول: هو ما يمكن نقله وتحويله سواء بقي حافظاً لصورته التي كان عليها قبل النقل أم تغيرت صورته بسبب النقل والتحويل^(١).
والذي دعى المالكية إلى اعتبار الغراس والبناء عقاراً أنهما متصلان بالأرض اتصال قرار.

ولأنهما ثابتان غير قابلين للانتقال وهما على شكلهما، بل تتغير صورتها، فيتحول الغراس إلى أحطاب، والبناء إلى أنقاض، وهذا الثبات يكفي في اعتبارهما عقاراً كالأرض^(٢).

* * *

(١) المراجع السابقة.

(٢) الملكية ونظرية العقد لمحمد أبو زهرة، ص ٦٠.



المبحث الثاني

الأرض تملك ملكًا خاصًا في الشريعة الإسلامية

ذهب بعض المحدثين^(١) إلى أن الشريعة الإسلامية لا تبيح الملكية الخاصة للأرض.

وقد استدل على ما ذهب إليه بالأدلة التالية - حسب ما نقله المودودي والعبادي -:

الدليل الأول:

أن القرآن الكريم لم يثبت الملكية الخاصة للأرض، وحيثما جاء ذكر وراثه الأرض في القرآن فإنما المراد بها الملكية الجماعية لا الملكية الخاصة كما يفهم ذلك من قوله تعالى ﴿وَالْأَرْضُ وَصَّعَهَا لِلْأَنْعَامِ﴾^(٢)، وكقوله سبحانه ﴿وَالْأَرْضُ وَصَّعَهَا لِلْأَنْعَامِ﴾^(٣) فالقرآن ما أعطى الأفراد حق الملكية الخاصة، وإنما أعطاهم حق الانتفاع بها^(٤).

(١) نقل هذا الرأي أبو الأعلى المودودي في كتابه مسألة ملكية الأرض، ص ٣، عن أحد الكتاب المعروفين في الهند وذكر أنه قد أيد الكاتب فيما ذهب إليه كاتب آخر، ولم يعين اسم هذين الكاتبين.

(٢) سورة الرحمن آية: ١٠.

(٣) سورة الأعراف آية: ١٢٨.

(٤) مسألة ملكية الأرض في الإسلام، ص ٥-٦، الملكية في الشريعة الإسلامية، ج ١، ص ٢٦٦.

الدليل الثاني :

أنه قد وردت أحاديث عن النبي ﷺ تدل على أن الأرض لا تملك ملكًا خاصًا ومن ذلك :

١ - ما رواه جابر رضي الله عنه قال : كانوا يزرعونها بالثلث والربع والنصف ، فقال النبي ﷺ : « من كانت له أرض فليزرعها أو ليمنحها ، فإن لم يفعل فليمسك أرضه » متفق عليه (١) .

٢ - وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : « مَنْ كانت له أرضٌ فليزرعها أو ليمنحها أخاه ، فإنْ أبى فليمسك أرضه » متفق عليه (٢) .

الدليل الثالث :

أنه لا يصح الاستدلال بواقع تاريخي معين ، سواء أكان زمن الرسول ﷺ أم زمن الخلفاء الراشدين ، لأن ذلك فترة معينة من الزمن قد لا توجد اليوم ، وبالتالي فإن وجود الملكية الخاصة للأرض في التاريخ الإسلامي لا يعني مشروعيتها (٣) .

الرد على هذا الرأي :

بعد عرض هذا الرأي وما استدل به عليه يرد عليه بما يلي :

(١) صحيح البخاري ، كتاب الحث والمزارعة ، باب : ما كان من أصحاب النبي ﷺ يواسي بعضهم بعضًا في الزراعة والثمر ، ج ٣ ، ص ١٤١ ، ومسلم في صحيحه ، كتاب البيوع ، باب : كراء الأرض ، ج ١٠ ، ص ١٩٧ ، (صحيح مسلم بشرح النووي) .

(٢) صحيح البخاري ، كتاب الحث والمزارعة ، باب : ما كان من أصحاب النبي ﷺ يواسي بعضهم بعضًا في الزراعة والثمر ، ج ٣ ، ص ١٤١ ، ومسلم في صحيحه ، كتاب البيوع ، باب : كراء الأرض ، ج ١٠ ، ص ٢٠١ ، (صحيح مسلم بشرح النووي) .

(٣) مسألة ملكية الأرض في الإسلام ، ص ٨ ، الملكية في الشريعة الإسلامية للعبادي ، ج ١ ، ص ٢٦٦ .

أولاً: أن الملكية الخاصة للأرض ثابتة في القرآن من عدة وجوه منها:

الوجه الأول: «أن ملكية الأرض خاصة كانت من الأمور الجاري العمل بها قبل نزول القرآن، فلم يحظرها ولم يأمر الناس بإلغائها، ولم يذمها أدنى ذم، فكان معناه أن الله تعالى أقر هذه القاعدة الجارية، وأبقى الناس على مشروعيتها، ولأجل هذا المعنى نفسه ما زال المسلمون، منذ نزول القرآن إلى يومنا هذا، يجعلون الأرض ملكية شخصية لهم كما كانوا يفعلون من قبل، فإن كان أحدٌ يدعي عدم مشروعية هذه القاعدة، فعليه أن يأتي بدليل يثبت له دعواه، بدل أن يطالبنا بالتدليل على مشروعية هذه القاعدة»^(١).

الوجه الثاني: «أن القرآن الكريم قد وردت فيه آياتٌ كريمة تدل على أن الأرض تملك ملكاً خاصاً وينتفع بها في الأغراض التي تمتلك الأرض من أجلها، مثل زراعتها والاستفادة مما يخرج منها بالأكل والإنفاق، واتخاذها بيوتاً للسكن وغير ذلك، يقول تعالى: ﴿كُلُوا مِنْ ثَمَرِهِ إِذَا أَثْمَرَ وَآتُوا حَقَّهُ يَوْمَ حَصَادِهِ﴾^(٢).

والمراد بهذا الحق الذي أمر الله به هو الزكاة المفروضة، أو هو حقٌ آخر غير الزكاة أمر بإخراجه عند الحصاد^(٣)، وهذا الأمر لا يكون إلا على أساس أن يكون بعض الناس ملاً للأراضي فيؤتوا حق الله من أثمارها وغلاتها، ولا يكون غيرهم ملاً للأراضي فيأخذوا حق الله هذا^(٤).

وهذا ما تؤيده آية أخرى، وهي قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَنفُسُهُمْ مِنْ

(١) مسألة ملكية الأرض في الإسلام، ص ١٩.

(٢) سورة الأنعام آية: ١٤١.

(٣) ينظر في ذلك: تفسير ابن كثير ج ٣، ص ١١٠ - ١١١، فتح القدير للشوكاني، ج ٢،

ص ١٦٩، أضواء البيان، ج ٢، ص ٢١٢.

(٤) مسألة ملكية الأرض في الإسلام، ص ٢٠.

طَبِيتَ مَا كَسَبْتُمْ وَمِمَّا أَخْرَجْنَا لَكُمْ مِنَ الْأَرْضِ ﴿١﴾. فقد أمر بالإنفاق من حاصل الأرض، ولا ياتمر بهذا الأمر إلا من يكون مالكا لحاصل الأرض، ولا ينفقه إلا على الذين ليسوا أصحاب الأرض ﴿٢﴾.

وقال تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَدْخُلُوا بُيُوتًا غَيْرَ بُيُوتِكُمْ حَتَّى تَسْتَأْذِنُوا وَسُئِلُوا عَلَىٰ أَهْلِهَا ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَّكُمْ لَمَلَكُمْ تَذَكُّرُونَ ﴿٢٧﴾ فَإِنْ لَمْ تَجِدُوا فِيهَا أَحَدًا فَلَا تَدْخُلُوهَا حَتَّىٰ يُؤْذَنَ لَكُمْ وَإِنْ قِيلَ لَكُمْ ارْجِعُوا فَارْجِعُوا هُوَ أَزْكَىٰ لَكُمْ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ ﴿٣﴾. فدل ذلك على أن القرآن الكريم يقر ملكية الأرض وإحرازها للسكن، وأن من حق صاحب كل ملك ألا يدخل أحد غيره حدود ملكه إلا بإذنه ﴿٤﴾.

ثانياً: وأما القول بأنه حيثما ذكرت وراثه الأرض في القرآن، فإن المراد بها الحكومة لا الملكية الخاصة، وأنه قد وردت آيات في القرآن يفهم منها ذلك فالجواب عليه ما لي:

١ - «أن الملكية الخاصة للأرض كانت جارية في الدنيا منذ أقدم القرون، فلو أراد أن يلغيها ويستبدل بها طريق الملكية الجماعية، فهل كان يكفي لإثبات هذا الحكم أن يقتصر القرآن في ذلك على إشارة بسيطة في قوله ﴿وَالْأَرْضَ وَضَعَهَا لِلْأَنَامِ﴾؟ لا يخفى أنه لا يكفي لمثل هذا التغيير الإشارات البسيطة بل لا بد لها من أحكام قاطعة صريحة، بالإضافة إلى أنه كان لا بد من وضع الأنظمة البديلة التي يجب أن تكون عليها الحال بهذا الخصوص، ولكن شيئاً من هذا لم يحدث» ﴿٥﴾.

(١) سورة البقرة آية: ٢٦٧.

(٢) مسألة ملكية الأرض في الإسلام، ص ٢٠.

(٣) سورة النور: ٢٧ - ٢٨.

(٤) مسألة ملكية الأرض في الإسلام، ص ٢١، الملكية في الشريعة الإسلامية للعبادي، ج ١، ص ٢٦٩.

(٥) مسألة ملكية الأرض في الإسلام، ص ٦، الملكية في الشريعة الإسلامية للعبادي، ج ١، ص ٢٧٠.

٢ - إذا كان مقصود القرآن الكريم إلغاء الملكية الفردية للأرض وجعلها ملكية جماعية، فلماذا لم يعمل به النبي ﷺ؟؛ إذ إنه من المعلوم أن النبي ﷺ مبين للقرآن الكريم في أقواله وأفعاله، ومطبق للأحكام القرآنية أمثل تطبيق، فهل كان الرسول ﷺ غير عارف بغاية القرآن، أو أنه ﷺ كان يعرفها، ولكن أبي أن يعمل بمقتضى القرآن وتعاليمه، وأثر على قاعدة القرآن القاعدة الجارية في زمانه؟ وهل يقول مسلم بأن عملاً من أعمال رسول الله ﷺ يخالف القرآن من قريب أو بعيد؟^(١)

٣ - أنه لا بد لفهم الآيات القرآنية الكريمة واستنباط الأحكام منها من مراعاة سياق الآيات، ومن ملاحظة فهم الرسول ﷺ لها، ومعرفة أقواله وأعماله بخصوص موضوع الآيات، فإن كان ما فهمناه من استنباط الأحكام من الآيات مخالفاً لقوله ﷺ أو فعله، فلنعلم أن ما فهمناه من القرآن غير صحيح، لأن النبي ﷺ إنما بعث ليبين القرآن بقوله وعمله.

ولهذا إذا نظرنا في قوله تعالى: ﴿وَالْأَرْضَ وَضَعَهَا لِلْأَنَامِ﴾ وقرأنا ما قبلها وما بعدها تبين لنا بكل جلاء أنها لا تدل على «إلغاء الملكية الفردية للأرض وإثبات الملكية الجماعية» وإنما المراد بيان نعم الله تعالى على عباده ومظاهر قدرته^(٢)؛ حيث جاء قبلها وبعدها ﴿الرَّحْمَنُ ﴿١﴾ عَلَّمَ الْقُرْآنَ ﴿٢﴾ خَلَقَ الْإِنْسَانَ ﴿٣﴾ عَلَّمَهُ الْبَيَانَ ﴿٤﴾ الشَّمْسُ وَالْقَمَرُ بِحُسْبَانٍ ﴿٥﴾ وَالنَّجْمُ وَالشَّجَرُ يَسْجُدَانِ ﴿٦﴾ وَالسَّمَاءَ رَفَعَهَا وَوَضَعَ الْمِيزَانَ ﴿٧﴾ أَلَّا تَطْغَوْا فِي الْمِيزَانِ ﴿٨﴾ وَأَقِيمُوا

(١) مسألة ملكية الأرض في الإسلام، ص ١٠ - ١١، الملكية في الشريعة الإسلامية للعبادي، ج ١، ص ٢٦٩.

(٢) مسألة ملكية الأرض في الإسلام، ص ٥ - ٧، الملكية في الشريعة الإسلامية للعبادي، ج ١، ص ٢٦٩. وقد وضع هذا المعنى وبينه وذكر الآيات القرآنية التي تدل عليه محمد الأمين الشنقيطي في تفسيره: أضواء البيان، ج ٧، ص ٧٣٨ - ٧٣٩.

الْوَزْنَ بِالْقِسْطِ وَلَا تُخْسِرُوا الْمِيزَانَ ﴿٩﴾ وَالْأَرْضَ وَضَعَهَا لِلْأَنَامِ ﴿١٠﴾ فِيهَا فَتَكْهَةٌ وَالتَّخَلُّ
ذَاتُ الْأَكْمَامِ ﴿١١﴾ وَالْحَبُّ ذُو الْعَصْفِ وَالرَّيْحَانُ ﴿١٢﴾ فَيَأْتِيءُ الْآءِ رَبِّكُمَا تُكَذِّبَانِ ﴿١﴾.

وأما قوله تعالى: ﴿إِنَّ الْأَرْضَ لِلَّهِ﴾؛ فإنه عند إكمال هذه الآية تؤدي معنى يغير ما يريدون منها، وهي: ﴿إِنَّ الْأَرْضَ لِلَّهِ يُورِثُهَا مَنْ يَشَاءُ مِنْ عِبَادِهِ﴾.

ثالثاً: أن الملكية الخاصة للأرض ثابتة في السنة في عدد من الأحاديث منها:

١ - ما روته عائشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «من أعمار أرضاً ليست لأحد فهو أحق بها»، قال عروة: «قضى به عمر في خلافته». أخرجه البخاري (٢).

٢ - وعن سعيد بن زيد قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «من أحيأ أرضاً ميتة فهي له، وليس لعرق ظالم حق». أخرجه أبو داود والترمذي (٣).

٣ - ما رواه جابر رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «من أحيأ أرضاً ميتة فهي له». أخرجه الترمذي وأحمد (٤).

٤ - عن رافع بن خديج أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «من زرع في أرض قوم بغير إذنه فليس له من الزرع شيء وله نفقته». أخرجه أبو داود وغيره (٥).

(١) سورة الرحمن، الآيات من ١ حتى ١٣.

(٢) صحيح البخاري، كتاب: الحرت والمزارعة، باب من أحيأ أرضاً مواتاً، ج ٣، ص ١٤٠، وأخرجه أحمد في «المسند» ج ٦، ص ١٢٠.

(٣) سنن أبي داود، كتاب الخراج والإمارة، باب: إحياء الموات حديث رقم ٣٠٧٣، وأخرجه الترمذي في سننه، كتاب الأحكام باب إحياء أرض الموات، حديث رقم ١٣٧٨. وقال: حسن غريب، وصححه الألباني في إرواء الغليل، ج ٥، ص ٣٥٣.

(٤) أخرجه الترمذي في سننه، ج ١، ص ٢٥٩، وأحمد في المسند، ج ٣، ص ٣٠٤، ٣٣٨، وقال الترمذي: «هذا حديث حسن صحيح».

(٥) سنن أبي داود، كتاب البيوع، باب زرع الأرض بغير إذن صاحبها الحديث رقم ٣٤٠٣ =

رابعًا: وأما الأحاديث التي ذكروا أنها تدل على أن الأرض لا تملك ملكًا خاصًا في الإسلام فهي - كما يفهم من سياقها - تدل دلالة ظاهرة على إقرار الإسلام للملكية الخاصة للأرض فهي مثبتة للملكية الشخصية، ولا يفهم منها إخراج الأرض من أيدي الأفراد وجعلها ملكية جماعية، فهي حجةٌ عليهم، وليست لهم^(١).

خامسًا: وأما ما قالوه من أنه لا يصح الاستدلال بالوقوع التاريخي في عهد رسول الله ﷺ، وعهد خلفائه في حكم الأراضي، لأن تلك بيئة خاصة قد لا توجد اليوم فيردّ عليه:

بأن هذا القول يصطدم مع الحقائق الثابتة من أن النبي ﷺ مبين للقرآن مطبق لأحكامه في المجتمع الإسلامي أمثل تطبيق؛ فلو كانت الملكية الفردية للأرض غير جائزة في الإسلام لما أقرها الرسول ﷺ وخلفاؤه من بعده^(٢)، وما يشرع لتلك البيئة يشرع لنا، لأن أحكام الإسلام صالحة لكل زمان ومكان.

ومما سبق يتضح بجلاء أن الإسلام يبيح الملكية الفردية للأرض وفق

=ج ٣، ص ٦٩٢، وأخرجه الترمذي في سننه كتاب الأحكام، باب فيمن زرع بأرض قوم بغير إذنهم، الحديث رقم ٣١٦٦، وقال: حسن غريب في ج ٣، ص ٦٤٨، وأخرجه ابن ماجه في «سننه» كتاب الرهن، باب من زرع في أرض قوم بغير إذنهم، الحديث رقم: ٢٤٦٦، ج ٢، ص ٨٧٢٤.

(١) مسألة ملكية الأرض في الإسلام ص ٢١، الملكية في الشريعة الإسلامية للعبادي، ج ١، ص ٢٧١، وقد أطال أبو الأعلى المودودي في ذكر الروايات التي وردت في كراء الأرض وفي المزارعة والرد على من استنبط من ذلك أن الشريعة الإسلامية لا تبيح الملكية الفردية للأرض. فراجع ذلك إن أردت في كتابه «مسألة ملكية الأرض في الإسلام» ص ٤٧ - ٨٦.

(٢) مسألة ملكية الأرض في الإسلام، ص ١٤ - ١٥، الملكية في الشريعة الإسلامية للعبادي، ج ١.

القواعد الشرعية المنظمة للملكية، وأن دعوى أن الأرض في الإسلام
جماعية دعوى غير صحيحة.

* * *

الفصل الثاني

أنواع العقار وأقسامه

يتنوع العقار بحسب استغلاله إلى أنواع، ومن تلك الأنواع: الأراضي الزراعية، والأراضي السكنية، والدور، والحانوت، والخان، وغير ذلك^(١).

وقد قسّم الفقهاء الأراضي تقسيمين اثنين باعتبارين مختلفين: التقسيم الأول: باعتبار أصل دخولها في حيازة الدولة الإسلامية.

التقسيم الثاني: باعتبار نوع ما يفرض عليها. وسأتناول كل قسم منهما في مبحث مستقل.

(١) بداية المجتهد، ج٢، ص٢٥٧، حاشية الدسوقي على الشرح

الكبير، ج٣، ص٤٧٩.



المبحث الأول

أقسام الأراضي

باعتبار أصل حيازتها

قسم الفقهاء الأراضي باعتبار دخولها في حيازة الدولة الإسلامية إلى خمسة أقسام هي:

- ١ - الأراضي التي أسلم أهلها عليها.
 - ٢ - الأراضي التي صولح عليها أهلها.
 - ٣ - الأراضي التي جلا عنها أهلها.
 - ٤ - الأراضي التي فتحت عنوة.
 - ٥ - الأراضي الموات.
- وسأفرد كل قسم من هذه الأقسام في مطلب خاص به.

المطلب الأول: الأراضي التي أسلم أهلها عليها:

اتفق الفقهاء على أن الأراضي التي أسلم أهلها عليها، هي ملك لأصحابها، لا يتعرض لهم فيها، يتوارثونها، ويتبايعونها، وفق أحكام الشريعة الإسلامية^(١).

وقد استدلووا على ذلك بأدلة منها:

الدليل الأول: قوله ﷺ: «إن القوم إذا أسلموا أحرزوا أموالهم ودماهم». أخرجه أبو داود^(٢).

الدليل الثاني: عن سليمان بن بريدة عن أبيه قال: قال رسول الله ﷺ: «لهم ما أسلموا عليه من أراضيهم، وورقهم، وماشيتهم، وليس عليهم فيه إلا الصدقة». أخرجه أحمد^(٣).

الدليل الثالث: الإجماع: قال ابن المنذر: «أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن كل أرض أسلم أهلها عليها قبل قهرهم عليها: أنها لهم، وأن أحكامهم أحكام المسلمين، وأن عليهم فيما زرعوها فيها الزكاة»^(٤). ومن الأراضي التي أسلم أهلها عليها: المدينة المنورة، واليمن، والبحرين، والطائف^(٥).

- (١) الخراج لأبي يوسف ص ١٣٧، مختصر القدوري، ج ٤، ص ١٣٨، النتف في الفتاوى، ج ١، ص ١٨٣، النور البادي في أحكام الأراضي، مخطوط ورقة رقم: ٢، الكافي في فقه أهل المدينة، ج ١، ص ٤٨٣، المغني، ج ٢، ص ٧١٦، الأموال لأبي عبيد، ص ٥٧، نزع ملكية العقار، ص ١٥٧، الملكية في الشريعة الإسلامية للعبادي، ج ١، ص ٢٧٣.
- (٢) سنن أبي داود، كتاب الإمارة، باب في إقطاع الأرضين، ج ٣، ص ٤٤٩، وأخرجه الدارمي في سننه، كتاب الزكاة، باب من أسلم على شيء، ج ١، ص ٣٩٥.
- (٣) مسند الإمام أحمد، ج ٥، ص ٣٥٧.
- (٤) المغني، ج ٢، ص ٧٢٥، تهذيب الكلام في أرض مصر والشام، مخطوط ص ٣١ (ص ١٠١ من المطبوع) وهو أيضًا في «الإجماع» لابن المنذر.
- (٥) الخراج لأبي يوسف، ص ١٣٧، الأموال لأبي عبيد، ص ٤٥٦.

المطلب الثاني: الأراضي التي صلح عليها أهلها:

تتحد ملكية الأرض في هذا النوع من الأراضي تبعاً لعقد الصلح، فهو:

إما أن يقع على أن تكون الأرض للمسلمين، على أن تبقى الأرض بأيدي من وُقِعَ معهم الصلح، يعملون فيها، ويستلغونها مقابل ما يدفعونه من خراج يفرض على هذه الأراضي.

وإما أن يقع الصلح على أن تكون الأرض لأصحابها، ولكنهم يلتزمون بدفع مبالغ من المال تفرض على أراضيهم.

ففي النوع الأول: تصير الأرض وقفاً على المسلمين، لا يجوز بيعها، ولا رهنها وهم أحق بهذه الأراضي ما أقاموا على صلحهم، ولا تنقل من أيديهم، سواء أقاموا على شركهم أم أسلموا، ويكون المضروب عليها أجرة للأرض، لا تسقط بإسلامهم.

وفي النوع الثاني: تكون الأرض ملكاً لهم، يجوز لهم بيعها، وما فرض عليها من خراج^(١)، فهو في حكم الجزية^(٢)، متى أسلم أصحابها، أو انتقلت إلى مسلم، سقط عنها الخراج، وأصبحت أرض عشر، وذلك لما روي عن العلاء بن الحضرمي رضي الله عنه قال: «بعثني رسول الله ﷺ إلى البحرين، أو إلى هجر^(٣)، فكنت آتي الحائط يكون بين الإخوة يسلم أحدهم، فأخذ من المسلم العشر، ومن المشرك الخراج». رواه ابن ماجد، وأحمد^(٤).

(١) الخراج: عبارة عما قرر على الأرض بدل الأجرة، قاله في المطلع على أبواب المقنع، ص ٢١٨.

(٢) الجزية: فعلة من الجزاء، وهو: المال الذي يعقد للكاتب عليه الذمة، وجمعها جزى، كلحية ولحي، قاله في المطلع على أبواب المقنع، ص ٢١٨.

(٣) الشك من الراوي كما جاء منصوصاً عليه في مسند أحمد، ج ٥، ص ٥٢.

(٤) سنن ابن ماجه، كتاب الزكاة، باب العشر والخراج، حديث رقم: ١٨٣١، ج ١، ص ٥٨٦، قال في الزوائد: إسناده ضعيف، وأخرجه أحمد في «المسند»، ج ٥، ص ٥٢.

فهذا في أحد هذين البلدين، لأنهما فتحا صلحاً^(١).

وبهذا قال جمهور الفقهاء: المالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤).

أما عند الحنفية: فالخراج المفروض لا يسقط بالإسلام، لأن ذلك مؤنة فيه معنى العقوبة، أو هو في مقام ثمن الأرض، وحينئذ يكون حكمه، حكم خراج أرض العنوة^(٥).

* * *

المطلب الثالث: الأراضي التي جلا عنها أهلها:

اختلف الفقهاء في حكم الأراضي التي جلا عنها^(٦) أهلها على قولين:

القول الأول: أن هذه الأراضي تصير وقفاً على المسلمين^(٧)، لأنه ليس

(١) المغني، ج ٢، ص ٧٢٥.

(٢) المدونة، ج ٢، ص ٢٦ - ٢٧، الكافي في فقه أهل المدينة، ج ١، ص ٤٨٣.

(٣) الأم، ج ٤، ص ١٨٢.

(٤) الأحكام السلطانية لأبي يعلى، ص ١٤٨، المغني، ج ٢، ص ٧١٦، ٧١٩، ٧٢٥، وينظر في مذهب الجمهور أيضاً: تهذيب الكلام في أرض مصر والشام مخطوط ص ١١ (ص ٧٢، ٧٣ من المطبوع)، آثار الحرب في الفقه الإسلامي، ص ٥٧٦، الملكية في الشريعة الإسلامية للعبادي، ص ٣٧٤، نزع ملكية العقار، ص ١٥٩، مصادر تملك الأرض بدون مقابل مالي في الشريعة الإسلامية، ص ١٠١.

(٥) النتف في الفتاوى، ج ١، ص ١٨٤، كشف الحقائق، ج ١، ص ٣٢٠، مجمع الأنهر، ج ١، ص ٦٦٢، واللباب في شرح الكتاب، ج ٤، ص ١٣٩، النصوص المرضية في تحقيق مذهب الحنفية في الأراضي المصرية، مخطوط ورقة: ٤، النور البادي في أحكام الأراضي. مخطوط ورقة: ٢، آثار الحرب في الفقه الإسلامي، ص ٥٧٨، الملكية في الشريعة الإسلامية للعبادي، ص ٢٧٥، نزع ملكية العقار، ص ١٦٠، مصادر تملك الأرض بدون مقابل مالي في الشريعة الإسلامية، ص ١٠٢.

(٦) جلا عنها: أي خرج عنها، يقال: جلا القوم عن منازلهم، وأجلوا، وجلوتهم عنها، وأجلتيمهم: أخرجتهم (المطلع على أبواب المقنع، ص ٢١٧).

(٧) اختلف الفقهاء القائلون بذلك، هل تصير وقفاً بمجرد الاستيلاء عليها، أو أنه لا بد من =

لها غانم معين، فحكمها حكم الفيء^(١)، ويضرب عليها خراجًا يكون أجرة لرقابها، يؤخذ ممن يعامل عليها من مسلم أو ذمي.

وبهذا قال: الحنفية^(٢)، والمالكية^(٣)، والشافعية^(٤)، ورواية عند الحنابلة، هي المذهب عندهم^(٥).

القول الثاني: أن الإمام مخير في هذه الأرض بين: قسمه لها على الغانمين، وبين وقفه إياها على المسلمين، لأنه قد نقل عن عمر رضي الله عنه ما يدل على أنه جعلها كأرض العنوة في التخيير.

وبهذا قال الحنابلة في رواية في المذهب^(٦).

= أن يقفها الإمام لفظًا، ينظر في ذلك: الأحكام السلطانية للمارودي، ص ١٣٧، مغني المحتاج، ج ٣، ص ٩٩، الأحكام السلطانية لأبي يعلى، ص ١٤٨، المغني، ج ٢، ص ٧١٩.

- (١) الفيء: هو ما حصل للمسلمين من أموال الكفار من غير حرب ولا جهاد. وأصل الفيء: الرجوع، يقال: فاء يفئ فئة وفيوءًا، كأنه كان في الأصل لهم فرجع إليهم، ومنه قيل للظل الذي يكون بعد الزوال: فيء، لأنه يرجع من جانب الغرب إلى جانب الشرق (النهاية في غريب الحديث والأثر باب الفاء مع الياء، ج ٣، ص ٤٨٢).
- (٢) فتح القدير، ج ٢، ص ٣٥٤، مجمع الأنهر، ج ١، ص ٦٧٨.
- (٣) بداية المجتهد، ج ١، ص ٤٠٢، حاشية الدسوقي، ج ٢، ص ١٨٩، ج ٤، ص ٦٨.
- (٤) الأحكام السلطانية للمارودي، ص ١٣٧، مغني المحتاج، ج ٣، ص ٩٣.
- (٥) الأحكام السلطانية لأبي يعلى، ص ١٤٨، المقنع، ج ١، ص ٥١١، المغني، ج ٢، ص ٧١٩، المحرر، ج ٢، ص ١٧٩، تهذيب الكلام في أرض مصر والشام، مخطوط ص ١١ (ص ٧٢ من المطبوع)، حاشية المقنع، ج ١، ص ٥١١.
- (٦) المقنع، ج ١، ص ٥١١، المغني، ج ٢، ص ٧١٩، المحرر، ج ٢، ص ١٧٩، تهذيب الكلام في أرض مصر والشام، مخطوط ص ١١ (ص ٧٢ من المطبوع)، الاستخراج لأحكام الخراج، ص ١٤.

المطلب الرابع: الأراضي التي فتحت عنوة:

اختلف الفقهاء في حكم الأراضي التي فتحت عنوة^(١) على أقوال:

القول الأول: أنها تقسم، كما تقسم الغنائم المنقولة إلا أن تطيب أنفس الغانمين بوقفها، فيقفها الإمام على مصالح المسلمين.

وبهذا قال: المالكية في قول لهم^(٢)، وهو قول الشافعية^(٣)، ورواية عند الحنابلة^(٤)، وبه قال: ابن حزم^(٥).

القول الثاني: أنها تصير وقفاً على المسلمين بمجرد الاستيلاء عليها من غير حاجة إلى صيغة وقف، ويضرب الإمام عليها خراجاً لرقابها، ولذلك لا يجوز التصرف فيها ببيع، أو غيره.

(١) العنوة: قال ابن الأثير في «النهاية في غريب الحديث والأثر»، ج ٣، ص ٣١٥، عنوة: أي قهراً وغلبة، وهو من عنا يعنو إذا ذل وخضع، والعنوة: المرة الواحدة منه، كأن المؤخذ بها يخضع ويذل.

وعند الفقهاء: هي ما أجلى عنها أهلها بالقوة (المدونة، ج ٢، ص ٢٦، الأم، ج ٤، ص ١٨١، الأحكام السلطانية للماوردي، ص ١٣٧، المقنع، ج ١، ص ٥٠٩، المغني، ج ٢، ص ٧١٦، المبدع، ج ٣، ص ٣٧٧، تهذيب الكلام في أرض مصر والشام، ص ٩ (ص ٦٩ من المطبوع).

(٢) قوانين الأحكام الشرعية، ص ١٩٧، حاشية الدسوقي، ج ٢، ص ١٨٩، الأموال لأبي عبيد، ص ٦١.

(٣) الأم، ج ٤، ص ١٨١، الأحكام السلطانية للماوردي، ص ١٣٧، روضة الطالبين، ج ١٠، ص ٢٧٥، المجموع، ج ٥، ص ٥٦٦، نهاية المحتاج، ج ٨، ص ٧٤.

(٤) الأحكام السلطانية لأبي يعلى، ص ١٤٦، المقنع، ج ١، ص ٥١١، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٤، ص ٣٢٧، المحرر، ج ٢، ص ١٧٨، المبدع، ج ٣، ص ٣٧٨، تهذيب الكلام في أرض مصر والشام، مخطوط ص ١٠ (ص ٧٠ من المطبوع).

(٥) المحلى، ج ٧، ص ٥٥٨، ٥٦١.

وبهذا قال: المالكية في المشهور عندهم^(١)، وهو رواية في مذهب الحنابلة^(٢).

القول الثالث: أن الإمام مخير فيها - تخيير مصلحة - بين قسمتها على الغانمين، وبين وقفها على جميع المسلمين.

وبهذا قال: المالكية في قولهم لهم^(٣)، وبه قال الحنابلة في المشهور عندهم^(٤)، واختار هذا القول أبو عبيد في كتابه «الأموال»^(٥).

القول الرابع: أن الإمام مخير فيها - تخيير مصلحة - بين قسمتها كما تقسم الغنائم، وبين إقرار أهلها عليها بالجزية على رؤوسهم، والخراج على أراضيهم، وتكون ملكاً لهم، يجوز لهم التصرف فيها بالبيع وغيره، وبين أن يصرفهم عنها ويأتي بقوم آخرين، يضرب عليهم الخراج والجزية إن كانوا كفاراً، والعشر إن كانوا مسلمين.

وبهذا قال الحنفية^(٦).

-
- (١) الكافي في فقه أهل المدينة، ج ١، ص ٤٨٢، قوانين الأحكام الشرعية، ص ١٦٧.
- (٢) الشرح الصغير للدردير، ج ١، ص ٧٦٢، الخرخشي على مختصر خليل، ج ٣، ص ١٢٨.
- (٣) الأحكام السلطانية لأبي يعلى، ص ١٤٧، المقنع، ج ١، ص ٥١٢، الكافي، ج ٤، ص ٣٢٨، المغني، ج ٢، ص ٧١٨، المحرر، ج ٢، ص ١٧٨، المبدع، ج ٣، ص ٣٧٨، تهذيب الكلام في أرض مصر والشام، مخطوط ص ١٠ (ص ٧٠ من المطبوع).
- (٤) المدونة، ج ٤، ص ٢٧، بداية المجتهد، ج ١، ص ٤٠١.
- (٥) الأحكام السلطانية، ص ١٤٧، المقنع، ج ١، ص ٥١١، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٤، ص ٣٢٨، المغني، ج ٢، ص ٧١٨، المحرر، ج ٢، ص ١٧٨، المبدع، ج ٣، ص ٣٧٨، تهذيب الكلام في أرض مصر والشام، مخطوط، ص ١٠ (ص ٦٩ من المطبوع).
- (٦) ص ٦٢.
- (٦) الخراج لأبي يوسف، ص ١٣٥ - ١٣٦، مختصر القدوري، ج ٤، ص ١٢٣، شرح معاني الآثار، ج ٣، ص ٢٤٧، بدائع الصنائع، ج ٧، ص ١١٨، النتف في الفتاوى، ج ١، ص ١٨٣، فتح القدير، ج ٤، ص ٣٠٣، كشف الحقائق، ج ١، ص ٣٠٩، مجمع الأنهر، =

الأدلة

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب القول الأول على ما ذهبوا إليه بالأدلة الآتية:
 الدليل الأول: قوله تعالى: ﴿وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِّن شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ
 وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسْكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ﴾...^(١).

وجه الاستدلال بالآية:

أن الله سبحانه وتعالى أضاف الغنائم إلى الغانمين إضافة الملك إلى مالكه؛ حيث قال «غنمتم»، وعمم ذلك بقوله «من شيء» فكان ذلك شاملاً لكل شيء، سواء أكان أرضاً أم متاعاً أم غير ذلك.

وإذا ثبت أن الأرض مغنومة وجب أن تخمس، كما تخمس سائر الغنائم^(٢).

ج=١، ص ٦٤٠، النصوص المرضية، مخطوط، ورقة رقم: ٢، النور البادي في أحكام الأراضي مخطوط، ورقة رقم: ٢.

ويبدو لي أن الحنابلة لهم قول يتفق في بعض جزئياته مع مذهب الحنفية؛ حيث قال في الإنصاف، ج ٤، ص ١٩٠ - ١٩١ ما نصه: «ما فتح عنوة... فيخير الإمام بين قسمتها كمنقول... ووقفها للمسلمين.. وقال القاضي في «المجرد» أو يملكها لأهلها أو غيرهم بخراج».

وقال الشيخ منصور البهوتي في «كشاف القناع» ج ٣، ص ٩٤ - ٩٥: «ما فتح عنوة... فيخير الأمام... بين قسمتها على الغانمين كمنقول... وبين وقفها للمسلمين.. وفي المحرر: أو يملكها لأهلها أو غيرهم بخراج».

(١) سورة الأنفال، آية: ٤١.

(٢) الأم، ج ٤، ص ١٨١، المهذب، ج ٢، ص ١٤٥، بداية المجتهد، ج ١، ص ٤٠١، المغني، ج ٢، ص ٧١٨، زاد المعاد، ج ٢، ص ٦٨، تهذيب الكلام مخطوط، ص ١٠ (ص ٧٠، ٧١ من المطبوع)، المحلى، ج ٧، ص ٥٦٠، أضواء البيان، ج ٢، ص ٣٦٨، آثار الحرب، ص ٥٥٩، الملكية في الشريعة الإسلامية لعبد السلام العبادي، ج ١، ص ٢٨٠، نظام استغلال الأراضي، ص ٥٣.

الدليل الثاني: قوله تعالى: ﴿ وَأَوْرَثَكُمْ أَرْضَهُمْ وَدِيَارَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ وَأَرْضًا لَّمْ تَطْعُوهَا وَكَانَ اللَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرًا ۝ ﴾^(١).

وجه الاستدلال بالآية:

أن الله سبحانه وتعالى قد سوى في هذه الآية بين الأرض وغيرها من الأموال، فلا يجوز أن يفرق بين حكم ما صار إلينا من أهل الحرب من مال أو أرض^(٢).

وإذا ثبت أنه لا فرق بين الأرض وسائر الأموال وجب قسمتها كما تقسم سائر الأموال.

الدليل الثالث: ما أخرجه البخاري عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال «افتتحنا خيبر ولم نغنم ذهباً ولا فضة، إنما غنمنا البقر والإبل والمتاع والحوائط»^(٣).

وجه الاستدلال بالحديث:

ما قاله ابن حزم في المحلى^(٤): «فصح أن الحوائط، وهي: الضياع، والبساتين: مغنومة كسائر المتاع فهي مخمسة بنص القرآن، والمخمس مقسوم بلا خلاف».

الدليل الرابع: ما أخرجه مسلم وأحمد عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «أيما قرية أتيتموها فأقمتم فيها فسهمكم فيها، وأيما قرية عصت الله ورسوله، فإن خمسها لله ورسوله ثم هي لكم»^(٥).

(١) الأحزاب آية: ٢٧.

(٢) المحلى، ج ٧، ص ٥٦٠.

(٣) صحيح البخاري، كتاب: المغازي، باب غزوة خيبر، ج ٥، ص ١٧٦.

(٤) المحلى، ج ٧، ص ٥٦٠.

(٥) الحديث أخرجه مسلم في «صحيحه» كتاب: الجهاد والسير، باب حكم الفيء، ج ١٢،

ص ٦٩، وأخرجه أحمد في «المسند» ج ٢، ص ٣١٧.

وجه الاستدلال بالحديث:

أن الرسول ﷺ قد صرح في هذا الحديث بأن الأرض المغنومة حكمها حكم سائر الأموال التي تغنم، وأن خمستها لأهل الخمس وأربعة أخماسها للغانمين^(١).

الدليل الخامس: ما أخرجه البيهقي عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «أَيُّمَا قَرْيَةٍ افْتَتَحَهَا اللَّهُ وَرَسُولُهُ فَهِيَ لِلَّهِ وَلِرَسُولِهِ، وَأَيُّمَا قَرْيَةٍ افْتَتَحَهَا الْمُسْلِمُونَ عَنُوةً، فَخَمْسُهَا لِلَّهِ وَلِرَسُولِهِ، وَبَقِيَّتُهَا لِمَنْ قَاتَلَ عَلَيْهَا»^(٢).

وجه الاستدلال بالحديث:

أن الحديث فيه تصريح بأن الأرض التي فتحت عنوة حكمها حكم سائر الأموال المغنومة خمستها لأهل الخمس وأربعة أخماسها للغانمين.

الدليل السادس: فعل النبي ﷺ في البلاد المفتوحة، فقد ثبت عنه رضي الله عنه أنه قسم خيبر بعد أن فتحت عنوة^(٣)، وقسم أرض بني قريظة، وبني النضير، فدلّ فعله رضي الله عنه على أن الأرض التي فتحت عنوة تقسم كسائر الأموال المغنومة^(٤).

(١) معالم السنن، ج ٣، ص ٣٦، شرح النووي على صحيح مسلم ج ١٢، ص ٦٩، المحلى، ج ٧، ص ٥٦٠.

(٢) سنن البيهقي، ج ٩، ص ١٣٩.

(٣) أخرجه البخاري عن زيد بن أسلم عن أبيه قال عمر رضي الله عنه: «لولا آخر المسلمين ما فتحت قرية إلا قسمتها بين أهلها كما قسم النبي ﷺ خيبر». صحيح البخاري مع فتح الباري، ج ٦، ص ٢٢٤.

(٤) بداية المجتهد، ج ١، ص ٤٠١، الأم، ج ٤، ص ١٨١، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٤، ص ٣٢٩، المغني، ج ٢، ص ٧١٨، المبدع، ج ٣، ص ٣٧٨، تهذيب الكلام في أرض مصر والشام، مخطوط ص ١٠ (ص ٧٠، ٧١ من المطبوع)، الأموال لأبي عبيد، ص ٥٨، المحلى، ج ٧، ص ٥٦٠، أضواء البيان، ج ٢، ص ٣٦٨.

وأما الحديث في ذلك: فقد أخرج مسلم في صحيحه عن ابن عمر أن يهود بني النضير وقريظة حاربوا رسول الله ﷺ فأجلى رسول الله ﷺ بني النضير وأقر قريظة ومنّ عليهم =

الدليل السابع: الأثر: فقد روي عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم أنهم كانوا يرون قسمة الأرض التي فتحت عنوة، وممن رأى ذلك من الصحابة الزبير بن العوام، وبلال وغيرهما^(١).

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب القول الثاني على أن الأرض المفتوحة عنوة تصير وقفاً بمجرد الاستيلاء عليها بالأدلة الآتية:

الدليل الأول: قوله تعالى:

﴿وَمَا آفَاءَ اللَّهِ عَلَى رَسُولِهِ مِنْهُمْ فَمَا أَوْجَفْتُمْ عَلَيْهِ مِنْ خَيْلٍ وَلَا رِكَابٍ وَلَكِنَّ اللَّهَ يُسَلِّطُ رَسُولَهُ عَلَىٰ مَنْ يَشَاءُ وَاللَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ ﴿٦﴾ مَا آفَاءَ اللَّهِ عَلَىٰ رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَىٰ فَلِلَّهِ وَالرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسْكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ كَيْ لَا يَكُونَ دُولَةً بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ مِنْكُمْ وَمَا إِلَيْكُمْ الرِّسَالُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ ﴿٧﴾ لِلْفُقَرَاءِ الْمُهَاجِرِينَ الَّذِينَ أُخْرِجُوا مِنْ دِيَارِهِمْ وَأَمْوَالُهُمْ يُبْتَغُونَ فِضْلًا مِنَ اللَّهِ وَرِضْوَانًا وَيَنْصُرُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ أُولَئِكَ هُمُ الصَّادِقُونَ ﴿٨﴾ وَالَّذِينَ تَبَوَّءُوا الدَّارَ وَالْإِيمَانَ مِنْ قَبْلِهِمْ يُحِبُّونَ مَنْ هَاجَرَ إِلَيْهِمْ وَلَا يَجِدُونَ فِي صُدُورِهِمْ حَاجَةً مِمَّا أُوتُوا وَيُؤْثِرُونَ عَلَىٰ أَنْفُسِهِمْ وَلَوْ كَانَ بِهِمْ خَصَاصَةٌ وَمَنْ يُوقِ شُحَّ نَفْسِهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ ﴿٩﴾ وَالَّذِينَ جَاءُوا مِنْ بَعْدِهِمْ يَقُولُونَ رَبَّنَا اغْفِرْ لَنَا وَلِإِخْوَانِنَا الَّذِينَ سَبَقُونَا بِالْإِيمَانِ وَلَا تَجْعَلْ فِي قُلُوبِنَا غِلًّا لِلَّذِينَ ءَامَنُوا رَبَّنَا إِنَّكَ رَءُوفٌ رَحِيمٌ ﴿١٠﴾﴾

=حتى حاربت قريظة بعد ذلك فقتل رجالهم وقسم نساءهم وأولادهم وأموالهم بين المسلمين..». الحديث في صحيح مسلم، كتاب الجهاد والسير، باب: إجلاء اليهود من الحجاز، ج ١٢، ص ٩١ (صحيح مسلم بشرح النووي).

(١) الأموال لأبي عبيد، ص ٥٩، المحلى، ج ٧، ص ٥٥٨.

(٢) سورة الحشر الآيات من ٦ حتى ١٠.

وجه الاستدلال بهذه الآيات :

أن قوله تعالى : ﴿ وَمَا آفَاءَ اللَّهِ عَلَى رَسُولِهِ مِنْهُمْ فَمَا أَوْجَفْتُمْ عَلَيْهِ مِنْ خَيْلٍ وَلَا رِكَابٍ وَلَكِنَّ اللَّهَ يُسَلِّطُ رَسُولَهُ عَلَى مَنْ يَشَاءُ وَاللَّهُ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ ﴾ قد دلَّ على أن هذه الأموال لم تحصلوا عليها بالقتال ولكن سلَّطكم الله على بني النضير وعلى ما في أيديهم وما دام أن هذه الأموال لم تؤخذ بالقتال والقوة فلا يجوز قسمتها قسمة الغنائم التي تؤخذ بالعنوة والقهر^(١).

وكان تمام الكلام : أن ما آفأه الله على رسوله من أموال بني النضير لا حق لكم فيها ، وقد حذف ذلك اختصاراً لدلالة السياق عليه^(٢).

يوضح ذلك : أن النبي ﷺ كان قد فتح أرض بني النضير صلحاً ، وأجلاهم وأخذ أموالهم فسأله بعض الصحابة أن يقسم لهم هذه الأموال ، فنزلت هذه الآية ، فقضت أن أموال بني النضير ونخلهم للرسول ﷺ خاصة يضعها حيث يشاء. فقد أخرج مسلم والبيهقي عن عمر رضي الله عنه قال : « كانت أموال بني النضير مما آفأه الله على رسوله ، مما لم يوجب عليه المسلمون بخيل ولا ركاب فكانت للنبي ﷺ خاصة فكان ينفق على أهله نفقة سنة ، وما بقي يجعله في الكراع^(٣) والسلاح عدة في سبيل الله^(٤) .

وبعد أن أوضحت الآية هذا المعنى جاء قوله تعالى : ﴿ مَا آفَاءَ اللَّهِ عَلَى رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَى فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ ﴾ .. الآية ليقرّر أن الفيء لله وللرسول ولذي

(١) تفسير القرطبي، ح ١٨ ، ص ١٠ - ١٢ ، تفسير ابن كثير، ج ٦ ، ص ٦٠١ - ٦٠٢ .

(٢) تفسير الطبري، ج ٢٨ ، ص ٣٥ - ٣٦ ، أحكام القرآن لابن العربي، ج ٤ ، ص ١٧٧٢ .

(٣) الكراع : الخيل ، وقوله في الحديث ينفق على أهله نفقة سنة : أي يعزل لهم نفقة سنة ولكنه ﷺ كان ينفق ذلك قبل انقضاء السنة في وجوه الخير حتى أنه ﷺ توفي ودرعه مرهونة على شعير استدانه لأهله. شرح صحيح مسلم للنووي، ج ١٢ ، ص ٧٠ .

(٤) الحديث أخرجه مسلم في صحيحه ، كتاب الجهاد والسير ، باب : الفيء ، ج ١٢ ، ص ٧ .

(صحيح مسلم بشرح النووي) ، وأخرجه البيهقي في «السنن الكبرى» ، ج ٦ ، ص ٣٤٧ .

القريب واليتامى والمساكين وابن السبيل من المهاجرين والأنصار الحاضرين والذين يجيئون من بعدهم.

وهذا الحكم الذي أوضحته هذه الآية يخالف الحكم الذي أوضحته الآية الأولى، واختلاف الحكم في الآيتين يقتضي أن المقصود بالفيء في الآية الأولى غير المقصود بالفيء في الآية الثانية، ولما كانت الآية الأولى قد بينت أن الفيء المذكور فيها هو: الذي لم يوجف عليه بخيل ولا ركاب، يكون الفيء في الآية الثانية هو: ما أوجف عليه بخيل وركاب وهو الغنيمة، فقد بيّنت الآية حكم الغنيمة وهو وجوب انتفاع المهاجرين والأنصار، ومن يأتي بعدهم بها، ولا يتأتى هذا الانتفاع إلا بوقفها على جماعة المسلمين^(١).

الدليل الثاني: عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ «منعت العراق درهمها وقفيزها^(٢)، ومنعت الشام مديها^(٣) ودينارها، ومنعت مصر إردبها^(٤) ودينارها..». الحديث أخرجه مسلم^(٥).

(١) تفسير الطبري، ج ٢٨، ص ٣٥، تفسير القرطبي، ج ١٨، ص ١٠، بداية المجتهد، ج ١، ص ٤٠١، الملكية في الشريعة الإسلامية للعبادي، ج ١، ص ٢٨٦ - ٢٨٧، نظام استغلال الأراضي، ص ٥٤.

(٢) القفيز: مكيال لأهل العراق. قال الأزهري: هو ثمانية مكاكيك، والمكوك: صاع ونصف. (شرح النووي على صحيح مسلم، ج ١٨، ص ٢٠).

(٣) المدي: بضم الميم على وزن قفل، هو مكيال لأهل الشام. قال العلماء يسع خمسة عشر مكوكًا. (شرح النووي على صحيح مسلم، ج ١٨، ص ٢٠).

(٤) الإردب: مكيال لأهل مصر. قال الأزهري وآخرون: يسع أربعة وعشرين صاعًا. (شرح النووي على صحيح مسلم، ج ١٨، ص ٢٠).

(٥) صحيح مسلم، كتاب الفتن، ص ٢٠. (صحيح مسلم بشرح النووي)، وأخرجه أحمد في «المسند»، ج ٢، ص ٢٦٢.

وجه الاستدلال بالحديث :

أن قوله «منعت العراق..» الخ: بمعنى ستمنع، وعبر بالماضي إيذاناً بتحقيق الوقوع، فدل ذلك على أنها لا تكون للغانمين، لأن ما ملكه الغانمون لا يكون فيه قفيز ولا درهم^(١).

الدليل الثالث: عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: «أما والذي نفسي بيده لولا أن أترك آخر الناس ببائناً^(٢) ليس لهم شيء، ما فتحت عليّ قرية إلا قسمتها، كما قسم النبي صلى الله عليه وسلم خيبر، ولكنني أتركها خزانة لهم يقتسمونها». أخرجه البخاري^(٣).

وفي لفظ عن عمر رضي الله عنه، أنه قال: «لولا آخر المسلمين، ما فتحت عليهم قرية إلا قسمتها، كما قسم النبي صلى الله عليه وسلم خيبر». أخرجه البخاري^(٤).

الدليل الرابع: ما ثبت عن عمر رضي الله عنه، أنه وقف الأراضي التي افتتحها، كالعراق، ومصر، بعد أن شاور الصحابة رضي الله عنهم في ذلك^(٥)، فرأى بعضهم القسمة، وانتهى بهم الرأي إلى عدم القسمة^(٦).

(١) أضواء البيان، ج ٢، ص ٣٧١.

(٢) البيان: المعدم الذي لا شيء له، والمعنى: أنه إذا قسم البلاد المفتوحة على الغانمين بقي من لم يحضر الغنيمة، ومن يجيء بعد من المسلمين بغير شيء منها، فلذلك تركها لتكون بينهم جميعهم.

«النهاية في غريب الحديث والأثر»، ج ١، ص ٩١، فتح الباري، ج ٧، ص ٤٩٠.

(٣) صحيح البخاري، كتاب المغازي، باب غزوة خيبر، ج ٥، ص ١٧٦.

(٤) صحيح البخاري، كتاب المغازي، باب غزوة خيبر، ج ٥، ص ١٧٦.

(٥) تنظر الآثار في مشاورة عمر رضي الله عنه في حكم الأراضي التي فتحها عنوة في: الخراج لأبي يوسف ص ٨٦ - ٨٧، الأموال لأبي عبيد، ص ٥٩ - ٦١، شرح معاني الآثار، ج ٣، ص ٢٥٠.

(٦) الخرشني على مختصر خليل، ج ٣، ص ١٢٨، المغني، ج ٢، ص ٧١٨، المبدع، ج ٣، ص ٣٧٨، آثار الحرب، ص ٥٦٢.

أدلة القول الثالث:

استدل أصحاب القول الثالث على تخيير الإمام بين قسمة الأرض على الغانمين، أو وقفها على جميع المسلمين بالأدلة التالية:

الدليل الأول: ما ثبت أن النبي ﷺ قد قسّم نصف أرض خيبر، وترك نصفها، وقسّم أرض قريظة، وترك قسمة مكة المكرمة، فدل قسمة تارة، وتركه القسم تارة أخرى على التخيير^(١).

فعن بشير بن يسار عن رجال من أصحاب النبي ﷺ أدركهم يذكرون «أن رسول الله ﷺ حين ظهر على خيبر قسمها على ستة وثلاثين سهمًا جمع كل سهم مائة سهم، فجعل نصف ذلك كله للمسلمين، فكان في ذلك النصف سهام المسلمين، وسهم رسول الله ﷺ معها، وجعل النصف الآخر لمن ينزل به من الوفود والأمور ونوائب الناس». رواه أبو داود^(٢).

وعن ابن عمر رضي الله عنهما: «أن يهود بني النضير وقريظة حاربوا رسول الله ﷺ فأجلى رسول الله ﷺ بني النضير وأقر قريظة ومنّ عليهم حتى حاربت قريظة بعد ذلك فقتل رجالهم، وقسّم نساءهم وأولادهم وأموالهم بين المسلمين...». الحديث أخرجه مسلم^(٣).

الدليل الثاني: ما فعله عمر رضي الله عنه في البلاد التي افتتحتها، فإنه رضي الله عنه، لما رأى ما يدل على جواز قسمتها ووقفها من فعل رسول الله ﷺ نظر إلى ما فيه مصلحة المسلمين من الأمرين، فرأى المصلحة في عدم قسمتها^(٤).

(١) زاد المعاد، ج ٢، ص ٦٩، أضواء البيان، ج ٢، ص ٣٦٨.

(٢) سنن أبي داود، كتاب: الخراج والإمارة والفيء، باب: ما جاء في حكم أرض خيبر، ج ٣، ص ٤١٢.

(٣) صحيح مسلم، كتاب الجهاد والسير، باب إجلاء اليهود من الحجاز، ج ١٢، ص ٩١. (صحيح مسلم بشرح النووي).

(٤) المغني، ج ٢، ص ٧١٨، نظام استغلال الأراضي، ص ٥٥.

أدلة القول الرابع :

يتفق أصحاب القول الرابع مع أصحاب القول الثالث في أن الإمام مخير في أرض العنوة، ولكن أصحاب القول الرابع جعلوا التخيير بين القسمة وتركها بأيدي أهلها ملكاً لهم دون الوقف.

ولهذا فقد استدلوا على القسمة بأدلة القول الثالث. وأما على تملك الأرض لأصحابها فقد استدلوا عليه بما يلي :

الدليل الأول: عن عمر رضي الله عنه قال: «لولا أن يكون الناس بياناً ليس لهم شيء، ما فتح الله عليّ قرية إلا قسمتها كما قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر». أخرجه البخاري.

وعن ابن عباس رضي الله عنهما قال: «أعطى رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر بالشرط، ثم أرسل ابن رواحة فقا سمهم».

وعن جابر رضي الله عنه قال: «أفأء الله خيبر فأقرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم، كما كانوا وجعلها بينه وبينهم، فبعث عبدالله بن رواحة فخرصها عليهم».

قال الطحاوي - بعد ذكر هذه الأخبار وما في معناها - :

«ثبت بما ذكرنا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يمكن قسم خيبر بكمالها، ولكنه قسم طائفة منها، على ما احتج به عمر في الحديث الأول، وترك طائفة منها فلم يقسمها على ما روى عن ابن عباس.. وجابر رضي الله عنه في هذه الآثار الأخرى... فعلمنا بذلك أنه قسم، وله أن يقسم، وترك، وله أن يترك»^(١).

الدليل الثاني: أن مكة المكرمة قد فتحت عنوة، وقد أقر الرسول صلى الله عليه وسلم أهلها على أملاكهم، فدل ذلك على أن الإمام له الحق في ترك أرض العنوة ملكاً لأصحابها.

(١) شرح معاني الآثار، ج ٣، ص ٢٤٦.

قال أبو بكر الجصاص مستدلاً لقول الحنفية - بعد ذكره فعل عمر في الأراضي التي افتتحها، واحتججه بآيات الفيء وذكر حديث تقسيم خيبر - ما نصه:

«ويدل عليه أن النبي ﷺ فتح مكة عنوة ومنّ على أهلها فأقرهم على أملاكهم، فقد حصل بدلالة الآية، وإجماع السلف والستّة، تخيير الإمام في قسمة الأرضين، أو تركها لأهلها، ووضع الخراج عليها»^(١).

الدليل الثالث: ما فعله عمر رضي الله عنه، في الأراضي التي فتحت في عهده، فقد أبقاها في أيدي أهلها، وفرض الخراج عليها^(٢).

«فلما افتتح السواد شاور عمر الناس فيه، فرأى عامتهم أن يقسمه، وكان بلال بن رباح من أشدهم في ذلك، وكان رأي عبد الرحمن بن عوف أن يقسم، وكان رأي عثمان وعلي وطلحة رأي عمر، وكان رأي عمر أن يتركه ولا يقسمه حتى قال عند إلحاحهم عليه في قسمته: اللهم اكفني بلالاً، وأصحابه»^(٣).

فمكثوا بذلك أياماً حتى قال لهم عمر: قد وجدت حجة في تركه ولا أقسمه، قول الله: للفقراء والمهاجرين، فتلا عليهم حتى بلغ إلى: ﴿وَالَّذِينَ جَاءُوا مِنْ بَعْدِهِمْ﴾، فقال: كيف أقسمه لكم وأدع من يأتي بغير قسم؟! فأجمع

(١) أحكام القرآن للجصاص، ج ٣، ص ٤٣١.

(٢) شرح معاني الآثار، ج ٣، ص ٢٤٧، أحكام القرآن للجصاص، ج ٣، ص ٤٣١.

(٣) لا تظن أن عمر رضي الله عنه دعا على بلال وأصحابه بالموت، كيف وهو الذي يقول في شأن بلال: «أبو بكر سيدنا أعتق سيدنا» يعني بلالاً، ولكنه أراد بذلك أن يكفيه الله خصومتهم معه. (تحقيق وتعليق محمد خليل هراس لكتاب الأموال لأبي عبيد، حاشية رقم: ٢،

على تركه، وجمع خراجه وإقراره في أيدي أهله، ووضع الخراج على أرضهم والجزية على رؤوسهم»^(١).

مناقشة الأدلة

مناقشة أدلة القول الأول:

مناقشة الدليل الأول:

نوقش استدلالهم بالعموم الوارد في آية الغنيمة بأن: الأرض لا تدخل في الغنائم الواردة في الآية، بل المقصود بالغنائم فيها: الحيوان والمنقول خاصة، لأن الله تبارك وتعالى لم يحلّ الغنائم للأمم السابقة، بدليل قوله ﷺ في الحديث المتفق عليه^(٢): «أعطيت خمسا لم يعطهن أحد قبلي، نصرت بالرعب مسيرة شهر، وجعلت لي الأرض مسجداً وطهوراً، فأیما رجل من أمتي أدركته الصلاة فليصل، وأحلت لي الغنائم ولم تحل لأحد قبلي، وأعطيت الشفاعة، وكان النبي يبعث إلى قومه خاصة، وبعثت إلى الناس عامة».

ومن الثابت أن الله سبحانه وتعالى قد أحلّ ديار الكفار وأرضهم للرسول وأتباعهم في الماضي كما قال تعالى: ﴿وَإِذْ قَالَ مُوسَى لِقَوْمِهِ يَنْقُورُ أَذْكَرُوا نِعْمَةَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ إِذْ جَعَلَ فِيكُمْ أَنْبِيَاءَ وَجَعَلَكُمْ مُلُوكًا وَآتَاكُمْ مَا لَمْ يُؤْتِ أَحَدًا مِنَ الْعَالَمِينَ ﴿٢١﴾ يَنْقُورُ أَدْخَلُوا الْأَرْضَ الْمُقَدَّسَةَ الَّتِي كَتَبَ اللَّهُ لَكُمْ وَلَا تَرْدُوا عَلَى آذَانِكُمْ فَانْقَلِبُوا خَاسِرِينَ ﴿٣﴾

(١) الخراج لأبي يوسف ص ٨٦ - ٨٧، وتنظر الآثار الواردة في عدم قسمة الأراضي التي فتحها عمر رضي الله عنه في كتاب: الأموال لأبي عبيد، ص ٦٠ - ٦٢.

(٢) صحيح البخاري، كتاب التيمم، الباب الأول، ج ١، ص ٩١، وصحيح مسلم، كتاب المساجد ومواضع الصلاة، ج ٥، ص ٣ (صحيح مسلم بشرح النووي).

(٣) سورة المائدة، الآيتان: ٢٠، ٢١.

وقال سبحانه في ديار فرعون وقومه وأرضهم: ﴿كَذَلِكَ وَأَوْرَثْنَاهَا بَنِي إِسْرَائِيلَ﴾^(١)، فعلم أن الأرض لا تدخل في الغنائم^(٢).

مناقشة الدليل الثاني:

نوقش استدلالهم بقوله تعالى: ﴿وَأَوْرَثَكُمْ أَرْضَهُمْ وَدِيَارَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ﴾؛ حيث قد دلت الآية على تقسيم الأرض كغيرها من الأموال بأن: الآية قد بينت ما فعله ﷺ في أرض بني قريظة من قسمته لأرضهم، وهذا لا يقدر في أن الإمام مخير في أراضي العنوة، لأنه ﷺ كان مخيراً، فاختر القسمة، فليس القسمة واجباً^(٣).

مناقشة الدليل الثالث:

نوقش الاستدلال بحديث خبير، وأنها غنيمة فتقسم كسائر الغنائم بما يلي:

١ - ما قاله الطحاوي رحمه الله حيث قال:

«هذا حديث لم يفسر لنا فيه كل الذي كان من رسول الله ﷺ في خبير، وقد جاء غيره فبين لنا ما كان من رسول الله ﷺ فيها.. ثم أخرج بسنده عن سهل بن أبي حثمة قال: «قسم رسول الله ﷺ خبير نصفين، نصفاً لنوائبه وحاجته، ونصفاً بين المسلمين، فقسمها بينهم على ثمانية عشر سهماً، ثم قال الطحاوي: «ففي هذا الحديث بيان ما كان من رسول الله ﷺ في خبير، وأنه أوقف نصفها لنوائبه، وقسم نصفها بين من شهدها من المسلمين»^(٤).

وقد رد ابن حجر هذا:

بأن النصف المقسوم من خبير: مأخوذ عنوة، والنصف الذي لم يقسم منها: مأخوذ صلحاً حيث قال:

(١) سورة الشعراء، آية: ٥٩.

(٢) زاد المعاد، ج ٢، ص ٦٩.

(٣) المغني، ج ٢، ص ٧١٨، أضواء البيان، ج ٢، ص ٣٦٨.

(٤) شرح معاني الآثار، ج ٣، ص ٢٥٠ - ٢٥١.

«والمراد بالذي عزله ما افتتح صلحًا، وبالذي قسمه ما افتتح عنوة»^(١).
 ٢ - أن فتح أرض خيبر عنوة وقسمتها لا يلزم منه قسمة كل أرض فتحت
 عنوة بدليل أن أرض مكة قد فتحت عنوة ولم تقسم^(٢).
 وقد أجيب عن هذه المناقشة بأن:

الثابت في فتح مكة كان صلحًا لا عنوة^(٣)، لما جاء في صحيح
 مسلم^(٤)، أن النبي ﷺ قال: «من دخل دار أبي سفيان فهو آمن، ومن ألقى
 السلاح فهو آمن، ومن أغلق بابه فهو آمن».
 وقد ردّ على هذه الإجابة بأن:

دعوى فتح مكة صلحًا غير مسلم، لأن التحقيق أنها فتحت عنوة،
 ولذلك أدلة صحيحة واضحة^(٥).

مناقشة الدليلين الرابع والخامس:

وأما حديث: «.. وأيما قرية عصت الله ورسوله فإن خمسها لله ورسوله
 ثم هي لكم».
 وحديث: «.. وأيما قرية افتتحها المسلمون عنوة فخمسها لله ورسوله
 وبقيتها لمن قاتل عليها» فهما وإن كان فيهما النص على القسمة، لكن يمكن
 أن يجاب عنهما بما يلي:

(١) فتح الباري، ج ٦، ص ٢٢٥.

(٢) زاد المعاد، ج ٢، ص ٦٩، أضواء البيان، ج ٢، ص ٣٧٣.

(٣) روضة الطالبين، ج ١٠، ص ٢٧٥، نهاية المحتاج، ج ٨، ص ٧٤، أضواء البيان، ج ٢،
 ص ٣٧٣.

(٤) صحيح مسلم، كتاب الجهاد والسير، باب: فتح مكة، ج ١٢، ص ١٣٣ (صحيح مسلم
 بشرح النووي).

(٥) يراجع في ذلك زاد المعاد، ج ٢، ص ٦٩ - ٧٠، أضواء البيان، ج ٢، ص ٣٧٣ - ٣٧٦،
 فقد أورد عددًا كثيرًا من الأدلة على أن مكة فتحت عنوة.

١ - أن هذا يدل على مشروعية القسمة، وورد عنه عليه السلام أنه لم يقسم، والجمع بين ما يدل على القسمة، وما يدل على ترك القسمة، أن يقال: بتخير الإمام في ذلك، وبذلك يجمع بين الأدلة.

٢ - أنه نقل الإجماع عن الصحابة عليهم السلام على ترك القسمة غير واحد من العلماء^(١)، فدل ذلك على أن للإمام الخيار في قسمة الأراضي المفتوحة عنوة، وترك قسمتها؛ إذ لو كانت القسمة متعينة لما جاز الإجماع على تركها.

مناقشة الدليل السادس :

وأما ما استدلوا به من قسمة النبي صلى الله عليه وآله وسلم للأراضي التي افتتحها فيناقش بما يلي :

أن قسمته لبعض الأراضي التي افتتحها لا تدل على وجوب القسمة لأمرين :

(١) قال أبو بكر الجصاص بعد ذكره احتجاج عمر على ترك القسمة ما نصه : «فلما استقر عنده حكم دلالة الآية، وموافقة كل الصحابة على إقرار أهلها عليها ووضع الخراج بعث عثمان بن ضيف وحذيفة بن اليمان فمسحا الأرضين، ووضع الخراج.. ثم قال بعد ذلك فقد حصل بدلالة الآية، وإجماع السلف والسنة: تخيير الإمام في قسمة الأرضين أو تركها ملكاً لأهلها ووضع الخراج عليها. (أحكام القرآن للجصاص، ج ٣، ص ٤٣٠ - ٤٣١).

وقال الكاساني في بدائع الصنائع، ج ٧، ص ١١٩، محتجاً للحنفية وراداً على الشافعية في قولهم بوجوب القسمة ما نصه: «ولنا: إجماع الصحابة عليهم السلام فإن سيدنا عمر رضي الله عنه: لما فتح سواد العراق ترك الأراضي في أيديهم وضرب على رؤوسهم الجزية، وعلى أراضيهم الخراج بمحض من الصحابة الكرام عليهم السلام، ولم ينقل أنه أنكر عليه منكر فكان ذلك إجماعاً منهم».

وقال ابن قدامة في المغني - في أثناء بيان الروايات عن الإمام أحمد - ما نصه : «والثانية: أنها تصير وفقاً بنفس الاستيلاء عليها لاتفاق الصحابة عليه».

أولهما: أن النبي ﷺ كان مخيراً بين القسمة وتركها فاختار القسمة، لا أن ذلك كان واجباً عليه.

وثانيهما: أنه ثبت عن النبي ﷺ أنه لم يقسم مكة مع أنها فتحت عنوة، ولو كانت القسمة واجبة ما تركها ﷺ، وأيضاً فإن خير قسم بعضها، ولم يقسم بعضها الآخر.

مناقشة الدليل السابع:

وأما استدلالهم بأن بعض الصحابة كانوا يرون قسمة الأراضي التي فتحت عنوة، فيناقش بأنه:

استقر رأي الصحابة على جواز ترك القسمة، عندما استشارهم عمر رضي الله عنه في ذلك، فلما استشارهم عمر وقال: «قد وجدت حجة في تركه»، ولم ينقل معارضتهم بعد ذلك، فدلّ على أنهم قد رجعوا إلى رأي عمر رضي الله عنه.

مناقشة أدلة القول الثاني:

مناقشة الدليل الأول:

نوقش استدلالهم بآيات الفبيء، وأنها تدل على وجوب انتفاع المهاجرين والأنصار، ومن يجيء بعدهم بالغنيمة، ولا يمكن حصول ذلك إلا بوقفها على جماعة المسلمين: نوقش من وجهين:

الوجه الأول: أن هذا الاستدلال مبني على أن المقصود بالفبيء الغنيمة، وهذا خلاف المشهور عند العلماء، فإن الفبيء غير الغنيمة.

إذ الفبيء: ما أخذ من أهل الحرب بدون قتال.

والغنيمة: ما أخذ منهم بقتال^(١).

(١) بدائع الصنائع، ج٧، ص١١٦، بداية المجتهد، ج١، ص٤٠٢، الكافي في فقه أهل =

الوجه الثاني: أنه على فرض التسليم بإفادة هذه الآيات وجوب وقف الأرض على مصالح المسلمين، فهي معارضة بفعل النبي ﷺ في الأراضي المفتوحة عنوة، فتارة قسمها كما فعل في أراضي بني قريظة، وتارة وقف نصفها كما فعل في أراضي خيبر، وتارة منَّ بها على أهلها، كما فعل في أراضي مكة، ودفع هذا التعارض بين الأدلة ممكن، وذلك بالقول: إن الإمام مخير في الأراضي المفتوحة عنوة^(١)، فيكون قسمه وعدمه لكونه مخيراً في ذلك، فاختر في كل قضية ما يناسبها.

مناقشة الدليل الثاني:

وأما استدلالهم بحديث «منعت العراق درهمها وقفيزها...».

فقد ناقشه ابن حزم بأنه: إنذار منه عليه السلام بسوء العاقبة في آخر الأمر، وأن المسلمين سيمنعون حقوقهم في هذه البلاد، وكذلك وقع^(٢).

مناقشة الدليلين الثالث والرابع:

وأما ما ثبت عن عمر رضي الله عنه في الأراضي التي فتحت في عهده عنوة، وأنه لم يقسمها؛ فقد نوقش من وجهين:

الوجه الأول: أن عمر رضي الله عنه لم يقف الأراضي التي فتحها عنوة إلا بعد

=المدينة، ج ١، ص ٤٧٧، الأحكام السلطانية للماوردي، ص ١٢٦، المهذب، ج ٢، ص ٢٤٥، ٢٤٨، روضة الطالبين، ج ١٠، ص ٢٥٩، مغني المحتاج، ج ٣، ص ٩٢، نهاية المحتاج، ج ٦، ص ١٣٣، ١٤١، إعانة الطالبين، ج ٢، ص ٢٠٢، الأحكام السلطانية لأبي يعلى، ص ١٣٦، المقنع، ج ١، ص ٤٩٩، ٥١٤، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٤، ص ٢٩٦، ٣١٨، المبدع، ج ٣، ص ٣٥٤، ٣٨٤، أضواء البيان، ج ٢، ص ٣٧٢، الملكية في الشريعة الإسلامية للعبادي، ج ١، ص ٢٨٧.

(١) أضواء البيان، ج ٢، ص ٣٧٢، نظام استغلال الأراضي، ص ٥٥.

(٢) المحلى، ج ٧، ص ٥٥٩.

استطابة أنفس الفاتحين^(١)، بدليل أنه رضي الله عنه قد أعطى جريراً البجلي عوضاً من سهمه، وأعطى أم كرز البجلية عوضاً عن سهم أبيها^(٢).

وقد أجيب عن هذا الوجه بأجوبة:

أولها: ما قاله أبو عبيد بعد إيراده لفعل عمر مع جرير البجلي؛ حيث قال: «وإنما وجه هذا عندي: أن عمر كان نفل جريراً وقومه ذلك نفلاً قبل القتال وقبل خروجه إلى العراق، فأمضى له نفله، وكذلك يحدثه عنه الشعبي...» - فذكر الأثر ثم قال: - «فترى أن عمر إنما خص جريراً أو قومه بما أعطاهم للنفل المتقدم الذي جعله لهم، ولو لم يكن نفلاً ما خصه وقومه بالقسمة دون الناس، ألا تراه لم يقسم لأحد سواهم؟ وإنما استطاب أنفسهم خاصة، لأنهم قد كانوا أحرزوا ذلك وملكوه بالنفل»^(٣).

الثاني: ما قاله ابن رجب من أنه يمكن الإجابة عن حديث جرير بجواب آخر غير ما ذكره أبو عبيد، وهو: «أنا نسلم أن جريراً وقومه من بجيله قسم لهم عمر رضي الله عنه ربع السواد لكونهم ربع المقاتلة، فإن الإمام يجوز له أن يقسم الأرض بين الغانمين وأن لا يقسم كما سبق تقريره، فلما قسّم لهم عمر رضي الله عنه ذلك ملكوه بالقسمة... ثم رأى عمر رضي الله عنه أن ترك السواد كله فيئاً أصلح للمسلمين فاحتاج إلى استرضائهم، وتعويض من لم يرض بترك حقه مما ملكه بغير عوض، وهذا واضح لا إشكال فيه على قول من يرى أن الإمام مخير بين القسمة وتركها...»^(٤).

(١) الأم، ج ٤، ص ١٨١، المحلى، ج ٧، ص ٥٦١.

(٢) أخرج ذلك: أبو عبيد في كتابه «الأموال»، ص ٦٣، وابن حزم في كتابه «المحلى»، ج ٧، ص ٥٦١.

(٣) الأم، ص ٦٣ - ٦٤.

(٤) الاستخراج لأحكام الخراج، ص ٢٩.

الثالث: ما أجاب به بعض الحنابلة، منهم أبو بكر عبد العزيز: «أن عمر رضي الله عنه كان أقطعهم ذلك إقطاعاً ثم رجع فيه، وإنما عوضهم لأن الإقطاع تملك، وقد نقل حنبل عن أحمد أن عمر رضي الله عنه كان أقطع بجيلة من السواد ثم رجع»^(١).

وبهذا يظهر أن دعوى أن عمر لم يقف السواد إلا بعد استطابة أنفس الفاتحين هي دعوى محل نظر.

الوجه الثاني: أن عدم قسمة الأراضي التي فتحت عنوة في عهد عمر رضي الله عنه لا يدل على وجوب وقفها، كما فهمه المالكية، ومن وافقهم، وإنما ذلك، لأنه كان مخيراً بين القسمة وتركها فاختر عدم القسمة^(٢).

مناقشة أدلة القول الثالث:

مناقشة الدليل الأول:

قد يناقش استدلالهم بقسمة النبي ﷺ أراضي بني قريظة، وقسمته نصف خيبر، وترك نصفها، وترك قسمة مكة المكرمة، وأن ذلك يدل على التخيير بأن قسمته أراضي بني قريظة يدل على وجوب القسمة، كما يقول به أصحاب القول الأول.

وأما خيبر فإنه قد وردت بعض الروايات تدل على أن النبي ﷺ قسمها جميعاً، ووردت روايات أخرى أنه قسم نصفها، وترك نصفها الآخر، ووردت روايات على أن بعضها فتح صلحاً وبعضها فتح عنوة، وذلك يقدر في الاحتجاج بها على تخيير الإمام^(٣).

(١) الاستخراج لأحكام الخراج، ص ٢٩.

(٢) الأموال لأبي عبيد، ص ٦٥، المغني، ج ٢، ص ٧١٨، الاستخراج لأحكام الخراج، ص ١٥، أضواء البيان، ج ٢، ص ٣٧٢.

(٣) أضواء البيان، ج ٢، ص ٣٧٠، ويراجع فتح خيبر في: صحيح مسلم بشرح النووي، =

وأما مكة المكرمة فإنه لا يجوز قياس غيرها عليها، لأن لها حكمًا خاصًا^(١).

مناقشة الدليل الثاني:

وأما استدلالهم بفعل عمر رضي الله عنه في الأراضي التي افتتحها عنوة ولم يقسمها فقد ناقشه ابن حزم بأن الثابت عن عمر في الصحيح أنه قال: «لولا آخر المسلمين ما افتتحت قرية إلا قسمتها، كما قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم خير». قال ابن حزم رحمته الله:

«وهذا أعظم حجة عليهم لوجوه:

أولها: إقرار عمر رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قسم خير.

والثاني: أنه قد أخبر رضي الله عنه، أنه إنما فعل ذلك نظرًا لآخر المسلمين، والذي لا شك فيه، هو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان أنظر لأول المسلمين ولآخرهم من عمر فما رأى هذا، بل أبقى لآخر المسلمين ما أبقى لأولهم: الجهاد في سبيل الله، فإما الغنيمة، وإما الشهادة، وأبقى لهم موارث موتاهم، والتجارة، والماشية، والحرث.

والثالث: أنه قد خالف عمر: الزبير، وليس بعضهم أحق بالاتباع من بعض..»^(٢).

ثم قال ابن حزم: «وقد روينا عن عمر أنه قال: «إن عشت إلى قابل لا

=ج١٢، ص١٦٤، معالم السنن، ج٣، ص٣٠، شرح معاني الآثار، ج٣، ص٢٤٦، جامع الأصول، ج٨، ص٣٤٣، فتح الباري، ج٧، ص٤٧٧.

(١) أوضح ذلك أبو عبيد إيضاحًا تامًا، وأورد النصوص الدالة عليه في كتابه الأموال، ص٦٦ - ٦٩، وانظر أيضًا: زاد المعاد، ج٢، ص١٧٤.

(٢) المحلي، ج٧، ص٥٨٨ - ٥٥٩.

تفتح قرية إلا قسمتها، كما قسم رسول الله ﷺ خيبر» فهذا رجوع من عمر إلى القسمة»^(١).

الإجابة عن هذه المناقشة:

يجاب عن هذه المناقشة بأن قول عمر: «لولا آخر المسلمين... إلخ» فيه دلالة ظاهرة على أن عمر ﷺ لم يُقسّم، مع علمه أن النبي ﷺ قد قسّم خيبر، ولو كانت القسمة واجبة، لما تركها عمر ﷺ مع علمه بفعل الرسول ﷺ، فدلّ تركه لها مع علمه بها على أن الأمر في الأراضي المفتوحة عنوة متروك للإمام، يختار ما فيه مصلحة للمسلمين^(٢).

وأما ما ذكره من مخالفة الزبير لعمر في ذلك فقد أجاب عنه ابن رجب بقوله:

«وأما ما روي عن الزبير ﷺ من طلب قسمة أرض مصر، وعن بلال ﷺ من طلب قسمة أرض الشام، فذاك إنما يدل على جواز قسمته، لا على أنه لا يجوز غير ذلك، ولهذا لما أبى عمر ﷺ عليهم القسمة لم ينكروا عليه، ولا قال أحد منهم إن ذلك غير جائز»^(٣).

وأما ما أورده ابن حزم من أن عمر ﷺ قال: «إن عشت إلى قابل لا تفتح قرية إلا قسمتها... إلخ»، فقد يجاب عنه بأن عمر ﷺ قد رأى أن المصلحة في القسمة بعد ذلك، وأراد أن يُبين للأمة أن تركه للقسمة لا يدل على أنها غير جائزة أصلاً، وإنما الأمر في ذلك يعود إلى تحقيق المصلحة، وأن على الإمام أن يختار ما فيه مصلحة لعامة المسلمين.

(١) المحلى، ج ٧، ص ٥٦١.

(٢) الأموال لأبي عبيد، ص ٦٤ - ٦٥، المغني، ج ٢، ص ٧١٨.

(٣) الاستخراج لأحكام الخراج، ص ١٥.

مناقشة أدلة القول الرابع:

مناقشة الدليل الأول:

نوقش - استدلال الحنفية بقضية خيبر وأنه عليه السلام قَسَمَ نصفها، وترك نصفها الآخر - بأن:

النصف الذي لم يقسمه من خيبر كان وقفًا، بدليل أن الرسول ﷺ قد عامل أهله الأصليين عليه^(١)، وهذا يقتضي ألا يكونوا مالكين له، إذ كيف يعامل الإنسان على ملك نفسه؟ وهو قد قال لهم: نُفِرْكم عليها ما شئنا^(٢)، ولو كانت ملكًا لما علق ذلك بالمشيئة، ولكان إجلاء عمر لهم^(٣) فيما بعد اغتصابًا لا يجوز، لأنهم أهل ذمة لا تحل أموالهم^(٤).

مناقشة الدليل الثاني:

نوقش - استدلالهم بفعل النبي ﷺ في أرض مكة المكرمة، وأنه تركها لأهلها ملكًا لهم - بأن:

مكة المكرمة لها حكم خاص، فلا يقاس غيرها من الأراضي عليها.
قال ابن القيم رحمه الله:

«وأما مكة فإن فيها شيئًا آخر يمنع من قسمتها، ولوجبت قسمة ما عداها من القرى، وهي: أنها لا تملك، فإنها دار النسك ومتعبد الخلق، وحرَم

(١) أخرج ذلك: البخاري ومسلم: صحيح البخاري، ج ٣، ص ١٣٨. صحيح مسلم، ج ١٠، ص ٢١٠ (بشرح النووي).

(٢) أخرج ذلك البخاري ومسلم، صحيح البخاري، ج ٣، ص ٢٥٢، صحيح مسلم بشرح النووي، ج ١٠، ص ٢١٠.

(٣) أخرج ذلك البخاري ومسلم، صحيح البخاري، ج ٣، ص ٢٥٢، صحيح مسلم بشرح النووي، ج ١٠، ص ٢١٢.

(٤) الملكية في الشريعة الإسلامية للعبادي، ج ١، ص ٣٠١.

الربّ تعالى، الذي جعله للناس سواء العاكف فيه والباد، فهي وقف من الله على العالمين، وهم فيها سواء..»^(١).

ويبدو لي: أن إبقاء النبي ﷺ مكة في أيدي أهلها لا يصلح دليلاً للحنفية لسبب آخر وهو:

أنه أبقاها في أيديهم ملكاً لهم، بعد أن أسلموا فإن من أسلم على شيء فهو له، لا أنه تركها ملكاً لهم على كفرهم، ولأنه لم يفرض على أراضي مكة الخراج، فلا يستقيم الاستدلال بها على مذهب الحنفية، القائل بأن للإمام الخيار في ترك الأراضي التي افتتحها عنوة بأيدي أهلها الكفرة، وفرض الخراج عليها، وبهذا يظهر أن الاستدلال بإبقاء أرض مكة في أيدي أهلها على مذهب الحنفية، هو استدلال محل نظر.

مناقشة الدليل الثالث:

وأما استدلالهم بفعل عمر رضي الله عنه في الأراضي التي فتحت في عهده، فقد أجيب عنه بأجوبة:

أحدها: أن ترك عمر رضي الله عنه للأراضي التي فتحت في عهده في أيدي أصحابها، ليس ذلك على سبيل التمليك، بدليل أنه فرض الخراج عليها، ولو تركها ملكاً لهم، لما جاز أخذ الخراج منهم عليها، وإنما تركها وقفاً على المسلمين، كما سبق بيانه قريباً - عند مناقشة دليل الحنفية الأول -.

الثاني: أن إبقاء الأراضي التي فتحت عنوة في عهد عمر رضي الله عنه في أيدي أهلها كان ذلك مقابل أجره، وهي الخراج المفروض على الأرض، لأن الخراج في لغة العرب هو: الكراء والغلة، قاله أبو عبيد في كتابه «الأموال»^(٢).

(١) زاد المعاد، ج ٢، ص ١٧٤.

(٢) الأموال لأبي عبيد، ص ٧٤، وقد أطال في الرد على الحنفية واستدلالهم بفعل عمر، فينظر ذلك ص ٦٩ - ٧٨، وينظر أيضًا أحكام أهل الذمة، ج ١، ص ١١٠.

الثالث: أنه قد روي أن عتبة بن فرقد: اشترى أرضاً من أرض الخراج، ثم أتى عمر رضي الله عنه فأخبره، فقال: ممن اشتريتها؟ قال: من أهلها، قال: فهؤلاء أهلها - وأشار إلى المهاجرين والأنصار - أبعتموه شيئاً؟ قالوا: لا، قال: فاذهب فاطلب مالك حيث وضعت^(١).

وهذا صريح في أن عمر رضي الله عنه لم يتركها في أيدي أصحابها ملكاً لهم، لكن ثبوت هذا الأثر هو محل نظر، لأنه يروى عن طريق الشعبي عن عمر، فهو منقطع^(٢).

الترجيح:

بعد عرض الأقوال في هذه المسألة وما استدل به لها، يلاحظ أن ما استدل به على كل قول منها لم يسلم من المناقشة مما جعل قضية الترجيح بينها من الصعوبة بمكان، وإن كان أقرب هذه الأقوال إلى الرجحان هو قول من قال بتخيير الإمام، ولكن عندي ليس الإمام مخيراً بين القسمة والوقفية فقط كما قاله أصحاب القول الثالث، ولا أنه مخير بين القسمة وتركها في أيدي أهلها ملكاً لهم كما قال به أصحاب القول الرابع، بل له أن يختار ما فيه مصلحة لعامة المسلمين من ست خصال، وهي:

- ١ - له أن يقسمها بين الفاتحين، كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم في أراضي بني قريظة.
- ٢ - وله أن يقسم بعضها ويترك بعضها وقفاً على عامة المسلمين، كما فعل عليه السلام في أرض خيبر.
- ٣ - وله أن يمنَّ بها على أهلها إذا أسلموا بعد الفتح، كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم مع أهل مكة المكرمة.

(١) الأموال لأبي عبيد، ص ٧٥، الخراج ليحيى بن آدم، ص ٥٤.

(٢) أحكام أهل الذمة، ج ١، ص ١١٠، وقال أحمد محمد شاکر في تحقيق كتاب الخراج

ليحيى بن آدم ص ٥٧: في سنده بكير بن عامر، وفيه ضعف.

- ٤ - وله أن يوقفها كلها على عامة المسلمين، ويبقيها في أيدي أهلها بالخراج، كما فعل عمر رضي الله عنه في الأراضي التي افتتحها عنوة.
- ٥ - وله أن يتركها في أيدي أهلها ملكًا لهم، ويضرب عليها الخراج، كما يقول به الحنفية؛ لأن حقَّ المسلمين في الخراج لا يتأثر بكونها ملكًا للمسلمين أو ملكًا لمن هي بيده ويدفع خراجها^(١).
- ٦ - وله أن يأخذها ممن هي في يده ويدفعها لآخرين، كما فعل عمر رضي الله عنه مع أهل خيبر.
- وبهذا يتحقق الجمع بين الأدلة ويندفع ما يظهر من التعارض بينها والعلم عند الله.

المطلب الخامس: الأراضي الموات

تعريفها في اللغة:

الموات - بالفتح -: الأرض التي لا مالك لها، ولا ينتفع بها أحد^(٢).

تعريفها في الاصطلاح:

الأرض الموات هي: الأرض المنفكة عن الاختصاص، وملك معصوم^(٣).

(١) انظر أحكام أهل الذمة، ج ١، ص ١٠٥.

(٢) القاموس المحيط، باب التاء، فصل الميم، ج ١، ص ١٥٨، مختار الصحاح، باب الميم، مادة: موت، ص ٦٣٩.

(٣) التنقيح المشيع، ص ١٧٩، الإنصاف، ج ٦، ص ٣٥٤، الإقناع، ج ٢، ص ٣٨٥، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٤٥٩.

وتنقسم الأرض من حيث ملكيتها والانتفاع بها إلى قسمين:

القسم الأول: أرض مملوكة، وهي نوعان:

النوع الأول: أرض مملوكة عامرة.

النوع الثاني: أرض مملوكة غير عامرة.

القسم الثاني: أرض مباحة غير مملوكة، وهي نوعان:

النوع الأول: أرض يرتفق بها الناس، وتسمى «حريم العامر».

النوع الثاني: أرض خراب، ليست من حريم العامر، ولا يملكها

أحد^(١).

وأما حكم كل نوع من الأنواع السابقة فهو على النحو التالي:

النوع الأول: الأرض المملوكة العامرة: فهذه ملك لصاحبها، لا يجوز

لأحد أن يتنفع منها بشيء إلا برضا مالِكها^(٢).

النوع الثاني: الأرض المملوكة غير العامرة.

الأرض المملوكة غير العامرة: تنقسم قسمين:

القسم الأول: ما لها مالك معين:

وهي نوعان:

(١) تحفة الفقهاء، ج ٣، ص ٣٢١ - ٣٢٢، بدائع الصنائع، ج ٦، ص ١٩٢ - ١٩٣، نزع ملكية العقار للمنفعة العامة، ص ١٧٦.

(٢) مختصر الطحاوي، ص ١٣٤، تحفة الفقهاء، ج ٣، ص ٣٢١، بدائع الصنائع، ج ٦، ص ١٩٢، الاختيار لتعليل المختار، المجلد الثاني، ج ٣، ص ٦٦، جواهر الإكليل، ج ٢، ص ٢٠٢، الشرح الصغير، ج ٢، ص ٢٩٤، الأم، ج ٤، ص ٤١، روضة الطالبين، ج ٥، ص ٢٧٩، التنبيه، ص ١٢٩، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٢٦١، نهاية المحتاج، ج ٥، ص ٣٢٧، الأحكام السلطانية لأبي يعلى، ص ٢٠٩، المغني، ج ٥، ص ٥٩٣، المبدع، ج ٥، ص ٢٤٨، الفروع، ج ٤، ص ٥٥٢.

أحدهما: ما ملك بسبب من أسباب الملك غير الإحياء، فهذا لا يملك بالإحياء بغير خلاف.

قال ابن عبد البر: أجمع العلماء على أن ما عرف بملك مالك غير منقطع، أنه لا يجوز إحياءه لأحد غير أربابه^(١).

قال في «كشاف القناع»^(٢): «ومراد ما ملك بشراء، أو هبة، ونحوه، بخلاف ما ملك بإحياء، ثم دثر ففيه خلاف».

الثاني: ما ملك بالإحياء، ثم ترك حتى عاد موأناً، فهذا اختلف في حكم إحيائه على قولين:

القول الأول: أنه لا يملك بالإحياء، وبهذا قال الحنفية على الصحيح من مذهبهم^(٣)، وهو قول الشافعية^(٤)، والحنابلة^(٥)، والظاهرية^(٦)، وسحنون من المالكية^(٧).

القول الثاني: أنه يملك بالإحياء، وهذا قول عند الحنفية^(٨)، وهو قول جمهور المالكية^(٩).

(١) المغني، ج ٥، ص ٥٦٣ - ٥٦٤، وينظر في ذلك: مختصر الطحاوي، ص ١٣٤، تحفة الفقهاء، ج ٣، ص ٣٢١، بدائع الصنائع، ج ٦، ص ١٩٣، جواهر الإكليل، ج ٢، ص ٢٠٢، الأم، ج ٤، ص ٤١، روضة الطالبين، ج ٥، ص ٢٧٩.

(٢) ج ٤، ص ١٨٥.

(٣) مختصر الطحاوي، ص ١٣٤، مختصر القدوري، ج ٢، ص ٢١٩، الهداية، ج ٨، ص ١٣٧، مجمع الأنهر، ج ٥، ص ٥٥٧.

(٤) روضة الطالبين، ج ٥، ص ٢٧٩، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٣٦٢، نهاية المحتاج، ج ٥، ص ٣٢٨.

(٥) المغني، ج ٥، ص ٥٦٤، كشاف القناع، ج ٤، ص ١٨٥.

(٦) المحلى، ج ٩، ص ٩١.

(٧) الفروق للقرافي، ج ٤، ص ١٨.

(٨) الهداية، ج ٨، ص ١٣٦، العناية، ج ٨، ص ١٣٧، التنف في الفتاوى، ج ٢، ص ٦٢٧.

(٩) المدونة، ج ٦، ص ١٩٦، جواهر الإكليل، ج ٢، ص ٢٠٢، الشرح الصغير، ج ٣، ص ١٨٢.

الأدلة

أدلة القول الأول:

استدل الجمهور على ما ذهبوا إليه بالأدلة التالية:

الدليل الأول: ما رواه جابر رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «من أحيأ أرضاً ميتة فهي له» أخرجه الترمذي وغيره^(١).

وجه الاستدلال بالحديث:

أنه صلى الله عليه وسلم جعل الملك للمحيي، فإنه أضاف بلام التمليك في قوله «فهي له»، وملكه لا يزول بالترك^(٢).

المناقشة:

ناقش القرافي رحمته الله الاستدلال بهذا الحديث قائلاً:

«إن الحديث يدل لنا بسبب أن القاعدة: إن ترتيب الحكم على الوصف يدل على علة ذلك الوصف لذلك الحكم، وقد رتب الملك على وصف الإحياء، فيكون الإحياء سببه وعلته، والحكم ينتفي لانتفاء علته وسببه، فيبطل الملك بهذا الحديث لهاتين القاعدتين»^(٣).

دفع هذه المناقشة:

أجاب ابن الشاط عن هذه المناقشة بقوله:

«قلت: أما القاعدتان فمسلمتان، وصحیحتان، ولكن لا يلزم ما قاله من بطلان هذا الحكم، لأن الإحياء قد ثبت، فترتب عليه مسببه، ولم يرتفع الإحياء، ولا يصح ارتفاعه، لأن ذلك من باب ارتفاع الواقع، وهو محال،

(١) سبق تخريجه، ص ٤٤.

(٢) العناية شرح الهداية، ج ٨، ص ١٣٧.

(٣) الفروق، ج ٤، ص ١٨.

وإنما مغزاه أن الإحياء لم يستمر، وذلك غير لازم في الأسباب كلها، فإن الملك المرتب على الشراء، أو على الإرث، أو على الهبة، لم تستمر أسبابه، فكان يلزم على قياس قوله متى غفل الإنسان عن تجديد شراء مشتراه أن يبطل ملكه عليه، وذلك باطل قطعاً^(١).

الدليل الثاني: أن هذه الأرض يعرف مالكها، فلم تملك بالإحياء قياساً على الأرض التي ملكت بشراء، أو عطية، فكما أن الأرض التي ملكت بشراء أو عطية، ثم تركت حتى أصبحت خراباً لا تملك بالإحياء، فكذلك الأراضي التي ملكت بالإحياء، ثم صارت خراباً.

المناقشة:

نوقش الاستدلال بقياس ما ملك بالإحياء على ما ملك بالبيع ونحوه بأن:

الإحياء سببٌ فعلي^(٢) تملك به المباحات من الأرض، وأسباب تملك المباحات الفعلية ضعيفة لورودها على غير ملك سابق، بخلاف أسباب الملك القولية، فإنها قوية، لأنها ترد على مملوك غالباً، فلتأصل الملك قبلها قويت إفادتها للملك^(٣).

دفع هذه المناقشة:

أجيب عن هذه المناقشة بأنها دعوى تقابل بمثلها بأن يقال: إن الأسباب

(١) أدرار الشروق على أنواع الفروق، ج ٤، ص ١٩.

(٢) المغني، ج ٥، ص ٥٦٤، الفروق، ج ٤، ص ١٨، الشرح الصغير، ج ٢، ص ٢٩٤.

(٣) الأسباب الشرعية تنقسم من حيث كونها فعلاً أو قولاً إلى قسمين:

القسم الأول: أسباب فعلية: وذلك كالاختطاب، والاحتشاش، والاصطياد.

القسم الثاني: أسباب قولية، وذلك كالبيع، والهبة، والصدقة، والقراض وما هو في

الشرع من الأقوال سبب انتقال الملك، «السبب عند الأصوليين، ج ٣، ص ٧٩».

القولية هي الضعيفة، لورودها على ملك سابق، فيتعارض الملكان السابق واللاحق، بخلاف المملوك بالإحياء فلم يسبقه ما يعارضه فهو أقوى^(١).
ولأن الأسباب الفعلية أقوى لنفوذها من المحجور عليه ومن غيره.
قال ابن القيم رحمته الله:

«الأسباب الفعلية أقوى من الأسباب القولية، ولهذا تصح الفعلية من المحجور عليه، دون القولية، فلو استولد ثبت استيلاده، ولو أعتق كان لغواً، ولو تملك مالاً بالشراء كان لغواً، ولو تملكه باصطياد واحتطاب، ونحوه ملكه، وكذلك لو أحياه ملكه بالإحياء»^(٢).

الدليل الثالث: القياس على من ملك لقطه، ثم ضاعت منه، فإن عودها إلى حال الالتقاط لا يسقط ملك من تملكها، فكذلك من أحيأ أرضاً ثم تركها حتى عادت موأناً لا يكون ذلك سبباً في زوال ملكه عنها^(٣).
المناقشة:

نوقش هذا القياس بأن:
تملك الملتقط ورد على ما تقدم فيه الملك وتقرر، فكان تأثير السبب فيه أقوى، لأن الأسباب القولية ترفع ملك الغير، فهي في غاية القوة، وأما الفعل بمجردة فليس له قوة رفع ملك الغير، بل يبطل ذلك الفعل، كمن بنى في ملك غيره، فلذلك ذهب أثره بذهابه^(٤).
دفع هذه المناقشة:

يجاب عن هذه المناقشة بأنها: مبنية على الادعاء بقوة الأسباب القولية،

(١) السبب عند الأصوليين، ج ٣، ص ٨٥.

(٢) بدائع الفوائد، ج ٣، ص ٢٥٥ - ٢٥٦.

(٣) الفروق، ج ٤، ص ١٨، المغني، ج ٥، ص ٥٦٤، الأموال المباحة، ج ١، ص ٢٨٦.

(٤) الفروق، ج ٤، ص ٢٠.

وضعف الأسباب الفعلية، وقد سبق رد هذا الادعاء في الإجابة عن مناقشة الدليل الثاني.

أدلة القول الثاني :

استدل على ما ذهب إليه جمهور المالكية ومن وافقهم بما يلي :
الدليل الأول : ما رواه جابر رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : «من أحميا أرضاً ميتة فهي له» أخرجه الترمذي وغيره.

وجه الاستدلال بالحديث :

أن الأرض المملوكة بالإحياء إذا تركت حتى عادت موأناً، كانت داخلة في عموم قوله صلى الله عليه وسلم «من أحميا أرضاً ميتة فهي له»، فيملكها محيئها الثاني بنصّ الحديث ^(١).

المناقشة :

نوقش الاستدلال بهذا الحديث بما يلي :

١ - أنه مخصوص بحديث عائشة رضي الله عنها مرفوعاً بلفظ «من أعمار أرضاً ليست لأحد، فهو أحق بها»، قال عروة : «قضى به عمر في خلافته». أخرجه البخاري ^(٢).

٢ - أنه مخصوص بحديث سعيد بن زيد مرفوعاً بلفظ : «من أحميا أرضاً ميتة، فهي له، وليس لعرق ظالم حق». أخرجه أبو داود والترمذي ^(٣).

قال هشام بن عروة في تفسير قوله عليه السلام «ليس لعرق ظالم حق» :
الظالم : أن يأتي الرجل الأرض الميتة لغيره فيغرس فيها ^(٤).

(١) المغني، ج ٥، ص ٥٦٤، الأموال المباحة، ج ١، ص ٢٨٦.

(٢) سبق تخريجه، ص ٤٤.

(٣) سبق تخريجه، ص ٤٤.

(٤) المغني، ج ٥، ص ٥٦٤.

٣ - أن الحديث مخصوص بما ملك بشراء أو عطية، فنقيس عليه محل النزاع^(١).

الدليل الثاني: أن أصل هذه الأرض مباح، فإذا تركت حتى صارت مواتاً عادت إلى الإباحة قياساً على من أخذ ماء من نهر ثم رده فيه^(٢).

المناقشة:

نوقش بأن: هذه الأرض مملوكة للأول بالإحياء، وتركه إياها حتى عادت مواتاً لا يزيل ملكه لها قياساً على سائر الأموال التي لا يزول الملك عنها بالترك، فالأملاك لا تزول بالإعراض^(٣).

قال ابن قدامة رحمته الله موضعاً رأي الجمهور، وراداً على المالكية: «ولأن سائر الأموال لا يزول الملك عنها بالترك، بدليل سائر الأملاك إذا تركت حتى تشعثت، وما ذكره يبطل بالموات إذا أحياه إنسان ثم باعه فتركه المشتري حتى عاد مواتاً، وباللقطة إذا ملكها ثم ضاعت منه، ويخالف ماء النهر فإنه استهلك»^(٤).

الترجيح:

من خلال عرض الأدلة وما أورد عليها من مناقشة يظهر رجحان مذهب الجمهور القائل: بأن ما ملك بالإحياء لا يزول بالترك والتخريب وذلك للأسباب التالية:

(١) المغني، ج ٥، ص ٥٦٤.

(٢) المغني، ج ٥، ص ٥٦٤.

(٣) بدائع الصنائع، ج ٦، ص ١٩٣، نهاية المحتاج، ج ٥، ص ٣٢٨، المغني، ج ٥، ص ٥٦٤.

(٤) المغني، ج ٥، ص ٥٦٤.

السبب الأول: قوة أدلة الجمهور، وأن ما أورد عليها من مناقشة فقد أجيب عنه.

السبب الثاني: ضعف ما استدل به لقول المالكية ومن وافقهم، وأنها لا تقوى على إثبات ما ذهبوا إليه كما تبين ذلك في أثناء مناقشتها.

السبب الثالث: أن أفراد ما ملك بالإحياء ثم ترك حتى عاد موأناً بحكم خاص عن سائر الأملاك لا بد له من دليل خاص صريح صحيح ولم يوجد ذلك^(١).

السبب الرابع: أن القاعدة الشرعية تقتضي أن الملك يدوم بعد ثبوت سببه^(٢).

وبالله التوفيق...

القسم الثاني: ما جرى عليه ملك لغير معين:

ما جرى عليه ملك لغير معين ينقسم إلى قسمين:

القسم الأول: ما وجد فيه آثار ملك جاهلي، كأثار الروم ونحوهم، فقد اختلف الفقهاء في حكم هذا القسم على قولين:

القول الأول: أنه يملك بالإحياء، وبه قال الحنفية^(٣)، والمالكية^(٤)، وهو الأظهر عند الشافعية^(٥)، والرواية المشهورة في مذهب الحنابلة^(٦).

(١) المحلى، ج ٩، ص ٩٤.

(٢) أدرار الشروق على أنواء الفروق، ج ٤، ص ١٩.

(٣) الهداية، ج ٨، ص ١٣٦، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٥٥٧.

(٤) المغني، ج ٥، ص ٥٦٤ - ٥٦٥، ولم أجد - بجهد المتواضع - نصاً للمالكية في هذه المسألة في كتبهم.

(٥) الأم، ج ٤، ص ٤١، روضة الطالبين، ج ٥، ص ٢٧٩، التنبيه، ص ١٢٩، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٣٦٢، نهاية المحتاج، ج ٥، ص ٣٢٩.

(٦) الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ٤٣٥، المغني، ج ٥، ص ٥٦٤، العدة، =

القول الثاني: أنه لا يملك بالإحياء، وهو قول عند الشافعية^(١)، ورواية عند الحنابلة^(٢).

الأدلة

ما استدل به للقول الأول:

استدل عليه بما يلي:

١ - ما رواه طاووس مرفوعاً «عادي الأرض لله ورسوله ثم هي لكم بعد» أخرجه أبو عبيد في «الأموال»^(٣).

قال أبو عبيد: عادي الأرض: التي كان بها ساكن في آباد الدهر فانقرضوا فلم يبق منهم أنيس، وإنما نسبها إلى عاد، لأنهم كانوا مع تقدمهم ذوي قوة وبطش، وآثار كثيرة، فنسب كل أثر قديم إليهم^(٤).

المناقشة:

يناقش الاستدلال بهذا الخبر بأنه: مرسل، وهو بهذا اللفظ ضعيف، كما سبق بيانه آنفاً عند تخريجه.

=ص ٢٥٨، الفروع، ج ٤، ص ٥٥٢، التنقيح، ص ١٧٩، الإنصاف، ج ٦، ص ٣٥٦، المبدع، ج ٥، ص ٢٤٨، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٤٦٠، كشاف القناع، ج ٤، ص ١٨٦.

(١) روضة الطالبين، ج ٥، ص ٢٧٩، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٣٦٢، نهاية المحتاج، ج ٥، ص ٣٢٩.

(٢) الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ٤٣٥، الإنصاف، ج ٦، ص ٣٥٦.

(٣) ص ٢٥٣، وأخرجه الشافعي في مسنده ص ٣٨٢، والبيهقي في سننه، ج ٦، ص ١٤٣.

قال ابن حجر في «تلخيص الحبير» ج ٣، ص ٦٢: هو مرسل، وقال الألباني في: «إرواء الغليل»، ج ٦، ص ٣: ضعيف بهذا اللفظ.

(٤) المغني، ج ٥، ص ٥٦٤.

٢ - أنه يملك؛ لأن الملك الجاهلي لا حرمة له^(١).

٣ - أنه يملك قياساً على الركاز^(٢).

ما استدل به للقول الثاني:

استدل له بما يلي:

١ - أن هذه الأرض ليست مواتاً؛ إذ فيها آثار ملك قديم، فلا تملك بالإحياء^(٣).

المناقشة:

يناقش بأنه: وإن كان فيها آثار ملك قديم إلا أنه لا حرمة لذلك الملك، كما سبق ذكره في الدليل الثاني لأصحاب القول الأول.

٢ - ما ذكره ابن قدامة في «المغني»^(٤) - في أثناء حديثه عن هذا القسم -

حيث قال:

«ويحتمل أن كل ما فيه أثر الملك ولم يعلم زواله قبل الإسلام أنه لا يملك، لأنه يحتمل أن المسلمين أخذوه عامراً، فاستحقوه فصار موقوفاً بوقف عمر له فلم يملك، كما لو علم مالكة».

المناقشة:

يناقش ما ذكره ابن قدامة من وجهة نظري بما يلي:

١ - أن ما ذكره هو أمر محتمل، فلا يكون مانعاً من إحيائه.

(١) مغني المحتاج، ج ٢، ص ٣٦٣، نهاية المحتاج، ج ٥، ص ٣٢٩، المغني، ج ٥، ص ٥٦٤.

(٢) روضة الطالبين، ج ٥، ص ٢٧٩.

(٣) روضة الطالبين، ج ٥، ص ٢٧٩، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٣٦٣، نهاية المحتاج، ج ٥، ص ٣٢٩.

(٤) ج ٥، ص ٥٦٤.

٢ - أن ما ذكره من أنه يصير وقفاً بوقف عمر له: غير مسلم، لأن فعل عمر رضي الله عنه هو فيما فتح عنوة، وقد سبق ذكر ما فيه.

٣ - أن قوله «فلم يملك كما لو علم مالكة» هو قياس مع الفارق، لأن ما علم مالكة قد تبين أمره، واتضح جهته، بخلاف ما لم يعلم مالكة، فليس له مالك في الظاهر.

ولأن ما علم مالكة في إحيائه ضرر كبير على مالكة، بخلاف ما لم يعلم له مالك.

الترجيح:

لعل الراجح هو القول بجواز إحياء ما جرى عليه ملك لغير معين، ووجد فيه آثار ملك جاهلي، وذلك للأسباب التالية:

السبب الأول: قوة ما استدل به له؛ حيث قد سلم بعض أدلته من المناقشة.

السبب الثاني: ضعف ما استدل به للقول الثاني، كما ظهر ذلك في أثناء المناقشة.

السبب الثالث: أن عموم قوله رضي الله عنه «من أحيأ أرضاً مواتاً في غير حق مسلم فهي له» يدل على ذلك.

السبب الرابع: أن هذا القول يتفق مع عمومات الأخبار التي حثت على الزراعة وعمارة الأرض، فيكون الأخذ به أولى. والله أعلم.

القسم الثاني: ما جرى عليه الملك في الإسلام لمسلم أو ذمي غير معروف:

اختلف الفقهاء في حكم إحياء هذا القسم على قولين:

القول الأول: أنه يملك بالإحياء، وبهذا قال جمهور الحنفية^(١)، وهو قوله المالكية^(٢)، وبعض الشافعية^(٣)، وهو رواية في مذهب الحنابلة^(٤).

القول الثاني: لا يملك بالإحياء، وهو المذهب عند الشافعية^(٥)، ورواية عند الحنابلة^(٦)، وبه قال: محمد بن الحسن من الحنفية^(٧).

الأدلة

أدلة القول الأول:

استدل على جواز إحيائه بالأدلة الآتية:

- (١) مختصر القدوري، ج ٢، ص ٢١٩، الهداية، ج ٨، ص ١٣٦، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٥٥٧.
- (٢) لم أجد - بجهدى المتواضع - نصًا صريحًا في كتب المالكية يدل على مذهبهم في هذه المسألة، وقد نقل ذلك عنهم بعض فقهاء الحنابلة، فقال ابن هبيرة في «الإفصاح» ج ٢، ص ٤٩: «واختلفوا في أرض كانت للمسلمين مملوكة ثم باد أهلها وخربت هل تملك بالإحياء؟ فقال: أبو حنيفة ومالك: تملك بذلك...».
- وقال ابن قدامة في «المغني» ج ٥، ص ٥٦٥: «... والرواية الثانية: أنها تملك بالإحياء.. وهو مذهب أبي حنيفة ومالك».
- (٣) روضة الطالبين، ج ٥، ص ٢٨٠.
- (٤) المقنع، ج ٢، ص ٢٨٦، الكافي، ج ٢، ص ٤٣٥، العدة شرح العمدة، ص ٢٥٨، الفروع، ج ٤، ص ٥٥٢، الإنصاف، ج ٦، ص ٣٥٥، المبدع، ج ٥، ص ٢٤٩.
- (٥) روضة الطالبين، ج ٥، ص ٢٧٩، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٣٦٢، نهاية المحتاج، ج ٥، ص ٣٢٩.
- (٦) المقنع، ج ٢، ص ٢٨٦، الكافي، ج ٢، ص ٤٣٥، المغني، ج ٥، ص ٥٦٥، العدة شرح العمدة، ص ٢٥٨، الفروع، ج ٤، ص ٥٥٢، الإنصاف، ج ٦، ص ٣٥٥، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٤٦٠، كشاف القناع، ج ٤، ص ١٨٦.
- (٧) الهداية، ج ٨، ص ١٣٦، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٥٥٧، اللباب في شرح الكتاب، ج ٢، ص ٢١٩.

الدليل الأول: عمومات الأخبار الدالة على جواز إحياء الأرض الموات^(١)، كقوله ﷺ «من أحيا أرضًا ميتة فهي له».

الدليل الثاني: أن هذه الأرض موات لا حق فيها لقوم بأعيانهم، فأشبهت الأرض التي لم يجز عليها الملك لأحد^(٢).

الدليل الثالث: أن هذه الأرض تملك قياسًا على اللقطة والركاز^(٣).

أدلة القول الثاني:

استدل على أنها لا تملك بالإحياء بما يلي:

الدليل الأول: ما رواه كثير بن عبدالله بن عوف عن أبيه عن جده قال:

«سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من أحيا أرضًا مواتًا في غير حق مسلم فهي له». أخرجه البيهقي^(٤).

فقيده بكونه في غير حق مسلم^(٥).

المناقشة:

يناقش بأن قوله فيه «في غير حق مسلم» قد ورد في حديث في سنده

(١) الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ٤٣٥، المغني، ج ٥، ص ٥٦٥، العدة شرح العمدة، ص ٢٥٩، المبدع، ج ٥، ص ٢٤٩، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٤٦٠، كشاف القناع، ج ٤، ص ١٨٦.

(٢) المغني، ج ٥، ص ٥٦٥.

(٣) الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ٤٣٥، المغني، ج ٥، ص ٥٦٥، العدة شرح العمدة، ص ٢٥٩، المبدع، ج ٥، ص ٢٤٩.

(٤) سنن البيهقي، كتاب إحياء الموات، باب من أحيا أرضًا ميتة ليست لأحد، ولا في حق أحد فهي له، ج ٦، ص ١٤٢.

(٥) المغني، ج ٥، ص ٥٦٥.

مقال، لأنه يروى عن طريق: كثير بن عبدالله، وهو «ضعيف لا تقوم به حجة»^(١).

وعلى فرض صحته فقد يراد بقوله فيه «في غير حق مسلم» أي: مسلم معروف، له أرض غير عامرة، فلا يجوز إحيائها والحال ما ذكر، يدل على ذلك ما جاء في حديث آخر: «من أحيأ أرضاً ميتة فهي له، وليس لعرق ظالم حق».

قال هشام بن عروة في تفسير قوله «وليس لعرق ظالم حق»:

الظالم: أن يأتي الرجل الأرض الميتة لغيره فيغرس فيها.

وأما محل النزاع هنا فهو في أرض جرى عليها الملك في الإسلام لمسلم أو ذمي غير معروف.

الدليل الثاني: أن هذه الأرض لها مالك فلم يجز إحيائها، كما لو كان مالكة معيناً، فإن مالكة إن كان له ورثة فهي لهم، وإن لم يكن له ورثة، ورثها المسلمون^(٢).

المناقشة:

يمكن مناقشة هذا الاستدلال بما يلي:

١ - أن هذا القياس، هو قياس مع الفارق، لأن الأرض غير المحيية التي لها مالك معين قد علمت جهتها وتحدد صاحبها فلا يجوز الاعتداء على ملكه بخلاف الأرض غير العامرة التي لا يعلم لها مالك معين.

٢ - أن قولهم في آخر الدليل: «فإن مالكة إن كان له ورثة فهي لهم، وإن لم يكن له ورثة ورثها المسلمون»، هو محل نظر، لأنه خارج عن محل

(١) نصب الراية، ج ٤، ص ٢٩٠، تصحيح وتعليق عبدالله هاشم المدني على تلخيص الحبير، ج ٣، ص ٦٢، الحديث رقم: ١٢٩٥.

(٢) الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ٤٣٥، المغني، ج ٥، ص ٥٦٥، العدة شرح العدة، ص ٢٥٩، المبدع، ج ٥، ص ٢٤٩.

النزاع، فمحل النزاع في أرض جرى عليها الملك في الإسلام لغير معروف، أما إذا كان مالك الأرض له ورثة فهو حينئذٍ يكون معروفًا، وعليه يكون خارجًا عن محل النزاع.

الترجيح:

يظهر لي أن القول الأول هو الراجح، وذلك للأسباب التالية:

السبب الأول: قوة أدلته فقد سلمت من المناقشة مما يجعلها صالحة لبناء الحكم عليها.

السبب الثاني: أن أدلة القول الثاني، لا تقوى على إثبات ما ذهبوا إليه، كما تبين ذلك من مناقشتها.

السبب الثالث: أن هذا القول يتفق مع العمومات التي حثت على عمارة الأرض واستغلالها فيكون الأخذ به أولى.

والله تعالى أعلم...

النوع الثالث: الأرض غير المملوكة

هذه الأرض إما أن يتعلق بها حق الارتفاق، وإما أن تكون قريبة من العمران، ولم تتعلق بها مصالحه، وإما أن تكون بعيدة لم تتعلق بها مصلحة العمران، وإليك حكم كل قسم من هذه الأقسام.

القسم الأول: الأراضي القريبة التي يتعلق بها حق الارتفاق:

ما قرب من العامر وتعلق بمصالحه من طريقه، ومسيل مائه، ومطرح قمامته، ونحو ذلك، فهذا لا يجوز إحيائه، ولا يملك بالإحياء بالاتفاق بين الفقهاء^(١).

(١) مختصر الطحاوي، ص ١٣٤، مختصر القدوري مع اللباب، ج ٢، ص ٢٢٠، بدائع =

لقوله ﷺ: «من أحيأ أرضاً ميتة في غير حق مسلم فهي له»^(١). مفهومه: أن ما تعلق به حق مسلم لا يملك بالإحياء^(٢).

ولأنه تابع للمملوك، ولو جوزنا إحياءه لبطل الملك في العامر على أهله^(٣).

القسم الثاني: الأرض القريبة من العمران، ولم تتعلق بها مصالحه:

اختلف الفقهاء في حكم إحياء هذه الأرض على قولين:

القول الأول: أن هذه الأرض موات، فيجوز إحيائها، وبه قال: محمد بن الحسن^(٤)، وهو قول المالكية^(٥)، والشافعية^(٦)، والحنابلة في

=الصنائع، ج ٦، ص ١٩٤، الهداية مع نتائج الأفكار، ج ٨، ص ١٣٧، المدونة، ج ٦، ص ١٩٥، جواهر الإكليل، ج ٢، ص ٢٠٢، سراج السالك، ج ٢، ص ١٣٧، منح الجليل، ج ٨، ص ٧٥، المهذب، ج ١، ص ٤٣٠، التنبيه، ص ١٢٩، روضة الطالبين، ج ٥، ص ٢٨١، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، ج ١، ص ٢٥٣، الأحكام السلطانية لأبي يعلى، ص ٢٠٩، المقنع، ج ٢، ص ٢٨٦، المغني، ج ٥، ص ٥٦٦، الفروع، ج ٤، ص ٥٥٢، المبدع، ج ٥، ص ٢٥٠، نزع ملكية العقار، ص ١٧٧، العمدة في فقه الشريعة الإسلامية، ص ١٣٦.

(١) سبق تخريجه، ص ٩٢.

(٢) المغني، ج ٥، ص ٥٦٧، المبدع، ج ٥، ص ٢٥٠، كشاف القناع، ج ٤، ص ١٨٧.

(٣) المهذب، ج ١، ص ٤٣٠، المغني، ج ٥، ص ٥٦٧، المبدع، ج ٥، ص ٢٥٠، كشاف القناع، ج ٤، ص ١٨٧، شرح منتهى الإيرادات، ج ٢، ص ٤٦٠.

(٤) فتاوى قاضيخان، ج ٣، ص ٢١٩، الهداية، ج ٨، ص ١٣٦، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٥٥٧، الفتاوى الهندية، ج ٥، ص ٣٨٦.

(٥) المدونة، ج ٦، ص ٢٩٥، جواهر الإكليل، ج ٢، ص ٢٠٢، سراج السالك، ج ٢، ص ١٨٥، الشرح الكبير، ج ٤، ص ٦٩، منح الجليل، ج ٨، ص ٧٥.

(٦) الأم، ج ٤، ص ٤١، الأحكام السلطانية للماوردي، ص ١٧٧، التنبيه، ص ١٢٩، روضة الطالبين، ج ٥، ص ٢٨٥، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٣٦١، نهاية المحتاج، ج ٥، ص ٣٢٧.

أشهر الروایتين^(١)، والظاهرية^(٢)، إلا أن المالكية يشترطون لإحياء ما قرب من العمران: إذن الإمام.

القول الثاني: أن هذه الأرض ليست مواتًا، فلا يجوز إحيائها، وبه قال: أبو يوسف^(٣)، وهو رواية في مذهب الحنابلة^(٤).

الأدلة

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب القول الأول بالأدلة الآتية:

الدليل الأول: ما رواه جابر رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «من أحيا أرضًا ميتة فهي له» أخرجه الترمذي^(٥).

وجه الاستدلال بالحديث:

أنه قد أفاد بالعموم الوارد فيه ملكية الأرض الموات للمحي مطلقًا من غير فرق بين ما قرب من العمران وبين ما بعد عنه^(٦).

-
- (١) الأحكام السلطانية، ص ٢٠٩، المقنع، ج ٢، ص ٢٨٦، الكافي، ج ٢، ص ٤٣٦، المغني، ج ٥، ص ٥٦٧، الإنصاف، ج ٦، ص ٣٦٠، التنقيح، ص ١٧٩، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٤٦١، كشف القناع، ج ٤، ص ١٨٧.
- (٢) المحلى، ج ٩، ص ٩١.
- (٣) بدائع الصنائع، ج ٦، ص ١٩٤، الهداية، ج ٨، ص ١٣٦، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٥٥٧، الفتاوى الهندية، ج ٥، ص ٣٨٦.
- (٤) المقنع، ج ٢، ص ٢٨٦، الكافي، ج ٢، ص ٤٣٦، المغني، ج ٥، ص ٥٦٧، الفروع، ج ٤، ص ٥٥٣، الإنصاف، ج ٦، ص ٣٦١، المبدع، ج ٥، ص ٢٥١.
- (٥) سبق تخريجه، ص ٤٤.
- (٦) المغني، ج ٥، ص ٥٦٧، المبدع، ج ٥، ص ٢٥١، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٤٦١، كشف القناع، ج ٤، ص ١٨٧، الأموال المباحة، ج ١، ص ٢٩٥.

الدليل الثاني: أنه روي أن النبي ﷺ أقطع بلال بن الحارث المزني العقيق. أخرجه أبو داود وأبو عبيد^(١) واللفظ له.

وعن عمرو بن حريث قال: انطلق بي أبي إلى رسول الله ﷺ وأنا غلام شاب، فدعا لي بالبركة ومسح برأسي، وخط لي دارًا بالمدينة، وقال: «أزبدك»^(٢). أخرجه أبو داود^(٣)، وحسنه ابن حجر^(٤).

وجه الاستدلال:

أنه ﷺ قد أقطع بلال بن الحارث العقيق، وهو يعلم أنه بين عمارة المدينة^(٥)، وأقطع ابن حريث دارًا بالمدينة، فلم يفرق ﷺ بين ما قرب من العمران وما بعد عنه، وإذا جاز إقطاع ما قرب من العمران جاز إحياء ما قرب منه لتساويهما - في نهاية الأمر - في النتيجة والأثر^(٦).

الدليل الثالث: أن القريب موات لم يتعلق به مصلحة العامر، فجاز إحياءه قياسًا على البعيد^(٧).

«ولأن الموات اسم لما لا ينتفع به فإذا لم يكن ملكًا لأحد ولا حقًا خاصًا لم يكن منتفعًا به كان بعيدًا عن البلدة أو قريبًا منها»^(٨).

(١) أخرجه أبو داود في «سننه» كتاب: الخراج والإمارة والفيء، باب في إقطاع الأرضيين، ج ٣، ص ٤٤٤، وأخرجه أبو عبيد في كتاب «الأموال» ص ٢٥٢.

(٢) أزبدك: أعطيك وأمنحك.

(٣) سنن أبي داود، كتاب الخراج والإمارة والفيء، باب في إقطاع الأرضيين، ج ٣، ص ٤٤٣.

(٤) تلخيص الحبير، ج ٣، ص ٦٤.

(٥) المغني، ج ٥، ص ٥٦٧، المبدع، ج ٥، ص ٢٥١، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٤٦١، حاشية الروض، ج ٥، ص ٤٧٧.

(٦) الأموال المباحة، ج ١، ص ٢٩٥.

(٧) المغني، ج ٥، ص ٥٦٧، المبدع، ج ٥، ص ٢٥١، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٤٦١، كشف القناع، ج ٤، ص ١٨٧، حاشية الروض، ج ٥، ص ٤٧٧.

(٨) بدائع الصنائع، ج ٦، ص ١٩٤.

وأما اشتراط المالكية إذن الإمام لجواز إحياء ما قرب من العامر فقد عللوا له بأن:

ما قرب من العامر مما يتشاح الناس فيه بخلاف البعيد، وقد يكون في إحيائه إحداث ضرر بأهل البلد فافتقر إلى إذن الإمام^(١).

وقد نوقش بأن:

هذا التقسيم لا دليل عليه، ثم إن ما قرب من العمران لا يخلو إما أن يكون فيه ضرر على أهل البلدة، أو لا ضرر فيه عليهم، فإن كان فيه ضرر فليس للإمام أن يقطعه أحدًا، وإن كان لا ضرر فيه عليهم فأى فرق بينه، وبين البعيد عن العمران^(٢).

دليل القول الثاني:

استدل على أن ما قرب من العمران لا يجوز إحياءه حتى وإن لم يتعلق به مصلحة العمران.

بأن القريب وإن لم تتعلق به المصلحة في الحاضر لكنه مظنة تعلق المصلحة به في المستقبل فلا يملك بالإحياء تنزيلاً للضرر في المال منزلة الضرر في الحال^(٣).

ويجاب على هذا الاستدلال:

بأن عموم الأخبار تدل على جواز إحياء ما قرب من العامر، وإنما يمنع

(١) حاشية الدسوقي، ج ٤، ص ٦٩، المحلى، ج ٩، ص ٩٢.

(٢) المحلى، ج ٩، ص ٩٣ - ٩٤.

(٣) الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ٤٣٦، المغني، ج ٥، ص ٥٦٧، المبدع، ج ٥، ص ٢٥١.

من ذلك ما تعلق به مصلحة العامر، فإذا انتفى المانع وهو التعلق بمصالح العامر، عمل المقتضى عمله^(١).

ثم إن في الإحياء مصلحة محققة، والمنع منه لأجل مصلحة مظنونة ومراعاة المصلحة المحققة أولى من مراعاة المصلحة المظنونة^(٢).

وعلى هذا يكون القول الأول هو الراجح، لقوة أدلته، ووجاهتها، وضعف دليل القول الثاني.

القسم الثالث: الأرض البعيدة التي لم يتعلق بها مصلحة العمران:

الأرض الموات البعيدة عن العمران التي لم يتعلق بها مصلحته، ولم يجر عليها ملك لأحد، ولم يوجد فيها أثر عمارة، فهي الأرض الموات التي تملك بالإحياء بغير خلاف بين القائلين بالإحياء^(٣)، وهذا القسم هو الذي تنطبق عليه الأحاديث انطباقاً بيّناً، مثل ما رواه سعيد بن زيد أن رسول الله ﷺ قال: «من أحيا أرضاً ميتة فهي له»^(٤).

وما روته عائشة رضي الله عنها: أن رسول الله ﷺ قال: «من عمر أرضاً ليست لأحد فهو أحق بها». قال عروة: قضى بذلك عمر بن الخطاب في خلافته^(٥).

(١) المبدع، ج ٥، ص ٢٥١، كشاف القناع، ج ٤، ص ١٨٧.

(٢) الأموال المباحة، ج ٥، ص ٥٦٣.

(٣) المغني، ج ٥، ص ٥٦٣.

(٤) سبق تخريجه، ص ٤٤.

(٥) سبق تخريجه، ص ٤٤.

تنبیه:

اختلف الفقهاء في الحد الفاصل بين القريب والبعيد على أقوال:

أ) فقال أبو يوسف من الحنفية: إن حد البعيد هو: إذا وقف إنسان في أقصى العامر فصاح بأعلى صوته لا يسمع فيها فإنه موات، وإن كان يسمع فليس بموات. مختصر الطحاوي، ص ١٣٤، الهداية مع نتائج الأفكار، ج ٨، ص ١٣٦، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٥٥٧.

(ب) وقال محمد بن الحسين من الحنفية: إن المعتبر في ذلك هو ارتفاق أهل البلدة بذلك أو عدم ارتفاقهم به فلا يجوز إحياء ما ينتفع به أهل البلدة وإن كان بعيداً، ويجوز إحياء ما لا ينتفعون به وإن كان قريباً، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٥٥٧، الاختيار لتعليل المختار، ج ٣، ص ٦٦، اللباب في شرح الكتاب، ج ٢، ص ٢١٩.

(ج) وقال المالكية: القريب: هو حريم العمارة مما يلحقونه غدواً ورواحاً. والبعيد: ما لم ينته إليه مسرح العمران واحتطاب المحتطبين إذا رجعوا إلى المبيت في مواضعهم، الشرح الصغير، ج ٢، ص ٢٩٦، سراج السالك، ج ٢، ص ١٨٥، منح الجليل، ج ٨، ص ٨٢ - ٨٣.

(د) وأما الشافعية فإنهم قالوا: لا يمنع من إحياء ما وراء الحريم، قرب، أم بعد وسواء أحياء أهل العمران أم غيرهم، وعرفوا الحريم بأنه: المواضع القريبة التي يحتاج إليها لتمام الانتفاع كالطريق، ومسيل الماء، ونحوهما. روضة الطالبين، ج ٥، ص ٢٨٢، ٢٨٥.

(هـ) وقال الحنابلة: أنه لا حدّ يفصل بين القريب والبعيد سوى العرف. المغني، ج ٥، ص ٥٦٧، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٤٦٠.

(و) وقال الليث: حده «غلوة»، وهي خمس الفرسخ. المغني، ج ٥، ص ٥٦٧، وقيل: هي مقدار رمية بالسهم. قال يحيى بن آدم: الغلوة: ما بين ثلاثمائة ذراع وخمسين إلى أربعمائة. تعليق محمد حامد الفقي على الأحكام السلطانية لأبي يعلى، ص ٢٠٩.

ولعل أرجح هذه الأقوال هو قول من قال: إن المرجع في ذلك إلى العرف؛ لأن «التحديد لا يعرف إلا بالتوقيف ولا يعرف بالرأي والتحكم ولم يرد من الشرع لذلك تحديد فوجب أن يرجع في ذلك إلى العرف كالقبض والإحراز». المغني، ج ٥، ص ٥٦٨.



المبحث الثاني

تقسيم الأراضي باعتبار نوع ما يفرض عليها

تنقسم الأراضي باعتبار نوع ما يفرض عليها إلى نوعين:
أراض عشرية، وأراض خراجية^(١).

١ - فالأراضي العشرية: هي: الأراضي التي تؤخذ منها الزكاة وسميت عشرية؛ لأن زكاة الزرع والثمار عشر الناتج إذا كانت تسقى بدون مؤنة، ونصف العشر إذا كانت تسقى بمؤنة^(٢).

٢ - والأراضي الخراجية: هي التي فرض عليها الخراج^(٣)، وهو ما وضع على رقاب الأرضين من حقوق تؤدي عنها^(٤).

وأعرض فيما يلي: الأراضي العشرية في مطلب مستقل، ثم يكون الحديث بعد ذلك عن الأراضي الخراجية في فرع آخر.



(١) فائدة: التفرقة بين الأرض العشرية والخراجية من نواح كثيرة أبرزها: اختلاف طبيعة الواجب على كل منهما، ومقدار الواجب، ومصرف الواجب عليهما، ومدى حقوق الحائزين لكل منهما. (نظام الضرائب في الإسلام، ص ٣٩٧، ٣٩٨).

(٢) المدخل الفقهي العام، ج ٣، ص ١٥٣، الملكية في الشريعة الإسلامية، ج ١، ص ١١٣.

(٣) ينظر: المرجعان السابقان.

(٤) الأحكام السلطانية للماوردي، ص ١٤٧، الأحكام السلطانية لأبي يعلى، ص ١٦٢.

المطلب الأول: الأراضي العشرية:

تشمل الأراضي العشرية الأنواع التالية:

١ - ما استأنف المسلمون إحياءه فهو أرض عشر لا يجوز أن يوضع عليها خراج^(١).

قال ابن القيم رحمته الله: «بغير خلاف بين الأئمة»^(٢).

٢ - الأراضي التي أسلم عليها أهلها طوعاً من غير قتال، فهي لا خراج عليها، وليس فيها سوى العشر^(٣).

(١) الأحكام السلطانية للماوردي، ص ١٤٧، الأحكام السلطانية لأبي يعلى، ص ١٦٢، نظام الضرائب في الإسلام، ص ٣٩٦.

(٢) أحكام أهل الذمة، ج ١، ص ١٠١، ويلاحظ أن الحنفية لهم تفصيل في الأرض المحيطة قال الكاساني في (بدائع الصنائع، ج ٢، ص ٥٨): «وأما ما أحياه المسلم من الأرض الميتة بإذن الإمام، فقال أبو يوسف: إن كانت من حيز أرض العشر فهي عشرية، وإن كانت من حيز أرض الخراج فهي خراجية.

وقال محمد: إن أحيها بماء السماء أو بيئر استنبطها أو بماء الأنهار العظام التي لا تملك مثل دجلة والفرات، فهي أرض عشر، وإن شق لها نهراً من أنهار الأعاجم، مثل نهر الملك ونهر يزدجرد فهي أرض خراج».

(٣) المنتف في الفتاوى، ج ١، ص ١٨٣، بدائع الصنائع، ج ٢، ص ٥٧، النور البادي في أحكام الأراضي مخطوط ورقة: ٢، النصوص المرضية مخطوط ورقة: ٣، الفواكه الدواني، ج ١، ص ٤٧٠.

الأحكام السلطانية لأبي يعلى، ص ١٦٣، أحكام أهل الذمة، ج ١، ص ١٠٢. الأحكام السلطانية للماوردي، ص ١٤٧، وقد قال فيه: «وقال أبو حنيفة: الإمام مخير بين أن يجعلها خراجاً أو عشراً، فإن جعلها خراجاً لم يجز أن تنقل إلى العشر، وإن جعلها عشراً جاز أن تنقل إلى الخراج». والذي وجدته في كتب الحنفية السابقة أنهم نصوا على أنها أرض عشر ولم يذكروا التخيير.

٣ - الأراضي التي فتحت عنوة، وقسمت بين الغانمين^(١)، هذا مع ملاحظة الخلاف السابق في حكم هذه الأرض^(٢).

٤ - ما فتح عنوة ثم أسلم أهله، وأقروا عليه^(٣).

المطلب الثاني: الأراضي الخراجية:

وتشمل الأنواع التالية:

١ - الأراضي التي فتحت عنوة، ولم تقسم، سواء وقفت على المسلمين عند من يقول بذلك، أو تركها الإمام في يد أربابها على وجه التملك عند من يقول به، أو تركها في أيديهم وليس على وجه التملك عند من يقول به، أو أخرجهم منها ودفعها إلى قوم آخرين من أهل العهد^(٤)، فإنها في هذه الأحوال تكون خراجية.

٢ - الأراضي التي فتحت صلحاً، سواء وقع عقد الصلح على أن الأرض لنا وتقر في أيديهم بخراج يضرب عليها، أو وقع العقد على أن الأرض لهم مقابل خراج يدفعونه للمسلمين.

(١) التنف في الفتاوى، ج ١، ص ١٨٣، بدائع الصنائع، ج ٢، ص ٥٧، النور البادي في أحكام الأراضي مخطوط ورقة ١، النصوص المرضية مخطوط ورقة ٣، الفواكه الدواني، ج ١، ص ٤٧٠، الأحكام السلطانية للماوردي، ص ١٤٧، روضة الطالبين، ج ٢، ص ١٣٤، الأحكام السلطانية لأبي يعلى، ص ١٦٣، أحكام أهل الذمة، ج ١، ص ١٠٢، نظام الضرائب في الإسلام، ص ٣٩٦.

(٢) انظر: ص ٥٤.

(٣) التنف في الفتاوى، ج ١، ص ١٨٣، النور البادي في أحكام الأراضي مخطوط ورقة ٢.

(٤) راجع الخلاف في حكم الأراضي المفتوحة عنوة في ص ٥٤ من هذه الرسالة.

٣ - الأراضي التي جلا عنها أهلها بغير قتال فهذه يضرب عليها الإمام خراجًا يكون أجره لم تقر في يده من مسلم أو كافر^(١).

(١) النتف في الفتاوى، ج ١، ص ١٨٥، بدائع الصنائع، ج ٢، ص ٥٨، النور البادي في أحكام الأراضي مخطوط ورقة: ٢، النصوص المرضية مخطوط ورقة: ٣، منح الجليل، ج ٢، ص ٢٧، الأحكام السلطانية للماوردي، ص ١٤٧، روضة الطالبين، ج ٢، ص ٢٣٤، الأحكام السلطانية لأبي يعلى، ص ١٦٣ - ١٦٤، المقنع، ج ١، ص ٥١٠ - ٥١٢، أحكام أهل الذمة، ج ١، ص ١٠٢ - ١٠٦.

الباب الأول

بيع العقار

ويتضمن الفصول الآتية:

الفصل الأول: حكم بيع العقار وشروطه.

الفصل الثاني: زيادة العقار المبيع أو نقصه عما عقد عليه.

الفصل الثالث: قبض العقار في البيع.

الفصل الرابع: حكم بيع العقار المشتري قبل قبضه.

الفصل الخامس: ما يتبع العقار في البيع وما لا يتبعه.

الفصل السادس: الاستثناء في بيع العقار.

الفصل السابع: بيع عقار المحجور عليه.

الفصل الثامن: بيع العقار المرهون أو الموقوف.

الفصل التاسع: بيع العقارات المشاعة.

الفصل العاشر: بيع العلو والسفل وأجزائهما.

الفصل الأول

حكم بيع العقار وشروطه

حكم بيع العقار

اتفق الفقهاء على صحة بيع العقار في الجملة^(١). جاء في «المهذب»^(٢) قوله:

«يجوز بيع.. الأعيان المنتفع بها من المأكول والمشروب والملبوس والأراضي والعقار، لاتفاق أهل الأمصار في جميع الأعصار على بيعها من غير إنكار...».

وجاء في «المحرر»^(٣) قوله:

«كل ما أبيع نفعه واقتناؤه مطلقاً: فبيعه جائز، كالعقارات والمتاع...».

(١) الخراج لأبي يوسف، ص ١٣٥، مختصر القدوري، ج ٢، ص ٩، الهداية، ج ٥، ص ٩٧،
النتف في الفتاوى، ج ١، ص ٤٨٠، كشف الحقائق، ج ٢، ص ٥، المدونة، ج ٤،
ص ٣٣٣، الكافي في فقه أهل المدينة، ج ٢، ص ٦٦١، قوانين الأحكام الشرعية،
ص ٢٨٧، منح الجليل، ج ٥، ص ٢٨١، الوجيز، ج ١، ص ١٣٥، روضة الطالبين، ج ٣،
ص ٥٣٦، المجموع، ج ٩، ص ٢٤٧، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٨٠، نهاية المحتاج،
ج ٤، ص ١١٥، الأحكام السلطانية لأبي يعلى، ص ٢٠٣، المقنع، ج ٢، ص ٨،
الإفصاح، ج ١، ص ٣٤٤، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ٤، المغني، ج ٤،
ص ٨٦، الفروع، ج ٤، ص ٣٨، التنقيح، ص ١٢٣، الإنصاف، ج ٤، ص ٢٨٤، الإقناع،
ج ٢، ص ٥٩.

(٢) ج ١، ص ٢٦٩.

(٣) ج ١، ص ٢٨٤.

وجاء في «مراتب الإجماع»^(١) قوله :

«وانفقوا أن يبيع المرء عقاره من الدور، والحوائط، والحوانيت، ما لم يكن العقار بمكة: فهو جائز.

وانفقوا أن يبيع عقاره من المزارع والحوائط غير المشاعة جائز، ما لم يكن أرض عنوة غير أرض مقسومة».

شروط صحة بيع العقار :

يشترط لصحة بيع العقار سبعة شروط، وهي ذاتها تشترط في البيع، وهذه الشروط هي :

الشرط الأول: التراضي به.

الشرط الثاني: أن يكون العاقد جائز التصرف.

الشرط الثالث: أن يكون المبيع مالا.

الشرط الرابع: أن يكون مملوكا للبائع أو مأذونا له فيه.

الشرط الخامس: أن يكون مقدورا على تسليمه.

الشرط السادس: أن يكون معلوما.

الشرط السابع: أن يكون الثمن معلوما^(٢).

وسأتناول جزئيات بيع العقار التي تدخل تحت كل شرط من هذه

الشروط بالشرح والتفصيل فيما يلي :

(١) ص ٩٠.

(٢) تختلف المذاهب الأربعة في تعداد شروط صحة البيع، وقد اعتمدت ما في المذهب الحنبلي، فتراجع هذه الشروط في الكتب التالية: المقنع، ج ٢، ص ٤، الشرح الكبير، ج ٢، ص ٣٠٧، المبدع، ج ٤، ص ٧، الإقناع، ج ٢، ص ٥٧، كشف القناع، ج ٣، ص ١٤٩، الروض المربع، ج ٤، ص ٣٣١، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ١٤١.



الشرط الأول

التراضي بالبيع

الأصل في البيع أن يكون اختياريًا وبرضا العاقلين، لقوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبُطْلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾^(١).

ولما رواه أبو سعيد الخدري رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ «إنما البيع عن تراض». أخرجه ابن ماجه^(٢).

وسيكون الكلام عن هذا الشرط في ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: حكم نزع ملكية العقار للمنفعة العامة.

المطلب الثاني: حقيقة نزع ملكية العقار.

المطلب الثالث: إجراءات نزع ملكية العقار للمنفعة العامة.

(١) سورة النساء، آية: ٢٩.

(٢) سنن ابن ماجه، كتاب: التجارات، باب بيع الخيار، ج٢، ص٧٣٦، حديث رقم ٢١٨٥. قال في الزوائد: إسناده صحيح، ورجاله موثقون، رواه ابن حبان في صحيحه. وصححه الألباني في «إرواء الغليل»، ج٥، ص١٢٥.

المطلب الأول: حكم نزع ملكية العقار للمنفعة العامة:

نزع ملكية العقار بالقوة، لأجل المنفعة العامة، لا يتحقق فيه شرط الرضا فما حكمه؟

يمكن القول بأن الفقهاء متفقون - في الجملة - على صحة نزع ملكية العقار بالقوة للمنفعة العامة، كتوسعة مسجد، أو شق طريق أو نحوهما^(١).

وقد استدلوا على ذلك بأدلة منها:

الدليل الأول: ما رواه البخاري في صحيحه عن ابن شهاب في قصة هجرته ﷺ، وبناء مسجده بالمدينة؛ حيث قال: «.. ثم ركب راحلته فسار يمشي معه الناس حتى بركت عند مسجد الرسول ﷺ بالمدينة، وهو يصلي فيه يومئذ رجال من المسلمين، وكان مربداً^(٢) للتمر، لسهيل، وسهل غلامين يتيمن في حجر أسعد بن زرارة، فقال رسول الله ﷺ حين بركت به راحلته، «هذا إن شاء الله المنزل»، ثم دعا رسول الله ﷺ الغلامين فسأومهما بالمربد ليتخذن مسجداً، فقالا: لا بل نهبه لك يا رسول الله، فأبى رسول الله ﷺ أن يقبله منهما هبة حتى ابتاعه منهما ثم بناه مسجداً^(٣).

وجه الدلالة من الحديث:

- (١) تبين الحقائق، ج ٣، ص ٣٣٣، حاشية ابن عابدين، ج ٤، ص ٣٧٩، التاج والإكليل، ج ٤، ص ٢٥٢، مواهب الجليل، ج ٤، ص ٢٤٨، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج ٣، ص ٦، الشرح الصغير، ج ٣، ص ١٨، الأحكام السلطانية للماوردي، ص ١٦٢، المجموع شرح المهذب، ج ٩، ص ٤٣، ٤٥، ١٦٧، المقنع، ج ٢، ص ٤، الشرح الكبير، ج ٢، ص ٣٠٧، المبدع، ج ٤، ص ٧، الإقناع، ج ٢، ص ٥٨.
- (٢) المربد: الموضع الذي يجفف فيه التمر (فتح الباري، ج ٧، ص ٢٤٦).
- (٣) صحيح البخاري، كتاب مناقب الأنصار، باب هجرة النبي ﷺ وأصحابه إلى المدينة، ج ٥، ص ٧٨.

دلَّ الحديث على مشروعية استملاك العقار للمنفعة العامة، وهذا أول استملاك في الإسلام لمنفعة عامة^(١).

وفي الحديث كما يقول ابن القيم: «دليل على جواز بيع عقار اليتيم، وإن لم يكن محتاجاً إلى بيعه للنفقة، إذا كان في البيع مصلحة للمسلمين عامة لبناء مسجد أو سور أو نحوه»^(٢)، فلو لم يكن جائزاً إخراج الشيء من ملك صاحبه قهراً بثمنه للمصلحة الراجحة لما جاز بيع عقار اليتيم وهو غير محتاج إلى بيعه.

الدليل الثاني: ما ثبت في الصحيحين من حديث ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «من أعتق شركاً له في عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد، قوم العبد قيمة عدل، فأعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه، وإلا فقد عتق منه ما عتق»^(٣).

وجه الاستدلال بالحديث:

دلَّ الحديث على جواز إخراج الشيء من ملك صاحبه قهراً بثمنه للمصلحة الراجحة، ولهذا حين ذكر ابن القيم مسائل في التملك القهري أورد هذا الحديث ثم قال: «وصار هذا الحديث أصلاً في أن ما لا يمكن قسمة عينه، فإنه يباع ويقسم ثمنه، إذا طلب أحد الشركاء ذلك ويجبر الممتنع على البيع.

وصار أصلاً في أن من وجدت عليه المعاوضة أجبر على أن يعاوض بثمن المثل، لا بما يزيد عن الثمن.

(١) نزع ملكية العقار للمنفعة العامة، ص ٤٢٦.

(٢) بدائع الفوائد، ج ٣، ص ٢٠٨.

(٣) صحيح البخاري، كتاب العتق، باب إذا أعتق عبداً بين اثنين أو أمة بين شركاء، ج ٣، ص ١٨٩، صحيح مسلم، كتاب العتق، الباب الأول، ج ١٠، ص ١٣٥، (صحيح مسلم بشرح النووي).

وصار أصلاً في جواز إخراج الشيء من ملك صاحبه قهراً بثمنه للمصلحة الراجعة...»^(١).

الدليل الثالث: ما رواه البيهقي في سننه عن أبي هريرة قال: «لما أراد عمر بن الخطاب رضي الله عنه أن يزيد في مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم، وقعت زيادته على دار العباس بن عبد المطلب رضي الله عنه، فأراد عمر رضي الله عنه أن يدخلها في مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم، ويعوضه منها فأبى، وقال: قطيعة رسول الله صلى الله عليه وسلم، واختلفا، فجعلا بينهما أبي بن كعب رضي الله عنه، فأتياه في منزله، وكان يسمي سيد المسلمين، فأمر لهما بوسادة، فألقيت لهما، فجلسا عليها بين يديه، فذكر عمر ما أراد، وذكر العباس قطيعة رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال أبي: إن الله عز وجل أمر عبده ونبيه داود عليه السلام أن يبني له بيتاً، قال: أي رب، وأين هذا البيت؟ قال: حيث ترى الملك شاهراً سيفه! فرآه على الصخرة، وإذا ما هنالك يومئذ أندر^(٢) لغلام من بني إسرائيل، فأتاه داود فقال: إني قد أمرت أن أبني هذا المكان بيتاً لله عز وجل، فقال له الفتى: الله أمرك أن تأخذها مني بغير رضاي؟ قال: لا، فأوحى الله إلى داود عليه السلام أنني قد جعلت في يدك خزائن الأرض فأرضه، فأتاه داود فقال: إني قد أمرت برضاك، فلك بها قنطار من ذهب، قال: قد قبلت يا داود وهي خير أم القنطار؟

قال: بل هي خير، قال: فأرضني، قال: فلك بها ثلاثة قناطير، قال: فلم يزل يشدد على داود، حتى رضي منه بتسعة قناطير، قال العباس: اللهم لا آخذ لها ثواباً، وقد تصدقت بها على جماعة المسلمين، فقبلها عمر رضي الله عنه منه، فأدخلها في مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم.

(١) الطرق الحكيمة، ص ٢٥٩.

(٢) الأندر: البيدر الذي يجمع فيه القمح. القاموس المحيط، باب الرءاءن فصل النون، ج ٢،

ص ١٤٠، مختار الصحاح، باب النون، مادة: ندر، ص ٦٥٢.

وفي رواية أخرى أن عمر رضي الله عنه قال: «يا أبا الفضل، إنَّ مسجد المسلمين قد ضاق بهم، وقد ابتعت ما حوله من المنازل، نوسع به على المسلمين في مسجدهم إلاَّ دارك وحجر أمهات المؤمنين، فأما حجر أمهات المؤمنين فلا سبيل إليها، وأما دارك فبعنيها بما شئت من بيت مال المسلمين أوسع بها في مسجدهم فقال العباس: ما كنت لأفعل.

قال: فقال له عمر: اختر مني إحدى ثلاث: إما أن تبيعنيها بما شئت من بيت مال المسلمين، وإما أن أخطك حيث شئت من المدينة وأبنيها لك من بيت مال المسلمين، وإما أن تصدق بها على المسلمين فتوسع بها في مسجدهم»^(١).

وجه الدلالة من ذلك:

أنه حين دعت الحاجة إلى توسعة مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم في خلافة عمر قام عمر رضي الله عنه بشراء الدور المحيطة بالمسجد فيما عدا حجرات أمهات المؤمنين فلا يعرض لها، وأما غيرها من الدور فهو يقومها ويدفع لأربابها قيمتها رضوا أم كرهوا^(٢)، وحين امتنع العباس رضي الله عنه، خيره عمر رضي الله عنه في ثلاث خصال، مما يدل على أنه سوف يأخذ دار العباس، لتوسعة المسجد، رضى العباس أم كره.

الدليل الرابع: ما نقل عن توسعة المسجد الحرام في خلافة عمر بن الخطاب ثم في خلافة عثمان بن عفان رضي الله عنهما، وذلك أنه حين ضاق المسجد الحرام بالمصلين والطائفين اشترى عمر رضي الله عنه الدور المحيطة به، ودفع أقيامها لأهلها، ومن أبي منهم قوم داره ثم رصد أثمانها في خزانة الكعبة، وألزمهم بإحلالها وهدمها، وكذلك فعل عثمان رضي الله عنه في خلافته.

(١) السنن الكبرى، ج ٦، ص ١٦٨.

(٢) نزع ملكية العقار للمنفعة العامة، ص ٤٢٩.

نقل الأزرقى في «أخبار مكة وما جاء فيها من الآثار»^(١) بسنده عن ابن جريج قال: كان المسجد الحرام ليس عليه جدران محاطة إنما كانت الدور محدقة به من كل جانب، غير أن بين الدور أبوابًا يدخل منها الناس من كل نواحيه فضاقت على الناس فاشترى عمر بن الخطاب رضي الله عنه دورًا فهدمها، وأبى بعضهم أن يأخذ الثمن وتمنع من البيع فوضعت أثمانها في خزانة الكعبة حتى أخذوها بعد، ثم أحاط عليه جدارًا قصيرًا، وقال لهم عمر: إنما نزلتم على الكعبة فهو فناؤها ولم تنزل الكعبة عليهم، ثم كثر الناس في زمن عثمان بن عفان رضي الله عنه فوسع المسجد واشترى من قوم، وأبى آخرون أن يبيعوا، فهدم عليهم فصيحوا به فدعاهم فقال: إنما جرأكم عليّ حلمي عنكم فقد فعل بكم عمر هذا فلم يصح به أحد فاحتذيت على مثاله فصيحتم بي ثم أمر بهم إلى الحبس حتى كلمه فيهم عبدالله بن خالد بن أسيد فتركهم.

وجه الدلالة:

دلّ هذا الأثر على أن عمر وعثمان رضي الله عنهما قد نزعا ملكية العقارات المجاورة للمسجد الحرام بالقوة لتوسعة المسجد الحرام ودفعاً أقيامها لأهلها.

الدليل الخامس: الإجماع: وذلك أن نزع ملكية العقار لأجل المصلحة العامة كتوسعة مسجد، أو طريق كان يتم بمحضر من الصحابة والتابعين ولم يظهر من أحد منهم خلاف أو اعتراض على ذلك، فكان إجماعاً^(٢).

روى يحيى بن سعيد عن المطلب بن عبدالله بن حنطب قال: «لما ولي عثمان بن عفان سنة أربع وعشرين، كلمه الناس أن يزيد في مسجدهم، وشكوا إليه ضيقه يوم الجمعة، حتى أنهم ليصلون في الرحاب، فشاور فيه

(١) ج ٢، ص ٦٨ - ٦٩.

(٢) الشريعة الإسلامية لبدران أبو العينين، ص ٣٥٥ - ٣٥٦، نزع ملكية العقار للمنفعة العامة، ص ٤٣٥.

عثمان أهل الرأي من أصحاب رسول الله ﷺ فأجمعوا على أن يهدمه ويزيد فيه. فصلى الظهر بالناس ثم صعد المنبر فحمد الله وأثنى عليه، ثم قال: أيها الناس، إني قد أردت أن أهدم مسجد رسول الله ﷺ وأزيد فيه، وأشهد لسمعت رسول الله ﷺ يقول: من بنى لله مسجداً بنى الله له بيتاً في الجنة»^(١)، وقد كان لي فيه سلف وإمام سبقني وتقدمني عمر بن الخطاب، وكان قد زاد فيه وبناه، وقد شاورت أهل الرأي من أصحاب رسول الله ﷺ، فأجمعوا على هدمه وبنائه وتوسيعه، فحسن الناس يومئذ ذلك، ودعوا له، فأصبح فدعا بالعمال، وبأشرك ذلك بنفسه^(٢).

ومما سبق يظهر أن الشريعة الإسلامية قد أجازت انتزاع ملكية العقار بالقوة لأجل المصلحة العامة، وذلك داخل تحت القاعدة المشهورة: «يتحمل الضرر الخاص لأجل دفع الضرر العام»^(٣).

ولأن المصالح العامة مقدمة على المصالح الخاصة.

قال الشاطبي رحمه الله: «أنه إذا نشأ ضرر عام نتيجة امتناع الرجل من بيع داره أو فدانه، وقد اضطر إليه الناس لمسجد جامع أو غيره، فإنه يعتبر الضرر العام، لأن المصالح العامة مقدمة على المصالح الخاصة، بدليل النهي عن تلقي السلع، وعن بيع الحاضر للبادي، وقد زادوا في مسجد رسول الله ﷺ من غيره مما رضي أهله وما لا، وذلك يقضي بتقديم مصلحة العموم على مصلحة الخصوص، لكن بحيث لا يلحق الخصوص مضرة»^(٤).

* * *

(١) متفق عليه: صحيح البخاري، كتاب الصلاة، باب: من بنى مسجداً، ج ١، ص ١٢٢، صحيح مسلم، كتاب: المساجد ومواضع الصلاة، ج ٥، ص ١٤، «صحيح مسلم بشرح النووي».

(٢) وفاء الوفاء بأخبار مدينة المصطفى، السهمودي، ج ٢، ص ٥٠٢.

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص ٨٧.

(٤) نقلاً عن نزع ملكية العقار، ص ٤٣٣.

المطلب الثاني: حقيقة نزع ملكية العقار:

الشريعة الإسلامية حثت على احترام الملكية الفردية وعدم الاعتداء عليها، ولهذا كان الأصل في نقل الملك من مالك إلى آخر أن يكون برضا الطرفين، غير أنه في أحوال متعددة أجازت الشريعة الإسلامية انتزاع الملك من صاحبه بغير رضاه دفعًا لضرر خاص، أو جلبًا لمنفعة عامة، واستملاك العقار للمنفعة العامة كتوسعة مسجد أو طريق أو نحوهما لا يتحقق فيه شرط الرضا فكيف يمكن تسويغه؟

للفقهاء في الإجابة عن ذلك مسلكان:

المسلك الأول:

أن الإكراه نوعان:

الأول: إكراه بغير حق فهذا لا يصح وما أخذ به يجب رده.

الثاني: إكراه بحق، كمن أجبر على بيع داره لتوسعة مسجد أو طريق، فيصح البيع، لأنه قول حمل عليه بحق فصح^(١).

وهذا المسلك: يعتمد في نقل الملك في العقود القهرية على عبارة المالك الصادرة عن إكراه، فيكون استثناء من اشتراط رضا العاقد^(٢).

(١) تبين الحقائق، ج ٤، ص ٢ - ٣، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج ٣، ص ٦، بلغة السالك، ج ٢، ص ٣٤٦، منح الجليل، ج ٤، ص ٤٤١، المهذب، ج ١، ص ٢٦٤، المجموع، ج ٩، ص ١٥٩، روضة الطالبين، ج ٣، ص ٣٤٢، نهاية المحتاج، ج ٣، ص ٣٧٥، إعانة الطالبين، ج ٣، ص ٧، المقنع، ج ٢، ص ٤، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ٤.

(٢) نزع ملكية العقار للمنفعة العامة، ٢٤٩٢، المعاملات الشرعية لأحمد إبراهيم، ص ٧٣.

المسلك الثاني:

أنه لا يعتبر في العقود الجبرية رضا المالك، ولا عبارته، ولا يكون هو مباشراً للعقد، بل يباشره عنه غيره، ويقوم ولي الأمر مقام المالك بحكم الشرع في هذه المبادلة ويغني رضا ولي الأمر عن رضا المالك^(١)، وقد اختار شيخ الإسلام ابن تيمية^(٢) وتلميذه ابن القيم^(٣) هذا المسلك.

خلاصة القول: أن ولي الأمر بما له من ولاية عامة يقوم في العقود الجبرية مقام البائع وهو المالك، ومقام المشتري وهو بيت المال.

وقد أشار إلى ذلك عز الدين بن عبد السلام في «قواعد الأحكام»^(٤) حيث قال:

«... وأما ما خالف القياس في المعاوضات وغيرها من التصرفات فله

أمثلة:

منها: أن الرضا شرط في جميع التصرفات إلا أن يتعذر رضا المتصرف والعامل ورضا نائبهما، فإن الحاكم يتصرف فيما لزمه من التصرفات القابلة للنيابة مع غيبته أو امتناعه على كره منهم، إيصالاً للحق إلى مستحقه، ونفعاً للمقتنع ببراءته من الحق، وقد فعل ذلك عمر رضي الله عنه بأسيفيع جهينة^(٥).

(١) نزع ملكية العقار للمنفعة العامة، ص ٤٩٣.

(٢) نظرية العقد لابن تيمية، ص ١٥٣.

(٣) الطرق الحكمية، ص ٢٦٢.

(٤) قواعد الأحكام، ج ٢، ص ١٧٤.

(٥) أخرجه مالك في الموطأ، كتاب الوصية، باب جامع القضاء وكراهيته، ج ٢، ص ٧٧٠، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب التفليس، باب الحجر على المفلس وبيع ماله في ديونه، ج ٦، ص ٤٩، قال ابن حجر في تلخيص الحبير، ج ٣، ص ٤٠: هو منقطع وذكر أنه وصله الدارقطني في العلل، وضعفه الألباني في «إرواء الغليل»، ج ٥، ص ٢٦٢.

وبعد: فهذان مسلكان في حقيقة نزع الملكية من صاحبه جبراً:

أولهما: يعتمد على عبارة المالك الصادرة عن إكراه.

وثانيهما: لا يعتبر في العقود الجبرية رضا المالك ولا عبارته، ولا يكون مباشراً للعقد، بل يباشر عنه غيره.

ويرى بعض الفقهاء أن ولي الأمر: هو بالخيار: إن شاء باع ماله بغير إذنه، وإن شاء أكرهه على بيعه وعززه بالحبس وغيره حتى يبيعه^(١). والله أعلم.

المطلب الثالث: إجراءات نزع ملكية العقار للمنفعة العامة:

يتناول الحديث في هذا المطلب: كيفية نزع ملكية العقار، وتقويم العقار، وتفصيل القول في ذلك هو كما يلي:

أولاً: كيفية نزع ملكية العقار:

المصلحة العامة إذا دعت إلى استملاك شيء من العقار فإن ولي الأمر أو نائبه يتبع في نزع ملكيته ما يلي:

أن يساوم أهل العقار المراد استملاكه في بيعه، فإن هم أجابوه ورضوا فيها، وذلك لفعل رسول الله ﷺ وفعل صحابته، فقد أخرج البخاري في صحيحه عن أنس رضي الله عنه قال: «أمر النبي ﷺ ببناء المسجد فقال: يا بني النجار ثامنوني بحائطكم هذا.

قالوا: لا والله، لا نطلب ثمنه إلا إلى الله»^(٢).

(١) المجموع ج ٩، ص ١٥٩، مغني المحتاج ج ٢، ص ٨.

(٢) صحيح البخاري، كتاب مناقب الأنصار، باب مقدم النبي ﷺ وأصحابه المدينة، ج ٥،

وفي حديث آخر في بيان قصة بناء مسجده عليه السلام جاء فيه: «.. ثم دعا رسول الله ﷺ الغلامين فساومهما بالمربد ليتخذنه مسجداً» الحديث^(١). وأخرج البيهقي عن أبي هريرة رضي الله عنه في بيان توسعة عمر رضي الله عنه لمسجد رسول الله ﷺ حين وقعت التوسعة على دار العباس بن عبد المطلب رواية جاء فيها: «يا أبا الفضل إن مسجد المسلمين قد ضاق بهم، وقد ابتعت ما حوله من المنازل، نوسّع بها على المسلمين في مسجدهم إلا دارك وحجر أمهات المؤمنين، فأما حجر أمهات المؤمنين فلا سبيل إليها، وأما دارك فبعنيها بما شئت من بيت مال المسلمين أوسّع بها في مسجدم...»^(٢).

فإن ساومه ولي الأمر، أو من يقوم مقامه، فامتنع، قوّم العقار، ودفع قيمته من بيت مال المسلمين، فإن امتنع من أخذ القيمة رصدت في بيت المال حتى يأخذها.

وقد سبقت الأدلة على ذلك في المطلب الأول.

ومما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد أنه: «ليس للمالك أن يأبى حين يدعوه داعي المصلحة العامة إلى بيع ملكه، فإن أبى كان غير محق في إباطه، وكان إباطه عنّا وظلمًا، فيقوم ولي الأمر مقامه في هذه المعاوضة، دفعًا لهذا الظلم، وحماية للنفع العام»^(٣).

ثانيًا: تقويم العقار:

ويتناول الحديث فيه النقاط التالية:

١ - مشروعية التقويم.

(١) سبق تخريجه. ص ١١٢.

(٢) السنن الكبرى، ج ٦، ص ١٦٨، وسبق في ص ١١٥.

(٣) نزع ملكية العقار للمنفعة العامة، ص ٤٩٨.

- ٢ - ما يشترط في التقويم.
 - ٣ - اختلاف المقومين.
 - ٤ - الزمن الذي يعتبر فيه التقويم.
 - ٥ - إذا حصل التقويم وتأخر تسليم القيمة عن زمن التقويم.
- وبيان ذلك فيما يلي:

١ - مشروعية التقويم:

اتفق الفقهاء على جواز أخذ الملك من صاحبه للمصلحة العامة إذا دفع له ثمن المثل مقدراً بمعرفة أهل الخبرة المتصفين بالعدالة^(١).

وثن المثل: ما ينتهي إليه رغبات الناس، وهو القيمة.

وأما الثمن عند الإطلاق فهو: ما يدفع عوضاً عن العين^(٢)، زاد عن القيمة الحقيقية، أو نقص عنها.

قال ابن عابدين: «الفرق بين الثمن والقيمة: أن الثمن: ما تراضى عليه المتعاقدون، سواء زاد عن القيمة أو نقص. والقيمة: ما قوم به الشيء، بمنزلة المعيار، من غير زيادة ولا نقصان»^(٣).

(١) تبين الحقائق، ج٣، ص٣٣٣، درر الأحكام شرح غرر الأحكام، ج٢، ص١٣٦، الدر المختار، ج٤، ص٣٧٩، حاشية ابن عابدين، ج٤، ص٣٧٩، مجلة الأحكام العدلية المادة ١٢١٦، مرشد الحيران، المادة ١٦٥، التاج والإكليل، ج٤، ص٢٥٢، مواهب الجليل، ج٤، ص٢٥٣، الأحكام السلطانية للماوردي، ص١٦٢، المجموع، ج٩، ص٤٥، الطرق المحكمية، ص٢٥٣، القواعد لابن رجب، ص٧٣، نزاع ملكية العقار للمنفعة العامة، ص٤٩٩، الملكية في الشريعة الإسلامية للعبادي، ج٢، ص١٧٩، المدخل الفقهي العام لمصطفى الزرقاء، ج١، ص٢٤٨، المعاملات الشرعية المالية لأحمد إبراهيم، ص٧٣.

(٢) الفتاوى الفقهية لابن حجر الهيتمي، ج٢، ص٢٢٧، جامع الرموز، ج٢، ص٢.

(٣) حاشية ابن عابدين، ج٤، ص٥٧٥.

وقال ابن حجر: «قيمة الشيء ما تنتهي إليه الرغبة فيه.. والضمن: ما يقابل به المبيع عند البيع»^(١).

«والحاصل: أن ما يقدره العاقدان بكونه عوضاً للمبيع في عقد البيع يسمى ثمناً.

وما يقدره أهل السوق والخبرة يسمى قيمة.

وعليه فإن الثمن قد يكون مساوياً للقيمة، وقد يكون زائداً عن القيمة، وقد يكون ناقصاً عن القيمة»^(٢).

وقد وردت أدلة متعددة على مشروعية التقويم، منها: قوله ﷺ: «من أعتق شركاً له في عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم العبد عليه قيمة عدل فأعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه العبد، وإلا فقد عتق منه ما عتق»^(٣).

قال ابن القيم: «وصار هذا الحديث أصلاً في أن من وجدت عليه المعاوضة أجبر على أن يعاوض بثمن المثل، لا بما يزيد عن الثمن»^(٤).

وقد دلّ على مشروعية التقويم أيضاً فعل الصحابة رضي الله عنهم في توسعة المسجد الحرام، كما سبق بيانه.

٢ - ما يشترط في التقويم:

يشترط لصحة التقويم ما يلي:

١ - أن يكون المقوم عدلاً.

٢ - أن يكون خبيراً بأقيام السلع، وما يطرأ عليها من ارتفاع أو هبوط.

(١) فتح الباري، ج ١٢، ص ١٠٥.

(٢) كشف اصطلاحات الفنون، ج ١، ص ٢٥٣.

(٣) سبق تخريجه، ص ١١٣.

(٤) الطرق الحكمية، ص ٢٥٩.

٣ - أن يكون التقويم بالنقد المتعارف عليه في البلد.

٤ - مشاهدة العين المقومة، والإحاطة بجميع صفاتها^(١).

٥ - أن يكون عدد المقومين اثنين فصاعدًا.

وهذا الشرط قد اختلف الفقهاء فيه هل يكفي مقوم واحد أو لا بد من اثنين على قولين:

القول الأول: أنه لا بد من اثنين، وبه قال مالك في رواية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤).

القول الثاني: أنه يكفي مقوم واحد، وبه قال الحنفية^(٥)، والإمام مالك في رواية عنه^(٦).

-
- (١) أدب القضاء، ابن أبي الدم، ص ٤٢٩، الأشباه والنظائر للسيوطي، ص ٣٥٦، مرشد الحيران المادة ١٦٥، نزع ملكية العقار للمنفعة العامة، ص ٥٠٠، ٥٠٢، المعاملات الشرعية المالية لأحمد إبراهيم بك، ص ٧٣.
- (٢) الفروق، ج ١، ص ٩، تهذيب الفروق، ج ١، ص ١٥، الشرح الصغير، ج ٣، ص ٦٧، منح الجليل، ج ٧، ص ٢٥٤.
- (٣) المهذب، ج ٢، ص ٣٠٧، الوجيز، ج ٢، ص ٢٤٧، روضة الطالبين، ج ١١، ص ٢٠١، مغني المحتاج، ج ٤، ص ٤١٩، نهاية المحتاج، ج ٨، ص ٢٦٩.
- (٤) المقنع، ج ٤، ص ٢٨٧، المغني، ج ٩، ص ١٢٦، المبدع، ج ١٠، ص ١٣٤، الإنصاف، ج ١١، ص ٣٥٤.
- (٥) الهداية، ج ٨، ص ٦، بدائع الصنائع، ج ٧، ص ١٩، الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص ٢٢٣، الاختيار لتعليل المختار، ج ٢، ص ٧٣.
- (٦) الفروق، ج ١، ص ٩، منح الجليل، ج ٧، ص ٢٥٤.
- ويلاحظ أن الإمام مالك يرى أنه إذا تعلق بالتقويم حد كالسرقة فلا بد من اثنين قولاً واحداً.
- قال القرافي في الفروق، ج ١، ص ٩: «المقوم للسلع وأروش الجنائيات والسرقات والغصب، وغيرها قال مالك: يكفي الواحد في التقويم إلا أن يتعلق بالقيم حد كالسرقة فلا بد من اثنين، وروى لا بد من اثنين في كل موضع».

قال القرافي:

«ومنشأ الخلاف حصول ثلاثة أشباه:

شبه الشهادة، لأنه إلزام لمعين وهو ظاهر. وشبه الرواية، لأن المقوم متصد لما لا يتناهى كما.. في المترجم والقائف، وهو ضعيف، لأن الشاهد كذلك. وشبه الحاكم، لأن حكمه ينفذ في القيمة، والحاكم ينفذه، وهو أظهر من شبه الرواية»^(١).

وبناء عليه فإن من اشترط التعدد رأى أن التقييم: شهادة محضة^(٢).

ومن قال إنه يكفي بقول الواحد العدل فيه لم يلحق التقييم بالشهادة فاعتبر قوله، لأنه ينفذ ما يجتهد فيه أشبه القائف والحاكم^(٣). والله أعلم.

٣ - اختلاف المقومين:

إذا اختلف المقومون في تحديد القيمة، فقومه بعضهم بألف مثلاً، وقومه بعضهم الآخر بأقل من ذلك فبم يؤخذ؟
والإجابة على ذلك هي:

أنه لا يخلو إما أن يتعلق بالتقييم حدٌ أو لا:

فإن تعلق بالتقييم حد كالسرقة فلا قطع؛ لأن الحدود تدرأ بالشبهات، فلو شهد شاهدان بسرقة، فقوم أحدهما المسروق نصاباً، والآخر دونه، فلا قطع للشبهة^(٤).

(١) الفروق، ج ١، ص ٩ - ١٠.

(٢) مغني المحتاج، المبدع، ج ١٠، ص ١٣٤، كشاف القناع، ج ٦، ص ٣٨٠، نزع ملكية العقار، ص ٥٠١.

(٣) الهداية، ج ٨، ص ٦، الاختيار لتعليل المختار، ج ٢، ص ٧٣، كشاف القناع، ج ٦، ص ٣٨٠، بدائع الفوائد، ج ١، ص ٦.

(٤) فتح القدير، ج ٦، ص ٦٢، مجمع الأنهر، ج ١، ص ٦١٥، منح الجليل، ج ٩، =

وإن لم يتعلق بالتقويم حدًّا، فقد اختلف الفقهاء في ذلك على أقوال:
القول الأول: أنه يؤخذ بالأكثر، وبه قال الحنفية^(١)، وأبو العباس من
 الشافعية^(٢)، وقال القاضي من الحنابلة ويتوجه لنا مثل ذلك^(٣).

وقد استدل لهذا القول:

بأن الأصل أن البينة المظهرة للزيادة أولى، لأنه لا معارض لها في قدر
 الزيادة فيجب العمل بها في ذلك القدر لخلوه عن المعارض^(٤).
 ولأنه قد شهد بالزيادة شاهدان، وهما حجة فيؤخذ بهما كما يؤخذ
 بالزيادة في الأخبار^(٥).

وقد أجيب عن ذلك:

بأن من شهد أن قيمته أقل تنفي أن قيمته أكثر فقد تعارضت البيتان في
 الزائد^(٦).

وتخالف الشهادة: الأخبار، فإن من روى الناقص لا ينفي الزيادة^(٧).

القول الثاني: أنه يؤخذ بالأقل، وبه قال الشافعية^(٨)، والحنابلة^(٩).

=ص ٢٩٩، الفروق، ج ١، ص ٩، المهذب، ج ٢، ص ٣٤٠، الإقناع، ج ٤، ص ٢٨٤،
 كشف القناع، ج ٦، ص ١٤٨.

(١) بدائع الصنائع، ج ٦، ص ٢٤١، الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص ٣٦٦.

(٢) المهذب، ج ٢، ص ٣١٥.

(٣) الشرح الكبير، ج ٦، ص ٣٣٨، الإنصاف، ج ١١، ص ٤٠٧.

(٤) بدائع الصنائع، ج ٦، ص ٢٤١.

(٥) الشرح الكبير، ج ٦، ص ٣٣٨.

(٦) المهذب، ج ٢، ص ٣٤٠، الشرح الكبير، ج ٦، ص ٣٣٨، ٣٣٩.

(٧) الشرح الكبير، ج ٦، ص ٣٣٨، المبدع، ج ١٠، ص ١٧٥، حاشية المقنع، ج ٤،
 ص ٣٠٧.

(٨) المهذب، ج ٢، ص ٣٤٠، التنبيه، ص ٢٧٣.

(٩) المقنع، ج ٤، ص ٣٠٧، المحرر، ج ٢، ص ٢٣٩، المبدع، ج ١٠، ص ١٧٥، الإنصاف،

ج ١١، ص ٤٠٧، الإقناع، ج ٤، ص ٤٢٧، كشف القناع، ج ٦، ص ٣٩٩.

وقد استدل لهذا القول:

بأن الأقل متيقن، والزائد مشكوك فيه.

ولأن البينة التي شهدت بالأقل ربما اطلعت على ما يوجب النقص، فتكون شهادة بزيادة خفية على بينة الأكثر^(١).

القول الثالث: أن البيئتين تسقطان لتعارضهما في الزائد، وهو قول عند الحنابلة^(٢).

الترجيح:

لعلّ الراجح هو القول الثاني، لقوة ما علّل به له.

ولأن ما علل به للقول الأول قد أجيب عنه. والله تعالى أعلم.

والخلاف السابق إذا كان بكل قيمة مقومان، أما إذا قال بكل قيمة

شخص واحد فقد اختلف في الحكم على أقوال:

(١) المبدع، ج ١٠، ص ١٧٥.

(٢) المحرّر، ج ٢، ص ٢٣٩، المبدع، ج ١٠، ص ١٧٥، الإنصاف، ج ١١، ص ٤٠٧،

الفروع، ج ٦، ص ٥٤٣.

ومما ينبغي التنبيه عليه: أنني لم أجد للمالكية نصًا صريحًا في هذه المسألة، وقد يرجع ذلك إلى أن المعتمد عند المالكية أن التقويم إذا لم يتعلق به حد فيكفي فيه مقوم واحد كما سبق نقل ذلك عن القرافي.

وأما إذا تعلّق به حد فلا بد من اثنين، ولهذا قد نصّوا في السرقة على حكم اختلاف المقومين: قال في منح الجليل، ج ٩، ص ٣٣ «وفي الجلاب وغيره المعتبر قيمتها يوم السرقة لا يوم الحد، وفيها يقوم السرقة أهل العدل والبصر، قيل: فإن اختلف المقومون، قال: إن اجتمع عدلان بصيران أن قيمتها ثلاثة دراهم قطع، ولا يقطع بقيمة رجل واحد، ومثله في سماع عيسى بن رشد معناه في الاختيار لا أنه لا يجوز إلا ذلك، لأن كل ما يبتدئ فيه القاضي بالسؤال فالواحد يجزئ فيه، لأنه خبر لا شهادة، وفي مختصر الوقار للإمام مالك رحمته الله إن قوم بثلاثة وقوم بدونها فلا يقطع فيه. اللخمي: وهو أيّن ولم يحكه ابن رشد..»

القول الأول: أنه يثبت الأقل، لأنه اتفق عليه المقومان، وبه قال الشافعية^(١)، والحنابلة على الراجح في مذهبهم^(٢)، وبه قال أبو يوسف، ومحمد من الحنفية^(٣).

وقد صرح الشافعية والحنابلة في هذا الموضوع أن له أن يحلف على الأكثر ويحكم له؛ لأنه انفرد به واحد فقضى به مع اليمين^(٤).

القول الثاني: أنه لا يثبت شيء، لتعارضهما، وبه قال: أبو حنيفة^(٥)، والحنابلة على قول في مذهبهم^(٦).

ولعل الراجح: هو القول الأول، لقوة ما علل به له.

وهذا الحكم إذا كانت العين تالفة، كما إذا هدم العقار المنزوع.

وأما إذا اختلف المقومون في قيمة عين قائمة، قدمت بينة ما يصدقها الحس، فإن احتمل ما شهدت به أخذ بينة الأكثر.

(١) المهذب، ج ٢، ص ٣٤٠، التنبيه، ص ٢٧٣.

(٢) الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٤، ص ٥٥٤، المحرر، ج ٢، ص ٢٣٩، الفروع، ج ٦، ص ٥٤٣، الإنصاف، ج ١١، ص ٤٠٧، المبدع، ج ١٠، ص ١٧٥، الإقناع، ج ٤، ص ٤٢٧، الشرح الكبير، ج ٦، ص ٣٣٨.

(٣) الهداية، ج ٦، ص ٥٥، فتاوى قاضيخان، ج ٢، ص ٣٧٦، فتح القدير، ج ٦، ص ٥٥، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٢٠٦، الفتاوى الهندية، ج ٣، ص ٥٠٤.

(٤) المهذب، ج ٢، ص ٣٤٠، التنبيه، ص ٢٧٣، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٤، ص ٥٥٤، الفروع، ج ٦، ص ٥٤٣، الإقناع، ج ٤، ص ٤٢٧، الإنصاف، ج ١١، ص ٤٠٨، كشف القناع، ج ٦، ص ٣٩٩.

(٥) الهداية، ج ٦، ص ٥٥، فتاوى قاضيخان، ج ٢، ص ٣٧٦، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٢٠٦، الفتاوى الهندية، ج ٣، ص ٥٠٣.

(٦) المحرر، ج ٢، ص ٢٣٩، الإنصاف، ج ١١، ص ٤٠٨.

قال: ابن نصر الله من الحنابلة: لو اختلفت بينتان في قيمة عين قائمة لیتيم يريد الوصي بيعها، أخذ بينة الأكثر فيما يظهر^(١).

٤ - الزمن الذي يعتبر فيه التقويم:

المعتبر في تحديد القيمة هو وقت التقويم، فلا يعتبر في التقويم قيمة الشيء في الزمن السابق، أو اللاحق^(٢).

(١) المبدع، ج ١٠، ص ١٧٦، الإنصاف، ج ١١، ص ٤٠٨، الإقناع، ج ٢، ص ٤٢٧، كشف القناع، ج ٦، ص ٣٩٩، شرح منتهى الإرادات، ج ٣، ص ٥٣٤.

وفي بعض كتب الحنفية ما يوافق ذلك: قال في «مجمع الأنهر» في: كتاب الإعتاق، ج ١، ص ٥١٦ ما نصه: «... ولو اختلفا في القيمة يوم العتق، فإن كان قائماً يقوم للحال، وإن كان هالكاً فالقول للمعتق، لأنه منكر» اهـ وإن كان هذا في غير العقار إلا أنه يدل على أن الحنفية يفرقون بين العين القائمة والهالكة.

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص ٣٦٢، فتاوى السبكي، ج ٢، ص ٥٣٧، الأشباه والنظائر للسيوطي، ص ٣٥٥، نزع ملكية العقار، ص ٥٠٣.

وقد نص الفقهاء على ذكر زمن التقويم في بعض المسائل.

فمن ذلك: مقدار النصاب في السرقة، قالوا المعتبر فيه: وقت إخراجه من الحرز لا قبله ولا بعده: وبه قال الأئمة الثلاثة، ورواية عن أبي حنيفة.

والرواية الثانية عنه: أنه يعتبر وقت السرقة والقطع جميعاً. (بدائع الصنائع، ج ٧، ص ٧٨، فتح القدير، ج ٤، ص ٢٥٧، الشرح الصغير، ج ٣، ص ٤٧٣، منح الجليل، ج ٩، ص ٢٩٩، مغني المحتاج، ج ٤، ص ١٥٨، التنبيه، ص ٢٤٥، المقنع، ج ٤، ص ١٢٥، شرح منتهى الإرادات، ج ٣، ص ٣٦٥).

ومن ذلك:

المغضوب القيمي إذا هلك تعتبر قيمته يوم غضبه: عند الحنفية والمالكية ورواية عن الإمام أحمد.

وقيل: يضمن بأقصى قيمة من يوم الغضب إلى يوم التلف، وهو مذهب الشافعية، ورواية عن الإمام أحمد.

وقيل: يضمن بقيمته يوم تلفه، وهو المشهور من مذهب الإمام أحمد. (الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣٧٣، الشرح الصغير، ج ٣، ص ١٣، ٢١، التنبيه، ص ١١٤، الوجيز، ج ١، ص ٢٠٩، المقنع، ج ٢، ص ٢٤٨، الإنصاف، ج ٦، ص ١٩٤ - ١٩٥.

وعلى هذا فلو أراد ولي الأمر استملاك عقار لمنفعة عامة فإنه تعتبر قيمته وقت التقويم، سواء كانت هذه القيمة مساوية لقيمته قبل أو بعد ذلك أو لم تكن مساوية، وسواء كانت مساوية لثمنه الحقيقي عند إنشائه أو غير مساوية، فلو كانت تكلفة إنشاء عمارة من العمائر خمسة ملايين ريال مثلاً حين أنشئت عام ١٤٠٤هـ، وكانت قيمتها في عام ١٤٠٥هـ تساوي ستة ملايين ريال مثلاً، وفي عام ١٤٠٦هـ اقتضت المصلحة العامة استملاكها لتوسيع طريق أو مسجد أو نحو ذلك وكانت قيمتها حينئذٍ أربعة ملايين ريال فإنه يدفع لصاحبها الأربعة ملايين فقط، لأن المعتبر قيمتها وقت التقويم.

٥ - إذا حصل التقويم وتأخر تسليم القيمة عن زمن التقويم:

إذا حصل التقويم وتأخر تسليم القيمة مدة حدث فيها تغير في الأسعار زيادة أو نقصاناً، فهل يعمل بالتقويم السابق أو يبطل ويعاد تقويمها من جديد؟

قبل ذكر حكم هذه المسألة يحسن إيراد ما يلي:

١ - أن الأصل في انتزاع الأموال قهراً إنما شرع لرفع الضرر.

= ومن ذلك:

من أعتق شركاً له في عبد وهو موسر بقيمة باقية عتق كله وعليه قيمة باقية يوم العتق لشريكه عند الجمهور.

وقيل: يوم الحكم لا يوم العتق على المشهور عند المالكية. الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص ٣٦٣، مجمع الأنهر، ج ١، ص ٥١٦، مختصر خليل مع منح الجليل، ج ٩، ص ٤٠٠، التنبيه، ص ١٤٤، مغني المحتاج، ج ٤، ص ٤٩٦، المقنع، ج ٢، ص ٤٨١، المغني، ج ٩، ص ٣٢٩.

٢ - أن الضرر لا يُزال بضرر مثله.

٣ - أن الأصل في التمليكات المشروعة لإزالة الضرر كأخذ بالشفعة وتقويم الشقص من العبد المشترك أن تدفع القيمة حالاً.

٤ - الملك في العقود القهرية هل يتوقف على دفع الثمن، أو يقع بدونه مضموناً في الذمة؟

وعلى ضوء ما سبق أقول:

اختلف الفقهاء في التمليكات المشروعة لإزالة الضرر كأخذ بالشفعة وكتقويم الشقص من العبد المشترك، ومثله نزع ملكية العقار للمنفعة العامة هل يتوقف الملك على دفع الثمن إلى صاحبه أو يقع الملك وتثبت القيمة في الذمة على القولين^(١):

القول الأول: أن الملك لا يقع إلا بدفع القيمة، وهو مقتضى قول أبي حنيفة^(٢)، وأحد قولي المالكية^(٣)، وبه قال الشافعي في قول له^(٤).

(١) يلاحظ أن نصوص بعض الفقهاء في هذه المسألة ليست صريحة فيما اطلعت عليه لكن تفهم أقوالهم مما ذكروه في الشفعة والعتق، وأما ابن رجب الحنبلي فعبارته صريحة في القواعد الفقهية، ص ٧٣، ونقل ذلك عنه الدكتور عبد العزيز بن محمد العبد المنعم في رسالته: نزع ملكية العقار، ص ٥٠٦.

(٢) الهداية، ج ٣، ص ٣٨٠، مجمع الأنهر، ج ١، ص ٥١٦، ج ٢، ص ٤٧٦، الفتاوى الهندية، ج ٢، ص ٩ وفيها: ومعتق البعض كالمكاتب في توقف عتق كله على أداء البذل. ثم قال: ويجب إزالة الملك عن الباقي بالاستسعاء أو الإعتاق، وإذا زال كل ملكه يعتق حينئذ.

(٣) بداية المجتهد، ج ٢، ص ٣٦٨، منح الجليل، ج ٧، ص ٢٢١، ج ٩، ص ٤٠٠، قوانين الأحكام الشرعية، ص ٤٠٩.

(٤) المهذب، ج ٢، ص ٤، التنبيه، ص ١٤٤، الوجيز، ج ٢، ص ٢٧٥، مغني المحتاج، ج ٤، ص ٤٩٦، نهاية المحتاج، ج ٨، ص ٣٦٠.

وهو وجه في مذهب الحنابلة^(١)، اختاره شيخ الإسلام ابن تيمية^(٢).

القول الثاني: أن الملك يقع وتثبت القيمة في الذمة، وهو أحد قولي المالكية^(٣)، وبه قال الشافعي في أحد أقواله^(٤)، والحنابلة في وجه^(٥).

وقد رجح القول الأول لأن التسليط على انتزاع الأموال قهراً إن لم يقترن به دفع العوض، وإلا حصل به ضرورة فساد، وأصل الانتزاع القهري إنما شرع لدفع الضرر، والضرر لا يزال بالضرر^(٦).

ولهذا نص الإمام أحمد رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ في الشفعة: أنه إذا لم يحضر المال مدة طويلة بطلت شفيعته.

ونص في فسخ البائع: أنه لا ينفذ بدون ردّ الثمن^(٧).

(١) القواعد الفقهية، ص ٧٣، المبدع، ج ٦، ص ٣٠١، المحرر، ج ١، ص ٣٦٦، الإنصاف، ج ٦، ص ٣٠١، كشاف القناع، ج ٤، ص ١٦٠، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٤٤٦، حاشية المقنع، ج ٢، ص ٤٨١.

(٢) القواعد الفقهية، ص ٧٣، المبدع، ج ٦، ص ٣٠١، حاشية المقنع، ج ٢، ص ٤٨٢.

(٣) منح الجليل، ج ٩، ص ٤٠٠، قوانين الأحكام الشرعية، ص ٤٠٩، الشرح الصغير، ج ٣، ص ٥١٠، بلغة السالك، ج ٣، ص ٥١٠.

(٤) المهذب، ج ٢، ص ٤، التنبيه، ص ١٤٤، الوجيز، ج ٢، ص ٢٧٥، مغني المحتاج، ج ٤، ص ٤٩٦، نهاية المحتاج، ج ٨، ص ٣٦٠.

وللشافعي قولٌ ثالثٌ في العتق هو: أنه موقوف، فإن دفع القيمة حكمنا بأنه عتق في الحال، وإن لم يدفع حكمنا بأنه لم يعتق.

قلت: وقد تقاس بقية الصور على العتق عند الشافعية. والله أعلم.

(٥) القواعد الفقهية، ص ٧٣، المبدع، ج ٦، ص ٣٠١، حاشية المقنع، ج ٢، ص ٤٨١.

ويلاحظ أن الحنابلة رحمهم الله قد نصّوا على أن من أعتق شركاً له في عبد وهو موسر بقيمة باقية عتق كله بنفس العتق وعليه قيمة باقية لشريكه كما هو ربح في المقنع، ج ٢، ص ٤٨١، والمغني، ج ٩، ص ٣٣٧، وإنما الوجهان حكاهما ابن رجب في القواعد الفقهية، ص ٧٣ في بقية الصور.

(٦) القواعد الفقهية، ص ٧٣، نزع ملكية العقار للمنفعة العامة، ص ٥٠٦.

(٧) ينظر: المصدران السابقان.

وبناء على ذلك رجَّح الدكتور عبد العزيز بن محمد العبد المنعم أنه :
«إذا حصل التقويم لأرباب الأملاك، ولم تدفع لهم القيمة حتى مضى زمن
تغيرت فيه القيمة بزيادة أو نقصان، فينبغي إعادة التقويم دفعًا للظلم عن
أصحاب الأملاك في حال الزيادة، وعن بيت المال أو غيره في حالة
النقصان»^(١).

وحتى يتضح القول في إعادة التقويم أو عدم إعادته أقول :

إنَّ الفقهاء قد اختلفوا في وقت اعتبار قيمة العبد - وهو أصل في
التقويم^(٢)؛ لأنه الذي ورد فيه النص إذا أعتق أحد الشريكين نصيبه وهو
موسر بقيمة باقية متى تعتبر هل تعتبر يوم الإعتاق أو يوم الحكم بالعتق عند
من يقول به أو أكثر القيمتين على أقوال :

أحدها : أن المعبر قيمته يوم العتق، وبه قال الحنفية^(٣) والحنابلة^(٤)،
وهو المشهور عند الشافعية^(٥)، وقول عند المالكية^(٦).

(١) نزع ملكية العقار للمنفعة العامة، ص ٥٠٧.

(٢) قال ابن القيم في الطرق الحكمية، ص ٢٥٩، بعد إيراد حديث من أعتق شركًا له في
عبد: وصار أصلًا في جواز إخراج الشيء من ملك صاحبه قهرًا بثمنه للمصلحة الراجحة.
وقال ابن حجر: وفي هذا الحديث دليل على أن الموسر إذا أعتق نصيبه من مملوك عتق
كله.. واستدل على أن من أتلف شيئًا من الحيوان فعليه قيمته لا مثله، ويلتحق بذلك ما
لا يكال ولا يوزن عند الجمهور» فتح الباري، ج ٥، ص ١٥٥.

(٣) بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٩٢، مجمع الأنهر، ج ١، ص ٥١٦، الدر المنتقى مع مجمع
الأنهر، الجزء والصفحة ذاتهما، الفتاوى الهندية، ج ٢، ص ١٠.

(٤) المقنع، ج ٢، ص ٤٨١، المغني، ج ٩، ص ٣٣٩، المحرر، ج ٢، ص ٥.

(٥) المهذب، ج ٢، ص ٤، التتبيه، ص ١٤٤، المنهاج مع مغني المحتاج، ج ٤، ص ٤٩٦.

الوجيز، ج ٢، ص ٢٧٥، مغني المحتاج، ج ٤، ص ٤٩٦، نهاية المحتاج، ج ٨،
ص ٣٥٩.

(٦) منح الجليل، ج ٩، ص ٤٠٠، قوانين الأحكام الشرعية، ص ٤٠٩، الكافي في فقه أهل
المدينة، ج ٢، ص ٩٦٤.

«لأنه وقت الإتلاف أو وقت سببه كالجناية على العبد إذا سرت لنفسه تعتبر وقت الجناية»^(١).

الثاني: أن المعبر قيمته يوم الحكم، وبه قال المالكية في المشهور^(٢)، وهو أحد أقوال الشافعية^(٣).

الثالث: أن المعبر أقصى قيمته من يوم الإعتاق إلى يوم الأداء وهو القول الثالث في مذهب الشافعية^(٤).

وبعد عرض ما سبق أرى أنه ينبغي التفصيل في إعادة التقويم أو عدم إعادته إذا تأخر تسليم القيمة، وذلك على النحو التالي:

أنه لا يخلو: إما أن تكون العين موجودة بنفس حالتها، أو تكون موجودة غير أنه أحدث فيها تغيير، أو تكون قد حولت من حالتها عند التقويم إلى حالة أخرى، وفي هذه الحالات كلها لا يخلو: إما أن يكون تغير الأسعار بالزيادة أو بالنقص.

١ - فإن كان تغير الأسعار بالزيادة والعين لا زالت موجودة بنفس حالتها عند التقويم الأول، فينبغي أن يعاد التقويم وتدفع له القيمة الجديدة، وذلك للاعتبارات الآتية:

(أ) أن القيمة الجديدة يشهد لها الحال فينبغي العمل بها كما لو اختلف

(١) مغني المحتاج، ج ٤، ص ٤٩٦.

(٢) بداية المجتهد، ج ٢، ص ٣٦٨، الكافي في فقه أهل المدينة، ج ٢، ص ٩٦٣، قوانين الأحكام الشرعية، ص ٤٠٩، الشرح الصغير، ج ٣، ص ٥١٠، منح الجليل، ج ٩، ص ٤٠٠.

(٣) الوجيز، ج ٢، ص ٢٧٥.

(٤) المصدر السابق، نفس الجزء والصفحة.

صاحب الرحى والطحان في انقطاع الماء وجريانه فإنه يحكم الحال، لأنه شاهد صادق كذا ههنا^(١).

(ب) أنه ينبغي الأخذ بالقيمة الجديدة قياساً على ما إذا اختلف المقومون في قيمة عين قائمة فإنها تقدم بينة ما يصدقها الحس، فإن احتمل ما شهدت به أخذ بينة الأكثر كما سبق نقله عن ابن نصر الله من الحنابلة.

(ج) أن هذا يتفق مع قول من يرى أن الملك في العقود القهرية يتوقف على دفع القيمة، وهو يتفق أيضاً مع قول الشافعية القائل بأنه يعتبر أقصى القيمتين ثم إن في العمل بهذا معاوضة للمالك مقابل تأخير تسليم قيمة ملكه، وليس فيه مضره على بيت المال.

٢ - وإن كان تغير الأسعار بالنقص والعين قد أحدث فيها تغيير كعمارة هدم بعضها، ولا زال بعضها قائماً، أو كانت العين قد حوّلت إلى حالة أخرى كعمارة هدمت كلها فينبغي أن يدفع له ما قوّمت به العين قبل هبوط الأسعار، وذلك للأمر التالية:

(أ) أن الأصل أن تعتبر قيمة الشيء وقت تقويمه، فلا يعتبر تقويمه في زمن سابق، ولا ما يطرأ عليه في الزمن اللاحق كما سبق بيانه.

(ب) ولأنه وقت سبب وجوب القيمة قياساً على الجناية على العبد إذا سرت لنفسه تعتبر وقت الجناية، وهذا يوافق قول الجمهور في الزمن المعتمد في التقويم.

(ج) ولأن تأخير القيمة قد حدث بسبب ليس للمالك فيه مدخل وقد حرم من الاستفادة من قيمة ملكه مدة من الزمن كان بإمكانه الاستفادة من قيمة ملكه لو دفعت له في وقت التقويم الأول.

(١) انظر: بدائع الضائع، ج ٤، ص ٩٢.

(د) أن في القول في إعادة التقويم في هذه الحالة وإجبار المالك على قبول القيمة الجديدة مضرّة على أصحاب الأملاك؛ إذ فيه جمع بين القيمة ونقصانها.

(هـ) أن القول بإعادة التقويم قد يؤدي إلى التحايل على أصحاب الأملاك فينزح الملك من صاحبه ويأخر تسليم القيمة إلى زمن تنخفض فيه الأسعار.

٣ - وإن كان تغير الأسعار بالنقص والعين لا زالت موجودة بنفس حالتها فالخيار لهما، - لصاحب الملك ولمن نزع منه - فإن قبل صاحب الملك القيمة الجديدة فذاك، وإلا فله المطالبة بالقيمة الأولى فإن دفعت له فذاك وإلا أعيدت إليه العين مع أجرتها تلك المدة.

وفي القول بالخيار في هذه الحالة مراعاة لمصلحة الجانبين.

٤ - وإن حدث تغير في الأسعار زيادة أو نقصاناً قبل دفع القيمة، ثم استغنت الجهة عن العين كعمارة أريد هدمها لتوسعة شارع أو إنشاء مسجد، وأمر صاحبها بإخلائها ولم تدفع له القيمة، ثم رؤي تعديل مسار الشارع أو موضع المسجد فللمالك الخيار في المطالبة بالقيمة قبل تغير الأسعار، وعلى الجهة التي منعت من التصرف في ملكه دفع تلك القيمة وليس لها الخيار، لأن هذا التعديل حدث بسبب ليس للمالك فيه مدخل، وقد منع من التصرف في ملكه مدة من الزمن لحساب هذه الجهة، وله أن يقبل إعادة ملكه إليه مع أجره تلك المدة. والله أعلم...



الشرط الثاني

أن يكون العاقد جائز التصرف

يشترط أن يكون العاقد في بيع العقار وغيره جائز التصرف.
والمراد بجائز التصرف: أن يكون حرًا بالغًا عاقلًا رشيدًا^(١).

لأن البيع يشترط له الرضى فاشترط في عاقده جواز التصرف
كالإقرار^(٢).

ويستثنى من ذلك الصبي المميز، والسفيه إذا أذن لهما وليهما، لقوله

(١) المهذب، ج ١، ص ٢٦٤، التنبيه، ص ٨٧، الوجيز، ج ١، ص ١٣٣، روضة الطالبين، ج ٣، ص ٣٤١، المجموع، ج ٩، ص ١٤٩، فتاوى الإمام النووي، ص ٧٧، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٧، نهاية المحتاج، ج ٣، ص ٣٧٣، المقنع، ج ٢، ص ٤، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ٤، الشرح الكبير، ج ٢، ص ٣٠٧، المبدع، ج ٤، ص ٨، الإنصاف، ج ٤، ص ٢٦٧، التنقيح، ص ١٢٢، كشف المخدرات، ص ٢١١، كشف القناع، ج ٣، ص ١٥١، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ١٤١، الروض المربع، ج ٤، ص ٣٣٣.

ويلاحظ أن الحنفية والمالكية يفرقون بين شرط الصحة وشرط اللزوم، فينعقد البيع من المميز موقوفًا على إجازة وليه عند الحنفية، وينعقد منه عند المالكية ولا يكون لازمًا إلا بالبلوغ. انظر في ذلك: تحفة الفقهاء، ج ٢، ص ٣٣، بدائع الصنائع، ج ٥، ص ١٣٥، الفتاوى الهندية، ج ٣، ص ٢، مختصر خليل مع منح الجليل، ج ٤، ص ٤٣٧ - ٤٤١، الشرح الصغير، ج ٢، ص ٣٤٥ - ٣٤٦.

(٢) الشرح الكبير، ج ٢، ص ٣٠٧، المبدع، ج ٤، ص ٨، كشف القناع، ج ٣، ص ١٥١.

تعالى: ﴿وَابْتُلُوا آلَ نِعْمَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ (١)، أي: اختبروهم، وإنما يتحقق بتفويض البيع والشراء إليه، فصَحَّ تصرفه بإذن وليه، وإن كان محجوراً عليه، والسفيه مثله.

ولا يصح تصرفهما بغير إذن الولي إلا في الشيء اليسير، لأن الحكمة في الحَجْر عليهما خوف ضياع مالهما بتصرفهما، وذلك لا أثر له في اليسير (٢).

(١) سورة النساء آية: ٦.

(٢) الشرح الكبير، ج ٢، ص ٣٠٧، المبدع، ج ٤، ص ٨، كشاف القناع، ج ٣، ص ١٥١.



الشرط الثالث

أن يكون المبيع مالاً

يشترط في عقد البيع أن يكون المبيع مالاً، وعلى هذا يصحُّ بيع العقار بالاتفاق؛ لأنه مال، ولكنَّ العلماء اختلفوا في بعض المسائل المتفرعة عن العقار، وهي المسماة: بحقوق الارتفاق.

والارتفاق: منفعة مقررة لعقار على عقار آخر مملوك لغير الأول.

وقد عدَّد العلماء حقوق الارتفاق فذكروا:

حق الشرب، والمجرى، والمسيل، والمرور^(١).

كما أن الفقهاء يرون أن هذه الحقوق يصح بيعها تبعاً للأموال التي تتعلق بها، كبيع الدار أو الأرض مع ما يتعلق بها من حقوق، مثل حق المرور، وحق المسيل، وحق الشرب.

وثبت حقُّ من حقوق الارتفاق ضمن عقد البيع قد يكون باشرطه من جانب المشتري.

وقد يكون باشرطه من جانب البائع.

(١) مرشد الحيران، المادة: ٣٧، المدخل الفقهي العام لمصطفى الزرقاء، ج ٣، ص ٣٥، الملكية في الشريعة الإسلامية للعبادي، ج ١، ص ١٨٧، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية لعبد الكريم زيدان ص ٢٣٢، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي لمحمد شلبي ص ٣٥٢، المعاملات لأحمد أبو الفتوح، ص ٤٣.

فإذا اشترى شخص أرضاً على أن يكون لها حق شرب من ماء أرض أخرى مملوكة للبائع أو حق مرور فيها ونحوهما من حقوق الارتفاق كان بيعاً لحق الارتفاق تبعاً لغيره التزم به البائع ورتبه على أرضه للأرض التي باعها.

وإذا باع شخص أرضاً على أن يكون عليها حق ارتفاق لأرض أخرى، كاشتراطه أن تشرب من ماء هذه الأرض المبيعة أو يكون له حق المرور فيها إلى أرضه صحَّ ذلك^(١).

وأما بيع حقوق الارتفاق منفردة، فقد اختلف الفقهاء في ذلك.

وسبب اختلافهم يرجع إلى اختلافهم في مالية هذه الحقوق، نتيجة اختلافهم في تصوير حقيقة المال.

فقال الحنفية: إنَّ هذه الحقوق ليست بمال؛ لأنها أمور لا يمكن حيازتها.

وقال جمهور الفقهاء: إن هذه الحقوق تعتبر من قبيل الأموال؛ لأن هذه الحقوق من قبيل المنافع، والمنافع أموال^(٢).

ولهذا تحدثت عن حقوق الارتفاق تحت هذا الشرط.

وتفصيل حكم بيعها فيما يأتي:

(١) الهداية، ج ٥، ص ٢٠٤، بدائع الصنائع، ج ٦، ص ١٨٩، حاشية ابن عابدين، ج ٥، ص ٧٨ - ٨٠، الفتاوى الهندية، ج ٣، ص ٣٣، ج ٥، ص ٣٩٣، الفواكه الدواني، ج ٢، ص ٣٢٠، البهجة شرح التحفة، ج ٢، ص ٢٦٣، قوانين الأحكام الشرعية، ص ٣٦٧، روضة الطالبين، ج ٥، ص ٣١٢، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٣٧٥، المغني، ج ٥، ص ٥٤٨، الإنصاف، ج ٥، ص ٢٥٠، المبدع، ج ٤، ص ٢٩١، الملكية في الشريعة الإسلامية للعبادي، ج ١، ص ١٨٧، حق الارتفاق، ص ٩٧، المعاملات لأحمد أبو الفتوح، ص ٤٦، الملكية ونظرية العقد لأبي زهرة، ص ٩٩.

(٢) الملكية في الشريعة الإسلامية للعبادي، ج ١، ص ١٨٧ - ١٨٩، الملكية ونظرية العقد لأبي زهرة، ص ٩٨.

١ - حقُّ الشرب:

الشربُ بكسر الشين لغةً: الحظ والنصيب من الماء^(١).

وفي الاصطلاح: النصيب من الماء لسقي الزرع والشجر^(٢).

وحكم بيعه منفرداً، اختلف الفقهاء فيه على قولين:

القول الأول: لا يصح بيعه منفرداً، وبهذا قال جمهور الحنفية^(٣)، وهو

وجه عند الشافعية^(٤)، والراجح من مذهب الحنابلة^(٥).

القول الثاني: يصح بيعُ حقِّ الشرب منفرداً، وبهذا قال بعض

الحنفية^(٦)، وهو مذهب المالكية^(٧)، وأحد الوجهين عند الشافعية^(٨)، وقول

في مذهب الحنابلة^(٩).

(١) القاموس المحيط، باب الباء، فصل الشين، ج ١، ص ٨٦، مختار الصحاح، باب الشين، مادة شرب، ص ٣٣٣.

(٢) الاختيار لتعليل المختار، ج ٣، ص ٦٩، المعاملات لأحمد أبو الفتوح، ص ٤٣، الملكية ونظرية العقد لمحمد أبو زهره، ص ٧٩، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية لعبد الكريم زيدان، ص ٢٣٣، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي لمحمد شلبي، ص ٣٥٦.

(٣) الهداية، ج ٨، ص ١٥٠، تحفة الفقهاء، ج ٣، ص ٣٢١، بدائع الصنائع، ج ٦، ص ١٨٩، فتاوى قاضيخان، ج ٣، ص ٢١٣.

(٤) روضة الطالبين، ج ٥، ص ٣١٢، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٣٧٦، نهاية المحتاج، ج ٥، ص ٣٥٤.

(٥) كتاب الروايتين والوجهين، ج ١، ص ٤٥٥ - ٤٥٦، المغني، ج ٤، ص ٩٠، الإنصاف، ج ٦، ص ٣٦٦.

(٦) فتاوى قاضيخان، ج ٣، ص ٢١٣، العقود الدرية، ج ٢، ص ٢١٦.

(٧) المدونة، ج ٦، ص ١٩٢، قوانين الأحكام الشرعية، ص ٣٦٧، منح الجليل، ج ٨، ص ٩٤.

(٨) المهذب، ج ٢، ص ٤٣٥، الأحكام السلطانية للماوردي، ص ١٨٤، روضة الطالبين، ج ٥، ص ٣١٢، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٣٧٦، نهاية المحتاج، ج ٥، ص ٣٥٢، الأنوار لأعمال الأبرار، ج ١، ص ٦٤١.

(٩) الأحكام السلطانية لأبي يعلى، ص ٢١٩، ٢٢٢، كتاب الروايتين والوجهين، ج ١، ص ٤٥٤، المبدع، ج ٥، ص ٢٥٤، الإنصاف، ج ٦، ص ٣٦٦.

الأدلة

أدلة القول الأول:

استدل للقول الأول بالأدلة الآتية:

الدليل الأول: ما رواه جابر رضي الله عنه قال: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع فضل الماء». أخرجه مسلم^(١).

وجه الاستدلال بالحديث:

أن رسول الله ﷺ قد نهى في هذا الحديث عن بيع فضل الماء، وهذا يشمل بيع حق الشرب؛ لأن الشرب المبيع يعتبر ماءً زائداً عن حاجة البائع فيشملة النهي^(٢)، وقد أشار إلى ذلك الإمام أحمد رحمته الله فقد روى عنه الأثرم: سمعت أبا عبد الله يسأل عن قوم بينهم نهر تشرب منه أرضوهم لهذا يوم ولهذا يومان يتفقون عليه بالحصص، فجاء يومي ولا أحتاج إليه، أكرهه بدراهم؟ قال: ما أدري أما النبي ﷺ فنهى عن بيع فضل الماء، قيل له: إنه ليس يبيعه إنما يكرهه، قال: إنما احتالوا بهذا ليحسنوه فأى شيء هذا إلا البيع^(٣).

مناقشة هذا الاستدلال:

يناقش هذا الاستدلال بأن النهي عن بيع فضل الماء في هذه الرواية محمولٌ على الرواية الثانية التي فيها: (ليمنع به الكلاً)^(٤)؛ فإنه قد صح من

(١) صحيح مسلم بشرح النووي، ج ١٠، ص ٢٢٨، وأخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب الرهون، باب النهي عن بيع الماء، ج ٢، ص ٨٢٨، حديث رقم: ٢٤٧٧.

(٢) حق الارتفاق، ص ١٠٢.

(٣) المغني، ج ٤، ص ٩٠.

(٤) الكلاً: النبات سواء كان رطباً أو يابساً. «شرح النووي، ج ١٠، ص ٢٢٩».

حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «لا تمنعوا فضل الماء لتمنعوا به الكلاً»^(١). متفق عليه.

وفي لفظ: «لا يباع فضل الماء لبيع به الكلاً». أخرجه مسلم^(٢).

ويحتمل أن النهي عن بيع فضل الماء للتنزيه.

قال النووي رحمته الله:

قوله: (نهى رسول الله ﷺ عن بيع فضل الماء).

وفي رواية: (لا يمنع فضل الماء ليمنع به الكلاً).

وفي رواية: (لا يباع فضل الماء لبيع به الكلاً).

أما النهي عن بيع فضل الماء ليمنع بها الكلاً، فمعناه:

أن تكون لإنسان بئر مملوكة له بالفلاة، وفيها ماء فاضل عن حاجته، ويكون هناك كلاً ليس عنده ماء إلا هذه، فلا يمكن أصحاب المواشي رعيه إلا إذا حصل لهم السقي من هذه البئر، فيحرم عليه منع فضل هذا الماء للماشية، ويجب بذله لها بلا عوض؛ لأنه إذا منع بذله امتنع الناس من رعي ذلك الكلاً خوفاً على مواشيهم من العطش، ويكون بمنعه الماء مانعاً من رعى الكلاً.

وأما الرواية الأولى: «نهى عن بيع فضل الماء، فهي محمولة على هذه

(١) صحيح البخاري مع فتح الباري: كتاب الحث والمزارعة، باب من قال: إن صاحب الماء أحق بالماء حتى يروى. حديث ٢٣٥٤، ج ٥، ص ٣١.

صحيح مسلم بشرح النووي: كتاب المساقاة والمزارعة باب: تحريم بيع فضل الماء الذي يكون بالغلاة ويحتاج إليه، ج ١٠، ص ٢٣٠.

(٢) صحيح مسلم بشرح النووي: كتاب المساقاة والمزارعة باب تحريم فضل الماء الذي يكون بالغلاة ويحتاج إليه، ج ١٠، ص ٢٣٠.

الثانية التي فيها: (ليمنع به الكلاً)، ويحتمل أنه في غيره ويكون نهي تنزيه^(١).

الدليل الثاني: ما روي عن رجل من الصحابة قال: غزوت مع النبي ﷺ، فسمعته يقول: «المسلمون شركاء في ثلاث: الكلاً، والماء، والنار». رواه أحمد وأبو داود^(٢).

ورواه ابن ماجه بلفظ آخر عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: ثلاث لا يمتنعن: الماء، والكلاً، والنار^(٣).

وجه الاستدلال:

أن النبي ﷺ قد بين في هذا الحديث اشتراك المسلمين في الماء،

(١) شرح النووي، ج ١٠، ص ٢٢٨ - ٢٢٩.

(٢) الفتح الرباني في ترتيب مسند الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، كتاب إحياء الموات، باب المسلمون شركاء في ثلاث، ج ١٥، ص ١٣٢.

سنن أبي داود، كتاب البيوع، باب في منع الماء، ج ٣، ص ٧٥٠ - ٧٥١.

قال الحافظ ابن حجر في بلوغ المرام، ج ٣، ص ٨٤: رجاله ثقات.

وقال صاحب بلوغ الأمانى: حسنه الحافظ السيوطي، وجهالة الصحابي لا تضر. بلوغ الأمانى، ج ١٥، ص ١٣٢.

(٣) الحديث أخرجه ابن ماجه في سننه، حدثنا محمد بن عبدالله بن يزيد ثنا سفيان عن أبي زياد عن الأعرج عن أبي هريرة فذكر الحديث. كتاب الرهون، باب: المسلمون شركاء في ثلاث رقم الحديث ٢٤٧٣، ج ٢، ص ٨٢٦.

قال البويصري في الزوائد: هذا إسناد صحيح، رجاله موثقون؛ لأن محمد بن عبدالله بن يزيد، أبا يحيى المكي، وثقه النسائي وابن أبي حاتم وغيرهما، وباقي رجال الإسناد على شرط الشيخين. الزوائد مع سنن ابن ماجه، ج ٢، ص ٨٢٦.

وقال الحافظ ابن حجر في فتح الباري، ج ٥، ص ٣٢: إسناده صحيح.

وقال ابن الملقن في تحفة المحتاج إلى أدلة المنهاج، ج ٢، ص ٢٩٧: رواه ابن ماجه بإسناد صحيح، وصححه الألباني في إرواء الغليل، ج ٦، ص ٨ - ٩.

والشركة في الحديث شركة إباحة، فلا يجوز لأحد الشركاء أن يبيع على شريكه شيئاً مما أبيح لهما^(١).

المناقشة:

يمكن مناقشة هذا الاستدلال بأن الأحاديث ليست على عمومها، فمن الماء ما يجوز بيعه بلا خلاف بين أهل العلم، لأن العلماء قد قسموا المياه إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: مياه الأنهار الكبيرة، كدجلة والفرات والنيل فهذه المياه لكل إنسان أن ينتفع بها ويشرب هو وحيوانه ويسقى زرعه وغرسه، وذلك لأن هذه الأنهار غير مملوكة لأحد^(٢).

القسم الثاني: مياه الترع والعيون والآبار التي أنشأها صاحب الأرض في أرضه فهذا يكون مكان الماء، أي رقبة المجرى أو التربة أو البئر مملوكة لصاحب الأرض^(٣).

أما الماء، فقد قال بعض الفقهاء: إنه يدخل في الملك؛ لأنه نماء الملك، وعلى هذا يصح بيعه.

(١) سبل السلام، ج ٣، ص ٨٥، حق الارتفاق، ص ١٠٣، تكملة لسان الحكام، ص ٣٩، الملكية ونظرية العقد لمحمد أبو زهرة، ص ٨٠، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي لمحمد شلبي، ص ٣٥٧، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية لعبد الكريم زيدان، ص ٢٣٣.

(٢) بدائع الصنائع، ج ٦، ص ١٨٨، المغني، ج ٥، ص ٥٨٣، الشرح الكبير، ج ٢، ص ٣١٩، تكملة لسان الحكام، ص ٣٩، الملكية ونظرية العقد لمحمد أبو زهرة، ص ٨٠، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي لمحمد شلبي، ص ٣٥٧.

(٣) المغني، ج ٤، ص ٩٠، ج ٥، ص ٥٨٥، الشرح الكبير، ج ٢، ص ٣١٩، تكملة لسان الحكام، ص ٣٩، الملكية ونظرية العقد لمحمد أبو زهرة، ص ٨٠ - ٨١، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، لمحمد شلبي، ص ٣٥٨، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية لعبد الكريم زيدان، ص ٢٣٤.

وقال بعضهم: إن الماء غير مملوك؛ لأنه يجري من تحت الأرض إلى ملكه^(١).

القسم الثالث: المياه المحرزة في الأواني ونحو ذلك، وهذه المياه تدخل في ملك صاحبها؛ لأن الماء وإن كان مباح الأصل قد صار بالاستيلاء عليه مملوكًا ملكًا خاصًا لمحرزه^(٢).

قال ابن قدامه: «وله بيعه بلا خلاف بين أهل العلم»^(٣).

الدليل الثالث: ما روي عن عبدالله بن عمرو: «أن قيِّم^(٤) أرضه بالوَهْط^(٥) كتب يخبره أنه سقى أرضه، وفضل من الماء فضل يطلب بثلاثين ألفًا، فكتب إليه عبدالله بن عمرو: أن لا تبعه، ولكن أقم قلدك^(٦)، ثم اسق

(١) قوانين الأحكام الشرعية، ص ٣٦٧، الأحكام السلطانية للمواردي، ص ١٨٣، المهذب، ج ١، ص ٤٣٤، الأنوار لأعمال الأبرار، ج ١، ص ٦٤١، الأحكام السلطانية لأبي يعلى، ص ٢١٨ - ٢١٩، كتاب الروايتين والوجهين، ج ١، ص ٤٥٤، المقنع، ج ١، ص ١٠، المغني، ج ٤، ص ٩٠، المبدع، ج ٤، ص ٢٢ - ٢٣.

(٢) التنف في الفتاوى، ج ١، ص ٤٧٣، تحفة الفقهاء، ج ٣، ص ٣١٧، بدائع الصنائع، ج ٦، ص ١٨٨، المدونة، ج ٦، ص ١٩٠، مختصر خليل مع منح الجليل، ج ٨، ص ٩٣، قوانين الأحكام الشرعية، ص ٣٦٧، منح الجليل، ج ٨، ص ٩٤، المهذب، ج ١، ص ٤٣٤، روضة الطالبين، ج ٥، ص ٣٠٤، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٣٧٤، نهاية المحتاج، ج ٥، ص ٣٥١، الأنوار لأعمال الأبرار، ج ١، ص ٦٣٩، المغني، ج ٤، ص ٩٠، الشرح الكبير، ج ٢، ص ٣١٩، المحرر، ج ١، ص ٣٦٨، الفروع، ج ٤، ص ٤١، المبدع، ج ٤، ص ٢٣، حاشية المقنع، ج ١، ص ١٠.

(٣) المغني، ج ٤، ص ٩١.

(٤) يعني العامل الذي يقوم على شئونها.

(٥) الوهط: بفتح الواو وإسكان الهاء: كرم لعبدالله بن عمرو بن العاص بالطائف كان على ألف ألف خشبة. هامش كتاب الأموال، ص ٢٧٧.

(٦) القلد: جمع الماء في الشيء، يقال: قلدت أقلد قلداً، أي جمعت ماء إلى ماء، وأراد بقلده يوم سقيه ماله، أي إذا سقيت أرضك فأعط من يلك. (لسان العرب، مادة قلد، ج ٣، ص ٣٦٥).

الأدنى فالأدنى، فإني سمعت رسول الله ﷺ ينهى عن بيع فضل الماء». رواه أبو عبيد^(١).

وجه الاستدلال:

أن عبدالله بن عمرو رضي الله عنه قد فهم من نهى النبي ﷺ عن بيع فضل الماء، النهي عن بيع الشرب، فمنع عامله من بيع الزائد من الماء عن حاجة أرضه^(٢).

مناقشة هذا الاستدلال:

يمكن مناقشة هذا الاستدلال بما يلي:

١ - أن النهي عن بيع فضل الماء إنما هو في من يمنع الماء ليمنع به الكلاً، كما سبق إيضاح ذلك عن الإمام النووي^(٣).
ويوضحه أيضاً: ما جاء في المدونة^(٤).

«أرأيت الحديث الذي جاء: (لا يمنع فضل الماء ليمنع به الكلاً).

قال: لم أسمع من مالك فيه شيئاً ولا أحسبه إلا في الصحارى والبراري، وأما في القرى وفي الأرضين التي قد عرفها أهلها واقتسموها وعرف كل إنسان حقه فلهذا أن يمنع كلاًه عند مالك إذا احتاج إليه».

= كتاب الأموال: باب حمى الأرض ذات الكلاً والماء رقم ٧٤٨، ص ٢٧٦. ورواه

يحيى بن آدم في الخراج، ص ١٠٨، رقم ٣٨٠.

ورواه أبو يوسف في الخراج رقم ٢١١، ص ٢٠٧، بأطول مما هنا.

(١) كتاب الأموال: باب حمى الأرض ذات الكلاً والماء رقم ٧٤٨، ص ٢٧٦.

ورواه يحيى بن آدم في الخراج، ص ١٠٨، رقم ٣٨٠.

وراه أبو يوسف في الخراج رقم ٢١١، ص ٢٠٧، بأطول مما هنا.

(٢) حق الارتفاق، ص ١٠٤.

(٣) انظر مناقشة الدليل الأول لأصحاب القول الأول.

(٤) المدونة، ج ٦، ص ١٩٠.

ومما يؤيد ذلك أن الرواية قد جاءت مقيدة عند أبي يوسف ونصها:
 «.. إني سمعت رسول الله ﷺ يقول: مَنْ منع مِنْ فضل ماء ليمنع به فضل
 الكلاً، منعه الله فضله يوم القيامة»^(١).

٢ - أن النهي عن بيع فضل الماء هو في من أراد بيعه على إنسان ليشربه
 هو أو حيوانه، وأما إن أراد أن يسقي به زرعه فله منعه.
 قال أبو يوسف:

«وليس لصاحب العين والقناة والبئر والنهر أن يمنع الماء من ابن السبيل
 لما جاء في ذلك من الحديث والآثار.

وله أن يمنع سقي النخل والزرع والشجر والكروم، من قبل أن ذلك لم
 يجئ فيه، وهذا يضر بصاحبه. فأما الحيوان والمواشي والإبل والدواب
 فليس له أن يمنع من ذلك»^(٢).

الدليل الرابع: أنه لا يصح بيع الشرب منفرداً لما فيه من الجهالة^(٣).

مناقشة هذا الاستدلال:

يمكن مناقشته بأنهم إن أرادوا أن الشرب مجهول مطلقاً، فهو ممنوع

(١) سبق تخريجه والإشارة إلى رواية أبي يوسف، ص ١٤٧.

وروى الإمام أحمد في مسنده عن سليمان بن موسى أن عبدالله بن عمرو بن العاص كتب
 إلى عامل له على أرض له أن لا تمنع فضل مائك، فإني سمعت رسول الله ﷺ يقول:
 «من منع فضل الماء ليمنع به الكلاً منعه الله يوم القيامة فضله».

«الفتح الرباني، ج ١٥، ص ١٣٢، باب: المسلمون شركاء في ثلاث».

قال الشيخ أحمد شاكر: وهذا شاهد قوي للقصة، فإن سليمان بن موسى ثقة معروف
 بالرواية عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، فلعله سمعه من عمرو. «هامش الخراج
 ليحيى بن آدم، ص ١٠٨».

(٢) الخراج لأبي يوسف، ص ٢٠٦.

(٣) العناية، ج ٥، ص ٢٠٤، العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، ج ٢، ص ٢١٦،

كشف الحقائق، ج ٢، ص ٢٤٥.

لأنهم قد ذكروا في باب الشهادة أنه إذا كان نهر لرجل في أرضه فادعى رجل فيه شرب يوم في الشهر وأقام على ذلك شاهدين عدلين تقبل هذه الشهادة، لأنها شهادة قامت على شرب معلوم من غير أرض، والشهادة على الشرب من غير أرض مقبولة إذا كان الشرب معلوماً، والشرب معلوم لأنهم شهدوا له بشرب يوم من ثلاثين يوماً وهو معلوم، وإن أرادوا بذلك أن الشرب قد يكون مجهولاً فهو مسلم^(١)، ولكن لا ينطبق على بيع الشرب؛ فإنه لا بد أن يكون الشرب معلوماً ثم إن وجد فيه جهالة يسيرة، فالجهالة اليسيرة محتملة لا تفضي إلى النزاع.

أدلة القول الثاني:

استدل للقول الثاني:

بأن الشرب ملك من الأملاك فلمن ملكه حق التصرف فيه بالبيع وغيره^(٢)، والدليل على أنه يملك ما يلي:

١ - أن الشرب يضمن بالغصب والإتلاف^(٣)، فدل ذلك على أنه يملكه^(٤)، فيصح أخذ العوض عنه بالبيع.

قال أبو يوسف:

«ألا ترى أن رجلاً لو صرف نهرَ رجلٍ إلى أرضه فاختصما، قضيت به لربِّ النهر، ومنعت الذي قهره من صرف مائه إلى أرضه، ماء نهر أو قناة أو عين أو بئر أو مصنعة»^(٥).

(١) نتائج الأفكار، ج ٨، ص ١٤٨.

(٢) نتائج الأفكار، ج ٨، ص ١٥١، العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، ج ٢، ص ٢١٦، القواعد في الفقه الإسلامي لابن رجب، ص ١٩٣، ١٩٩.

(٣) الهداية، ج ٤، ص ٢٠٤، نتائج الأفكار، ج ٨، ص ١٥١.

(٤) حاشية سعدي جلبي بهامش العناية، ج ٥، ص ٢٠٤.

(٥) الخراج، ص ٢٠٦.

٢ - ما ذكره ابن عابدين أن الرجل إذا «باع الشرب بعبد، وقبض العبد وأعتقه جاز عتقه، ولو لم يكن الشرب محلاً للبيع لما جاز عتقه»^(١).

٣ - أنه إذا كان لرجل ماء في نهر وآخر أرض واتفقا على أن يسقى بمائه أرض غيره بجزء من الزرع جاز ذلك، فدل ذلك على أنه يملكه؛ إذ لا يصح أن يشارك فيما لا يملك^(٢)، وإذا ملكه صح له بيعه.

قال القاضي أبو يعلى:

«.. ونقل يعقوب بن بختان عن أحمد «أنه سئل عن رجل له أرض وآخر ماء، فقال صاحب الأرض لصاحب الماء: سق ماءك إلى أرضي والزرع بيننا قال: لا بأس».

فقد أجاز الشركة في الماء.

وهذا يدل على أنه ملك له قبل استقائه وحيازته، وأنه يحدث على ملكه في قراره قبل حيازته كما إذا ملك معدناً ملك ما فيه قبل أخذه، وعلى هذا يجوز بيعه قبل استقائه، ومن استقاه بغير إذنه استرجع منه، لأنه لما جاز الشركة فيه دل على أنه قد ملكه؛ إذ لا يصح أن يشارك فيما لا يملك^(٣).

٤ - أنه لما حدث في ملكه وجب أن يكون ملكاً له كالثمر والنتاج.

ولأنه لما جاز له منع كل أحد منه ثبت أنه ملكه^(٤)، وإذا ملكه جاز له بيعه.

(١) العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، ج ٢، ص ٢١٧، وقد نقل ذلك عن كتاب

«الأصل» لمحمد بن الحسن الشيباني، وانظر أيضاً: حاشية ابن عابدين، ج ٥، ص ٨٠.

(٢) كتاب الروايتين والوجهين، ج ١، ص ٤٥٤، المغني، ج ٤، ص ٩٠.

(٣) الأحكام السلطانية لأبي يعلى، ص ٢١٩.

(٤) كتاب الروايتين والوجهين، ج ١، ص ٤٥٥.

المناقشة:

نوقش بأن: الشرب: وهو النصيب من الماء لسقي الزرع والشجر ليس ذلك النصيب في ملكه وقت البيع، وإن وجد في أرضه فالماء ليس بملك له فلا يجوز بيعه^(١).

وأما قولهم: إن له منع كل أحد منه فجوابه: أن له منع كل أحد أن يتخطى في ملكه، فأما عن الماء فلا لأنه لا يملكه^(٢).

دفع هذه المناقشة:

أجاب سعدي جليبي عن هذه المناقشة فقال: «لا حاجة إلى وجود العين في ملكه للبيع وقت البيع كما في الاستصناع^(٣)، والسلم فيجوز بيعه. أما قوله: والماء ليس بملك.

قلنا: إذا وجد في أرضه وأتلفه آخر يضمن علم أنه يملكه^(٤).

الترجيح:

يترجح عندي القول الثاني القاضي بصحة بيع الشرب منفردًا، وذلك للأسباب الآتية:

١ - قوة الأدلة التي استدلت بها على هذا القول؛ حيث أجيب عن المناقشة الموجهة إليها.

٢ - أن أدلة القول الأول قد أجيب عنها كما سبق.

(١) حاشية سعدي جليبي بهامش العناية، ج ٥، ص ٢٠٤.

(٢) كتاب الروايتين والوجهين، ج ١، ص ٤٥٥.

(٣) الاستصناع: «هو: عقد على مبيع في الذمة وشرط عمله على الصانع». (تحفة الفقهاء، ج ٢، ص ٣٦٢).

(٤) حاشية سعدي جليبي بهامش العناية، ج ٥، ص ٢٠٤.

٣ - أنه قد جرى العرف ببيع الشرب في بعض البلدان^(١).

ويظهر أنه عُرف قديم، كما يفهم ذلك من قصة عامل عبدالله بن عمرو بن العاص^(٢).

٤ - ولأن الشرب يقابله قسط من الثمن بدليل أنه إذا باع أرضاً بشربها فاستحق شربها يحط من الثمن نصيب الشرب^(٣).

٥ - ولأن في القول بوجوب بذله من غير عوض مضرة على صاحب الشرب؛ إذ فيه احتمال إبطال حقه، لأن غيره سيكون متساوياً معه فيه، وقد يترتب عليه أن لا يجد ما يسقي هو به زرعه.

٦ - ولأنه إذا صالح رجلاً على أن يسقي أرضه من نهريه يوماً أو يومين أو من عينه وقدره بشيء يعلم فقد جاز ذلك على ما ذكره ابن قدامة؛ «لأن الحاجة تدعو إلى ذلك، والماء مما يجوز أخذ العوض عنه في الجملة، بدليل ما لو أخذه في قربته أو إنائه»^(٤).

وقد قال المرداوي في «الإنصاف»^(٥):

«وهو الصواب، وعمل الناس عليه قديماً وحديثاً».

(١) فتح القدير، ج ٥، العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، ج ٢، ص ٢١٧، الدر المختار، ج ٥، ص ٨٠.

(٢) سبق، ص ١٤٧، إيراد ما كتبه عامل عبدالله بن عمرو بن العاص إلى عبدالله، وأنه فضل من الماء فضل يطلب بثلاثين ألفاً، فلو لم يكن مالكا للماء، وقد جرى العرف ببيعه لما طلب منه بالثمن ولما سوم فيه.

(٣) فتح القدير، ج ٥، ص ٢٠٤.

(٤) المغني، ج ٤، ص ٥٤٨ - ٥٤٩.

(٥) ج ٥، ص ٢٥٠.

٢ - حق المجرى:

معناه: حق مرور الماء الصالح لسقي زرعه أو شجره على عقار آخر مالكة غير مالك الأول.

وهذا الحق تابع لحق الشرب، لأن الشرب، وهو النصيب من الماء لسقي الزرع والشجر لا يمكن استيفاؤه إلا إذا كان له مجرى يمرُّ به إلى الأرض المراد سقيها^(١).

ولم أجد - فيما اطلعت عليه - نصًّا صريحًا للحنفية والمالكية^(٢) في بيع حق المجرى في حين تحدث الشافعية والحنابلة عن بيعه، وقبل الحديث عن حكم بيعه عندهم ينبغي بيان حكم إجبار الرجل جاره في إجراء الماء في أرضه عند الحاجة، لأن حق المجرى متفرع عن هذه المسألة ونحو ذلك، فقد اختلفوا في ذلك على قولين:

القول الأول: أنه ليس له إجباره، وهو المذهب عند الشافعية^(٣)،

(١) الملكية ونظرية العقد لمحمد أبو زهرة، ص ٨٦، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي لمحمد شلبي، ص ٣٦٠، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية لعبد الكريم زيدان، ص ٢٣٥.

(٢) تحدث الحنفية والمالكية عن حق الشرب ولم أرَ لهم نصًّا صريحًا في حق المجرى ولعلهم اكتفوا بالحديث عن حق الشرب عن الحديث عن حق المجرى؛ لأن حق المجرى يتبع حق الشرب.

وقد أشار بعض الحنفية إلى حق المجرى في أثناء الحديث عن دعوى حق الشرب. قال في الهداية، ج ٨، ص ١٤٧ - ١٤٨: «وتصح دعوى الشرب بغير أرض... وإذا كان نهر لرجل يجري في أرض غيره فأراد صاحب الأرض أن لا يجري النهر في أرضه ترك على حاله؛ لأنه مستعمل له بإجراء مائة فعند الاختلاف يكون القول قوله فإن لم يكن في يده ولم يكن جاريًا فعليه البيعة أن هذا النهر له أو أنه قد كان مجراه له في هذا النهر يسوقه إلى أرضه لسقيها فيقضي له لإثباته بالحجة ملكًا له أو حقًا مستحقًا فيه». وانظر: العناية، ونتائج الأفكار مع الهداية الجزء والصفحة ذاتهما، وانظر: مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٥٦٥.

(٣) روضة الطالبين، ج ٤، ص ٢٢١، فتح العزيز شرح الوجيز، ج ١٠، ص ٣٢٧.

والصحيح من مذهب الحنابلة^(١)، لأنه تصرف في أرض غيره بغير إذنه فلم يجز كما لو لم تدع إليه ضرورة، ولأن مثل هذه الحاجة لا تبيح مال غيره بدليل أنه لا يباح له الزرع في أرض غيره ولا البناء فيها ولا الانتفاع بشيء من منافعها المحرمة عليه قبل هذه الحاجة^(٢).

القول الثاني: له إجباره إذا احتاج إلى ذلك ولم يكن على صاحب الأرض ضرراً، وهو القول القديم للشافعي^(٣)، ورواية في مذهب أحمد^(٤)، اختارها شيخ الإسلام ابن تيمية^(٥)، لما روى عمرو بن يحيى عن أبيه أن الضحاك بن خليفة ساق خليجاً من العريض^(٦) فأراد أن يمرّ به في أرض محمد بن مسلمة فأبى، فقال له الضحاك لم تمنعني وهو منفعة لك، تشربه أولاً وآخرًا، ولا يضرّك؟ فأبى محمد فكلم فيه الضحاك عمر فدعا عمر محمد بن مسلمة وأمره أن يخلي سبيله، فقال محمد: لا والله، فقال له: لم تمنع أخاك ما ينفعه وهو لك نافع، تشربه أولاً وآخرًا؟ فقال محمد: لا والله، فقال عمر: والله ليمرن به ولو على بطنك. فأمره عمر أن يمرّ به ففعل^(٧). رواه مالك^(٧).

- (١) كتاب الروايتين والوجهين، ج ١، ص ٤٥٦، المغني، ج ٤، ص ٥٤٨، الشرح الكبير، ج ٣، ص ١٤، الإنصاف، ج ٥، ص ٢٤٨، المبدع، ج ٤، ص ٢٩٢، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٢٦٦.
 - (٢) المغني، ج ٤، ص ٥٤٨، الشرح الكبير، ج ٣، ص ١٤.
 - (٣) روضة الطالبين، ج ٤، ص ٢٢١، فتح العزيز شرح الوجيز، ج ١٠، ص ٣٢٧.
 - (٤) كتاب الروايتين والوجهين، ج ١، ص ٤٥٥، المغني، ج ٤، ص ٥٤٨، الشرح الكبير، ج ٣، ص ١٤، الإنصاف، ج ٥، ص ٢٤٩، المبدع، ج ٤، ص ٢٩٢.
 - (٥) الاختيارات الفقهية، ص ٢٣٦، الإنصاف، ج ٥، ص ٢٤٩.
 - (٦) العريض: بالتصغير: هو وادٍ بالمدينة المنورة.
 - (٧) أخرجه الإمام مالك في «الموطأ» كتاب الأقضية، باب القضاء في المرفق، ج ٢، ص ٧٤٦، رقم: ٣٣.
- وأخرجه: يحيى بن آدم في «الخارج» باب العيون والأنهار، ص ١١١، حديث رقم ٣٥٣.

ولعل القول الأول هو الراجح، ويجاب عن دليل القول الثاني بما ذكره ابن قدامة حيث قال:

«والأول أقيس، وقول عمر يخالفه قول محمد بن مسلمة، وهو موافق للأصول، فكان أولى»^(١).

وبعد بيان حكم الإيجابار على إجراء الماء في أرض الغير، وأنه ليس له إجباره على الراجح فهل لصاحب الأرض الإذن له فيه بعوض؟ وهذا الإذن قد يكون بيعاً وقد يكون إجارة فإن كان بيعاً: فقد ذهب الشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣)، إلى صحة ذلك بشروط:

الأول: بيان موضع المجرى.

الثاني: بيان الطول والعرض.

الثالث: أن يكون العوض معلوماً^(٤). وإن كان الاتفاق على حق الإجراء فقط، مع بقاء ملك الرقبة لصاحب الأرض فهذا عقد إجارة يشترط فيه بالإضافة إلى الشروط السابقة:

بيان المدة، وبيان العمق^(٥).

(١) المغني، ج ٤، ص ٥٤٨.

(٢) روضة الطالبين، ج ٤، ص ٢٢٢، الوجيز، ج ٢، ص ١٨٠، فتح العزيز شرح الوجيز، ج ١٠، ص ٣٢٨، مغني المحتاج، ج ٢، ص ١٩١.

(٣) المغني، ج ٤، ص ٥٤٦، الشرح الكبير، ج ٣، ص ١٤، المبدع، ج ٤، ص ٩٢١، الإنصاف، ج ٥، ص ٢٤٨، كشاف القناع، ج ٣، ص ٤٠١.

(٤) اختلفوا في اشتراط العمق، فعند الشافعية وجهان في اشتراطه، وأما الحنابلة فليس بشرط عندهم؛ لأنه إذا ملك الموضع كان له إلى تخومه فله أن ينزل فيه ما شاء. (راجع روضة الطالبين، ج ٤، ص ٢٢٢، فتح العزيز شرح الوجيز، ج ١٠، ص ٣٢٨، المغني، ج ٤، ص ٥٤٦، المبدع، ج ٤، ص ٢٩١).

(٥) المراجع السابقة.

ومن العلماء من لم يشترط بيان المدة في هذا الموضوع؛ لأن العقد على المنفعة في موضع الحاجة من غير تقدير مدة الإجارة جائز كالنكاح^(١).

ويلاحظ أن من الفقهاء من قال: إنه ليس بيعاً ولا إجارة محضين، بل فيه شبههما لكونه على منفعة، لكنها مؤبدة^(٢).

بقي هنا مسألة وهي: إذا كانت الأرض في يد رجل بإجارة، أو كانت الأرض في يده وقفاً عليه، فإن له إذا كانت الأرض في يده بإجارة أن يصلح على إجراء الماء فيها بشرطين:

١ - أن تكون الساقية محفورة فإن كانت غير محفورة فليس له ذلك؛ لأنه ليس له إحداث ساقية.

٢ - أن تكون مدة العقد لا تزيد على مدة إجارته؛ لأن الأرض غير مملوكة له فلا يمكنه العقد عليها مطلقاً^(٣).

وإن كانت الأرض في يده وقفاً عليه فحكمها حكم الأرض المستأجرة عند الشافعية^(٤)، والقاضي أبو يعلى وابن عقيل من الحنابلة^(٥)، فله أن يصلح على إجراء الماء في ساقية محفورة في مدة معلومة، وليس له أن

(١) المبدع، ج ٤، ص ٢٩١، الإنصاف، ج ٥، ص ٢٤٨.

(٢) روضة الطالبين، ج ٤، ص ٢٢٠، ٢٢٢، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ج ٢٩، ص ٢٠٥، القواعد لابن رجب، ص ٢٠٠، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٢٦٧، كشف القناع، ج ٣، ص ٤٠٢.

(٣) مغني المحتاج، ج ٢، ص ١٩١، نهاية المحتاج، ج ٤، ص ٤٠٢، المغني، ج ٤، ص ٥٤٦، الشرح الكبير، ج ٣، ص ١٣، الإنصاف، ج ٥، ص ٢٤٩.

(٤) مغني المحتاج، ج ٢، ص ١٩١، نهاية المحتاج، ج ٤، ص ٤٠٢.

(٥) الفروع، ج ٤، ص ٢٧٤، المبدع، ج ٤، ص ٢٩٢، الإنصاف، ج ٥، ص ٢٤٩.

يحفر فيها ساقية، لأنه لا يملكها إنما يستوفي منفعتها كالأرض المستأجرة^(١).

ورجّح ابن قدامة أنه يجوز له حفر الساقية فقال: «والأولى: أنه يجوز له حفر الساقية، لأن الأرض له، وله التصرف فيها كيفما شاء ما لم ينقل الملك فيها إلى غيره، بخلاف المستأجر، فإنه إنما يتصرّف فيها بما أذن له فيه»^(٢).

٣ - حق المسيل :

معناه: هو حق صرف الماء غير الصالح أو الزائد عن الحاجة بإجرائه في ملك الغير حتى يصل إلى مستودع أو مصرف عام^(٣).

وقد اختلف الفقهاء في حكم ثبوته بعقد معاوضة عنه منفردًا على قولين:

القول الأول: لا يصح ثبوت حق المسيل بعقد البيع سواء أكان على سطح أم على الأرض، وبهذا قال الحنفية^(٤).

وعلّلوا لقولهم بأن: المسيل مجهول، لأنه لا يدري قدر ما يشغله من الماء، وهذا شامل للمسيل على السطح، والمسيل على الأرض، وينفرد المسيل على السطح بأمر آخر، وهو أنه تعلق بما ليس بمال وهو حق التعلي، لأنه متعلق بالهواء^(٥).

(١) المغني، ج ٤، ص ٥٤٦، الشرح الكبير، ج ٣، ص ١٣، الفروع، ج ٤، ص ٥٤٦، المبدع، ج ٤، ص ٢٩٢.

(٢) المغني، ج ٤، ص ٥٤٧.

(٣) الملكية ونظرية العقد لمحمد أبو زهرة، ص ٩١، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي لمحمد شلبي، ص ٣٦١، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، ص ٢٣٥.

(٤) الهداية، ج ٥، ص ٢٠٥، العناية وفتح القدير نفس الجزء والصفحة، فتاوى قاضيخان، ج ٢، ص ١٥٤، الدر المختار ومعه حاشية ابن عابدين، ج ٥، ص ٨٠.

(٥) العناية، ج ٥، ص ٢٠٥، فتح القدير الجزء والصفحة ذاتهما، حاشية ابن عابدين، ج ٥، ص ٨٠، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٦٠.

القول الثاني: يصح ثبوت حق المسيل بالبيع وبالإجارة سواء أكان المسيل على الأرض أم على السطح وبهذا قال المالكية^(١)، والشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣).

وعللوا لذلك: بأن الحاجة داعية إلى تجويز هذا العقد^(٤).

واشترطوا لصحة ذلك أربعة شروط:

الأول: معرفة السطح الذي يجري منه الماء، لأن المطر يقل بصغره، ويكثر بكبره^(٥).

الثاني: معرفة السطح الذي يجري إليه الماء وقوته وضعفه، فإنه قد يتحمل قليل الماء دون كثيره، ولا يضر الجهل بقدر ماء المطر، لأنه لا يمكن معرفته، وهذا عقد جوز للحاجة^(٦).

(١) جواهر الإكليل، ج ٢، ص ١٨٨، منح الجليل، ج ٧، ص ٤٧٥.

(٢) الوجيز، ج ١، ص ١٨٠، روضة الطالبين، ج ٤، ص ٢٢١، فتح العزيز شرح الوجيز، ج ١٠، ص ٣٢٧، المنهاج، ج ٢، ص ١٩١، مغني المحتاج نفس الجزء والصفحة، نهاية المحتاج، ج ٤، ص ٤٠١، فتح الوهاب، ج ١، ص ٢١٢، الأنوار لأعمال الأبرار، ج ١، ص ٤٥٦.

(٣) المقنع، ج ٢، ص ١٢٧، المغني، ج ٤، ص ٥٤٧، الشرح الكبير، ج ٣، ص ١٣، المبدع، ج ٤، ص ٢٩١، الإنصاف، ج ٥، ص ٢٤٩، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٢٦٦ - ٢٦٧، كشاف القناع، ج ٣، ص ٤٠٢.

(٤) روضة الطالبين، ج ٤، ص ٢٢١، فتح العزيز، ج ١٠، ص ٣٢٧، مغني المحتاج، ج ٢، ص ١٩١، المغني، ج ٤، ص ٥٤٧، المبدع، ج ٤، ص ٢٩١، كشاف القناع، ج ٣، ص ٤٠٢.

(٥) روضة الطالبين، ج ٤، ص ٢٢١، فتح العزيز، ج ١٠، ص ٣٢٨، مغني المحتاج، ج ٢، ص ١٩١، المغني، ج ٤، ص ٥٤٧، المبدع، ج ٤، ص ٢٩١، حاشية المقنع، ج ٢، ص ١٢٨. يلاحظ أن الحنابلة جعلوا الشروط عامة في السطح والأرض، وأما الشافعية فجعلوها في السطح.

(٦) روضة الطالبين، ج ٤، ص ٢٢١، فتح العزيز، ج ١٠، ص ٣٢٧، مغني المحتاج، ج ٢، ص ١٩١.

الثالث: معرفة الموضع الذي يخرج منه الماء إلى السطح دفعًا للجهالة^(١).

الرابع: أن لا يكون له مصرف إلى الطريق إلا بالتسييل على سطح جاره^(٢).

الترجيح:

يترجح - والله أعلم - قول جمهور الفقهاء القائل بصحة ثبوت حق المسيل بعقد البيع وذلك لما يلي:

١ - وجاهة ما عللوا به من أن الحاجة داعية إلى ذلك.

٢ - ما ذكره الحنفية من وجود الجهالة، فيجاب عنه بأن القائلين بالصحة قد اشتروا لذلك شروطًا تقل معها الجهالة، وما يبقى بعد ذلك من جهالة فهي محتملة في مقابل المصالح المترتبة على ذلك.

قال النووي رحمته الله: «ولا بأس بالجهل بقدر ماء المطر، لأنه لا يمكن معرفته، وهذا عقد جَوِّز للحاجة»^(٣).

٣ - أن أخذ المعاوضة عن حق المسيل يتفق مع القواعد العامة في الشريعة الإسلامية التي تبيح للشخص أخذ المعاوضة عن ماله وحقوقه.

بقي هنا مسألة وهي: إذا كان السطح الذي يراد إجراء الماء عليه مستأجرًا بيد إنسان لم يجز له أن يصلح على إجراء الماء عليه^(٤)، لأنه يتضرر بذلك، ولم يؤذن له فيه، فلم يكن له أن يتصرف فيه^(٥).

(١) المغني، ج ٤، ص ٥٤٧، كشف القناع، ج ٣، ص ٤٠٢، حاشية المقنع، ج ٢، ص ١٢٨.

(٢) مغني المحتاج، ج ٢، ص ١٩١، نهاية المحتاج، ج ٤، ص ٤٠٢.

(٣) روضة الطالبين، ج ٤، ص ٢٢١.

(٤) المغني، ج ٤، ص ٥٤٧، الفروع، ج ٤، ص ٢٧٤، تصحيح الفروع نفس الجزء والصفحة.

(٥) المغني، ج ٤، ص ٥٤٧.

وإن كان ماء السطح يجري على أرض مستأجرة ففيه احتمالان:

أحدهما: لا يجوز^(١)، قال عنه المرداوي: «وهو الصواب»^(٢)، لأنه يجعل لصاحب السطح رسماً في ملك غيره، فربما ادعى استحقاق ذلك بعد تطاول المدة^(٣).

ولأنه إن احتاج إلى حفر لم يجز له أن يحفر في أرض غيره^(٤).

والاحتمال الثاني: جواز ذلك^(٥)، إذا لم يحتج إلى حفر ولم تكن فيه مضرة، ولا يجوز إلا مدة لا تزيد على مدة إجارته^(٦)، لأن المستأجر يملك المنفعة في هذه المدة.

قال عنه المرداوي: «وهو بعيد»^(٧).

والراجع الأول، لقوة ما عُلِّل به له.

٤ - حق المرور:

اختلف الفقهاء في حكم ثبوت حق المرور في عقار الغير بعقد البيع استقلالاً على قولين:

- (١) المغني، ج ٤، ص ٥٤٨، الشرح الكبير، ج ٣، ص ١٤، الفروع، ج ٤، ص ٢٧٤، تصحيح الفروع نفس الجزء والصفحة، الإنصاف، ج ٥، ص ٢٤٩.
- (٢) الإنصاف، ج ٥، ص ٢٧٤، تصحيح الفروع، ج ٤، ص ٢٧٤.
- (٣) المغني، ج ٤، ص ٥٤٨، الشرح الكبير، ج ٣، ص ١٤، تصحيح الفروع، ج ٤، ص ٢٧٤.
- (٤) المغني، ج ٤، ص ٥٤٨، الشرح الكبير، ج ٣، ص ١٤.
- (٥) المغني، ج ٤، ص ٥٤٨، الشرح الكبير، ج ٣، ص ١٤، الفروع، ج ٤، ص ٢٧٤، الإنصاف، ج ٥، ص ٢٤٩، تصحيح الفروع، ج ٤، ص ٢٧٤.
- (٦) المغني، ج ٤، ص ٥٤٨، الشرح الكبير، ج ٣، ص ١٤.
- (٧) تصحيح الفروع، ج ٤، ص ٢٧٤.

القول الأول: صحة ذلك، وإليه ذهب جمهور الحنفية^(١)، وهو قول المالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤).

وعلل الحنفية لصحة بيع حق المرور منفردًا مع منعهم لبيع حق المسيل بالفرق بينهما:

فإن حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق.

أما حق التسييل فهو إن كان على الأرض فهو مجهول لجهالة محله، وإن كان على السطح، فهو نظير حق التعلي، وحق التعلي ليس متعلقًا بما هو مال بل بالهواء^(٥).

وعلل «ابن الهمام» للفرق بين حق المرور حيث يصح بيعه، وبين حق التعلي الذي لا يصح بيعه عندهم بقوله:

«إن حق المرور حقٌ يتعلق برقية الأرض وهي مال، هو عين فما يتعلق به يكون له حكم العين. أما حق التعلي فحق يتعلق بالهواء، وهو ليس بعين مال»^(٦).

(١) الهداية، ج ٥، ص ٢٠٥، حاشية ابن عبادين، ج ٤، ص ٥١٨، العناية، ج ٥، ص ٢٠٥،

مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٦٠، الدر المنتقى، ج ٢، ص ٥٩.

(٢) المدونة، ج ٥، ص ٤٦٣، منح الجليل، ج ٧، ص ٤٧٤.

(٣) الوجيز، ج ١، ص ١٨٠، فتح العزيز، ج ١٠، ص ٣١٣، روضة الطالبين، ج ٤، ص ٢١٠،

مغني المحتاج، ج ٢، ص ١٨٦، نهاية المحتاج، ج ٤، ص ٣٩٢.

(٤) المقنع، ج ٢، ص ١٢٧، الكافي، ج ٢، ص ٢١٤، المغني، ج ٤، ص ٥٧١، الفروع،

ج ٤، ص ٢٧٥، المبدع، ج ٤، ص ٢٩٢، الإنصاف، ج ٥، ص ٢٥١، الإقناع، ج ٢،

ص ١٩٩.

(٥) الهداية، ج ٥، ص ٢٠٥، العناية نفس الجزء والصفحة، حاشية ابن عبادين، ج ٥،

ص ٨٠.

(٦) فتح القدير، ج ٥، ص ٢٠٦.

القول الثاني: لا يصح بيع حق المرور منفردًا، وبه قال أبو حنيفة على رواية عنه^(١).

وعلّلوا لذلك: بأن المرور حق، والحقوق لا تحتل الأفراد بالبيع والشراء^(٢)، لأنها ليست بمال^(٣)، «لأن المال عين يمكن إحرازها وإمساكها»^(٤).

كما علّل الكرخي لذلك بوجود الجهالة^(٥).

الترجيح:

يترجح - والله أعلم - ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من صحة بيع حق المرور منفردًا للأسباب الآتية:

١ - وجود مصلحة راجحة في ذلك.

٢ - أن التعليل بأن المرور حقٌ والحقوق لا تحتل الأفراد بالبيع، لأنها ليست بمال.. هو تعليل محل نظر؛ لأن هذا جرياً على ما ذهب إليه الحنفية من عدم اعتبار المنافع أموالاً والراجع اعتبار المنافع أموالاً، لأن المنافع هي المقصودة من الأعيان، فإن أثمان الحاجات والأشياء تقاس بين الناس بمنافعها، وقد سوّغ الشارع أن تكون المنفعة مهراً في النكاح، وأن المهر

-
- (١) الهداية، ج ٥، ص ٢٠٥، فتح القدير نفس الجزء والصفحة، حاشية ابن عابدين، ج ٤، ص ٥١٨، ج ٥، ص ٨٠، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٦٠، الدر المنتقى، ج ٢، ص ٥٩.
- (٢) بدائع الصنائع، ج ٦، ص ١٨٩، حاشية ابن عابدين، ج ٤، ص ٥١٨، ج ٥، ص ٨٠.
- (٣) العناية، ج ٥، ص ٢٠٥، فتح القدير، ج ٥، ص ٢٠٦، حاشية ابن عابدين، ج ٥، ص ٨٠.
- (٤) فتح القدير، ج ٥، ص ٢٠٤، حاشية ابن عابدين، ج ٥، ص ٨٠.
- (٥) فتح القدير، ج ٥، ص ٢٠٥.

يجب أن يكون ما^(١)، لقوله تعالى بعد تعداد محرمات النساء: ﴿وَأَجَلَ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسْفِحِينَ﴾^(٢).

ومن جهة أخرى «فإن اعتبار المنافع غير ذات قيمة في نفسها ليس عليه دليل واضح قوي من أدلة الشريعة، لا من نصوصها ولا من أصولها.. وإن تشريع عقد الإجارة بنصوص الكتاب والسنة دليل ناطق بأن الشريعة الإسلامية قد اعتبرت المنافع متقومة في ذاتها حتى أقرت التزام البديل في مقابل الانتفاع، كما أقرت التزام الثمن في مقابل امتلاك العين بالشراء»^(٣).

٣ - إن تعليل الكرخي للمنع بوجود الجهالة هو تعليل محل نظر؛ لأن الفقهاء الذين أجازوه اشترطوا «أن يكون ذلك معلوماً»^(٤).

بل إن جمهور الحنفية الذين أجازوا بيع حق المرور منفرداً، قالوا في الفرق بينه وبين حق التسييل: إن حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق. كما سبق نقله.

ثم ما قد يوجد بعد ذلك من جهالة فهي يسيرة محتملة لا تفضي إلى النزاع.

والله أعلم...

(١) المدخل الفقهي العام لمصطفى الزرقاء، ج٣، ص٢٠٥، الملكية ونظرية العقد لمحمد أبو زهرة، ص٥٢ - ٥٣، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية لعبد الكريم زيدان، ص٢١٩.

(٢) سورة النساء، آية: ٢٤.

(٣) المدخل الفقهي العام للزرقاء، ج٣، ص٢٠٨.

(٤) المبدع، ج٤، ص٢٩٣.



الشرط الرابع

أن يكون مملوكًا للبائع أو مأذونًا له فيه

يشترط أن يكون المبيع مملوكًا للبائع، أو مأذونًا له في بيعه، للنهي عن بيع ما لا يملكه الإنسان، فإذا كان البائع مأذونًا له في بيع المبيع صحَّ أيضًا؛ لقيامه مقام مالكة، لأنه نزل من منزلة نفسه، والحاجة داعية إلى التوكيل، لكون الموكل غائبًا أو محبوسًا يتعذر معه حضور المشتري معه، وما أشبهه، فلو لم يقم مقامه، لأدى إلى الحرج والمشقة، وهما منتفیان شرعًا^(١).

ويشتمل الكلام في هذا الشرط على خمسة مطالب:

المطلب الأول: حكم بيع الأراضي المفتوحة عنوة.

المطلب الثاني: حكم بيع المساكن التي بأرض العنوة.

المطلب الثالث: حكم بيع الأراضي غير أرض العنوة.

المطلب الرابع: حكم بيع أرض مكة وبنائها.

المطلب الخامس: حكم بيع أرض المناسك وأرض الحرم عدا مكة.

المطلب الأول: حكم بيع الأراضي المفتوحة عنوة:

اتفق الفقهاء على أن الأراضي المفتوحة عنوة إذا قسمت بين الفاتحين صارت ملكًا لهم، يتصرفون فيها بالبيع والشراء وغير ذلك^(١).

أما إذا لم تقسم، فقد اختلفوا في حكم بيعها على أقوال:

القول الأول: أن هذه الأراضي لا يصح بيعها، وبه قال: المالكية^(٢)، والشافعية على الصحيح من مذهبهم^(٣)، والرواية المشهورة في مذهب الحنابلة^(٤).

القول الثاني: يصح بيعها، وهو قول الحنفية^(٥)، وأحد قولي

-
- (١) الخراج لأبي يوسف، ص ١٣٦، مختصر القدوري، ج ٤، ص ١٢٣، التنف في الفتاوى، ج ١، ص ١٨٣، بدائع الصنائع، ج ٧، ص ١١٩، فتح القدير، ج ٤، ص ٣٠٣، بداية المجتهد، ج ١، قوانين الأحكام الشرعية، ص ١٦٧، الأم، ج ٤، ص ١٨١، الأحكام السلطانية لأبي يعلى، ص ١٤٦، المقنع، ج ١، ص ٥١١، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٤، ص ٣٢٨، المحرر، ج ٢، ص ١٧٨، الإنصاف، ج ٤، ص ٢٨٦.
- (٢) مقدمات ابن رشد، ص ٢٧٢، الشرح الصغير، ج ١، ص ٦٧٢، منح الجليل، ج ٣، ص ١٨٠ - ١٨٢.
- (٣) الأحكام السلطانية للماوردي، ص ١٧٤، التنبيه، ص ٢٤١، المهذب، ج ٢، ص ٢٦٦، روضة الطالبين، ج ١٠، ص ٢٧٥، مغني المحتاج، ج ٤، ص ٢٣٤، نهاية المحتاج، ج ٨، ص ٧٤، التكملة الثانية للمجموع، ج ١٩، ص ٤٥٤.
- (٤) مسائل الإمام أحمد رواية إسحاق النيسابوري، ج ١، ص ١٠، الأحكام السلطانية لأبي يعلى، ص ٢٠٥، المقنع، ج ٢، ص ٨، الكافي، ج ٢، ص ٧، المغني، ج ٢، ص ٧٢٠، المحرر، ج ٢، ص ١٨٠، الفروع، ج ٤، ص ٣٨، المبدع، ج ٤، ص ١٨، الإنصاف، ج ٤، ص ٢٨٦، وقال فيه - بعد ذكر هذه الرواية -: «هذا المذهب بلا ريب، وعليه جماهير الأصحاب، وقطع به كثير منهم».
- (٥) الخراج لأبي يوسف، ص ١٣٦، الهداية، ج ٤، ص ٣٥٩، فتح القدير، ج ٤، ص ٣٥٩، مجمع الأنهر، ج ١، ص ٦٦٣، كشف الحقائق، ج ١، ص ٣٢١، الدر المنتقى، ج ١، ص ٦٦٣.

الشافعية^(١)، والرواية الثانية في مذهب الحنابلة^(٢)، اختارها شيخ الإسلام ابن تيمية^(٣)، وابن القيم^(٤)، والشيخ عبد الرحمن السعدي^(٥)، وقد نُقل هذا القول عن: الثوري وابن سيرين^(٦).

القول الثالث: يصح الشراء دون البيع، وهي الرواية الثالثة في مذهب الحنابلة^(٧).

القول الرابع: يصح البيع والشراء عند الحاجة، وهي الرواية الرابعة في مذهب الحنابلة^(٨).

الأدلة

أدلة القول الأول:

استدلَّ أصحاب القول الأول على ما ذهبوا إليه بالأدلة الآتية:

- (١) الأحكام السلطانية للماوردي، ص ١٧٤، التنبيه، ص ٢٤١، المهذب، ج ٢، ص ٢٢٦، روضة الطالبين، ج ١٠، ص ٢٧٥، التكملة الثانية للمجموع، ج ١٩، ص ٤٥٤.
- (٢) الفروع، ج ٤، ص ٣٨، الإنصاف، ج ٤، ص ٢٨٦، المبدع، ج ٤، ص ٢٠، حاشية المقنع، ج ٢، ص ٨، السلسبيل في معرفة الدليل، ج ١، ص ٣٢٥، حاشية الروض المربع، ج ٤، ص ٣٤٣.
- (٣) المراجع السابقة، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ج ٢٩، ص ٢٠٤.
- (٤) أحكام أهل الذمة، ج ١، ص ١٠٤.
- (٥) المختارات الجليلة، ص ٧٠.
- (٦) نقله عنهما ابن قدامة في كتابه «المغني»، ج ٢، ص ٧٢٠.
- (٧) الأحكام السلطانية لأبي يعلى، ص ٢٠٦، المقنع، ج ٢، ص ٩، الكافي، ج ٢، ص ٧، المغني، ج ٢، ص ٧٢٠، الفروع، ج ٤، ص ٣٨، الإنصاف، ج ٤، ص ٢٨٦، المبدع، ج ٤، ص ٢٠، حاشية المقنع، ج ٢، ص ٩.
- (٨) الفروع، ج ٤، ص ٣٨، الإنصاف، ج ٤، ص ٢٨٦، المبدع، ج ٤، ص ٢٠، حاشية المقنع، ج ٢، ص ٩.

الدليل الأول:

أنه قد وردت الآثار عن الصحابة رضي الله عنهم بالنهي عن بيع الأرض التي فتحت
 عنوة:

ومن تلك الآثار ما يلي:

١ - ما رواه أبو عبيد بسنده عن أبي عياض عن عمر قال: لا تشتروا
 رقيق أهل الذمة فإنهم أهل خراج^(١)، وأرضوهم فلا تبتاعوها^(٢)، ولا يقرن
 أحدكم بالصغار^(٣) بعد إذ نجاه الله منه^(٤).

٢ - وعن بشير بن عقبة عن الحسن قال: قال عمر: لا تشتروا رقيق أهل
 الذمة ولا أرضهم، قال: فقلت للحسن ولم؟ قال: لأنهم فيء للمسلمين ولا
 أرضهم. أخرجه أبو عبيد^(٥).

(١) يعني أنهم يؤدون الجزية للمسلمين فإذا اشتراهم المسلمون وصاروا ملكًا لهم وجبت
 عليهم الجزية. (تحقيق وتعليق محمد خليل هراس على كتاب الأموال لأبي عبيد حاشية
 رقم ١، صفحة ٧٩).

(٢) يعني لا تشتروها؛ لأنها أرض خراج فمن اشتراها وجب عليه خراجها.
 (تحقيق وتعليق محمد خليل هراس على كتاب الأموال لأبي عبيد، حاشية رقم ٢،
 ص ٧٩).

(٣) أي لا يقبلن على نفسه الذل والهوان بأن يصير من أهل الجزية والخراج.
 (تحقيق وتعليق محمد خليل هراس على كتاب الأموال حاشية رقم ٣، ص ٧٩).

(٤) كتاب الأموال لأبي عبيد القاسم بن سلام، ص ٧٩، رقم ١٩٤.
 وأخرج يحيى بن آدم بسنده عن محمد بن سيرين قال: نهى عمر رضي الله عنه بيع رقيق أهل الذمة
 وأرضيهم. الخراج ليحيى بن آدم صفحة ٥٥، رقم ١٥٦.

وأخرج أيضًا عن هشيم عن أبي عقيل الأزدي أن الحسن حدثهم قال: نهى عمر بن
 الخطاب رضي الله عنه أن يشتري أرض أهل الذمة ورقيقهم.
 وأخرجه عن طريق هشيم عن يونس عن الحسن مثله. ثم قال: ولم يبلغ به عمر.
 (٥) الأموال، ص ٧٩، رقم ١٩٥.

٣ - وعن عنصرة قال: سمعت علياً رضي الله عنه يقول: إياي وهذا السواد. أخرجه أبو عبيد^(١).

فإن علياً رضي الله عنه يحذر نفسه وغيره أن يشتروا من أرض سواد العراق شيئاً.
٤ - وعن حبيب قال تبعنا ابن عباس رضي الله عنهما فسأله رجلٌ فقال: أنى يكون بهذا السواد فأتقبل^(٢)، ولست أريد أن أزداد، ولكنني أدفع الضيم^(٣)، فقراً عليه ابن عباس عليه السلام^(٤): ﴿قَلْبُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَلَا يَدِينُونَ دِينَ الْحَقِّ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ﴾^(٥)، فقال: لا تنزعوه من أعناقهم وتجعلوه في أعناقكم. أخرجه أبو عبيد^(٦).

٥ - وروى أبو عبيد^(٧) بسنده عن عبدالله بن عمرو بن العاص قال: ألا أخبركم بالراجع على عقبيه؟: رجل أسلم فحسن إسلامه، وهاجر فحسنت

(١) الأموال، ص ٧٩، رقم ١٩٧.

وأخرج يحيى بن آدم قال: حدثنا عبدة عن سعيد بن أبي عروبة عن قتادة عن علي عليه السلام: أنه كان يكره أن يشتري من أرض الخراج شيئاً، ويقول: عليها خراج المسلمين. الخراج ليحيى بن آدم، ص ٥٩، رقم ١٧٨.

(٢) التقبل: أن يجعل شخص قبيلًا، أي: كفيلاً بتحصيل الخراج وأخذه لنفسه، مقابل قدر معلوم بدفعه، وهو ما عرف بعد باسم نظام الالتزام، فيستفيد المتقبل الفرق بين ما يدفعه وما حصله. (تحقيق وتعليق الدكتور محمد إبراهيم البنا على كتاب الخراج لأبي يوسف، ص ١٨٩، حاشية رقم (٣)، وقد أحال على كتاب الخراج للدكتور الريس (٢٦٩).

وأما حكم التقبيل فانظر فيه: كتاب الخراج لأبي يوسف، ص ٢٢٥ وما بعدها.

(٣) يعني لست أريد بذلك التوسع في الغنى، ولكنني أريد أن أدفع عن نفسي الفقر والعيلة. (تحقيق وتعليق محمد خليل هراس على كتاب الأموال لأبي عبيد، ص ٧٩، حاشية رقم ٧).

(٤) هكذا وردت الرواية في كتاب الأموال «عليه السلام».

(٥) سورة التوبة، آية: ٢٩.

(٦) الأموال، ص ٧٩، رقم ١٩٨.

(٧) الأموال، ص ٨٠، رقم ٢٠٣.

هجرته، وجاهد فحسن جهاده، فلما قفل حمل أرضاً بجزيتها فذلك الراجع على عقبيه.

قال أبو عبيد بعد ذكره هذه الآثار:

«فقد تتابعت الآثار بالكراهة بشراء أرض الخراج. وإنما كرهها

الكارهون من جهتين:

إحداهما: أنها فيء للمسلمين.

والأخرى: أن الخراج صغار»^(١).

مناقشة الاستدلال بهذه الآثار:

يناقش الاستدلال بالآثار السابقة من وجوه عدة هي:

الوجه الأول: أن أسانيد هذه الآثار في بعضها كلام. فالأثر المروي عن

علي رضي الله عنه في سنده^(٢) سعيد بن سنان اختلف في الحكم عليه^(٣):

فقال الإمام أحمد: ليس بالقوي

ووثقه الدارقطني.

وأما الأثر المروي عن عبدالله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه ففي سنده^(٤):

يحيى بن أبي عمرو السيباني قال عنه ابن حجر في «تقريب التهذيب»^(٥):

روايته عن الصحابة مرسله.

(١) الأموال لأبي عبيد، ص ٨١.

(٢) سند الأثر عند أبي عبيد: حدثني أبو نعيم عن سعيد بن سنان عن عنترة قال سمعت علياً رضي الله عنه. الأموال، ص ٧٩.

(٣) ينظر في ذلك: ميزان الاعتدال، ج ٢، ص ١٤٣.

(٤) سند الأثر عند أبي عبيد: حدثني هشام بن عمار قال حدثنا يزيد بن سمرة أبو هزان قال: حدثني يحيى بن أبي عمرو السيباني عن عبدالله بن عمرو بن العاص فذكره. الأموال، ص ٧٩، رقم ١٩٨.

(٥) ج ٢، ص ٣٥٥: ترجمة رقم: ١٤٢.

الوجه الثاني: أن النهي عن شراء الأرض المفتوحة عنوة يعود لأمرين:
الأول: أنها فيء للمسلمين حيث تركت وقفًا فلم تقسم.
والثاني: أن الخراج صغار، فكيف يدخل فيه المسلم؟ كما سبق نقل ذلك عن أبي عبيد.

وهذان الأمران يمكن الإجابة عليهما:

بأن الأمر الأول وهو كونها فيئًا لا يمنع من بيعها، لأن خراجها يؤخذ ممن هي - في يده؛ إذ حق المسلمين في الخراج، وهو لا يسقط بنقل الملك.

قال ابن القيم رحمته الله:

«وضرب الخراج عليها يؤخذ ممن تكون في يده، والوقف إنما امتنع بيعه لما في بيعه من إبطال وقفه، وأما هذه فإذا بيعت أو انتقل الملك فيها فإنها تنتقل خراجية كما كانت عند الأول، وحق المسلمين في الخراج، وهو لا يسقط بنقل الملك فإنها تكون عند المشتري كما كانت عند البائع..»^(١).

وأما الأمر الثاني:

وهو أن الخراج صغار فكيف يدخل فيه المسلم؟

فيمكن الإجابة عليه بما قاله شيخ الإسلام ابن تيمية رحمته الله حين بين حكم شراء الأرض الخراجية، وهل الخراج أجرة أو ثمن للأرض حيث قال:

«.. يبقى إذا أخذه المسلم: هل يكره لما فيه من الصغار، أو لما فيه من الاشتغال عن الجهاد بالحرثة، فهذه مواضع أخرى.. تختلف باختلاف المصالح والأوقات كما أن النبي صلى الله عليه وسلم عامل اليهود على خير لقلّة المسلمين، فلما كثر المسلمون أجلاهم عمر بأمر النبي صلى الله عليه وسلم، وصار المسلمون يعمرونها، فكذلك الأرض الخراجية إذا كثر المسلمون كان استيلاؤهم عليها

(١) أحكام أهل الذمة، ج ١، ص ١٠٤ - ١٠٥.

بالخراج أنفع لهم من أن يبقوا فقراء محاويج، والكفار يستغلون الأرض بالخراج اليسير.. فكان المعنى ضرر المسلمين بأهل الذمة واكتفاء المسلمين بالمسلمين.. ومتى كثر المسلمون لم يبق صغار، ولا جزية، وإنما كان فيه صغار وجزية في الزمن المتقدم، كما لو أسلم الذمي الذي هو مستولٍ عليها، فإنها تبقى بيده مؤدياً لخراجها، وسقط عنه جزية جمجمته.. وإذ جاز أن تبقى بيده بعد إسلامه، فما المانع من أن يدفعها إلى مسلم غيره بعوض أو غيره، والمسلم لا صغار عليه بحال، فلو كان المانع كونها صغاراً، لم يجامع الإسلام، كجزية الرأس»^(١).

الوجه الثالث: أن هذه الآثار المروية عن بعض الصحابة في النهي عن شراء الأراضي المفتوحة عنوة قد عارضتها آثار أخرى مروية عن بعض الصحابة تدل على جواز ذلك. ومن هذه الآثار ما يلي:

١ - ما نقله الزيعلي في «نصب الراية»^(٢) من كتاب «المعرفة» للبيهقي عن أبي يوسف قال: حدثنا مجالد بن سعيد عن عامر عن عتبة بن فرقد السلمي أنه قال لعمر بن الخطاب: إني اشتريت أرضاً من أرض السواد، فقال عمر: أنت فيها مثل صاحبها.

٢ - وعن القاسم بن عبد الرحمن عن أبيه - أن ابن مسعود اشترى من دهقان^(٣) أرضاً على أن يكفيه جزيتها. أخرجه أبو عبيد^(٤).

(١) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ج ٢٩، ص ٢٠٧ - ٢٠٨.

(٢) ج ٣، ص ٤٤١.

(٣) الدهقان: قال في القاموس، ج ٤، ص ٢٢٤: «الدهقان: بالكسر والضم القوي على التصرف مع حدة، والتاجر وزعيم فلاحي العجم ورئيس الإقليم معرب». وقال ابن الأثير في: النهاية، ج ٢، ص ١٤٥: «الدهقان: بكسر الدال وضمها: رئيس القرية وأصحاب الزراعة، وهو معرب».

(٤) الأموال، ص ٨٠، رقم ١٩٩٠، وسنده عنده هو: حدثنا أبو معاوية وي زيد عن الحجاج عن القاسم بن عبد الرحمن قال يزيد: عن أبيه - أن ابن مسعود اشترى.. الخ.

وفي لفظ: جاء دهقان إلى عبدالله بن مسعود فقال: اشترِ مني أرضي، فقال عبدالله: على أن تكفيني خراجها، قال: نعم. فاشتراها منه. أخرجه يحيى ابن آدم^(١).

٣ - وعن ابن مسعود قال: نهى رسول الله ﷺ عن التبقر^(٢) في الأهل والمال، ثم قال عبدالله: فكيف بمال براذان^(٣)، وبكذا وبكذا، أخرجه الإمام أحمد، وأبو عبيد واللفظ له^(٤).

(١) الخراج ليحيى بن آدم القرشي، ص ٥٦، رقم ١٦٦ وسنده: أخبرنا إسماعيل قال حدثنا الحسن، قال يحيى قال حدثنا عبد السلام بن حرب عن حجاج عن القاسم بن عبد الرحمن قال: جاء دهقان.. الخ.

(٢) التبقر: قال أبو عبيد: التوسع في المال وغيره، وإنما هو مأخوذ من بقرت الشيء: أي وسعته. الأموال، ص ٨٥.

(٣) راذان: قال محمد خليل هراس في تحقيق كتاب الأموال، ص ٨٥: هي قرية قرب المدينة، وجاء في تحقيق التركي والحلو لكتاب المغني، ج ٤، ص ١٩٣: «هي قرية بناحي المدينة، ذكر ياقوت أنها جاءت في حديث عبدالله بن مسعود، معجم البلدان ٢/ ٧٣٠»، ولم يظهر لي كونها قرب المدينة، لأن لفظ الكلمة لا يشعر بذلك، ولأن أبا عبيد أورد الخبر مستدلاً به على الدخول في أرض الخراج. والله أعلم.

(٤) أخرجه الإمام أحمد في مسنده بلفظ: حدثنا عبدالله حدثني أبي ثنا حجاج ثنا شعبه عن أبي التياح عن رجل من طيء عن عبدالله قال: نهانا رسول الله ﷺ عن التبقر في الأهل والمال، فقال أبو جمره وكان جالساً عنده نعم حدثني أخرم الطائي عن أبيه عن عبدالله عن النبي ﷺ قال فقال عبدالله: فكيف بأهل براذان وأهل المدينة وأهل كذا، قال شعبه فقلت لأبي التياح ما التبقر، فقال: الكثرة.

وأخرجه بلفظ: حدثنا عبدالله حدثني أبي حدثنا محمد بن جعفر ثنا شعبه عن أبي التياح عن ابن الأخرم رجل من طيء عن عبدالله بن مسعود عن النبي ﷺ أنه نهى عن التبقر في الأهل والمال.

وأخرجه أيضاً بلفظ: حدثنا حدثني أبي ثنا محمد بن جعفر ثنا شعبه قال: سمعت أبا جمره يحدث عن أبيه عن عبدالله عن النبي ﷺ قال: وقال عبدالله: كيف من له ثلاثة أهلين: أهل بالمدينة وأهل بكذا وأهل بكذا. مسند الإمام أحمد، ج ١، ص ٤٣٩.

وأخرجه أبو عبيد عن طريق الحجاج حدثني عن شعبه عن أبي التياح عن رجل من طيء - حسبته قال عن أبيه عن عبدالله بن مسعود باللفظ المذكور أعلاه. (الأموال، ص ٨٥، رقم ٢٢١).

قال أبو عبيد: فأرى عبد الله ذكر أن له براذان مالا^(١).

الإجابة على هذا الوجه:

أجيب عن هذه الآثار بما يلي:

أن الأثر المروي عن عمر رضي الله عنه في سنده: مجالد بن سعيد، وجدت المحدثين قد ضعفوه حيث قال عنه ابن معين^(٢) وغيره: لا يحتج به. وقال الدارقطني: ضعيف^(٣).

وأما الأثر الأول عن ابن مسعود وهو: أنه اشترى من دهقان أرضاً على أن يكفيه جزيتها.

فقد أجاب عنه أبو عبيد بأن الشراء بمعنى: الإكتراء فقال: «أراه يعني بالشراء: الإكراء، لأنه لا يكون مشترياً والجزية على البائع، وقد خرجت الأرض من ملكه»^(٤).

ونقل ابن قدامه في كتابه المغني^(٥) هذه الإجابة عن أبي عبيد.

(١) الأموال ص ٨٥.

(٢) ينظر في ذلك: ميزان الاعتدال، ج ٣، ص ٤٣٨، ترجمة رقم: ٧٠٧٠.

(٣) المصدر نفسه.

(٤) الأموال، ص ٨٠.

(٥) المغني، ج ٢، ص ٧٢١، ونقله الشيخ مرعي بن يوسف في تهذيب الكلام مخطوط، ص ١٦ (ص ٨٠ من المطبوع). وقد يرد على هذه الإجابة: بأن الشراء على معناه الحقيقي وليس بمعنى الإكتراء. وأما قوله في الأثر «على أن يكفيه جزيتها»، فقد يراد به أن ابن مسعود قد عجل له بعض الثمن، وترك الباقي مقابل دفع الخراج، ولهذا اشترط ابن مسعود رضي الله عنه أن يكفيه جزيتها أي: خراجها.

وهذا يستقيم على قول من يقول: إن خراج أرض العنوة هو في معنى ثمن الأرض كما يقوله الحنفية، وبعض الشافعية. والله أعلم.

انظر في معنى الخراج هل هو أجره أو ثمن: الخراج ليحيى بن آدم، ص ١٦٥، الأحكام السلطانية للماوردي، ص ١٤٧، ١٧٤، الاستخراج لأحكام الخراج، ص ٣٩.

نظام الضرائب في الإسلام، ص ٤٤٣.

٤ - أما الأثر الثاني الذي جاء فيه: «فكيف بمال براذان».

فقد أجاب عليه ابن قدامة قائلاً وقوله «فكيف بمال براذان؟»:

ليس فيه ذكر الشراء، فيحتمل أنه أراد من السائمة أو الزرع أو نحوه، ويحتمل أنه أراد أرضاً اكتراها، وقد يحتمل أنه أراد بذلك غيره، وقد يعيب الإنسان الفعل المعيب من غيره.

جواب ثان: «أنه يتناول الشراء، وبقي قول عمر في النهي عن البيع غير معارض»^(١).

وهذه الإجابة عندي هي محل نظر لأمرين:

الأول: أن عدم ذكر الشراء في هذا الأثر لا يدل على أنه حصل عليه بغير الشراء، بل الغالب حصوله عليه بالشراء، وهذا ما فهمه أبو عبيد من الأثر، فإنه أورده مستدلاً به على شراء أرض الخراج.

الثاني: أن قوله: «إنه يتناول الشراء وبقي قول عمر في النهي عن البيع غير معارض» غير مسلم أيضاً، لأن عمر رضي الله عنه قد نهى عن الشراء فكيف يخص قوله بالنهي عن البيع دون الشراء؟ والله أعلم.

الدليل الثاني: من أدلة القائلين بالنهي عن بيع الأرض المفتوحة عنوة: الإجماع:

فقد نقل ابن قدامة رحمته الله إجماع الصحابة رضي الله عنهم على أنه لا يجوز شراء شيء من الأرض المفتوحة عنوة ولا يبيعه فقال:

«ولنا: إجماع الصحابة رضي الله عنهم: فإنه روى عن عمر رضي الله عنه أنه قال: «لا تشتروا رقيق أهل الذمة ولا أرضهم».

وقال الشعبي: «اشترى عتبة بن فرقد أرضاً على شاطئ الفرات ليتخذ فيها قصباً فذكر ذلك لعمر، فقال: ممن اشتريتها؟ قال: من أربابها، فلما اجتمع المهاجرون والأنصار قال: هؤلاء أربابها، فهل اشتريت منهم شيئاً؟ قال لا، قال: فارددها على من اشتريتها منه وخذ مالك».

وهذا قول عمر في المهاجرين والأنصار بمحضر سادة الصحابة وأئمتهم، فلم ينكر، فكان إجماعاً^(١).

مناقشة هذا الاستدلال:

نوقش هذا الاستدلال من وجوه عدة هي:

الأول: أن هذين الأثرين المرويين عن عمر رضي الله عنه قد سبق بيان أنهما معارضان بما روي عن عمر نفسه، وبما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه، وسبق أيضاً الإجابة عن ذلك وما ورد عليها.

الثاني: ما أورده محمد رشيد رضا على دعوى الإجماع هذه حيث قال: «فيه: أن إجماع الصحابة إن قلنا بإمكانه بعد انتشارهم في أقطار الأرض فلا نقول: بأنه دين يجب اتباعه في أمور المعاش والبيع والشراء، وإنما فعلوا ذلك لأنهم رأوا فيه المصلحة في زمنهم، وما دام الأئمة يرون ذلك يلتزمون، فإن رأوا المصلحة في غيره داروا معها»^(٢).

دفع هذا الاعتراض:

يمكن أن يجاب عن هذا الاعتراض بأن يقال:

إنه إذا تحقق وجود الإجماع من الصحابة رضي الله عنهم على حكم مسألة من المسائل فإنه حينئذ لا يجوز مخالفة ذلك الإجماع، لأن المصلحة متحققة

(١) المغني، ج ٢، ص ٧٢١.

(٢) تعليق محمد رشيد رضا على كتاب المغني، ج ٢، ص ٧٢١.

فيما أجمعوا عليه؛ إذ لا تجتمع أمة محمد ﷺ إلا على ما هو حقٌ ومصلحة^(١).

الوجه الثالث: أن الإجماع الذي ذكره ابن قدامة هو عندي محل نظر، لأنه مبني على أن عمر ﷺ أنكر بمحضر من الصحابة على عتبة بن فرقد شراءه أرضاً على شاطئ الفرات. وهذا الأثر لم يثبت، لأن في سنده بكير بن عامر: وهو ضعيف كما سبق بيان ذلك^(٢).

الدليل الثالث: القياس:

فقد قالوا: إن هذه أرض موقوفة فلم يجوز بيعها قياساً على سائر الأحباس والوقوف.

والدليل على وقفها: أن عمر ﷺ لم يقسم الأرض التي افتتحها^(٣) وتركها لتكون مادة لأجناد المسلمين الذين يقاتلون في سبيل الله إلى يوم القيامة.

ولأنها لو قسمت لكانت للذين افتتحوها ثم لورثتهم، ولم تكن مشتركة بين المسلمين^(٤).

(١) قلت: ومما يؤيد هذه الإجابة التي ذكرتها ما جاء في المسودة في أصول الفقه، ص ٣١٥: «الإجماع حجة مقطوع عليها يجب المصير إليها وتحرم مخالفته، ولا يجوز أن تجتمع الأمة على الخطأ».

وما ذكره الرازي في المحصول: «اختلفوا في أن الإجماع في الآراء والحروب هل هو حجة؟».

منهم من أنكره. ومنهم من قال: إنه حجة - بعد استقراء الرأي وأما قبله فلا، والحق: أنه حجة مطلقاً، لأن أدلة الإجماع غير مختصة ببعض الصور. المحصول الجزء الثاني، القسم الأول، ص ٢٩٢.

(٢) ينظر ص ٧٨ حاشية (٢).

(٣) راجع الآثار المروية عن عمر في ترك قسمة ما فتح عنوة ص ٦٥ - ٦٦ من هذه الرسالة.

(٤) المغني، ج ٢، ص ٧٢٢، الشرح الكبير، ج ٢، ص ٣١٥، المبدع، ج ١، ص ١٩.

مناقشة هذا الاستدلال:

يمكن مناقشة هذا الاستدلال بما ذكره شيخ الإسلام ابن تيمية رحمته الله حيث قال:

«الذي يكره من شراء الأرض الخراجية، إنما كان لأن المشتري يشتريها فيرفع الخراج عنها، وذلك إسقاط لحق المسلمين.. فأما إذا اشتراها وعليه من الخراج ما على البائع فهو كما لو ولاه إياها بلا حق، وكما لو ورثها، فإن الإرث مجمع عليه: أن الوارث أحق بها بالخراج.. وإذا كان كذلك فلو أخذه ذمي من الذمي الأول بالخراج، وعأوضه على ذلك عوضاً لم يكن في ذلك ضرر أصلاً فلا وجه لمنعه، لأنه إن قيل: إنه وقف، فهذا لا يخرج به هذه المعاوضة عن أن يكون وقفاً، بل مستحق أهل الوقف باق، كما كان، وبيع الوقف إنما منع منه لإزالة حق أهل الوقف. وهذا لا يزول، بل هو بمنزلة إجارة أرض الوقف بأكثر مما استأجرها، فكأنه قال: أكريتك هذه الأرض بما علي من الخراج، وبالزيادة التي تعجلها إلي، ولهذا ينتقل إلى ورثة من هي في يده، والوقف لا يباع ولا يوهب ولا يورث.. وبالجملة فالموانع من كونها وقفاً ينظر فيها، أما جهة الوقف، فلا يتوجه كونها مانعاً على أصول الشريعة أبداً»^(١).

وقال ابن القيم رحمته الله - بعد أن ذكر حكم الأرض المفتوحة عنوة:

«ويجوز بيع هذه الأرض وهبتها ورهنها وإجارتها، ونصَّ الإمام أحمد في رواية ابنه صالح على جواز جعلها صدقاً^(٢)، وهذا صريح في جواز بيعها وهبتها.

(١) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ج ٢٩، ص ٢٠٤ - ٢٠٩.

(٢) قال شيخ الإسلام ابن تيمية: «ولهذا جوز أحمد إصداق الأرض الخراجية، وما جاز أن =

وقال بعض المتأخرين من أصحابه: لا يجوز نقل الملك فيها، لأنها وقف، فلا يجوز بيعها.

وهذا ليس بشيء، فإنها تورث بالاتفاق، والوقف لا يورث، وتجعل صداقاً بالنص^(١)، والوقف لا يجوز فيه ذلك.

ومنشأ الشبهة: أنهم ظنوا أن وقفها بمنزلة سائر الأوقاف التي تجري مجرى إعتاق العبد وتحريره لله، وهذا غلط، بل معنى وقفها تركها على حالها لم يقسمها بين الغانمين، لا أنه أنشأ تحبيسها وتسبيلها على المسلمين: هذا لم يفعله رسول الله ﷺ ولا عمر ولا أحد من الأئمة بعده، بل وقفها هو ترك قسمتها وإبقاؤها على حالها، وضرب الخراج عليها يؤخذ ممن تكون في يده، والوقف إنما امتنع بيعه لما في بيعه من إبطال وقفه، وأما هذه فإذا بيعت أو انتقل الملك فيها فإنها تنتقل خراجية، كما كانت عند الأول. وحق المسلمين في الخراج، وهو لا يسقط بنقل الملك، فإنها تكون عند المشتري كما كانت عند البائع^(٢).

وقد فهمت من بعض كتب المالكية أنهم يرون أن معنى وقفها: هو تركها غير مقسومة لا الوقف المصطلح عليه.

فقد نقل الشيخ أحمد محمد الصاوي في «بلغة السالك»^(٣) عن الشيخ: مصطفى الرماصي، قال: لم أر من قال: إنها تصير وقفاً بمجرد الاستيلاء عليها؛ إذ كلام الأئمة فيما يفعله الإمام فيها هل يقسمها غيرها أو يتركها

= يكون صداقاً جاز أن يكون ثمنًا، وأجرة، وما كان ثمنًا كان مثنًا فهذا باب ينبغي

تأمله». مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ج ٢٩، ص ٢٠٦ - ٢٠٧.

(١) مراده بالنص هنا: نص الإمام أحمد في رواية ابنه صالح.

(٢) أحكام أهل الذمة، ج ١، ص ١٠٤ - ١٠٥.

(٣) بلغة السالك، ج ١، ص ٧٦٢، وقد ورد مثل ذلك في منح الجليل، ج ٣، ص ٧٨١ -

لنواب المسلمين، وحينئذٍ فمعنى وقفها: تركها غير مقسومة لا الوقف المصطلح عليه وهو الحبس، وأقره «بن»^(١)، وقد يقال هذا المعنى: هو المراد من قولهم تصير وقفًا بمجرد الاستيلاء، فإنها تترك للمصالح ولا معنى للوقف والتحبس إلا ذلك».

ومما سبق يظهر أن معنى وقف هذه الأرض هو ترك قسمتها فلا يصح قياسها على الوقف المصطلح عليه. والله أعلم.

أدلة القول الثاني:

استدلَّ القائلون بصحة بيع الأراضي المفتوحة عنوة بالأدلة التالية:

الدليل الأول: الآثار

فقد قالوا: إنه صح عن الصحابة رضي الله عنهم أنهم اشتروا أراضي الخراج وكانوا يؤدون خراجها^(٢).

١ - فإنه روي أن عتبة بن فرقد قال لعمر بن الخطاب: إني اشتريت أرضًا من السواد، فقال: أنت فيها مثل صاحبها.

٢ - وروي عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه اشترى من دهقان أرضًا على أن يكفيه جزيتها.

٣ - وعن ابن مسعود قال: نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن التبقر في الأهل والمال، ثم قال عبدالله: فكيف بمال براذان وبكذا وبكذا.

(١) المراد بقوله «وأقره بن»: الشيخ البناني كما بين ذلك في مقدمة الكتاب.

(٢) الهداية، ج ٤، ص ٣٦٥، فتح القدير نفس الجزء والصفحة، نصب الراية، ج ٣، ص ٤٤١.

مناقشة الاستدلال بهذه الآثار:

هذه الآثار سبق الاعتراض بها على الدليل الأول لأصحاب القول الأول، وقد بينت هناك الإجابة عليها^(١).

الدليل الثاني: إقطاع بعض الصحابة أراضي بسواد العراق:

وقد احتج بعض من أجاز بيع الأراضي المفتوحة عنوة بإقطاع عثمان رضي الله عنه بعض المواضع بسواد العراق^(٢).

فعن موسى بن طلحة قال: أقطع عثمان بن عفان لعبدالله بن مسعود في النهريين^(٣)، ولعمار بن ياسر سنينيا^(٤)، وأقطع خبايا صعنبى^(٥)، وأقطع سعد بن مالك قرية هرمز^(٦).. وكان عبدالله بن مسعود وسعد يعطيان أرضيهما بالثلث والرابع. أخرجه أبو يوسف^(٧).

(١) ينظر، ص ١٧٢.

(٢) الأموال لأبي عبيد، ص ٨٦.

(٣) النهريين، لغة في: النهرييل، وهي: ناحية في سواد بغداد. (مراصد الاطلاع على أسماء الأمكنة والبقاع، ج ٣، ص ١٤٠١).

(٤) سنينيا: بعد النون المكسورة ياء ساكنة، ثم نون أخرى، ثم ياء، وألف مقصورة: قرية من نواحي الكوفة. (مراصد الاطلاع على أسماء الأمكنة والبقاع، ج ٢، ص ٧٤٩).

(٥) صعنبى: بالفتح، ثم السكون، ونون موحدة، وباء، وألف مقصورة: قرية بالسواد. (مراصد الاطلاع، ج ٢، ص ٨٤١، معجم البلدان، ج ٣، ص ٤٠٧ - ٤٠٨ وقال فيه: وفي كتاب الفتوح: أن عثمان بن عفان رضي الله عنه، أقطع خباب بن الأرت: قرية بالسواد يقال لها: صعنبى).

(٦) قرية هرمز: لم أجد لها بهذا اللفظ، لكن في معجم البلدان، ج ٥، ص ٤٠٢، قال: هرمز: بضم أوله، وسكون ثانيه، وضم الميم، وآخره زاي: مدينة في البحر إليها خور وهي على ضفة ذلك البحر، وهي بر فارس، وهي فرضة كرمان إليها ترفأ المراكب، ومنها تنقل أمتعة الهند إلى كرمان وسجستان وخراسان.

وينظر أيضًا: مراصد الاطلاع على أسماء الأمكنة والبقاع، ج ٣، ص ١٤٥٧.

(٧) أخرجه أبو يوسف عن إبراهيم بن المهاجر، عن موسى بن طلحة قال: أقطع عثمان بن =

مناقشة هذا الاستدلال:

لقد ناقش أبو عبيد هذا الاستدلال فقال: «وأما إقطاع عثمان من أقطع من الصحابة وقبولهم إياه، فإن قوماً قد تأولوا أن هذا من السواد، وقد سألت قبيصة: هل كان فيه ذكر السواد؟ فقال: لا. فإن يكن كما تأولوا فإنه عندي من الأصناف التي كان عمر أصفها من أرض السواد.

ثم ذكر بسنده أن عمر رضي الله عنه أصفى من السواد عشرة أصناف فعدها ثم قال: فهذه كلها أرضون قد جلا عنها أهلها، فلم يبق بها ساكنٌ ولا لها عامر فكان حكمها إلى الإمام.. فلما قام عثمان رأى أن عمارتها أرد على المسلمين وأوفر لخراجهم من تعطيلها، فأعطاها من رأى إعطاءه على أن يعمرها، كما يعمرها غيرهم، ويؤدوا عنها ما يجب للمسلمين عليهم، فأما أن يكون وجه هذا عندي على ما يحمله عليه ناس من الناس فلا»^(١).

دفع هذه المناقشة:

يمكن الإجابة على هذه المناقشة بما علّق به محقق كتاب الأموال على قول أبي عبيد في هذا الموضع حيث قال: «لقد تكلف المؤلف رضي الله عنه هذا تأويل كثير من الإقطاعات لتتفق مع رأيه، وخير من هذا التكلف أن نقول إن الأرض المفتوحة يرجع الأمر فيها إلى الإمام»^(٢).

= عفان فذكره. الخراج لأبي يوسف، ص ١٣٣، رقم، ١٥١ وأخرجه أبو عبيد: قال: وحدثني قبيصة عن سفيان عن إبراهيم بن مهاجر عن موسى بن طلحة: أن عثمان أقطع خمسة من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم: الزبير، وسعدا، وابن مسعود، وأسامة بن زيد، وخباب بن الأرت قال: فكان جاري منهم ابن مسعود وخباب. الأموال ص ٢٥٧، رقم ٦٩١، وأخرجه يحيى بن آدم قال حدثنا: قيس بن الربيع عن إبراهيم بن مهاجر عن موسى بن طلحة قال: أقطع عمر رضي الله عنه خمسة من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم: سعد بن أبي وقاص، وعبدالله بن مسعود، وخباب، وأسامة بن زيد، قال: وأراه قال: الزبير، قال: فأما أسامة فباع أرضه. الخراج ليحيى بن آدم، ص ٧٨، رقم ٢٤٨.

(١) الأموال لأبي عبيد، ص ٢٦١ - ٢٦٢.

(٢) تحقيق وتعليق محمد خليل هراس لكتاب الأموال، ص ٢٦١، حاشية رقم ٥.

وأما قوله: إنه سأل قبيصة هل كان فيه ذكر السواد؟ فقال لا، فيناقش بأنه قد ورد الأثر مفسراً في رواية أبي يوسف؛ حيث سمى فيه المواضع التي أقطعت، وهي في العراق، وأما قوله: فإن يكن كما تأولوا فإنه عندي من الأصناف التي كان عمر أصفها من أرض السواد»، فيناقش قوله هذا بأنه لا يمنع الاستدلال بالأثر، لأنه إذا كان من أرض السواد، وأقطع لبعض الصحابة فإنه دليل على أن السواد لم يكن وقفاً بمعنى الوقف المصطلح عليه؛ إذ لو كان كذلك، لما جاز إقطاعه. والله أعلم.

الدليل الثالث: الإجماع:

وقالوا في تصويره:

إن الإمام إذا فتح أرضاً عنوة له أن يُقرَّ أهلها عليها، ويضع عليها الخراج فتبقى الأراضي مملوكة لأهلها.

والدليل على ذلك فعل عمر رضي الله عنه بسواد العراق بموافقة من الصحابة رضي الله عنهم (١).

قال الكاساني مستدلاً للحنفية:

ولنا: إجماع الصحابة رضي الله عنهم، فإن سيدنا عمر رضي الله عنه لما فتح سواد العراق ترك الأراضي في أيديهم، وضرب على رؤوسهم الجزية وعلى أراضيهم الخراج بمحض من الصحابة الكرام رضي الله عنهم، ولم ينقل أنه أنكر عليه منكرٌ فكان ذلك إجماعاً (٢).

مناقشة هذا الاستدلال:

هذا الاستدلال مبنيٌّ على قول الحنفية: إن للإمام أن يترك الأراضي

(١) الهداية، ج ٤، ص ٣٠٤، ٣٥٩، فتح القدير نفس الجزء والصفحة.

(٢) بدائع الصنائع، ج ٧، ص ١١٩.

المفتوحة عنوة بأيدي أهلها ملكاً لهم، واستدلالهم على ذلك بفعل عمر رضي الله عنه.

وقد سبقت الإجابة عليه عند الحديث عن حكم الأراضي المفتوحة عنوة^(١).

الدليل الرابع: القياس:

وقد استدل به من وجوه عدة:

الأول: أنه يجوز بيعها قياساً على جواز جعلها صداقاً؛ لأن ما جاز أن يكون صداقاً جاز أن يكون ثمنًا، وما كان ثمنًا كان مثنًا^(٢).

الثاني: أنه إذا اشتراها وعليه من الخراج ما على البائع فهو جائز قياساً على الإرث، فإنَّ الإرث مجمعٌ عليه: أن الوارث أحق بها بالخراج^(٣).

الثالث: أنه يجوز المعاوضة عنها قياساً على المصالحة على منافع مكانه للاستطراق، أو إلقاء الزبالة، أو وضع الجذع ونحو ذلك بعوض ناجز^(٤).

الرابع: أنها أرض لهم فجاز بيعها قياساً على أرض الصلح^(٥).

أدلة القول الثالث:

استدل على جواز شراء الأراضي المفتوحة عنوة دون البيع بالأدلة

التالية:

(١) ينظر، ص ٧٧.

(٢) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ج ٢٩، ص ٢٠٦ - ٢٠٧.

(٣) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ج ٢٩، ص ٢٠٤.

(٤) المصدر السابق، الجزء نفسه، ص ٢٠٥.

(٥) المغني، ج ٢، ص ٧٢٢، الشرح الكبير، ج ٢، ص ٣١٥.

الدليل الأول: ما ذكره ابن قدامة: أن الإمام أحمد إنما رخص في الشراء والله أعلم، لأن بعض الصحابة اشترى، ولم يسمع عنهم البيع^(١).

مناقشة هذا الاستدلال:

يمكن مناقشة هذا الاستدلال بأن يقال: إنه إذا صحَّ الشراء صحَّ البيع، لأنهما متلازمان؛ إذ لا يوجد شراء إلا إذا وجد بيع، ولا يوجد بيع إلا إذا وجد شراء، فإذا قيل بصحة الشراء، فينبغي أن يقال بصحة البيع. والله أعلم. وأما قوله: «إن بعض الصحابة اشترى، ولم يسمع عنهم البيع».

فيناقش من وجهة نظري بأمرين:

الأول: أنه معارض بما نقله ابن قدامة نفسه من دعوى إجماع الصحابة رضي الله عنهم على أنه لا يجوز شراء شيء من أرض سواد العراق ولا يبيعه كما سبق نقل ذلك عنه، فكيف يعلل لصحة الشراء دون البيع بأنه سمع من بعض الصحابة الشراء ولم يسمع عنهم البيع، مع أنه نقل الإجماع عن الصحابة أنه لا يجوز البيع ولا الشراء!؟

الثاني: لا نسلم أنه لم يسمع عنهم البيع، لأن يحيى بن آدم حين نقل أن خمسة من الصحابة رضي الله عنهم أقطعوا بعض الأراضي قال: فأما أسامة فباع أرضه^(٢).

الدليل الثاني: أنه يجوز شراء أرض العنوة؛ لأنه كالأستنقاذ لها فهو جائز قياساً على شراء الأسير^(٣).

قال أبو يعلى: «ويكون هذا الشراء في الحقيقة استنقاذاً وفداءً وغير

(١) المغني، ج ٢، ص ٧٢٠.

(٢) الخراج ليحيى بن آدم ص ٧٨، حديث رقم: ٢٤٨.

(٣) الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ٧، المغني، ج ٢، ص ٧٢٠، المبدع، ج ٤،

ممتنع أن يقع العقد على وجه الاستنقاذ فيكون جائزاً في حق الباذل للعرض، وهو ممنوع منه في حق الآخذ، بدليل فكّ الأسير من أيدي المشركين بعوض بذله لهم، فهو استنقاذ وفداء مباح من جهة الباذل، ومحرم من جهة الآخذ، وهما سواء، لأن ذلك العقد مع مشرك، وكذلك هاهنا سبب عقد الخراج مع المشركين»^(١).

مناقشة هذا الاستدلال:

يناقش:

بأن الأسير المسلم لا يملكه الكفار، فيكون بذل المال للكافر جائزاً ويكون أخذ الكافر له حراماً، لأنه أخذ عوض عمّا لا يملكه.

بخلاف أرض العنوة فهي ملك لهم عند من يقول بذلك، فيكون أخذ المال عنها جائزاً في حقهم لا حراماً.

دليل القول الرابع

استدلّ أبو يعلى للرواية الرابعة في مذهب الحنابلة، وهي الصحة عند الحاجة بقياس صحة بيعها عند الحاجة على بيع العرايا فقال:

«لأنّ للحاجة تأثيراً في جواز البيع، بدليل بيع العرايا، وهو بيع رطب بتمر خرصاً، يجوز للحاجة إلى شراء الرطب، وإن كان ممنوعاً منه في غير العرايا»^(٢).

مناقشة هذا الاستدلال:

يمكن مناقشة هذا الاستدلال بما يلي:

(١) الأحكام السلطانية لأبي يعلى، ص ٢٠٦.

(٢) الأحكام السلطانية لأبي يعلى، ص ٢٠٦.

١ - أن قياس بيع الأرض المفتوحة عنوة على بيع العرايا هو قياس مع الفارق، لأن الأصل أن لا يباع الرطب بالتمر لما فيه من الربا، لكنه استثنى لوجود الدليل الخاص.

وأما أرض العنوة فلأن العلة عند من منع بيعها هو كونها وقفًا، ولأن بيع العرايا معدولٌ به عن قاعدة القياس فلا يقاس عليه، لأن الخارج عن القياس لا يقاس عليه^(١).

٢ - أن الأصل المقيس عليه - وهو بيع العرايا - مختلفٌ في حكمه^(٢)، ومن شروط صحة القياس أن يكون الحكم في الأصل متفقًا عليه^(٣). والله أعلم.

الترجيح:

من خلال ما سبق من عرض لأدلة كل قول ومناقشة ما أمكن مناقشته منها يظهر - والله أعلم - رجحان القول الثاني، فيكون بيع الأرض المفتوحة عنوة وشراؤها صحيحًا، وترجيح هذا القول يرجع إلى عدة أسباب:

السبب الأول: قوة بعض أدلته؛ حيث أجيب عن الاعتراضات الموجهة إليها، وسلم بعضها الآخر من المناقشة.

(١) قال الشوكاني في إرشاد الفحول، ص ٢٠٦، عند بيان الشروط التي لا بد من اعتبارها في الأصل: العاشر: أن لا يكون معدولاً به عن قاعدة القياس كشهادة خزيمة، وعدد الركعات، ومقادير الحدود، وما يشابه ذلك؛ لأن إثبات القياس عليه إثبات الحكم مع منافيه، وهذا معنى قول الفقهاء: الخارج عن القياس، لا يقاس عليه.

(٢) انظر اختلاف الفقهاء في حكم بيع العرايا في: الأصل، ج ٥، ص ٦٥، بدائع الصنائع، ج ٥، ص ١٩٤، بداية المجتهد، ج ٢، ص ٢١٦، الأم، ج ٣، ص ٥٣، المغني، ج ٤، ص ٦٥.

(٣) قال الشوكاني في إرشاد الفحول، ص ٢٠٥: «ولا يكون القياس صحيحًا إلا بشروط اثني عشر لا بد من اعتبارها في الأصل، ثم قال الشرط السابع: أن يكون الحكم في الأصل متفقًا عليه، لأنه لو كان مختلفًا فيه احتجج إلى إثباته أولاً».

السبب الثاني: ضعف أدلة الأقوال الأخرى؛ حيث أجيب عنها كما سبق.

السبب الثالث: أن مما يؤيد ترجيح هذا القول ما رواه ابن أبي ليلى قال: اشترى الحسن بن علي ملححة أو ملحًا، واشترى الحسين من أرض الخراج، وقال: قد ردَّ إليهم عمر أرضيهم وصالحهم على الخارج الذي وضعه عليهم. أخرجه يحيى بن آدم^(١).

السبب الرابع: أن هذا هو الذي عليه عملُ المسلمين قديمًا وحديثًا، ولا فائدة في المنع من بيعها، بل فيه ضرر كثير^(٢). والله أعلم.

مسألة: حكم بيع أرض العنوة عند من يمنع بيعها:

تحدثت في المطلب السابق عن أقوال الفقهاء في حكم بيع الأراضي المفتوحة عنوة وأدلة كل قول وما أورد عليها من مناقشة والترجيح. وبقي هنا مسألة وهي: ما حكم البيع إذا وقع فعلاً عند القائلين بعدم صحة بيعها؟

والإجابة على هذه المسألة هي:

أن القائلين بعدم صحة بيع الأراضي المفتوحة عنوة قد قالوا: إن هذه الأراضي إذا بيعت فحكم بصحة البيع حاكمٌ صح ذلك البيع؛ لأنه مختلفٌ فيه، فصح بحكم الحاكم كسائر المجتهدات.

كما قرَّر بعضهم: أن الإمام إذا باع شيئًا لمصلحة رآها، مثل أن يكون في الأرض ما يحتاج إلى عمارة لا يعمرها إلا من يشتريها صحَّ أيضًا؛ لأن فعل الإمام كحكم الحاكم^(٣).

(١) الخراج ليحيى بن آدم، ص ٥٧، رقم: ١٧١.

(٢) المختارات الجليلة، ٧٠.

(٣) منح الجليل، ج ٣، ص ١٨٠، المغني، ج ٢، ص ٧٢٣، المبدع، ج ٤، ص ٢١، =

المطلب الثاني: حكم بيع المساكن التي بأرض العنوة:

المساكن الموجودة بأرض العنوة قد تكون موجودة عند الفتح، وقد تكون محدثة بعد الفتح وآلتها من أرض العنوة، وقد تكون محدثة بعد الفتح وآلتها من غير أرض العنوة.

وقد اختلف الفقهاء في حكم بيعها على أقوال:

القول الأول: صحة بيعها مطلقاً^(١).

وبه قال الشافعية على الصحيح من مذهبهم^(٢)، وهو القول الراجح عند الحنابلة^(٣)، وهو مقتضى مذهب الحنفية^(٤).

القول الثاني: لا يصح بيعها.

=الإقناع، ج ٢، ص ٦٣، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ١٤٤، كشف القناع، ج ٣، ص ١٥٩، حاشية الروض المربع، ج ٤، ص ٣٤٢.

(١) أي سواء كانت موجودة عند الفتح أو محدثة بعد الفتح وآلتها من أرض العنوة، أو محدثة بعد الفتح وآلتها من غير أرض العنوة.

(٢) الأم، ج ٤، ص ١٨١، روضة الطالبين، ج ١٠، ص ٢٧٥، المهذب، ج ٢، ص ٢٦٦، المنهاج، ج ٤، ص ٢٣٥، التكملة الثانية للمجموع، ج ١٩، ص ٤٥٥.

(٣) المقنع، ج ٢، ص ٨، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ٧، المغني، ج ٢، ص ٧٢٥، المحرر، ج ٢، ص ١٨٠، الفروع، ج ٤، ص ٤٠، المبدع، ج ٤، ص ١٨، الإنصاف، ج ٤، ص ٢٨٧، الإقناع، ج ٢، ص ٦٣، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ١٤٤، كشف القناع، ج ٣، ص ١٥٨، الروض المربع، ج ٤، ص ٣٤٣.

(٤) لم أجد للحنفية نصاً صريحاً في حكم بيع المساكن الموجودة بأرض العنوة، غير أن قياس مذهبهم يقتضي صحة بيعها؛ لأنهم أجازوا بيع الأراضي المفتوحة عنوة مع قوة الخلاف في منع بيعها فمن باب أولى أن يقولوا بصحة بيع المساكن مع أن الخلاف فيها أقل من أرض العنوة. والله أعلم.

وهو القول الثاني عند الشافعية^(١)، وأحد الأقوال عند الحنابلة^(٢).

القول الثالث: يمنع بيع الموجود منها عند الفتح وبقي على حالته، ويصح بيع ما عداه، وهو قول المالكية^(٣)، وأحد الأقوال عند الحنابلة^(٤).

القول الرابع: إن كانت وآلتها من أجزاء أرض العنوة فلا يصح البيع، وإن كانت من غيرها صح، وهو قول عند الشافعية^(٥) والحنابلة^(٦).

الأدلة

دليل القول الأول:

استدل عليه بأن: الصحابة رضي الله عنهم اقتطعوا الخطط في الكوفة والبصرة في زمن عمر رضي الله عنه، وبنوها مساكن، وتبايعوها من غير نكير فكان إجماعاً على جواز بيع المساكن في الأراضي المفتوحة عنوة^(٧).

-
- (١) المهذب، ج ٢، ص ٢٦٦، مغني المحتاج، ج ٤، ص ٢٣٦، نهاية المحتاج، ج ٨، ص ٧٤، التكملة الثانية للمجموع، ج ١٩، ص ٤٥٥.
- (٢) الأحكام السلطانية لأبي يعلى، ص ٢٠٦، الفروع، ج ٤، ص ٤٠، المبدع، ج ٤، ص ١٩، الإنصاف، ج ٤، ص ٢٨٧.
- (٣) المدونة، ج ٤، ص ٢٧٣، الفروق، ج ٤، ص ٥، الشرح الصغير، ج ١، ص ٧٦٢، منح الجليل، ج ٣، ص ١٨٠، قرة العين، ص ٢٦٧.
- (٤) الفروع، ج ٤، ص ٤٠، المبدع، ج ٤، ص ١٨، الإنصاف، ج ٤، ص ٢٨٧.
- (٥) مغني المحتاج، ج ٤، ص ٢٣٦.
- (٦) الفروع، ج ٤، ص ٤٠، المبدع، ج ٤، ص ١٨، الإنصاف، ج ٤، ص ٢٨٧.
- (٧) روضة الطالبين، ج ١٠، ص ٢٧٥، مغني المحتاج، ج ٤، ص ٢٣٦، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ٧، المغني، ج ٢، ص ٧٢٥، المبدع، ج ٤، ص ١٨، الإنصاف، ج ٤، ص ٢٨٨، كشاف القناع، ج ٣، ص ١٥٨، الروض المربع، ج ٤، ص ٣٤٣، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ١٤٤.

ما استدل به على القول الثاني:

استدل القائلون بمنع البيع بدليلين:

الأول: أن البناء تبع للأرض، والأرض موقوفة، فلو جاز البيع لكان فيه ذريعة إلى أخذ العوض عن الأرض، والذرائع معتبرة في الأصول^(١).

مناقشة هذا الاستدلال:

يناقش بما يلي:

١ - أن القول بوقف المنازل تبعاً للأرض يُفضي إلى خراب المنازل^(٢).

٢ - أن المنازل لم توقف في زمن عمر رضي الله عنه، ويدل على هذا أنه لم يفرض عليها خراج، ولو كانت وقفاً لفرض عليها الخراج كما فرض على المزارع^(٣).

٣ - ولأن البناء ملك لصاحبه لم يدخل في الوقف فجاز له بيعه^(٤).

٤ - أن القول بأن البناء تبع للأرض والأرض موقوفة ففي إجازة البيع ذريعة، هو قول محل نظر؛ لأنه مبني على أن الأرض موقوفة بمعنى الوقف المصطلح عليه، وقد سبق بيان ضعف هذا القول، ولذا يكون ما بني عليه ضعيفاً لضعف أصله.

الدليل الثاني: أنه يمنع بيع المساكن قياساً على المزارع^(٥).

(١) الأحكام السلطانية لأبي يعلى، ص ٢٠٧، الفروع، ج ٤، ص ٤٠، المبدع، ج ٤، ص ١٩، الإنصاف، ج ٤، ص ٢٨٧.

(٢) المهذب، ج ٢، ص ٢٦٦، مغني المحتاج، ج ٤، ص ٢٣٦، التكملة الثانية للمجموع، ج ١٩، ص ٤٥٥.

(٣) مغني المحتاج، ج ٤، ص ٢٣٦، نهاية المحتاج، ج ٨، ص ٧٤، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ج ٢٩، ص ٢٠٦.

(٤) الأحكام السلطانية لأبي يعلى، ص ٢٠٧.

(٥) مغني المحتاج، ج ٤، ص ٢٣٦.

مناقشة هذا الاستدلال:

يناقش هذا الاستدلال من وجوه:

الأول: أنه قياس مع الفارق، لأنَّ وقف المزارع لا يؤدي إلى خرابها بخلاف وقف المنازل؛ فإنه يؤدي إلى خرابها.

الثاني: أنه قياس في مقابل ما ذكر من الإجماع على جواز البيع، فلا يؤخذ به. قال أبو عبيد رضي الله عنه:

«وإنما كان اختلافهم في الأرضين المغلة التي يلزمها الخراج من ذوات المزارع والشجر، فأما المساكن والدور بأرض السواد، فما علمنا أحداً كره شراءها وحيازتها وسكنها، وقد اقتسمت الكوفة خططاً في زمن عمر بن الخطاب، وهو إذن في ذلك من أكابر أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم، رجال: منهم سعد بن أبي وقاص، وعبدالله بن مسعود، وعمار، وحذيفة، وسلمان، وخباب، وأبو مسعود، وغيرهم.

ثم قدمها علي رضي الله عنه فيمن معه من أصحابه، فأقام بها خلافته كلها، ثم كان التابعون بعد بها، فما بلغنا أن أحداً منهم ارتاب بها، ولا كان في نفسه منها شيء، بحمد الله ونعمته، وكذلك سائر السواد، والحديث في هذا أكثر من أن يحصى»^(١).

الثالث: أنه قياس على أصل مختلف في حكمه، ومن شروط صحة القياس أن يكون الأصل المقيس عليه متفقاً على حكمه.

دليل القول الثالث:

استدل على منع بيع المنازل الموجودة عند الفتح بأنها وقف فلا يصح

(١) الأموال لأبي عبيد، ص ٨٦ - ٨٧.

بيعها، ولا يتصرف فيها تصرف الملاك، وهذا ما دامت باقية بأبنيتها التي فتحت عليها، فإن تهدمت وجدد فيها بناء جاز بيعها؛ لأنها حينئذٍ مملوكة^(١).

مناقشة هذا الاستدلال:

يناقش هذا الاستدلال بما يلي:

١ - أنه مبني على أن ما فتح عنوة من أرض ومساكن هو وقف بمجرد الاستيلاء عليه، وهذا محل نظر؛ لأن المسألة خلافية على ما مرّ.

٢ - أن عمر رضي الله عنه لو كان وقف الأراضي والمساكن المفتوحة عنوة في عهده لكان ينبغي أن يفرض على المساكن فرضاً، لأنه إذا قيل: إن الخراج المفروض على الأرض أجرة، لكان ينبغي إكراء المساكن أيضاً، ولو قيل: إن الخراج المفروض ثمن للأرض لكان ينبغي أيضاً بيع المساكن^(٢).

٣ - أنه على فرض أن المساكن الموجودة زمن الفتح تكون وقفاً، فإن ذلك لا يمنع بيعها؛ لأنه ليس معناه الوقف المصطلح عليه، وإنما معناه تركها على حالها وعدم قسمتها^(٣).

دليل القول الرابع:

القول الرابع يرى أنه إذا كانت آلة المنازل التي بنيت بها هي من أجزاء أرض العنوة، فلا يصح بيعها، وإن كانت من غيرها صحّ.

ويظهر أن هذا القول مبنيٌّ على أن البناء في العادة يكون من تراب

(١) الشرح الصغير، ج ١، ص ٧٦٢، منح الجليل، ج ٣، ص ١٨٠.

(٢) ينظر في هذا المعنى: مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ج ٢٩، ص ٢٠٥.

(٣) ينظر في هذا المعنى: أحكام أهل الذمة، ج ١، ص ١٠٤.

الأرض الوقف، فلم يصح بيعه؛ لأنه من جملته، فإن كان من غير أرض الوقف صحَّ حينئذٍ.

ويناقد هذا الاستدلال بأن معنى وقفها، ليس هو الوقف المصطلح، بل معناه تركها بحالها لم تقسم، كما سبق بيانه.

الترجيح:

من خلال ما سبق من عرض ما استدل به على كل قول، ومناقشة ما أمكن مناقشته منها يظهر - والله أعلم - رجحان القول الأول فيكون بيع المساكن الموجودة بأرض العنوة صحيحًا.

وسبب الترجيح:

- ١ - قوة دليل هذا القول؛ إذ لم أجد له مناقشة تذكر.
- ٢ - ضعف ما استدل به على الأقوال الأخرى؛ حيث أجيب عنها كما سبق.

المطلب الثالث: حكم بيع الأراضي غير أرض العنوة:

الأراضي تنقسم إلى أقسام:

- ١ - ما فتح عنوة.
 - ٢ - ما فتح صلحًا.
 - ٣ - ما أسلم عليه أربابه.
 - ٤ - ما جلى عنه أهله.
 - ٥ - ما استأنف المسلمون إحياءه.
- فأما الأراضي المفتوحة عنوة فقد سبق قريباً بيان حكم بيعها.

وأما الأقسام الأخرى فحكم بيعها على النحو التالي:

أولاً: الأراضي المفتوحة صلحاً

الأراضي المفتوحة صلحاً تنقسم إلى قسمين:

القسم الأول: أن يقع عقد الصلح على أن الأرض للمسلمين، وتقر في أيدي الكفار بخراج يؤديه عنها، فهذه الأرض تصير بهذا الصلح وقفاً على المسلمين عند الجمهور^(١).

القسم الثاني: أن يقع عقد الصلح على أن الأرض للكفار، ويفرض عليها خراج يؤديه عنها، فهذه تبقى ملكاً لهم، ولهم بيعها^(٢).

(١) المدونة، ج ٤، ص ٢٧٢، الكافي في فقه أهل المدينة، ج ١، ص ٤٨٣، الأم، ج ٤، ص ١٨٢، الأحكام السلطانية للماوردي، ص ١٣٨، الأحكام السلطانية لأبي يعلى، ص ١٦٤، المغني، ج ٢، ص ٧١٩، ويلاحظ هنا: أنه سبق عند الحديث عن حكم بيع الأرض المفتوحة عنوة بيان معنى الوقف في الأراضي المفتوحة، وأنه ليس المراد منه الوقف المصطلح عليه الذي يمنع البيع، وإنما معناه: تركها على حالها وعدم قسمتها. وبناء على ذلك فإن القول بعدم جواز بيعها محل نظر، ولعل الأرجح جواز أخذ المعاوضة عنها، على ما اختاره شيخ الإسلام ابن تيمية، وابن القيم، ولهذا حين تحدث شيخ الإسلام عن حكم شراء أرض الخراج: أطلق القول، وبين جواز أخذ المعاوضة عنها، وهذه من أراضي الخراج.

وقال ابن القيم في أحكام أهل الذمة، ج ١، ص ١٠٦: «النوع السادس: أرض صالحناهم على نزولهم عنها، وتكون ملكاً لنا، وتقر في أيديهم بالخراج، فحكم هذه الأرض أيضاً حكم أرض العنوة، أنها تصير وقفاً للمسلمين، وتقر في أيديهم بالخراج، ولا يسقط الخراج بالإسلام، ولا يمنعون من المناقلة فيها، ويكون ذلك مناقلة عن حق الاختصاص، لا بيعاً لرقبة الأرض؛ إذ ليست ملكاً لهم، وغنماً يعاوضون عني منفعة الاختصاص، وليس في ذلك إبطال حق المسلمين من رقبة الأرض ولا نفعها، فلا يمنعون منه». وقد سبق أن بين عند حديثه عن أرض العنوة، ج ١، ص ١٠٤: أنه يجوز بيعها، وأن معنى وقفها: تركها على حالها لم يقسمها بين الغانمين. والله أعلم.

(٢) التنف في الفتاوى، ج ١، ص ١٨٤، مجمع الأنهر، ج ١، ص ٦٦٢، اللباب في شرح =

ثانيًا: الأراضي التي أسلم عليها أربابها:

وأما الأراضي التي أسلم أهلها عليها فهذه الأراضي ملك لأربابها لهم حق التصرف فيها بالبيع والشراء وغير ذلك^(١).

ثالثًا: الأراضي التي جلى عنها أهلها:

اختلف الفقهاء في حكمها على قولين:

الأول: أن هذه الأراضي تعتبر وقفًا على المسلمين.

الثاني: أن الإمام مخير فيها بين قسمه لها على الغانمين، ووقفه إياها على المسلمين، كما سبق بيان ذلك.

وبناء على القول الأول: لا يجوز بيع رقاب الأرض، وإنما يجوز بيع ما استحدث فيها من نخل أو شجر^(٢).

وأما على القول الثاني، فإنها إن قسمت بين الغانمين تكون ملكًا لهم يجوز لهم بيعها.

وإن لم تقسم بل تركت وقفًا على المسلمين فهي حينئذٍ لا يجوز بيعها؛ لأنه لا يجوز بيع الوقف^(٣).

=الكتاب، ج ٤، ص ١٣٩، المدونة، ج ٤، ص ٢٧٢، الكافي في فقه أهل المدينة، ج ١، ص ٤٨٣، الأم، ج ٤، ص ١٨٢، الأحكام السلطانية للماوردي، ص ١٣٨، الأحكام السلطانية لأبي يعلى، ص ١٦٤، المغني، ج ٢، ص ٧١٩.

(١) مختصر القدوري، ج ٤، ص ١٣٨، التنتف في الفتاوى، ج ١، ص ١٨٣، مجمع الأنهر، ج ١، ص ٦٦١، النور البادي في أحكام الأراضي الورقة: ٢، المغني، ج ٢، ص ٧١٦، الأموال لأبي عبيد، ص ٥٧.

(٢) الأحكام السلطانية للماوردي، ص ١٣٧، الأحكام السلطانية لأبي يعلى، ص ١٤٨.

(٣) ينبغي أن يلاحظ أن ما سبق بيانه في معنى وقف الأرض المفتوحة صلحًا في الحاشية رقم (١)، ص ١٩٥، ينطبق على معنى وقف الأرض التي جلا عنها أهلها. وأن معنى وقفها ترك قسمتها فيجوز أخذ المعاوضة عنها. والله أعلم.

رابعًا: ما استأنف المسلمون إحياءه:

سبق في الفصل الثاني من الباب التمهيدي بيان أقسام الأراضي، وما يكون منها مواتًا، وما يكون غير موات^(١)، وعليه فمن أحيأ أرضًا مواتًا فهي له - إذا توفرت شروط الإحياء - له التصرف فيها بالبيع وغيره^(٢)، لقوله ﷺ «من أحيأ أرضًا ميتة فهي له»^(٣)، وغير ذلك من الأحاديث التي في معناها.

المطلب الرابع: حكم بيع أرض مكة وبنائها:

يتناول الحديث في هذا المطلب: حكم بيع الأراضي الزراعية، وحكم بيع الدور.

١ - الأراضي الزراعية:

نصَّ شيخ الإسلام ابن تيمية رحمته الله على أنه لم يمنع أحد بيعها فقال في أثناء ردّه على من قال إنه لا يصح بيع أرض مكة وإجارتها لكونها فتحت عنوة: «الثالث: أن مزارع مكة ما علمت أحدًا من أصحابنا ولا غيرهم منع بيعها، أو إجارتها، وإنما الكلام في الرباع، وهي المساكن لا المزارع»^(٤).

هذا ما ذكره شيخ الإسلام ابن تيمية رحمته الله غير أنني فهمت من كلام

(١) ينظر ص ٧٩.

(٢) فتاوى قاضيخان، ج ٢، ص ٢٨٣، الهداية، ج ٨، ص ١٣٧، التنف في الفتاوى، ج ٢، ص ٦٢٦، الشرح الصغير، ج ١، ص ٧٦٣، حاشية الدسوقي، ج ٤، ص ٦٨، منح الجليل، ج ٣، ص ١٨٠، الأحكام السلطانية للماوردي، ص ١٧٧، الوجيز، ج ١، ص ٢٤١، فتح الوهاب، ج ١، ص ٢٥٣، مختصر الخرقى، ص ٦٥، الأحكام السلطانية لأبي يعلى، ص ٢٠٩، كشف المخدرات، ص ٣٠٣.

(٣) سبق تخريجه، ص ٤٤.

(٤) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ج ٢٩، ص ٢١١.

المالكية أنهم يجرون الخلاف فيها حيث أطلق خليلُ القول بوقفية الأرض المفتوحة عنوة فقال: «ووقفت الأرض: كمصر، والشام، والعراق»^(١). وجاء في شرحه «منح الجليل»^(٢).

«ووقفت.. الأرض غير الموات، وهي الأرض الصالحة لزراعة الحب، والمبنية دورًا ونحوها».

وقال في «الشرح الصغير»^(٣):

«ووقفت الأرض غير الموات من أرض الزراعة بمجرد الاستيلاء عليها.. كأرض مصر والشام والعراق من كل ما فتح عنوة». ومكة فتحت عنوة عند المالكية.

قال القرافي في أثناء حديثه عن كراء دور مكة وبيعها:

«ولا خلاف عن مالك وأصحابه أنها فتحت عنوة»^(٤).

٢ - حكم بيع دور مكة:

اختلف^(٥) الفقهاء في بيعها على أقوال:

(١) ج ٣، ص ١٨٠ - ١٨٢.

(٢) ج ٣، ص ١٨٠.

(٣) ج ١، ص ٧٦٢.

(٤) الفروق، ج ٤، ص ٤.

(٥) ذكر أكثر الفقهاء أن السبب في الاختلاف في حكمها يرجع إلى كونها فتحت صلحًا أو عنوة، انظر في ذلك: الفروق، ج ٤، ص ٤، قوانين الأحكام الشرعية، ص ٣٠٤، المنهاج، ج ٤، ص ٢٣٦، الغاية القصوى في دراية الفتوى، ج ٢، ص ٩٥٢، روضة الطالبين، ج ١٠، ص ٢٧٥، الأحكام السلطانية لأبي يعلى، ص ١٨٩، الإفصاح، ج ١، ص ٣٥٥، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ٢١، الإنصاف، ج ٤، ص ٢٨٨ =

القول الأول: يصح البيع، وبه قال الشافعية^(١)، والظاهرية^(٢)، وأبو حنيفة في إحدى الروايات اختارها صاحباه^(٣)، والإمام مالك في رواية^(٤)، والإمام أحمد في الرواية غير المشهورة عنه^(٥).

القول الثاني: لا يصح البيع، وبه قال أبو حنيفة في رواية عنه^(٦).

= وقد تبين لي أن ثمة سبباً آخر قد أشار إليه بعض العلماء هو: كونها أرض المشاعر التي يشترك في استحقاق الانتفاع بها جميع الناس، فمكة تختص عن سائر البلاد بكونها: دار النسك، وتمعبد الخلق، وقد جعلها الله تعالى حرماً سواء العاكف فيه والباد. راجع: مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ج ٢٩، ص ٢١٢، زاد المعاد، ج ٢، ص ١٧٤، القواعد لابن رجب، ص ٢٨٨، فتح الباري، ج ٨، ص ١٢، نزع ملكية العقار للمنفعة العامة، ص ١٦٧.

- (١) الأحكام السلطانية للماوردي، ص ١٦٤، المهذب، ج ١، ص ٢٦٩، المجموع، ج ٩، ص ٢٤٨، روضة الطالبين، ج ٣، ص ٣١٨، ج ١٠، ص ٢٧٥، الغاية القصوى في دراية الفتوى، ج ٢، ص ٩٥٢، مغني المحتاج، ج ٤، ص ٢٣٦، نهاية المحتاج، ج ٨، ص ٧٥.
- (٢) المحلى، ج ٧، ص ٤١١، ج ٩، ص ٦٩٥.
- (٣) فتاوى قاضيخان، ج ٢، ص ٢٨٢، الهداية، ج ٨، ص ١٢٩، بدائع الصنائع، ج ٥، ص ١٤٦، شرح معاني الآثار، ج ٤، ص ٥١، كشف الحقائق، ج ٢، ص ٢٣٧، شرح متن الوقاية لصدر الشريعة، ج ٢، ص ٢٣٨، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٥٤٧، الدر المنتقى، ج ٢، ص ٥٤٧.
- (٤) المقدمات الممهديات، ص ٦٦٧، الفروق، ج ٤، ص ٤، تهذيب الفروق، ج ٤، ص ١٠، قوانين الأحكام الشرعية، ص ٣٠٤، قررة العين، ص ٢٦٧.
- (٥) الأحكام السلطانية لأبي يعلى، ص ١٩١، المقنع، ج ٢، ص ٩، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ٦، المغني، ج ٤، ص ٢٨٩، الإفصاح، ج ١، ص ٣٥٥، المحرر، ج ٢، ص ١٨٠، المبدع، ج ٤، ص ٢١، الإنصاف، ج ٤، ص ٢٨٩.
- (٦) فتاوى قاضيخان، ج ٢، ص ٢٨٢، الهداية، ج ٨، ص ١٢٩، بدائع الصنائع، ج ٥، ص ١٤٦، كشف الحقائق، ج ٢، ص ٢٣٧، شرح متن الوقاية لصدر الشريعة، ج ٢، ص ٢٣٨، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٥٤٧، الدر المنتقى، ج ٢، ص ٥٤٧.

ومالك في رواية^(١)، وأحمد في الرواية المشهورة عنه^(٢)، وممن قال بهذا القول: عطاء، ومجاهد، وسفيان الثوري^(٣)، وأبو عبيد^(٤).

القول الثالث: يكره البيع، وبه قال الإمام مالك في رواية^(٥).

القول الرابع: يصح بيع البناء دون الأرض، وبه قال أبو حنيفة في ظاهر الرواية عنه^(٦)، واختاره ابن القيم من الحنابلة^(٧).

الأدلة

أدلة القول الأول:

استدل على القول الأول بالأدلة التالية:

الدليل الأول: قوله تعالى: ﴿لِلْفُقَرَاءِ الْمُهَاجِرِينَ الَّذِينَ أُخْرِجُوا مِنْ دِيَارِهِمْ﴾^(٨).

وجه الاستدلال بالآية:

أن الله سبحانه وتعالى قد أضاف الديار إلى أصحابها، في قوله تعالى:

- (١) المقدمات الممهديات، ص ٦٦٧، الفروق، ج ٤، ص ٤، تهذيب الفروق، ج ٤، ص ١٠، قوانين الأحكام الشرعية، ص ٣٠٤، نزع ملكية العقار للمنفعة العامة، ص ١٦٨.
- (٢) الأحكام السلطانية لأبي يعلى، ص ١٨٩، الإفصاح، ج ١، ص ٣٥٥، المقنع، ج ٢، ص ٩، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ٧، المحرر، ج ٢، ص ١٨٠، المبدع، ج ٤، ص ٢١، الإنصاف، ج ٤، ص ٢٨٨، الإقناع، ج ٢، ص ٦٣.
- (٣) شرح معاني الآثار، ج ٤، ص ٤٩.
- (٤) الأموال، ص ٦٨، المغني، ج ٤، ص ٢٨٨.
- (٥) المقدمات الممهديات، ص ٦٦٧، قوانين الأحكام الشرعية، ص ٣٠٤.
- (٦) فتاوى قاضيخان، ج ٢، ص ٢٨٢، الهداية، ج ٨، ص ١٢٩، بدائع الصنائع، ج ٥، ص ١٤٦، كشف الحقائق، ج ٢، ص ٢٣٧، شرح متن الوقاية لصدر الشرعية، ج ٢، ص ٢٣٨، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٥٤٧.
- (٧) زاد المعاد، ج ٢، ص ١٧٥.
- (٨) سورة الحشر، آية: ٨.

﴿مِن دِيكَرِهِمْ﴾، والإضافة تقتضي الملك^(١)، ولو كانت الديار ليست بملك لهم لما كانوا مظلومين في الإخراج من دور ليست بملك لهم^(٢).

قال الإمام الشافعي رحمته الله في مناظرته لإسحاق بن راهوية في تأجير دور مكة بعد إيراده الآية: أفتنسب الديار إلى مالكين أو غير مالكين؟

فقال له إسحاق: إلى مالكين.

قال الشافعي: قول الله أصدق الأقاويل^(٣).

مناقشة هذا الاستدلال:

قد يناقش هذا الاستدلال بأن الإضافة لليد والسكنى^(٤)، كما في قوله تعالى: ﴿وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ﴾^(٥) فلا تفيد الملك بل يكون لهم حق الانتفاع بها بالسكنى فيها، وليس لهم حق المعاوضة عليها بالبيع.

وقد أجيب على هذه المناقشة:

بأن حقيقة الإضافة تقتضي الملك، ولهذا لو قال شخص: هذه الدار لزيد، حكم بملكها لزيد، ولو قال: أردت به السكنى واليد لم يقبل^(٦).

الدليل الثاني: ما رواه أسامة بن زيد رضي الله عنه أنه قال: «يا رسول الله أتنزل في دارك بمكة؟ فقال: «وهل ترك لنا عقيل من رباع أو دور»، وكان عقيل وورث أبا طالب هو وطالب، ولم يرثه جعفر ولا علي شيئًا؛ لأنهما كانا مسلمين، وكان عقيل وطالب كافرين». متفق عليه^(٧).

(١) المجموع، ج ٩، ص ٢٤٩، زاد المعاد، ج ٢، ص ١٧٥.

(٢) فتح الباري، ج ٣، ص ٤٥٠ - ٤٥١.

(٣) المجموع، ج ٩، ص ٢٥٠.

(٤) المجموع، ج ٩، ص ٢٤٩.

(٥) سورة الأحزاب، آية: ٣٣.

(٦) المجموع، ج ٩، ص ٢٤٩.

(٧) صحيح البخاري، كتاب الحج، باب توريث دور مكة وبيعها وشرائها، ج ٢، ص ١٨١، =

وجه الاستدلال بالحديث:

أنه قد دلَّ الحديث على أن دور مكة مملوكةٌ لأهلها تورث عنهم، ويصح لهم بيعها والتصرف فيها^(١).

المناقشة:

نوقش الاستدلال بالحديث بأنه:

لا يدل على ميراث الأرض، لاحتمال جريان الإرث على الأبنية دون الأراضي، كما لو كانت الأراضي موقوفةً، والأبنية عليها مملوكة^(٢).

وقد أجب عن هذه المناقشة بأن:

الحديث يدل على ميراث الأرض قطعاً؛ إذ قد ذكر فيه أنه عليه الصلاة والسلام قال: وهل ترك لنا عقيل من رباع أو دور، والرباع: جمع ربيع: وهو الدار والمحلة والمنزل، كذا في «القاموس» وغيره.

ولا شك أن كلاً من الدار والمحلة والمنزل اسمٌ لما يشمل البناء والعرصة التي هي الأرض، فكان معنى قوله عليه السلام: «وهل ترك لنا عقيل من رباع أو دور؟»: ما ترك لنا شيئاً من البناء والأرض، فدلَّ الحديث على ميراث الأرض^(٣).

الدليل الثالث: ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه في قصة فتح مكة قال: فجاء أبو سفيان فقال: يا رسول الله أبيدت^(٤) خضراء قريش، لا قريش بعد اليوم،

= صحيح مسلم، كتاب الحج، باب نزول الحاج بمكة وتوريث دورها، ج ٩، ص ١٢٠ (صحيح مسلم بشرح النووي).

(١) شرح معاني الآثار، ج ٤، ص ٥٠، شرح النووي لصحيح مسلم، ج ٩، ص ١٢٠، المجموع، ج ٩، ص ٢٤٩، المغني، ج ٤، ص ٢٨٩.

(٢) نتائج الأفكار، ج ٨، ص ١٣٠.

(٣) نتائج الأفكار، ج ٨، ص ١٣٠.

(٤) كذا في هذه الرواية وفي رواية أخرى عند مسلم أيضاً: أبيحت.

قال رسول الله ﷺ: من دخل دار أبي سفيان فهو آمن، ومن ألقى السلاح فهو آمن، ومن أغلق بابه فهو آمن..». رواه مسلم^(١).

وجه الاستدلال بالحديث:

أن النبي ﷺ قد أضاف دورَ مكةَ إلى أهلها في قوله: «من دخل دار أبي سفيان فهو آمن»، فدل ذلك على ملكهم لها، لأن أصل الإضافة إلى الأدميين تقتضي الملك، وما سوى ذلك مجاز^(٢).

الدليل الرابع: الأثر: وقد استدلوا على صحة البيع من الأثر بما يلي:

١ - ما رواه البيهقي: «أن نافع بن عبد الحارث اشترى من صفوان بن أمية دار السجن لعمر بن الخطاب ﷺ بأربع مائة». وفي رواية بأربعة آلاف درهم^(٣).

وهذا الأثر المشهور صريح في أن دور مكة ملك لأهلها فيصح لهم بيعها^(٤).

٢ - ولأن معاوية ﷺ اشترى من حكيم بن حزام دارين بمكة، إحداهما بستين ألفاً، والأخرى بأربعين ألفاً^(٥).

= قال النووي في شرح صحيح مسلم، ج ١٢، ص ١٢٧: وهما متقاربان: أي: استؤصلت قريش بالقتل وأفنيته، وخضراؤهم بمعنى جماعتهم، ويعبر عن الجماعة المجتمعة بالسواد والخضرة، ومنه السواد الأعظم.

(١) صحيح مسلم بشرح النووي: كتاب الجهاد والسير، باب فتح مكة، ج ١٢، ص ١٢٧.

(٢) شرح النووي على صحيح مسلم، ج ١٢، ص ١٢٧.

(٣) السنن الكبرى، كتاب البيوع، باب ما جاء في بيع دور مكة وكرائها وجريان الإرث فيها، ج ٦، ص ٣٤.

(٤) المجموع، ج ٩، ص ٢٤٩، المغني، ج ٤، ص ٢٨٩، المبدع، ج ٤، ص ٢١.

(٥) ورد الاستدلال به في المغني، ج ٤، ص ٢٨٩، المبدع، ج ٤، ص ٢١.

ولم أجد بهذا اللفظ لكن أخرج البيهقي في السنن الكبرى، ج ٦، ص ٣٥ بسنده قال: باع حكيم بن حزام دار الندوة من معاوية بن أبي سفيان بمائة ألف فقال عبدالله بن

مناقشة الاستدلال بهذين الأثرين:

ناقش الاستدلال بهما صاحب «المبدع»^(١)، فقال: «إن ذلك كان على سبيل الاستنقاذ، مع أن عمر اشترى ذلك لمصلحة، وجعله سجناً، يؤيده فعله ذلك في أرض السواد».

ويجاب عن هذه المناقشة من وجهة نظري بأمور:

الأول: أن قوله: «إن ذلك كان على سبيل الاستنقاذ» غير مسلم؛ لأن الاستنقاذ يكون في شراء المسلم الأرض من الكافر، أما شراء المسلم الأرض من المسلم فلا يكون استنقاذاً للأرض.

الثاني: أن قوله: «إن شراء عمر الدار كان لمصلحة عامة حيث جعلت سجناً لا يدل على تخصيص الجواز بهذه الحالة فقط؛ لأنه لا دليل على التخصيص؛ إذ الأصل العموم حتى يرد ما يدل على التخصيص».

الثالث: أن قوله: «يؤيده فعله ذلك في أرض السواد، هو محل نظر لأمرين:

الأول: أن فعل عمر في أرض السواد قد اختلف فيه، فمنهم من قال: إن تركه قسمة سواد العراق يدل على أنه جعله وقفاً، ومنهم من قال: إن تركه له في أيدي أصحابه كان على سبيل التملك، كما سبق بيان ذلك.

الثاني: أنه لا يصح أن تلحق أرض مكة بأرض سواد العراق؛ لأن مكة قد اختلف في فتحها هل كان صلحاً أو عنوة، وأما العراق فلا خلاف أنها فتحت عنوة.

ولأن مكة قد اختصت عن سائر البلاد بكونها دار النسك ومتعبد الخلق.

=الزبير يا أبا خالد بعت مأثرة قريش وكريمتها، فقال: هيهات يا ابن أخي ذهبت المكارم، فلا مكرمة اليوم إلا الإسلام، قال: فقال اشهدوا أنها في سبيل الله تبارك وتعالى، يعني الدراهم.

الدليل الخامس: الإجماع: وبيانه: أن الصحابة رضي الله عنهم كانت لهم دور بمكة، فمنهم من باع، ومنهم من ترك داره فهي في يد أعقابهم، ولم يزل أهل مكة يتصرفون في دورهم بالبيع وغيره من غير إنكار فكان إجماعاً^(١).
قال ابن قدامة رحمته الله في أثناء استدلاله لهذا القول:

«ولأن أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم كانت لهم دور بمكة لأبي بكر والزبير وحكيم بن حزام وأبي سفيان، وسائر أهل مكة، فمنهم من باع، ومنهم من ترك داره فهي في يد أعقابهم.. ولم يزل أهل مكة يتصرفون في دورهم تصرف الملاك بالبيع وغيره، ولم ينكره منكر فكان إجماعاً، وقد قرره النبي صلى الله عليه وسلم بنسبة دورهم إليهم فقال: «من دخل دار أبي سفيان فهو آمن، ومن أغلق عليه بابه فهو آمن»^(٢)، وأقرهم في دورهم ورباعهم، ولم ينقل أحداً عن داره، ولا وجد منه ما يدل على زوال أملاكهم، وكذلك من بعده من الخلفاء، حتى أن عمر رضي الله عنه مع شدته في الحق لما احتاج إلى دار السجن لم يأخذها إلا بالبيع»^(٣).

مناقشة هذا الاستدلال:

يمكن مناقشة دعوى الإجماع على صحة بيع دور مكة أن هذه الدعوى محل نظر؛ لأن الخلاف في المسألة مشهور، فلو كانت من المسائل المتفق عليها لما جاز مخالفة الإجماع. والله أعلم.

الدليل السادس: القياس: وقالوا في تصويره: إنها أرض حية ليست موقوفة فجاز بيعها قياساً على غيرها من الأرض^(٤).

(١) الأحكام السلطانية للماوردي، ص ١٦٤، المغني، ج ٤، ص ٢٨٩.

(٢) سبق تخريجه، ص ٢٠٣.

(٣) المغني، ج ٤، ص ٢٨٩ - ٢٩٠.

(٤) المجموع، ج ٩، ص ٢٥٠، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ٦، المغني، ج ٤، ص ٢٩٠.

ويناقش بأن قولهم: إنها غير موقوفة، محل نظر؛ لأن من العلماء من قال بوقفها.

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب القول الثاني القائلون بالمنع بالأدلة التالية:

الدليل الأول: قوله تعالى: ﴿وَالْمَسْجِدِ الْحَرَامِ الَّذِي جَعَلْنَاهُ لِلنَّاسِ سَوَاءً الْعَاكِفُ فِيهِ وَالْبَادِ﴾^(١).

وجه الاستدلال بالآية:

أن قوله سبحانه وتعالى في الآية: ﴿وَالْمَسْجِدِ الْحَرَامِ﴾، المراد به: جميع الحرم، لكثرة إطلاقه عليه في النصوص^(٢)، كما في قوله تعالى: ﴿سُبْحَانَ الَّذِي أَسْرَى بِعَبْدِهِ لَيْلًا مِنَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ﴾^(٣)، وقوله تعالى: ﴿إِلَّا الَّذِينَ عَاهَدْتُمْ مِنَ الْمُشْرِكِينَ ثُمَّ لَمْ يَنْفُصُوكُمْ شَيْئًا وَلَمْ يُظَاهِرُوا عَلَيْكُمْ أَحَدًا فَأَتِمُوا إِلَيْهِمْ عَهْدَهُمْ إِلَىٰ مُدَّتِهِمْ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُتَّقِينَ﴾^(٤).

مناقشة الاستدلال بالآية:

نوقش هذا الاستدلال بأنه ليس المراد بقوله تعالى: ﴿وَالْمَسْجِدِ الْحَرَامِ﴾ جميع الحرم، بل المراد به المسجد خاصة، وهو الذي حول الكعبة، ولو كان المراد به: جميع أرض الحرم، لكان لا يجوز لأحد أن ينشد في دور مكة وفجاجها ضالة، ولا ينحر فيها البدن، ولا يلقي فيها الأرواث، ولكن هذا في المسجد خاصة^(٥).

(١) سورة الحج، آية: ٢٥.

(٢) شرح معاني الآثار، ج ٤، ص ٥١. المجموع، ج ٩، ص ٢٤٨، أضواء البيان، ج ٢، ص ٣٧٩.

(٣) سورة الإسراء، آية: ١.

(٤) سورة: التوبة، آية: ٧.

(٥) شرح معاني الآثار، ج ٤، ص ٥١، المجموع، ج ٩، ص ٢٤٨، أضواء البيان، ج ٢، ص ٣٨١.

قال ابن خزيمة:

«لو كان المراد بقوله تعالى: ﴿سَوَاءٌ أَعْكُفُ فِيهِ وَالْبَادُ﴾ جميع الحرم، وأن اسم المسجد الحرام واقع على جميع الحرم لما جاز حفر بئر ولا قبر ولا التغوط ولا البول ولا إلقاء الجيف والنتن، قال: ولا نعلم عالمًا منع من ذلك ولا كره لحائض ولا لجنب دخول الحرم ولا الجماع فيه، ولو كان كذلك لجاز الاعتكاف في دور مكة وحوانيتها، ولا يقول بذلك أحد. والله أعلم»^(١).

الدليل الثاني: قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا أُمِرْتُ أَنْ أَعْبُدَ رَبِّي هَذِهِ الْبَلَدَةَ الَّتِي حَرَّمَهَا﴾^(٢).

وجه الاستدلال بالآية:

أن المراد بالبلدة: مكة، وقد بيّنت الآية أن الربَّ سبحانه حرّمها^(٣)، والمحرم لا يجوز بيعه^(٤).

مناقشة هذا الاستدلال:

وقد أجب عن الاستدلال بالآية بأن المراد: حرّم صيدها، وشجرها، وخلاها، والقتال فيها، كما بيّنه ﷺ في الأحاديث الصحيحة^(٥).

الدليل الثالث: ما رواه عبدالله بن عمرو قال: قال رسول الله ﷺ « مكة مناخ لا تباع رباعها، ولا تؤجر بيوتها». أخرجه البيهقي^(٦).

(١) فتح الباري، ج ٣، ص ٤٥١.

(٢) سورة النمل آية: ٩١.

(٣) فتح القدير للشوكاني، ج ٤، ص ١٥٦.

(٤) المجموع، ج ٩، ص ٢٤٨، أضواء البيان، ج ٢، ص ٣٧٩.

(٥) المجموع، ج ٩، ص ٢٥١، فتح القدير للشوكاني، ج ٤، ص ١٥٦، أضواء البيان، ج ٢، ص ٣٨١.

(٦) السنن الكبرى، كتاب البيوع، باب ما جاء في بيع دور مكة وكرائها وجريان الإرث فيها، ج ٦، ص ٣٥.

فقد نصَّ في الحديث على النهي عن بيع رباغ مكة، والنهي يقتضي التحريم.

مناقشة الاستدلال بالحديث:

نوقش الاستدلال بهذا الحديث بأنه رواه إسماعيل بن إبراهيم بن مهاجر عن أبيه. وإسماعيل ضعيف، وأبوه غير قوي.

قال البيهقي في السنن الكبرى^(١): إسماعيل بن إبراهيم بن مهاجر ضعيف، وأبوه غير قوي، واختلف عليه فروي عنه كذا، وروي عنه عن أبيه، عن مجاهد، عن عبدالله بن عمرو مرفوعاً ببعض معناه. وقال الحافظ ابن حجر في «تقريب التهذيب»^(٢) ضعيف. وقال عنه الذهبي: ضَعَفَهُ غير واحد، ثم عدَّ من مناكيره: حديث: مكة مناخ لا تباع رباعها^(٣).

وقد نقل النووي الاتفاق على تضعيفه هو وأبوه فقال: هو ضعيف باتفاق المحدثين، واتفقوا على تضعيف إسماعيل، وأبيه إبراهيم^(٤).

الإجابة عن هذه المناقشة:

تعقب ابن التركماني البيهقي في تضعيفه لحديث إسماعيل بن إبراهيم بن مهاجر بما نصه:

«ذكر فيه حديثاً في سنده إسماعيل بن إبراهيم بن مهاجر، فضعف إسماعيل، وقال عن أبيه: غير قوي، ثم أسنده من وجه آخر، ثم قال: رفعه وهم، والصحيح موقوف.

(١) ج ٦، ص ٣٥.

(٢) ج ١، ص ٦٦.

(٣) ميزان الاعتدال، ج ١، ص ٢١٢.

(٤) المجموع، ج ٩، ص ٢٥١، أضواء البيان، ج ٢، ص ٣٨١.

قلت: أخرج الحاكم في «المستدرک»^(١) هذا الحديث من الوجهين اللذين ذكرهما البيهقي، ثم صحَّح الأول، وجعل الثاني شاهداً عليه^(٢).
دفع هذه الإجابة:

وقد ردَّ هذه الإجابة صاحب «أضواء البيان» فقال:

«لا يخفى سقوط اعتراض ابن التركماني هذا على الحافظ البيهقي في تضعيفه.. لأن تصحيح الحاكم رحمته الله لحديث ضعيف لا يصيره صحيحاً. وكم من حديث ضعيف صحَّحه الحاكم رحمته الله وتساهله رحمته الله في التصحيح معروف عند علماء الحديث، وإبراهيم بن مهاجر بن جابر البجلي قد يكون للمناقشة في تضعيف الحديث به وجه؛ لأن بعض العلماء بالرجال وثقه، وهو من رجال مسلم....»

أما ابنه اسماعيل فلم يختلف في أنه ضعيف، وتضعيف الحديث به ظاهر لا مطعن فيه.

وقال فيه ابن حجر في «التقريب» ضعيف، فتصحيح هذا الحديث لا وجه له^(٣).

الدليل الرابع: حديث عبدالله بن عمرو قال: قال النبي صلى الله عليه وسلم: مكة حرام، وحرام يبيع رباعها، وحرام أجر بيوتها. «أخرجه الحاكم والدارقطني»^(٤).

(١) ج ٢، ص ٥٣.

(٢) الجوهر النقي لابن التركماني، ج ٦، ص ٣٥.

(٣) أضواء البيان، ج ٢، ص ٣٨٢ - ٣٨٣.

(٤) أخرجه الحاكم في «المستدرک» كتاب البيوع، باب مكة مناخ لا تباع رباعها ولا تؤجر بيوتها، ج ٢، ص ٥٣، وسكت عنه وجعله شاهداً لحديث ابن مهاجر، الذي سبق إيراده في الدليل الثالث.

وأخرجه الدارقطني في «سننه»، كتاب البيوع، ج ٣، ص ٥٧.

وقال بعد روايته له: «كذا رواه أبو حنيفة مرفوعاً، وهم أيضاً في قوله عبيد الله بن أبي يزيد، وإنما هو ابن أبي زياد القداح، والصحيح أنه موقوف.

وهذا تصريح بتحريم بيع رباع مكة^(١).

مناقشة هذا الاستدلال:

نوقش الاستدلال بالحديث بأنه ضعيف من وجهين:

أحدهما: ضعف إسناده، فإن فيه ابنَ أبي زياد، وهو ضعيف.

والثاني: أن الصواب فيه عند الحفاظ أنه موقوف على عبدالله بن عمرو، وقالوا: رفعه وهم قاله الدارقطني، وأبو عبد الرحمن السلمي، والبيهقي^(٢).

الدليل الخامس: ما رواه عثمان بن أبي سليمان عن علقمة بن نضلة

قال: كانت بيوت مكة تدعى السوائب، لم تبع في زمان رسول الله ﷺ، ولا أبي بكر ولا عمر، من احتاج سكن، ومن استغنى أسكن. أخرجه ابن ماجه والبيهقي^(٣).

مناقشة الاستدلال بهذا الحديث:

نوقش الاستدلال به من وجهين:

(١) الهداية، ج ٨، ص ١٢٩، بدائع الصنائع، ج ٥، ص ١٤٦، كشف الحقائق، ج ٢،

ص ٢٣٨، المجموع، ج ٩، ص ٢٤٩، أضواء البيان، ج ٢، ص ٣٧٩.

(٢) المجموع، ج ٩، ص ٢٥١، أضواء البيان، ج ٢، ص ٣٨١.

وجاء في التعليق المغني على الدارقطني، ج ٣، ص ٥٧ - ٥٨ - بعد إيراده لسند الحديث قوله: «وذكر ابن القطان، حديث أبي حنيفة من رواية محمد بن الحسن عنه، وقال: علته ضعف أبي حنيفة، وهم في قوله عبيد الله بن أبي يزيد، وإنما هو ابن أبي زياد، وهم أيضًا في رفعه، وخالفه الناس، فرواه عيسى بن مونس ومحمد بن ربيعة عن عبيد الله بن أبي زياد - وهو الصواب - عن أبي نجيع عن ابن عمرو، قوله: وقد رواه القاسم بن الحكم عن أبي حنيفة على الصواب، فقال فيه ابن أبي زياد، فلعل الوهم من صاحبه محمد بن الحسن». انتهى.

(٣) سنن ابن ماجه، كتاب المناسك، باب أجر بيوت مكة، ج ٢، ص ٣٠٧، حديث رقم:

٣١٠٧. وأخرجه البيهقي في «السنن الكبرى» كتاب البيوع، باب ما جاء في بيع دور مكة

وكرائها وجريان الإرث فيها، ج ٣، ص ٣٥.

وأخرجه: الدارقطني في «السنن» كتاب البيوع، ج ٣، ص ٥٨ - ٥٩.

أحدهما: أنه منقطع، قاله البيهقي^(١).

والثاني: ما قاله البيهقي أيضاً وجماعة من الشافعية، وغيرهم:

إن المراد في الحديث: الإخبار عن عادتهم الكريمة في إسكانهم ما استغنوا عنه من بيوتهم بالإعارة تبرعاً وجُوداً.

وقد أخبر من كان أعلم بشأن مكة منه عن جريان الإرث، والبيع فيها^(٢).

الإجابة عن هذه المناقشة:

وقد تعقب ابن التركماني في «الجوهر النقي»^(٣) البيهقي في قوله عن

الحديث إنه منقطع بقوله:

«هذا الحديث أخرجه ابن ماجه بسند على شرط مسلم، وأخرجه

الدارقطني وغيره، وعلقمة هذا صاحبي، كذا ذكره علماء هذا الشأن، وإذا

قال الصحابي مثل هذا الكلام كان مرفوعاً على ما عرف به، وفيه تصريح

عثمان بالسماع عن علقمة، فمن أين الانقطاع؟».

دفع هذه الإجابة:

وقد ردّت هذه الإجابة بأن «الانقطاع من حيث إن علقمة بن نضلة تابعي

صغير، وزعم الشيخ ابن التركماني، أنه صحابي غير صحيح، وقد قال عنه

ابن حجر في «التقريب»^(٤): علقمة بن نضلة.. تابعي صغير، أخطأ من عدّه

في الصحابة، وإذن فوجه انقطاعه ظاهر»^(٥).

(١) السنن الكبرى، ج ٦، ص ٣٥.

(٢) السنن الكبرى، ج ٦، ص ٣٥، المجموع، ج ٩، ص ٢٥١، أضواء البيان، ج ٢، ص ٣٨١.

(٣) الجوهر النقي، ج ٦، ص ٣٥.

(٤) ج ٢، ص ٣١.

(٥) أضواء البيان، ج ٢، ص ٣٨٣.

وقال ابن حجر في فتح الباري، ج ٣، ص ٤٥٠، عند قول البخاري: «باب توريث مكة=

الدليل السادس: ما روته عائشة رضي الله عنها قالت: «قلت يا رسول الله ألا نبني لك بمنى بيتاً أو بناء يظلك من الشمس قال:

«لا. إنما هو مناخ من سبق إليه». أخرجه أبو داود والترمذي ^(١).

فقد نهى رسول الله ﷺ أن يجعل له فيها شيئاً يستظل به، لأنها مناخ من سبق، ولأن الناس كلهم فيها سواء.

مناقشة هذا الاستدلال:

ناقش النووي الاستدلال بحديث عائشة قائلاً: وأما حديث عائشة رضي الله عنها فإن صح كان محمولاً على الموات من الحرم، ومواضع نزول الحجيج، وهو ظاهر الحديث ^(٢).

ويظهر أن الإمام النووي في هذه المناقشة قد فرق بين أرض الحرم المحيطة وموات الحرم، فحمل الحديث على الموات ومواضع نزول الحجيج. والأولى أن يناقش الحديث بأنه ليس في محل النزاع؛ لأن النزاع في مكة، والحديث في حكم البناء في منى.

-
- = وبيعها وشرائها، وأن الناس في المسجد الحرام سواء خاصة». أشار بهذه الترجمة إلى تضعيف حديث علقمة بن نضلة قال: «توفى رسول الله ﷺ وأبو بكر وعمر، وما تدعى رباع مكة إلا السوائب من احتاج سكن». أخرجه ابن ماجه، وفي إسناده انقطاع وإرسال.
- (١) سنن أبي داود، كتاب المناسك، باب تحريم حرم مكة، ج ٢، ص ٥٢١ - ٥٢٢.
- وأخرجه الترمذي في سننه كتاب أبواب الحج، باب ما جاء في أن منى مناخ من سبق، ج ٣، ص ٢٣٥، وقال: هذا حديث حسن صحيح. والحديث أخرجه ابن ماجه، كتاب المناسك، باب النزول بمنى، ج ٢، ص ١٠٠٠، حديث رقم: ٣٠٠٦.
- وأخرجه أحمد في المسند (الفتح الرباني ترتيب مسند الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، ج ١٢، ص ٢٢٠).
- وأخرجه الحاكم في «المستدرک» كتاب المناسك، باب منى مناخ من سبق، ج ١، ص ٤٦٧، وقال: هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه.
- (٢) المجموع، ج ٩، ص ٢٥١.

قال «المحب الطبري»: لما تكلم على هذا الحديث، وقد احتج بهذا من لا يرى دور مكة مملوكة لأهلها، ثم قال:

قلت: «فيحتمل أن يكون ذلك مخصوصاً بمنى لمكان اشتراك الناس في النسك المتعلق بها، فلم ير رسول الله ﷺ لأحد اقتطاع موضع فيها لبناء ولا غيره، بل الناس فيها سواء، وللسابق حق السبق، وكذلك الحكم في عرفة ومزدلفة إلحاقاً بها»^(١).

وعلى التسليم بأن الحديث يشمل مكة المكرمة؛ فقد أجاب عنه الخطابي بجواب آخر فقال - بعد أن ذكر أنه قد يحتج به من لا يرى دور مكة مملوكة لأهلها ولا يرى بيعها - ما نصه:

«وقد قيل: إن هذا خاص للنبي ﷺ وللمهاجرين من أهل مكة، فإنها دارٌ تركوها لله تعالى فلم ير أن يعودوا فيها فيتخذوها وطناً أو يبنوا فيها بناء. والله أعلم»^(٢).

الدليل السابع: ما رواه ابن عباس رضي الله عنهما عن النبي ﷺ أنه قال: «إن الله تبارك وتعالى حرّم مكة يوم خلقها لم تحل لأحد قبلي، ولا تحل لأحد بعدي، وإنما أحلت لي ساعة من نهار، لا يختلي خلاها، ولا يعضد شجرها، ولا ينفر صيدها. الحديث متفق عليه»^(٣).

(١) نقلاً عن بحث اللجنة الدائمة بهيئة كبار العلماء الصادر في حكم البناء في منى. (ملكية الأرض في الشريعة الإسلامية، ص ٢٤١).

(٢) معالم السنن، ج ٢، ص ٢٢٢.

(٣) صحيح البخاري، كتاب الحج، باب لا ينفر صيد الحرم، ج ٣، ص ١٨، صحيح مسلم، كتاب: الحج، باب مكة وتحريم صيدها وخلها وشجرها ولقطتها، ج ٩، ص ١٢٣، (صحيح مسلم بشرح النووي).

وجها الاستدلال بالحديث:

أن النبي ﷺ قد أخبر في هذا الحديث أن مكة حرام، وهي اسم للبقعة، والحرام لا يكون محلاً للتملك^(١).

مناقشة هذا الاستدلال:

يمكن مناقشته بما سبق بيانه من أن كونها حراماً المراد به: تحريم صيدها، وشجرها، وخلاها، والقتال فيها، كما هو ظاهر هذا الحديث وغيره من الأحاديث التي في معناها.

الدليل الثامن: أن مكة فتحت عنوة، ولم تقسم بين الغانمين، فصارت وقفاً على المسلمين، فحرم بيعها كسواد العراق.

مناقشة هذا الاستدلال:

يناقش هذا الاستدلال من ثلاثة أوجه:

أحدها: أن هذا الدليل مبنيٌّ على أن ما فتح عنوة يصير وقفاً على المسلمين، وهذه مسألة خلافية، قد سبق ترجيح غير هذا القول.

الثاني: أن هذا الدليل مبني على أنه لا فرق بين مكة وغيرها من البلاد التي فتحت عنوة، وهذا محل نظر؛ لأن مكة تختص عن سائر البلاد بكونها دارَ النسك، وتمعبد الخلق وقد جعلها الله تعالى حراماً سواء العاكف فيه والباد.

الثالث: عدم التسليم بأن مكة فتحت عنوة، بل فتحت صلحاً.

وهذا الوجه هو محل نظر، لأن الراجح أنها فتحت عنوة^(٢).

الدليل التاسع: القياس:

وقالوا في تصويره:

(١) بدائع الصنائع، ج ٥، ص ١٤٦.

(٢) راجع أدلة فتحها صلحاً أو عنوة في المصادر التالية:

إن مكة بقعة من الحرم، فلا يصح بيعها قياساً على المسجد الحرام نفسه^(١).

مناقشة هذا الاستدلال:

وقد نوقش بأنه قياسٌ مع الفارق؛ لأن المساجد محرمة لا تلحق بها المنازل المسكونة في تحريم بيعها، ولهذا في سائر البلاد يصح بيع الدور دون المساجد^(٢).

دليل القول الثالث:

القول الثالث يرى أصحابه أن بيع دور مكة مكروه، وهو مروى عن الإمام مالك، وقد أشار القرافي إلى دليل هذا القول فقال: الكراهة لتعارض الأدلة^(٣). فكأنه حمل أدلة من قال بالمنع على الكراهة فقط. وقد قالوا: إن هذه الكراهة على بابها، أي: للتنزيه^(٤).

والذي يظهر أن هذا القول لا يختلف كثيراً عن القول الأول، فإن من القائلين بالصحة من صرح بأنه خلاف الأولى. قال في «المجموع»^(٥).

قال الروياني: لا يكره بيع شيء من الملك المطلق إلا أرض مكة فإنه يكره بيعها وإجارتها للخلاف، وهذا الذي ادّعاه من الكراهة غريبٌ في كتب

شرح صحيح مسلم للنووي، ج ١٢، ص ١٣٠، فتح الباري، ج ٨، ص ١٢، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ج ٢٩، ص ٢٠٩، زاد المعاد، ج ٢، ص ١٧٢.

(١) بدائع الصنائع، ج ٥، ص ١٤٦، الهداية، ج ٨، ص ١٢٩، كشف الحقائق، ج ٢، ص ٢٣٩، المجموع، ج ٩، ص ٢٤٩.

(٢) المجموع، ج ٩، ص ٢٥١.

(٣) الفروق، ج ٤، ص ٤.

(٤) تهذيب الفروق، ج ٤، ص ١١.

(٥) ج ٨، ص ٢٥١.

أصحابنا، والأحسن أن يقال: هو خلاف الأولى، لأن المكروه ما ثبت فيه نهي مقصود، ولم يثبت في هذا نهي^(١).

أدلة القول الرابع:

استدل المرغيناني على جواز بيع البناء دون الأرض فقال: «ولأبي حنيفة قوله ﷺ: «ألا إن مكة حرام لا تباع رباعها ولا تورث»^(٢).

ولأنها حرة محترمة، لأنها فناء الكعبة وقد ظهر آية التعظيم فيها حتى لا ينفر صيدها، ولا يختلى خلاها ولا يعضد شوكها، فكذا في حق البيع. بخلاف البناء، لأنه خالص ملك الباني»^(٣).

وقد رأى ابن القيم رحمته الله في «زاد المعاد»^(٤): أن هذا القول فيه جمع بين أدلة القائلين بالجواز، وأدلة القائلين بالمنع.

فقال - بعد أن ساق أدلة الفريقين -:

«فالصواب القول بموجب الأدلة من الجانبين، وأن الدور تملك وتوهب وتورث وتباع، ويكون نقل الملك في البناء لا في الأرض والعرصة فلو زال بناؤه لم يكن له أن يبيع الأرض، وله أن يبنها ويعيدها كما كانت.. وقد

(١) وقد وافق الزركشي من الشافعية الروياني في القول بالكراهة، وردّ على النووي، جاء في مغني المحتاج، ج ٤، ص ٢٣٦، قال الروياني: ويكره بيعها وإجارتها للخروج من الخلاف، ونازعه المصنف في مجموعة، وقال: إنه خلاف الأولى، لأنه لم يرد فيه نهي مقصود، والأول كما قال الزركشي: هو المنصوص، بل اعترض على المصنف فإنه صرح بكراهة بيع المصحف والشطرنج، ولم يرد فيهما نهي مقصود.

(٢) سبق تخريجه من حديث عبدالله بن عمرو، ص ٢٠٩.

(٣) الهداية، ج ٨، ص ١٢٩.

(٤) ج ٢، ص ١٧٥.

صرّح أربابُ هذا القول بأن البيع ونقل الملك في رباعتها إنما يقع على البناء لا على الأرض. ذكره أصحاب أبي حنيفة رحمهم الله.

ثم قال: «وإنما جاز البيع؛ لأنه وارد على المحل الذي كان البائع أخصّ به من غيره، وهو البناء».

المناقشة:

يناقش ما استدل به على هذا القول بما يلي:

أولاً: الاستدلال بقوله ﷺ «ألا إن مكة حرام لا تباع رباعتها» قد سبقت مناقشته، وأنه ضعيف من حيث الإسناد، وأن الصواب فيه أنه موقوف على عبدالله بن عمرو.

ثانياً: أن الاستدلال على منع بيع أرض مكة بأن: مكة بقعة محترمة، فلا يصح بيعها لذلك: يقال عنه: أما كونها محترمة فلا خلاف فيه، وأما منع بيعها لأجل ذلك فهو محل نظر، فاحترامها شيء، وبيع أرضها شيء آخر؛ إذ ليس في البيع ما ينافي كونها محترمة.

ثالثاً: ما ذكره ابن القيم بأن هذا القول يجمع بين الأدلة، هو محل نظر، لأن أدلة المجوزين للبيع عامة تشمل الأرض والبناء، فحملها على البناء خاصة لا بدّ له من دليل خاص يصرف العموم عن مقتضاه. والله أعلم.

الترجيح:

بعد عرض أدلة الأقوال وما أورد عليها من مناقشة يظهر لي رجحان القول الأول القائل بصحة بيع أرض مكة وبنائها وذلك للأسباب الآتية:

السبب الأول: قوة أدلة هذا القول، فهي أدلة من الكتاب، والسنة، والأثر، والإجماع، والقياس، وأن ما أورد على بعضها من مناقشة قد أُجيب عنه.

السبب الثاني: ضعف استدلال الأقوال الأخرى، وأنها لا تقوى على إثبات ما ذهبوا إليه، كما ظهر ذلك في أثناء مناقشتها.

السبب الثالث: أن كثيراً من فقهاء المذاهب الأربعة قد نقلوا جريان الفتوى والعمل على صحة بيع أرض مكة، ولو كان محرماً بيع أرضها لما جرى عليه العمل في مختلف العصور من غير إنكار. جاء في «تبيين الحقائق»^(١):

«وقد تعارف الناس ببيع أراضيها، والدور التي فيها من غير نكير، وهو من أقوى الحجج».

وقال في «الدر المنتقى»^(٢) مستدلاً على جواز بيعها. لأن الناس يتبايعون في أراضيها ودورها في سائر الأمصار من غير إنكار، وهو من أقوى الحجج، ثم ذكر أن به يفتى.

وجاء في «تهذيب الفروق»^(٣) في أثناء ذكر الروايات عن الإمام مالك: «.. والثانية الجواز... وهو مروى عن مالك.. وهو أشهر الروايات، وهو المعتمد الذي به الفتوى، وعليه جرى العمل من أئمة الفتوى والقضاة بمكة المشرفة».

وفي «مغني المحتاج»^(٤). «وفتحت مكة صلحاً، لا عنوة... فدورها وأرضها المحيطة بملك يباع؛ إذ لم يزل الناس يتبايعونها...».

وقال في «المغني»^(٥):

(١) ج ٦، ص ٢٩.

(٢) ج ٢، ص ٥٤٧.

(٣) ج ٤، ص ١٠ - ١١.

(٤) ج ٤، ص ٢٣٦.

(٥) ج ٤، ص ٢٩٠.

«ولم يزل أهل مكة يتصرفون في دورهم تصرف الملاك بالبيع وغيره، ولم ينكره منكر...».

السبب الرابع: أن الحاجة تدعو إلى القول بصحة بيعها، وفي منع بيعها ضيق وحرَج على الناس، وقد رفع الله الحرج عن هذه الأمة.
قال الشيخ عبد الرحمن السعدي رحمته الله:

«وكذلك بيوت مكة، فإنه يصح بيعها وإجارتها، والآثار في المنع من ذلك يقابلها مثلها أو أكثر منها من الآثار، ولم يزل عمل أهل مكة على ذلك من زمان طويل، والحاجة من البائع والمؤجر والمشتري والمستأجر تدعو إلى ذلك جدًّا، وفي المنع من ذلك ضيق وحرَج، وقد رفع الله الحرج عن هذه الأمة»^(١).

المطلب الخامس: حكم بيع أرض المناسك وأرض الحرم عدا مكة:

يتناول الحديث في هذا المطلب بقية أرض الحرم^(٢)، وأرض المناسك. فأما أرض بقية الحرم، فقد نصَّ كثيرٌ من الفقهاء على أن حكمها حكم أرض مكة^(٣)، فيجري فيها الخلاف السابق.

(١) المختارات الجليلة، ص ٧٠ - ٧١.

(٢) الحرم: هو: ما طاف بمكة من جوانبها.

وحده من طريق المدينة دون التنعيم على ثلاثة أميال.

ومن طريق العراق على ثنية جبل بالمنقطع على سبعة أميال.

ومن طريق الجعرانة بشعب آل عبدالله بن خالد على تسعة أميال.

ومن طريق الطائف على عرفة من بطن نمرة على سبعة أميال.

ومن طريق جده منقطع العشائر، على عشرة أميال.

فهذا حدُّ ما جعله الله حرمًا لما اختص به من التحريم وبأين يحكمه سائر البلاد. الأحكام السلطانية للماوردي، ص ١٦٤ - ١٦٥، الأحكام السلطانية لأبي يعلى، ص ١٩١ - ١٩٢.

(٣) المهذب، ج ١، ص ٢٦٩، المجموع، ج ٩، ص ٢٤٨، الأحكام السلطانية لأبي يعلى، =

وأما بقاع المناسك، فلا يصح بيعها سواء كانت داخل مكة كموضع السعي، أو خارجها داخل الحرم كمنى، أو خارج الحرم كعرفة^(١).

قال ابن القيم: «... فالحرم ومشاعره كالصفا والمروة، والسعي، ومنى وعرفة، ومزدلفة، لا يختص بها أحدٌ دون أحدٍ، بل هي مشتركة؛ إذ هي محلُّ نسكهم ومتعبدهم، فهي مسجد من الله وقفه ووضع لخلقه»^(٢).

= ص ١٩١، الإقناع، ج ٢، ص ٦٣، التنقيح المشبع، ص ١٢٣، الإنصاف، ج ٤، ص ٢٩٠، المبدع، ج ٤، ص ٢٢، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ١٤٤، كشاف القناع، ج ٣، ص ١٦٠، حاشية المقنع، ج ٢، ص ١٠، حاشية الروض المربع لابن قاسم، ج ٤، ص ٣٤٥.

(١) شرح معاني الآثار، ج ٤، ص ٥٠، المغني، ج ٤، ص ٢٩٠، الإقناع، ج ٢، ص ٦٣، الإنصاف، ج ٤، ص ٢٨٩، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ١٤٤، كشاف القناع، ج ٤، ص ١٦٠، أضواء البيان، ج ٢، ص ٣٨٣.

(٢) زاد المعاد، ج ٢، ص ١٧٤.

ويلاحظ أن بعض العلماء قد أشار إلى وجود خلاف في منى ومزدلفة وعرفة. قال ابن عساكر بعد إخراج حديث «لا إنما هو مناخ من سبق»: ومفهوم هذا الحديث يدلُّ على أنه لا يجوز إحياء شيء من مواتها، ولا تملك جهة من جهاتها، فلا ينبغي لأحد أن يختصَّ بمكان من أماكنها دون غيره فيحظر عليه حظاراً، أو يتخذة داراً، وأهل مكة وسواهم في ذلك سواء، قال الله سبحانه وتعالى: ﴿سَوَاءٌ أَلْعَنِكُمْ فِيهِ وَالْبَادِ﴾، والضمير في قوله (فيه) مختلف بين أهل العلم، فمن قال أراد به جميع الحرم، وهو الأكثر منع من جواز إحياء مواتها وتملكها، ومن ملك منها شيئاً قبل ذلك كان هو وسواه في منافعه سواء، فلا يجوز له بيعه ولا كراؤه.

ثم قال: ومن تأول الآية على المسجد أجاز بيع دورها وكراءها، وبه قال أبو يوسف والشافعي، وكره مالك على جميعهم البيع والكراء، وفي جواز إحياء موات عرفة ومزدلفة اختلاف بين أهل العلم، وما ذكرناه في منى أولى بالمنع لقوله ﷺ: «إنما هو مناخ لمن سبق»، وإنما في كلام العرب لإثبات المذكور ولنفي ما سواه. والله سبحانه وتعالى أعلم...

ونقل عن الشافعي: أنه بنى بمنى مضرّاً ينزل فيه أصحابه إذا حجّوا، روى ذلك عنه أبو ثور وهو أحد رواة القديم، وتمسك به بعضهم على جواز البناء بمنى، وفي العمل به على تقدير صحته عن الشافعي نظر لأمرين:

وقد استدلووا على عدم صحة بيعها بالسنة، والإجماع، والقياس:
فأما السنة:

فحديث عائشة رضي الله عنها قالت: قلت يا رسول الله ألا نبني لك بمنى بيتاً أو بناء يظلك من الشمس، فقال: «لا. إنما هو مناخ من سبق إليه». أخرجه أحمد وأبو داود^(١).

=أحدهما: أن الشافعي قال: إذا صحَّ الحديث فهو مذهبي. والحديث الوارد في النهي عن البناء بمنى تقوم به الحجة؛ لأن الترمذي حسَّنه، وأبا داود سكت عنه، فهو في معنى الصحيح لقيام الحجة به على ما هو مقررٌ في علم الحديث، فالشافعي حينئذٍ يقول به ويصير ذلك مذهبه ومذهب تابعيه، ومثل هذا لا ينكر لأنه وقع للنووي مثله في غير مسألة...

والأمر الثاني: أنه لا ريب في أن الشافعيَّ على تقدير ثبوت بنائه بمنى لم يكن يحجر بناءه بمنى عن أحد ولا يأخذ على النزول فيه أجراً، وإنَّ بناءه بمنى لأجل الارتفاق به من جهة الظل وصيانة الأمتعة وشبه ذلك فلا يقاس عليه من لم يقصد ببنائه إلا الاختصاص بنزوله وأخذ الأجرة على نزوله كما هو الغالب من أحوال أهل العصر، وإلحاق من هو بهذه الصفة لمن حسنت نيته عند الشافعي لا يحسن. وأما الشيخ نجم الدين عبد الرحمن يوسف الأصفوني الشافعي مؤلف مختصر الروضة، فقد أفتى أن منى كغيرها في جواز بيع دورها وإجارتها. وقد أجب عن ذلك بأنه غير سديد نقلاً ونظراً:

أما النقل فلمخالفته مقتضى الحديث وكلام النووي وابن عساكر والمحجب الطبري وغيرهم.

وأما النظر فلأن أعظم ما يمكن أن يتمسك به في ذلك كون موات الحرم يجوز إحياءه، ومنى من الحرم فيملك ما أحيي فيها ويجري فيها أحكام الملك. وهذا لا يستقيم: لأن في منى أمراً زائداً يقتضي عدم إلحاقها بموات الحرم، وهو كونها متعبداً ونسكاً لعامة المسلمين، فصارت كالمساجد وغيرها من المسبلات، وما هذا شأنه لا اختصاص فيه لأحد إلا بالسبق في النزول لا بالبناء؛ إذ هو ممتنع، فالبناء بمنى ممتنع حينئذٍ، ولا يملك، ولا يكون كغيره مما يصح تملكه ويجري فيه حكم البناء بعرفة لمساواتها لعرفة في السبب الذي لأجله امتنع البناء بعرفة على الأصح فمنى كذلك. نقلاً عن بحث أعدته اللجنة الدائمة بهيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية نقله الدكتور محمد بن علي السميح، في ملكية الأرض في الشريعة الإسلامية، ص ٢٤٠ - ٢٤٢.

وجه الاستدلال بالحديث :

أن النبي ﷺ نهى أن يجعل له بمنى بيتاً ؛ لأنه ليس مختصاً بأحد دون آخر من الناس إنما هو موضع العبادة من الرمي والذبح والحلق ونحوها يشترك فيه الناس وكلهم فيها سواء فلو بنى فيها لأدى إلى كثرة الأبنية تأسياً به ﷺ فتضيق على الناس ، فالاختصاص في منى بالسبق إلى الموضع لا بالبناء^(١).

وأما الإجماع :

فقد نقله أكثر من واحد من أهل العلم :

قال ابن عقيل :

«والخلاف في غير مواضع النسك ، أما بقاع المناسك كموضع السعي والرمي ، فحكمه حكم المساجد بغير خلاف»^(٢).

وقال في «أضواء البيان»^(٣) :

«أجمع جميع المسلمين على أن مواضع النسك من الحرم كموضع السعي ، وموضع رمي الجمار حكمها حكم المساجد ، والمسلمون كلهم سواء فيها.

والظاهر أن ما يحتاج إليه الحجيج من منى ، ومزدلفة كذلك ، فلا يجوز لأحد أن يضيقهما بالبناء المملوك حتى تضيقا بالحجيج ، ويبقى بعضهم لم يجد منزلاً ، لأن المبيت بمزدلفة ليلة النحر ، وبمنى ليالي أيام التشريق ، من مناسك الحج.

فلا يجوز لأحد أن يضيق محل المناسك على المسلمين ، حتى لا يبقى ما يسع الحجيج كله..».

(١) ج ٢ ، ص ٣١.

(٢) ج ٢ ، ص ٣١.

(٣) ج ٢ ، ص ٣١.

وأما القياس:

فقد قالوا في تصويره:

إنه لا يصح بيع أرض المناسك قياساً على المساجد، بل هي أولى لعموم نفعها^(١).

هذا، وقد أصدرت هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية قراراتين في هذا الشأن:

القرار الأول برقم: ٣٥ وتاريخ ١٤/٢/١٣٩٥هـ.

القرار الثاني برقم: ٥٦ وتاريخ ٨/١٠/١٣٩٧هـ.

وقد تضمن القرار الثاني نصّ ما يحتاج إليه من القرار الأول فأكتفي بإيراد القرار الثاني ونصه:

«الحمد لله وحده والصلاة والسلام على من لا نبي بعده محمد وعلى آله وصحبه وبعد:

فقد اطلع مجلس هيئة كبار العلماء في الدورة الحادية عشرة المنعقدة في مدينة الطائف ابتداءً من يوم ٧/١٠/١٣٩٧هـ على كتاب معالي رئيس ديوان رئاسة مجلس الوزراء رقم ٢٥٠٦٢ في ٦/١٠/١٣٩٧هـ المتضمن أمر جلالة الملك - وفقه الله - بإحالة موضوع النظر في إزالة المباني المنشأة في منى لتتاح الفرصة لحجاج بيت الله الحرام لاستغلال أماكن تلك الأبنية، وقد تضمن الأمر دراسة هذا الموضوع، وإصدار القرار النهائي في أمر هذه المباني.. ورجع إلى ما سبق له إصداره في الدورة السادسة بشأن مباني منى بالقرار رقم (٣٥) في ١٤/٢/١٣٩٥هـ) الذي صدر بعد دراسة وافية واطلاع على الأدلة الشرعية وكلام أهل العلم القاضي بمنع البناء في أرض منى

(١) شرح معاني الآثار، ج ٤، ص ٥٠، الإقناع، ج ٢، ص ٦٣، كشف القناع، ج ٣، ص ١٦٠، حاشية الروض المربع، ج ٤، ص ٣٤٥.

باتفاق أعضاء الهيئة والإذن بالبناء في سفوح الجبال من قبل الأكثرية والذي جاء فيه ما نصه:

بالنسبة للبناء في منى، فلا يخفى أن منى مشعر من المشاعر المقدسة، وأنها مناخ من سبق، وأن أهل العلم رحمهم الله قد منعوا البناء فيها، لكون ذلك يفضي إلى التضييق على عباد الله حجاج بيته الشريف، ونظرًا لأن سفوح جبالها غير سالحة في الغالب لسكنى الحجاج فيها أيام منى، وأنه يمكن أن تستغل هذه السفوح بطريقة تحقق المصلحة العامة، ولا تتعارض مع العلة في منع البناء في منى، فإن المجلس يقرر بالأكثرية جواز البناء على أعمدة في سفوح الجبال المطلة على منى على وجه يضمن المصلحة للحجاج، ولا يعود عليهم بالضرر، ويكون هذا البناء مرفقًا عامًا، وما تحته لمن سبق إليه من الحجاج كبقية أراضي منى على أن يكون الإشراف على هذا البناء للدولة، وقد توقف عن إبداء الرأي في جواز البناء على السفوح عضوا هيئة كبار العلماء صالح اللحيدان، وعبدالله بن غديان.

وبعد المناقشة وتداول الرأي في هذا الموضوع.. فإن مجلس هيئة كبار العلماء يقرر ما يأتي:

أولاً: تأكيده لقراره الصادر عام ١٣٩٥هـ، المنوه في هذا القرار المتضمن منع البناء في أراضي منى.

ثانيًا: إزالة جميع الأبنية المستحدثة فيه.

ثالثًا: إزالة جميع المباني القديمة في منى وتعويض أصحابها عن الأنقاض.

«وبالله التوفيق وصلى الله على نبينا وآله وصحبه وسلم»^(١).

(١) نقلًا عن ملكية الأرض في الشريعة الإسلامية، ص ٢٤٤ - ٢٤٥.



الشرط الخامس

أن يكون المبيع مقدورًا على تسليمه

يشترط في عقد البيع أن يكون المبيع مقدورًا على تسليمه؛ لأن ما لا يقدر على تسليمه شبيه بالمعدوم، والمعدوم لا يصح بيعه، فكذا ما أشبهه^(١).

ويتناول الحديث في هذا الشرط مطلبين:

المطلب الأول: حكم بيع العقار المغصوب.

المطلب الثاني: حكم بيع العقار المؤجر.

وتوضيح الكلام عليهما فيما يأتي:

المطلب الأول: حكم بيع العقار المغصوب:

قبل بيان حكم بيع العقار المغصوب تجدر الإشارة إلى إيضاح، هل يتصور غصب العقار من الأراضى والدور أو لا؟
ولبيان ذلك أقول:

(١) المبدع، ج ٤، ص ٢٣، كشاف القناع، ج ٣، ص ١٦٢، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ١٤٦.

اختلف الفقهاء في تصوّر غضب العقار على قولين:

القول الأول: أنه يتصور غضب العقار، وبه قال المالكية^(١)، والشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣)، ومحمد بن الحسن من الحنفية^(٤).

واستدلوا على ذلك بقوله ﷺ «من ظلم قيد شبر من الأرض طوقه يوم القيام من سبع أرضين». رواه البخاري^(٥)، وغيره.

وفي لفظ: «من غضب شبراً من الأرض».

فأخبر النبي ﷺ أن العقار يغضب ويظلم فيه^(٦).

القول الثاني: أنه لا يتصور غضب العقار، وبه قال أبو حنيفة، وأبو يوسف^(٧)، لأن الغضب إثبات اليد على المال عدواناً على وجه تزول به يد المالك، ولا يمكن ذلك في العقار؛ لأنه ما زال موجوداً في محله بلا نقل وتحويل، وإبعاد المالك عن عقاره فعل في المالك لا في العقار^(٨).

وقد أجب عن هذا التعليل: بأنه يمكن الاستيلاء على العقار على وجه يحول بينه وبين مالكة، مثل أن يسكن الدار ويمنع مالكة من دخولها^(٩).

(١) بداية المجتهد، ج ٢، ص ٣١٦، الكافي في فقه أهل المدينة، ج ٢، ص ٨٤٤، الشرح الصغير، ج ٣، ص ١٣.

(٢) الوجيز، ج ١، ص ٢٠٦، روضة الطالبين، ج ٥، ص ٣٩، نهاية المحتاج، ج ٥، ص ١٦٨.

(٣) مختصر الخرقى ص ٦٢، كتاب الروايتين والوجهين، ج ١، ص ٤١٨، المغني، ج ٥، ص ٢٤١.

(٤) النتف في الفتاوى، ج ٢، ص ٧٣٣، تحفة الفقهاء، ج ٣، ص ٨٩، الهداية، ج ٧، ص ٣٦٨.

(٥) صحيح البخاري، كتاب المظالم، باب أثم من ظلم شيئاً من الأرض، ج ٣، ص ١٧٠.

(٦) المغني، ج ٥، ص ٢٤١، نظرية الضمان، ص ١١٨.

(٧) تحفة الفقهاء، ج ٣، ص ٨٩، الهداية، ج ٧، ص ٣٦٨.

(٨) تحفة الفقهاء، ج ٣، ص ٨٩، الهداية، ج ٧، ص ٣٦٩، نظرية الضمان، ص ١١٨.

(٩) المغني، ج ٥، ص ٢٤١، نظرية الضمان ص ١١٨.

وإذا ثبت أنَّ العقار يتصور غصبه. ففي حكم بيعه تفصيل على النحو التالي:

١ - إذا باعه على الغاصب صحَّ من غير خلاف؛ لأنه لا غرر في بيعه حينئذٍ.

٢ - إذا باعه مالكه، وكان المالك قادرًا على استرداده وتسليمه صحَّ البيع بلا خلاف، كما يصح بيع الوديعة والعارية.

٣ - إذا كان مالكه عاجزًا عن استرداده وبياعه على من لا يقدر على انتزاعه من الغاصب لم يصح^(١).

٤ - وإن باعه على قادر على انتزاعه من الغاصب، فقد اختلف فيه الفقهاء القائلون بإمكان غصبه على قولين:

الأول: يصحُّ البيع، وهو الراجح في مذهب الشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣)، لأنه حينئذٍ لا غرر في بيعه، ولإمكان تسلمه.

الثاني: لا يصحُّ البيع، وهو القول المرجوح عند الشافعية^(٤)، والحنابلة^(٥)؛ لأن التسليم واجب على البائع، وهو عاجز عنه^(٦).

(١) المجموع، ج ٩، ص ٢٨٥، مغني المحتاج، ج ٢، ص ١٣، الشرح الكبير، ج ٢، ص ٣٢٢، المبدع، ج ٤، ص ٢٤، الإنصاف، ج ٤، ص ٢٩٤.

(٢) المجموع، ج ٩، ص ٢٨٥، مغني المحتاج، ج ٢، ص ١٣، نهاية المحتاج، ج ٣، ص ٣٨٧.

(٣) الشرح الكبير، ج ٢، ص ٣٢٢، المبدع، ج ٤، ص ٢٤، الإنصاف، ج ٤، ص ٢٩٤.

(٤) المجموع، ج ٩، ص ٢٨٥، مغني المحتاج، ج ٢، ص ١٣، نهاية المحتاج، ج ٣، ص ٣٨٧.

(٥) الفروع، ج ٤، ص ٢١، المبدع، ج ٤، ص ٢٤، الإنصاف، ج ٤، ص ٢٩٤.

(٦) مغني المحتاج، ج ٢، ص ١٣، نهاية المحتاج، ج ٣، ص ٣٨٧.

ويلاحظ: أن مذهب المالكية قريبٌ من مذهب الشافعية والحنابلة في هذه المسألة. قال في الشرح الصغير، ج ٢، ص ٣٥١ - ٣٥٢.

ولعلَّ القول الأول هو الراجح، لقوة ما علَّل به له، ولأن القدرة على التسليم في هذه الحالة ممكنة؛ حيث إن المشتري قادرٌ على انتزاعه من الغاصب، فانتفى المانع فصح البيع. والله أعلم.

المطلب الثاني: حكم بيع العقار المؤجر:

بيع العقار المؤجر قد يكون البيع على المستأجر، وقد يكون البيع على غير المستأجر وبيان ذلك فيما يلي:

١ - بيعه على المستأجر

إذا باع المالك العقار المؤجر على المستأجر صحَّ البيع^(١)؛ لأنه في يده لا حائل دونه فصحَّ كما لو باع المغصوب من الغاصب^(٢).

= «ولا يصح أن يباع أبق وحيوان شارد لعدم القدرة على تسليمه.. ولا يباع مغصوب، لأنه بيع ما فيه خصومة فلا قدرة للبائع على تسليمه إلا أن يبيعه ربه من غاصبه فيجوز إن عزم الغاصب على رده لربه وأولى إن رده بالفعل. فإن لم يعزم على رده لربه لم يجز بيعه له؛ لأنه مقهور على بيعه منه، لأن الكلام في غاصب لا يقدر عليه إلا بمشقة إلا أن القهر لا ينتج عدم صحة البيع، وإنما يفيد عدم اللزوم». وانظر أيضًا: منح الجليل، ج ٤، ص ٤٥٧. وهم لم يصرحوا ببيع العقار المغصوب، ولكنه يستنتج من كلامهم السابق.

(١) بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٢٠٧، فتاوى قاضيخان، ج ٢، ص ١٧٧، فتح القدير، ج ٥، ص ١٨٥، الفتاوى الهندية، ج ٣، ص ١١٠، الكافي في فقه أهل المدينة، ج ٢، ص ٧٤٥، قوانين الأحكام الشرعية، ص ٣٠٥، مواهب الجليل، ج ٥، ص ٤٠٨، المهذب، ج ١، ص ٤١٤، التنبيه، ص ١٢٥، المنهاج، ج ٢، ص ٣٦٠، المقنع، ج ٢، ص ٢١٥، المغني، ج ٥، ص ٤٧٢، الفروع، ج ٤، ص ٤٤٢، المبدع، ج ٥، ص ١٠٧، الإنصاف، ج ٦، ص ٦٨، كشاف القناع، ص ١٣١.

(٢) المهذب، ج ١، ص ٤١٤، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٣٦٠، نهاية المحتاج، ج ٥، ص ٣٢٤.

ولأنه يصح بيعه من غير المستأجر - عند الجمهور - فيصح بيعه عليه من باب أولى^(١).

٢ - بيعه على غير المستأجر

اختلف الفقهاء فيه على أقوال:

القول الأول: يصح البيع، وله الخيار إن لم يعلم بالإجارة، وبهذا قال المالكية^(٢)، والشافعية في أحد القولين^(٣) عندهم، وهو المذهب عند الحنابلة^(٤)، وبه قال أبو يوسف من الحنفية^(٥).

القول الثاني: لا يصح البيع.

وهو قول مرجوح عند الحنفية^(٦)، والشافعية^(٧)، والحنابلة^(٨)، إلا أن بعض الحنابلة قيد عدم الصحة بما إذا باع ولم يبين أنه مؤجر^(٩).

(١) المغني، ج ٥، ص ٤٧٣.

(٢) الكافي في فقه أهل المدينة، ج ٢، ص ٧٤٥، قوانين الأحكام الشرعية، ص ٣٠٥، مواهب الجليل، ج ٥، ص ٤٠٨.

(٣) المهذب، ج ١، ص ٤١٤، التنبيه، ص ١٢٥، المنهاج، ج ٢، ص ٣٦٠، نهاية المحتاج، ج ٥، ص ٣٢٥.

(٤) المقنع، ج ٢، ص ٢١٥، المغني، ج ٥، ص ٤٧٢، الفروع، ج ٤، ص ٤٤٢، الاختيارات الفقهية، ص ٢٧٢، المبدع، ج ٥، ص ١٠٧، الإنصاف، ج ٦، ص ٦٨، كشاف القناع، ج ٤، ص ٣١، حاشية المقنع، ج ٢، ص ٢١٥.

(٥) مختصر الطحاوي، ص ١٣١، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٢٠٧.

(٦) اختلفت العبارة في هذه المسألة في كتب الحنفية، ذكر في بعضها أن البيع فاسد، وذكر في بعض المواضع أن البيع باطل، وذكر في بعضها: أنه موقوف، وهو الراجح. راجع: تحفة الفقهاء، ج ٢، ص ٤٧، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٢٠٧، الفتاوى الغياثية، ج ٢، ص ١٤٢، الفتاوى الهندية، ج ٣، ص ١١٠.

(٧) المهذب، ج ١، ص ٤١٤، التنبيه، ص ١٢٥، المنهاج، ج ٢، ص ٣٦٠، نهاية المحتاج، ج ٥، ص ٣٢٥.

(٨) الإنصاف، ج ٦، ص ٦٨.

(٩) الاختيارات الفقهية، ص ٢٧٣.

القول الثالث: البيع موقوف على إجازة المستأجر، فله منع المشتري ونقض البيع عليه، فإن نقضه كان منتقضاً^(١)، وإن لم ينقضه حتى مضت المدة تمّ ذلك البيع، وله أن يجيز البيع، فإن أجازته جاز وبطلت الإجازة فيما بقي من المدة، وبهذا قال أبو حنيفة، ومحمد^(٢).

الأدلة

أدلة القول الأول:

استدل القائلون بصحة البيع بما يأتي:

الدليل الأول: أن البيع قد وقع على العين، وعقد الإجازة قد وقع على المنافع فالمعقود عليه مختلف فصح البيع قياساً على ما إذا زوج أمته ثم باعها، فإن البيع صحيح ولا يفسخ عقد الزواج^(٣).

الدليل الثاني: أنه ليس في البيع إبطال حق المستأجر؛ لأن المشتري إنما يتسلم المبيع بعد انقضاء مدة الإجازة، وكل تصرف لا يبطل حق المستأجر لا يمنع^(٤) المؤجر منه.

(١) اختلف الحنفية هل يملك المستأجر نقض البيع فذكر في ظاهر الرواية أنه لا يملك ذلك، وروى الطحاوي عن أبي حنيفة، ومحمد أن له ذلك.

قال الكاساني في بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٢٠٧: «وهل يملك المستأجر فسخ هذا البيع: ذكر في ظاهر الرواية أنه لا يملك الفسخ حتى لو فسخ لا يفسخ حتى إذا مضت مدة الإجازة كان للمشتري أن يأخذ الدار، وروى الطحاوي عن أبي حنيفة ومحمد: أن له أن ينقض البيع، وإذا نقضه لا يعود جائزاً». وانظر مختصر الطحاوي، ص ١٣٠ - ١٣١.

(٢) مختصر الطحاوي، ص ١٣٠ - ١٣١، تحفة الفقهاء، ج ٢، ص ٤٧، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٢٠٧، الفتاوى الغياتية، ج ٢، ص ١٤٢، الفتاوى الهندية، ج ٣، ص ١١٠.

(٣) المغني، ج ٥، ص ٤٧٢، المبدع، ج ٥، ص ١٠٧، كشف القناع، ج ٤، ص ٣١.

(٤) مواهب الجليل، ج ٥، ص ٤٧٢.

أدلة القول الثاني:

استدل على عدم صحة البيع بما يلي:

الدليل الأول: أن يد المستأجر حائلة تمنع التسليم فمنعت الصحة قياساً على بيع المغصوب من غير الغاصب بجامع عدم القدرة على التسليم فيهما^(١).

مناقشة هذا الاستدلال:

ناقش ابن قدامة هذا الاستدلال، فقال:

«وقولهم: يد المستأجرة حائلة دون التسليم لا يصح؛ لأن يد المستأجر إنما هي على المنافع، والبيع على الرقبة فلا يمنع ثبوت اليد على أحدهما تسليم الآخر، كما لو باع الأمة المزوجة، ولئن منعت التسليم في الحال فلا تمنع في الوقت الذي يجب التسليم فيه، وهو عند انقضاء الإجارة، ويكفي القدرة على التسليم حينئذٍ كالمسلم فيه»^(٢).

الدليل الثاني: ما استدل به شيخ الإسلام ابن تيمية رحمته الله حين ذكر قولاً

للحنابلة بعدم الصحة فقال:

«ووجهه: أنه باع ملكه وملك غيره فهي مسألة تفريق الصفقة^(٣)»^(٤).

(١) المغني، ج ٥، ص ٤٧٢.

(٢) المغني، ج ٥، ص ٤٧٢.

(٣) قال ابن قدامة في المغني، ج ٤، ص ٢٦١: تفريق الصفقة معناه:

«أن يبيع ما يجوز بيعه وما لا يجوز صفقة واحدة بثمن واحد».

وقال في المقنع، ج ٢، ص ١٨ - ١٩: «هو أن يجمع بين ما يجوز بيعه وما لا يجوز بيعه، وله ثلاث صور:

إحداها: باع معلوماً ومجهولاً فلا يصح.

الثانية: باع مشاعاً بينه وبين غيره.. فيصح في نصيبه بقسطه في الصحيح من المذهب وللمشتري الخيار، إذا لم يكن عالمًا.

الثالثة: باع عبده وعبده غيره بغير إذنه... ففيه روايتان:

أولاهما: لا يصح.

والأخرى: يصح في عبده...».

(٤) الاختيارات الفقهية، ص ٢٧٢، الإنصاف، ج ٦، ص ٦٨.

مناقشة هذا الاستدلال:

الذي يظهر لي أن مراد شيخ الإسلام ابن تيمية رحمته الله في هذا التوجيه: أن المالك باع ملكه وهو العين، وملك المستأجر وهو المنفعة؛ إذ هي ملك للمستأجر في مدة الإجارة، فقد اشتمل العقد على بيع ملكه وملك غيره بغير إذنه، فلا يصح على إحدى الروايتين في مذهب الحنابلة.

وعليه يمكن مناقشة هذا الاستدلال:

بالتفريق بين مسألة تفريق الصفقة - التي من صورها بيع ملكه وملك غيره بغير إذنه - وبين بيع العين المؤجرة، ففي تفريق الصفقة لا يملك البائع ملك غيره من أي وجه، وفي بيع العين المؤجرة، يملك البائع العين ويملك المنفعة فيما عدا مدة الإجارة، فإذا انقضت هذه المدة صارت المنفعة تابعة للرقبة وتسلم حينئذٍ للمشتري، ولا يستحق التسليم إلا بعد انقضاء مدة الإجارة، فلا يشتمل هذا العقد على بيع ملكه وملك غيره.

يؤيد هذا ما ذكره أصحاب القول الأول من أن «المشتري يملك المبيع مسلوب المنفعة إلى حين انقضاء الإجارة، ولا يستحق تسليم العين إلا حينئذٍ؛ لأن تسليم العين إنما يراد لاستيفاء نفعها، ونفعها إنما يستحق إذا انقضت الإجارة فيصير هذا بمنزلة من اشترى عيناً في مكان بعيد فإنه لا يستحق تسليمها إلا بعد مضي مدة يمكن إحضارها فيها كالمسلم إلى وقت لا يستحق تسليم المسلم فيه إلا في وقته»^(١).

دليل القول الثالث:

استدل الكاساني على أن العقد موقوفٌ على إجازة المستأجر فقال:

(١) المغني، ج ٥، ص ٤٧٢.

«ولنا: أن البائع غير قادر على تسليمه لتعلق حق المستأجر به، وحق الإنسان يجب صيانته عن الإبطال ما أمكن وأمكن ههنا بالتوقف في حقه فقلنا بالجواز في حق المشتري وبالتوقف في حق المستأجر ضيانة للحقين ومراعاة للجانبين^(١)».

مناقشة هذا الاستدلال:

يمكن مناقشته من وجهين:

الوجه الأول: نسلم أن البائع غير قادر على التسليم في الحال لكن ذلك لا يمنع صحة البيع؛ لأن المشتري يملك المبيع مسلوب المنفعة إلى حين انقضاء الإجارة فيصير هذا بمنزلة من اشترى عيناً في مكان بعيد، فإنه لا يستحق تسليمها إلا بعد مضي مدة يمكن إحضارها فيها.

الوجه الثاني: أن قوله: «وحق الإنسان يجب صيانته عن الإبطال ما أمكن وأمكن ههنا بالتوقف في حقه..».

يناقش بتسليم أن حق الإنسان تجب صيانته عن الإبطال ما أمكن غير أن القول بأن البيع يتوقف على إجازة المستأجر فإن أجازته جاز، وإن رده بطل ليس فيه صيانة حق الأطراف الثلاثة «البائع والمشتري والمستأجر»؛ لأنه في حالة عدم موافقة المستأجر على البيع يكون البيع حينئذٍ منتقضاً، وعليه فلا يتحقق على هذا القول مراعاة حقوق الأطراف الثلاثة.

الترجيح:

بعد عرض الأقوال وأدلتها وما أورد عليها من مناقشات يترجح عندي القول الأول، وهو صحة البيع وذلك للأسباب التالية:

(١) بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٢٠٨.

السبب الأول: قوة أدلته، فقد سلمت من المناقشة فيما يظهر لي حيث لم أطلع على مناقشة لها من قبل الآخرين.

السبب الثاني: ضعف أدلة القول الثاني والثالث، وأنها لا تقوى على إثبات ما ذهبوا إليه كما ظهر ذلك في أثناء مناقشتها.

السبب الثالث: أن هذا القول يتحقق فيه صيانة حقوق الأطراف الثلاثة «البائع والمشتري والمستأجر».

أما البائع: فيصان كلامه عن الإلغاء ويعتبر تصرفه نافذاً.

وأما المشتري: فيقع شراؤه صحيحاً، ولا يكون من حق المستأجر فسخ البيع ونقضه عليه.

وأما المستأجر: فيكون من حقه عدم تسليم العين للمشتري حتى تنقضي مدة إجارته.

وعلى هذا يكون القول الأول أكثر تمثيلاً مع أصول الشريعة وقواعدها في حفظ حقوق الناس، ومراعاة مصالح الأطراف جميعاً.
والله أعلم...



الشرط السادس

من شروط صحة البيع

أن يكون المبيع معلومًا :

يشترط لصحة البيع أن يكون المبيع معلومًا للمتعاقدين^(١)؛ لأن جهالة المبيع غرر^(٢)، فيكون منهيًا عنه لدخوله في عموم حديث أبي هريرة رضي الله عنه: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم: «نهى عن بيع الغرر». رواه مسلم^(٣).

(١) الننف في الفتاوى، ج ١، ص ٤٣٦، بدائع الصنائع، ج ٥، ص ١٥٦، الهداية، ج ٥، ص ٨٣، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٨، حاشية ابن عابدين، ج ٤، ص ٥٠٥، بداية المجتهد، ج ٢، ص ١٧٢، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج ٣، ص ١٥، الكافي في فقه أهل المدينة، ج ٢، ص ٦٧٨، مختصر خليل مع منح الجليل، ج ٤، ص ٤٦٥، المهذب، ج ١، ص ٢٧١، الوجيز، ج ١، ص ١٣٤، فتح العزيز، ج ٨، ص ١٣٣، المنهاج، ج ٢، ص ١٦، المجموع، ج ٩، ص ١٤٩، المقنع، ج ٢، ص ١١، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ١٢، الشرح الكبير، ج ٢، ص ٣٢٢، المحرر، ج ١، ص ٢٩١، الفروع، ج ٤، ص ٢١، الإقناع، ج ٢، ص ٦٤.

(٢) المهذب، ج ١، ص ٢٧١، مغني المحتاج، ج ٢، ص ١٦، نهاية المحتاج، ج ٣، ص ٣٩٢، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ١٢، الشرح الكبير، ج ٢، ص ٣٢٣، المبدع، ج ٤، ص ٢٤، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ١٤٦، كشاف القناع، ج ٣، ص ١٦٣، كشف المخدرات، ص ٢١٣.

(٣) صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب بطلان بيع الحصة والبيع الذي فيه غرر، ج ١٠، ص ١٥٦، (صحيح مسلم بشرح النووي).

والعلم بالمبيع يحصل برؤية مقارنة للعقد^(١).

أو برؤية لبعضه إن دلت على بقيته^(٢)، لأنه حصل برؤية البعض رؤية الباقي من حيث المعنى^(٣).

ويحصل العلم بمعرفة المبيع برؤية متقدمة على العقد بزمن لا يتغير فيه المبيع^(٤)، لأن العلم من شروط صحة البيع وقد حصل العلم بطريقة هي الرؤية المتقدمة، فأشبه ما لو شاهداه حال العقد^(٥).

= وأخرجه أبو داود في «السنن» كتاب البيوع، باب في بيع الغرر، ج ٣، ص ٦٧٢، والترمذي في «السنن» كتاب البيوع، باب كراهية بيع الغرر، ج ٣، ص ٥٣٢، وقال: حديث حسن صحيح، والنسائي في «السنن» كتاب البيوع، باب بيع لاحصاة، ج ٧، ص ٢٦٢، وابن ماجه في «السنن» كتاب التجارات، باب النهي عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر، ج ٢، ص ٧٣٩، وأحمد في «المسند»، ج ٢، ص ٤٣٦.

(١) تحفة الفقهاء، ج ٢، ص ٨٣، الدر المختار، ج ٤، ص ٥٢٩، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج ٣، ص ٢٧، المهذب، ج ١، ص ٢٧٠، مغني المحتاج، ج ٢، ص ١٨، الأنوار لأعمال الأبرار، ج ١، ص ٣١٧، الفروع، ج ٤، ص ٢١، المحرر، ج ١، ص ٢٩١، المبدع، ج ٤، ص ٢٤، كشاف القناع، ج ٣، ص ١٦٣.

(٢) تحفة الفقهاء، ج ٢، ص ٨٣، بدائع الصنائع، ج ٥، ص ٢٩٣، مختصر خليل وشرحه منح الجليل، ج ٤، ص ٤٨٤، الشرح الصغير ومعه بلغة السالك، ج ٢، ص ٣٦٣، الوجيز، ج ١، ص ١٣٥، فتح العزيز، ج ٨، ص ١٤٩، المنهاج، ج ٢، ص ١٩، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ١٤، الفروع، ج ٤، ص ٢١، المبدع، ج ٤، ص ٢١، الإقناع، ج ٢، ص ٦٤، الإنصاف، ج ٤، ص ٢٩٥.

(٣) تحفة الفقهاء، ج ٢، ص ٨٣.

(٤) النتف في الفتاوى، ج ١، ص ٤٤٥، تحفة الفقهاء، ج ٢، ص ٩٢، الهداية، ج ٥، ص ١٤٩، بدائع الصنائع، ج ٥، ص ٢٩٢، الدر المختار، ج ٤، ص ٦٠١، المدونة، ج ٤، ص ٢٠٧، مختصر خليل مع فتح العزيز، ج ٤، ص ٤٨٦، الشرح الصغير مع بلغة السالك، ج ٢، ص ٣٦٦، جواهر الإكليل، ج ٢، ص ١٩٥، مواهب الجليل، ج ٥، ص ٤٣٩، البهجة، ج ٢، ص ٢٠، التنبيه، ص ٨٨، الوجيز، ج ١، ص ١٣٥، المنهاج، ج ٢، ص ١٨، روضة الطالبين، ج ٣، ص ٣٦٩، المقنع، ج ٢، ص ٣١٩، الفروع، ج ٤، ص ٢١، الإقناع، ج ٢، ص ٦٥.

(٥) روضة الطالبين، ج ٣، ص ٣٦٩، مغني المحتاج، ج ٢، ص ١٨، الكافي في فقه الإمام =



والمبيع منه ما يسرع تغيره، كالفواكه، وما يتوسط كالحيوان، وما يتباعد كالعقارات، فيعتبر كل نوع بحسبه^(١).

ويحصل العلم بمعرفة المبيع بوصفه^(٢) بالصفات التي تضبطه، وهي الصفات التي يترتب على ذكرها وعدمه اختلاف في الثمن غالباً^(٣)، وهي التي تكفي في السلم^(٤).

وبعد هذا القدر من بيان اشتراط كون المبيع معلوماً أو دُ تفصيل القول في القدر الذي يكفي في رؤية العقار في البيع وبعض المسائل التي تتعلق بكون العقار معلوماً أو غير معلوم وذلك على النحو التالي:

-
- =أحمد، ج ٢، ص ١٣، المبدع، ج ٤، ص ٢٦، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ١٤٦، كشف القناع، ج ٣، ص ١٦٣، حاشية المقنع، ج ٢، ص ١٢.
- (١) تحفة الفقهاء، ج ٢، ص ٨٣ - ٨٥، بدائع الصنائع، ج ٥، ص ٢٩٣، حاشية ابن عابدين، ج ٤، ص ٦٠٢، المدونة، ج ٤، ص ٢٠٧ - ٢٠٨، مختصر خليل مع شرحه منح الجليل، ج ٤، ص ٤٨٦ - ٤٩٠، كتاب الكافي في فقه أهل المدينة، ج ٢، ص ٦٧٨، الفواكه الدواني، ج ٢، ص ١٠٥، الشرح الصغير مع بلغة السالك، ج ٢، ص ٣٦٦، روضة الطالبين، ج ٤، ص ٣٦٩، مغني المحتاج، ج ٢، ص ١٨ - ١٩، نهاية المحتاج، ج ٣، ص ٤٠٣، الإقناع، ج ٢، ص ٦٥ - ٦٦، المبدع، ج ٤، ص ٢٦، الإنصاف، ج ٤، ص ٢٩٧، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ١٤٦، كشف القناع، ج ٣، ص ١٦٤، الفواكه العديدة في المسائل المفيدة، ص ١٩٠.
- (٢) البحر الرائق، ج ٦، ص ٢٨، حاشية ابن عابدين، ج ٤، ص ٥٣٠، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٣٤، الفتاوى الهندية، ج ٣، ص ٥٧، المدونة، ج ٤، ص ٢٠٨ - ٢٠٩، مختصر خليل، ج ٤، ص ٤٨٩، الكافي في فقه أهل المدينة، ج ٢، ص ٦٧٨، رسالة ابن أبي زيد القيرواني مع شرحها الفواكه الدواني، ج ٢، ص ١٠٤، بلغة السالك، ج ٢، ص ٣٦٥، الأم، ج ٣، ص ١٣٤، مختصر المزني، ص ٧٥، التنبيه، ص ٨٨، الوجيز، ج ١، ص ١٣٤، روضة الطالبين، ج ٣، ص ٣٥٨، المقنع، ج ٢، ص ١١، الفروع، ج ٤، ص ٢٢، المبدع، ج ٤، ص ٢٥، التنقيح، ص ١٢٤، الإنصاف، ج ٤، ص ٢٩٦.
- (٣) شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ١٤٦، كشف القناع، ج ٣، ص ١٦٣، ٢٩٢.
- (٤) المقنع، ج ٢، ص ١١، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ١٣، المحرر، ج ١، ص ٢٩١، الفروع، ج ٤، ص ٢٢، الإنصاف، ج ٤، ص ٢٩٦.

المسألة الأولى : رؤية العقار المبيع :

اختلف الفقهاء في رؤية العقار، هل يكفي رؤية بعضه أم أنه لا بد من رؤيته كله على قولين :

القول الأول : أنه يكتفى برؤية خارج البيوت وصحن^(١) الدار، وأشجار البستان من خارج^(٢)، «فالعقار إذا رأى الظاهر منه بطل خياره»^(٣)، وبهذا قال أبو حنيفة، وأبو يوسف، ومحمد بن الحسن الشيباني^(٤).

وعللوا لذلك بأن النظر إلى جميع الدار متعذّر؛ إذ لا يمكن النظر إلى ما تحت السرر، وإلى ما بين الحيطان من الجذوع، فلَمَّا سقط شرط رؤية الكل، أقمنا رؤية ما هو المقصود من الدار مقام رؤية الكل^(٥).

القول الثاني : أنه لا بدّ من رؤية الداخل، ففي الدار لا يكتفى برؤية خارجها، بل لا بدّ من رؤية الداخل، وكذلك في البستان، وبهذا قال زفر من الحنفية^(٦) وبه يفتي^(٧)، وهو قول ابن أبي ليلي^(٨)، والشافعية؛ حيث قالوا :

- (١) صحن الدار: ساحتها. (اللباب في شرح الكتاب، ج ٢، ص ١٧).
- (٢) مختصر القدوري، ج ٢، ص ١٧، فتاوى قاضيخان، ج ٢، ص ١٨٩، النتف في الفتاوى، ج ١، ص ٤٤٤، الهداية، ج ٤، ص ٥، تحفة الفقهاء، ج ٢، ص ٨٥، بدائع الصنائع، ج ٥، ص ٢٩٤، البحر الرائق، ج ٦، ص ٣٢، الفتاوى الهندية، ج ٣، ص ٦٣.
- (٣) النتف في الفتاوى، ج ١، ص ٤٤٤، وانظر: الفتاوى الهندية، ج ٣، ص ٦٣.
- (٤) حاشية ابن عابدين، ج ٤، ص ٥٩٨، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٣٦.
- (٥) العناية، ج ٥، ص ١٤٤، البحر الرائق، ج ٦، ص ٣١، فتح القدير، ج ٥، ص ١٤٤.
- (٦) الهداية، ج ٥، ص ١٤٤، تحفة الفقهاء، ج ٢، ص ٨٥، النتف في الفتاوى، ج ١، ص ١٤٤، البحر الرائق، ج ٦، ص ٣٢، الدر المختار، ج ٤، ص ٥٩٨، كشف الحقائق، ج ٢، ص ١١.
- (٧) بدائع الصنائع، ج ٥، ص ٢٩٤، الهداية، ج ٥، ص ١٤٤، فتح القدير، ج ٥، ص ١٤٤، البحر الرائق، ج ٦، ص ٣٢، الدر المختار، ج ٤، ص ٥٩٨، كشف الحقائق، ج ٢، ص ١١.
- (٨) العناية، ج ٥، ص ١٤٤.

«الرؤية في كل شيء على حسب ما يليق به، ففي شراء الدار لا بد من رؤية البيوت، والسقوف، والسطوح، والجدران، داخلاً وخارجاً، والمستحم، والبالوعة.

وفي البستان: يشترط رؤية الأشجار، والجدران، ومسائل الماء، ولا حاجة إلى رؤية أساس البنيان وعروق الأشجار ونحوهما»^(١).
«ويشترط رؤية الأرض في ذلك ونحوه»^(٢).

ومما سبق يتضح مذهب الحنفية، والشافعية.

أما مذهب المالكية، والحنابلة فلم أجد - بجهد المتواضع - نصاً صريحاً لهم في رؤية العقار عند البيع، كما هو الحال عند الحنفية والشافعية، لكن يمكن استنتاج قولهم من بعض نصوصهم، وأن قولهم في رؤية العقار عند البيع مثل قول الشافعية.

ففي المذهب المالكي: جاء في مختصر خليل قوله:

«وجاز برؤية بعض المثلي»^(٣).

فقوله: «المثلي» احترازٌ عن المقوم، فلا تكفي رؤية بعضه^(٤)، والعقار من المقوم فلا تكفي رؤية بعضه.

(١) فتح العزيز شرح الوجيز، ج ٨، ص ١٥٢، روضة الطالبين، ج ٣، ص ٣٧١، المجموع، ج ٩، ص ٢٩١، الأنوار لأعمال الأبرار، ج ١، ص ٣٢٠. وانظر مغني المحتاج، ج ٢، ص ٢٠، نهاية المحتاج، ج ٣، ص ٤٠٦.

(٢) مغني المحتاج، ج ٢، ص ٢٠، نهاية المحتاج، ج ٣، ص ٤٠٦.

(٣) مختصر خليل، ج ٤، ص ٢٨٤.

(٤) منح الجليل، ج ٤، ص ٤٨٤، وقال ابن عبد السلام: «ظاهر الروايات تدل على مشاركة المقوم للمثلي في كفاية رؤية البعض». والراجع عند المالكية الأولى. (انظر: حاشية الدسوقي، ج ٣، ص ٢٤، بلغة السالك، ج ٢، ص ٣٦٤، منح الجليل، ج ٤، ص ٣٨٤).
ومما يؤيد أنه لا بد من رؤية داخل الدور عند المالكية ما جاء في الشرح الصغير، =

وقال أحمد الدردير:

وجاز البيع على رؤية بعض المثلي من مكيل وموزون، كقطن وكتان بخلاف المقوم فلا يكفي رؤية بعضه كثوب من أثواب»^(١).

وفي المذهب الحنبلي:

قال ابن قدامة: «وما لا تختلف أجزاءه كصبرة الطعام.. يكتفى برؤية بعضه، لأنها تزيل الجهالة لتساوي أجزاءه.. ويكتفى بالرؤية فيما لا تتساوى أجزاءه كالأرض والثوب»^(٢).

وجاء في «كشاف القناع»^(٣) قوله:

«أن يكون المبيع معلومًا لهما.. برؤية تحصل بها معرفته.. أو برؤية لبعضه إن دلت رؤية بعضه على بقيته لحصول المعرفة بها وإلا تدل رؤية بعضه على بقيته.. فلا تكفي رؤية بعضه...».

ثم قال بعد ذلك: «وما لا تتساوى أجزاءه كأرض وثوب ونحوهما.. فتكفي فيه الرؤية لكل فرد منه، ولا يكتفى برؤية بعض الأفراد عن بعض»^(٤).

وبناء على هذا يكون قول المالكية والحنابلة - حسب فهمي - مثل قول زفر، والشافعية من أنه لا بدّ من رؤية داخل الدور عند البيع ولا يكتفى برؤية خارجها.

ج ٢، ص ٣٤٩، حيث قال: وشرط صحة المعقود عليه طهارة.. وانتفاع به شرعاً... وعدم نهي.. وقدرة على تسليمه.. وعدم جهل به فلا يصح بيع مجهول الذات، ولا القدر ولا الصفة».

(١) الشرح الصغير، ج ١ ص ٣٦٣، وانظر: الشرح الكبير له ج ٣ ص ٢٤.

(٢) الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ١٤، ١٦.

(٣) ج ٣، ص ١٦٣.

(٤) كشاف القناع، ج ٣، ص ١٧٠.

وقد علل لهذا القول:

بأن الدور تتفاوت بكثرة المرافق وقلتها، فلا يصير معلوماً بالنظر إلى خارجها، فلا بدّ من رؤية داخل الدار؛ لاختلاف الأبنية داخل الدور اختلافاً كبيراً فرؤية الخارج لا تفيد العلم بالداخل^(١).

الترجيح:

يترجح - والله أعلم - القول الثاني، وذلك للأسباب الآتية:

السبب الأول: أن هذا القول يتفق مع العرف العام عند الناس من أنه لا بدّ من رؤية داخل البيوت عند البيع، «والمعروف عرفاً كالمشروط شرعاً»^(٢).

السبب الثاني: أن رؤية خارج البيوت وساحة الدار لا يحصل به معرفة العقار المبيع لاختلاف العقار من الداخل اختلافاً كبيراً، ورؤيته من الخارج لا يحصل بها المقصود، والقول بأن رؤية جميع الدار متعذر؛ لأنه لا يمكن النظر إلى ما تحت السرر، وإلى ما بين الحيطان غير مسلم؛ لأن المقصود رؤية ما يمكن رؤيته من الداخل، كما سبق بيانه مفصلاً عند الشافعية.

السبب الثالث: أن رؤية العقار من الداخل تؤدي إلى معرفته بشكل أدق، ومعرفة ما قد يكون فيه من عيوب فتنفي الجهالة المفضية إلى المنازعة.

والله أعلم...

(١) تحفة الفقهاء، ج ٢، ص ٨٥، بدائع الصنائع، ج ٥، ص ٢٩٤، وفتح القدير، ج ٥، ص ١٤٤، البحر الرائق، ج ٦، ص ٣٢.
(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص ٩٩، وانظر: شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد الزرقاء، ص ١٨٣.

المسألة الثانية: بيع العقار اعتماداً على رؤية سابقة:

يحصل العلم بمعرفة المبيع برؤية متقدمة على العقد بزمن لا يتغير فيه المبيع غالباً^(١).

لأنه معلوم للمتعاقدین أشبه ما لو شاهداه حال العقد^(٢).

ثم إن وجد العقار لم يتغير لزم البيع، ولا خيار له، وإن وجدته متغيراً فله الخيار، لأن ذلك كالعيب، ولأنه ما التزم العقد فيه إلا على تلك الصفة^(٣).

وإن اختلف البائع والمشتري في التغير أو عدمه، بأن قال البائع: هذه الصفة التي هو عليها الآن هي الصفة التي كان عليها وقت رؤيتك إياه، وقال المشتري: بل تغير عن الصفة التي كان عليها وقت الرؤية.

(١) التفت في الفتاوى، ج ١، ص ٤٤٥، تحفة الفقهاء، ج ٥، ص ١٤٩، بدائع الصنائع، ج ٥، ص ٢٩٢، الدر المختار، ج ٤، ص ٦٠١، المدونة، ج ٤، ص ٢٠٧، مختصر خليل، ج ٤، ص ٤٨٦، الشرح الصغير، ج ٢، ص ٣٦٦، جواهر الإكليل، ج ٢، ص ١٩٥، مواهب الجليل، ج ٥، ص ٤٣٩، التنبيه، ص ٨٨، المنهاج، ج ٢، ص ١٨، روضة الطالبين، ج ٣، ص ٣٦٩، المقنع، ج ٢، ص ١٢، الفروع، ج ٤، ص ٢١، الإقناع، ج ٢، ص ٦٥.

(٢) روضة الطالبين، ج ٣، ص ٣٦٩، مغني المحتاج، ج ٢، ص ١٨، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ١٣، المبدع، ج ٤، ص ٦٥.

(٣) التفت في الفتاوى، ج ١، ص ٤٤٥، الهداية، ج ٥، ص ١٤٩، الدر المختار، ج ٤، ص ٦٠١، المهذب، ج ١، ص ٢٧١، التنبيه، ص ٨٩، فتح العزيز، ج ٨، ص ١٥٠، روضة الطالبين، ج ٣، ص ٣٦٩، المجموع، ج ٩، ص ٢٩٦، مغني المحتاج، ج ٢، ص ١٩، نهاية المحتاج، ج ٣، ص ٤٠٣، المقنع، ج ١، ص ١٢، الكافي، ج ٢، ص ١٣، المبدع، ج ٤، ص ٢٦ - ٢٧، الإنصاف، ج ٤، ص ٢٩٨، الإقناع، ج ٢، ص ٦٦.

ويلاحظ أن الغزالي من الشافعية ذكر وجهاً: بأنه إذا وجد المبيع متغيراً تبين بطلان البيع لتبين بطلان المعرفة. ينظر في ذلك: فتح العزيز، ج ٨، ص ١٥٠، روضة الطالبين، ج ٣، ص ٣٧٠، المجموع، ج ٩، ص ٢٩٦.

فقد اختلف الفقهاء في من يعتبر قوله منهما على قولين:

القول الأول: أن القول قول البائع مع يمينه، وبه قال الحنفية^(١)،
والمالكية^(٢)، وهو وجه مرجوح عند الشافعية^(٣)، وقول في مذهب
الحنابلة^(٤).

وعللوا لذلك:

بأن البيع معلقٌ على صفة المبيع الذي رآه عليها، والأصل بقاؤها فمن
ادّعى التغير - وهو المشتري - فقد ادّعى أمرًا حادثًا، والأصل عدمه فلا تقبل
دعواه إلا ببينة^(٥).

القول الثاني: أن القول قول المشتري مع يمينه، وبهذا قال الشافعية
على الصحيح من المذهب^(٦)، وهو المذهب عند الحنابلة^(٧).

وعللوا لذلك:

بأن البائع يدعي على المشتري الاطلاع على المبيع على هذه الصفة

(١) مختصر القدوري، ج ٢، ص ١٩، تحفة الفقهاء، ج ٢، ص ٩٢، الهداية، ج ٢، ص ٩٢،

الهداية، ج ٥، ص ١٤٩، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٣٩.

(٢) البهجة في شرح التحفة، ج ٢، ص ٢٠.

(٣) فتح العزيز شرح الوجيز، ج ٨، ص ١٥٠، روضة الطالبين، ج ٣، ص ٣٧٠، المجموع،
ج ٩، ص ٢٩٧.

(٤) الفروع، ج ٤، ص ٢٢، النكت والفوائد السنية على شكل المحرر، ج ١، ص ٢٩٤،
المبدع، ج ٤، ص ٢٧، الإنصاف، ج ٤، ص ٢٩٨.

(٥) فتح القدير، ج ٥، ص ١٤٩ - ١٥٠، البهجة في شرح التحفة، ج ٢، ص ٢٠.

(٦) المهذب، ج ١، ص ٢٧١، التنبيه، ص ٨٩، فتح العزيز شرح الوجيز، ج ٨، ص ١٥٠،
روضة الطالبين، ج ٣، ص ٣٧٠، المجموع، ج ٩، ص ٣٩٧.

(٧) المقنع، ج ١، ص ١٢، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ١٣، المحرر، ج ١،
ص ٢٩٤، المبدع، ج ٤، ص ٢٧، الإنصاف، ج ٤، ص ٢٩٨، وقال فيه: هذا المذهب،
جزم به في المغني، والشرح، والوجيز، وغيرهم.

والرضى به، وهو ينكره فأشبهه ما إذا ادعى عليه الاطلاع على العيب وأنكره المشتري^(١).

ولأن الثمن يلزم المشتري فلا يلزمه إلا ما اعترف به^(٢)؛ لأن الأصل براءة الذمة من الثمن، فلا يلزمه ما لم يلتزم به^(٣)، ولم توجد بينة ولا اعتراف^(٤).

الترجيح:

يترجح - والله أعلم - القول الأول - وهو أن القول قولُ البائع مع يمينه، وذلك لوجاهة ما استدللّ به له.

وأما ما استدللّ به للقول الثاني فيمكن مناقشته بأن المدعي في هذه المسألة هو المشتري، لأنه يدعي تغير المبيع، والبائع ينكر التغير، والبيئة على المدعي واليمين على من أنكر.

- (١) فتح العزيز شرح الوجيز، ج ٨ نص ١٥٠، روضة الطالبين، ج ٣، ص ٣٧٠، المجموع، ج ٩، ص ٢٩٧، مغني المحتاج، ج ٢، ص ١٩.
- (٢) المهذب، ج ١، ص ٢٧١، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ١٣.
- (٣) المبدع، ج ٤، ص ٢٧، شرح منتهى الإيرادات، ج ٢، ص ١٤٧، كشاف القناع، ج ٣، ص ١٦٥.

- (٤) النكت والفوائد السنية على مشكل المحرر، ج ١، ص ٢٩٤.

وقال فيه بعد ذكره: إن القول قول المشتري مع يمينه:

«وهذه المسألة يتوجه فيها قولان آخران: أحدهما: أن القول قول البائع؛ لأن الأصل عدم التغير وعدم اشتراط الصفة المدعاة. والقول الآخر: أنهما يتحالفان لظهور التعارض، كما لو اختلفا في قدر الثمن أو صفته..».

فحصل عندي أن للحنبلة في المسألة ثلاثة أقوال:

- الأول: أن القول قول المشتري مع يمينه، وهذا المذهب.
- الثاني: أن القول قول البائع.
- الثالث: أنهما يتحالفان.

ولأنه إذا اختلف المتعاقدان، فقال المشتري: بعني هذين بمائة، وقال البائع: بل أحدهما، فالقول قول البائع؛ لأن الأصل عدم بيع الآخر^(١)، فكذا هنا ينبغي أن يكون القول قول البائع، خاصة أن العقار مما يتباعد تغيره.

المسألة الثالثة: بيع العقار بالصفة:

تحدثت في المسألتين السابقتين عن حصول معرفة العقار المبيع بالرؤية، سواء كانت تلك الرؤية مقارنة للعقد أو متقدمة عليه، وفي هذه المسألة أتحدث عن حكم بيع العقار بالصفة دون الرؤية، هل يصح بيعه بمجرد الوصف؟ نصوص الفقهاء التي اطلعت عليها بعضها غير صريح في بيان الحكم.

لذا أوردها وأبين ما فهمته منها:

المذهب الحنفي:

تكلم الحنفية عن شراء ما لم يره، وبيع ما لم يره.
فقال صاحب الدر المختار^(٢):

«صحَّ الشراء والبيع لما لم يرياه، والإشارة إليه، أي: المبيع، أو إلى مكانة شرط الجواز فلو لم يشر إلى ذلك لم يجز إجماعاً».

(١) قال في النكت، ج ١، ص ٢٩٤، بعد أن قدم أن القول قول المشتري: «ويتوجه فيها قولان آخران: أحدهما أن القول قول البائع.. والقول الآخر: أنهما يتحالفان...» ثم قال بعد ذلك.. وجعل الأصحاب المذهب هنا قول المشتري، مع أن المذهب عندهم فيما إذا قال: «بعني هذين بمائة؟ قال: بل أحدهما بخمسين، أو بمائة: إن القول قول البائع؛ لأن الأصل عدم بيع الآخر، مع أن الأصل السابق موجود هنا وهو مشكل». ونقل ذلك عنه المرداوي في الإنصاف، ج ٤، ص ٢٩٨، ٢٩٩.

(٢) ج ٤، ص ٥٩٣.

ويبن ابن عابدين - نقلاً عن النهاية - المراد بذلك، فقال: «صحَّ شراء ما لم يره: يعني شيئاً مسمى موصوفاً أو مشاراً إليه، أو إلى مكانه، وليس فيه غيره بذلك الاسم»^(١).

ثم بين رحمته أن بيان حدود الأرض ينفي عنها الجهالة الفاحشة، وتبقى الجهالة اليسيرة التي لا تنافي صحة البيع فقال في أثناء حديثه عن بيان معنى قدر المبيع ووصفه والذي يظهر من كلامهم تفريراً وتعليلاً أن المراد بمعرفة القدر، والوصف: ما ينفي الجهالة الفاحشة، وذلك بما يخصص المبيع عن أنظاره، وذلك بالإشارة إليه لو حضر في مجلس العقد، وإلا فبيان مقداره مع بيان وصفه لو من المقدرات، أو بيان مكانه الخاص.. أو بيان حدود الأرض ففي كل ذلك تنتفي الجهالة الفاحشة عن المبيع، وتبقى الجهالة اليسيرة التي لا تنافي صحة البيع لارتفاعها بثبوت خيار الرؤية، فإن خيار الرؤية إنما يثبت بعد صحة البيع لرفع تلك الجهالة اليسيرة لا لرفع الفاحشة المنافية لصحته»^(٢).

وقال قاضيخان ما نصه:

«رجل اشترى داراً هي في بلدة أخرى، فقال البائع للمشتري: سلمتها إليك، ثم امتنع المشتري عن أداء الثمن لعدم الرؤية وعدم القبض حقيقة كان له أن يردها بخيار الرؤية، فإن لم يردها يؤمر البائع بأن يخرج مع المشتري إلى تلك البلدة، أو يبعث وكيلاً إلى تلك البلدة فيقبض الوكيل الثمن ويسلم الدار إليه»^(٣).

فقوله: رجل اشترى داراً هي في بلدة أخرى إلى قوله كان له أن يردها بخيار الرؤية: صريح في بيع العقار بدون رؤية.

(١) حاشية ابن عابدين، ج ٤، ص ٥٣٠، ٥٩٣.

(٢) حاشية ابن عابدين، ج ٤، ص ٥٣٠.

(٣) فتاوى قاضيخان، ج ٢، ص ١٩٣.

وقد استدل الحنفية على أنه لا خيار لمن باع ما لم يره بأثر أوردوه فيه ذكر العقار^(١).

فقال المرغيناني في «الهداية»^(٢):

«وروي أن عثمان بن عفان باع أرضاً له بالبصرة من طلحة بن عبيد الله، فقيل لطلحة: إنك قد غبنت، فقال: لي الخيار، لأنني اشتريت ما لم أره، وقيل لعثمان: إنك قد غبنت، فقال: لي الخيار، لأنني بعت ما لم أره، فحكما بينهما جبير بن مطعم، ف قضى بالخيار لطلحة^(٣)، وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم».

ومما سبق: يظهر لي أنه يصح شراء العقار عند الحنفية وإن لم ير ويكفي في ذلك معرفة حدوده والبلد الذي هو فيه.

مذهب المالكية:

أبرز من تكلم عن بيع العقار بالصفة بوضوح تام هم المالكية - فيما اطلعت عليه -.

جاء في «البيان والتحصيل»^(٤) قوله:

«قال مالك في الدار الغائبة تشتري بصفة: لا يجوز أن يشتريها إلا مذارعة، وذكرها سحنون من رأيه.»

(١) انظر في ذلك: بدائع الصنائع، ج ٥، ص ٢٩٢، العناية، ج ٥، ص ١٤٠، حاشية ابن عابدين، ج ٤، ص ٥٩٦، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٣٥.

(٢) ج ٥، ص ١٤٠.

(٣) الأثر أخرجه الطحاوي في: «شرح معاني الآثار»، كتاب البيوع، باب تلقي الجلب، ج ٤، ص ١٠ عن علقمة بن أبي وقاص أن طلحة اشترى من عثمان مالا، فذكره. وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب البيوع، باب من قال: يجوز بيع العين الغائبة، ج ٥، ص ٢٥٨. وقد أوردته: الزيلعي في نصب الراية، ج ٤، ص ٩ - ١٠ وسكت عنه.

(٤) ج ٧، ص ٣٢٥ - ٣٢٦.

قال محمد بن رشد: قوله في الدار الغائبة تشتري بصفة: أنه لا يجوز أن يشتريها إلا مذارعة، معناه: أنه لا بد في صفتها من تسمية ذرعها، فيقال اشترى منه الدار التي ببلد كذا بموضع كذا، وحدّها كذا، وصفتها كذا، وذرع ساحتها في الطول كذا وكذا، وفي العرض كذا وكذا، وطول بيتها الكذا، كذا وكذا ذراعًا، وعرضه كذا وكذا ذراعًا، حتى يأتي على جميع مساكنها ومنافعها بالصفة والذرع، ولو وصف بناءها وذكر صفة أنقاضها وهيئة مساكنها، وقدرها بالكبر أو الصغر أو الوسط، واكتفى من تذريعها بأن يقول على أن فيها كذا وكذا ذراعًا لجاز ذلك، والأول أتم وأحسن».

وهذا الذي ذكره ابن رشيد ظاهر في أن المالكية يصح عندهم بيع العقار بالصفة.

ويصح عند المالكية بيع الغائب بالصفة على اللزوم، فإن كان عقارًا صح اشتراط تعجيل الثمن للبائع سواء كان قريبًا أو بعيدًا، وإن كان غير عقار فلا يصح اشتراط تعجيل الثمن فيه إلا إن كان قريبًا^(١).

قال في «المدونة»^(٢):

«أرأيت أصل قول مالك: أن من باع عروضًا أو حيوانًا أو ثيابًا بعينها، وذلك الشيء في موضع غير موضعهما، إنه إذا كان ذلك قريبًا لم يكن بذلك بأس، ولا بأس بالنقد في ذلك، وإن كان ذلك بعيدًا جاز البيع ولا يصلح النقد في ذلك إلا أن يكون دورًا أو أرضين أو عقارًا، فإنه لا بأس بالنقد في ذلك بشرط كان قريبًا أو بعيدًا.

قال: نعم هذا قول مالك.

(١) مختصر خليل، ج ٤، ص ٤٩٠، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٢٧، الشرح الصغير، ج ٢، ص ٣٦٦، الكافي في فقه أهل المدينة، ج ٢، ص ٦٧٨، حاشية الدسوقي، ج ٣، ص ٢٧.

(٢) ج ٤، ص ٢١٣.

قال: وقال مالك: وذلك أن الدور والأرضين أمر مأمون».

ومما سبق يتضح أن المالكية يصح عندهم بيع العقار بالصفة، مع أن العقار لا يصح السلم فيه، وقد بين السبب في ذلك ابن رشد فقال:

«وإنما لم يجز السلم في الدور والأرضين؛ لأن السلم لا يجوز إلا بالصفة، ولا بد في صفة الدور والأرضين من ذكر موضعها، وإذا ذكر موضعها تعينت، فصار السلم فيها، كمن ابتاع من رجل داراً على أن يتخلصها له منه، وذلك من الغرر الذي لا يحل ولا يجوز، لأنه لا يدري بكم يتخلصها منه، وربما لم يقدر على أن يتخلصها منه، ومتى لم يقدر على أن يتخلصها منه رد إليه رأس ماله فصار مرة بيعاً ومرة سلفاً، وذلك سلف جرّ نفعاً»^(١).

المذهب الشافعي:

الصحيح في مذهب الشافعية: أنه لا يصح بيع العين الغائبة التي لم تر سواء وصفت أو لم توصف^(٢).

والقول الثاني عندهم: يصح البيع، ويثبت للمشتري الخيار إذا رآها^(٣).

فعلى القول الأول: لا يصح بيع العقار بالصفة عندهم فيما يظهر لي.

(١) المقدمات الممهّدات، ج ٢، ص ٥١٦.

(٢) الأم، ج ٣، ص ٢٠، مختصر المزني، ص ٧٥، المهذب، ج ١، ص ٢٧٠، التنبيه، ص ٨٨، الوجيز، ج ١، ص ١٣٥، فتح العزيز، ج ٨، ص ١٤٦، روضة الطالبين، ج ٣، ص ٣٦٨، المجموع، ج ٩، ص ٣٠١، مغني المحتاج، ج ٢، ص ١٨، الأنوار لأعمال الأبرار، ج ١، ص ٣١٧.

(٣) التنبيه، ص ٨٨، الوجيز، ج ١، ص ١٣٥، فتح العزيز، ج ٨، ص ١٤٦، روضة الطالبين، ج ٣، ص ٣٦٨، المجموع، ج ٩، ص ٣٠١، مغني المحتاج، ج ٢، ص ١٨.

وأما على القول الثاني، وهو صحة بيع الغائب، فإنه يصح بيع العقار الغائب بناء على ما نقله النووي عن الماوردي؛ حيث قال:

«إن كان المبيع مما لا ينقل كالدار والأرض: اشترط ذكر البلد الذي هو فيه، فيقول بعتك داراً ببغداد، وفي اشتراط ذكر البقعة من البلد: وجهان»^(١).

المذهب الحنبلي:

يشترط عند الحنابلة (رحمهم الله) في البيع بالصفة أن يكون مما يصح السلم فيه:

قال في «المحرر»^(٢):

«ولا يصح البيع إلا بشرط معرفة المبيع برؤية وقت العقد، أو قبله بزمن لا يتغير فيه غالباً، أو بصفة تكفي في السلم، إن كان مما يجوز السلم فيه».

وجاء في «التنقيح المشبع»^(٣) قوله:

«ويشترط رؤية متعاقدين له مقارنة لجميعه أو بعضه إذا دلت على بقيته.. أو وصفه بما يكفي في السلم إن صح السلم فيه».

وقال في شرح منتهى الإرادات^(٤):

«فالباع بالوصف مخصوص بما يصح السلم فيه».

وبناء على هذه النصوص لا يصح بيع العقار بالصفة عند الحنابلة، لأن البيع بالصفة مخصوص بما يصح السلم فيه والعقار لا يصح السلم فيه.

(١) المجموع، ج ٩، ص ٢٩٣.

(٢) ج ١، ص ٢٩١.

(٣) ص ٢٤.

(٤) ج ٢، ص ١٤٦.

غير أن شيخ الإسلام ابن تيمية استنتج مما نقله عن القاضي، وابن قدامة: أن بيع العقار بالصفة جائز.

قال ابن مفلح في «النكت والفوائد السنية»^(١) ما نصه:

«ولما احتجَّ الحنفية لمذهبهم في صحة بيع الغائب من غير رؤية ولا صفة بما روي عن الصحابة رضي الله عنهم من بيع العقار: حمل القاضي، والشيخ موفق الدين ذلك على أنه يحتمل أن يكون وصف له.

قال الشيخ تقي الدين: «وهذا يقتضي أن بيع العقار بالصفة جائز، والعقار لا يجوز فيه السلم، فعلم أن هذا أوسع من باب السلم».

الترجيح:

يترجح - والله أعلم - صحة بيع العقار بالصفة فإن وجدته أدنى مما وصفه له، فله الخيار وإلا فلا.

ولا بد في وصف العقار من ذكر البلد، والموضع، والحدود، والمساحة، ووصف البناء، والمواد المستعملة فيهن وعدد غرف الدار وهيئة مساكنها، وكل ما من شأنه ضبط العقار بالصفات التي تبعده عن الجهالة وتجعله معلومًا، على نحو ما ذكره ابن رشد المالكي.

المسألة الرابعة: كون العقار معلومَ القدر:

وفي ذلك صور:

الصورة الأولى: إذا قال البائع للمشتري بعثك هذه الدار أو هذه الأرض، وأراه حدودها أو كان المشتري يعرف حدودها صحَّ البيع^(٢)، ولا

(١) ج ١، ص ٢٩٢.

(٢) فتاوى قاضيخان، ج ٢، ص ١٣٥، حاشية ابن عابدين، ج ٤، ص ٥٣٠، مختصر خليل، ج ٤، ص ٤٨٢، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٢٣، بلغة السالك، ج ٢، ص ٣٦٢، المهذب، =

يشترط معرفة جيرانها^(١)، ويصح البيع وإن لم يعرف مساحتها؛ لأن غرر الجهالة ينتفي بالمشاهدة^(٢).

الصورة الثانية: إذا قال البائع بعتك ثلث هذه الأرض أو ربع هذه الدار صح البيع^(٣)، سواء علماً ذرعانها أم لا^(٤).

لأن من عرّف الشيء عرّف ثلثه وربعه^(٥).

الصورة الثالثة: إذا قال في الأرض أو الدار بعتك من هنا إلى هنا صحّ البيع^(٦)، سواء علماً ذرع ذلك أم لا، وسواء علماً أمتار ذلك أم لا.

لأن المبيع معلوم بالمشاهدة^(٧).

وإن وقف في وسطها فقال: بعتك أذرعاً «وسمّاه»، ولم يبين إلى أي جهة تذرّع لم يصح؛ لأنه يختلف ويتفاوت به الغرض^(٨).

-
- = ج ١، ص ٢٧٢، فتح الوهاب، ج ١، ص ١٦٠، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ١٥، ١٦، الإقناع، ج ٢، ص ٦٩، كشاف القناع، ج ٣، ص ١٧٠.
- (١) فتاوى قاضيخان، ج ٢، ص ١٣٥.
- (٢) المهذب، ج ١، ص ٢٧٢، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ١٥.
- (٣) المهذب، ج ١، ص ٢٧٢، المجموع، ج ٩، ص ٣١٦، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ١٥، ١٦، الإقناع، ج ٢، ص ٦٨، كشاف القناع، ج ٣، ص ١٧٠.
- (٤) المجموع، ج ٩، ص ٣١٦.
- (٥) المهذب، ج ١، ص ٢٧٢، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ١٥.
- (٦) المهذب، ج ١، ص ٢٧٢، المجموع، ج ٩، ص ٣١٦، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ١٦، الشرح الكبير، ج ٢، ص ٣٢٨، المبدع، ج ٤، ص ٣٢، الإقناع، ج ٢، ص ٦٩، حاشية المقنع، ج ٢، ص ١٥.
- (٧) الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ١٦، الشرح الكبير، ج ٢، ص ٣٢٨، المبدع، ج ٤، ص ٣٢، حاشية المقنع، ج ٢، ص ١٥.
- (٨) المجموع، ج ٩، ص ٣١٦.

وإن قال بعتك عشرة أذرع ابتداءؤها من هذا المكان ولم يعين انتهاءها أو بالعكس^(١)، فقد اختلف في ذلك قولين:

القول الأول: لا يصح البيع، وهو وجه مرجوح عند الشافعية^(٢)، وبه قال الحنابلة^(٣).

«لأنه لا يعلم إلى أين ينتهي قياس العشرة فيؤدي إلى الجهالة»^(٤). وقد ينتهي الذرع إلى موضع يخالف موضع الابتداء^(٥).

القول الثاني: يصح البيع، وهو وجه عند الشافعية^(٦).

قال في «المجموع»^(٧): «وصحَّحه الأكثرون».

- (١) قال الحنابلة: ومثله في الحكم لو قال: بعني نصف دارك التي تلي داري، يكون تعييناً لابتداء النصف دون انتهائه، قال الإمام أحمد: لأنه لا يدري إلى أين ينتهي النصف الذي يلي الدار، فيؤدي إلى الجهالة بالمبيع. وإن قصد بقوله: بعتك نصف داري التي تلي دارك، الإشاعة في النصف على إطلاقه، فيكون مشاعاً صحَّ البيع في النصف مشاعاً لعدم الجهالة. (الفروع، ج ٤، ص ٢٨، المبدع، ج ٤، ص ٣٢، الإنصاف، ج ٤، ص ٣٠٦، الإقناع، ج ٢، ص ٦٩، كشاف القناع، ج ٣، ص ١٧٠).
- (٢) المهذب، ج ١، ص ٢٧٢، فتح العزيز، ج ٨، ص ١٣٦، روضة الطالبين، ج ٣، ص ٣٦٠، المجموع، ج ٩، ص ٣١٧.
- (٣) الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ١٦، الشرح الكبير، ج ٢، ص ٣٢٨، المبدع، ج ٤، ص ٣٢، الإنصاف، ج ٤، ص ٣٠٦.
- (٤) الإقناع، ج ٢، ص ٦٩، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ١٤٩، كشاف القناع، ج ٣، ص ١٧٠.
- (٥) كشاف القناع، ج ٣، ص ١٧٠.
- (٦) المهذب، ج ١، ص ٢٧٢، المجموع، ج ٩، ص ٣١٧.
- (٧) المهذب، ج ١، ص ٢٧٢، فتح العزيز، ج ٨، ص ١٣٦، المجموع، ج ٩، ص ٣١٧. ويلاحظ أنني لم أجد عند الحنفية والمالكية نصاً في هذه المسألة فيما اطلعت عليه من كتبهم.
- (٧) ج ٩، ص ٣١٧.

وعلّلوا لذلك :

بانتفاء الغرر^(١)؛ لأنه يشاهد السمّت^(٢).

الصورة الرابعة: إذا قال البائع بعتك عشرة أذرع من هذه الدار أو من هذه الأرض كل ذراع بدرهم^(٣)، فله حالتان:

الحالة الأولى: إن كانت ذرعانها مجهولة لهما أو لأحدهما لم يصح البيع عند الجمهور^(٤).

وعلّلوا لذلك: بأن أجزاء الدار والأرض تختلف^(٥)، ولأنه لا يعلم قدره منها فيكون مجهولاً^(٦).

وعلّل لذلك في «الفروع»^(٧) بقوله: «لأنه لا معيناً ولا مشاعاً».

ويبيّن ذلك صاحب المذهب بعبارة أوضح فقال:

«لأنه إن جعل البيع في عشرة أذرع مشاعة لم يعرف قدر المبيع أنه

(١) المجموع، ج ٩، ص ٣١٧.

(٢) المذهب، ج ١، ص ٢٧٢.

ومعنى يشاهد السمّت: أي: الجهة، وأصله الطريق والهيئة. القاموس المحيط، باب التاء، فصل السين، ج ١، ص ١٥٠، النظم المستعذب في شرح غريب المذهب، ج ١، ص ٢٧٢.

(٣) أما لو قال: بعتك من هذه الدار أو من هذه الأرض كل ذراع بدرهم، ولم يسم جملة المبيع فلا يصح البيع؛ لأن أجزاء الأرض والدار تختلف. (المجموع، ج ٩، ص ٣١٦، المبدع، ج ٤، ص ٣٦، الإنصاف، ج ٤، ص ٣١٥).

(٤) الهداية، ج ٥، ص ٩٣، حاشية ابن عابدين، ج ٤، ص ٥٤٤، المذهب، ج ١، ص ٢٧٢، فتح العزيز، ج ٨، ص ١٣٦، روضة الطالبين، ج ٣، ص ٣٦٠، المجموع، ج ٩، ص ٣١٦، المقنع، ج ٢، ص ١٥، الكافي، ج ٢، ص ١٤، الشرح الكبير، ج ٢، ص ٣٢٨، المحرر، ج ١، ص ٢٩٥، الإنصاف، ج ٤، ص ٣٠٥.

(٥) المجموع، ج ٩، ص ٣١٦، المبدع، ج ٤، ص ٣١، حاشية المقنع، ج ٢، ص ١٥.

(٦) الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ١٤.

(٧) ج ٤، ص ٢٨.

عشرها أو ثلثها أو سدسها، وإن جعل البيع في عشرة أذرع من موضع بعينه لم يعرف صفة المبيع فإن أجزاء الدار تختلف، وقد يكون بعضها أجود من بعض»^(١).

وقيل يصح البيع، وإن كانت ذرعان الأرض أو الدار مجهولة.

وبه قال أبو يوسف ومحمد من الحنفية على الصحيح من قوليهما^(٢)، وهو قول مرجوح في مذهب الحنابلة^(٣).

وعلل لذلك في «فتح القدير»^(٤) بقوله:

«لأنها جهالة بأيديهما إزالتها بأن تقاس كلها فيعرف نسبة.. العشرة منها فيعلم قدر المبيع».

الترجيح:

يترجح القول الأول لوجاهة ما علل به من ذهب إليه، وأما ما علل به للصححة من أن الجهالة ممكن إزالتها بأن تقاس الأرض كلها فهو محل نظر؛ لأن اعتبار الجهالة هو وقت العقد، ووقت العقد العشرة أذرع مجهولة لعدم معرفة ذرعان الأرض أو الدار حينئذٍ.

الحالة الثانية: إن كانت ذرعان الأرض أو الدار معلومة للمتعاقدين فقد

اختلف الفقهاء في حكم البيع على قولين:

القول الأول: يصح البيع ويحمل على الإشاعة^(٥)، فإذا كانت مائة

(١) المهذب، ج ١، ص ٢٧٢.

(٢) فتح القدير، ج ٥، ص ٩٤، الدر المختار ومعه حاشية ابن عابدين، ج ٤، ص ٥٤٥.

(٣) الفروع، ج ٤، ص ٢٨، الإنصاف، ج ٤، ص ٣٠٦.

(٤) ج ٥، ص ٩٤، ونقل ذلك عنه ابن عابدين في حاشيته، ج ٤، ص ٥٤٥.

(٥) إن أراد أذرعًا معينة لم يصح البيع؛ لأن الأرض لا تتساوى أجزاؤها فيكون البيع =

ذراع، كان المبيع عشرها مشاعاً^(١)، وبهذا قال أبو يوسف ومحمد من الحنفية^(٢)، وهو مذهب الشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤).

وعللوا لذلك:

بأنه في صورة المسألة التي معنا: كأنه قال له بعتك عشرها^(٥)، لأن العشرة من المائة عشرها، فلا فرق بين أن يقول: بعتك عشرها وأن يقول: بعتك عشرة من مائة ذراع من هذه الأرض أو الدار^(٦).

ولأن عشرة أذرع من مائة ذراع عشر الدار فأشبهه عشرة أسهم من مائة سهم^(٧).

= مجهولاً فهو كما لو باعه شاة من قطيع أو عبداً من عبيد. المجموع، ج ٩، ص ٣١٦، الشرح الكبير، ج ٢، ص ٣٢٨.

- (١) قال النووي في المجموع، ج ٩، ص ٣١٦: «ولو اختلفا، فقال المشتري: أردت الإشاعة؛ فالعقد صحيح، فقال البائع: بل أردت معيناً فيمين يصدق: احتمالان أرجحهما: يصدق البائع لأنه أعلم بنيته».
- (٢) اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى، ص ٢٢، الهدية، وشرحها العناية وفتح القدير، ج ٥، ص ٩٣، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ١٣.
- (٣) المهذب، ج ١، ص ٢٧٢، فتح العزيز شرح الوجيز، ج ٨، ص ١٣٦، روضة الطالبين، ج ٣، ص ٣٦٠، المجموع، ج ٩، ص ٣١٦، الأنوار لأعمال الأبرار، ج ١، ص ٣١٦.
- (٤) المقنع، ج ٢، ص ١٥، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ١٤، الشرح الكبير، ج ٢، ص ٣٢٨، المحرر، ج ١، ص ٢٩٥، الفروع، ج ٤، ص ٢٨، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ١٥٠.
- (٥) المبدع، ج ٤، ص ٣١، شرح منتهى الإرادات.
- (٦) المهذب، ج ١، ص ٧٢، الشرح الكبير، ج ٢، ص ٣٢٨.
- (٧) الهداية، ج ٥، ص ٩٣، العناية نفس الجزء والصفحة، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ١٣، حاشية ابن عابدين، ج ٤، ص ٥٤٥، كشف الحقائق، ج ٢، ص ٤، شرح صدر الشريعة على متن الوقاية بهامش كشف الحقائق، ج ٢، ص ٥.

القول الثاني: لا يصح البيع، وهو قول أبي حنيفة^(١)، وحكاه الرافعي وجهًا في مذهب الشافعية^(٢).

وعلل لذلك أبو يوسف بقوله:

«لأنه لا يعلم ما اشترى كم هو من الدار، وكم هو من الأرض، وأين موضعه من الدار والأرض»^(٣).

ووضح ذلك ابن عابدين الحنفي، فقال:

«إن البيع وقع على قدر معين من الدار لا شائع؛ لأن الذراع في الأصل اسم لخشبة يذرع بها، واستعير ههنا لما يحله، وهو معين لا مشاع، لأن المشاع لا يتصور أن يذرع، فإذا أريد به ما يحله، وهو معين لكنه مجهول الموضع بطل العقد ووجه كون الموضع مجهولاً أنه لم يبين أنه من مقدم الدار، أو من مؤخرها، وجوانبها تتفاوت قيمة، فكان المعقود عليه مجهولاً جهالة مفضية إلى النزاع، فيفسد كبيع بيت من بيوت الدار»^(٤).

فحاصل وجهة قول أبي حنيفة: أن الذراع هنا عبارة عن بقعة بعينها، وموضعه مجهول فلا يصح البيع^(٥).

(١) الهداية، ج ٥، ص ٩٣، العناية نفس الجزء والصفحة، حاشية ابن عابدين، ج ٤، ص ٥٤٥، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ١٣، الدر المنتقى بهامش مجمع الأنهر نفس الجزء والصفحة، كشف الحقائق، ج ٢، ص ٤، شرح صدر الشريعة على متن الوقاية بهامش كشف الحقائق، ج ٢، ص ٥.

(٢) فتح العزيز، ج ٨، ص ١٣٦، المجموع، ج ٩، ص ٣١٦، ولم أعثر على نص للمالكية في هذه المسألة.

(٣) اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى، ص ٢٢.

(٤) حاشية ابن عابدين، ج ٤، ص ٥٤٥، وانظر في نفس المعنى العناية، ج ٥، ص ٩٤، فتح القدير نفس الجزء والصفحة، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ١٣، كشف الحقائق، ج ٢، ص ٤.

(٥) فتح القدير، ج ٥، ص ٩٣، الشرح الكبير، ج ٢، ص ٣٢٨.

وحاصل وجهة نظر الجمهور: أن بيع عشرة أذرع من مائة ذراع مثلاً هو شائع لا معين، وبيع الشائع جائز؛ ولذا قالوا: إنه إذا أراد أذرعاً معينة لم يصح، كما سبقت الإشارة إليه.

قال ابن الهمام الحنفي بعد ذكره قول الصاحبين، وقول أبي حنيفة: «ومبنى الخلاف على أن المؤدي من عشرة أذرع من مائة ذراع معين أو شائع، فعندهما شائع كأنه باع عشر مائة، وبيع الشائع جائز اتفاقاً كما في بيع عشرة أسهم من مائة سهم، وعنده مؤداه قدر معين، والجوانب مختلفة الجودة، فتقع المنازعة في تعيين مكان العشرة ففسد البيع، فلو اتفقوا على أن مؤدى عشرة أذرع من مائة ذراع من هذه الدار شائع لم يختلفوا، ولو اتفقوا على أنه متعين لم يختلفوا»^(١).

الترجيح:

يترجح - والله أعلم - قول الجمهور لوجهة ما عللوا به.

وأما ما علل به لقول أبي حنيفة فهو غير مسلم؛ لأن الذراع «عبارة عن قدر كما أن المكيال عبارة عن قدر فإذا أضافه إلى جملة كان ذلك جزءاً منها»^(٢).

ولأن بيان جملة ذرعان الدار أو الأرض قرينة ظاهرة على أنه إنما أراد بيع الشائع، لأن به يعرف نسبة العشرة من الكل أنها العشر، ولو لم يرد بيع العشر مشاعاً لما كان في بيان جملة ذرعان الدار أو الأرض فائدة، لأن العشرة أذرع لا يتفاوت مقدارها بتعيين الكل وعدمه»^(٣).

(١) فتح القدير، ج ٥، ص ٩٣.

(٢) الشرح الكبير، ج ٢، ص ٣٢٨.

(٣) فتح القدير، ج ٥، ص ٩٤.



الشرط السابع

من شروط صحة البيع

أن يكون الثمن معلوماً^(١) للمتعاقدين حال عقد البيع^(٢).

لأن جهالة الثمن غررٌ فيكون منهيًا عنه لدخوله في عموم حديث أبي هريرة رضي الله عنه: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم «نهى عن بيع الغرر». رواه مسلم^(٣).

ولأن الثمن أحدُ العوضين فيشترط العلم به كالمبيع، وكالمسلم فيه^(٤).

(١) مختصر القدوري، ج ٢، ص ٥، التنف في الفتاوى، ج ١، ص ٤٣٦، تحفة الفقهاء، ج ٢، ص ٤٥، بدائع الصنائع، ج ٥، ص ١٥٦، الهداية، ج ٥، ص ٨٣، مختصر خليل، ج ٤، ص ٤٦٥، الشرح الكبير للدردير، ج ٣، ص ١٥، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج ٣، ص ١٥، بلغة السالك، ج ٢، ص ٣٥٦، المهذب، ج ١، ص ٢٧٣، التنبية، ص ٨٩، المجموع، ج ٩، ص ٣٣٣، الأنوار لأعمال الأبرار، ج ١، ص ٣٢١ - ٣٢٢، المقنع، ج ٢، ص ١٦، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ١٧، الفروع، ج ٤، ص ٣٠، المبدع، ج ٤، ص ٣٤.

(٢) فتح القدير، ج ٥، ص ٨٣، حاشية ابن عابدين، ج ٤، ص ٥٢٩، منح الجليل، ج ٤، ص ٤٦٥، المجموع، ج ٩، ص ٣٣٣، الإقناع، ج ٢، ص ٧٠، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ١٥٠، كشاف القناع، ج ٣، ص ١٧٣.

(٣) المهذب، ج ١، ص ٢٧٣، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ١٧، المبدع، ج ٤، ص ٣٤، كشاف القناع، ج ٣، ص ١٧٣.

(٤) المبدع، ج ٤، ص ٣٤.

ولأن المبيع يحتمل رده بعيب ونحوه، فلو لم يكن الثمن معلومًا لتعذر الرجوع به^(١).

وإذا ثبت اشتراط كون الثمن معلومًا في البيع فيتفرّع عن ذلك اشتراط العلم بالثمن في بيع العقار، فلا بد أن يكون معلومًا للمتعاقدين، ويترتب على ذلك بيان الحكم فيما لو قال: بعتك هذه الأرض كل ذراع بدرهم، أو قال: بعتك من هذه الأرض كل ذراع بدرهم، وتفصيل القول فيهما على النحو التالي:

المسألة الأولى: بعتك هذه الأرض كل ذراع بدرهم:

إذا قال البائع للمشتري بعتك هذه الدار أو هذه الأرض كل ذراع بدرهم، فقد اختلف الفقهاء في ذلك على أقوال:

القول الأول: يصح البيع سواء علما ذرعانها أم لا، وبهذا قال الصحابان من الحنفية^(٢)، وهو قول المالكية^(٣)، وهذا هو المذهب عند الشافعية^(٤)، والحنابلة^(٥).

(١) المبدع، ج ٤، ص ٣٤.

(٢) الأصل، ج ٥، ص ٨٨، بدائع الصنائع، ج ٥، ص ١٥٩، الهداية مع شرحها: العناية وفتح القدير، ج ٥، ص ٨٨، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ١١، الدر المختار، ج ٤، ص ٥٤٠، كشف الحقائق، ج ٢، ص ٣، الفتاوى الهندية، ج ٣، ص ١٢٣.

(٣) المدونة، ج ٤، ص ٢٩٣، البيان والتحصيل، ج ٧، ص ٣٢٥، مختصر خليل، ج ٤، ص ٤٧١، الشرح الصغير، ج ٢، ص ٣٥٩، حاشية الدسوقي، ج ٣، ص ١٧.

(٤) التنبيه، ص ٨٩، المجموع، ج ٩، ص ٣١٦، روضة الطالبين، ج ٣، ص ٣٦٦، مغني المحتاج، ج ٢، ص ١٧، نهاية المحتاج، ج ٣، ص ٣٩٩، فتح الوهاب، ج ١، ص ١٥٩، الأنوار لأعمال الأبرار، ج ١، ص ٣١٦.

(٥) المقنع، ج ٢، ص ١٧، المغني، ج ٤، ص ١٤٢، الشرح الكبير، ج ٢، ص ٣٣١، المبدع، ج ٤، ص ٣٦، الإنصاف، ج ٤، ص ٣١٢.

وبناء على هذا القول يلزم المشتري قيمة الأرض أو الدار كل ذراع بدرهم ولا خيار له^(١).

القول الثاني: لا يصح البيع، وهو قول مرجوح في مذهب الحنابلة^(٢)، وبه قال ابن القطان من الشافعية^(٣).

القول الثالث: يصح البيع إن علما ذرعانها، وإن لم يعلما ذرعانها فلا يصح، وهو وجه عند الشافعية^(٤).

القول الرابع: البيع فاسد إلا إذا علم المشتري جملة الذرعان في مجلس العقد فله الخيار إن شاء أخذ، وإن شاء ترك، وإن لم يعلم حتى إذا تفرقا تقرّر الفساد، وهذا قول أبي حنيفة^(٥).

هذه هي الأقوال على وجه التفصيل، ويمكن إجمالها وإرجاعها إلى قولين:

القول الأول: يصح البيع سواء علم المتعاقدان ذرعان الأرض أو الدار أو لا.

القول الثاني: لا يصح البيع إلا إذا علم المتعاقدان ذرعان الأرض أو الدار في مجلس العقد.

(١) بدائع اصنائع، ج ٥، ص ١٥٩، حاشية ابن عابدين، ج ٤، ص ٥٣٩، الفتاوى الهندية، ج ٣، ص ١٢٣.

(٢) الفروع، ج ٤، ص ٣٠، المبدع، ج ٤، ص ٣٦، الإنصاف، ج ٤، ص ٣١٢.

(٣) روضة الطالبين، ج ٣، ص ٣٦٦.

(٤) المجموع، ج ٩، ص ٣١٦.

(٥) الأصل، ج ٥، ص ٨٧ - ٨٨، مختصر القدوري، ج ٢، ص ٨، بدائع الصنائع، ج ٥، ص ١٥٩، الهداية، ج ٥، ص ٨٨، ٩٠، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ١١.

أدلة القولين :

أدلة القول الأول :

استدل للقول بصحة البيع بما يلي :

١ - أن جملة المبيع معلومة، وجملة الثمن ممكن الوصول إلى العلم به بالذرع، فكانت هذه الجهالة ممكنة الرفع والإزالة، ومثل هذه الجهالة لا تمنع صحة البيع^(١)؛ لأن الجهل وإن تعلق بجملة الثمن ابتداء لكن يعلم تفصيله بالذرع فاغتفر^(٢).

المناقشة :

نوقش بأن القول: إنه يمكن رفع الجهالة بالذرع مسلم، لكنها ثابتة للحال فإن علم المتعاقدان بكمية الثمن في مجلس صحّ البيع، لأن المجلس وإن طال فله حكم ساعة العقد، وإن لم يعلم فسد البيع^(٣).

٢ - أن المبيع معلومٌ بالمشاهدة، والثمن معلوم لإشارته إلى ما يعلم مبلغه بجهة لا تتعلق بالمتعاقدين، وهو الذرع في مسألتنا فصح البيع قياساً على ما لو باع ما رأس ماله اثنان وسبعون مرابحة لكل ثلاثة عشر درهم؛ فإنه لا يعلم في الحال، وإنما يعرف بالحساب، كذا ههنا^(٤).

المناقشة :

يمكن مناقشة هذا الاستدلال بأنّ التعليل أنّ المبيع معلومٌ بالمشاهدة، والثمن معلوم.. إلخ هو تعليل محل نظر:

-
- (١) بدائع الصنائع، ج ٥، ص ١٥٩، الهداية، ج ٥، ص ٨٩، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ١١.
 (٢) الشرح الصغير، ج ٢، ص ٣٥٩.
 (٣) بدائع الصنائع، ج ٥، ص ١٥٩.
 (٤) المغني، ج ٤، ص ١٤٢، الشرح الكبير، ج ٢، ص ٣٣١، المبدع، ج ٤، ص ٣٦، كشف القناع، ج ٣، ص ١٧٥.

لأن المبيع وإن كان مشاهدًا إلا أنه غير معلوم القدر، وهو لم يبعه جملة وإنما باعه كل ذرع بكذا، والثلث أيضًا مجهول حين العقد، والمعتبر في كون الثمن معلومًا فيصح البيع، أو غير معلوم فلا يصح البيع، إنما هو وقت العقد، ولا شك أن الثمن مجهول لهما حين العقد.

قال في «بدائع الصنائع»^(١).

«ولا شك أن جملة الثمن حالة العقد مجهولة؛ لأنه باع كل قفيز من الصبرة بدرهم وجملة القفزان ليس بمعلومة حالة العقد فلا تكون جملة الثمن معلومة ضرورة، وكذلك هذا في الموزون والمعدود والمذروع».

ما استدل به للقول الثاني:

استدل للقول بعدم صحة البيع:

بأن جملة الثمن مجهولة حالة العقد جهالة مفضية إلى المنازعة فتوجب فساد العقد، كما إذا باع الشيء برقمه^(٢).

ولأن المبيع مجهول القدر؛ لأنه لا يدري كم ذرعان الأرض أو الأرض فلا يصح البيع^(٣).

الترجيح:

القول بصحة البيع فيه تيسيرٌ على الناس وتسهيل لمعاملاتهم غير أن أدلته لم تسلم من المناقشة، والقول بعدم صحة البيع، دليله قوي غير أن فيه تشديدًا على الناس في معاملاتهم، ولو قيل: إن العقد يقع صحيحًا غير لازم

(١) ج ٥، ص ١٥٩.

(٢) بدائع الصنائع، ج ٥، ص ١٥٩، العناية، ج ٥، ص ٨٨، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ١٠، كشف الحقائق، ج ٢، ص ٣.

(٣) بدائع الصنائع، ج ٥، ص ١٥٩، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ١٠.

حتى تعرف الذرعان وثمرتها ولو كانت معرفتهما بعد مجلس العقد لكان متجهًا وذلك للأسباب التالية:

السبب الأول: أن في القول بصحة البيع مطلقًا وأنه يلزم المشتري قيمة الأرض أو الدار بعد الذرع مضرّة ظاهرة بالمشتري، فإنه قد يغلب على ظنه أن الثمن سيظهر أقل من ذلك بكثير فيفاجأ بعد معرفة المساحة بكثرة الثمن وعجزه عن دفعه فلو ألزمناه لكان في ذلك مشقة، وأصول الشريعة وقواعدها تمنع ذلك.

السبب الثاني: أن في القول بعدم صحة البيع إلا إذا علم ذرعان الأرض أو الدار في مجلس العقد مشقة ظاهرة، وقد يؤدي ذلك إلى تفويت الصفقة، مع أن كلاً من البائع والمشتري يرغب في إتمامها.

السبب الثالث: أن في القول بصحة العقد وعدم لزومه إلا بعد معرفة مساحة الأرض أو الدار، صونًا للعقد عن الإلغاء، وبعدها له عن الجهالة المفضية إلى المنازعة.

السبب الرابع: أنه قد نقل القول بالصحة مع عدم لزوم العقد في مجلس العقد بعض الحنفية، ونسبه إلى الإمام أبي حنيفة، وردّ عليه^(١).

المسألة الثانية: بعتك من هذه الأرض كل ذراع بدرهم:

إذا قال البائع: بعتك من هذه الأرض كل ذراع بدرهم، أو قال المشتري: بعني من هذه الأرض كل ذراع بدرهم.

فجاء بحرف «من» مع لفظة «كل»، فقد اختلف الفقهاء في ذلك:

(١) إذا علم المشتري جملة الذرعان في مجلس العقد فله الخيار، وإن لم يعلم حتى إذا تفرقا فسد العقد عند أبي حنيفة، لكن نقل ابن الهمام عن المحيط أنه يصح، وإن علم بعد المجلس، وتعبه فقال: «وما في المحيط عن بعض المشايخ أن عنده يصح في الكل وإن علم بعد المجلس بعيد؛ لأن ما في المجلس كالثابت في صلب العقد بخلاف ما بعده». فتح القدير، ج ٥، ص ٨٨.

فقال الشافعية^(١)، والحنابلة^(٢) في الصحيح من المذهب^(٣): لا يصح البيع.

وهذا ما فهمته من قول أبي حنيفة^(٤).

وعللوا لذلك:

بأن «من» للتبعض، «وكل» للعدد فيكون ذلك العدد منها مجهولاً^(٥)، فلم يبيع الأرض كلها بل بعضها المحتمل للقليل والكثير، فلا يعلم قدر المبيع تحقيقاً ولا تخميناً^(٦)، بخلاف ما لو حذفت لفظة «من»، فإن البيع يكون واقعاً على الأرض كلها^(٧).

وقال المالكية:

إن أريد بـ «من» التبعض منع البيع، وإن أريد بها بيان الجنس، والقصد أن يقول: أبيعك هذه الأرض كل ذراع بكذا، فلا يمنع البيع^(٨).

(١) المجموع، ج ٩، ص ٣١٦، مغني المحتاج، ج ٢، ص ١٧.

(٢) المغني، ج ٤، ص ١٤٣، ١٤٤، الشرح الكبير، ج ٢، ص ٣٣١، ٣٣٢، الفروع، ج ٤، ص ٣٠، المبدع، ج ٤، ص ٣٦، كشف القناع، ج ٣، ص ١٧٥.

(٣) قال في الإنصاف، ج ٤، ص ٣١٥ عن هذا القول: «وهو الصحيح من المذهب وعليه جماهير الأصحاب...».

(٤) لم أجد - بجهدتي المتواضع - نصاً صريحاً لأبي حنيفة في هذه المسألة، لكن يمكن معرفة قوله فيها استنتاجاً من قوله في المسألة التي قبلها؛ حيث قال فيما إذا باع الأرض كل ذراع بدرهم: لا يصح البيع إلا إذا علم المتعاقدان جملة الذرعان في مجلس العقد. وقياس قوله هذا أنه لا يصح إذا باعه من الأرض كل ذراع بدرهم؛ لأنه إذا منع البيع في الصورة الأولى مع أن الأرض كلها مبيعة فمن باب أولى يمنع البيع إذا كان المبيع بعض الأرض لجهالة قدر المبيع وجهالة الثمن حال العقد. والله أعلم.

(٥) المغني، ج ٤، ص ١٤٣، الشرح الكبير، ج ٢، ص ٣٣١، المبدع، ج ٤، ص ٣٦، كشف القناع، ج ٣، ص ١٧٥، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ١٥٢.

(٦) مغني المحتاج، ج ٢، ص ١٧.

(٧) حاشية المقنع، ج ٢، ص ١٧.

(٨) مختصر خليل، ج ٤، ص ٤٧١، الشرح الكبير ومعه حاشية الدسوقي، ج ٣، ص ١٧، الشرح الصغير ومعه بلغة السالك، ج ٢، ص ٣٥٩، منح الجليل، ج ٤، ص ٤٧١.

والفرق بين إرادة الكل وإرادة البعض أنه إن أريد الكل أمكن حزره برؤيته، ولا يمكن حزر البعض المبهم بها^(١).

وعلل أحمد الدردير أنه إذا أريد البعض فلا يصح البيع بقوله: «للجهل بالثمن والمثمن حالاً، ولم يعتبروا العلم الحاصل في المال»^(٢).

وأما إن لم يُرد بها واحدٌ منهما فطريقتان:

المنع: لتبادر التبعض منها.

والجواز: لاحتمال زيادتها^(٣).

القول الثالث: يصح البيع، وهو قول مرجوح في مذهب الحنابلة^(٤). قال في «الإنصاف»^(٥):

«وقيل يصح، قال ابن عقيل: وهو الأشبه».

وذكره ابن قدامة في «المغني»^(٦) احتمالاً؛ حيث قال:

«ويحتمل أن يصح البيع، كما يصح في الإجارة كل دلو بتمرة، وكل شهر بدرهم».

الترجيح:

يترجح - والله أعلم - القول بعدم صحة البيع لوجاهة ما استدل به له.

(١) منح الجليل، ج ٤، ص ٤٧١.

(٢) الشرح الكبير، ج ٣، ص ١٨، وانظر الشرح الصغير له، ج ٢، ص ٣٥٩.

(٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج ٣، ص ١٧، بلغة السالك، ج ٢، ص ٣٥٩.

(٤) الفروع، ج ٤، ص ٣٠، المبدع، ج ٤، ص ٣٦، حاشية المقنع، ج ٢، ص ١٧.

(٥) ج ٤، ص ٣١٥.

(٦) ج ٤، ص ١٤٣.

وأما ما استدل به للقول بالصحة بناء على جعل «من» زائدة فيناقش من وجهين:

الأول: أن جعل «من» في هذا الموضع زائده غير مسلم لمخالفته للقاعدة العربية، فإنها توجب كون «من» هنا للتبويض، فإن معيارها عند النحاة^(١) تقديرها «ببعض»، نحو: أكلت من الرغيف، ولا ريب في صحة ذلك هنا^(٢).

الثاني: أن «من» لا تزداد في الإيجاب، والكلام هنا موجب، فلا يصح كونها فيه زائدة^(٣). وأما ما استدل به بعض الحنابلة من قياس هذه المسألة على مسألة الإجارة إذا قال فيها كل شهر بدرهم، فهو قياس مع الفارق:

(١) قال في القاموس في باب النون فصل الميم، ج ٤، ص ٢٧٣، ما نصه: (من) بالكسر لابتداء الغاية غالباً.. وللتبويض: (منهم من كلم الله). سورة البقرة آية ٢٥٣. وقال في مختار الصحاح، ص ٦٣٥: «من بالكسر حرف خافض، وهو لابتداء الغاية كقولك خرجت من بغداد إلى الكوفة. وقد تكون للتبويض كقولك هذا الدرهم من الدراهم..». وقال في كتاب معاني الحروف، ص ٩٧: «(من) وهي من الحروف العوامل، وعملها الجر، ولها معان منها: أن تكون لابتداء الغاية.. ومنها: أن تكون للتبويض، وذلك نحو قولك: لبست من الثياب ثوباً، وقبضت من الدراهم درهماً أي لبست بعض الثياب، وقبضت بعض الدراهم». وقال ابن هشام في «أوضح المسالك» ص ٣٥٢: «لمن سبعة معان، أحدها: التبويض، نحو (حتى تنفقوا مما تحبون)، ولهذا قرئ (بعض ما تحبون)».

(٢) منح الجليل، ج ٤، ص ٤٧١.

(٣) منح الجليل، ج ٤، ص ٤٧١.

قال في كتاب معاني الحروف، ص ٩٧، في أثناء حديثه عن الحرف «من»: «وتكون زائدة، وذلك في النفي نحو قولك:

ما جاءني من أحد، أو ما رأيت من أحد».

وقال في أوضح المسالك، ص ٣٥٤، مبيناً شروط «من» الزائدة: «ولها ثلاثة شروط: أن يسبقها نفي، أو نهى، أو استفهام، وأن يكون مجرورها نكرة، وأن يكون إما فاعلاً.. أو مفعولاً.. أو مبتدأ...».

لأنه في قوله: «بعتك من هذه الأرض كل ذراع بدرهم» لم يبيعه الأرض كلها، ولا قدرًا معلومًا منها، بخلاف قوله: «أجرتك هذه الدار كل شهر بدرهم»، فإنه يصح هنا في الشهر الأول فقط للعلم به ويقسطة من الأجرة^(١)، فافترقا فلا يصح القياس.

والله أعلم...

(١) الفروع، ج٤، ص٣١، المبدع، ج٤، ص٣٦، الإنصاف، ج٤، ص٣١٥.

الفصل الثاني

زيادة العقار المبيع أو نقصه عما عقد عليه

إذا قال البائع: بعتك هذه الأرض أو هذه الدار على أنها عشرة أذرع فبانّت أحد عشر أو بانّت تسعة، ومثله في الحكم إذا باعه على أنها خمسمائة متر مثلاً فبانّت أكثر أو أقل فقد اختلف الفقهاء في ذلك، ولتفصيل القول في حال الزيادة أو النقصان يقسم الكلام فيهما في مبحثين:

المبحث الأول: زيادة العقار المبيع.

المبحث الثاني: نقص العقار المبيع.

وإليك البيان لكل منهما:



المبحث الأول

زيادة العقار المبيع

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: تسمية جملة العقار المبيع ومقابلة كل جزء منه
بشمن:

إذا باع أرضاً أو داراً على أنها عشرة أذرع مثلاً وسمى لكل ذراع ثمناً
بأن قال: بعتك هذه الأرض أو هذه الدار على أنها عشرة أذرع بعشرة دراهم
كل ذراع بدرهم فبانت أكثر، فقد اختلف الفقهاء في حكم ذلك على أقوال:

القول الأول: البيع صحيح، ويخير المشتري إن شاء أخذ الجميع كل
ذراع بدرهم، وإن شاء فسخ البيع، وهذا قول الحنفية^(١).

(١) مختصر القدوري، ج ٢، ص ٩، النتف في الفتاوى، ج ١، ص ٤٥٥، بدائع الصنائع،
ج ٥، ص ١٦٠، الهداية، ج ٥، ص ٩٣، البحر الرائق، ج ٥، ص ٣١٤ - ٣١٥، كنز
الدقائق، ج ٢، ص ٤، حاشية ابن عابدين، ج ٤، ص ٥٤٤، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ١٢.
ويلاحظ أن الحنفية اختلفوا إذا كانت الزيادة نصف ذراع فقط فجعل أبو حنيفة زيادة
نصف ذراع بمنزلة ذراع كامل، فقال: إن شاء أخذه بأحد عشر درهماً وإن شاء ترك،
وجعل محمد زيادة نصف ذراع كلا زيادة، فقال: يأخذ المشتري بجميع الثمن ولا خيار
له.

وقال أبو يوسف: «إذا زاد نصف ذراع يزداد على الثمن نصف دراهم، وله الخيار إن =

وعلّلوا لذلك :

بأنه لو لزم المشتري أخذ الزيادة بالثمن لزمه زيادة ثمن لم يكن لزومها ظاهراً عند العقد، واختل رضاه، ولو أخذه بالثمن الأقل دفع قيمة الزيادة لم يكن آخذاً بالمشروط؛ لأن البيع انعقد كل ذراع بدرهم فوجب القول بالخيار للمشتري^(١).

القول الثاني: البيع صحيح، والزيادة للبائع ويخير المشتري بين أن يكون البائع شريكاً له بقدر الزيادة، وبين الفسخ، وبهذا قال المالكية^(٢) في أحد القولين عندهم.

القول الثالث: البيع صحيح، والزيادة للمشتري، وهذا هو القول الثاني عند المالكية^(٣).

وبناء على هذا القول فلا خيار لواحد منهما.

قال ابن رشد مبيناً الخلاف في المذهب المالكي ومشيراً إلى الاستدلال لكل قول منهما:

«وقد اختلف إذا باع منه الدار والأرض.. على أن فيها كذا وكذا ذراعاً،

-
- =شاء أخذه بعشرة دراهم ونصف وإن شاء ترك». (بدائع الصنائع ج ٥، ص ١٦١).
- أما في غير بدائع الصنائع فقد جعل الحنفية قول الإمام أنه يأخذه بعشرة من غير خيار، وقول أبي يوسف بأحد عشر إن شاء، وقول محمد يأخذه بعشرة ونصف إن شاء. انظر: الهداية، ج ٥، ص ٩٦، البحر الرائق، ج ٥، ص ٣١٦، حاشية ابن عابدين، ج ٤، ص ٥٤٦، كشف الحقائق، ج ٢، ص ٤، ملتنقى الأبحر، ج ٢، ص ١٤، شرح صدر الشريعة على متن الوقاية، ج ٢، ص ٥، حاشية ابن عابدين، ج ٤، ص ٤٤٦.
- (١) بدائع الصنائع، ج ٥، ص ١٦١، الهداية، ج ٥، ص ٩٣، البحر الرائق، ج ٥، ص ٣١٤، كشف الحقائق، ج ٢، ص ٣١٤، كشف الحقائق، ج ٢، ص ٤، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ١٢ - ١٣، حاشية ابن عابدين، ج ٤، ص ٥٤٤.
- (٢) البيان والتحصيل، ج ٧، ص ٣٢٦، ٤٨٨، منح الجليل، ج ٤، ص ٤٩١.
- (٣) المصدران السابقان، نفس الجزء والصفحة.

ف قيل: إن ذلك بمنزلة أن يقول أشتري منك من ذلك كله كذا وكذا ذراعًا، فإن وجد في ذلك أكثر مما سمى من الأذرع، كان البائع شريكًا للمبتاع بالزيادة، كالصبرة يشتريها على أن فيها عشرة أقفزة فيجد فيها أحد عشر قفيزًا كان القفيز الزائد للبائع.. وقيل: إن ذلك كالصفة لما ابتاع من ذلك، فإن وجد أكثر مما سمى كان ذلك للمبتاع»^(١).

القول الرابع: البيع صحيح، وهو قول مرجوح عند الشافعية، وعللوا لذلك:

بأنه يصح لإشارته إلى الأرض، ويلغى الوصف في قوله: «كل ذراع بدرهم».

ثم اختلفوا لمن تكون الزيادة على وجهين:

أصحهما: أنهما للمشتري؛ لأن جملة الأرض مبيعة منه، وعلى هذا لا خيار له، وفي ثبوت الخيار للبائع في هذه الحالة وجهان:

أحدهما: أنه لا خيار له أيضًا؛ لأنه رضي ببيع جميعها.

والثاني: أن الزيادة للبائع، وعلى هذا لا خيار له، وفي ثبوت الخيار للمشتري وجهان:

أصحهما: ثبوت الخيار له^(٢).

وخلاصة هذا القول:

أن البيع صحيح، وفي حكم الزيادة وجهان:

أصحهما: أنها للمشتري، ولا خيار للبائع على الصحيح عندهم.

والثاني: أنها للبائع، ويثبت الخيار للمشتري على الصحيح عندهم.

(١) البيان والتحصيل، ج٧، ص٣٢٦.

(٢) فتح العزيز، ج٨، ص١٤٤، روضة الطالبين، ج٣، ص٣٦٦، المجموع، ج٩، ص٣١٤.

القول الخامس: البيع صحيح، والزيادة للبائع^(١)، وهو رواية عن الإمام أحمد^(٢).

وعللوا لصحة البيع:

بأن ذلك نقصٌ على المشتري، فلا يمنع صحة البيع كالعيب ثم تحدث ابن قدامة في «المغني»^(٣) عن كيفية العمل في هذه الزيادة فقال: «يخير البائع بين تسليم المبيع زائداً وتسليم العشرة»^(٤)، فإن رضي بتسليم الجميع فلا خيار للمشتري؛ لأنه زاده خيراً، وإن أبى بتسليم الجميع فلا خيار للمشتري؛ لأنه زاده خيراً، وإن أبى تسليمه زائداً فللمشتري الخيار بين الفسخ والأخذ بجميع الثمن المسمى وقسط الزائد، فإن رضي بالأخذ أخذ العشرة، والبائع شريك له بالذراع، وهل للبائع خيار الفسخ؟ على وجهين:

أحدهما: له الفسخ؛ لأن عليه ضرراً في المشاركة.

والثاني: لا خيار له، لأنه رضي ببيع الجميع بهذا الثمن، فإذا وصل إليه الثمن مع بقاء جزء له فيه كان زيادة فلا يستحق بها الفسخ.

ولأن هذا الضرر حصل بتغيره وإخباره بخلاف غيره، فلا ينبغي أن يتسلط به على فسخ عقد المشتري.

(١) المقنع، ج ٢، ص ٣٢، المغني، ج ٤، ص ١٤٦، المحرر، ج ١، ص ٣١٣، الفروع، ج ٤، ص ٦٦، المبدع، ج ٤، ص ٦١، الإنصاف، ج ٤، ص ٣٦٠، الإقناع، ج ٢، ص ٨٢، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ١٦٦، كشاف القناع، ج ٣، ص ١٩٧، حاشية المقنع، ج ٢، ص ٣٢.

(٢) المقنع، ج ٢، ص ٣٢، المغني، ج ٤، ص ١٤٦، المحرر، ج ١، ص ٣١٣، الفروع، ج ٤، ص ٦٦، المبدع، ج ٤، ص ٦١، الإنصاف، ج ٤، ص ٣٦٠.

(٣) ج ٤، ص ١٤٦.

(٤) المثال عند ابن قدامة: إذا قال: بعتك هذه الأرض على أنها عشرة أذرع فبانت أحد عشر.

وحاصل قول ابن قدامة هذا: أن البيع صحيح، والزيادة للبائع بناء على إحدى الروايتين عن الإمام أحمد، فإن دفع البائع الزيادة مجاناً فلا خيار للمشتري، وإن امتنع ثبت للمشتري الخيار بين الفسخ والأخذ بجميع الثمن المسمى وقسط الزائد، وبين الأخذ بالقدر المسمى في العقد ويكون البائع شريكاً له بقدر الزيادة، وليس للبائع حق الخيار بناء على الراجح عنده.

هذا حاصل ما ذكره ابن قدامة في كتابه «المغني».

أما في كتابه «المقنع»^(١)، فقد ذكر أن الخيار يثبت لكل من البائع والمشتري فقال: «وعنه أنه صحيح والزائد للبائع ولكل واحد منهما الفسخ»^(٢).

وهذا ما اعتمده كثيرٌ من الحنابلة من أنه يصح البيع، والزيادة للبائع فإن دفعها مجاناً فلا خيار للمشتري، وإن أبى فلكل من البائع والمشتري الفسخ دفعاً لضرر الشركة^(٣).

(١) ج ٢، ص ٣٢ - ٣٣.

(٢) قال المرداوي في «الإنصاف»، ج ٤، ص ٣٦٠ - ٣٦١.

تنبيه: ظاهر قوله (ولكل واحد منهما الفسخ): أنه سواء سلمه البائع الزائد مجاناً أو لا، وهو أحد الوجهين، قدمه في الرعاية الكبرى، والفائق. والوجه الثاني: أن محل الفسخ: إذا لم يعطه الزائد مجاناً، وإن أعطاه إياه مجاناً فليس له الفسخ. وهو الصحيح من المذهب جزم به في المغني والشرح، وتذكرة ابن عبدوس، وشرح ابن رزين، وقدمه في الفروع.

(٣) الإقناع، ج ٢، ص ٨٢، التنقيح المشيع، ص ١٢٨، شرح منتهى الإيرادات، ج ٢، ص ١٦٦، كشاف القناع، ج ٣، ص ١٩٧، حاشية المقنع، ج ٢، ص ٣٢ - ٣٣، وقال فيها عن قول ابن قدامة: «وعنه أنه صحيح»، قال: «وهو المذهب»، وقال في حاشيته على قول المؤلف «ولكل واحد منهما الفسخ»: وهذا هو الصحيح، وقدمه في المحرر وجزم به في الوجيز.

القول السادس: البيع باطل، وبهذا قال الشافعية على الصحيح من المذهب^(١)، وهو رواية عن الإمام أحمد^(٢).

وعلّلوا لذلك:

بأنه باع جملة الأرض بشرط مقابلة كل ذراع منها بدرهم، والجمع بين هذين الأمرين عند الزيادة متعذر^(٣)، ولأنه لا يمكن إجبار البائع على تسليم الزيادة، وإنما باع عشرة أذرع، ولا يمكن إجبار المشتري على أخذ البعض، وهو إنما اشترى الكل، فلم يبق إلا البطلان^(٤).

الترجيح:

لعلّ أقرب الأقوال إلى الرجحان هو القول بأن البيع صحيح، والزيادة للبائع، فإذا أعطى الزائد مجاناً فلا فسخ للمشتري؛ لأن البائع زاده خيراً، وإلا ثبت الخيار لكل من البائع والمشتري، وذلك للأسباب الآتية:

السبب الأول: أن في هذا القول رعاية لمصلحة البائع والمشتري معاً فكان أولى من غيره.

السبب الثاني: أن في قصر حق الخيار على المشتري دون البائع - كما في القول الأول - مراعاة لجانب واحد دون النظر إلى الجانب الآخر في العقد، وليس مراعاة جانب المشتري بأولى من مراعاة جانب البائع.

(١) فتح العزيز، ج ٨، ص ١٤٤، روضة الطالبين، ج ٣، ص ٣٦٦، المجموع، ج ٩، ص ٣١٤، المنهاج، ج ٢، ص ١٧.

(٢) المقنع، ج ٢، ص ٣٢، المغني، ج ٤، ص ١٤٦، المحرر، ج ١، ص ٣١٣، الفروع، ج ٤، ص ٦٦، المبدع، ج ٤، ص ٦١، الإنصاف، ج ٤، ص ٣٦٠، تصحيح الفروع، ج ٤، ص ٦٦.

(٣) فتح العزيز، ج ٨، ص ١٤٤، روضة الطالبين، ج ٣، ص ٣٦٦، المجموع، ج ٩، ص ٣١٤، مغني المحتاج، ج ٢، ص ١٨.

(٤) المغني، ج ٤، ص ١٤٦، الشرح الكبير، ج ٢، ص ٣٥٦، المبدع، ج ٤، ص ٦١.

السبب الثالث: أن القول بثبوت الخيار للمشتري دون البائع، وأن المشتري يخير بين أن يكون البائع شريكًا له وبين الفسخ - كما في القول الثاني - هو محل نظر من وجهين:

أحدهما: ما ذكرته في السبب السابق من أن فيه مراعاة لمصلحة طرف واحد دون مراعاة مصلحة الطرف الآخر.

والثاني: أن هذا القول حصر الخيار بين أن يكون البائع شريكًا للمشتري وبين الفسخ، وهذا محل نظر؛ لأنه إذا جعل من خصال الخيار أن يأخذ المشتري الزائد بقيمته فليس فيه ضرر، ولأن القول بأن يكون البائع شريكًا للمشتري يقدر الزيادة ولا خيار له فيه ضرر بالشركة عليهما، وقد لا يستفيد البائع من تلك الشركة لكون الزائد قليلًا، ففي إلزامه بالشركة ضرر ظاهر.

السبب الرابع: أن القول بأن البيع صحيح، والزيادة للمشتري، ولا خيار للبائع - كما في القول الثالث - محل نظر، لأن جعل الزيادة للمشتري غير مسلم؛ لأنه قد اشترى قدرًا معلومًا، وهذه الزيادة ليست داخلة في ذلك القدر، ولم يتضمنها العقد، ولم يدفع المشتري قيمتها، فكيف تجعل للمشتري، والحال ما ذكر؟.

السبب الخامس: أن القول بأن البيع صحيح، والزيادة فيها وجهان أصحهما أنها للمشتري إلى آخر ما ذكر في القول الرابع، فهذا القول لا يمكن التسلم به من وجوه:

أولهما: أن جعل الزيادة للمشتري، هو قول غير سديد؛ لأن المشتري قد اشترى قدرًا معلومًا، وهذه الزيادة ليست داخلة في ذلك القدر، فكيف تجعل للمشتري ولم يتضمنها العقد، ولم يدفع قيمتها؟ كما سبق بيانه في السبب الرابع.

الثاني: أن في جعل الزيادة للمشتري ولا خيار للبائع في أحد الوجهين، في هذا القول نظر؛ إذ إثبات الزيادة للمشتري ولا خيار للبائع فيه مراعاة

لجانب واحد وإغفال الجانب الآخر وهو البائع، وليس مراعاة أحدهما بأولى من الآخر.

الثالث: أن في جعل الزيادة للبائع، ولا خيار للمشتري كما في الوجه المرجوح بعداً ظاهراً من حيث إن فيه مراعاة لجانب واحد، ومن حيث إنهم لم يبينوا كيفية العمل في هذا الوجه هل يفسخ العقد، أو هل تكون الزيادة للبائع وتحذف بقية المبيع، أو هل تكون للبائع ويكون له حق الشركة مع المشتري بقدر تلك الزيادة؟

الرابع: أن في هذا القول اختلافاً ظاهراً فتارة تجعل الزيادة للمشتري ولا خيار له، وتارة تجعل للبائع ولا خيار له، وتارة تجعل للمشتري وللبيع والخيار، وتارة تجعل للبائع وللبيع والخيار، وتارة تجعل للمشتري ولا خيار للبائع، وتارة تجعل للبائع ولا خيار للمشتري، وفي هذا الاختلاف دلالة ظاهرة على عدم وجاهة هذا القول.

السبب السادس: أن في القول ببطلان البيع - كما في القول السادس - نظراً، لأن فيه إلغاء العقد مع أنه يمكن إصلاح ما وقع من خلل بسبب الزيادة بالقول بالخيار للعاقدين، فينتظم العقد ويصان عن الإلغاء، وكلما أمكن صيانة العقد عن الإلغاء كان أولى من إبطاله.

ولأنه إذا قيل بالخيار لكل من البائع والمشتري كان فيه تحقيق لرضا العاقدين. والله تعالى أعلم.

المسألة الثانية: تسمية جملة العقار المبيع ومقابلته بجملة الثمن:

إذا قابل جملة العقار المبيع بجملة الثمن، ولم يقابل الأجزاء بالأجزاء أي: أنه لم يسم لكل ذراع منها ثمناً على حدة بأن قال: بعث منك هذه

الأرض أو هذه الدار على أنها مائة ذراع بمائة درهم، فبانت أكثر مما سمي؛ فقد اختلف الفقهاء في ذلك على أقوال:

القول الأول: البيع صحيح، والزيادة للمشتري، ولا خيار للبائع، وبهذا قال الحنفية^(١)، وهو أحد القولين عند المالكية^(٢).

القول الثاني: البيع صحيح، والزيادة للبائع، ويخير المشتري بين أن يكون البائع شريكاً له بقدر الزيادة، وبين الفسخ، وبهذا قال المالكية في القول عندهم^(٣).

القول الثالث: البيع صحيح، والزيادة للبائع، ويثبت له الخيار، ولو قال المشتري للبائع: لا تفسخ وأنا أقنع بالقدر المشروط، أو أنا أعطيك ثمن الزائد لم يسقط خيار البائع. وبهذا قال الشافعية^(٤).

القول الرابع: البيع صحيح، والزيادة للبائع، وبهذا قال الإمام أحمد في رواية عنه^(٥).

أما كيفية العمل في هذه الزيادة فإن سلمها للبائع مجاناً فلا خيار للمشتري، وإن أبى فلكل من البائع والمشتري الفسخ^(٦).

(١) مختصر القدوري، ج ٢، ص ٨، النتف في الفتاوى، ج ١، ص ٤٥٥، بدائع الصنائع، ج ٥، ص ١٦٠، الهداية، ج ٥، ص ٩٢، البحر الرائق، ج ٥، ص ٣١٣، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ١٢، كشف الحقائق، ج ٢، ص ٤.

(٢) البيان والتحصيل، ج ٧، ص ٣٢٦، منح الجليل، ج ٤، ص ٤٩١.

(٣) البيان والتحصيل، ج ٧، ص ٣٢٦، ٤٨٨، منح الجليل، ج ٤، ص ٤٩١.

(٤) مغني المحتاج، ج ٢، ص ١٨، نهاية المحتاج، ج ٣، ص ٤٠٠، حاشية أبي الضياء على نهاية المحتاج، ج ٣، ص ٤٠١.

(٥) المقنع، ج ٢، ص ٣٢، المغني، ج ٤، ص ١٤٦، المحرر، ج ١، ص ٣١٣، الفروع، ج ٤، ص ٦٦، المبدع، ج ٤، ص ٦١، الإنصاف، ج ٤، ص ٣٦٠.

(٦) المنتهى، ج ٢، ص ١٦٦، الإقناع، ج ٢، ص ٨٢، التنقيح المشيع، ص ١٢٨، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ١٦٦، كشف القناع، ج ٣، ص ١٩٧، حاشية المقنع، ج ٢، ص ٣٣.

القول الخامس: البيع باطل، وهو رواية عن الإمام أحمد^(١).

هذه هي الأقوال في المسألة وبالنظر فيها تجد أن المالكية والحنابلة لم تختلف أقوالهم فيها عن المسألة التي قبلها على ما فهمته من عباراتهم^(٢).

وإنما فرق بين هذه المسألة والتي قبلها الحنفية والشافعية.

فأما الشافعية فما وجدت لهم تعليلاً على سبب التفرقة فيما اطلعت عليه.

وأما الحنفية فقالوا في التفريق بين قوله: بعثك هذه الدار أو هذه الأرض على أنها مائة ذراع بمائة درهم كل ذراع بدرهم فوجدها أكثر من الذراع الذي سمّاه فالبيع صحيح، ويخير المشتري بين أخذ الجميع كل ذراع بدرهم وبين الفسخ.

وبين قوله في المسألة الثانية: بعث منك هذه الأرض أو هذه الدار على أنها مائة ذراع بمائة درهم فوجدها أكثر من الذراع الذي سمّاه، فالبيع صحيح والزيادة للمشتري ولا خيار للبائع.

(١) المقنع، ج ٢، ص ٣٢، المني، ج ٤، ص ١٤٦، المحرر، ج ١، ص ٣١٣، الفروع، ج ٤، ص ٦٦، المبدع، ج ٤، ص ٦١، الإنصاف، ج ٤، ص ٣٦٠.

(٢) جاء في البيان والتحصيل، ج ٧، ص ٤٨٧ - ٤٨٨، قوله: «وسئل عن رجل اشترى من رجل داراً على أن فيها مائة ذراع، فوجد فيها مائة ذراع وذراع، قال: المشتري بالخيار إن شاء أخذ المائة ذراع، وكانت البقية لبائع الدار، ويكون البائع شريكاً له في الدار بذراع، وإن شاء ترك».

وقال ابن قدامة في المقنع، ج ٢، ص ٣٢ - ٣٣.

«وإن باعه داراً على أنها عشرة أذرع فبانت أحد عشر فالبيع باطل، وعنه إنه صحيح والزائد للبائع ولكل واحد منهما الفسخ».

ووجه الاستدلال من ذلك: أنهما لم يفرقا بين أن يقابل جملة المبيع بجملة الثمن وبين أن يقابل جملة المبيع بجملة الثمن مع مقابلة كل جزء منه بثمان مفرداً، فدل إطلاقهما على العموم.

قالوا في الفرق بينهما: إن الذرع وصف؛ إذ هو عبارة عن الطول والعرض والوصف لا يقابله شيء من الثمن، فكان بمنزلة ما إذا باعه معيياً فإذا هو سليم.

وهذا إذا لم يفرد بثمن، وذلك فيما إذا قال: بعتك هذه الأرض على أنها مائة ذراع بمائة درهم ولم يزد على ذلك.

أما إذا أفرد بالثمن، وهو ما إذا قال: بعت منك هذه الأرض على أنها مائة ذراع بمائة درهم كل ذراع بدرهم، فإن الذراع وإن كان وصفاً إلا أنه يصبح أصلاً^(١) بإفراده بذكر الثمن^(٢).

هذا حاصل ما ذكره الحنفية من الفرق بين المسألتين.

المناقشة:

نوقش ما ذكره من وجوه:

الوجه الأول: أن قولهم: إنَّ الذراع وصف؛ لأنه عبارة عن الطول والعرض غير مسلّم، لأنه كما يقال: شيء طويل وعريض، يقال: شيء قليل وكثير، وعشرة أذرع أكثر من تسعة.

(١) اختلفت عبارات الحنفية في التفريق بين الأصل والوصف:

فقال بعضهم: ما تعيب بالتقيص فالزيادة والنقصان فيه وصف، وما ليس كذلك فالزيادة والنقصان فيه أصل.

وقال بعضهم: الوصف ما لوجوده تأثير في تقوم غيره ولعدمه تأثير في نقصان غيره، والأصل ما لا يكون بهذه المثابة.

وقيل: ما لا ينقص الباقي فهو أصل وما ينقص الباقي بفواته فهو وصف.

(العناية، ج ٥، ص ٩٢، البحر الرائق، ج ٥، ص ٣١٣).

(٢) بدائع الصنائع، ج ٥، ص ١٦٠ - ١٦١، الهداية، ج ٥، ص ٩٢، فتح القدير مع الهداية نفس الجزء والصفحة، البحر الرائق، ج ٥، ص ٣١٣، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ١٢، اللباب في شرح الكتاب، ج ٢، ص ٨ - ٩.

الوجه الثاني: أنه لو سلّم أن الذرع وصف، فلا يسلم أن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن بدلالة أن المبيع المعيب إذا لم يمكن رده رجوع المشتري بنقصان العيب.

الوجه الثالث: أنه إذ جعل الذراع أصلاً بذكر الثمن فينبغي أن يكون أصلاً في المسألة الأخرى لأنه ذكر عشرة دراهم مقابلة عشرة أذرع، ومقابلة الجملة بالجملة تقتضي مقابلة الأجزاء بالأجزاء.

الوجه الرابع: أنه لو كان الذراع أصلاً بإفراد ذكر الثمن لامتنع دخول الزيادة في العقد قياساً على ما إذا باعه صبرة على أنها عشرة أقفزة فإذا هي أحد عشر فإن الزيادة لا تدخل في العقد فكذلك ينبغي أن يكون الحكم ههنا كذلك^(١).

الوجه الخامس: أن التعليل بأن الذراع وصف، والوصف لا يقابله شيء من الثمن غير مسلّم، لأن الذراع: عبارة عن قدر كما أن المكيال عبارة عن قدر^(٢).

الوجه السادس: أن عقد البيع وقع على قدر محدّد، وهذه الزيادة لم تدخل في صلب العقد، فكيف يقال: أنها للمشتري مع أنه لم يشملها العقد، ولم يدفع ثمنها؟

ولهذا اختلفت الحنفية في هذه الزيادة هل تحل له ديانة وقضاء أو تحل له قضاء فقط^(٣)؟

(١) راجع هذه الوجوه وإجاباتها وما ورد على الإجابات من مناقشات في العناية على الهداية، ج ٥، ص ٩٢ - ٩٣.

(٢) المغني، ج ٤، ص ١٤٥، الشرح الكبير، ج ٢، ص ٣٢٨.

(٣) قال ابن نجيم في البحر الرائق، ج ٥، ص ٣١٤ ما نصه:

«وظاهر قوله: (وإن زاد للمشتري) أن الزيادة تسلم له قضاء وديانة، وحكى خلافاً فيه في المعراج: فقال في فتاوى النسفي وآمالي قاضيخان: لا تسلم له الزيادة ديانة. وفي =

الوجه السابع: أن الحنفية فرّقوا بين المشتري والبائع فأثبتوا الخيار للمشتري في حالة النقصان، ولم يثبتوه للبائع في حالة الزيادة، ويبدو أن هذا تفریق بين متماثلين. وبهذا يظهر أن هذه المسألة، مثل المسألة الأولى ويترجح ما سبق ترجيحه في الأولى. والله تعالى أعلم.

= شرح أبي ذر والجامع الأصغر عن أسد وأبي حفص وأبي الليث لا يردّها ديانة».

وفي الدر المنتقى، ج ٢، ص ١٢، حكى الخلاف فقال:

«والزئد له أي للمشتري ديانة أيضًا، وقيل: لا كما في المعراج، وفي القهستاني عن

الخانية أنه له قضاء لا ديانة».



المبحث الثاني

نقص العقار المبيع

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: تسمية جملة العقار المبيع ومقابلة كل جزء منه
بشمن:

إذا باع أرضًا أو دارًا على أنها مائة ذراع، وسمّى لكل ذراع ثمنًا بأن
قال: بعتك هذه الأرض أو هذه الدار على أنها مائة ذراع بمائة درهم كل
ذراع بدرهم فوجدها ناقصة: فقد اختلف الفقهاء في الحكم على أقوال:

القول الأول: البيع صحيح، والمشتري بالخيار إن شاء أخذه بحصتها
من الثمن، وإن شاء ترك، وهذا قول الحنفية^(١).

وبه قال المالكية في قول لهم^(٢).

وعللوا لصحة البيع: بأن المبيع وثمانه معلومان^(٣).

وأما ثبوت الخيار للمشتري فلأننا لو ألزمناه أخذ المبيع بكل الثمن لم

(١) مختصر القدوري، ج ٢، ص ٩، بدائع الصنائع، ج ٥، ص ١٦٠، النتف في الفتاوى،

ج ١، ص ٤٥٥، الهداية، ج ٥، ص ٩٢، البحر الرائق، ج ٥، ص ٣١٤.

(٢) البيان والتحصيل، ج ٧، ص ٤٠٢.

(٣) بدائع الصنائع، ج ٥، ص ١٦٠.

يكن أخذًا لكل ذراع بدرهم، ولو ألزمناه بأخذ الموجود بحصته من الثمن لفات الوصف المشروط المرغوب فيه^(١)، ولأن الخيار يثبت له لتفرق الصفقة^(٢).

القول الثاني: البيع صحيح، وأما النقص فإن كان يسيرًا لزم المشتري ما وجد بحسابه من الثمن، وإن كان كثيرًا كان مخيرًا فيما وجد بين أن يأخذه بما يجب له من الثمن أو يرده، وهذا قول في مذهب المالكية^(٣).

القول الثالث: البيع صحيح، ويخير المشتري بين أن يأخذ بجميع الثمن ما وجد، أو يرد، وهو الأظهر عند المالكية^(٤).

وعللوا لذلك:

بأن الثمن في مقابلة العين، وأما ذكر الذراع فهو على وجه بيان الصفة لما اشتراه^(٥).

القول الرابع: البيع صحيح، ويخير المشتري بين إمساك المبيع أو الفسخ، وبهذا قال الشافعية في القول المرجوح.

ثم اختلفوا بناء على هذا القول، هل يمسكه بجميع الثمن أو بقسطه على وجهين:

أصحهما: يخير بقسط الموجود؛ لأنه قابل كل ذراع بدرهم.

والثاني: يخير بجميع الثمن، لأنه قابل الجملة به^(٦).

(١) الهداية، ج ٥، ص ٩٢ - ٩٣، فتح القدير مع الهداية نفس الجزء والصفحة، البحر الرائق، ج ٥، ص ٣١٤.

(٢) بدائع الصنائع، ج ٥، ص ١٦٠، الدر المنتقى، ج ٢، ص ١٣، الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج ٤، ص ٥٤٤، اللباب في شرح الكتاب، ج ٢، ص ٩.

(٣) البيان والتحصيل، ج ٧، ص ٣٢٦، منح الجليل، ج ٤، ص ٤٩١.

(٤) البيان والتحصيل، ج ٧، ص ٤٠٣.

(٥) البيان والتحصيل، ج ٧، ص ٤٠٢.

(٦) فتح العزيز، ج ٨، ص ١٤٤، روضة الطالبين، ج ٣، ص ٣٦٦، المجموع، ج ٩، ص ٣١٤.

القول الخامس: البيع صحيح، والنقص على البائع، وللمشتري الخيار بين الفسخ، وأخذ المبيع بقسطه من الثمن وبهذا قال الإمام أحمد في إحدى الروايتين عنه^(١).

فإن أخذ المشتري ما وجده بقسطه من الثمن فللبائع الخيار بين الرضا والفسخ، وإن بذل له المشتري جميع الثمن لم يملك الفسخ^(٢).

قال ابن قدامة مستدلاً لهذا القول:

«ولنا: أنه وجد المبيع ناقصاً في القدر فكان له إمساكه بقسطه من الثمن كالصبرة إذا اشتراها على أنها مائة فبانت خمسين.. فإن أخذها بقسطها من الثمن فللبائع الخيار بين الرضا بذلك وبين الفسخ، لأنه إنما رضي ببيعها بهذا الثمن كله، وإذا لم يصل إليه كان له الفسخ.

فإن بذل له المشتري جميع الثمن لم يملك الفسخ؛ لأنه وصل إليه الثمن الذي رضيه، فأشبه ما لو اشترى معيماً فرضيه بجميع الثمن»^(٣).

القول السادس: البيع باطل، وبهذا قال الشافعية في أصح القولي^(٤)، وهو رواية عن الإمام أحمد^(٥).

(١) المقنع، ج ٢، ص ٣٣، المغني، ج ٤، ص ١٤٧، المحرر، ج ١، ص ٣١٣، الفروع، ج ٤، ص ٦٧، الإنصاف، ج ٤، ص ٣٦١.

(٢) المغني، ج ٤٣، ص ١٤٧، الشرح الكبير، ج ٢، ص ٣٥٦، الفروع، ج ٤، ص ٦٧، الإنصاف، ج ٤، ص ٣٦١، المبدع، ج ٤، ص ٦٢، المنتهى، ج ٢، ص ١٦٦، الإقناع، ج ٢، ص ٨٢، التنقيح المشبع، ص ١٢٨، كشف القناع، ج ٣، ص ١٩٧.

(٣) المغني، ج ٤، ص ١٤٧.

(٤) فتح العزيز، ج ٨، ص ١٤٤، روضة الطالبين، ج ٣، ص ٣٦٦، المنهاج، ج ٢، ص ١٧، المجموع، ج ٩، ص ٣١٤، مغني المحتاج، ج ٢، ص ١٧، نهاية المحتاج، ج ٣، ص ٤٠٠، الأنوار لأعمال الأبرار، ج ١، ص ٣١٦.

(٥) المقنع، ج ٢، ص ٣٣، المغني، ج ٤، ص ١٤٧، المحرر، ج ١، ص ٣١٣، الفروع، ج ٤، ص ٦٧، الإنصاف، ج ٤، ص ٣٦١.

وعلّلوا لذلك :

بأنه باع جملة الأرض أو الدار بمائة درهم بشرط كل ذراع بدرهم في مسألتنا هذه، والجمع بين هذين الأمرين عند النقصان متعذر^(١).

الترجيح :

يترجح - والله أعلم - القول الخامس، وذلك للأسباب الآتية :

السبب الأول: قوة ما استدل به له ووجاهته، ولم ترد عليه مناقشة فيما اظلمت عليه.

السبب الثاني: أن ما علّل به للأقوال الأخرى هو محل نظر، وقد سبق بيان ما فيها عند بحث زيادة العقار المبيع فأغنى ذكره هناك عن إعادته هنا.

السبب الثالث: أن هذا القول فيه مراعاة لمصلحة العاقدين معاً فكان أولى من غيره، وذلك أن إثبات الخيار للمشتري دون البائع فيه مراعاة جانب واحد وهو المشتري، وإثبات الخيار له ليس بأولى من إثباته للبائع، لدفع الضرر عنه، والقول ببطلان البيع فيه إلغاء للعقد مع أنه يمكن صيانتها عن الألغاء فكان القول الخامس هو الأولى بالترجيح. والله تعالى أعلم.

المسألة الثانية: تسمية جملة العقار المبيع ومقابلته بجملة الثمن :

إذا قابل جملة العقار المبيع بجملة الثمن، ولم يقابل الأجزاء بالأجزاء أي: أنه لم يسم لكل ذراع ثمنًا على حدة بأن قال: بعت منك هذه الأرض أو هذه الدار على أنها مائة ذراع بمائة درهم فوجدها أقل مما سمى؛ فقد اختلف الفقهاء في الحكم على أقوال:

(١) فتح العزيز، ج ٨، ص ١٤٤، روضة الطالبين، ج ٣، ص ٣٦٦، المجموع، ج ٩، ص ٣١٤، حاشية الكمثري على الأنوار لأعمال الأبرار، ج ١، ص ٣١٦.

القول الأول: البيع صحيح، ويثبت الخيار للمشتري بين الفسخ وأخذ ما وجده بجميع الثمن المسمى، وبهذا قال الحنفية^(١)، وهو الأظهر عند المالكية^(٢)، وبه قال الشافعية^(٣).

وعللوا لذلك:

بأن الذرع وصف، لأنه عبارة عن الطول والعرض، والوصف لا يقابله شيء من الثمن، فلهذا يأخذه بكل الثمن، إلا أنه يثبت له الخيار، لفوات الوصف المذكور لتغير المعقود عليه، فيختل الرضا^(٤).

القول الثاني: البيع صحيح، ويثبت الخيار للمشتري بين الفسخ، وأخذ ما وجده بحصته من الثمن وهذا قول عند المالكية^(٥).

القول الثالث: البيع صحيح، والنقص إن كان يسيراً لزم المشتري ما وجد بحسابه من الثمن، وإن كان كثيراً كان مخيراً فيما وجد بين أن يأخذه بما يجب له من الثمن أو يرده، وبهذا قال المالكية في قول عندهم^(٦).

القول الرابع: البيع صحيح، والنقص على البائع، وللمشتري الخيار بين الفسخ، وأخذ المبيع بقسطه من الثمن، وبهذا قال الإمام أحمد في إحدى الروايتين عنه^(٧).

(١) مختصر القدوري، ج ٢، ص ٨، النتف في الفتاوى، ج ١، ص ٤٥٥، بدائع الصنائع، ج ٥، ص ١٦١، الهداية، ج ٥، ص ٩١.

(٢) البيان والتحصيل، ج ٧، ص ٣٢٦، ٤٠٢، منح الجليل، ج ٤، ص ٤٩١.

(٣) مغني المحتاج، ج ٢، ص ١٨، نهاية المحتاج، ج ٣، ص ٤٠٠، حاشية أبي الضياء على نهاية المحتاج، ج ٣، ص ٤٠١.

(٤) الهداية، ج ٥، ص ٩١ - ٩٢.

(٥) البيان والتحصيل، ج ٧، ص ٤٠٢.

(٦) البيان والتحصيل، ج ٧، ص ٣٢٦، منح الجليل، ج ٤، ص ٧٩١.

(٧) المقنع، ج ٢، ص ٣٣، المغني، ج ٤، ص ١٤٧، المحرر، ج ١، ص ٣١٣، الفروع، ج ٤، ص ٦٧، الإنصاف، ج ٤، ص ١٦١.

فإن أخذ المشتري الموجود بقسطه من الثمن فللبائع الخيار بين الرضا والفسخ، وإن بذل له المشتري جميع الثمن لم يملك الفسخ^(١).

القول الخامس: البيع باطل، وهو رواية عن الإمام أحمد^(٢).

هذه هي الأقوال في المسألة، وقد ذكرت تعليل القول الأول، وما عداه من الأقوال لم أورد ما استدلوا به هنا؛ لأنهم استدلوا بنفس الأدلة في المسألة الأولى، وذكره هنالك يغني عن إعادته هنا.

ويترجح القول الرابع: في هذه المسألة بناء على ترجيحه في المسألة السابقة.

وخلاصة القول في زيادة العقار المبيع ونقصه:

أنه في حالة الزيادة: يصح البيع، والزيادة للبائع، فإن دفعها مجاناً فلا خيار للمشتري، وإن أبى فلكل منهما حق الفسخ، ولا فرق بين أن يقابل جملة المبيع بجملة الثمن من غير أن يسمى لكل جزء منه ثمنًا، وبين أن يقابل جملة المبيع بجملة الثمن ويفرد لكل جزء منه ثمنًا.

وفي حالة النقصان: البيع صحيح، والنقص على البائع، ويخير المشتري بين الفسخ وأخذ المبيع بقسطه من الثمن، فإن أخذه بقسطه من الثمن فللبائع الخيار بين الرضا أو الفسخ، وإن بذل له المشتري جميع الثمن لم يملك الفسخ، ولا فرق بين أن يقابل جملة المبيع بجملة الثمن من غير أن يسمى

(١) المغني، ج ٤، ص ١٤٧، الشرح لكبير، ج ٢، ص ٣٥٦، الفروع، ج ٤، ص ٦٧، المبدع، ج ٤، ص ٦٢، المنتهي، ج ٢، ص ١٦١، الإقناع، ج ٢، ص ٨٢، التنقيح المشبع، ص ١٢٨، كشاف القناع، ج ٣، ص ١٩٧.

(٢) المقنع، ج ٢، ص ٣٣، المغني، ج ٤، ص ١٤٧، المحرر، ج ١، ص ٣١٣، الفروع، ج ٤، ص ٦٧، الإنصاف، ج ٤، ص ٣٦١.

لكل جزء منه ثمنًا، وبين أن يقابل جملة المبيع بجملة الثمن، ويفرد لكل جزء منه ثمنًا.

هذا هو المختار في مذهب الحنابلة، وهو عندي أعدل الأقوال، وما عداه من الأقوال فيها اختلاف كثير، كما يظهر ذلك مما سبق.

ولذا قال «البابرتي» الحنفي وهو يتحدث عن حكم الزيادة والنقصان عند الحنفية:

«واعلم أن هذه المسألة من أشكل مسائل الفقه»^(١).

(١) العناية شرح الهداية، ج ٥، ص ٨٢.

الفصل الثالث

قبض العقار في البيع

يتكون هذا الفصل من المباحث الآتية:

المبحث الأول: معنى القبض لغة واصطلاحًا.

المبحث الثاني: كيفية قبض العقار.

المبحث الثالث: شروط صحة القبض.



المبحث الأول

معنى القبض لغة واصطلاحًا

معنى القبض في اللغة:

القبضة لغة: هو تناول الشيء بجميع الكف.

والقبض ضد البسط، ويقال: صار الشيء في قبضك وفي قبضتك: أي في ملكك.

ويقال: قبض اليد على الشيء: أي جمعها بعد تناوله.

وقبض يده عن الشيء: أي جمعها قبل تناوله^(١)، وذلك إمساك عنه، ومنه قوله تعالى في المنافقين والمنافقات: ﴿الْمُنَافِقُونَ وَالْمُنَافِقَاتُ بَعْضُهُمْ مِنْ بَعْضٍ يَأْمُرُونَ بِالْمُنْكَرِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمَعْرُوفِ وَيَقْبِضُونَ أَيْدِيَهُمْ نَسُوا اللَّهَ فَنَسِيَهُمْ إِنَّ الْمُنَافِقِينَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾^(٢).

أي يشحون فيما ينبغي إخراجه من المال في الصدقة والجهاد، فالقبض في الآية كناية عن الشح، كما أن البسط كناية عن الكرم^(٣).

(١) القاموس المحيط، باب الضاد، فصل القاف، ج ٢، ص ٣٤١، مختار الصحاح، باب القاف، مادة قبض، ص ٥١٩، النهاية في غريب الحديث والأثر، باب القاف مع الباء، ج ٤، ص ٦.

(٢) سورة التوبة، آية: ٦٧.

(٣) فتح القدير، ج ٢، ص ٣٧٩.

ويطلق القبض لتحصيل الشيء، وإن لم يكن فيه مراعاة الكف على سبيل الاستعارة، نحو قولك: قبضت الأرض أو الدار من فلان أي حزتها، ومنه قوله تعالى: ﴿وَالْأَرْضُ جَمِيعًا قَبْضَتُهُ يَوْمَ الْقِيَمَةِ﴾^(١)، فأخبر سبحانه عن عظيم قدرته بأن الأرض كلها مع عظمها في مقدوره كالشيء الذي يقبض عليه القابض بكفه كما يقولون: هو في يد فلان وفي قبضته للشيء الذي يهون عليه التصرف فيه، وإن لم يقبض عليه^(٢).

وَتَقَبَّضَ عَنْهُ: اشْمَأَزَّ.

وقبض الشيء تقبيضًا: جمعه، وقبَّضه المال: أعطاه إياه.
وقبَّض فلان: أي مات^(٣).

معنى القبض في الاصطلاح:

القبض في الاصطلاح الفقهي: هو كون المقبوض في حيز القابض، وتمكينه من التصرف فيه من غير مانع^(٤).
وقد شاع عند بعض فقهاء المالكية التعبير عن القبض بالحوز والحيازة. قال التسولي في «البهجة»^(٥):

(١) سورة الزمر، آية: ٦٧.

(٢) فتح القدير، ج ٤، ص ٤٧٥.

(٣) القاموس المحيط باب الضاد فصل القاف، ج ٢، ص ٣٤١، مختار الصحاح، ص ٥١٩، النهاية في غريب الحديث والأثر، باب القاف مع الباء، ج ٤، ص ٦، الحيازة في العقود، ص ٣٩.

(٤) بدائع الصنائع، ج ٥، ص ١٤٨، ٢٤٤، البهجة، ج ١، ص ١٦٨، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٧١، المغني، ج ٤، ص ١٢٥، ٣٦٩، القواعد لابن رجب، ص ٧٦، الحيازة في العقود، ص ٤٠، شرح مرشد الحيران للأبياني وسلامة، ج ١، ص ٥٨.

(٥) ج ١، ص ١٦٨.

الحوز: وضع اليد على الشيء المحوز.
وقال ابن جزي في «قوانين الأحكام الشرعية»^(١):
«القبض: وهو الحوز».



المبحث الثاني

كيفية قبض العقار

تختلف كيفية القبض تبعًا لاختلاف الأشياء المراد قبضها، والذي يعني هنا هو التحدث عن كيفية قبض العقار؛ لأنه موضوع البحث.

وقد اتفق الفقهاء^(١) على أن قبض العقار يكون بالتخلية والتمكين من التصرف من غير مانع.

وقيد الملكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤)، كون التخلية في العقار

(١) مختصر القدوري، ج ٢، ص ٥٤، تحفة الفقهاء، ج ٣، ص ٣٨، بدائع الصنائع، ج ٥، ص ٢٤٤، الهداية، ج ٨، ص ١٩٣، فتاوى قاضيخان، ج ٢، ص ٢٥٦، الفتاوى الهندية، ج ٣، ص ١٦. مختصر خليل، ج ٥، ص ٢٣٢، الشرح الكبير، ج ٣، ص ١٤٥، الشرح الصغير، ج ٢، ص ٤٩٠، منح الجليل، ج ٢٣٢، مختصر الخرقى، ص ٥٧، كتاب الروايتين والوجهين، ج ١، ص ٣٢٧، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ٢٩، المغني، ج ٤، ص ٢٣٦٨، المحرر في الفقه، ج ١، ص ٣٢٣، المبدع، ج ٤، ص ١٢٣، الإنصاف، ج ٤، ص ٤٧١، الإقناع، ج ٢، ص ١١٢، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ١٩٢.

(٢) الشرح الكبير لأحمد الدردير، ج ٣، ص ١٤٦، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، نفس الجزء والصفحة، بلغة السالك، ج ٢، ص ٤٩٠.

(٣) فتح العزيز، ج ٨، ص ٤٤٨، روضة الطالبين، ج ٣، ص ٥١٥، ٥١٧، المجموع، ج ٩، ص ٢٧٦، ٢٧٨، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٧٣.

(٤) المحرر، ج ١، ص ٣٢٢، شرح الزركشي على مختصر الخرقى، ج ٤، ص ٢٠١٠، =

قبضًا بما إذا كان العقار ليس فيه حق توفية بأن اشتراه بغير تقدير بزرع، أما إذا كان فيه حق توفية، كمن باع أرضًا مزارعة، فلا تكفي التخلية، بل لا بد مع ذلك من الزرع.

كما أن بعض الحنفية قيد اعتبار التخلية في العقار قبضًا بأن يكون قريباً^(١)، وبناء على هذا الرأي فإن التخلية في العقار البعيد لا تكون قبضًا، وهو ما ذهب إليه الصحابان، وقد نسب هذا القول إلى أبي حنيفة.

قال قاضيخان مبيّنًا ذلك:

«لو باع دارًا من رجل ليست بحضرتها، فقال البائع: سلمتها إليك، وقال المشتري: قبلت، ذكر في ظاهر الرواية: أن التخلية في الدور والعقار لا تكون قبضًا إلا بدنو منهما.

وذكر في «النوادر» إذا قال البائع للمشتري: سلمتها إليك، وقال المشتري: قبلت، والدار ليست بحضرتها، يصير المشتري قابضًا في قول أبي حنيفة رحمته الله.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: إن كانت الدار بقرب منهما بحيث يقدر على الدخول والإغلاق يصير قابضًا وإلا فلا. وفي ظاهر الرواية اعتبر القرب ولم يذكر فيه خلافًا.

والصحيح: ما ذكر في ظاهر الرواية؛ لأنه إذا كان قريبًا يتصور فيه

= وانظر حاشيته الجزء نفسه، ص ٢٠١٩، الإقناع، ج ٢، ص ١٠٩، كشف القناع، ج ٣، ص ٢٤١، التنقيح، ص ١٣٢.

(١) استظهر ابن عابدين في حاشيته، ج ٤، ص ٥٦٢: أن القريب هو ما كان في البلد فقال: «التخلية قبض حكمًا لو مع القدرة عليه بلا كلفة لكن ذلك يختلف بحسب حال المبيع.. وفي نحو دار فالقدرة على إغلاقها قبض: أي بأن تكون في البلد فيما يظهر». ثم قال في بيان البعيد: «والمراد بالبعيد: ما لا يقدر على قبضه بلا كلفه، ويختلف باختلاف المبيع».



القبض الحقيقي في الحال، فتقام التخلية مقام القبض، أما إذا كان بعيداً لا يتصور القبض الحقيقي في الحال، فلا تقام التخلية مقام القبض»^(١).

وقد رأيت تفصيلاً في «البيان والتحصيل»^(٢) لابن رشد في حيازة العقار؛ حيث وردت مسألة عن الرجل يبتاع الأرض من الرجل، أو الدار... وقد عرفه المبتاع في يد البائع يحوزه ويملكه، ثم يسأله أن يحوزه له بعد البيع، هل ترى على البائع حوزاً؟

«قال سحنون: إذا كان المشتري اشترى ما قد عرفه في يد البائع، فلا حوز عليه، وإن دفعه عمّن اشترى دافع، فتلك مصيبة دخلت على المبتاع. قال محمد بن رشد:

شراء الرجل من الرجل الدار، أو الأرض لا يخلو من أربعة أوجه:

أحدهما: أن يكون المبتاع مقرّاً للبائع باليد والملك.

والثاني: أن يقرّ له بالملك، ولا يقرّ له باليد.

والثالث: أن يقرّ له باليد، ولا يقرّ له بالملك.

والرابع: لا يقرّ له بيد ولا بملك.

فأما إذا كان مقرّاً باليد والملك فلا يلزمه أن يحوزه ما باع منه ويسلمه إليه وينزل فيه، وإن دفعه دافع عن النزول في ذلك، أو استحقه مستحق بعد النزول فيه، فهي مصيبة نزلت به على قول سحنون هذا.

والصواب: أنه يلزمه أن ينزله فيما باع منه ويسلمه إليه، بمنزلة إذا كان مقرّاً له بالملك غير مقرّ له باليد، مخافة أن ينهض لينزل فيه فيمنعه وكيله فيه، أو أمينه عليه من النزول فيه...

(١) فتاوى قاضيان، ج ٢، ص ٢٥٧.

(٢) ج ٧، ص ٤٩٦ - ٤٩٨.

وأما إذا كان مقرراً له باليد غير مقرراً له بالملك، فعلى مذهب سحنون لا يلزم البائع أن يحوزه ما باع منه.

والصواب: أن ذلك يلزمه على ما ذكرناه، للعلة التي وصفناها، فإن استحق من يده شيء من ذلك، وجب له الرجوع بذلك على البائع.

وأما إذا كان غير مقر له باليد ولا بالملك، فلا اختلاف، في أنه يلزمه أن يحوزه ما باع منه وينزله فيه، مخافة أن ينهض لقبض ذلك والنزول فيه، فيمنعه منه مانع، فإن استحق من يده شيء من ذلك، وجب له الرجوع به على البائع أيضاً.

وضمنان ما يطرأ على ذلك بعد عقد البيع وإن كان قبل القبض في الوجوه كلها من غضب، أو غرق، أو هدم، أو حرق، وما أشبه ذلك من المبتاع، إلا على القول بأن السلعة المبيعة في ضمان البائع، وإن قبض الثمن وطال الأمر، ما لم يقبضها المبتاع أو يدعوه البائع إلى قبضها فيأبى.. للخروج من هذا الاختلاف يقول الموثقون في وثائقهم: ونزل المبتاع فيما ابتاع، وأبرأ البائع من درك الإنزال؛ لأنه بنزوله فيما ابتاع، يسقط الضمان عن البائع باتفاق.

ومن حق المبتاع أيضاً إذا ابتاع أملاً في قرية من رجل، أن ينزله فيما باع منه بمحضر شهيدي عدل يتطول معهما على الأملاك، ويوقفهما على حدودها، مخافة أن يستحق عليه منها شيء، فينكره البائع أن يكون باع منه ذلك الموضوع المستحق، فلكل واحد من المتابعين حق في الإنزال على صاحبه إذا دعا إليه، وجب أن يحكم له به على البائع ليسقط عنه الضمان المختلف في لزومه إياه، والمبتاع ليجد السبيل إلى الرجوع عليه بما يستحق من يده».



المبحث الثالث

شروط صحة القبض

اشترط الفقهاء لصحة القبض عدة شروط:

الشرط الأول: أن يكون الشخص أهلاً للقبض:

والأهلية في الاصطلاح الفقهي: «صفة يقدرها الشارع في الشخص تجعله محلاً صالحاً لخطاب تشريعي»^(١).

وكون الشخص أهلاً للقبض هو محلُّ اتفاقٍ بين الفقهاء، لكنهم اختلفوا فيمن يكون أهلاً له:

فذهب الحنفية^(٢) إلى أن أهلية الشخص للقبض هي نفسها أهلية التعاقد، فيشترط لصحة القبض أن يكون القابض عاقلاً، فلا يصح قبض المجنون والصبي الذي لا يعقل.

وأما البلوغ فيشترط لصحة القبض في بعض التصرفات دون بعض^(٣).

(١) المدخل الفقهي العام لمصطفى الزرقاء، ج ٢، ص ٧٣٧.

(٢) بدائع الصنائع، ج ٦، ص ١٢٦.

(٣) تصرفات الصبي غير البالغ عند الحنفية تنقسم إلى ثلاثة أقسام:

الأول: أن تكون نافعة له نفعاً محضاً كقبول الهبة، والوصية، وفي هذا القسم لا يشترط لصحة قبضه بلوغه استحساناً.

وذهب المالكية^(١) إلى أنه لا يشترط لصحة القبض صدوره ممن يتصف بأهلية التعاقد، بل تكفي الصفة الإنسانية مناطًا لاعتباره أهلاً للقبض، فيصح قبض الصغير والمحجور، ويكون قبضًا تامًّا.

وذهب الشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣) إلى أنه يشترط لصحة القبض صدوره من جائر التصرف، وهو: البالغ العاقل غير المحجور عليه.

الشرط الثاني: صدور الإقباض ممن له الولاية:

يشترط لصحة القبض أن يصدر ممن له حق الولاية. والولاية قد تكون بطريق الأصالة، وهو أن يقبض بنفسه لنفسه. وقد تكون بطريق النيابة، كالوكيل^(٤).

= الثاني: أن تكون مضرّة ضررًا محضًا كإعطاء الهبة، وكالإقراض وفي هذا القسم لا تصح تصرفاته وما ينشأ عنها من قبوض.

الثالث: أن تكون دائرة بين النفع والضرر كالبيع والشراء والشركة وهذه التصرفات وما ينشأ عنها من قبوض يتوقف نفاذها على إجازة ولي الصغير، بدائع الصنائع، ج ٦، ص ١٢٦، ١٤١، المعاملات الشرعية المالية لأحمد إبراهيم بك، ص ٧٧، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي لشلبي، ص ٤٩٤، ٤٩٥، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية لعبد الكريم زيدان، ص ٣١٥.

(١) البهجة شرح التحفة، ج ١، ص ٢٠١، الحيازة في العقود، ص ٥٥.

(٢) روضة الطالبين، ج ٣، ص ٣٤٣، المجموع، ج ٩، ص ١٥٧، مغني المحتاج، ج ٢، ص ١٢٨.

(٣) المغني، ج ٤، ص ٣٦٤، كشف القناع، ج ٣، ص ٣٤٣.

(٤) بدائع الصنائع، ج ٦، ص ١٢٦، ١٤١، البهجة شرح التحفة، ج ١، ص ٢٠١، الكافي في فقه أهل المدينة، ج ٢، ص ٨١٢، المجموع، ج ٩، ص ١٥٧، مغني المحتاج، ج ٢، ص ١٢٨، مختصر الخرقى، ص ٥٦، المغني، ج ٤، ص ٣٦٣، الشرح الكبير، ج ٢، ص ٤٩٢.

الشرط الثالث: أن يكون المقبوض غير مشغول بحق لغير المشتري:

اختلف الفقهاء في اشتراط كون المقبوض غير مشغول بحق لغير المشتري على أربعة أقوال:

القول الأول: يشترط لصحة القبض أن يكون المبيع غير مشغول بحق لغير المشتري، فلو كانت الدار مشغولة بمتاع البائع فلا يصح القبض حتى يسلمها فارغة، وكذا لو باع أرضاً وفيها زرع، وبهذا قال الحنفية^(١)، والشافعية^(٢).

(١) مختصر القدوري، ج ٢، ص ٥٤، تحفة الفقهاء، ج ٣، ص ٣٨، بدائع الصنائع، ج ٦، ص ١٢٥، الهداية، ج ٨، ص ١٩٣، الاختيار لتعليل المختار، ج ٢، ص ٦٥، الفتاوى الهندية، ج ٣، ص ١٦، فتاوى قاضيخان، ج ٢، ص ٢٥٨، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٢١، واقعات المفتين، ص ٩٨، حاشية ابن عابدين، ج ٤، ص ٥٦٢.

(٢) فتح العزيز، ج ٨، ص ٤٤٢، المجموع، ج ٩، ص ٢٧٦، المنهاج، ج ٢، ص ٧٢، روضة الطالبين، ج ٣، ص ٥١٥، نهاية المحتاج، ج ٤، ص ٩١.

ويلاحظ أن الشافعية اختلفوا في صحة بيع الأرض المزروعة وفي حكم صيرورتها في يد المشتري، قال الرافعي في فتح العزيز، ج ٩، ص ٢٠ مبيناً ذلك: «يصح بيع الأرض وإن كانت مزروعة على أصح الطريقتين، كما لو باع داراً مشحونة بأمثلة ولا يخرج على الخلاف في بيع الدار المستأجرة؛ لأن يد المستأجر حائلة ثم. ومنهم: من خرجه على القولين.

قال الجمهور: ولو كان في معنى تلك الصورة لوجب أن يقطع بالفساد؛ لأن مدة بقاء الزرع مجهولة.. وهل نحكم بصيرورة الأرض في يد المشتري ودخولها في ضمانه إذا خلى البائع بينه وبينها؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأنها مشغولة بملك البائع، كما ذكرنا فيما إذا كانت الدار المبيعة مشحونة بأمثلة البائع... وأظهرهما: نعم؛ لحصول التسليم في الرقبة، وهي المبيعة، ويخالف صورة الاستشهاد؛ لأن التفريغ ثم متأب في الحال..».

وانظر في هذه المسألة أيضاً: المهذب، ج ١، ص ٢٨٧، الوجيز، ج ١، ص ١٤٨، المنهاج، ج ٢، ص ٨٢، روضة الطالبين، ج ٣، ص ٥٣٧، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٨٢، نهاية المحتاج، ج ٤، ص ١٢١، تكملة السبكي للمجموع، ج ١١، ص ٣٩٠ - ٣٩٣.

قالوا: ولو جمعت الأمتعة في بيت من الدار وخلي بين المشتري وبينها حصل القبض فيما عداه، فإن نقلت الأمتعة منه إلى بيت آخر حصل القبض في الجميع^(١).

وعللوا لهذا القول:

بأن معنى القبض: وهو التمكن من التصرف في المقبوض لا يتحقق مع الشغل فيفرغها بحسب الإمكان، ولا يكلف تفرغها في ساعة واحدة إذا كانت كبيرة^(٢).

القول الثاني: لا يشترط ذلك فيصح قبض المشغول بحق غير المشتري، فلو خلى البائع بين المشتري والدار، وفيها متاع للبائع صحَّ القبض، وبهذا قال الحنابلة^(٣).

وعللوا لذلك:

بأن القبض مطلق في الشرع، فيجب الرجوع فيه إلى العرف كالإحراز والتفرق، والعادة في قبض العقار تحصل بتخليته من غير حائل دونه.

وأما كونه مشغولاً بأمتعة البائع فلا يمنع صحة التسليم عرفاً؛ لأن اتصالها بملك البائع لا يمنع صحة التسليم كالثمرة في الشجرة^(٤).

(١) فتح العزيز، ج ٨، ص ٤٤٢، المجموع، ج ٩، ص ٢٧٦، روضة الطالبين، ج ٣، ص ٥١٥، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٧٢، نهاية المحتاج، ج ٤، ص ٩١.

(٢) بدائع الصنائع، ج ٦، ص ١٢٥، الاختيار لتعليل المختار، ج ٢، ص ٦٤، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٧٢، نهاية المحتاج، ج ٤، ص ٩١.

(٣) المغني، ج ٤، ص ٣٦٨، الشرح الكبير، ج ٢، ص ٤٩٧، المبدع، ج ٤، ص ١٢٢، الإنصاف، ج ٤، ص ٤٧١، كشاف القناع، ج ٣، ص ٢٤٨، الروض المربع، ج ٤، ص ٤٨٦، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ١٩٢.

(٤) المصادر السابقة.



القول الثالث: أنه لا يشترط في صحة القبض كون المقبوض غير مشغول بحق لغير المشتري إلا في دار السكنى؛ فإنه يشترط إخلاؤها، وبهذا قال المالكية^(١).

القول الرابع: أنه إذا كانت الدار مشحونة بأمتعة البائع لا يصح البيع، وهو وجه عند الشافعية، قال عنه إمام الحرمين: إنه ظاهر المذهب^(٢).

الترجيح:

يظهر بالتأمل في الأقوال السابقة «أنَّ إختلاف الفقهاء فيها ليس مبنياً على استدلال بنصوصٍ من كتاب أو سنّة، وإنما مرده إلى اختلافهم في صدق ما اتفقوا عليه، فقد اتفقوا على أنَّ القبض معناه الحيازة والتمكّن من اليد والتصرّف، وأنه يشترط لصحة القبض انتفاء كل مانع من ذلك.

فمن لآخ له أن الشغل يمنع من التمكّن ويحول دونه اشترط كون المقبوض غير مشغول بحق لغير المشتري، ومن بدا له أنه لا يمنع لم يشترط.

ومن ترجّح لديه أنه يمنع في بيت السكنى دون غيره اشترطه فيه فقط^(٣).

ومن ظهر له أن الشغل يمنع صحة التسليم والتصرف في المبيع، وأنه مانع من معرفة المبيع معرفة تامة، وأن المقصود من العقد ترتب آثاره عليه قال بطلان العقد.

(١) الشرح الكبير، ج٣، ص١٤٥، الشرح الصغير، ج٢، ص٤٩٠، منح الجليل، ج٥، ص٢٣٢.

(٢) فتح العزيز، ج٩، ص٢٠، روضة الطالبين، ج٣، ص٥١٥، المجموع، ج٩، ص٢٧٦، قال فيه عن هذا الوجه: إنه شاذ ضعيف؛ حيث جاء فيه ما نصّه: «وحكى الرافعي بعد هذا وجهًا شاذًا ضعيفًا عند ذكر بيع الأرض المزروعة أنه لا يصح بيع الدار المشحونة بالأقمشة».

(٣) الحيازة في العقود، ص٧٧.

ويترجح - والله أعلم - صحة بيع العقار المشغول بحق لغير المشتري، وصحة قبضه، وذلك للأسباب الآتية:

السبب الأول: أنَّ العرف قاضٍ بذلك، فقد تعارف الناسُ صحة بيع العقار المشغول، وأن كونه مشغولاً بأمّتعة البائع لا يمنع التسليم.

السبب الثاني: أنه لو رهنه داراً فخلّى بينه وبينهما وهما فيها ثم خرج الراهن صحَّ القبض، فكذلك لو باعه الدار، وهي مشغولة بأمّتعه صحَّ قياساً على ذلك؛ لأن التخلية تصح بقوله مع التمكين منها وعدم المانع^(١)؛ «ولأن البائع عليه التمكين من القبض، وهو معنى التسليم فإذا وجد منه فقد قضى ما عليه»^(٢).

السبب الثالث: أنَّ في اشتراط كون المبيع غير مشغول بحق البائع مشقة على الناس، كما أن في القول بعدم صحة البيع مشقة ظاهرة، وحرَجٌ بينٌ، وقد رفع الله الحرج والمشقة عن هذه الأمة. والله تعالى أعلم.

الشرط الرابع: أن لا يكون المقبوض حصة شائعة:

اختلف الفقهاء في اشتراط عدم الشيوع لصحة القبض على قولين:

القول الأول: يشترط لصحة القبض أن لا يكون المقبوض حصة شائعة، فإن كان المقبوض حصة شائعة فلا يصح القبض، وبهذا قال الحنفية^(٣).

(١) المغني، ج ٤، ص ٣٦٩.

(٢) القواعد لابن رجب، ص ٧٦.

(٣) مختصر القدوري، ج ٢، ص ٥٤، تحفة الفقهاء، ج ٣، ص ٣٨، بدائع الصنائع، ج ٦، ص ١٢٠، الهداية، ج ٨، ص ١٩٣، الاختيار لتعليل المختار، ج ٢، ص ٦٤، العناية، ج ٨، ص ١٩٣.

القول الثاني: يصح قبض الحصة الشائعة، وبهذا قال المالكية^(١)، والشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣)، والظاهرية^(٤)، على اختلاف بينهم في كيفية قبضه.

وسبب اختلاف الفقهاء يرجع إلى الخلاف في إمكان حيازة المشاع وقبضه. فمن رأى أن حيازته غير ممكنة اشترط عدم الشروع لصحة القبض. ومن رأى أن حيازته ممكنة لم يشترط ذلك.

قال ابن رشد في «بداية المجتهد»^(٥):

«والسبب في الخلاف، هل تمكن حيازة المشاع أم لا تمكن».

الأدلة

دليل القول الأول:

استدلَّ الحنفية على عدم صحة قبض المشاع بأن معنى القبض هو: التمكّن من التصرف في المقبوض، والتصرف في الجزء الشائع وحده لا

(١) المدونة، ج ٥، ص ٢٩٦، بداية المجتهد، ج ٢، ص ٢٧٣، الكافي في فقه أهل المدينة، ج ٢، ص ٨١٣، قوانين الأحكام الشرعية، ٢٣٥١، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٢٣٥، الشرح الصغير، ج ٢، ص ٥٧٠، حاشية الدسوقي، ج ٣، ص ٢٣٥.

(٢) الأم، ج ٣، ص ١٩٠، المهذب، ج ١، ص ٣١٥، مغني المحتاج، ج ٢، ص ١٢٣، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، ج ١، ص ١٩٣، رحمة الأمة في اختلاف الأئمة، ص ١٤٧، روضة الطالبين، ج ٤، ص ٣٩.

(٣) المقنع، ج ٢، ص ١٠٢، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ١٣٦، المغني، ج ٤، ص ٣٦٩، ٣٧٤، المحرر، ج ١، ص ٣٣٥، الشرح الكبير، ج ٢، ص ٤٩٧، المبدع، ج ٤، ص ٢١٦، الإنصاف، ج ٥، ص ١٤١ - ١٤٢، كشاف القناع، ج ٣، ص ٢٤٨.

(٤) المحلى، ج ٨، ص ٤٨٣.

(٥) ج ٢، ص ٢٧٣.

يتصور، ولا يتمكن من التصرف فيه بالتصرف في الكل، لأن العقد لم يتناول الكل^(١).

دليل القول الثاني:

استدل أصحابه بأن الشيوخ لا يمنع صحة القبض؛ لأن قبض الشيء وضع اليد عليه، والتمكن منه، وفي قبضه للكل وضع ليد على حصته، وتمكن منها، فكان المشاع كالمقسوم في صحة القبض^(٢).

ولأن التخلية في العقار تصح بالقول مع التمكين منها وعدم المانع فأشبه ما لو كان مفرزاً، أي: مقسوماً^(٣).

الترجيح:

يترجح - والله أعلم - القول بصحة قبض المشاع، وذلك للأسباب الآتية:

السبب الأول: قوة ما استدل به لهذا القول ووجهته، ولم أجد - بجهد المتواضع - له مناقشة فيما اطلعت عليه.

السبب الثاني: أن ما استدل به الحنفية على عدم صحة قبض المشاع، وهو:

(أن معنى القبض: التمكن من التصرف في المقبوض، والتصرف في الجزء الشائع وحده لا يتصور) هو محل نظر:

(١) بدائع الصنائع، ج ٦، ص ١٢٠، ١٣٨.

(٢) المهذب، ج ١، ص ٣١٥، مغني المحتاج، ج ٢، ص ١٢٢، نهاية المحتاج، ج ٤، ص ٢٣٤، المغني، ج ٤، ص ٣٦٩، ٣٧٤، الشرح الكبير، ج ٢، ص ٤٩٧، كشف القناع، ج ٣، ص ٢٤٨، حاشية الروض المربع، ج ٤، ص ٤٨٦، بدائع الصنائع، ج ٦، ص ١٢٠، ١٣٨، الحيازة في العقود، ص ٨٠.

(٣) المغني، ج ٤، ص ٣٦٩، الشرح الكبير، ج ٢، ص ٤٩٧، المبدع، ج ٤، ص ٢١٦.

لأنه لو كان القبض غير صحيح في الحصة الشائعة لعدم تمكن كل واحد من الشريكين من التصرف في حصته، لكان الشريكان في كل مال شائع غير قابضين له، ولو كانا غير قابضين له لكان مهملاً لا يد لأحد عليه، وهذا أمر ينكره الشرع والعيان:

أما الشرع: فلأنه جعل تصرفهما فيه تصرف ذي الملك في ملكه.

وأما العيان: فلكونه عند كل واحد منهما مدة يتفقان عليها، أو عندهما يتفقان به ويستغلانه، أو عند من يتفقان على كونه عنده^(١).

السبب الثالث: أن الله تعالى قد أطلق القبض في كتابه الكريم في قوله تعالى: ﴿فَرِهَنَّ مَقْبُوضَةً﴾^(٢)، ولم يخص تعالى مشاعاً من مقسوم^(٣)، ولهذا يرجع في القبض إلى العرف لكونه ورد مطلقاً في الشرع، كالإحياء والإحراز^(٤).

السبب الرابع: أن القبض يقع على معانٍ مختلفة، فالدانير والدرهم وما صغر يقبض باليد، وتقبض الدور بدفع المفاتيح، والأرض بالتسليم، وقبض المشاع أن لا يكون دونه حائل.

قال الإمام الشافعي:

«القبض اسم جامع، وهو يقع بمعانٍ مختلفة، كيف ما كان الشيء معلوماً أو كان الكل معلوماً، والشيء من الكل جزء معلوم من أجزاء سُلِّمَ حتى لا يكون دونه حائل فهو قبض، فقبض الذهب والفضة والثياب: في مجلس الرجل، والأرض: أن يؤتى في مكانها فتسلم، لا تحويها يدٌ ولا

(١) المحلى، ج ٨، ص ٤٨٣.

(٢) سورة البقرة، آية: ٢٨٣.

(٣) المحلى، ج ٨، ص ٤٨٢.

(٤) الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ٢٩.

يحيط بها جداراً، والقبض في كثير من الدور والأرضين إسلامها بأعلاقتها.. والمشاع من كل أرض وغيرها: أن لا يكون دونه حائل فهذا كله قبض مختلف يجمعه اسم القبض، وإن تفرق الفعل فيه غير أنه يجمعه أن يكون مجموع العين، والكل جزء من الكل معروف ولا حائل دونه فإذا كان هكذا فهو مقبوض»^(١).

تنبيه:

بعد معرفة هذا القدر من شروط صحة القبض ينبغي التنبيه على أنه لا يشترط في صحة قبض العقار أن يدخله المشتري ويمر على حدوده، بل تكفي تخليته، والتمكين من التصرف من غير مانع، كما هو ظاهر مما تقدم في كيفية قبض العقار وشروط صحة القبض، وكما صرح بذلك الرافعي والنووي. فقال الرافعي رحمته الله:

«إن كان المبيع مما لا ينقل كالدور والأراضي فقبضه بالتخلية بينه وبين المشتري، وتمكينه من اليد والتصرف بتسليم المفتاح إليه، ولا يعتبر دخوله وتصرفه فيه»^(٢).

وقد وردت العبارة نفسها في «المجموع»^(٣) للنووي رحمته الله.

وأما السعدي الحنفي رحمته الله: فقد ذكر أنه لا بد من ذلك، فقال في «التنف في الفتاوى»^(٤): «قبض الأرض: فما لم يدخل فيها أو يمر على حد من حدودها ويراه فلا يكون قبضاً، فإذا دخل فيها ومرَّ على حدٍّ من حدودها فيكون قبضاً عند ذلك».

(١) الأم، ج ٣، ص ١٩١.

(٢) فتح العزيز، ج ٨، ص ٤٤٢.

(٣) ج ٩، ص ٢٧٦.

(٤) ج ١، ص ٤٨٠ - ٤٨١.



وقد تعقبه محققه^(١)، فقال:

«هذا في زمن مصنف النتف، أما في زماننا هذا في البلاد التي يوجد فيها نظام السجل العقاري فليس للقبض هذه الأهمية، ولا يشترط دخول المشتري الأرض أو مروره على حدٍّ من حدودها لاعتبار القبض حاصلاً، بل يكفي حصول سند السجل العقاري في يد المشتري لاعتبار القبض حاصلاً، ما لم يعترض البائع سبيل المشتري ويحول دون قبضه الأرض فيعد ضامناً فعل نفسه».

قلت: يمكن الجمع بين ما ذكره جمهور الفقهاء، وما ذكره السفدي، بأن ما ذكره جمهور الفقهاء، المراد به: القبض الحكمي.

وما ذكره السفدي: المراد به: القبض الحقيقي.

والله تعالى أعلم...

(١) هو الدكتور: صلاح الدين الناهي الأستاذ بجامعة بغداد: ورئيس شرف جمعية القانون المقارن العراقية.

الفصل الرابع

حكم بيع العقار
المشترى قبل قبضه

حكم بيع العقار المشتري قبل قبضه

اختلف الفقهاء في حكم بيع العقار المشتري قبل قبضه على ثلاثة أقوال:

القول الأول: يصح بيعه قبل قبضه، وبهذا قال أبو حنيفة وأبو يوسف، وهو المفتى به عند الحنفية^(١)، وهو مذهب المالكية^(٢)، وبه قال الإمام أحمد في رواية عنه^(٣).

القول الثاني: لا يصح بيعه قبل قبضه، وبهذا قال الشافعية^(٤)،

(١) مختصر القدوري، ج ٢، ص ٣٥، فتاوى قاضيخان، ج ٢، ص ٢٦٣، التنف في الفتاوى، ج ١، ص ٤٦٩، تحفة الفقهاء، ج ٢، ص ٤٠، بدائع الصنائع، ج ٥، ص ١٨٠، الهداية، ج ٥، ص ٢٦٥، تبيين الحقائق، ج ٤، ص ٤٩، الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام، ج ٢، ص ١٨٣، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٧٩، الفتاوى الهندية، ج ٣، ص ١٣.

ويلاحظ أن بعضها أطلق صحة بيع العقار قبل قبضه، وبعضها قيد ذلك بالعقار الذي لا يخشى هلاكه، فإن تصور هلاكه بأن كان على شط نهر أو نحوه لم يصح بيعه قبل قبضه.

(٢) المدونة، ج ٤، ص ٨٧ - ٨٨، مختصر خليل، ج ٥، ص ٢٤٦، الفروق، ج ٣، ص ٢٨٠، بداية المجتهد، ج ٢، ص ١٤٤، الشرح الكبير، ج ٣، ص ١٥١، الشرح الصغير، ج ٢، ص ٤٩٣، الكافي في فقه أهل المدينة، ج ٢، ص ٦٦١.

(٣) المغني، ج ٤، ص ٢٣٩، الفروع، ج ٤، ص ١٣٧، الإنصاف، ج ٤، ص ٤٦٦.

(٤) الإقناع في الفقه الشافعي، ص ٩٢، المهذب، ج ١، ص ٢٦٩، الوجيز، ج ١، ص ١٤٦، فتح العزيز، ج ٨، ص ٤١٤، المنهاج، ج ٢، ص ٦٨، المجموع، ج ٩، ص ٢٦٤، =

والظاهرية^(١)، وهو رواية عن الإمام أحمد^(٢)، اختارها ابن عقيل^(٣)، وشيخ الإسلام ابن تيمية^(٤)، وقد قال بهذا القول محمد بن الحسن الشيباني من الحنفية^(٥).

- =روضة الطالبين، ج ٣، ص ٥٠٦، رحمة الأمة في اختلاف الأئمة، ص ١٣٠، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٦٨، نهاية المحتاج، ج ٤، ص ٨٣.
- (١) المحلى، ج ٩، ص ٥٩٢.
- (٢) المقنع، ج ٢، ص ٦١، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ٧٢، المغني، ج ٢، ص ١٢٧، الشرح الكبير، ج ٢، ص ٤٠٥، المحرر في الفقه، ج ١، ص ٣٢٢، الفروع، ج ٤، ص ١٣٧.
- (٣) الإنصاف، ج ٤، ص ٤٦٦، المبدع، ج ٤، ص ١١٩، الاختيارات الفقهية، ص ٢٢٣، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ج ٢٩، ص ٣٩٨.
- (٤) المغني، ج ٤، ص ١٢٧، الشرح الكبير، ج ٢، ص ٤٠٥، الفروع، ج ٤، ص ١٣٧، الإنصاف، ج ٤، ص ٤٤٦، المبدع، ج ٤، ص ١٢٠، الاختيارات الفقهية، ص ٢٢٣، القواعد لابن رجب، ص ٧٩، حاشية المقنع، ج ٢، ص ٦٢.
- (٥) الاختيارات الفقهية، ص ٢٢٣، الفروع، ج ٤، ص ١٣٧، الإنصاف، ج ٤، ص ٤٦٦، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ج ٢٩، ص ٣٩٨، حاشية المقنع، ج ٢، ص ٦٢، حاشية الروض المربع، ج ٤، ص ٤٧٧، ص ٤٨١.
- (٥) مختصر القدوري، ج ٢، ص ٣٥، فتاوى قاضيخان، ج ٢، ص ٢٦٣، التنف في الفتاوى، ج ١، ص ٤٦٩، تحفة الفقهاء، ج ٢، ص ٤٠، بدائع الصنائع، ج ٥، ص ١٨٠، الهداية، ج ٥، ص ٢٦٥، تبين الحقائق، ج ٤، ص ٧٩، الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام، ج ٢، ص ١٨٣، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٧٩، الفتاوى الهندية، ج ٣، ص ١٣.
- وينبغي التنبيه على أنه إذا كان البيع قبل القبض لا يصح، فإنه يترتب على ذلك: أنه إذا باعه قبل قبضه يكون آثمًا، ويكون عقده فاسدًا، وقبض المبيع في البيع الفاسد لا يفيد الملك عند الثلاثة خلافًا لأبي حنيفة.
- قال صاحب كتاب «رحمة الأمة في اختلاف الأئمة» ص ١٣٢ - ١٣٣ ما نصه: «إذا قبض المبيع بيعًا فاسدًا لم يملكه باتفاق الثلاثة، وقال أبو حنيفة: إذا قبضه بإذن البائع بعوض له قيمة ملكه بقيمته، ثم للبائع أن يرجع في العين مع الزيادة المتصلة والمنفصلة إلا أن يتصرف المشتري فيها تصرفًا يمنع الرجوع فيأخذ قيمتها. ولو غرس في الأرض المبيعة بيعًا فاسدًا أو بنى لم يكن للبائع قلع الغراس، أو البناء إلا بشرط ضمان النقصان، وله أن يبذل القيمة ويتملكها عند الثلاثة. وقال أبو حنيفة: ليس له استرجاع الأرض ويأخذ قيمتها، وقال أبو يوسف ومحمد: ينقض البناء ويقلع الغراس، ويرد الأرض على البائع».

القول الثالث: إن اشترى العقار مقدراً بذرع فلا يصح له بيعه قبل قبضه، وإن اشتراه بغير تقدير صحَّ بيعه قبل قبضه، وهذا هو المشهور في مذهب الحنابلة.

الأدلة

أدلة القول الأول:

الدليل الأول: ما ذكره صاحب «العناية»^(١)؛ حيث قال: «الأصل أن يكون بيع المنقول وغير المنقول قبل القبض جائزاً لعموم قوله تعالى:

﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾^(٢).

لكنه خصَّ منه الربا، بدليل مستقل مقارن، وهو قوله تعالى:

﴿وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾^(٣).

والعام المخصوص يجوز تخصيصه بخبر الواحد، وهو: ما رُوي أنه ﷺ «نهى عن بيع ما لم يقبض»^(٤)، ثم لا يخلو: إما أن يكون معلولاً بغرر الانفساخ أو لا. فإن كان فقد ثبت المطلوب حيث لا يتناول العقار، وإن لم يكن: وقع التعارض بينه، وبين ما روى في السنن مسنداً إلى الأعرج عن أبي هريرة أن النبي ﷺ «نهى عن بيع الغرر»^(٥).

وبينه وبين أدلة الجواز، وذلك يستلزم الترك، وجعله معلولاً بذلك

(١) ج ٥، ص ٢٦٦.

(٢) سورة البقرة، آية: ٢٧٥.

(٣) سورة البقرة، آية: ٢٧٥.

(٤) الحديث ضعيف، وسبب ذلك في الدليل الثالث من أدلة القول الثاني.

(٥) سبق تخريجه، ص ٢٣٥.

إعمال لثبوت التوفيق حينئذٍ، والإعمال متعين لا محالة، وكما لم يتناول العقار لم يتناول الصداق وبدل الخلع، ويكون مختصاً بعقد يفسخ بهلاك المعوض قبل القبض، هذا والله أعلم بالصواب.

الدليل الثاني: ومن أدلتهم الأحاديث الواردة في النهي عن بيع الطعام قبل قبضه ومنها: ما رواه ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه». متفق عليه^(١).

وفي لفظ لهما: حتى يقبضه.

ومنها:

ما رواه ابن عمر رضي الله عنهما قال: كانوا يتبايعون الطعام جزأفاً^(٢) بأعلى السوق، فنهاهم رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يبيعوا حتى ينقلوه». متفق عليه^(٣).

وفي لفظ لهما: حتى يحلولوه.

ومنها:

ما رواه جابر رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «إذا ابتعت طعاماً فلا تبعه حتى تستوفيه». أخرجه مسلم^(٤).

(١) صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب ما يذكر في بيع الطعام الحكرة، ج ٣، ص ٨٩، صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض، ج ١٠، ص ١٦٨ (صحيح مسلم بشرح النووي).

(٢) الجزاف: بكسر الجيم وضمها وفتحها ثلاث لغات، والكسر أفصح، وهو: البيع بلا كيل ولا وزن ولا تقدير، قاله النووي في «شرح مسلم»، ج ١٠، ص ١٦٩.

(٣) صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب من رأى إذا اشترى طعاماً جزأفاً أن لا يبيعه حتى يؤويه إلى رحله، والأدب في ذلك، ج ٣، ص ٩٠، صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض، ج ١٠، ص ١٦٩ (صحيح مسلم بشرح النووي).

(٤) صحيح مسلم، كتاب: البيوع، باب: بطلان بيع المبيع قبل القبض، ج ١٠، ص ١٧٢، وأخرجه أحمد في «المسند»، ج ٣، ص ٣٩٢.

ومنها:

ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه قال: نهى رسول الله ﷺ «أن يشتري الطعام ثم يباع حتى يستوفى». أخرجه مسلم ^(١).

وجه الدلالة من الأحاديث السابقة:

دلت الأحاديث السابقة وما في معناها بمنطوقها على النهي عن بيع الطعام قبل قبضه.

ودلت بمفهومها على أن حكم غير الطعام - ومنه العقار - بخلاف حكم الطعام، وأنه يصح بيعه قبل قبضه ^(٢).

قال الزركشي رحمته الله:

«وهذه الأحاديث شاملة بمنطوقها لكل طعام، ومفهومها أن غير الطعام ليس كذلك، وهو في معنى مفهوم الصفة؛ لأنه اسم مشتق، لا اسم جامد كزيد ونحوه» ^(٣).

المناقشة:

ناقش النووي الاستدلال بهذه الأحاديث فقال:

«والجواب عن احتجاجهم بأحاديث النهي عن بيع الطعام من وجهين:

أحدهما: أن هذا الاستدلال بداخل الخطاب، والتنبيه مقدّم عليه، فإنه إذا نهى عن بيع الطعام مع كثرة الحاجة إليه فغيره أولى.

(١) صحيح مسلم، كتاب: البيوع، باب: بطلان بيع المبيع قبل القبض، ج ١٠، ص ١٧١.

(٢) شرح معاني الآثار، ج ٤، ص ٣٨، الفروق، ج ٣، ص ٢٨٠، تهذيب الفروق، ج ٣، ص ٢٨٦، بداية المجتهد، ج ٢، ص ١٤٥، المجموع، ج ٩، ص ٢٧١، المغني، ج ٤، ص ١٢٢، الشرح الكبير، ج ٢، ص ٤٠٤.

(٣) شرح الزركشي على مختصر الخرقى، ج ٤، ص ٢٠١٧ - ٢٠١٨.

والثاني: أن النطق الخاص مقدّم عليه، وهو حديث حكيم، وحديث زيد^(١).

دفع هذه المناقشة:

يمكن الإجابة عن هذه المناقشة بأن الوجه الأول، وهو قوله: «إن هذا الاستدلال بداخل الخطاب، والتنبية مقدم عليه، فإنه إذا نهى عن بيع الطعام مع كثرة الحاجة إليه فغيره أولى». أن هذه المناقشة محلّ نظر:

لأنه قد اختلف في كون النهي عن بيع الطعام قبل قبضه معللاً أو غير معلل.

فقال بعض المالكية: إن الصحيح عند أهل المذهب: أن هذا النهي تعبدي.

وقيل: إنه معقول المعنى؛ لأن الشارع له غرض في ظهوره، فلو أجزى بيعه قبل قبضه لباع أهل الأموال بعضهم من بعض من غير ظهور بخلاف ما إذا منع ذلك فإنه ينتفع به الكيال والحّمّال، ويظهر للفقراء فتقوى به قلوب الناس ولا سيما في زمن المسغبة والشدة^(٢).

وقال غيرهم: إن معنى اختصاص النهي عن بيعه قبل القبض؛ لأنه أشرف من غيره، لكونه سبب قيام البنية، وعماد الحياة، فشدّد الشارع في اشتراط قبضه قبل بيعه على عاداته في تكثير الشروط فيما عظم شرفه،

(١) المجموع، ج ٩، ص ٢٧١، وحديث حكيم المشار إليه هو قوله ﷺ: «إذا ابتعت بيعاً فلا تبعه حتى تقبضه». أخرجه البيهقي، وحديث زيد المشار إليه هو: «أن النبي ﷺ نهى أن تباع السلع حيث تتباع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم». أخرجه أحمد وأبو داود. وسيأتي الكلام عنهما مفصلاً عند ذكر أدلة القول الثاني ومناقشتها.

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج ٣، ص ١٥١، بلغة السالك، ج ٢، ص ٤٩٤.

كاشتراط الولي والصدّاق في عقد النكاح دون عقد البيع، وشرط في القضاء ما لم يشترطه في منصب الشهادة^(١).

وبناء على هذا فإن ما ذكره النووي من التنبيه: إذا كان النهي عن بيع الطعام قبل قبضه تعبدي، فلا يرد ما ذكره من التنبيه.

وأما إذا كان معقول المعنى فإن ما ذكر من المعنيين السابقين هو أولى وأقرب إلى الرجحان فيما يظهر.

وأما الوجه الثاني:

وهو قوله: «إن النطق الخاص مقدم عليه، وهو حديث حكيم، وحديث زيد»، فيمكن دفع هذه المناقشة بما يلي:

أولاً: أن الاستدلال بهذين الحديثين هو محلُّ نظر سَيِّبُنُ عند إيرادهما في أدلة القول الثاني.

ثانياً: أن هذه الأحاديث تُرَجَّح لكثرة رواياتها وتُقدِّم على حديث حكيم، وحديث زيد.

ثالثاً: أن أحاديث النهي عن بيع الطعام قبل قبضه وما يفهم منها من صحة بيع غيره قبل قبضه، مخرجة في الصحيحين وغيرهما، وهي أشهر فتكون أولى.

رابعاً: أن أحاديث النهي عن بيع الطعام قبل قبضه خاصة، وحديث حكيم بن حزام، وما في معناه عامة، فيؤخذ بالأحاديث التي نصّت على النهي عن بيع الطعام قبل قبضه، وهذا من باب تقديم الخاص على العام عند تعارضهما، أو من باب حمل المطلق على المقيد^(٢).

(١) الفروق، ج ٣، ص ٢٨١.

(٢) ذكر هذا القرافي في الفروق، ج ١، ص ١٩٣، وناقشه.

خامسًا: أن أحاديث النهي عن بيع الطعام قبل قبضه وما يفهم منها من صحة بيع غيره، موافقة للقياس؛ لأن الأصل صحة البيع قبل القبض لعموم الأدلة، فتكون أولى، ولأنها أشبه بظاهر القرآن. والله تعالى أعلم.

الدليل الثالث: أنه يصح بيع العقار قبل قبضه، قياسًا على التصرف قبل القبض في المهر، وبدل الخلع، والعتق، وبدل الصلح عن دم العمد^(١)، وذلك أن ما لا ينفسخ العقد بهلاكه يصح التصرف فيه قبل قبضه لعدم توهم غرر الانفساخ بهلاك المعقود عليه.

الدليل الرابع: أن ركن البيع صدر من أهله، لكونه بالغًا عاقلًا غير محجور عليه، وقد صادف محلًا صالحًا للبيع، وهو العقار المملوك للبايع، وذلك يقتضي الجواز؛ لأن المانع من البيع قبل القبض، هو غرر الانفساخ بهلاك المبيع قبل قبضه، وهذا نادر في العقار، والنادر لا عبرة به، فلا يمنع الجواز^(٢).

ولأنه يصح «بيع الدور والأرضين، قبل قبض مشتري إياها، لأنها لا تنقل ولا تحول وسائر البيعات^(٣) ليست كذلك»^(٤).

أدلة القول الثاني:

استدل أصحابه بالأدلة الآتية:

الدليل الأول: ما رواه حكيم بن حزام قال: يا رسول الله إني أبيع بيوعًا

(١) تبين الحقائق، ج ٤، ص ٨٠.

(٢) الهداية، ج ٥، ص ٢٦٦، بدائع الصنائع، ج ٥، ص ١٨٠، فتح القدير، ج ٥، ص ٢٦٦، الاختيار لتعليل المختار، ج ٢، ص ٨، كشف الحقائق، ج ٢، ص ٢٨، الدرر الحكام، ج ٢، ص ١٨٣، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٧٩، اللباب في شرح الكتاب، ج ٢، ص ٣٥.

(٣) وفي نسخته: «البياعات»، كما أشار إلى ذلك مصحح شرح معاني الآثار.

(٤) شرح معاني الآثار، ج ٤، ص ٤١.

كثيرة فما يحل لي منها مما يحرم علي؟ قال: يا ابن أخي إذا ابتعت بيعاً فلا تبعه حتى تقبضه»^(١). أخرجه البيهقي^(٢).

وجهة الدلالة من الحديث:

أن النبي ﷺ حين سأله حكيم بن حزام رضي الله عنه عن البيوع التي تحلُّ له من التي تحرم عليه، بيّن له رضي الله عنه أنه إذا اشترى شيئاً فلا يبيعه حتى يقبضه، وهذا عام في كل مبيع.

المناقشة:

يناقش استدلالهم بهذا الحديث من وجوه:

(١) بداية المجتهد، ج ٢، ص ١٤٥، المهذب، ج ١، ص ٢٦٩، المجموع، ج ٩، ص ٢٧١، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٦٨، نهاية المحتاج، ج ٤، ص ٨٣، المحلى، ج ٩، ص ٥٩٣، فتح الباري، ج ٤، ص ٣٥٠.

(٢) هو في سننه الكبرى، ج ٥، ص ٣١٣، من طريق يحيى بن أبي كثير، عن يوسف بن ماهك، عن عبدالله بن عصمة، عن حكيم به، وقال: لم يسمعه يحيى من يوسف، إنما سمعه من يعلى بن حكيم عن يوسف، ثم رواه كذلك، وقال: هذا إسناد حسن متصل. ورواه الدارقطني في كتاب البيوع، ج ٣، ص ٨، رقم ٢٥ ورواه ابن أبي شيبة، ج ٦، ص ٣٦٥، ورواه الإمام أحمد في مسنده، ج ٣، ص ٤٠٢، عن يوسف بن ماهك عن حكيم ابن حزام قال قلت: يا رسول الله يأتيني الرجل يسألني البيع ليس عندي ما أبيع، ثم أبيع من السوق فقال: لا تبع ما ليس عندك.

ورواه أصحاب السنن أيضًا بهذا اللفظ كما في سنن: النسائي كتاب البيوع، باب: بيع ما ليس عندك، ج ٧، ص ٢٨٩، وفي سنن ابن ماجه، كتاب التجارات، باب النهي عن بيع ما ليس عندك، وعن ربح ما لم يضمن، ج ٢، ص ٧٣٧، حديث رقم: ٢١٨٧. وقد اختلف في معناه، على ثلاثة أقوال:

الأول: أن معناه: أن يبيع السلعة المعينة التي هي مال الغير فيبيعهها ثم يتمكّلها ويسلمها إلى المشتري، والمعنى: لا تبع ما ليس عندك من الأعيان.

الثاني: أن معناه: أنه يأتيه الشخص فيقول أريد طعاماً أو ثوباً أو غير ذلك فيقول نعم أعطيك فيبيعه منه، ثم يذهب فيحصله من عند غيره إذا لم يكن عنده، فالطالب: طلب الجنس لم يطلب شيئاً معيناً.

الثالث: أن المراد به: أن يبيع ما في الذمة مما ليس هو ملكاً له ولا يقدر على تسليمه ويربح فيه قبل أن يملكه ويضمته ويقدر على تسليمه. زاد المعاد، ج ٤، ص ٢٦٣ - ٢٦٤.

الوجه الأول: أن في سند هذا الحديث: عبدالله بن عصمة الجشمي، قال عنه عبد الحق: ضعيف جداً، وتبعه على ذلك ابن القطان^(١)، وقال عنه الذهبي:

لا يعرف^(٢).

وقال عنه ابن حزم: متروك^(٣).

وقد أجيب عن هذه المناقشة:

بأن عبدالله بن عصمة مقبول الحديث، وقد ذكره ابن حيان في «الثقات»^(٤)، والذين ضعّفوه اشتبه عليهم عبدالله بن عصمة هذا بغيره ممن يسمّى بهذا الاسم^(٥).

قال ابن حجر بعد أن أورد فيه الجرح السابق والقول بأنه مجهول ما نصّه:

«وهو جرح مردود؛ فقد روى عنه ثلاثة، واحتج به النسائي»^(٦).

الوجه الثاني: أن هذا الحديث فيه اضطرابٌ في سنده، وفيه رجلٌ لم يسمّ.

وقد أجيب عن ذلك:

بأنه قد رُوي من وجه ليس فيه اضطراب، وقد وردت فيه تسمية الرجل

الذي لم يسمّ في الرواية الأولى^(٧).

(١) نصب الرأية، ج ٤، ص ٣٢ - ٣٣، تلخيص الحبير، ج ٣، ص ٥، فتح القدير، ج ٥، ص ٢٦٤.

(٢) ميزان الاعتدال، ج ٢، ص ٤٦١.

(٣) المحلى، ج ٩، ص ٥٩٤.

(٤) ج ٥، ص ٢٧.

(٥) نصب الرأية، ج ٤، ص ٣٣.

(٦) تلخيص الحبير، ج ٣، ص ٥، رقم الحديث ١١٢٦.

(٧) انظر في ذلك: المحلى، ج ٩، ص ٥٩٤، نصب الرأية، ج ٤، ص ٣٢ - ٣٣، تلخيص

الحبير، ج ٣، ص ٥، فتح القدير لابن الهمام، ج ٥، ص ٢٦٤.

الوجه الثالث: أنه قد يناقش هذا الحديث بأن العموم الوارد فيه مخصوصٌ بالطعام؛ فقد أخرجه النسائي عن حكيم بن حزام بألفاظ، منها: «قال لي رسول الله ﷺ: لا تبع طعامًا حتى تشتريه وتستوفيه». وفي رواية: قال حكيم بن حزام: «ابتعت طعامًا من طعام الصدقة فربحت فيه قبل أن أقبضه، فأتيت رسول الله ﷺ فذكرت ذلك له فقال: لا تبعه حتى تقبضه»^(١).

الدليل الثاني: ما رواه زيد بن ثابت «أن النبي ﷺ نهى أن تباع السلع حيث تباع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم»^(٢). أخرجه أحمد^(٣).

وجه الدلالة من الحديث:

أن النبي ﷺ قد نهى أن تباع السلع قبل حيازتها، ولم يخص سلعة دون سلعة، بل شمل النهي كل السلع، والنهي يقتضي التحريم.

(١) سنن النسائي كتاب البيوع: باب: بيع الطعام قبل أن يستوفي، ج ٧، ص ٢٨٥.

(٢) المجموع، ج ٩، ص ٢٧١، المغني، ج ٤، ص ١٢٧، الشرح الكبير، ج ٢، ص ٤٠٦.

(٣) هو في مسند أحمد، ج ٥، ص ١٩١، من طريق محمد بن إسحاق عن أبي الزناد عن عبيد بن حنين عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: قدم رجل من أهل الشام بزيت فساومته فيمن ساومه من التجار حتى ابتعته منه، حتى قال، فقام رجل فربحني فيه حتى أرضاني فأخذت بيده لأضرب عليها فأخذ رجل بذراعي من خلفي فالتفت إليه فإذا زيد بن ثابت، فذكر الحديث.

ورواه الدارقطني في كتاب البيوع، ج ٣، ص ١٣، برقم ٣٦.

وأخرجه الحاكم في المستدرک، كتاب البيوع، باب: نهى النبي أن تباع السلع حيث تباع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم، ج ٢، ص ٤٠ وقال: هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه، وقد أخرجه الحاكم بإسنادين الأول عن محمد بن إسحاق عن نافع عن ابن عمر عن رسول الله ﷺ به.

والثاني: عن محمد بن إسحاق عن أبي الزناد عن عبيد بن حنين عن ابن عمر قال: «ابتعت زيتًا في السوق فلما استوجبت له لقيني رجلٌ فأعطاني به ربحًا فأردت أن أضرب على يديه، فأخذ رجل من خلفي بذراعي، فالتفت إليه فإذا زيد بن ثابت، فقال: لا تبعه حيث ابتعته حتى تحوزه إلى رحلك، فإن رسول الله ﷺ نهى أن تباع السلع حيث تباع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم».

المناقشة:

الوجه الأول: نوقش هذا الاستدلال من وجهين:

أن هذا الحديث من رواية محمد بن إسحاق بن يسار عن أبي الزناد، وابن إسحاق مختلف في الاحتجاج به، وهو مدلس، وقد قال عن أبي الزناد، والمدلس إذا قال: «عن» لا يحتج به^(١).

وقد أجاب النووي عن هذه المناقشة بعد ذكره لها بقوله:

«لكن لم يضعّف أبو داود هذا الحديث، وقد سبق أن ما لم يضعفه فهو حجة عنده، فلعله اعتضد عنده، أو ثبت عنده بسماع ابن إسحاق له عن أبي الزناد»^(٢).

الوجه الثاني: أن الحديث على فرض صحته، فإنه يناقش بأنه ليس عامًّا في كل مبيع، بل هو خاصٌّ بالمنقول؛ لأنه هو الذي يمكن حيازته ونقله إلى رحالهم^(٣)، حيث جاء فيه قوله ﷺ «... حتى يحوزها التجار إلى رحالهم»، والعقار لا يمكن فيه ذلك فدلَّ هذا على أن المقصود به المنقول، بل قد ورد في سياق الحديث أن المبيع كان زيتًا، كما سبق ذكره في أثناء تخريجه.

الدليل الثالث: ما روى عتاب بن أسيد أنه لما بعثه النبي ﷺ إلى مكة قال له: «انهمم عن بيع ما لم يقبضوا، وربح ما لم يضمّنوا»^(٤). أخرجه البيهقي في سننه^(٥).

(١) المجموع، ج ٩، ص ٢٧١.

(٢) المجموع، ج ٩، ص ٢٧١.

(٣) ينظر فتح القدير لابن الهمام، ج ٥، ص ٢٦٦.

(٤) فتح العزيز، ج ٨، ص ٤١٥، المغني، ج ٤، ص ١٢٧، الشرح الكبير، ج ٢، ص ٤٠٦.

(٥) السنن الكبرى، كتاب البيوع، باب النهي عن بيع ما لم يقبض وإن كان غير طعام، ج ٥، ص ٣١٣، وقال: تفرد به يحيى بن صالح الأيلي، وهو منكر بهذا الإسناد.

وقد نوقش هذا الحديث:

بأنه ضعيف، وفيه اختلاف واضطراب، كما ذكر ابن حجر^(١)، وأشار إلى ذلك في «المغني»^(٢)، و«الشرح الكبير»^(٣).

وقال: البيهقي - بعد روايته له -: تفرد به يحيى بن صالح الأيلي، وهو منكر بهذا الإسناد، كما سبق بيانه آنفاً عند تخريجه.

وأما القرافي رحمته الله؛ فقد ناقش هذا الحديث، وما في معناه فقال:

«المراد بها نهيه عليه السلام عن بيع ما ليس عندك، فينهى الإنسان عن بيع ملك غيره، ويضمن تخليصه؛ لأنه غرر»^(٤).

كما أن الإمام أحمد رحمته الله حين سئل عن النهي عن ربح ما لم يضمن أجاب: بأنه في الطعام، وما أشبهه، من مأكول، أو مشروب، فلا تبعه حتى تقبضه^(٥).

الدليل الرابع: آثار مروية عن الصحابة:

وذلك أنه ثبت عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: «أما الذي نهى عنه النبي صلى الله عليه وسلم فهو الطعام أن يباع حتى يقبض. قال ابن عباس رضي الله عنهما: ولا أحسب كل شيء إلا مثله».

= وأخرجه ابن ماجه مختصراً عن عتاب بن أسيد قال: «لما بعثه رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى مكة، نهاه عن شف ما لم يضمن»، سنن ابن ماجه، كتاب التجارات، باب: النهي عن بيع ما ليس عندك، وعن ربح ما لم يضمن، ج ٢، ص ٧٣٨، حديث رقم: ٢١٨٩، قال في الزوائد: «في إسناده ليث بن أبي سليم، ضعيف ومدلس، وعطاء، هو ابن أبي رباح، لم يدرك عتاباً».

(١) انظر: تلخيص الحبير، ج ٣، ص ٢٥.

(٢) ج ٤، ص ١٢٨.

(٣) ج ٢، ص ٤٠٦.

(٤) الفروق، ج ٣، ص ٢٨١.

(٥) المغني، ج ٤، ص ١٢٢.

وفي رواية مسلم: «وأحسب كل شيء بمنزلة الطعام». الحديث متفق عليه^(١).

وروي عن جابر، في الرجل يبتاع المبيع، فيبيعه قبل أن يقبضه، قال: أكرهه. أخرجه الطحاوي^(٢).

وجه الدلالة من ذلك:

ما ذكره الطحاوي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ من أن:

«ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، لم يمنعه قصد النبي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بالنهي إلى الطعام، أن يدخل في ذلك النهي، غير الطعام»^(٣).

وكذلك ما ورد عن جابر بن عبدالله رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: يدل على أنه قد سوَّى بين الأشياء المبيعة في ذلك.

المناقشة:

يمكن مناقشة ما ثبت عن ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا من قوله: «وأحسب كل شيء بمنزلة الطعام»، أن الحجة في روايته لا في رأيه، وروايته ناطقة بتخصيص النهي بالطعام دون غيره فعليها يعتمد.

وأما ما روي عن جابر بن عبدالله رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا فيمكن حمله على الكراهة التنزيهية؛ لأنه قال: «أكرهه».

على أن قول الصحابي يكون حجة إذا لم يخالفه غيره من الصحابة، أما إذا خالفه غيره فيتخير من أقوالهم ما هو أقرب إلى الكتاب والسنة، وقد

(١) صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب بيع الطعام قبل أن يقبض ويبع ما ليس عندك، ج ٣، ص ٨٩، صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب: بطلان بيع المبيع قبل القبض، ج ١٠، ص ١٦٨، (صحيح مسلم بشرح النووي).

(٢) شرح معاني الآثار: باب ما نهى عن بيعه حتى يقبض، ج ٣، ص ٣٩.

(٣) المصدر السابق، نفس الجزء والصفحة.

خالفهما في ذلك عثمان بن عفان رضي الله عنه فإنه قد روي عنه أنه قال: «لا بأس إذا اشترى الرجل المبيع أن يبيعه قبل أن يقبضه ما خلا الكيل والوزن»^(١). ولعل قوله هو الأقرب للرجحان لموافقته لعموم القرآن في إباحة البيع، ويتأكد ذلك بما فهم من نهي النبي ﷺ عن بيع الطعام قبل قبضه، فإنه يفهم منه أن غير الطعام بخلاف. والله تعالى أعلم.

الدليل الخامس: القياس:

وقالوا فيه:

يقاس المبيع غير الطعام، ومنه العقار على الطعام المنهي عن بيعه قبل قبضه^(٢)؛ لأنه لم يتم الملك عليه فربما هلك قبل قبضه، فانفسخ العقد، وذلك غرر فلم يجوز بيعه قبل قبضه كالمكيل والموزون^(٣).

المناقشة:

ناقش القرافي القياس بأنه قياس مع الفارق؛ فقال - مبيناً الفرق بين الطعام وغيره -:

«الفرق بأن الطعام أشرف من غيره، لكونه سبب قيام البنية، وعماد الحياة، فشدّد الشرع على عاداته في تكثير الشروط فيما عظم شرفه، كاشتراط الولي والصدّاق في عقد النكاح دون عقد البيع، وشرط في القضاء ما لم يشترطه في منصب الشهادة»^(٤).

«وقولهم: لم يتم الملك عليه: ممنوع، فإن السبب المقتضي للملك

(١) المحلى، ج ٩، ص ٥٩٦.

(٢) المجموع، ج ٩، ص ٢٧١، الفروق، ج ٣، ص ٢٨١، تهذيب الفروق، ج ٣، ص ٢٨٦.

(٣) المهذب، ج ١، ص ٢٦٩، المغني، ج ٤، ص ١٢٧، الشرح الكبير، ج ٢، ص ٤٠٦.

(٤) الفروق، ج ٣، ص ٢٨١.

متحقق، وأكثر ما فيه تخلف القبض، واليد ليست شرطاً في صحة البيع^(١)،
بدليل جواز بيع ما ورثه قبل قبضه، وبيع ما أقرضه أو أعاره قبل استرجاعه
عند الشافعية^(٢).

ثم هو قياس مع الفارق؛ لأن العقار ينذر هلاكه بخلاف الطعام.

الدليل السادس: المعنى:

قال الرافعي في أثناء ذكر أدلة الشافعية على عدم صحة البيع قبل القبض
مطلقاً:

«وذكر الأصحاب من طريق المعنى سببين:

أحدهما: أن الملك قبل القبض ضعيف، لكون المبيع من ضمان البائع،
وانفساخ البيع لو تلف، فلا يفيد ولاية التصرف.

والثاني: أنه لا يتوالى ضمانا عقدين في شيء، ولو نفذنا البيع من
المشتري لأفضى الأمر إليه؛ لأن المبيع مضمون على البائع للمشتري، وإذا
نفذ منه صار مضموناً عليه للمشتري الثاني، فيكون الشيء الواحد مضموناً له
وعليه، في عقدين^(٣).

المناقشة:

وقد ناقش ذلك الرافعي بنفسه فقال:

«تعنون بضعف الملك: الانفساخ لو فرض تلف، أو شيئاً آخر، إن عنيتم
شيئاً آخر فهو ممنوع، وإن عنيتم الأول، فلم قلت: إن هذا القدر يمنع صحة
البيع.

وأما الثاني: فلا يعرف لكون المبيع من ضمانه معنى: سوى أنه لو تلف

(١) المغني، ج ٤، ص ١٢٨، الشرح الكبير، ج ٢، ص ٤٠٦.

(٢) قال الماوردي في «الإقناع» ص ٩٣: «ويجوز بيع ما ورثه قبل قبضه، وبيع ما أقرضه أو أعاره قبل استرجاعه».

(٣) فتح العزيز، ج ٨، ص ٤١٥ - ٤١٦.

ينفسخ البيع، ويسقط الثمن، فلم لا يجوز أن يصح البيع؟ ثم لو تلف في يد البائع ينفسخ البيعان، ويسقط الثمنان، ويتبين أنه هلك في يده!»^(١).

وقد ذكر ابن رجب اختيار ابن عقيل من الحنابلة (رحمهم الله) في منع بيع الأعيان قبل القبض؛ حيث علل لذلك: بأن العقد الأول لم يتم حيث بقي من أحكامه التسليم، فلا يرد عليه عقد آخر قبل انبرامه، ثم ذكر ابن رجب من علل بتوالي الضمانين، وناقش ذلك فقال:

«والتعليل بتوالي الضمانين ضعيف؛ لأنه لا محذور فيه، كما لو تباع الشقص المشفوع جماعة، ثم انتزعه الشفيع من الأول، وكذلك التعليل بخشية انتقاض الملك بتلفه عند البائع يبطل بالثمر المشتري في رؤوس الشجر، وبإجارة المنافع المستأجرة»^(٢).

أدلة القول الثالث:

وهو القول بعدم صحة بيع العقار قبل قبضه إن اشتراه مقدراً بذرع، وإن اشتراه بغير تقدير صحح؛ استدلل أصحابه على أن ما اشتراه مقدراً بذرع من عقار ونحوه لا يصح بيعه قبل قبضه:

بما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال: «مضت السنة: أن ما أدركته الصفقة^(٣) حياً مجموعاً^(٤)، فهو من مال المبتاع»، ذكره البخاري من قول ابن عمر رضي الله عنهما تعليقاً^(٥).

(١) المصدر السابق، الجزء نفسه، ص ٤١٦.

(٢) القواعد لابن رجب، ص ٧٩.

(٣) الصفقة: أي: العقد، وإسناد الإدراك إلى العقد مجاز، أي: ما كان عند العقد موجوداً وغير منفصل. (فتح الباري، ج ٤، ص ٣٥٢).

(٤) أي لم يتغير عن حالته. (المصدر السابق نفس الجزء والصفحة).

(٥) ذكره البخاري في كتاب البيوع - باب إذا اشترى متاعاً أو دابة فوضعه عند البائع أو مات قبل أن يقبض، ج ٣، ص ٩٠ ولفظه: «وقال ابن عمر رضي الله عنهما: ما أدركت الصفقة حياً مجموعاً فهو من المبتاع».

قال الزركشي: احتج به أحمد.

وقول الصحابي: «مضت السنة: ينصرف إلى سنة رسول الله ﷺ، وهو يدل بمفهومه على أن المبيع من مال البائع»^(١).

فهذا الأثر يدل بمنطوقه: أن الحي المجموع المتعين يكون من مال المشتري، ومفهومه أن غير المتعين من مال البائع^(٢).

المناقشة:

يمكن مناقشة الاستدلال به من وجوه:

الأول: أنه ليس عند أحد ممن رواه جملة: «مضت السنة». وبالتالي فلا

= وقد وصله الطحاوي في شرح معاني الآثار كتاب البيوع مال خيار البيعين حتى يتفرقا، ج ٤، ص ١٦، وقال في روايته: فهو من مال المبتاع، ولكن ليس فيه «مجموعاً». والدارقطني في سننه، كتاب البيوع، ج ٣، ص ٥٣، رقم ٢١٥ من طرق عن الأوزاعي عن الزهري عن حمزة بن عبدالله بن عمر، عن أبيه في روايته فهو من مال المبتاع، وكذلك ذكره ابن حزم في المحلى، ج ٨، ص ٣٧٥.

وأورده ابن أبي حاتم في «العلل»، ج ١، ص ٣٩٤، برقم ١١٨٢ من طري حاتم بن إسماعيل عن الأوزاعي عن الزهري عن سالم عن أبيه عن النبي ﷺ فذكره، وقال: «قال أبي: هذا خطأ، إنما هو الزهري عن حمزة بن عبدالله عن أبيه» اهـ.

وليس في الكتب السابقة جملة: مضت السنة، كما هو ظاهر من ألفاظها المنقولة آنفاً. وقد نبه على هذا أيضاً الألباني في إرواء الغليل، ج ٥، ص ١٧٣. ونبه على ذلك أيضاً فضيلة الشيخ الدكتور عبدالله بن عبد الرحمن الجبرين في تحقيقه شرح الزركشي، فقال في ج ٤، ص ٢٠١١: «وليس عند أحد ممن رواه جملة: مضت السنة، ولعل الشارح تبع في ذكرها غيره من الفقهاء، فقد أورده أبو محمد في المغني ٤/١٢٢ عن الأوزاعي عن الزهري عن حمزة بن عبدالله أنه سمع عبدالله بن عمر يقول: مضت السنة.. رواه البخاري من قوله تعليقاً، وقول الصحابي: مضت السنة، يقتضي سنة النبي ﷺ اهـ.

وهكذا تناقله الفقهاء كما في المبدع ٤/١١٩، وكشاف القناع ٣: ١٩٩ والروض المربع ١٠١/٢ وغيرها كما ذكره الزركشي» اهـ.

(١) شرح الزركشي على مختصر الخرقى، ج ٤، ص ٢٠١١.

(٢) تحقيق الشيخ الدكتور عبدالله بن عبد الرحمن الجبرين لشرح الزركشي، ج ٤، ص ٢٠١٢.

ينصرف إلى سنة النبي ﷺ، ولم يثبت رفعه كما سبق بيان ذلك قريباً عند تخريجه، وعليه فهو موقوف على ابن عمر رضي الله عنهما، فلا يخصص الأحاديث الثابتة عنه عليه السلام المتضمنة النهي عن بيع الطعام قبل قبضه مطلقاً، والتي يفهم منها صحة بيع العقار قبل قبضه.

الثاني: أنه قد اختلف في تفسير هذا الأثر:

فقال الطحاوي: ذهب ابن عمر إلى أن الصفقة إذا أدركت شيئاً حياً فهلك بعد ذلك عند البائع فهو من ضمان المشتري، فدلّ على أنه كان يرى أن البيع يتم بالأقوال قبل الفرقة بالأبدان^(١).

وقال بعضهم المراد به: المبيع المعين، وفرع عليه أن المبيع إذا كان معيناً دخل في ضمان المشتري بمجرد العقد، ولو لم يقبض، بخلاف ما يكون في الذمة، فإنه لا يكون من ضمان المشتري إلا بعد القبض^(٢).

وبناء على هذا الاختلاف في تفسير هذا الأثر يبقى الاحتجاج به في هذا الموضوع محل نظر.

الوجه الثالث: أن هذا الأثر يشعر بأنه في الحيوان لقوله فيه «حياً» يؤيد هذا أن البخاري رحمته الله أورده في باب «إذا اشترى متاعاً أو دابة فوضعه عند البائع، أو مات قبل أن يقبض»، وأورد معه حديث عائشة في قصة الهجرة، وفيه قول أبي بكر رضي الله عنه: «يا رسول الله، إن عندي ناقتين أعددتهما للخروج، فخذ إحداهما، قال: قد أخذتها بالثمن»^(٣). والله تعالى أعلم.

(١) شرح معاني الآثار، ج ٤، ص ١٦، فتح الباري، ج ٤، ص ٣٥٢، وقد تعقب فيه الطحاوي.

(٢) فتح الباري، ج ٤، ص ٣٥٢.

(٣) صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب: إذا اشترى متاعاً أو دابة فوضعه عند البائع، أو مات قبل أن يقبض، ج ٣، ص ٩٠.

وأما إذا كان المبيع ليس فيه تقدير بالذرع فإنه يصح بيعه قبل قبضه : فقد استدلل له في «شرح منتهى الإرادات»^(١) بحديث ابن عمر : كنا نبيع الإبل بالبقيع^(٢) بالدرهم فنأخذ عنها الدنانير وبالعكس ، فسألنا رسول الله ﷺ ، فقال : لا بأس أن تؤخذ السعر يومها ما لم تتفرقا وبينكما شيء . رواه أحمد وغيره^(٣) .

ولعل وجه الدلالة من هذا الحديث : أن هذا تصرف في الثمن قبل قبضه ، وهو أحد العوضين ، فدل ذلك على جواز التصرف في المبيع قبل قبضه إذا كان المبيع ليس فيه تقدير .

قال : «البغوي» :

«يحتج بحديث .. ابن عمر من يجوز بيع ما اشتراه قبل القبض سوى الطعام ؛ لأنه يجوز بيع الثمن الذي وقع عليه العقد قبل القبض ، فكذلك يجوز بيع المثلث إلا ما خصته السنة وهو الطعام»^(٤) .

(١) ج ٢ ، ص ١٨٩ .

(٢) البقيع : قال ابن حجر في «تلخيص الحبير» ، ج ٣ ، ص ٢٦ ما نصه : «البقيع المذكور بالباء الموحدة ، كما وقع عند البيهقي في بقيع الغرقد ، قال النووي : ولم تكن كثرت إذ ذاك فيه القبور ، وقال ابن باطيش : لم أر من ضبطه ، والظاهر أنه بالنون» .

(٣) أخرجه أحمد في «المسند» ، ج ٢ ، ص ٨٣ ، ١٣٩ ، وأخرجه الترمذي في السنن ، كتاب البيوع ، باب ما جاء في الصرف ، ج ٣ ، ص ٥٤٤ ، وأبو داود في «سننه» كتاب البيوع ، باب في اقتضاء الذهب من الورق ، ج ٣ ، ص ٦٥٠ ، والنسائي في «سننه» ، كتاب البيوع ، باب أخذ الورق من الذهب ، ج ٧ ، ص ٢٨٣ ، وابن ماجه في «سننه» كتاب : التجارات ، باب : اقتضاء الذهب من الورق ، ج ٢ ، ص ٧٦٠ ، حديث رقم : ٢٢٦٢ ، والدارقطني في «سننه» كتاب البيوع ، ج ٣ ، ص ٢٣ ، حديث رقم : ٨١ ، والحاكم في «المستدرک» ، ج ٢ ، ص ٤٤ ، واختلف في رفعه ووقفه : فقال الترمذي : «لا نعرفه مرفوعاً إلا من حديث سماك» ، وكذلك قال البيهقي : مثله . وصححه الحاكم والدارقطني . وضعفه الألباني ، ينظر في الحكم على الحديث : نصب الراية ، ج ٤ ، ص ٣٣ ، تلخيص الحبير ، ج ٣ ، ص ٢٥ ، الهداية في تخريج أحاديث البداية ، ج ٧ ، ص ٣٨٦ ، تحفة المحتاج إلى أدلة المنهاج ، ج ٢ ، ص ٢٣٣ ، إرواء الغليل ، ج ٥ ، ص ١٧٣ .

(٤) شرح السنة ، ج ٨ ، ص ١١٣ .

قلت: والذي ظهر لي مما نقله ابن قدامه في «المغني» أن الإمام أحمد رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ يرى: أن النهي عن بيع المبيع قبل قبضه خاص بالطعام سواء كان مكياً أو موزوناً أو لم يكن، وأن ما عداه يجوز بيعه قبل قبضه؛ حيث قال رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «ونقل عن الإمام أحمد: أن المطعوم لا يجوز بيعه قبل قبضه، سواء كان مكياً أو موزوناً، أو لم يكن، وهذا يقتضي أن الطعام خاصة لا يدخل في ضمان المشتري حتى يقبضه، فإن الترمذي روى عن أحمد أنه أرخص في بيع ما لا يكال ولا يوزن مما لا يؤكل ولا يشرب قبل قبضه.

وقال الأثرم: سألت أبا عبدالله عن قوله: «نهى عن ربح ما لم يضمن»، قال: هذا في الطعام، وما أشبهه من مأكول أو مشروب، فلا يبيعه حتى يقبضه.

قال ابن عبد البر: الأصح عن أحمد بن حنبل: أن الذي يمنع من بيعه قبل قبضه هو الطعام.

وذلك لأن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ «نهى عن بيع الطعام قبل قبضه» فمفهومه: إباحة بيع ما سواه قبل قبضه»^(١)، ثم ذكر جملة من الأحاديث التي وردت في النهي عن بيع الطعام قبل قبضه ثم قال:

«قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أن من اشترى طعاماً فليس له أن يبيعه حتى يستوفيه.

ولو دخل في ضمان المشتري جاز له بيعه والتصرف فيه كما بعد القبض، وهذا يدل على تعميم المنع في كل طعام مع تنصيبه على البيع مجازفة بالمنع... ويدل بمفهومه على أن ما عدا الطعام يخالفه في ذلك»^(٢).

(١) المغني، ج ٤، ص ١٢٢.

(٢) المغني، ج ٤، ص ١٢٢.

ثم تحدّث ﷺ عن قول الخرقى: «ومن اشترى ما يحتاج إلى قبضه لم يجز بيعه حتى يقبضه» فقال: قد ذكرنا الذي لا يحتاج إلى قبض والخلاف فيه، وكل ما يحتاج إلى قبض إذا اشتراه لم يجز لبيعه حتى يقبضه لقول النبي ﷺ: «من ابتاع طعاماً فلا يبيعه حتى يستوفيه». متفق عليه... وأما غير ذلك فيجوز بيعه قبل قبضه في أظهر الروايتين^(١).

ثم استدللّ لهذه الرواية الظاهرة عنده فقال: ولنا:

ما روى ابن عمر قال: «كنا نبيع بالبقيع بالدرهم فنأخذ بدل الدرهم الدنانير، ونبيعها بالدنانير فنأخذ بدلها الدرهم. فسألنا النبي ﷺ عن ذلك؟ فقال: «لا بأس إذا تفرقتما وليس بينكما شيء»^(٢).

وهذا تصرف في الثمن قبل قبضه، وهو أحد العوضين.

وروى ابن عمر أنه كان على بكر صعب^(٣) - يعني لعمر - فقال النبي ﷺ لعمر: «بعنيه» فقال: هو لك يا رسول الله، فقال النبي ﷺ: «هو لك يا عبدالله بن عمر فاصنع به ما شئت»^(٤).

وهذا ظاهره التصرف في المبيع بالهبة قبل قبضه.

واشترى من جابر جملة، ونقده ثمنه، ثم وهبه إياه قبل قبضه^(٥). ولأنه

(١) المصدر السابق، الجزء نفسه، ص ١٢٦.

(٢) سبق تخريجه في أدلة القول الثالث، ص ٣٣٦.

(٣) على بكر: قال ابن حجر في فتح الباري، ج ٤، ص ٣٣٧ هو: ولد الناقة أول ما يركب، قوله: «صعب»، أي: نفور.

(٤) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب: من اشترى شيئاً فهو به من ساعته قبل أن يتفرقا ولم ينكر البائع على المشتري، ج ٣، ص ٨٥، وأخرجه البيهقي في «السنن الكبرى»، ج ٦، ص ١٧٠.

(٥) سوف يأتي تخريجه في الاستثناء في بيع العقار، ص ٤٩٥.

أحد نوعي المعقود عليه فجاز التصرف فيه قبل قبضه، كالمنافع في الإجارة، فإنه يجوز له إجارة العين المستأجرة قبل قبض المنافع»^(١).

الترجيح:

بعد عرض أقوال الفقهاء في هذه المسألة، وما استدل به لكل قول، ومناقشة ما أمكن مناقشته يترجح - والله تعالى أعلم - أنه يصح بيع العقار قبل قبضه، وذلك للأسباب الآتية:

السبب الأول: قوة ما استدلل به لهذا القول؛ حيث سلم بعضها من المناقشة، وما أروود على بعضها قد أجيب عنه.

السبب الثاني: أن ما استدلل به على منع بيع العقار قبل قبضه، يظهر لي أنها لا تشملها كما سبق إيضاح ذلك عند مناقشتها.

السبب الثالث: أن أكثر الأدلة صراحة وصحة التي وردت في المنع من بيع المبيع قبل قبضه: هي في الطعام خاصة، وهي تدل بمفهومها على صحة بيع غيره قبل القبض، ومن ذلك العقار.

السبب الرابع: أن هذا قول جماهير الفقهاء على ما فهمته من أقوالهم، كما سبق بيان ذلك عند ذكر الأقوال في هذه المسألة.

يؤيد هذا ما ذكره أحد علماء الحنابلة في أثناء بيانه أجود الروايات عن الإمام أحمد حيث قال:

«أجود الروايات: رواية أن المفتقر إلى قبض هو الطعام، لغلبة أدلتها، وصحتها، وعمل أكثر أهل العلم عليها، وما روي عن ابن عمر لا يقاومها، بل ولا يقاربها»^(٢).

(١) المغني، ج ٤، ص ١٢٧ - ١٢٨.

(٢) شرح الزركشي على مختصر الخرقي، ج ٤، ص ٢٠١٨، حاشية رقم ٤.

السبب الخامس: «أن ما لا يفسخ العقد بهلاكه، يجوز التصرف فيه قبل القبض، كعوض الخلع، والعتق على مال، وبدل الصلح عن دم العمدة، وأرش الجناية، وقيمة المتلف؛ لأن المقتضي للتصرف: الملك، وقد وجد، لكن ما يتوهم فيه غرر الانفساخ بهلاك المعقود عليه لم يجز بناء عقد آخر عليه تحرزاً من الغرر، وما لا يتوهم فيه ذلك الغرر انتفى المانع، فجاز العقد عليه»^(١).

وبناء على هذا يصح العقد على العقار قبل قبضه؛ لأنه لا يتوهم فيه غرر الانفساخ بهلاكه، لندرة هلاك العقار.

السبب السادس: أن هذا فيه تيسير وتسهيل على الناس في معاملاتهم ولا محذور فيه؛ لأنه لا يتوهم فيه الغرر، وهذا يتمشى مع القواعد العامة التي جاءت بها الشريعة في التيسير على الناس ورفع الحرج عنهم. والله تعالى أعلم...

(١) المغني، ج ٤، ص ١٢٨، الشرح الكبير، ج ٢، ص ٤٠٦.

الفصل الخامس

ما يتبع العقار
في البيع وما لا يتبعه

ما يتبع العقار في البيع وما لا يتبعه

هذا الفصل معقود لبيان ما يدخل في بيع العقار من غير ذكره صريحاً في العقد، وما لا يدخل فيه، ومسائل هذا الفصل كثيرة، وهي مبنية في الجملة على ثلاث قواعد:

القاعدة الأولى:

كل ما يتناوله اسم المبيع عُرفاً يدخل في المبيع بدون ذكره تبعاً.

القاعدة الثانية:

كل ما كان متصلًا بالمبيع اتصال قرار - وهو ما وضع لا لأن يفصله الإنسان - سواء أكان اتصاله خلقياً أم صناعياً، فإنه يدخل في المبيع بدون ذكره تبعاً.

القاعدة الثالثة:

ما لم يكن من القسمين السابقين إن كان من حقوق المبيع، ومرافقه، يدخل في المبيع بذكرها وإلا فلا^(١).

(١) الدر المختار، ج ٤، ص ٥٤٧، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ١٤، حاشية ابن عابدين، ج ٤، ص ٥٤٧، المعاملات الشرعية المالية لأحمد إبراهيم بك، ص ١٣٣، المعاملات في الشريعة الإسلامية لأحمد أبو الفتوح، ص ٣٢٤.

وهذه القواعد يتفرع عليها كثير من مسائل هذا الفصل ، وبيان ذلك في المباحث الآتية :

المبحث الأول : ما يدخل في بيع الدار ونحوها .

المبحث الثاني : ما يدخل في بيع الأرض .

المبحث الثالث : ما يدخل في بيع البستان والقرية .

المبحث الرابع : دخول الثمر في بيع العقار إذا كان فيه شجر مثمر .



المبحث الأول

ما يدخل في بيع الدار ونحوها

من باع دارًا تناول البيع: أرضها، وبناءها، وما يتصل بها لمصلحتها كالسلايم، والرفوف المسمرة والأبواب المنصوبة، ونحو ذلك، وفيما يدخل في بيعها تفريعات كثيرة في المذاهب أوردها على النحو التالي:

المذهب الحنفي:

قال الكاساني رحمته الله:

«إن كان المبيع.. دارًا يدخل في بيعها جميع ما كان منها من بيت، ومنزل وعلو، وسفل، وجميع ما تجمعه الحدود الأربعة من غير ذكر قرينة، وتدخل أغاليق الدار، ومفاتيح أغاليقها، أما الأغاليق: فلأنها ركبت للبقاء لا لوقت معلوم، فتدخل كالميزاب.

وأما المفاتيح فلأن مفتاح الغلق من الغلق ألا ترى أنه لو اشترى الغلق، دخل المفتاح فيه من غير تسمية، فيدخل في البيع بدخول الغلق.

ويدخل طريقها إلى طريق العامة، وطريقها إلى سكة غير نافذة كما يدخل في الأرض والكرم.

ويدخل الكنيف والشارع^(١)، والجناح، كل ذلك يدخل من غير قرينة. وهل تدخل الظلة^(٢):

ينظر: إن لم يكن مفتاحها إلى الدار لا تدخل بالاتفاق.

وإن كان مفتاحها إلى الدار لا تدخل أيضاً عند أبي حنيفة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تدخل.

وجه قولهما: أن الظلة إذا كانت مفتاحها إلى الدار كانت من أجزاء

الدار، فتدخل ببيع الدار كالجناح والكنيف.

ولأبي حنيفة: أن ظلة الدار خارجة عن حدودها، فإنها اسم لما يظل

عند باب الدار خارجاً منها فلا تدخل تحت بيع الدار كالطريق الخارج،

وبهذا لو حلف لا يدخل هذه الدار فدخل ظلها لا يحنث.

وأما ما كان لها من بستان فينظر:

إن كان داخل حدّ الدار يدخل، وإن كان يلي الدار لا يدخل من غير

تسمية.

(١) قال في فتح القدير، ج ٥، ص ٣٠٢: يدخل الكنيف الشارع، والكنيف: هو المستراح

اهـ. فذكر الكنيف الشارع بدون الواو. وورد تفسير الكنيف بالمسراح في العناية، ج ٥،

ص ٣٠٢، والبحر الرائق، ج ٦، ص ١٤٩، وقال فيه: الكنيف: المستراح أطلقه فشمّل ما

إذا كان الكنيف خارجاً مبنياً على الظلة؛ لأنه يعدّ منها عادة. وفي جامع الرموز، ج ٢،

ص ٣٦: الكنيف: أي المستراح ولو في الشارع.

(٢) الظلة: «هو الساباط الذي يكون أحد طرفيه على الدار والآخر على دار أخرى، أو على

اسطوانات في السكة ومفتحها في الدار المبيعة». قال ابن الهمام في فتح القدير، ج ٥،

ص ٣٠٢:

«وفي المغرب: قول الفقهاء ظلة الدار: «يريدون السدة التي تكون فوق الباب» اهـ نقلاً

عن البحر الرائق، ج ٦، ص ١٤٩، والعناية، ج ٥، ص ٣٠٢.

وقال بعضهم: إن كانت الدار صغيرة يدخل، وإن كانت كبيرة لا يدخل؛ لأنها إذا كانت صغيرة يمكن أن يجعل تبعًا للدار، وإذا كانت كبيرة لا يمكن.

وقال بعضهم: يحكم الثمن، فإن صلح لهما يدخل، وإلا فلا يدخل. وأما مسيل الماء، والطريق الخاص في ملك إنسان، وحق إلقاء الثلج، فإن ذكر الحقوق والمرافق يدخل، وكذا إن ذكر كل قليل وكثير هو فيها ومنها.

وإذا كان المبيع بيتًا فيدخل في بيعه حوائطه وسقفه وبابه، والطريق العامة، والطريق إلى سكة غير نافذة، من غير قرينة، وأما الطريق الخاص في ملك إنسان فلا يدخل إلا بذكر القرائن الثلاث.

ولا يدخل بيت العلو إن كان على علوه بيت، وإن ذكر القرائن؛ لأن العلو بيت مثله فكان أصلًا بنفسه فلا يكون تبعًا له، وإن لم يكن على علوه بيت كان له أن يبنى على علوه.

وإن كان البيت في داره فباعه من رجل لا يدخل في البيع طريقه في الدار إلا بذكر الحقوق، ثم إن كان البيت يلي الطريق الأعظم يفتح له بابًا إليه، وإن كان لا يلي الطريق الأعظم لا يبطل البيع، وله أن يستأجر الطريق إليه، أو يستعير من صاحب الدار...

ويجوز بيع بيت العلو دون السفلى إذا كان على العلو بناء، وإن لم يكن عليه بناء لا يجوز؛ لأنه بيع الهواء على الانفراد وأنه لا يجوز، ثم إذا باع العلو وعليه بناء حتى جاز البيع فطريقه في الدار لا يدخل الطريق إلا بذكر الحقوق.

ويجوز بيع السفلى سواء كان مبنياً أو غير مبنياً؛ لأنه بيع الساحة، وذلك جائز وإن لم يكن عليه بناء.

وإن كان المبيع منزلاً يدخل في بيعه بيت السفلى، ولا يدخل بيت العلو،

ولا الطريق الخاص إلا بذكر الحقوق أو المرافق، أو بذكر القليل والكثير؛ لأن المنزل أعمُّ من البيت، وأخصُّ من الدار، فكان بين الدار والبيت، فيعطى له حكمٌ بين حكمين، فلم يدخل العلو في بيع المنزل من غير قرينة اعتبارًا للخصوص، ويدخل فيه بقرينة اعتبارًا للعموم عملاً بالجهتين بقدر الإمكان^(١).

ويلاحظ أن قول الحنفية: أن العلو لا يدخل بشراء بيت بكل حق هو له، وبشراء منزل لا يدخل إلا بكل حق هو له، ويدخل في الدار مطلقاً، قال عنه في «البحر الرائق»^(٢) نقلاً عن الكافي:

إن هذا التفصيل مبني على عرف الكوفة، وفي عرفنا يدخل العلو في الكل، سواء باع باسم البيت، أو المنزل، أو الدار، والأحكام تبتنى على العرف، فيعتبر في كل إقليم، وفي كل عصر عرف أهله.

المذهب المالكي:

قال القرافي رحمته الله:

(١) بدائع الصنائع، ج ٥، ص ١٦٥ - ١٦٦، وانظر في ذلك المراجع الآتية: فتاوى قاضخان، ج ٢، ص ٢٣٤، مختصر القدوري، ج ١، ص ٢٣٤، التنف في الفتاوى، ج ١، ص ٤٨٠، الهداية، ج ٥، ص ٩٧، الاختيار لتعليل المختار، المجلد الأول، ج ٢، ص ٦، تبیین الحقائق، ج ٤، ص ٩، فتح القدير، ج ٥، ص ٩٧، البحر الرائق، ج ٥، ص ٣١٧، كشف الحقائق، ج ٢، ص ٥، حاشية ابن عابدين، ج ٤، ص ٥٤٧، الدرر الحكام، ج ٢، ص ١٤٩، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ١٤، الفتاوى الهندية، ج ٣، ص ٢٨، جامع الرموز، ج ٢، ص ٣٦، المعاملات في الشرعية الإسلامية لأحمد أبو الفتوح، ص ٣٢٤، المعاملات الشرعية المالية لأحمد إبراهيم بك، ص ١٣٣، وانظر بعض مسائل هذا المبحث في باب الحقوق في كتب الحنفية.

(٢) ج ٦، ص ١٤٨، وانظر في ذلك أيضًا: الهداية ج ٥، ص ٣٠٢، مجموعة رسائل ابن عابدين، ج ٢، ص ١٣٠، ١٣٤، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٩١، الدر المنتقى بهامش مجمع الأنهر نفس الجزء والصفحة، الفتاوى الهندية، ج ٣، ص ٢٩.

«عندنا يندرج في لفظ الدار الخشب المسمر، والسلم المستقل.. وإذا باع البناء يندرج فيه الأرض كما اندرج في لفظ الدار الثوابت، ومرافق البناء كالأبواب والرفوف والسلم المثبت دون المنقولات»^(١).

وقال أحمد الدردير:

«وتناولت الدار المبيعة.. الثابت فيها بالفعل حين العقد لا غيره وإن كان شأنه الثبوت، كباب ورفّ غير مخلوعين، لا مخلوعين أو مهياين لدار جديدة قبل التركيب، ولا ما ينقل من دلو، وبكرة، وصخر، وتراب معد لإصلاحها فللبائع إلا لشرط.

وتناولت الدار رحاً مبنية بفوقانيها؛ إذ لا يتم الانتفاع إلا بها، خلافاً لمن قال: إنما تتناول السفلى فقط.. وسلماً سمر.. وفي تناول السلم غير المسمر قولان»^(٢).

وقال الدسوقي رحمته الله:

«لا يدخل في العقد على الدار حانوت بجوارها؛ حيث كان لم تتناوله حدودها، وحد المبيع سواء كان داراً أو أرضاً منه إذا كان ملكاً للبائع، فإذا قيل: حدها الشرقي شجرة كذا، دخلت الشجرة إن لم يصرح بضده، وإذا قيل: حدها القبلي دار فلان، فلا تدخل تلك الدار»^(٣).

(١) الفروق، ج ٣، ص ٢٨٤.

(٢) الشرح الكبير لأحمد الدردير، ج ٣، ص ١٧٤.

وأما القولان، «فقال ابن زريب وابن العطار: إنه للمشتري، وقال ابن عتاب: إنه للبائع ولا يتناوله العقد إلا بشرط»، حاشية الدسوقي، ج ٣، ص ١٧٤، منح الجليل، ج ٥، ص ٢٨٦.

(٣) حاشية الدسوقي، ج ٣، ص ١٧٤.

المذهب الشافعي :

قال الرافعي رحمته الله :

«إذا قال: بعتك هذه الدار، دخل في المبيع: الأرض، والأبنية على تنوعها حتى يدخل الحمام المعدود من مرافقها، وحكى عن نضه أن الحمام لا يدخل، وحملوه على حمامات الحجاز، وهي بيوت من خشب تنقل. ولو كان في وسطها أشجار ففي دخولها ما سبق في دخولها تحت الأرض^(١).

ونقل الإمام^(٢) في دخولها ثلاثة أوجه :

ثالثها: الفرق بين أن يكثر بحيث يجوز تسمية الدار بستاناً فلا يدخل في لفظ الدار، وبين أن لا تكون كذلك، فتدخل.

وأما الآلات في الدار فهي ثلاثة أنواع :

أحدها: المنقولات كالدلو، والبكرة، والرشا، والمجارف، والسرر، والرفوف الموضوعة على الأوتاد، والسلاليم التي لم تسمّر ولم تطين، والأقفال والكنوز، والدفانين فلا يدخل شيء منها في البيع، نعم في مفتاح المغلاق المثبت وجهان :

أحدهما: أنه كسائر المنقولات.

(١) ذكر - رحمته الله - فيما يدخل في بيع الأرض إذا أطلق: أن الإمام الشافعي قد نصّ على أن الشجر يدخل في بيع الأرض ولا يدخل في رهن الأرض، وقد اختلف أصحابه في ذلك، ولهم فيها طرق :

أحدها: أن فيهما قولين بالنقل والتخريج.

والثاني: تقرير النصين والفرق بين البيع والرهن.

والثالث: ويحكى عن ابن سريج القطع بعدم الدخول في البيع والرهن جميعاً، انظر ج ٩، ص ١٨، من فتح العزيز.

(٢) المقصود بالإمام هو إمام الحرمين.

وأصحهما: .. أنه يدخل؛ لأنه من توابع المغلاق المثبت. وفي ألواح الدكاكين مثل هذين الوجهين؛ لأنهما أبواب لها وإن كانت تنقل، وترد في الفوقاني من حجر الرحي مثل هذين الوجهين إن أدخلنا التحتاني، والأصح الدخول.

والثاني: ما أثبتت تنمة للدار ليدوم فيها ويبقى كالسقف والأبواب المنصوبة، وما عليها من المغاليق والحلق والسلاسل والضباب تدخل في البيع فإنها معدودة من أجزاء الدار.

الثالث: ما أثبت على غير هذا الوجه، كالرفوف، والدنان، والأجانات^(١) المثبتة، والسلاليم المسمرة، والأوتاد المثبتة في الأرض والجدران، والتحتاني من حجر الرحي، وخشب القصار، ومعجن الخباز ففي جميع ذلك وجهان:

أصحهما: أنها تدخل لثباتها واتصالها.

والثاني: «لا تدخل؛ لأنها إنما أثبتت لسهولة الارتفاق بها كي لا تتزعزع وتتحرك عند الاستعمال»^(٢).

ثم ذكر الشافعية بعد ذلك فروعاً أخرى:

أحدها: «إذا كان في الدار المبيعة بئر ماء دخلت في المبيع، والماء الحاصل في البئر لا يدخل، أما إذا لم نجعله مملوگًا فظاهر، وأما إذا جعلناه مملوگًا، فلأنه نماء ظاهر فأشبهه الثمار المؤبرة، وفي وجه يدخل، كالثمرة التي لم تؤبر؛ لأنه العرف فيه.

(١) في تكملة السبكي للمجموع، ج ١١، ص ٢٦٨ قال: الإجاجين بجيمين وهي: الأواني التي تغسل فيها الثياب، وقال ابن معن: وتسمى المراحيض، والمقصود هنا كل ما ثبت من ذلك للصبيغ أو الدبغ أو العجن. وفي مغني المحتاج، ج ٢، ص ٨٤، الإجانات المثبتة، وهي بكسر الهمزة وتشديد الجيم: ما يغسل فيها.

(٢) فتح العزيز في شرح الوجيز، ج ٩، ص ٣٢ - ٣٣.

وإن شرط دخوله في البيع صحَّ على قولنا: إن الماء مملوك بل لا يصح البيع دون هذا الشرط، وإلا، اختلط الماء الموجود للبائع بماء يحدث للمشتري، وانفسخ البيع»^(١).

الثاني: باع داراً في طريق غير نافذ، دخل حريمها في البيع، وإن كان في طريق نافذ لم يدخل الحريم، بل لا حريم لمثل هذه الدار^(٢).

الثالث: «إذا كان في الدار معدن ظاهر كالنفط، والملح، والغاز، والكبريت، فهو كالماء، وإن كان باطناً كالذهب والفضة دخل في البيع إلا أنه لا يجوز بيع ما فيه معدن ذهب بالذهب، بسبب الربا، وفي بيعه بالفضة قولان، للجمع بين الصرف، والبيع في صفقة واحدة»^(٣).

الرابع: لو كان وراء الدار بستان متصل بالدار لم يدخل في العقد، وإن قال بحقوقها؛ لأن اسم الحقوق لا يطلق على البستان المتصل بالدار، قاله القاضي حسين»^(٤).

الخامس: إذا اتصل بالدار حجرة، أو ساحة، أو رحبة:

قال المارودي، وابن أبي عسرون، لم يدخل في البيع لخروج ذلك عن حدود الدار التي لا تمتاز الدار عن غيرها إلا بها، ولا يصح العقد إلا بذكرها، وهي أربعة حدود في الغالب، فإن استوفى ذكرها صحَّ البيع، وإن ذكر حداً أو حدين لم يصح، وإن ذكر ثلاثة فإن كانت الدار لا تتميز بالثلاثة بطل، وإن تميزت فالصحيح الصحة، وفيه وجه أنه باطل»^(٥).

(١) فتح العزيز في شرح الوجيز، ج ٩، ص ٣٤، روضة الطالبين، ج ٣، ص ٥٣٥.

(٢) فتح العزيز في شرح الوجيز، ج ٩، ص ٣٥، روضة الطالبين، ج ٣، ص ٥٤٦.

(٣) فتح العزيز في شرح الوجيز، ج ٩، ص ٣٤، روضة الطالبين، ج ٣، ص ٥٤٥.

(٤) تكملة السبكي للمجموع، ج ١١، ص ٢٧٣.

(٥) تكملة السبكي للمجموع، ج ١١، ص ٢٧٤ - ٢٧٥.

قال السبكي رحمته الله:

«وفي اشتراط ذكر الحدود إذا كانت الدار معلومة نظر، والذي ينبغي الصحة إذا ذكر ما يميزها ويمنعها من التباسها بغيرها، وعلى ذلك ينبغي أن تتبعها: الحجرة، والساحة، والرحبة المتصلة بها، لاقتضاء العرف ذلك، وأما إذا ذكر الحدود وخرجت الأمور المذكورة عن الحدود فالأمر كما قال المارودي».

السادس: حكى المارودي أنه «إذا اتصل بالدار ساباط على حائط من حدودها، ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يدخل كالجناح.

والثاني: لا يدخل إلا بشرط كالحجرة والساحة.

والثالث: وهو تخريج أبي الفياض: إن كان كل واحد من طرفي الساباط مطروحاً على حائط لغير هذه الدار لم يدخل.

قال ابن عسرون، وهو أصحها....

وإذا باع داراً على بابها ظلة مثبتة على جدارها، دخل في مطلق بيع الدار؛ لأنها جزء من الدار، وإذا دخل الميزاب فيه فهذه أولى^(١).

المذهب الحنبلي:

قال ابن قدامة رحمته الله:

«وإن باع داراً بحقوقها تناول البيع أرضها وبنائها، وما هو متصل بها،

(١) تكملة السبكي للمجموع، ج ١١، ص ٢٧٥، وانظر في هذا المبحث كتب الشافعية الآتية: الإقناع في الفقه الشافعي، ص ٩٣، المهذب، ج ١، ص ٢٨٥، الوجيز، ج ١، ص ١٤٨، رحمة الأمة، ص ١٣٦، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٨٤، نهاية المحتاج، ج ٤، ص ١٢٧.

مما هو من مصلحتها، كالأبواب المنصوبة، والخوابي المدفونة، والرفوف المسمرة، والأوتاد المغروزة، والحجر من الرحي، وأشباه ذلك.

ولا يدخل في البيع ما ليس من مصالحها، كالكنز والأحجار المدفونة؛ لأن ذلك مودع فيها للنقل عنها، فأشبه الفرش والستور، ولا ما كان منفصلاً عنها يختص بمصلحتها، كالفرش، والستور، والطعام، والرفوف الموضوعة على الأوتاد بغير تسمير ولا غرز في الحائط، والدلو، والبكرة، والقفل، وحجر الرحي إذا لم يكن واحد منهما منصوباً، والخوابي الموضوعة من غير أن يطين عليها ونحوه؛ لأنه منفصل عنها لا يختص بمصلحتها، فأشبه الثياب.

وأما ما كان من مصالحها لكنه منفصل عنها، كالمفتاح والحجر الفوقاني من الرحي إذا كان السفلاني منصوباً فيحتمل وجهين:

أحدهما: يدخل في البيع؛ لأنه لمصلحتها فأشبه المنصوب فيها.

والثاني: لا يدخل، لأنه منفصل عنها، فأشبه السفلاني إذا لم يكن منصوباً، والقفل، والدلو، ونحوهما^(١).

وقال منصور البهوتي رحمته الله في «كشاف القناع»^(٢):

«إذا باع داراً تناول البيع أرضها.. بمعدنها الجامد؛ لأنه كأجزائها، وتناول البيع بناءها، وسقفها، ودرجها؛ لأن ذلك داخل في مسمائها.

وتناول البيع أيضاً فناءها إن كان فناء، لأن غالب الدور ليس لها ذلك.

والفناء بكسر الفاء: ما اتسع أمام الدار.

وتناول البيع ما اتصل بها.. لمصلحتها كسلاليم مسمرة... ورفوف

(١) المغني، ج ٤، ص ٨٨.

(٢) ج ٣، ص ٢٧٤ - ٢٧٥.

مسمرة، وأبواب منصوبة، وحلقها، وخوابي مدفونة للانتفاع بها، وأجرنة مبنية، وحجر رحى سفلاني منصوبة، لأنه متصل بها لمصلحتها أشبه الحيطان...

ولا يتناول البيع ما كان مودعًا فيها أي في الدار من كنز مدفون؛ لأنه من أجزائها.

ولا يتناول البيع منفصلاً عنها كحبل، ودلو، وبكرة، وقفل، وفرش، ورفوف موضوعة على الأوتاد بغير تسمير ولا غرز في الحائط لعدم اتصالها، فإن كانت مسمرة أو مغروزة في الحائط دخلت. وكذا رحى غير منصوبة، وخوابي موضوعة من غير أن يطين عليها فلا يتناولها البيع.. ولو كان من مصلحة المتصل بها، كمفتاح وحجر رحى فوقاني إذا كان السفلاني منصوبًا، لأن اللفظ لا يتناوله، ولا هو متصل بها.

ولا يدخل في بيع دار وأرض معدن جار، وماء نبع في بئر أو عين، لا نفس البئر وأرض العين، ونحوه مما يتصل بها، فإنه لمالك الأرض وينتقل لانتقالها ولا اتصالها بها.

وقد ذكر الشيخ أحمد بن عبد الرحمن بن محمد القاسم فروغًا في بيع العقار تَمَسَّ الحاجة إلى معرفتها فقال: «إذا باع المسلم بيته الذي يملكه بالشراء أو الإحياء، أو الإرث أو غير ذلك مما يثبت تملكه الشرعي بصك أو غيره على شخص.. شمل البيع أرضه، وبناءه، وما فيه من النخل، والشجر، والمنافع، كالماء، والكهرباء، والهاتف، والبيارة، والمراوح الثابتة فيه، دون المنقول، كالأثاث، والدواليب المتحركة، والثلاجة، والحيوان، ونحو ذلك فهو للبائع إلا أن يشترطه المشتري.

وإن باعه دكانًا، أو معرضًا، أو مستودعًا، شمل أرضه، وبناءه،

والمثبت فيه من الإنارة، وآلة التبريد، وتركيبه البضاعة الثابتة، ونحو ذلك، دون المنقول فلا»^(١).

المذهب الظاهري:

قال ابن حزم رحمته الله:

«كل من اشترى دارًا فبناؤها كله له، وكل ما ركب فيها من باب، أو درج، أو غير ذلك... ولا يكون له ما كان موضوعًا فيها غير مبني، كأبواب، وسلم، ودرج، وأجر، ورخام، وخشب، وغير ذلك»^(٢).

هذه هي مذاهب الفقهاء في الأشياء التي تدخل في بيع الدار ونحوها يتلخص منها أن من باع دارًا دخل في بيعها: أرضها، وبنائها، وما يتصل بها لمصلحتها كالسلاليم والرفوف المسمرة، والأبواب المنصوبة، والأوتاد المثبتة في الجدران، وحجر الرحى التحتاني إذا كان مثبتًا، ويتناول البيع ما فيها من النخل، والشجر، والمنافع، كالماء، والكهرباء، والهاتف، والبيارة، والمرابح الثابتة فيها.

كما يتناول البيع - على الراجح - ما كان من مصالحها لكنه منفصل عنها، كالمفتاح والحجر فوقاني من الرحى إذا كان السفلاني منصوبًا،

(١) العمدة في فقه الشرعية الإسلامية، ص ١١٠، وينظر في هذا المبحث المراجع الآتية في المذهب الحنبلي: المقنع، ج ٢، ص ٧٨، الكافي، ج ٢، ص ٧٤، الشرح الكبير، ج ٢، ص ٤٤٠، الفروع، ج ٤، ص ٦٨، الإنصاف، ج ٥، ص ٥٤، التنقيح المشيع، ص ١٣٦، المبدع، ج ٤، ص ١٥٨، الإقناع، ج ٢، ص ١٢٤، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٢٠٦، الروض المربع، ج ٤، ص ٥٣١، كشف المخدرات، ص ٢٣٩، منار السبيل، ج ١، ص ٣٣٤.

(٢) المحلى، ج ٩، ص ٧٥٠.

ويدخل في بيع الدار، والساحة، والرحبة، والظلة، المتصلة بها، لاقتضاء العرف ذلك إلا إذا ذكر الحدود وخرجت هذه الأمور عن الحدود فلا تدخل. وما كان لها من بستان فإن كان داخل حد الدار دخل في البيع، وإن كان وراء الدار متصل بها فلا يدخل من غير تسمية على المختار. وأما المنقولات، كالأثاث، والدواليب المتحركة، والثلاجة، والحيوان، ونحو ذلك فلا تدخل في البيع عند الإطلاق. ولا فرق في ذلك بين أن يبيع بلفظ الدار، أو البيت، أو المنزل. والله تعالى أعلم...



المبحث الثاني

ما يدخل في بيع الأرض

وفيه مطالب:

المطلب الأول: حكم دخول البناء والشجر في بيع الأرض.

المطلب الثاني: حكم دخول الزرع في بيع الأرض.

المطلب الثالث: حكم دخول البذر في بيع الأرض.

المطلب الرابع: بيع الأرض مع البذر.

المطلب الخامس: حكم ثبوت الخيار عند عدم دخول الزرع والبذر في بيع الأرض.

المطلب السادس: حكم دخول الحجارة في بيع الأرض.

المطلب السابع: حكم دخول المعادن في بيع الأرض.

المطلب الأول: حكم دخول البناء والشجر في بيع الأرض:

إذا قال: بعتك هذه الأرض، وكان فيها أبنية وأشجار، نظر: إن قال دون ما فيها من الشجر والبناء، لم تدخل الأشجار والأبنية في البيع.

وإن قال: بعتكها بما فيها دخلت الأبنية والأشجار.

وإن قال: بعتهما بحقوقها فالحكم كذلك^(١).

وإن لم يقل بحقوقها، فقد اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: أن البناء والشجر يدخلان في البيع، وبه قال الحنفية^(٢)، والمالكية^(٣)، والظاهرية^(٤)، وهو قول في مذهب الشافعية

(١) بدائع الصنائع، ج ٥، ص ١٦٤، الفتاوى الهندية، ج ٣، ص ٣٣، فتح العزيز في شرح الوجيز، ج ٩، ص ١٨، روضة الطالبين، ج ٣، ص ٥٣٦، تكملة السبكي للمجموع، ج ١١، ص ٢٤٨.

وقد أشارت كتب الشافعية إلى أن إمام الحرمين قد ذكر وجهًا: أنه إذا قال: بعتهما بحقوقها لا تدخل.

قال الرافعي في فتح العزيز، ج ٩، ص ١٨: «وكذا لو قال: بعتهما بحقوقها على المشهور، وحكى الإمام وجهًا: أنها لا تدخل».

وقال السبكي في تكملة المجموع، ج ١١، ص ٢٤٨: وإن قال بعتهما بحقوقها فالحكم كذلك على المشهور، وصرح الشيخ أبو حامد بنفي الخلاف فيه، وكذلك يقتضيه إيراد أكثر الأصحاب لكن الإمام حكى أن من أئمتنا من قال: لا يدخل محتجًا بما قاله القاضي حسين قبله على سبيل الإشكال: إن اسم الحقوق إنما يقع على الطريق ومجاري الماء وما أشبههما، ورأى الإمام أن هذا أقيس، وهو كما رأى إلا أن يثبت عرف عام باستتباع الأرض للشجر أو بدخولها تحت اسم الحقوق، وهو بعيد».

(٢) مختصر الطحاوي، ص ٧٩، مختصر القدوري، ج ٢، ص ٩، فتاوى قاضيخان، ج ٢، ص ٢٤٤، بدائع الصنائع، ج ٥، ص ١٦٤، الهداية، ج ٥، ص ٩٨، الاختيار لتعليل المختار، المجلد الأول، ج ٢، ص ٦، فتح القدير، ج ٥، ص ٩٨، تبين الحقائق، ج ٤، ص ٩، البحر الرائق، ج ٥، ص ٣١٨، جامع الرموز، ج ٢، ص ٣٦، الدر المختار، ج ٤، ص ٥٥٠.

(٣) مختصر خليل، ج ٥، ص ٢٨١، الفروق، ج ٣٣، ص ٢٨٣، تهذيب الفروق، ج ٣، ص ٢٨٨، الشرح الصغير، ج ٢، ص ٥١١، الشرح الكبير، ج ٣، ص ١٧٠، مواهب الجليل، ج ٤، ص ٤٩٥، وبهامشه التاج والإكليل نفس الجزء والصفحة، الخرشبي على مختصر خليل، ج ٥، ص ١٨٠، جواهر الإكليل، ج ٢، ص ٥٩، سراج السالك، ج ٢، ص ١٣٦.

(٤) المحلى، ج ٩، ص ٧٥٠، تكملة المجموع، ج ١١، ص ٢٤٩.

نصَّ عليه الشافعي^(١)، وبه قال الحنابلة في أحد الوجهين^(٢)، قال في الإنصاف:

«وهو المذهب»^(٣).

وقد ذكر الحنفية تفصيلاً في الشجر، فقال قاضيخان:

«رجل اشترى أرضاً ولم يذكر شيئاً دخل الأشجار المثمرة في البيع. واختلفوا في غير المثمرة، والصحيح أنها تدخل.

ولو باع أرضاً فيها أشجار صغار تحول في فصل الربيع وتباع، فإن كانت تقلع من أصلها تدخل في البيع وتكون للمشتري، وإن كانت تقلع من وجه الأرض لا تدخل في البيع من غير شرط»^(٤)، كما قيد المالكية قولهم بأنه إذا وجد شرط أو عرف بغير ذلك فإنه يعمل به.

قال أحمد الدردير:

(١) الإقناع في فقه الشافعية، ص ٩٣، التنبيه، ص ٩٢، المهذب، ج ١، ص ٢٨٥، الوجيز، ج ١، ص ١٤٨، فتح العزيز، ج ٩، ص ١٨، المنهاج، ج ٢، ص ٨٠، نهاية المحتاج، ج ٤، ص ١١٦. ويلاحظ أن الإمام الشافعي رحمته الله قد قال في البيع: يدخل، وقال في الرهن: لا يدخل، واختلف أصحابه فيه على ثلاث طرق: فمنهم من قال: لا يدخل في الجميع.

ومنهم من نقل جوابه في الرهن إلى البيع، وجوابه في البيع إلى الرهن وجعلهما على قولين:

أحدهما: لا يدخل في الجميع، والثاني يدخل.

ومنهم من قال في البيع: يدخل، وفي الرهن لا يدخل. راجع المهذب، ج ١، ص ٢٨٥، فتح العزيز، ج ٩، ص ١٨، روضة الطالبين، ج ٣، ص ٥٣٧.

(٢) المقنع، ج ٢، ص ٧٩، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ٧٢، المغني، ج ٤، ص ٨٦، الفروع، ج ٤، ص ٦٩، الشرح الكبير، ج ٢، ص ٤٤٢، الإنصاف، ج ٥، ص ٥٦، المبدع، ج ٤، ص ١٥٩.

(٣) الإنصاف، ج ٥، ص ٥٦.

(٤) فتاوى قاضيخان، ج ٢، ص ٢٤٤.

اشترى أرضاً وفيها بناء أو شجر لم يذكر حين شراء أرضهما دخلا في بيع الأرض إلا لشرط أو عرف فيعمل به»^(١).

القول الثاني: أن البناء والشجر لا يدخلان في البيع، وهو قول في مذهب الشافعية^(٢)، وأحد الوجهين عند الحنابلة^(٣).

الأدلة

أدلة القول الأول:

استدل أصحابه بالأدلة الآتية:

الدليل الأول: ما ذكره ابن حزم من دعوى الإجماع على ذلك؛ حيث قال:

«ومن اشترى أرضاً فهي له بكل ما فيها من بناء قائم، أو شجر نابت». وكذلك كل من اشترى داراً فبناؤها كله له.. وهذا إجماع متيقن، وما زال الناس يتبايعون الدور والأرضين من عهد رسول الله ﷺ هكذا لا يخلو يوم من أن يقع فيه بيع دار أو أرض هكذا.. ولا يكون له الزرع الذي يقلع ولا ينبت، بل هو لبائعه»^(٤).

المناقشة:

ناقش السبكي رحمته الله ابن حزم رحمته الله في دعوى الإجماع في هذه المسألة فقال:

-
- (١) الشرح الصغير، ج ٢، ص ٥١١ - ٥١٢.
 (٢) المهذب، ج ١، ص ٢٨٥، فتح العزيز، ج ٩، ص ١٨، روضة الطالبين، ج ٣، ص ٥٣٧، تكملة المجموع للسبكي، ج ١١، ص ٣٤٩، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٨١.
 (٣) المقنع، ج ٢، ص ٧٩، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ٧٢، المغني، ج ٤، ص ٨٦، الفروع، ج ٤، ص ٦٩، الشرح الكبير، ج ٢، ص ٤٤٢، الإنصاف، ج ٥، ص ٥٦، المبدع، ج ٤، ص ١٥٩.
 (٤) المحلى، ج ٩، ص ٧٥٠.

«وقد رأيت ابن حزم الظاهري ادعى الإجماع في كتابه «المحلى» على أن من اشترى أرضاً فهي له بكل ما فيها من بناء قائم أو شجر ثابت، وهذه دعوى منكرة، وهي بإطلاقها تشمل ما إذا قال بحقوقها، ولما إذا لم يقل، بل هي ظاهرة في الثاني، والخلاف مشهور في المذهب»^(١).

قلت: والخلاف مشهور في مذهب الحنابلة أيضاً فما ذكره ابن حزم من الإجماع في هذه المسألة لا يسلم له.

الدليل الثاني: أنهما من حقوق الأرض، ولذلك يدخلان إذا قال: بحقوقها، وما كان من حقوقها يدخل فيها بالإطلاق قياساً على طرقها ومنافعها^(٢).

الدليل الثالث: أن البناء والشجر للدوام والثبات في الأرض فأشبهت أجزاء الأرض^(٣)، وأجزاء الأرض تدخل عند الإطلاق فكذلك هذه^(٤)، ولهذا يلحقان بها في الأخذ بالشفعة^(٥).

أدلة القول الثاني:

استدل على أن البناء والشجر لا يدخلان في بيع الأرض عند الإطلاق بالأدلة الآتية:

- (١) تكملة السبكي، ج ١١، ص ٢٤٩.
- (٢) المغني، ج ٤، ص ٨٧، الشرح الكبير، ج ٢، ص ٤٤٢.
- (٣) فتح العزيز، ج ٩، ص ١٨، المهذب، ج ١، ص ٢٨٥، تكملة السبكي للمجموع، ج ١١، ص ٢٥١، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٨١، نهاية المحتاج، ج ٤، ص ١١٧، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ٧٢.
- (٤) تكملة السبكي للمجموع، ج ١١، ص ٢٥١.
- (٥) فتح العزيز، ج ٩، ص ١٨، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٨١، نهاية المحتاج، ج ٤، ص ١١٧.

الدليل الأول: أنهما ليسا من حقوق الأرض، فلا يدخلان في بيعها كالثمرة المؤبرة^(١).

المناقشة:

نوقش بالفرق بين البناء والشجر، والثمرة المؤبرة، وذلك أن البناء والشجر يراد للدوام والثبات في الأرض بخلاف الثمرة المؤبرة، فإنها تراد للنقل فافترقا فلا يصح القياس^(٢).

الدليل الثاني: أن البناء والشجر لا يدخلان في البيع؛ لأن الأرض اسم للعرصة دون ما فيها من الغراس والبناء^(٣)، ولا دليل على تبعيتها لها من لغة ولا عُرف، فلا وجه للدخول^(٤).

المناقشة:

يمكن مناقشته بما ذكره الخرشي من «أن العقد على الأرض يتناول البناء والشجر اللذين فيها بحكم العُرف والعادة لا بحسب اللغة»^(٥).

كما يمكن مناقشته بما ذكره ابن الرفعة من دخول البناء والشجر في لفظ الأرض؛ حيث قال:

«إن لفظ الأرض يشمل الأس والمغرس، فلو بقي البناء والشجر للبائع لخلا الأس والمغرس عن المنفعة، وتكون منفعتها مستثناة لا إلى غاية معلومة، فإنه لا يمكن قلعُ البناء والشجر؛ لأنه محترم يراد للبقاء، ولا تبقيته

(١) المغني، ج ٤، ص ٨٧، الشرح الكبير، ج ٢، ص ٤٤٢.

(٢) المصدران السابقان نفس الجزء والصفحة.

(٣) المهذب، ج ١، ص ٢٨٥، فتح العزيز، ج ٩، ص ١٨، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٨١،

الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ٧٢.

(٤) تكملة السبكي للمجموع، ج ١١، ص ٢٤٩.

(٥) مواهب الجليل، ج ٤، ص ٤٩٥.

بأجرة؛ لأنه حين أحدثه أحدثه في ملكه، فإذا كان الأس والمغرس بهذه المثابة، لا يصح بيعه مفردًا باتفاق فوجب إذا ضم إلى مبيع خلا عن ذلك أن يبطل في الجميع للجهالة بالثمن، فلما أفضى محذور الإخراج إلى هذا، حكم بالاندراج حرصًا على تصحيح العقد كما أدرج الحمل في البيع، وإن لم ينتظم اسم الشاة والجارية طلبًا للتصحيح وحذرًا من الإبطال، بل للحمل غاية تنتظر ومع ذلك أدرج، ولا غاية ههنا تنتظر^(١).

الترجيح:

يترجح - والله أعلم - دخول البناء والشجر في بيع الأرض عند الإطلاق، وذلك للأسباب الآتية:

السبب الأول: قوة ما استدل به لهذا القول؛ حيث قد سلم بعضها منها من المناقشة مما يجعلها صالحة لبناء الحكم عليها.

السبب الثاني: ضعف أدلة القول الثاني كما سبق بيان ذلك في أثناء مناقشتها، فلا تقوى على إثبات ما ذهبوا إليه.

السبب الثالث: أن مما يرجح دخول البناء والشجر في بيع الأرض عند الإطلاق: أن الثمار إذا لم تؤبر تدخل في بيع الشجر بمفهوم قوله ﷺ: «من باع نخلاً قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع»، فقد دلّ هذا المفهوم على أن الثمرة غير المؤبرة تابعة للشجرة، وليست باقية على الشجرة دائماً، فاستتباع الأرض للشجر والبناء وهما باقيان فيها دائماً أولى وأحرى.

السبب الرابع: أن الأرض تطلق كثيراً ويراد بها الأرض مع ما فيها كما دلّ على ذلك قول عمر رضي الله عنه للنبي ﷺ: «إني أصبت أرضاً بخبير لم أصب

(١) تكملة السبكي للمجموع، ج ١١، ص ٢٥٤ - ٢٥٥.

مألاً قط أنفس عندي منه»^(١) الحديث، وليس مراده الأرض وحدها بل الأرض بما فيها، ولذلك قال له النبي ﷺ: «حبس الأصل وسبل الثمرة»، فإذا صار ذلك الاسم يطلق على الجميع كثيراً، فإن وصل إلى حد الحقيقة العرفية فذاك، وإلا فيحمل عليه بقرينة سكوت البائع عن استثنائه، فإنه لو كان مراده إخراج البناء والشجر لنص على الإخراج، فلمَّا لم ينص على ذلك دلَّ على أن مراده دخول البناء والشجر في البيع^(٢).

السبب الخامس: أن كل ما كان متصلاً بالمبيع اتصال قرار فإنه يدخل في البيع بدون ذكره تبعاً، كما سبق ذلك في القاعدة الثانية في أول هذا الفصل.

ولا شك أن البناء والشجر يتصلان بالأرض اتصال قرار، فيدخلان في بيعها عند الإطلاق.

السبب السادس: أن الأرض أصل، والبناء والشجر فرع، والفرع تابع للأصل^(٣)؛ ولذا قالوا: يسقط الفرع إذا سقط الأصل^(٤).

السبب السابع: أن القول بدخول البناء والشجر في بيع الأرض فيه قطع للمنازعات والمخاصمات؛ إذ لو قيل بتركه للبائع لأدى ذلك إلى كثرة دخول البائع إلى أرض المشتري، ويحتاج إلى سقي الشجر، وقد يؤدي ذلك إلى

(١) الحديث متفق عليه. أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب: الشروط، باب الشروط في الوقف، ج ٣، ص ٢٥٩ - ٢٦٠، وفي كتاب الوصايا، باب: وما للوصي أن يعمل في مال اليتيم وما يأكل منه بقدر عمالته، ج ٤، ص ١١.

وأخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الوصية، باب الوقف، ج ١١، ص ٨٦ (صحيح مسلم بشرح النووي).

(٢) ذكر هذا المرجح، والذي قبله السبكي في تكملته للمجموع ج ١١ ص ٢٦٠ - ٢٦٩، وناقشهما، ولم يظهر لي وجه المناقشة فلم أذكرها.

(٣) تكملة المجموع للسبكي ج ١١ ص ٢٦١.

(٤) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٢١.

تعطيل المشتري من الاستفادة من ملكه استفادةً كاملةً، خاصةً إذا دفع المشتري قيمة لا تصلح إلا فيها، وفي البناء والشجر، فكان الأولى دخولهما في بيع الأرض. والله تعالى أعلم.

المطلب الثاني: حكم دخول الزرع في بيع الأرض:

يتناول الكلام في هذا المطلب بيان الحكم في مسألتين:

الأولى: بيع الأرض، وفيها زرع لا يحصد إلا مرة.

الثانية: بيع الأرض، وفيها زرع يجزّ مرةً بعد أخرى.

وبيان حكم كل مسألة منهما، وما يتفرع عن ذلك على النحو التالي:

المسألة الأولى: إذا باع الأرض، وفيها زرع لا يحصد إلا مرة:

إذا باع الأرض وفيها زرع لا يحصد إلا مرة كالحنطة والشعير، وما المقصود منه مستتر، كالجزر، والفجل، والبصل، وأشباه ذلك، فاشترطه المشتري فهو له^(١)، قصيلاً^(٢) كان أو ذا حب مستتراً أو ظاهراً معلوماً أو مجهولاً، لكونه دخل في البيع تبعاً فلم يضر جهله وعدم كماله، كما لو اشترى شجرة فاشترط ثمرتها بعد تأبيرها^(٣).

(١) تبين الحقائق، ج ٤، ص ١١، تكملة السبكي للمجموع، ح ١١، ص ٢٨٩، المغني،

ج ٤، ص ٨٤، الشرح الكبير، ج ٢، ص ٤٤٣.

(٢) القصيل: هو ما يقطع من الزرع أخضر. (القاموس المحيط باب اللام، فصل القاف،

ج ٤، ص ٣٧).

(٣) المغني، ج ٤، ص ٨٤، الشرح الكبير، ج ٢، ص ٤٤٣.

وإن أطلق البيع فهو للبائع^(١)؛ لأن الزرع موضوع في الأرض لفصل الآدمي إياها لانتفاعه بها فشابه المتاع الموضوع في الأرض والدار^(٢).
ولأنه مودع في الأرض، فهو كالكنز والقماش^(٣).
ولأنه يراد للنقل فأشبهه الثمرة المؤبرة^(٤).

قال ابن قدامة:

وهذا قول أبي حنيفة والشافعي، ولا أعلم فيه مخالفاً^(٥).
إذا ثبت هذا فإنه يتفرع عن هذه المسألة الفروع الآتية:

الفرع الأول: حكم بقاء زرع البائع في أرض المشتري إلى وقت الحصاد:

اختلف الفقهاء في حكم بقاء زرع البائع في أرض المشتري إلى وقت الحصاد، أو أنه يلزمه رفعه عقيب العقد وتسليم الأرض على قولين:

- (١) بدائع الصنائع، ج ٥، ص ١٦٤، الهداية، ج ٥، ص ٩٩، تبيين الحقائق، ج ٤، ص ١١، البحر الرائق، ج ٥، ص ٣٢١، مختصر خليل، ج ٥، ص ٢٨١، الشرح الكبير للدردير، ج ٣، ص ١٧، الشرح الصغير، ج ٢، ص ٥١٢، مواهب الجليل، ج ٤، ص ٤٩٥، السراج الوهاج، ج ٢، ص ١٣٦، الإقناع في فقه الشافعية، ص ٩٣، التنبيه، ص ٩٢، المهذب، ج ١، ص ٢٨٧، فتح العزيز، ج ٩، ص ١٩، روضة الطالبين، ج ٣، ص ٥٣٧، المقنع، ج ٢، ص ٧٩، الكافي، ج ٢، ص ٧٢، المغني، ج ٤، ص ٨٣، الإنصاف، ج ٥، ص ٥٨.
- (٢) الهداية ومعها فتح القدير والعناية ج ٥ ص ٩٩، تبيين الحقائق ج ٤ ص ١١، البحر الرائق ج ٥ ص ٣٢١، الدرر الحكام ج ٢ ص ١٥، كشف الحقائق ج ٢ ص ٥.
- (٣) الكافي في فقه الإمام أحمد ج ٢ ص ٧٢، المغني ج ٤ ص ٨٤، الشرح الكبير ج ٢ ص ٤٤٣، المبدع ج ٤ ص ١٦٠.
- (٤) تكملة السبكي للمجموع ج ١١ ص ٣٨٩، المغني ج ٤ ص ٨٤، الشرح الكبير ج ٢ ص ٤٤٣.
- (٥) المغني ج ٤ ص ٨٤.

القول الأول: أن على البائع رفعه عقيب البيع وتسليم الأرض، وبهذا قال الحنفية^(١).

القول الثاني: أنه يكون للبائع مبقى في الأرض إلى حين الحصاد، وبهذا قال المالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤).

الأدلة

دليل القول الأول:

استدل له: بأن ملك المشتري مشغول بملك البائع فكان عليه تفرغه وتسليمه، كما إذا كان فيه متاع^(٥).

أدلة القول الثاني:

استدل له بما يلي:

الدليل الأول: أن النقل والتفريغ للمبيع على حسب العرف والعادة،

(١) مختصر القدوري، ج ٢، ص ٩، الهداية، ج ٥، ص ١٠٠، تبيين الحقائق، ج ٤، ص ١١، الاختيار لتعليل المختار المجلد الأول، ج ٢، ص ٦، البحر الرائق، ج ٥، ص ٣٢٤، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ١٦.

(٢) الشرح الكبير، ج ٣، ص ١٧٣، التاج والإكليل، ج ٤، ص ٤٩٧، جواهر الإكليل، ج ٢، ص ٥٩، الخرشي على مختصر خليل، ج ٥، ص ١٨٣، سراج السالك، ج ٢، ص ١٣٧، بلغة السالك، ج ٢، ص ٥١٤.

(٣) الإقناع في الفقه الشافعي، ص ٩٣، التنبيه، ص ٩٣، المهذب، ج ١، ص ٢٨٧، فتح العزيز، ج ٩، ص ٢١، روضة الطالبين، ج ٣، ص ٥٣٨.

(٤) المقنع، ج ٢، ص ٧٩، الكافي، ج ٢، ص ٧٢، المغني، ج ٤، ص ٧٦، ٨٤، المحرر، ج ١، ص ٣١٥، الفروع، ج ٤، ص ٦٩، التنقيح المشيع، ص ١٣٧، المبدع، ج ٤، ص ١٦١، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٢٠٧.

(٥) الهداية ومعها العناية وفتح القدير، ج ٥، ص ١٠٠، تبيين الحقائق، ج ٤، ص ١١، البحر الرائق، ج ٥، ص ٣٢٤، الدر المختار، ج ٤، ص ٥٥٤.

كما لو باع داراً فيها طعام لم يجب نقله إلا على حسب العادة في ذلك، وهو أن ينقله نهائياً شيئاً بعد شيء، ولا يلزمه النقل ليلًا، ولا جمع دواب البلد لنقله، كذلك ههنا يفرغ الأرض من الزرع في أوان تفرغها، وهو وقت الحصاد^(١).

وهذا الدليل يتضمن الإجابة عن قياس الحنفية، ولهذا قال ابن قدامة بعد ذكر هذا الدليل: وقياسه حجة لنا لما بيناه^(٢).

الدليل الثاني: أن الواجب هو التسليم المعتاد، والمعتاد في تسليم الأرض المزروعة هو عند الحصاد قياساً على ما إذا انقضت مدة الإجارة وفي الأرض زرع، فإنه يترك حتى يستحصد رضي المؤجر أو لم يرض، وإذا كان كذلك فلا يبالي بتضرر المشتري بالانتفاع بملكه بلا عوض؛ لأنه حين أقدم على الشراء - والعادة ما ذكرنا - كان ملتزمًا للضرر المذكور^(٣).

الترجيح:

يترجح - والله أعلم - القول بأن الزرع يبقى للبائع إلى أوان حصاده؛ لقوة ما استدل به له ووجهته، وما استدل به للقول الآخر لا يقوى على معارضته.

ويؤيد ذلك: أن القول بالتفريغ في الحال قد يترتب عليه تضييع المال؛ لأن الزرع إذا قطع قبل أوانه قد لا يستفاد منه، والإسلام قد نهى عن تضييع المال وإتلافه.

كما أن الحنفية قد جزموا هنا بأن البائع يؤمر بقطع الزرع والثمر، وقالوا فيما إذا «باع شجرةً عليه ثمر أو كرمًا عليه عنب لا يدخل الثمر، فلو استأجر

(١) المغني، ج ٤، ص ٧٦.

(٢) المصدر السابق، نفس الجزء والصفحة.

(٣) فتح القدير، ج ٥، ص ١٠٠.

الشجر من المشتري ليترك عليه الثمر لم يجز، ولكن يعار إلى الإدراك، فلو أبى المشتري يخير البائع إن شاء أبطل البيع أو قطع الثمر^(١).
فإن أمر البائع بالقطع ينافي التخيير المذكور^(٢). والله أعلم.

الفرع الثاني: حكم أجرة الأرض في مدة بقاء الزرع فيها:

تقدم في الفرع الأول أن الحنفية أوجبوا على بائع الأرض المزروعة تفريغ الأرض من الزرع في الحال إن لم يشترطه المشتري، وبناء عليه لا يرد لهم في هذا الفرع قول، لأنهم يقولون بوجود التفريغ في الحال. وأما الجمهور فقد قالوا: إن الزرع يبقى في الأرض إلى أوان حصاده، لكن هل يبقى بأجرة أو بدون أجرة؟

اختلف في حكم ذلك على قولين:

القول الأول: أن الزرع يبقى لبائع الأرض إلى الحصاد بدون أجرة، وهو الأرجح عند الشافعية^(٣)، وبه قال الحنابلة^(٤).

القول الثاني: وجوب الأجرة على البائع في مدة بقاء الزرع في الأرض إن كان المشتري جاهلاً، وهو الوجه الآخر عند الشافعية^(٥).

(١) حاشية ابن عابدين، ج ٤، ص ٥٥٤، وانظر: الدر المختار، ج ٤، ص ٥٦٥.

(٢) قال ابن عابدين بعد أن أورد ذلك في حاشيته، ج ٤، ص ٥٥٤: «فتأمله مع قول المتون، ويؤمر البائع بالقطع، فإنه ينافي التخيير المذكور، ولعله قول آخر فليحذر».

(٣) فتح العزيز، ج ٩، ص ٢٩، المنهاج، ج ٢، ص ٨٢، روضة الطالبين، ج ٣، ص ٥٤٢، تكملة السبكي للمجموع، ج ١١، ص ٣٩٥، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٨٢، نهاية المحتاج، ج ٤، ص ١٢٢.

(٤) المغني، ج ٤، ص ٨٤، الشرح الكبير، ج ٢، ص ٤٤٣، الفروع، ج ٤، ص ٦٩، التنقيح المشيع، ص ١٣٧، الإنصاف، ج ٥، ص ٥٨، الإقناع، ج ٢، ص ١٢٧، المبدع، ج ٤، ص ١٦١، حاشية المقنع، ج ٢، ص ٨٠.

(٥) فتح العزيز، ج ٩، ص ٢٩، روضة الطالبين، ج ٣، ص ٥٤٢، تكملة السبكي للمجموع، ج ١١، ص ٣٩٥، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٨٢، نهاية المحتاج، ج ٤، ص ١٢٢.

ومنه يعلم أن محلّ الخلاف عند الشافعية هو إذا كان المشتري يجهل أن الأرض مزروعة، أما إذا كان عالمًا فلا أجره له^(١).

الأدلة

أدلة القول الأول:

الدليل الأول: أنه لا تجب الأجرة، وتقع تلك المدة مستثناة قياسًا على ما إذا باع دارًا مشحونة بأمتعة لا يستحق المشتري الأجرة لمدة التفريغ، فكذلك ههنا^(٢).

الدليل الثاني: أن الزرع يبقى إلى حين أخذه بدون أجره قياسًا على أن الثمرة تبقى إلى حين الجذاذ بدون أجره^(٣).

الدليل الثالث: أن الأجرة تجب إذا زرع الأرض بعقد إجارة أو بغير حق، وفي بقاء زرع البائع في الأرض التي باعها لم يوجد واحد منهما فلا وجه لوجوب الأجرة.

قال الروياني:

«إنما تجب الأجرة إذا زرعتها بعقد الإجارة أو بغير حق، وهنا لم يوجد واحد منهما»^(٤).

(١) تكملة السبكي للمجموع، ج ١١، ص ٣٩٥، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٨٢، نهاية المحتاج، ج ٤، ص ١٢٢، وأما المالكية فيوافقون الشافعية والحنابلة في بقاء الزرع إلى وقت الحصاد لكني لم أجد بجهد المتواضع لهم نصًا في حكم الأجرة لتلك المدة.

(٢) فتح العزيز، ج ٩، ص ٢٩، روضة الطالبين، ج ٣، ص ٥٤٢.

(٣) الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ٧٢.

(٤) تكملة السبكي للمجموع، ج ١١، ص ٣٩٥.

دليل القول الثاني:

أن المنافع متميزة عن المعقود عليه فليس تفويتها بمنزلة العيب، حتى يقال بعدم وجوب الأجرة، وحيث إن البائع قد انتفع بالأرض فيلزمه ضمان المنفعة^(١).

الفرع الثالث: حصد الزرع قبل أوانه للانتفاع بالأرض:

لو انقلع الزرع قبل المدة لحاجة، أو جزّه البائع قبل وقت حصاده لينتفع بالأرض في غيره لم يملك الانتفاع بها، ووجب عليه تسليم الأرض، وليس له استبقاء الأرض ما بقي من مدة الزرع^(٢)؛ «لأن منفعتها إنما حصلت مستثناة عن مقتضى العقد ضرورة بقاء الزرع، فتقدر ببقائه، كالثمرة على الشجرة، وكما لو كان المبيع طعاماً لا ينقل مثله عادة، إلا في شهر لم يكلف إلا ذلك، فإن تكلف نقله في يوم واحد لينتفع بالدار في غيره لم يجز، كذلك ههنا»^(٣).

«ولو كان الزرع مما لو جُزَّ قبل حصاده قوي أصله، واستخلف وفرخ، كالدخن فجزه قبل حصاده كان له استبقاء الأصل الباقي إلى أوان الحصاد؛ لأنه من جملة ذلك الزرع، وليس له استيفاء ما استخلف وفرخ بعد الحصاد؛ لأنه غير ذلك الزرع، وعلى البائع قلعه ولا يملكه المشتري كما يملك أصل القت^(٤) الذي يجز مرة؛ لأن القت أصل ثابت، والزرع فرع زائل، واستخلاف بعضه نادر، قال ذلك المارودي»^(٥).

(١) مغني المحتاج، ج ٢، ص ٨٢، نهاية المحتاج، ج ٤، ص ١٢٢.

(٢) تكملة السبكي للمجموع، ج ١١، ص ٢٩٣، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ٧٢ - ٧٣، المغني، ج ٤، ص ٨٤، الشرح الكبير، ج ٢، ص ٤٤٣.

(٣) المغني، ج ٤، ص ٨٤.

(٤) القت: علف البهائم، ويسمى: القرط، والرطبة، والفصفاصة. (مختار الصحاح ص، ٢٤٦، ٥٠٤، ٥٢١، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٨١).

(٥) تكملة السبكي للمجموع، ج ١١، ص ٢٩٣ - ٢٩٤.

الفرع الرابع: إصلاح الأرض بعد حصد الزرع:

إذا حصد بائع الأرض زرعه منها فعليه تسوية الأرض، فإذا بقيت للزرع عروق تستضر بها الأرض، كعروق القطن والذرة، فعلى البائع إزالتها، وإن تحفرت الأرض فعليه تسوية حفرها^(١)، تشبيهاً بما إذا كان في الدار أمتعة كبيرة لا تخرج إلا بهدم الدار فهدمها كان عليه الضمان^(٢).

وقد وضع ابن قدامة رحمته الله لهذا قاعدة؛ حيث قال:

«كل نقص دخل على ملك شخص لاستصلاح ملك الآخر من غير إذن الأول، ولا فعل صدر عنه النقص، واستند إليه، كان الضمان على مدخل النقص»^(٣).

المسألة الثانية: بيع الأرض وفيها زرع يجز مرة بعد أخرى:

الحنفية والمالكية أطلقوا القول في أن الزرع لا يدخل في بيع الأرض عند الإطلاق، ولم يُفَرِّقوا بين الزرع الذي لا يحصد إلا مرة، وبين ما يجز مرة بعد أخرى على ما فهمته من إطلاقهم القول بأن الزرع لا يدخل في بيع الأرض. وسأورد نصوصاً من كتب الحنفية والمالكية في هذه المسألة:

المذهب الحنفي:

قال الطحاوي رحمته الله:

«وإذا باع الرجل للرجل أرضاً دخل ما كان فيها من بناءٍ ونخلٍ وشجر

(١) الوجيز، ج ١، ص ١٤٨، فتح العزيز، ج ٩، ص ٢١، روضة الطالبين، ج ٣، ص ٥٣٨،

تكملة السبكي للمجموع، ج ١١، ص ٣٩٤، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ٧٣،

المغني، ج ٤، ص ٨٤، الشرح الكبير، ج ٢، ص ٤٤٣، المبدع، ج ٤، ص ١٦١.

(٢) فتح العزيز، ج ٩، ص ٢١، روضة الطالبين، ج ٣، ص ٥٣٨، تكملة السبكي للمجموع،

ج ١١، ص ٣٩٤، المغني، ج ٤، ص ٨٤.

(٣) المغني، ج ٤، ص ٨٤ - ٨٥.

في البيع، ولم يدخل فيه ما كان فيها من زرع ولا من ثمر، وكان للبائع أن يقلعهما لنفسه»^(١).

وقال القدوري رحمته الله:

«ومن باع أرضاً دخل ما فيها»^(٢)، وإن لم يسمه، ولا يدخل الزرع في بيع الأرض إلا بالتسمية»^(٣).

وجاء في «الهداية»^(٤) للمرغيناني رحمته الله قوله: «ومن باع أرضاً دخل ما فيها من النخل والشجر وإن لم يسمه.. ولا يدخل الزرع في بيع الأرض إلا بالتسمية».

وقد ورد مثل ذلك في كتب الحنفية الأخرى^(٥).

المذهب المالكي:

جاء في «البيان والتحصيل»^(٦) قوله:

«إذا باع الرجل أرضاً وفيها زرعٌ حين بدا فهو للبائع، إلا أن يشترطه المبتاع».

وجاء في «مختصر»^(٧) خليل رحمته الله قوله:

(١) مختصر الطحاوي، ص ٧٩.

(٢) قال في اللباب، ج ٢، ص ٩: «ومن باع أرضاً ذات نخل وشجر دخل ما فيها من النخل والشجر في البيع، وإن لم يسمه».

(٣) مختصر القدوري، ج ٢، ص ٩.

(٤) ج ٥، ص ٩٩.

(٥) انظر في ذلك: بدائع الصنائع، ج ٥، ص ١٦٤، كنز الدقائق، ج ٢، ص ٥، البحر الرائق، ج ٥، ص ٣٢١، الاختيار لتعليل المختار، المجلد الأول، ج ٢، ص ٦، الدر المختار، ج ٤، ص ٥٥٢، الدرر الحكام، ج ٢، ص ١٥٠، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ١٦، وبهامشه الدر المنتقى نفس الجزء والصفحة.

(٦) ج ٧، ص ٣٨٨.

(٧) ج ٥، ص ٢٨١.

«تناول البناء والشجر: الأرض، وتناولتهما، لا الزرع والبذر».

وقال القرافي رحمته الله:

«وبيع الأرض يندرج تحته الأشجار والبناء دون الزرع الظاهر»^(١).

ومما سبق يظهر أن الحنفية، والمالكية، يرون أن الزرع الظاهر في الأرض لا يدخل في بيعها إلا إن اشترطه المشتري، ولم يفرقوا بين زرع يجزُّ مرة واحدة وبين زرع يتكرر جزؤه، غير أن قاضيخان الحنفي قد ذكر جملة من الفروع يفهم منها أن بعض الحنفية يفرقون بين الزرع الذي لا يحصد إلا مرة واحدة، والزرع الذي له أصل يجزُّ مرة بعد أخرى؛ حيث قال:

«رجل اشترى أرضاً فيها رطبة»^(٢)، أو زعفران، أو خلاف^(٣) يقطع في

كل ثلاث سنين، أو رياحين، أو بقول، ولم يذكر في البيع ما فيها:

قال الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل رحمته الله ما علا منها على وجه الأرض يكون بمنزلة الثمر لا يدخل في البيع من غير شرط.

وما كان من أصولها في الأرض يدخل في البيع؛ لأن أصولها تكون للبقاء بمنزلة البناء.

وكذا إذا كان فيها قصب، أو حشيش، أو حطب نابت، ما هو على وجه

الأرض لا يدخل في البيع من غير ذكر.

(١) الفروق، ج ٣، ص ٢٨٣.

(٢) الرطبة: القطب، خاصة ما دام رطباً، والجمع رطاب، وتسمى: القت، والفصفاة، كما سبق قريباً في «القت».

(٣) جاء في القاموس المحيط، ج ٣، ص ١٣٧، قوله: «الخلفة: ما ينبت الصيف من العشب، وزرع الحبوب خلفة؛ لأنه يستخلف من البر والشعير.. وما يتفطر عنه الشجر في أول البرد، أو ثمر يخرج بعد ثمر، وشيء يحمله الكرم بعدما يسود العنب فيقطع العنب، وهو غض أخضر لم يدرك، وكذلك هو من سائر الثمر، أو أن يأتي الكرم بحصرم جديد».

وما أصولها في الأرض يدخل.

واختلفوا في قوائم الخلاف:

قال بعضهم: تدخل؛ لأنها شجر.

والمختار: أنها لا تدخل؛ لأنها تعدُّ من الثمر.

وإن كان في الأرض شجر قطن فبيعت الأرض، لا يدخل ما عليها من

القطن.

واختلفوا في أصل القطن، وهو الشجر، والصحيح أنه لا يدخل في

البيع.

وإن كان في الأرض كراث فبيعت الأرض مطلقاً فما كان على ظاهر

الأرض لا يدخل في البيع المطلق.

واختلفوا فيما كان مغيباً منه في الأرض، والصحيح أنه يدخل؛ لأنه

يبقى سنين فيكون بمنزلة الشجر.

وأما قوائم الباذنجان:

«قال الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي: إنها تدخل في البيع المطلق

من غير ذكر.

وقال الشيخ الإمام المعروف بخواهر زاده ينبغي أن يكون على

الاختلاف الذي ذكرنا في قوائم شجر القطن»^(١).

وبعد ذكر مذهب الحنفية، والمالكية، في هذه المسألة أورد مذهب

الشافعية، والحنابلة، وهما متقاربان:

(١) فتاوى قاضيخان، ج ٢، ص ٢٤٤.

المذهب الشافعي:

قال الرافعي رحمته الله: بعد أن بيّن أن الزرع ضربان، وبيّن الضربين الأول كما سبق في المسألة الأولى، ثم شرع في بيان الضرب الثاني فقال:

«الضرب الثاني: ما تؤخذ ثمرته وفائدته مرة بعد أخرى في سنتين أو أكثر كالكرسف الحجازي^(١)، والنرجس والبنفسج، فالظاهر من ثمرها عند بيع الأرض يبقى للبائع، وفي دخول الأصول، الخلاف السابق في الأشجار.

وفي النرجس والبنفسج وجه أنهما من الضرب الأول. وأمّا ما يجزّ مرارًا كالقت والهندبا، والنعناع.. فتبقى^(٢) جزتها الظاهرة عند البيع للبائع، وفي دخول الأصول الخلاف.

وعن الشيخ أبي محمد القطع بأنها تدخل في بيع الأرض؛ لأنها كامنة فيها نازلة منزلة أجزائها بخلاف الأشجار.. وإذا قلنا بدخولها فليشترط على البائع قطع الجزء الظاهرة؛ لأنها تزيد ويشته المبيع بغيره، ولا فرق بين أن يكون ما ظهر بالغًا أو ان الجزّ أو لا يكون.

قال في «التتمة»: إلا القصب فإنه لا يكلف بقطعة إلا أن يكون ما ظهر قدرًا ينتفع به.

ولو كان في الأرض أشجار خلاف: ما يقطع من وجه الأرض فهي كالقصب^(٣).

(١) الكرسف: هو القطن. (النظم المستعذب في شرح غريب المهذب، ج ١، ص ٢٨٦).

(٢) في المتن بدون الفاء، ولا بد من الفاء في جواب «أمّا»؛ لتضمنه معنى الجزاء.

(٣) فتح العزيز، ج ٩، ص ٢١ - ٢٢.

المذهب الحنبلي:

قال ابن قدامة رحمته الله:

«وإن باع أرضاً وفيها زرع يجرُّ مرة بعد أخرى، فالأصول للمشتري، والجزء الظاهرة عند البيع للبائع، سواء كان مما يبقى سنة، كالهندبا، والبقول، أو أكثر، كالرطبة. وعلى البائع قطع ما يستحقه منه في الحال، فإنه ليس لذلك حدُّ ينتهي إليه.

ولأن ذلك يطول، ويخرج غير ما كان ظاهراً. والزيادة من الأصول التي هي ملك للمشتري. وكذلك إن كان الزرع مما تتكرر ثمرة، كالقثاء، والخيار، والبطيخ، والبادنجان، وشبهه، فهو للمشتري والثمرة الظاهرة عند البيع للبائع؛ لأن ذلك مما تتكرر الثمرة فيه، فأشبهه الشجر.

ولو كان مما تؤخذ زهرته وتبقى عروقه في الأرض، كالبنفسج والنرجس فالأصول للمشتري؛ لأنه جعل في الأرض للبقاء فهو كالرطبة، وكذلك أوراقه وغصونه.

وأما زهرته فإن كانت قد تفتحت فهي للبائع، وإلا فهي للمشتري.. واختار ابن عقييل في هذا كله: أن البائع إن قال: بعتك هذه الأرض بحقوقها دخل فيها، وإن لم يقل بحقوقها، فهل يدخل؟ على وجهين كالشجر»^(١).

وقد بين ابن رجب رحمته الله في «القاعدة الثمانين» سبب اختلافهم في هذه المسألة، وما لهم فيها من طرق فقال: «ما تكرر حمله من أصول البقول، والخضروات، هل هو ملحق بالزرع، أو بالشجر، فيه وجهان:

وينبني على ذلك مسائل:

(١) المغني، ج ٤، ص ٨٥.

منها: إذا باع الأرض وفيها هذه الأصول، فإن قلنا هي كالشجر انبنى على أن الشجر هل يدخل في بيع الأرض مع الإطلاق أم لا؟ وفيه وجهان. وإن قلنا هي كالزرع لم تدخل في البيع وجهًا واحدًا. وللأصحاب في المسألة أيضًا طريقتان:

إحدهما: أن حكمها حكم الشجر في تبعية^(١) الأرض، وهي طريقة ابن عقيل، وصاحب المحرر.

والثانية: أنها تتبع وجهًا واحدًا بخلاف الشجر؛ لأن تبقيتها في الأرض معتاد، ولا يقصد نقلها وتحويلها.. وهي طريقة أبي الخطاب، وصاحب المغني، وعلى ما قررناه أولاً يخرج فيها طريقة ثالثة: أنها لا تتبع وجهًا واحدًا كالزرع^(٢).

ويتلخص مما سبق أن بيع الأرض وفيها زرع يجزئ مرة بعد أخرى، أن الجزة الظاهرة عند البيع للبائع، وأما الأصول فيترجح فيها أنها للمشتري، وذلك للأسباب الآتية:

السبب الأول: قوة الشبه بينها وبين الشجر؛ حيث إنها تبقى في الأرض طويلاً، وتبقيتها في الأرض معتاد، ولا يقصد منها النقل والتحويل.

السبب الثاني: أن في القول بتبعية هذه الأصول على ملك البائع، مع انتقال ملكية الأرض للمشتري، تعطيلاً لملك المشتري لمدة غير معلومة، فإن تلك الأصول قد تبقى في الأرض أشهرًا، وقد تبقى سنة، وقد تبقى سنتين، وقد تبقى سنين.

وبناء على هذا تكون منفعة الأرض مستثناة إلى مدة مجهولة، وذلك أنه

(١) في المتن «في تبعية الأرض»، وهو تحريف مطبعي.

(٢) القواعد لابن رجب، ص ١٥٧.

لا يمكن قلع أصول الزرع؛ لأنه محترم، ولا تبقيته بأجرة، لأنه حين أحدثه، أحدثه في ملكه، وإذا كان الأمر كذلك لا يصح بيعه مفردًا، فإذا ضمَّ إلى مبيع خلا عن ذلك بطل البيع في الجميع للجهالة بالثمن، فلما أفضى الإخراج إلى هذا المحذور، حكم بالاندراج حرصًا على تصحيح العقد قياسًا على دخول الحمل في البيع، وإن لم ينتظم اسم الشاة والجارية بل إن هذا أولى بدخوله في بيع الأرض؛ لأن للحمل غاية تنتظر، ومع ذلك أدخل في البيع، ولا غاية ههنا تنتظر.

السبب الثالث: أن في دخول أصول الزرع في بيع الأرض قطعًا للمنازعات والمخاصمات؛ إذ لو قيل: إنها تبقى للبائع؛ لأدى ذلك إلى كثرة دخول البائع إلى أرض المشتري للسقي ونحوه، بل قد يؤدي ذلك إلى إنكار البيع، والشريعة الإسلامية تحرص على قطع المنازعات بين الناس، وسد الأبواب الموصلة لذلك.

والله تعالى أعلم.

* * *

المطلب الثالث: حكم دخول البذر في بيع الأرض:

إذا باع أرضًا فيها بذرٌ لم يظهر بعدُ، فقد اختلف الفقهاء في دخوله في بيع الأرض تبعًا على أقوال:

القول الأول: لا يدخل في بيع الأرض، وبه قال الحنفية^(١)، وهو أحد

(١) الهداية، ج ٥، ص ١٠١، تبين الحقائق، ج ٤، ص ١١، البحر الرائق، ج ٥، ص ٣٢١، فتاوى قاضيخان، ج ٢، ص ٢٤٤، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ١٧، الفتاوى الهندية، ج ٣، ص ٣٤.

قولي المالكية^(١) وبه قال ابن عقيل من الحنابلة^(٢)، إلا أن بعض الحنفية قيّد ذلك بما إذا لم يعفن^(٣) البذر، أما إذا عفن فهو للمشتري^(٤).

القول الثاني: يدخل في بيع الأرض، وهو المشهور عند المالكية^(٥)، وقد ورد نحو هذا في مذهب الحنفية^(٦)، والحنابلة^(٧).

القول الثالث: إن كان البذر لا يبقى أصله، ويؤخذ دفعة واحدة كالحنطة والشعير، لا يدخل في بيع الأرض، ويبقى إلى أوان أخذه، وإن كان البذر

(١) الفروق، ج ٣، ص ٢٨٣، وبهامشه تهذيب الفروق نفس الجزء، ص ٢٨٧، مختصر خليل، ج ٥، ص ٢٨٢، الخرشبي على مختصر خليل، ج ٥، ص ١٨١، وبهامشه حاشية العدوي نفس الجزء والصفحة.

(٢) الفروع، ج ٤، ص ٧٠، الإنصاف، ج ٥، ص ٥٩، تصحيح الفروع، ج ٤، ص ٧٠.

(٣) عفن الشيء عفناً: فسد من نوة أصابته فهو يتمزق عند مسه، وعفن اللحم: تغيرت رائحته. (القاموس المحيط، باب النون، فصل العين، مادة: عفن، ج ٤، ص ٢٤٩، البحر الرائق، ج ٥، ص ٣٢١).

(٤) فتح القدير، ج ٥، ص ١٠١، وبالهامش العناية على الهداية نفس الجزء والصفحة، البحر الرائق، ج ٥، ص ٣٢١، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ١٧، وبهامشه الدر المنتقى نفس الجزء والصفحة، حاشية ابن عابدين، ج ٤، ص ٥٥٢.

(٥) الفروق، ج ٣، ص ٢٨٣، وبهامشه تهذيب الفروق نفس الجزء، ص ٢٨٧، الفواكه الدواني، ج ٢، ص ١١٥، الشرح الكبير، ج ٣، ص ١٧١، الشرح الصغير، ج ٢، ص ٥١٢، التاج والإكليل، ج ٤، ص ٤٩٥، جواهر الإكليل، ج ٢، ص ٥٩، سراج السالك، ج ٢، ص ١٣٧، منح الجليل، ج ٥، ص ٢٨٢.

(٦) أورد ابن نجيم الحنفي في البحر الرائق، ج ٥، ص ٣٢١ - ٣٢٢، بعد ذكر قول الحنفية: أن الزرع لا يدخل في بيع الأرض بلا تسمية، وأن هذا الإطلاق يشمل ما إذا نبت أولاً، ويشمل ما إذا نبت ولم يصير له قيمة وفيه قولان، أورد بعد ذلك ما نصه: «وصحّح في المحيط: دخول الزرع قبل النبات؛ لأنه صار تبعاً للأرض، فالحاصل: أن المصحح عدم الدخول، ولو لم يكن له قيمة إلا إذا كان قبل النبات فالصواب دخول ما لا قيمة له».

(٧) قال في المبهج: في بذر وزرع لم يبد صلاحه، قيل: يتبع الأرض، وقيل: لا، نقل ذلك عنه في الفروع، ج ٤، ص ٧٠، وفي الإنصاف، ج ٥، ص ٥٩.

يدوم، كنوى النخل، والجوز، واللوز، وبذر الكراث، ونحوه من البقول، فحكمه في الدخول تحت بيع الأرض، حكم الشجر^(١)، وبهذا قال الشافعية^(٢)، وهو المذهب عند الحنابلة^(٣).

الأدلة

دليل القول الأول:

أن البذر إذا كان كامناً في الأرض لا يدخل في بيعها تبعاً؛ لأنه مودع فيها^(٤) فهو كالمتاع^(٥)، وكالركاز^(٦).

وأما ما قيد به بعض الحنفية من أنه إذا عفن فهو للمشتري فقد عللوا

- (١) سبق بيان الحكم عندهم في دخول الشجر في بيع الأرض، فإن قلنا الشجر يدخل في بيع الأرض كما هو الراجح عندهم، فكذلك بذر هذا الزرع يدخل في بيع الأرض. وإن قلنا الشجر لا يدخل، فكذلك الحكم في بذر هذا الزرع، وهو أنه لا يدخل.
- (٢) فتح العزيز، ج ٩، ص ٢٢ - ٢٣، روضة الطالبين، ج ٣، ص ٥٣٩، المنهاج، ج ٢، ص ٨٢، تكملة السبكي للمجموع، ج ١١، ص ٣٩٩، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٨٢، نهاية المحتاج، ج ٤، ص ١٢٢.
- ويلاحظ أن الشيرازي والغزالي قد نصّا على أن البذر لا يدخل في بيع الأرض، ولم يفصلا هذا التفصيل. (المهذب، ج ٢، ص ٢٨٧، الوجيز، ج ١، ص ١٤٨) لكن السبكي في تكملة للمجموع، ج ١١، ص ٤٠٠ حمل قول الشيرازي: (وإن باع أرضاً فيها بذر لم يدخل في البيع) على البذر الذي لا نبات لأصله اه، ومراده الذي يؤخذ دفعة واحدة كالحنطة والشعير.
- (٣) المغني، ج ٤، ص ٨٥، الفروع، ج ٤، ص ٧٠، الإنصاف، ج ٥، ص ٥٩، التنقيح المشيع، ص ١٣٧، الإقناع، ج ٢، ص ١٢٧، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٢٠٨، كشاف القناع، ج ٣، ص ٢٧٨، حاشية المقنع، ج ٢، ص ٨٠.
- (٤) الهداية، ج ٥، ص ١٠١، المهذب، ج ٢، ص ٢٨٧، الفروع، ج ٤، ص ٧٠.
- (٥) الهداية، ج ٥، ص ١٠١، ومعها فتح القدير والعناية نفس الجزء والصفحة.
- (٦) المهذب، ج ٢، ص ٢٨٧.

لذلك بأن «العفن لا يجوز بيعه على الانفراد فصار كجزء من أجزاء الأرض فيدخل في بيع الأرض»^(١).

المناقشة:

يمكن مناقشة هذا القياس بأنه قياسٌ مع الفارق، وذلك أنّ البذر الكامن في الأرض هو كجزء من أجزاء الأرض، يصعب إخراجه منها بخلاف المتاع فإنه منفصل عنها، وبخلاف الركاز فإنه يسهل إخراجه منها فافتراقاً فلا يصحُّ القياس.

وأما ما ذكره بعض الحنفية من أنه إذا لم يعفن لا يدخل، وإذا عفن يدخل، لأنه لا يجوز بيعه مفرداً حينئذٍ، فقد يناقش: بأنه وإن لم يعفن لا يصح بيعه مفرداً؛ لأنه مجهول لكونه كامناً في الأرض، وحتى إن قيل: يمكن إخراجه وبيعه بعد ذلك، فإنه يصعب ذلك، فإن بذراً كبذر الذرة والدخن مثلاً كيف يمكن إخراجه بعد بذره في الأرض، إلا إذا قيل: بأخذه مع تراب الأرض، وفي ذلك تعدُّ على أرض المشتري، ولا يمكن القول هنا بأنه يبقى إلى أوان الحصاد؛ لأن الحنفية يقولون بقطع الزرع في الحال إذا كان ظاهراً على وجه الأرض كما سبق بيان مذهبهم في ذلك.

أدلة القول الثاني:

استدل له بالأدلة الآتية:

الدليل الأول: يدخل البذر الكامن في الأرض في بيعها تبعاً قياساً على دخول الحجارة المخلوقة فيها^(٢).

الدليل الثاني: أنه يدخل البذر في بيع الأرض عند الإطلاق؛ لأنه حين

(١) فتح القدير، ج ٥، ص ١٠١.

(٢) الفروق، ج ٣، ص ٢٨٤، تهذيب الفروق نفس الجزء، ص ٢٨٧.

وضع فيها أصبح مختلطًا بترابها يصعب فصله منها فصار كجزء من أجزاء الأرض^(١).

أدلة القول الثالث:

أشار ابن قدامة رحمته الله إلى أن البذر إذا كان المشتري يستحق أصله كالرطوبة والنعناع، وما يجز مرة بعد مرة أن بذر ذلك الأصل للمشتري، وعلل لذلك بقوله:

«لأنه ترك في الأرض للتبقية فهو كأصول الشجرة، ولأنه لو كان ظاهرًا كان له، فالمستتر أولى»^(٢). ولم أرَ لهم تعليلًا فيما إذا كان البذر لا يبقى أصله أنه يكون للبائع^(٣).

الترجيح:

لعل أقرب الأقوال السابقة للرجحان هو القول بدخول البذر في بيع الأرض، وإن لم ينص عليه، وذلك للأسباب الآتية:

السبب الأول: قوة ما استدل به له، ووجاهتها، ولم أرَ مناقشة لها.

(١) البحر الرائق، ج ٥، ص ٣٢١.

(٢) المغني، ج ٤، ص ٨٥.

(٣) قد يقول قائل: إن ابن قدامة قد ذكر بعد التحليل السابق: أنه «إذا كان بذرًا لما يستحقه البائع فهو له، إلا أن يشترطه المبتاع فيكون له، وقال الشافعي: البيع باطل؛ لأن البذر مجهول وهو مقصود، ولنا: أن البذر يدخل تبعًا في البيع فلم يضر جهله، كما لو اشترى عبدًا فاشترط ماله، ويجوز في التابع من الغرر ما لا يجوز في المتبوع، كبيع اللبن في الضرع مع الشاة، والحمل مع الأم، والسقوف في الدار، وأساسات الحيطان تدخل تبعًا في البيع، ولا تضر جهالتها ولا تجوز مفردة».

أقول قد يقول قائل: إن هذا منه استدلالٌ على أن البذر إذا كان لا يبقى أصله يدخل في البيع تبعًا، فإن قاله قائل فجوابه:

أن فرض مسألتنا هو في دخول البذر في بيع الأرض تبعًا عند الإطلاق، وما ذكره ابن قدامة هو في بيع الأرض مع البذر، وهذا له بحثٌ آخر، فليس المورد واحدًا؛ إذ هما مسألتان.

السبب الثاني: ضعف ما استدل به على عدم دخول البذر في بيع الأرض، كما سبق بيان ذلك عند مناقشة دليل القول الأول.

السبب الثالث: أن جعل البذر للبائع مبقى إلى ظهوره ثم إلى أوان حصاده فيه تعطيل لمنفعة أرض المشتري، وفي القول بإخراجه من الأرض كما هو مقتضى مذهب الحنفية، فيه تغيير لعين المبيع؛ لأن تسليمه لا يمكن إلا بتقليب الأرض.

السبب الرابع: أنه قد يتأيد القول بدخول البذر في بيع الأرض بأن من ملك ظاهر الأرض ملك ما في باطنها.

هذه هي الأقوال في المسألة لكن لو قيل: إنه يرجع في ذلك إلى العرف، فإن كان العرف يقتضي دخول البذر في بيع الأرض عند الإطلاق دخل في البيع، وإن كان العرف لا يقتضيه نظر، فإن كان المشتري دفع ثمنًا لا يصلح إلا في الأرض وفي بذرها دخل في البيع؛ لأن ذلك يكون قرينة صارفة إليه، ودالة عليه، فأشبهه ما لو صرح به، وإن كان الثمن لا يصلح للأرض وللبذر معًا قوم البذر^(١)، وخير المشتري بين دفع قيمته للبائع، والفسخ، إلا إذا تنازل البائع عن قيمة البذر فليس للمشتري الفسخ؛ لأنه زاده خيرًا بالترك، إلا إذا كان البذر يعطل عليه الأرض، وهو يرغب في استغلالها في زرع آخر غير زرع ذلك، فله حق الفسخ، لدفع الضرر عنه.

أقول: لو قال بهذا قائل لكان متجهًا، لكني لم أرَ قائلًا به.

والله تعالى أعلم...

(١) تعرف قيمة البذر بمعرفة قدر البذر في تلك الأرض ثم يعرف سعره في ذلك البلد، ويدفع المشتري قيمته حينئذٍ للبائع. وتعرف قيمته أيضًا: بأن تقوم الأرض مبذورة، وغير مبذورة، والفرق بينهما هو قيمته.

المطلب الرابع: بيع الأرض مع البذر:

في المطلب السابق كان الكلام عن دخول البذر في بيع الأرض عند الإطلاق.

وأما هذا المطلب فهو معقود لبيان حكم بيع الأرض المبذورة مع البذر^(١)، أي أنه قد نصّ في العقد على البذر، وقد اختلف الفقهاء في ذلك على أقوال:

القول الأول: لا يصح اشتراط دخول البذر في بيع الأرض، وهو المذهب عند الشافعية^(٢)، وأحد الوجوه في مذهب الحنابلة^(٣)، واختاره ابن عقيل^(٤).

القول الثاني: يصح ذلك، وهو وجه في مذهب الشافعية^(٥)، وأحد

(١) جعل النووي - رحمته - الزرع الذي لا يفرد بالبيع مثل البذر في الحكم، فقال في المنهاج، ج ٢، ص ٨٢: «ولو باع أرضاً مع بذر أو زرع لا يفرد بالبيع بطل في الجميع، وقيل في الأرض قولان».

(٢) فتح العزيز، ج ٩، ص ٨٥، روضة الطالبين، ج ٣، ص ٥٦٠، تكملة السبكي للمجموع، ج ١١، ص ٣٩٩، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٨٢، فتح الوهاب، ج ١، ص ١٨٠، نهاية المحتاج، ج ٤، ص ١٢٢، ويلاحظ أن بعض الشافعية قال: إنه إذا كان البذر من البذر الذي يدخل عند الإطلاق، فإنه يصح البيع في الكل، وكأنه ذكره تأكيداً. «انظر مغني المحتاج، ج ٢، ص ٨٢، تكملة السبكي، ج ١١، ص ٣٩٩، نهاية المحتاج، ج ٤، ص ١٢٣».

(٣) الفروع، ج ٤، ص ٧٠، الإنصاف، ج ٥، ص ٥٩، تصحيح الفروع، ج ٤، ص ٧٠، حاشية المقنع، ج ٢، ص ٨٠.

(٤) تصحيح الفروع، ج ٤، ص ٧٠، حاشية المقنع، ج ٢، ص ٨٠.

(٥) فتح العزيز، ج ٩، ص ٨٥، روضة الطالبين، ج ٣، ص ٥٦٠، تكملة السبكي، ج ١١، ص ٣٩٩.

الوجوه في مذهب الحنابلة^(١)، واختاره القاضي في «المجرد»^(٢)، وقال عنه في «الإنصاف»^(٣): «وهو الصواب».

القول الثالث: إن ذكر قدره ووصفه صحَّ، وإلا فلا، وهو وجه في مذهب الحنابلة^(٤).

وفرع الشافعية على القول ببطلان البيع في البذر، هل يبطل البيع في الأرض أيضًا؟ فقالوا:

«إذا بطل البيع في البذر، ففي بطلانه في الأرض طريقتان:

إحدهما: أنه على قولي تفريق الصفة.. وهذا إنما يكون على قولنا بأنه يختار بجميع الثمن.

والطريقة الثانية: القطع ببطلان بيع الأرض»^(٥).

هذا هو مذهب الشافعية، والحنابلة.

أما الحنفية، والمالكية فلم أرَ لهم - بجهد المتواضع - نصًا صريحًا في هذه المسألة، غير أن مقتضى مذهب الحنفية، والمالكية يوافق القول بالصحة عندي.

-
- (١) الفروع، ج ٤، ص ٧٠، الإنصاف، ج ٥، ص ٥٩، تصحيح الفروع، ج ٤، ص ٧٠، حاشية المقنع، ج ٢، ص ٨٠.
- (٢) المراجع عدا الفروع.
- (٣) ج ٥، ص ٥٩، وكذلك قاله في تصحيح الفروع، ج ٤، ص ٧٠.
- (٤) الفروع، ج ٤، ص ٧٠، الإنصاف، ج ٥، ص ٥٩، تصحيح الفروع، ج ٤، ص ٧٠، حاشية المقنع، ج ٢، ص ٨٠، قلت: قد ورد عن الروياني من الشافعية ما يفيد عكس هذا القول؛ حيث جعل «محل الخلاف إذا لم يجهل جنسه وصفته فإن جهلها لم يجز قولاً واحداً». تكملة السبكي، ج ١١، ص ٤٠٠.
- (٥) تكملة السبكي للمجموع، ج ١١، ص ٣٩٩ - ٤٠٠، وانظر في ذلك: فتح العزيز، ج ٩، ص ٨٥، روضة الطالبين، ج ٣، ص ٥٦٠، المنهاج، ج ٢، ص ٨٢، ومعه مغني المحتاج نفس الجزء والصفحة، نهاية المحتاج، ج ٤، ص ١٢٣.

وبيان ذلك:

أنَّ الحنفية قد ذكروا أنَّ الشخص إذا «اشترى أرضًا فيها أشجارٌ وعليها ثمار، وقال في البيع بثمارها فأكل البائع الثمار سقطت حصَّة الثمار من الثمن، ويخير المشتري في أخذ الباقي.. لأنه لما قال بثمارها صار الثمر مبيعًا مقصودًا.. ولو كان في الأرض زرعٌ فباع الأرض بدون الزرع، أو الزرع بدون الأرض جاز^(١)».

وقياس هذا أنه لو باع الأرض مع البذر جاز.

وكذلك مقتضى مذهب المالكية: القول بالصحة؛ لأنهم إذا قالوا بدخول البذر في بيع الأرض عند الإطلاق، فمن باب أولى أنهم يقولون بدخوله إذا باع الأرض مع البذر. والله أعلم...

أدلة القول الأول:

استدل له بأنه:

لا يصح البيع في البذر للجهاالة^(٢).

ولأنه لا يجوز بيعه منفردًا فلم يجوز بيعه مع الأرض^(٣).

ولأنه مقصود في نفسه^(٤)، فلم يجوز بيعه مع الأرض كالركاز^(٥).

(١) فتاوى قاضيخان، ج ٢، ص ٢٤٤.

(٢) تكملة السبكي للمجموع، ج ١١، ص ٣٩٩، المغني، ج ٤، ص ٨٥.

(٣) المهذب، ج ٢، ص ٢٨٧.

(٤) تكملة السبكي للمجموع، ج ١١، ص ٣٩٩، المغني، ج ٤، ص ٨٥.

(٥) تكملة السبكي للمجموع، ج ١١، ص ٣٩٩.

أدلة القول الثاني :

الدليل الأول: أن البذر يدخل تبعًا في البيع فلم يضر جهله، كما لو اشترى عبدًا فاشترط ماله^(١).

الدليل الثاني: أنه «يجوز في التابع من الغرر ما لا يجوز في المتبوع، كبيع اللبن في الضرع مع الشاة، والحمل مع الأم، والسقوف في الدار، وأساسات الحيطان تدخل تبعًا في البيع، ولا تضر جهالتها، ولا تجوز مفردة»^(٢).

دليل القول الثالث :

الفقهاء الذين أوردوا القول الثالث لم يذكروا له دليلًا. ويمكن الاستدلال له بأنه إذا ذكر قدر البذر وصفته صحَّ البيع، لعدم الجهالة حينئذٍ، وإن لم يذكر ذلك فلا يصح للجهالة.

وأما تفريع الشافعية على القول ببطلان البيع في البذر أنه يبطل البيع في الأرض على إحدى الطريقتين عندهم فقد استدلوا له :

أنه يبطل البيع في الجميع للجهل بأحد المقصودين، وتعذر توزيع الثمن على البذر والأرض^(٣).

الترجيح :

يترجح - والله أعلم - القول بالصحة، وذلك لقوة ما استدل به له ووجاهته والقول به فيه تصحيح للعقد، وتيسير في التطبيق، وقطع لدابر الخصام والمنازعة، خاصةً أنه قد ذكر في العقد صريحًا، فينتظمه العقد،

(١) المغني، ج ٤، ص ٨٥ - ٨٦، الشرح الكبير، ج ٢، ص ٤٤٢.

(٢) المغني، ج ٤، ص ٨٦.

(٣) فتح العزيز، ج ٩، ص ٨٥.

ويصح وإن كان في البذر جهالةً، لأنه يفتقر في التوابع ما لا يفتقر في غيرها.

وأما ما استدل به على عدم الصحة فيناقش بما ذكر في الدليل الثاني من أدلة القائلين بالصحة وهو أنه:

يجوز في التابع من الغرر ما لا يجوز في المتبوع، كبيع اللبن في الضرع مع الشاة، والحمل مع الأم، والسقوف في الدار، وأساسات الحيطان تدخل تبعاً في البيع، ولا تضر جهالتها، ولا تجوز مفردة.
والله أعلم...

المطلب الخامس: حكم ثبوت الخيار عند عدم دخول الزرع والبذر في بيع الأرض:

تحدّث ابن قدامة رحمته الله عن حكم الخيار إذا لم يدخل الزرع أو البذر في بيع الأرض فقال في أثناء حديثه عن حكم البذر:
«وإن لم يعلم المشتري بذلك فله الخيار في فسخ البيع وإمضائه؛ لأنه يفوت عليه منفعة الأرض عاماً.

فإن رضي البائع بتركه للمشتري أو قال: أنا أحوله وأمكنه ذلك في زمن يسير لا يضر بمنافع الأرض فلا خيار للمشتري؛ لأنه أزال العيب بالنقل أو زاده خيراً بالترك فلزمه قبوله، لأن فيه تصحيحاً للعقد، وهذا مذهب الشافعي^(١).

(١) ينظر في ذلك: فتح العزيز، ج ٩، ص ٢٠، ٢٢، روضة الطالبين، ج ٣، ص ٥٣٧، ٥٣٩، تكملة السبكي للمجموع، ج ١١، ص ٣٩٤، ٣٩٩.

وإن اشترى أرضاً فيها زرعٌ للبائع، أو شجراً فيه ثمر للبائع، والمشتري جاهل بذلك يظن أن الزرع والثمر له فله الخيار أيضاً كما لو جهل وجوده؛ لأنه إنما رضي ببذل ماله عوضاً عن الأرض والشجر بما فيهما فإذا بان خلاف ذلك ينبغي أن يثبت له الخيار، كالمشتري للمعيب يظنه صحيحاً.

وإن اختلفا في جهله لذلك: فالقول قول المشتري إذا كان ممن يجهل ذلك لكونه عامياً، فإن هذا مما يجهله كثيرٌ من الناس، وإن كان ممن يعلم ذلك لم يقبل قوله، لأن الظاهر أنه لا يجهله^(١).

المطلب السادس: حكم دخول الحجارة وما في حكمها في بيع الأرض:

الحجارة في الأرض قد تكون مخلوقة، أو مثبتة فيها، وقد تكون مدفونة^(٢) مودعة في الأرض للنقل منها.

فإن كانت مخلوقةً في الأرض، أو مثبتة فيها، دخلت في بيع الأرض^(٣)؛ لأنها من أجزائها فهي كحيطانها وترابها^(٤).

(١) المغني، ج ٤، ص ٨٦.

(٢) قيل عن ذلك: كان عادة أهل الحجاز ينحتون الأحجار ويدفنونها إلى وقت الحاجة إليها. «تكملة السبكي للمجموع»، ج ١١، ص ٢٩٤.

(٣) حاشية ابن عابدين، ج ٤، ص ٥٤٧، الفروق، ج ٣، ص ٢٨٤، تهذيب الفروق الجزء نفسه، ص ٢٨٧، الخرش على مختصر خليل، ج ٥، ص ١٨١، منح الجليل، ج ٥، ص ٢٨٢، الوجيز، ج ١، ص ١٤٨، فتح العزيز، ج ٨، ص ٢٣، روضة الطالبين، ج ٣، ص ٥٣٩، المنهاج، ج ٢، ص ٨٢، الأنوار لأعمال الأبرار، ج ١، ص ٣٧٠، فتح المعين، ج ٣، ص ٤٣، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ٧٤، المغني، ج ٤، ص ٨٨، الإقناع، ج ٢، ص ١٢٥.

(٤) مغني المحتاج، ج ٢، ص ٨٢ - ٨٣، نهاية المحتاج، ج ٤، ص ١٢٣، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ٧٤، المغني، ج ٤، ص ٨٨.

فإن كانت تضر بالزرع والغرس، فهو عيب^(١) إن كانت الأرض تقصد لذلك^(٢).

ويثبت للمشتري الخيار بين الفسخ، وأخذ الثمن، أو الإمساك وأخذ أرش العيب كما في سائر المبيع^(٣).

وأما إن كانت الحجارة أو الآجر ونحو ذلك^(٤) مدفوناً في الأرض

(١) في مذهب الشافعية وجه ضعيف: أنه ليس بعيب، وإنما هو فوات فضيلة. (فتح العزيز، ج ٨، ص ٢٤٤ روضة الطالبين، ج ٣، ص ٥٣٩).

(٢) فتح العزيز، ج ٨، ص ٢٣، روضة الطالبين، ج ٣، ص ٥٣٩، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٨٣، نهاية المحتاج، ج ٤، ص ١٢٣، المغني، ج ٤، ص ٨٨، الإقناع، ج ٢، ص ١٢٥، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٢٠٧.

وذكر السبكي: أن الحجارة المخلوقة في الأرض تدخل في البيع، وهي على ثلاثة أضرب:

الأول: أن يضر بالزرع والغرس جميعاً فهي عيب، إذا كانت مما يقصد لذلك.

الثاني: يضر بالغراس دون الزرع لوصول عروق الغراس إليه دون الزرع فوجهان: أحدهما: أنه عيب، والثاني أنه ليس بعيب.

قال المارودي: والأصحُّ عندي أن ينظر في أرض تلك الناحية، فإن كانت مرصدة للزرع أو بعضها للغرس وبعضها للزرع فليس هذا بعيب، وإن كانت مرصدة للغرس فهذا عيب؛ لأن العرف المعتاد يجري مجرى الشرط.

الضرب الثالث: أن لا تكون مضرّة بالغراس ولا بالزرع لبعدهما بينهما وبين وجه الأرض فليس هذا بعيب ولا خيار للمشتري. (تكملة السبكي للمجموع، ج ١١، ص ٢٩٢).

(٣) المغني، ج ٤، ص ٨٨، الإقناع، ج ٢، ص ١٢٥، كشف القناع، ج ٣، ص ٢٧٤..

(٤) مثل: أحجار المرمر والكزان والبلاط كما في حاشية ابن عابدين، ج ٤، ص ٥٤٧، ومثل البئر والجب والرخام، كما في مواهب الجليل، ج ٤، ص ٤٩٥، ومثل الكنز كما في المقنع، ج ٢، ص ٧٨.

مودعًا فيها للنقل منها فلا تدخل في البيع^(١)، وهي للبائع عند الحنفية^(٢)،
والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤).

وعللوا لذلك: بأنها مودعة في الأرض كالكنوز، وكالفرش والستور في
الدار^(٥).

وأما المالكية فقد فصلوا في ذلك فقال محمد بن رشد رحمته الله تعالى:

«هذا الاختلاف إنما هو في المجهول الذي لا يعلم صاحبه، وأما إن
ثبت أن ما وجد مغيبًا في الأرض أنه من متاع البائع، أو من متاع مَنْ ورثه
عنه فلا اختلاف في أنه له.. وكذلك إن ثبت أن البئر أو العجب^(٦) أو البيت

- (١) حاشية ابن عابدين، ج ٤، ص ٥٤٧، تعليق على البحر الرائق، ج ٥، ص ٣١٧، الفروق،
ج ٣، ص ٢٨٤، تهذيب الفروق الجزء نفسه، ص ٢٨٧، مواهب الجليل، ج ٤، ص ٤٩٥،
الخرشي على مختصر خليل، ج ٥، ص ١٨١، منح الجليل، ج ٥، ص ٢٨٢، الوجيز،
ج ١، ص ١٤٨، فتح العزيز، ج ٨، ص ٢٣، روضة الطالبين، ج ٣، ص ٥٣٩، المنهاج،
ج ٢، ص ٨٣، الأنوار لأعمال الأبرار، ج ١، ص ٣٧٠، المقنع، ج ٢، ص ٧٨، الكافي
في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ٧٤، المغني، ج ٤، ص ٨٨، المبدع، ج ٤، ص ١٥٨.
وينبغي أن يلاحظ أن القرافي قد ذكر: أن الأحجار المدفونة في الأرض لا تدخل في
البيع إلا على القول بأن من ملك ظاهر الأرض ملك باطنها، فقال في الفروق، ج ٣،
ص ٢٨٤، في أثناء بيانه ما يدخل في الأرض تبعًا ما نصه: «تندرج الحجارة المخلوقة
فيها دون المدفونة إلا على القول بأن من ملك ظاهر الأرض ملك باطنها».
- (٢) حاشية ابن عابدين، ج ٤، ص ٥٤٧، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، ج ٢، ص ٢٨٧.
- (٣) فتح العزيز، ج ٨، ص ٢٤، روضة الطالبين، ج ٣، ص ٥٣٧، المنهاج، ج ٢، ص ٨٣.
- (٤) المغني، ج ٤، ص ٨٨، الإقناع، ج ٢، ص ١٢٥.
- (٥) تعليق على البحر الرائق، ج ٥، ص ٣١٧، فتح العزيز، ج ٨، ص ٢٤، روضة الطالبين،
ج ٣، ص ٥٣٧، المغني، ج ٤، ص ٨٨، المبدع، ج ٤، ص ١٥٨، كشاف القناع، ج ٣،
ص ٢٧٤.

- (٦) قال صاحب القاموس المحيط في: فصل الجيم باب الباء، ج ١، ص ٤٣، ما نصه:
«العجب بالضم: البئر، أو الكثير الماء البعيدة القعر، أو الجيدة الموضع من الكلا، أو
التي لم تطو، أو مما وجد لا مما حضره الناس». وفي مختار الصحاح، ص ٩١ ما نصه:
«العجب البئر التي لم تطو، قلت: معناه: لم تبين بالحجارة».

الموجود تحت الأرض من عمل البائع كان نسيه، أو من عمل من ورثه عنه، فلا اختلاف في أن للبائع أن ينقض البيع.

وجه القول الأول في المجهول أنه لمن وجد ذلك في أرضه هو:

أن البائع لم يثبت له عليه ملك، وقد باع الأرض ولا يعلم ما في داخلها، فوجب ألا يكون للبائع حجة على المبتاع فيما وجدته المبتاع فيها مما ينتفع به، كما لا يكون للمبتاع حجة على البائع فيما وجدته فيها من جبل يمنعه من أن يحدث فيها ما يحتاج إليه من جب أو بئر أو غراس.

ووجه القول الثاني:

أن ما وجد في الأرض مما يعلم أنه محدث فيها من جب أو بئر، أو موضوع فيها من صخر أو عمد أو رخام، فإنه محمول على أنه للبائع؛ إذ لعله قد انتقل إليه بميراث لم يعلم به، وما أشبه ذلك، فوجب ألا يسقط حقه فيه جهله به، وإن علم أنه ليس له فحكمه حكم اللقطة، وهذا القول أظهر، والله أعلم، وبه التوفيق»^(١).

بقي التفريع على القول بأن الحجارة لا تدخل في البيع، وتكون للبائع:

يتفرع^(٢) على ذلك بأن المشتري إن كان عالمًا بذلك، فلا خيار له في فسخ العقد^(٣).

= والذي يظهر لي أن مراد المالكية بالجب هنا غير ذلك؛ لأن ابن رشد قد ذكر في الصفحة التي قبل هذا الموضوع ما نصه: «... وعلى قياس أحد قولي ابن القاسم في رسم استأذن من سماع عيسى من كتاب الأفضية: في الذي يجد في أرضه جبًا وباب الجب في أرض غيره أن له أن يأخذ ما كان منه في أرضه وينتفع به ويسده فيما بينه وبين صاحبه، ولا يستحقه صاحبه بالباب».

(١) البيان والتحصيل، ج ٨، ص ٩٤.

(٢) هذه التفريعات نصّ عليها الشافعية، وأشار إليها الحنابلة، ولم أرَ بجهدى المتواضع نصًا للحنفية والمالكية فيها.

(٣) الوجيز، ج ١، ص ١٤٨، فتح العزيز، ج ٨، ص ٢٤، روضة الطالبين، ج ٣، ص ٥٣٩، =

وله إجبار البائع على نقلها، وتسوية حفر الأرض^(١) الحاصلة بالقلع^(٢)؛ لأنه ضررٌ لحق المشتري بسبب البائع، فكان عليه إزالته^(٣).

ولأن على البائع تسليم المبيع سليماً، ولا يمكن إلا بذلك فوجب^(٤).

ولا أجرة للمشتري في مدة القلع والنقل^(٥)، كما لو اشترى داراً فيها أقمشة يعلمها، فلا أجرة له في مدة نقلها^(٦).

ولأنه علم بذلك ورضي، فأشبه ما لو اشترى أرضاً فيها زرع^(٧).

وإن كان المشتري جاهلاً، فللحجارة مع الأرض، أربع حالات:

الحالة الأولى: أن لا يكون في قلعها ولا في تركها ضرراً، بأن لا يحوج النقل وتسوية الأرض إلى مدة لمثلها أجرة، ولا تنقص الأرض بها، فعلى البائع النقل، وعليه تسوية الأرض.

ولا خيار للمشتري، وله مطالبة البائع بنقلها في الحال^(٨).

=المنهاج، ج ٢، ص ٨٣، المغني، ج ٤، ص ٨٩، الإقناع، ج ٢، ص ١٢٥، كشاف القناع، ج ٣، ص ٢٧٤.

- (١) المغني، ج ٤، ص ٨٩.
- (٢) جاء في مغني المحتاج، ج ٢، ص ٨٣، نقلاً عن «المطلب» قوله: بأن يعيد التراب المزال بالقلع من فوق الحجارة مكانه، أي: وإن لم يسو؛ إذ يبعد أن يقال يسويها بتراب آخر من مكان خارج أو مما فيها، لأن في الأول إيجاب عين لم تدخل في البيع، وفي الثاني تغيير المبيع.
- (٣) فتح العزيز، ج ٨، ص ٢٤، روضة الطالبين، ج ٣، ص ٥٣٩، المغني، ج ٤، ص ٨٨.
- (٤) المغني، ج ٤، ص ٨٨.
- (٥) كشاف القناع، ج ٣، ص ٢٧٤.
- (٦) فتح العزيز، ج ٨، ص ٢٤، روضة الطالبين، ج ٣، ص ٥٣٩، المغني، ج ٤، ص ٨٩.
- (٧) فتح العزيز، ج ٨، ص ٢٤، روضة الطالبين، ج ٣، ص ٥٣٩.
- (٨) فتح العزيز، ج ٨، ص ٢٤، روضة الطالبين، ج ٣، ص ٥٤٠، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٨٣، فتح الوهاب، ج ١، ص ١٨٠، المغني، ج ٤، ص ٨٩.

لأنه لا عرف في توقيتها بخلاف الزرع فإن له أمداً ينتظر^(١).

فإن «تقاعد عن ذلك كان للمشتري الخيار.

قال ابن الرفعة: وقد يقال: بل يجبر على ذلك.. لأن في ذلك محافظةً على إتمام العقد^(٢).

الحالة الثانية: أن لا يكون في قلعها ضرراً، ويكون في تركها ضرراً. فالحكم أنه يؤمر البائع بالنقل.

ولا خيار للمشتري، قياساً على ما إذا اشترى داراً، فلحق سقفها خللاً يسير يمكن تداركه في الحال، أو كانت منسدةً بالوعدة، فقال البائع: أنا أصلح الخلل وأنقي بالوعدة، لا خيار للمشتري فكذلك ههنا^(٣).

الحالة الثالثة: أن يكون القلع والترك مضرين، فللمشتري الخيار سواء جهل أصل الحجارة، أو كون قلعها مضرًا ولا يسقط خياره بترك البائع الأحجار، لما في نقلها من الضرر^(٤).

فإن اختار المشتري إمضاء البيع، لزم البائع النقل، وتسوية الأرض^(٥)، سواء كان النقل قبل القبض أو بعده^(٦).

(١) المغني، ج ٤، ص ٨٩.

(٢) تكملة السبكي للمجموع، ج ١١، ص ٣٠٩.

(٣) فتح العزيز، ج ٨، ص ٢٥، روضة الطالبين، ج ٣، ص ٥٤٠، تكملة السبكي للمجموع، ج ١١، ص ٣٠٦.

(٤) فتح العزيز، ج ٨، ص ٢٥، روضة الطالبين، ج ٣، ص ٥٤٠، فتح الوهاب، ج ١، ص ١٨٠، المغني، ج ٤، ص ٨٩، الإقناع، ج ٢، ص ١٢٥، وهل يسقط خيار المشتري بأن يقول البائع له: لا تفسخ لأغرم لك أجرة المثل لمدة النقل؟ فيه وجهان عند الشافعية. ينظر في ذلك فتح العزيز، ج ٨، ص ٢٥، روضة الطالبين، ج ٣، ص ٥٤٠.

(٥) فتح العزيز، ج ٨، ص ٢٥، روضة الطالبين، ج ٣، ص ٥٤٠، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٨٣، نهاية المحتاج، ج ٤، ص ١٢٥، المغني، ج ٤، ص ٨٩، الشرح الكبير، ج ٢، ص ٤٤١، الإقناع، ج ٢، ص ١٢٥، كشاف القناع، ج ٣، ص ٢٧٤.

(٦) فتح العزيز، ج ٨، ص ٢٥، روضة الطالبين، ج ٣، ص ٥٤٠، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٨٣، فتح الوهاب، ج ١، ص ١٨٠.

وهل تجب للمشتري أجره المثل لمدة النقل إذا نقل البائع في مدة لمثلها
أجرة؟

فيه ثلاثة أقوال:

القول الأول: تجب، وهو وجه في مذهب الشافعية^(١)، وأحد الوجهين
عند الحنابلة^(٢).

وعلّلوا لذلك:

بأن المنافع مضمونة على المتلف، فكان عليه بدلها^(٣)، وكما لو جنى
على المبيع بعد القبض، عليه ضمانه^(٤).

القول الثاني: لا تجب له أجره لمدة النقل، وهو وجه في مذهب
الشافعية^(٥)، وأحد الوجهين في مذهب الحنابلة^(٦).

وعلّلوا له:

بأن المشتري لمّا رضي بإمساك المبيع، رضي بتلف المنفعة في زمان
النقل^(٧).

(١) فتح العزيز، ج ٨، ص ٢٥، روضة الطالبين، ج ٣، ص ٥٤٠، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٨٣.

(٢) المغني، ج ٤، ص ٨٩، الشرح الكبير، ج ٢، ص ٤٤١.

(٣) المصدران السابقان نفس الجزء والصفحة في كل منهما.

(٤) فتح العزيز، ج ٨، ص ٢٦، روضة الطالبين، ج ٣، ص ٥٤٠.

(٥) فتح العزيز، ج ٨، ص ٢٦، روضة الطالبين، ج ٣، ص ٥٤٠، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٨٣، نهاية المحتاج، ج ٤، ص ١٢٥.

(٦) المغني، ج ٤، ص ٨٩، الشرح الكبير، ج ٢، ص ٤٤١.

(٧) فتح العزيز، ج ٨، ص ٢٦، روضة الطالبين، ج ٣، ص ٥٤٠، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٨٣، نهاية المحتاج، ج ٤، ص ١٢٥، المغني، ج ٤، ص ٨٩، الشرح الكبير، ج ٢، ص ٤٤١.

القول الثالث: الفرق بين أن يكون النقل قبل القبض، فلا تجب الأجرة وأن يكون النقل بعد القبض فتجب الأجرة، وهو الأظهر عند الشافعية^(١).

وعلّلوا له:

بأن التفريغ المفوت للمنفعة مدة جناية من البائع، وهي مضمونة عليه بعد القبض؛ لأنها كجناية الأجنبي، وليست مضمونة عليه قبل القبض، لأنها كالآفة السماوية^(٢).

ويجري هذا الخلاف في وجوب الأرش لو بقي في الأرض بعد التسوية نقصان وعيب^(٣).

الحالة الرابعة: أن يكون في قلعه ضرراً، وليس في تركها ضرراً. فللمشتري الخيار، فإن اختار إمضاء البيع، ففي وجوب الأجرة والأرش ما سبق من الخلاف. وإن اختار المشتري فسخ البيع، فقال البائع أنا أدع ذلك لك، سقط خيار المشتري^(٤).

لأن الضرر قد زال عنه بتركها له^(٥).

(١) فتح العزيز، ج ٨، ص ٢٦، روضة الطالبين، ج ٣، ص ٥٤٠، المنهاج، ج ٢، ص ٨٣، فتح الوهاب، ج ١، ص ١٨٠، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٨٣، نهاية المحتاج، ج ٤، ص ١٢٥.

(٢) المصادر السابقة الأجزاء والصفحات أنفسها.

(٣) فتح العزيز، ج ٨، ص ٢٦، روضة الطالبين، ج ٣، ص ٥٤١، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٨٣، فتح الوهاب، ج ١، ص ١٨٠، نهاية المحتاج، ج ٤، ص ١٢٥، وقد تكلم في هذا السبكي وأطال. ينظر ذلك في تكلمته للمجموع، ج ١١، ص ٣٠٠ وما بعدها.

(٤) فتح العزيز، ج ٨، ص ٢٦، روضة الطالبين، ج ٣، ص ٥٤١، تكملة السبكي للمجموع، ج ١١، ص ٣٠٧، المغني، ج ٤، ص ٨٩، الشرح الكبير، ج ٤، ص ٤٤١.

(٥) المغني، ج ٤، ص ٨٩، الشرح الكبير، ج ٢، ص ٤٤١.

ولأن في ذلك إبقاءً للعقد من غير ضررٍ على المشتري^(١).

وما ذكر في الأحوال السابقة هو فيما إذا كانت الأرض بيضاء.

«أما إذا كان فيها غراس فينظر:

إن كانت حاصلة يوم البيع، واشتراها مع الأرض فنقصان الأشجار وتعييبها بالأحجار كتعييب الأرض في إثبات الخيار وسائر الأحكام.

وإن أحدثها المشتري بعد الشراء فينظر:

إن أحدثها عالمًا بالأحجار فعلى البائع قلعها، وليس عليه ضمان نقصان الغراس.

وإن أحدثها جاهلاً، ففي ثبوت الخيار وجهان:

وجه الثبوت: أن الضرر ناشئٌ من إيداعه الأحجار في الأرض.

والأصح: أنه لا يثبت، لرجوع الضرر إلى غير المبيع، فإن كانت الأرض تنقص بالأحجار أيضًا نظر: إن لم يورث الغرس وقلع المغروس نقصانًا في الأرض فله القلع والفسخ.

وإن أورث الغراس أو القلع نقصانًا فلا خيار في الفسخ؛ إذ لا يجوز ردُّ المبيع ناقصًا، ولكن يأخذ الأرض، وإذا قلع البائع الأحجار، فانتقص الغراس فعليه أرش النقص بلا خلاف^(٢).

وأما إذا كان في الأرض التي فيها أحجار زرع للبائع أو للمشتري فإنه:

(١) فتح العزيز، ج ٨، ص ٢٦، روضة الطالبين، ج ٣، ص ٥٤١، تكملة السبكي، ج ١١، ص ٣٠٧، وإن اقتصر البائع على قوله: تركتها، فهل هو تملك أو مجرد إعراض لقطع الخصومة؟ فيه خلاف ينظر في المراجع الآتفة الذكر.

(٢) فتح العزيز، ج ٨، ص ٢٧ - ٢٨، وقد ورد مثله في روضة الطالبين، ج ٣، ص ٥٤١، وينظر في ذلك: تكملة السبكي للمجموع، ج ١١، ص ٣٠٩ - ٣١٢، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٨٣ - ٨٤.

«يترك إلى أوان الحصاد؛ لأن له غاية منتظرة بخلاف الغراس.
ومنهم من سَوَّى بينه وبين الغراس»^(١).

* * *

المطلب السابع: حكم دخول المعادن في بيع الأرض:

ينقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع:

الفرع الأول: معنى المعادن.

الفرع الثاني: أنواع المعادن.

الفرع الثالث: حكم دخول المعادن في بيع الأرض.

الفرع الأول: معنى المعادن:

المعادن: جمع معدن، والمعدن من العدن، وهو الأقامة، يقال: عدن بالمكان، إذا أقام به.

والمعدن: المكان الذي يثبت فيه الناس، فلا يتحول عنه أهله شتاءً ولا صيفاً، ومعدن كل شيء أصله، ومنه قوله ﷺ: «فعن معادن العرب تسألوني. قالوا نعم..». الحديث متفق عليه^(٢)، أي: أصولها التي ينتسبون إليها ويتفاخرون بها.

والمعادن: المواضع التي تستخرج منها جواهر الأرض كالذهب والفضة

(١) فتح العزيز، ج ٨، ص ٢٨.

(٢) أخرجه البخاري، ومسلم من حديث أبي هريرة رضي الله عنه. صحيح البخاري كتاب: أحاديث الأنبياء، باب قول الله تعالى: (لقد كان في يوسف وأخوته آيات للسائلين)، ج ٤، ص ١٨٢. ومسلم في صحيحه، كتاب الفضائل، باب من فضائل يوسف رضي الله عنه، ج ١٥، ص ١٣٤ (صحيح مسلم بشرح النووي).

والنحاس وغير ذلك، ثم اشتهر في نفس الأجزاء المستقرة التي ركبها الله تعالى في الأرض يوم خلق الأرض، حتى صار الانتقال من اللفظ إليه ابتداءً بلا قرينة^(١).

والفهاء يطلقون لفظ «المعادن»، ويريدون به أحد شيئين:

الأول: البقعة التي تستخرج منها الجواهر، من ذهب وفضة ونحاس وغيرها^(٢).

الثاني: نفس الجوهر المستخرج من الأرض بعمل وتصفية، كالذهب والفضة والحديد^(٣).

الفرع الثاني: أنواع المعادن:

يقسم الفهاء المعادن باعتبار أماكن وجودها إلى:
معادن ظاهرة، ومعان باطنها.

-
- (١) القاموس المحيط، ج ٤، ص ٢٤٦ - ٢٤٧، مختار الصحاح، ص ٤١٨، النهاية في غريب الحديث والأثر، ج ٣، ص ١٩٢، فتح القدير لابن الهمام، ج ١، ص ٥٣٧.
- (٢) الأحكام السلطانية للمارودي، ص ١٩٧، مغني المحتاج، ج ١، ص ٣٩٤، نهاية المحتاج، ج ٣، ص ٩٦، الأحكام السلطانية لأبي يعلى، ص ٢٣٥، حاشية الروض المربع، ج ٣، ص ٢٣٧.
- (٣) العناية شرح الهداية، ج ١، ص ١٣٧، قوانين الأحكام الشرعية، ص ١١٩، حاشية الدسوقي، ج ١، ص ٤٨٩، مغني المحتاج، ج ١، ص ٣٩٤، نهاية المحتاج، ج ٣، ص ٩٦، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ١، ص ٣١٢، الإقناع، ج ١، ص ٢٦٦، حاشية الروض المربع، ج ٣، ص ٢٣٧، وينظر في ذلك: الملكية في الشريعة الإسلامية للدكتور عبد السلام العبادي، ج ١، ص ٣٤٧، نزاع ملكية العقار للمتنفعة العامة للشيخ الدكتور عبد العزيز العبد المنعم، ص ١٩٤.

والمعادن الظاهرة:

هي المعادن التي يكون جوهرها المستودع فيها بارزاً، فهي تتميز عن الأرض، ويوصل إليها من غير مؤنة^(١).

والمعادن الباطنة:

هي المعادن التي يكون جوهرها مستكنًا فيها، فلا تتميز عن الأرض، ولا يوصل إليها إلا بالعمل والمؤنة^(٢)، كمعادن الذهب والفضة.

ويقسمونها بالنظر لذاتها وطبيعتها إلى:

معادن جامدة، ومعادن مائعة أو جارية.

ويقسمون الجامدة إلى:

معادن منطبعة كالذهب والفضة والنحاس، ومعادن غير منطبعة كالماس والياقوت والزمرد^(٣).

الفرع الثالث: حكم دخول المعادن في بيع الأرض:

فرق الفقهاء في أثناء بيانهم لأحكام المعادن بين أنواع الأراضي التي توجد فيها هذه المعادن:

أهي أراضٍ مملوكة، أم أراضٍ تابعة لبيت المال، أم أراضٍ مباحة.

(١) الدر المختار، ج ٦، ص ٤٣٣ - ٤٣٤، الأحكام السلطانية للمارودي، ص ١٩٧، المنهاج، ج ٢، ص ٣٧٢، الأحكام السلطانية لأبي يعلى، ص ٢٣٥، المغني، ج ٥، ص ٥٧١.

(٢) الأحكام السلطانية للمارودي، ص ١٩٧، المنهاج، ج ٢، ص ٣٧٢، الأحكام السلطانية لأبي يعلى، ص ٢٣٦، المغني، ج ٥، ص ٥٧٢.

(٣) تحفة الفقهاء، ج ١، ص ٣٢٩، الدر المختار، ج ٢، ص ٣١٨ - ٣١٩، حاشية ابن عابدين، ج ٢، ص ٣١٩، الفتاوى الهندية، ج ١، ص ١٨٤، المغني، ج ٥، ص ٥٧٣، الإقناع، ج ١، ص ٢٦٧، الإنصاف، ج ٣، ص ١١٩، كشاف القناع، ج ٣، ص ١٦٠ - ١٦١، شرح منتهى الإرادات، ج ١، ص ٣٩٧.

والذي ينبغي التحدث عنه هنا هو بيان حكمها في الأراضي المملوكة للأفراد.

كما ينبغي التنبيه إلى أن حكم دخولها في بيع الأرض، هو تابع لمليتها في الأرض، أي تملك بملكية الأرض، أو لا تملك بملكية الأرض؟ إذا علم هذا؛ فإن الفقهاء اختلفوا في حكمها على أقوال:

القول الأول: أن المعادن تملك بملك الأرض التي هي فيها، سواء أكانت ظاهرة أم باطنة.

وبهذا قال: الحنفية^(١)، والظاهرية^(٢)، والإمام مالك في رواية عنه^(٣)، وهو قول عند الشافعية^(٤)، والحنابلة^(٥).

وبناءً على هذا القول فإن المعادن تدخل في بيع الأرض^(٦).

القول الثاني: أن المعادن لا تملك بملك الأرض التي هي فيها، بل هي لجميع المسلمين، يفعل فيها الإمام ما يراه مصلحة لهم.

-
- (١) تحفة الفقهاء، ج ١، ص ٣٣١، بدائع الصنائع، ج ٢، ص ٦٨، الهداية، ج ١، ص ٥٤٠، العناية شرح الهداية نفس الجزء والصفحة، حاشية ابن عابدين، ج ٢، ص ٣١٩، ٣٢١.
- (٢) المحلى، ج ٦، ص ١٥٠.
- (٣) المقدمات الممهديات، ص ٢٢٥، الفروق، ج ٣، ص ٢٨٤، تهذيب الفروق الجزء نفسه، ص ٢٨٨، منح الجليل، ج ٢، ص ٧٨.
- (٤) المهذب، ج ١، ص ٢٨٥، فتح العزيز، ج ٩، ص ٣٤، روضة الطالبين، ج ٣، ص ٥٤٥، المجموع، ج ٦، ص ٧٧، الأنوار لأعمال الأبرار، ج ١، ص ٢٧٢، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٨٥، تكملة السبكي للمجموع، ج ١١، ص ٢٩٠ - ٢٩١.
- (٥) الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ٧٤، المغني، ج ٤، ص ٩٠، الإنصاف، ج ٤، ص ٢٩٠، المبدع، ج ٤، ص ٢٢.
- (٦) بدائع الصنائع، ج ٢، ص ٦٨، الهداية، ج ١، ص ٥٤٠، العناية شرح الهداية نفس الجزء والصفحة، حاشية ابن عابدين، ج ٢، ص ٣٢١، الفروق، ج ٣، ص ٢٨٤، تهذيب الفروق نفس الجزء والصفحة، الشرح الكبير للدردير، ج ٣، ص ١٧١.

وبهذا قال الإمام في المشهور عنه^(١).

القول الثالث: أن المعادن تملك بملك الأرض التي هي فيها، إلا الذهب والفضة فأمرهما للإمام، وهذا قول عند المالكية^(٢).

وبناءً على هذا القول: تدخل المعادن في بيع الأرض إلا معادن الذهب والفضة فلا تدخل.

القول الرابع: تملك المعادن الجامدة بملك الأرض، ولا تملك المعادن الجارية، وهذا هو المشهور عند الشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤).

وبناءً على هذا القول: تدخل المعادن الجامدة في البيع، ولا تدخل المعادن الجارية.

الأدلة

أدلة القول الأول:

استدل له بالأدلة الآتية:

الدليل الأول: قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾^(٥).

وجه الدلالة من الآية:

أن الآية صريحة في تحريم أكل مال الغير بالباطل، والمعدن مال في

(١) المقدمات الممهדות، ص ٢٢٤، مختصر خليل، ج ٢، ص ٧٨، الشرح الصغير، ج ١،

ص ٤٨٣، منح الجليل، ج ٢، ص ٧٨، بلغة السالك، ج ١، ص ٤٨٣.

(٢) حاشية الدسوقي، ج ١، ص ٤٨٧، منح الجليل، ج ٢، ص ٧٨.

(٣) المذهب، ج ١، ص ٢٨٥، فتح العزيز، ج ٨، ص ٣٤، روضة الطالبين، ج ٣، ص ٥٤٥،

الأنوار لأعمال الأبرار، ج ١، ص ٢٧٢، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٨٥، تكملة السبكي

للمجموع، ج ١١، ص ٢٩٠ - ٢٩١.

(٤) المغني، ج ٤، ص ٩٠، المبدع، ج ٤، ص ٢٢، الإنصاف، ج ٤، ص ٢٩٠.

(٥) سورة البقرة، آية: ١٨٨.

الأرض المملوكة فهو مملوك بملكيتها، وذلك أن المعدن الموجود في الملك الخاص هو جزء من الأرض المملوكة ملكًا خاصًا، وجعله لغير مالك الأرض، أكل لأموال الناس بالباطل، فيكون منهيًا عنه^(١).

الدليل الثاني: قوله ﷺ: «إِنَّ دِمَاءَكُمْ وَأَمْوَالَكُمْ عَلَيْكُمْ حَرَامٌ». متفق عليه^(٢).

قال ابن حزم رحمه الله:

«مَنْ خَرَجَ فِي أَرْضِهِ مَعْدَنَ فِضَّةٍ أَوْ ذَهَبٍ.. أَوْ أَي شَيْءٍ كَانَ فَهُوَ لَهُ، وَيُورِثُ عَنْهُ وَلَهُ بَيْعُهُ، وَلَا حَقَّ لِلْإِمَامِ مَعَهُ فِيهِ، وَلَا لِغَيْرِهِ»^(٣).

الدليل الثالث: قوله ﷺ: «مَنْ ظَلَمَ شِبْرًا مِنَ الْأَرْضِ طَوْقَهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ مِنْ سَبْعَةِ أَرْضِينَ». متفق عليه^(٤).

وجه الدلالة من الحديث:

أن الحديث يشعر بأن من ملك شبرًا من الأرض ملك ما تحت ذلك الشبر إلى الأرض السابعة^(٥)، وأنه يملك الأرض بما فيها من معادن ونحوها.

قال ابن حجر رحمه الله في بيان ما يستفاد من هذا الحديث:

- (١) المعدن والركاز للدكتور يوسف الشال، ص ٧٤، مصادر تملك الأرض، ص ٥٤٨..
- (٢) الحديث أخرجه البخاري، ومسلم من حديث عبد الرحمن بن أبي بكر عن أبيه عن النبي ﷺ، صحيح البخاري كتاب العلم، باب: قول النبي ﷺ: «رب مبلغ أوعى من سامع»، ج ١، ص ١٥٧ - ١٥٨، صحيح مسلم كتاب القسامة، باب: تغليظ تحريم الدماء والأعراض والأموال، ج ١١، ص ١٧٠، (صحيح مسلم بشرح النووي).
- (٣) المحلى، ج ٩، ص ١٠٠.
- (٤) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب: المظالم، باب: أثم من ظلم شيئًا من الأرض ج ٣، ص ١٧٠، ومسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، باب تحريم الظلم وغصب الأرض وغيرها، ج ١١، ص ٥٠، (صحيح مسلم بشرح النووي).
- (٥) الفروق، ج ٤، ص ١٧، إدرار الشروق على أنواع الفروق، نفس الجزء والصفحة.

«وفي الحديث تحريم الظلم والغصب وتغليظ عقوبته، وإمكان غصب الأرض.. وأن من ملك أرضاً ملك أسفلها إلى منتهى الأرض، وله أن يمنع من حفر تحتها سرّباً أو بئراً بغير رضاه، وفيه أن من ملك ظاهر الأرض ملك باطنها بما فيها من حجارة ثابتة وأبنية ومعادن وغير ذلك، وأن له أن ينزل بالحفر ما شاء ما لم يضر بمن جاوره»^(١).

الدليل الرابع: أن المعادن من توابع الأرض؛ لأنها من أجزائها خلقت فيها ومنها، فإذا ملك الإنسان الأرض ملكها بجميع ما فيها، وتنتقل منه إلى غيره بتوابعها أيضاً كفروع الشجر وثمرته^(٢).

المناقشة:

نوقش الاستدلال بالأدلة السابقة بأنه قائم على أن المعادن من أجزاء الأرض فتملك بملكية الأرض، وهذا غير مسلم:

لأن المعادن ليست متولدة من الأرض، وبالتالي فهي ليست جزءاً من أجزائها كما لا يصحُّ القول بأن المعادن من الأرض كالثمرة من الشجرة؛ لأن الثمرة امتداد طبيعي للشجرة، والمعادن ليست امتداداً طبيعياً للأرض حتى يصحَّ القياس^(٣).

ولأن الشجر نابت في الأرض بعد الملك بخلاف المعادن؛ فإنها في جوف الأرض أقدم من ملك المالكين لها^(٤).

على أن بعض القائلين بهذا القول نفوا أن يكون المعدن جزءاً من أجزاء الأرض، قال ابن الهمام رحمته الله:

(١) فتح الباري، ج ٥، ص ١٠٥.

(٢) بدائع الصنائع، ج ٢، ص ٦٨، الهداية، ج ١، ص ٥٤٠، العناية شرح الهداية، ج ١، ص ٥٤٠، حاشية ابن عابدين ج ٢، ص ٣٢١، المقدمات الممهيات، ص ٢٢٥.

(٣) المعدن والركاز للدكتور يوسف الشال، ص ٧٣ - ٧٤، الأموال المباحة وأحكام تملكها في الشريعة الإسلامية، ج ٢، ص ٢٧ - ٢٨.

(٤) المقدمات الممهيات، ص ٢٢٥، الملكية ونظرية العقد لمحمد أبو زهرة، ص ١٢٨.

«قد يمنع كون المعدن جزءاً من الأرض، ولذا لم يجز التيمم به، وتأويله بأنه خلق فيها مع خلقها لا يوجب الجزئية»^(١).

أدلة القول الثاني:

القول الثاني يرى أصحابه أن المعادن لا تملك بملك الأرض، وبالتالي لا تدخل في بيع الأرض، وقد استدل لهذا القول بالأدلة الآتية:

الدليل الأول: أن المعادن التي في جوف الأرض أقدم من ملك المالكين لها، فلم يجعل ذلك ملكاً لهم بملك الأرض، وهو ظاهر قوله تعالى: ﴿إِنَّ الْأَرْضَ لِلَّهِ يُورِثُهَا مَنْ يَشَاءُ مِنْ عِبَادِهِ﴾^(٢)؛ إذ لم يقل: الأرض لله يورثها وما فيها من يشاء من عباده، فوجب بنحو هذا الظاهر أن يكون ما في جوف الأرض من المعادن فيئاً لجميع المسلمين بمنزلة ما لم يوجف عليه بخيل ولا ركاب^(٣).

الدليل الثاني: ما ورد من أن النبي ﷺ: أقطع لبلال بن الحارث المزني معادن من معادن القبلية^(٤). أخرجه الحاكم في المستدرک، وقال: هذا حديث صحيح، ولم يخرجاه^(٥).

فدل ذلك على أن الحكم في المعادن للإمام^(٦).

(١) فتح القدير، ج ١، ص ٥٣٩.

(٢) سورة الأعراف، آية: ١٢٨.

(٣) المقدمات الممهدة، ص ٢٢٥.

(٤) القبلية: نسبة لقبول موضع على ساحل البحر بينه وبين المدينة خمسة أيام. (تعليق وتحقيق محمد خليل هراس على كتاب الأموال لأبي عبيد، ص ٢٥٤).

(٥) المستدرک، كتاب الزكاة، ج ١، ص ٤٠٤، وقد ورد معنى هذا الخبر في كتاب الأموال لأبي عبيد، ص ٢٥٣.

(٦) المقدمات الممهدة، ص ٢٢٥، الملكية في الشريعة الإسلامية للدكتور عبد السلام العبادي، ج ١، ص ٣٤٩، نزع ملكية العقار للمنفعة العامة للشيخ الدكتور عبد العزيز العبد المنعم، ص ١٩٦.

الدليل الثالث: أن المعادن يحتاجها الناس، ولا يستغنون عنها وقد يجدها شرارُ الناس، فإن تركت لهم تحاسدوا وتقاتلوا عليها وسفك بعضهم دماء بعض، فكان أمرها للإمام سداً لباب الفتن والقتال^(١).

دليل القول الثالث:

يرى أصحاب القول الثالث أن المعادن تملك بملك الأرض إلا الذهب والفضة فأمرهما للإمام، ولعلَّ وجه هذا القول:

أن المعادن لما كانت ثابتةً في الأرض كانت لصاحب الأرض بمنزلة ما نبت فيها من الشجر ونحوه، وأما استثناء معادن الذهب والفضة فلعله مراعاة المصلحة؛ إذ إنَّها تدعو إلى هذا الاستثناء لشدة الرغبة فيهما، والتقاتل عليهما^(٢).

ويناقش قياس المعادن على الشجر ونحوه بأنه قياس مع الفارق؛ لأن الشجر ونحوه نبت في الأرض بعد الملك بخلاف المعادن فإنها في جوف الأرض أقدم من ملك المالكين لها كما سبق بيانه عند مناقشة أدلة القول الأول.

أدلة القول الرابع:

أصحاب القول الرابع يفرِّقون بين المعادن الجامدة فتملك بملك الأرض والمعادن الجارية فلا تملك على الراجح. وقد استدلوا على أن المعادن الجامدة ملك لصاحب الأرض.

بأن المعادن الجامدة جزء من أجزاء الأرض فهي كترابها وأحجارها، فإذا ملك الأرض ملكها بجميع أجزائها وطبقاتها وهذه المعادن منها^(٣).

(١) مواهب الجليل، ج ٢، ص ٣٣٥، حاشية الدسوقي، ج ١، ص ٤٨٧، منح الجليل، ج ٢، ص ٨٧.

(٢) الأموال المباحة، ج ٢، ص ٢٣.

(٣) المهذب، ج ١، ص ٢٨٥، تكملة السبكي للمجموع، ج ١١، ص ٢٩٠، المغني، ج ٤، ص ٨٩، ج ٥، ص ٥٧٣، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٢٠٧.

ويناقد هذا الدليل :

بأنه قائمٌ على أن المعادن الجامدة من أجزاء الأرض، وقد سبق في مناقشة أدلة القول الأول عدم التسليم بذلك.

وأما المعادن الجارية فعلى الراجح هي مباحة لا تملك بملك الأرض، وقد استدلوها له : بأنها ليست من أجزاء الأرض، فلم يملكها بملك الأرض كالكنز^(١).

كما استدلوها على إباحة المعادن الجارية بالقياس؛ إذ قاسوا المعادن الجارية على الماء الجاري بجامع عموم نفعهما، فكما أن الماء مباحٌ بقوله ﷺ: «الناس شركاء في ثلاث: الماء، والكلأ، والنار»^(٢)، فكذلك المعادن الجارية تكون مباحة.

المناقشة :

نوقش قياسهم المعادن الجارية على الماء الجاري بأنه قياس مع الفارق :

وذلك أن إباحة الماء معللة بضرورة النفع بالماء لكل كائن حيٍّ بخلاف المعدن الجاري فإن بعض الناس هم الذين يحتاجونه^(٣).

الترجيح :

بعد عرض الأقوال في هذه المسألة، وما استدل به لكل قول ومناقشة ما أمكن مناقشته يترجح - والله أعلم - القول بأن المعادن في الأرض المملوكة

(١) المغني، ج ٥، ص ٥٧٣.

(٢) المغني، ج ٤، ص ٩٠، ج ٥، ص ٥٧٣، كشف القناع، ج ٢، ص ٢٢٢، ج ٣، ص ١٦٠، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ١٤٥، وأما الحديث فقد سبق تخرجه، ص ١٠٥.

(٣) مصادر تملك الأرض، ص ٥٥٠، المعدن والركاز، ٧٥ - ٧٦، الأموال المباحة، ج ٢، ص ٢٩.

لا تكون ملكًا لصاحب الأرض، بل أمرها للإمام يفعل فيها ما يراه مصلحة للأمة، وبالتالي فهي لا تدخل في عقد بيع الأرض وذلك للأسباب الآتية:

السبب الأول: قوة ما استدللّ به لهذا القول ووجاهة تلك الأدلة، ولم أطلع على مناقشة لها.

السبب الثاني: أن أدلة الأقوال الأخرى لا تقوى على إثبات ما ذهبوا إليه؛ حيث نوقشت تلك الأدلة.

السبب الثالث: أن القول بجعل أمر المعادن للإمام يحقق المصلحة العامة للناس جميعًا، وبعكس ذلك لو أبيع للأفراد تملكها - مع ضخامة ما تدره من دخل - لم يكن هناك توازن بين العمل والجزاء، وهذا يؤدي إلى الخلل الاقتصادي والاجتماعي اللذين يحاربهما الإسلام^(١).

فملكية المعادن للآحاد «تؤدي إلى أن يكون في الدولة قوم ينالون الخير كله من غير عمل، وبجوارهم من ينالهم التعب والنصب من غير أن ينالوا خيرًا يتفق مع ما بذلوا من كدّ ولُغوب والثروة لا تكون موزعة توزيعًا عادلاً متناسبًا يجعل حياة الجماعة منسجمة متلائمة؛ إذ بعض الناس يملكون القناطير المقنطرة من الذهب والفضة والخيل المسومة والأنعام والحرث.. وبجوار هؤلاء الرافهين بزخرف الحياة الدنيا وزينتها قوم لا يجدون ما يبتغون به، قد علتهم صفرة ترهقها من شدة الجوع والفاقة فكان من العدل أن تكون المعادن، وهي تدر الخير الوفير من غير عمل كثير ملكًا للدولة، وتوزع أنزالها على الفقراء والمساكين والغارمين، وفي سبيل الله، وابن السبيل»^(٢). وبالله التوفيق.

(١) الأموال المباحة، ج ٢، ص ٣١.

(٢) الملكية ونظرية العقد لمحمد أبو زهرة، ص ١٢٧ - ١٢٨.

وبعد معرفة أقوال الفقهاء في حكم دخول المعادن في بيع الأرض، بقي معرفة حكم إثبات الخيار على القول بدخول المعادن في بيع الأرض.
قال ابن قدامة رحمته الله مبيناً ذلك:

«وإن ظهر في الأرض معدن لم يعلم البائع به فله الخيار؛ لأنه زيادة لم يعلم بها، فأشبهه ما لو باعه ثوباً على أنه عشرة فبان أحد عشر». هذا إذا كان قد ملك الأرض بإحياء أو إقطاع، وقد روي «أن ولد بلال بن الحارث باعوا عمر بن عبد العزيز أرضاً فظهر فيها معدن، فقالوا: إنما بعنا الأرض ولم نبع المعدن، وأتوا عمر بن عبد العزيز بالكتاب الذي فيه قطيعة النبي ﷺ لأبيهم، فأخذه عمر فقبله ورد عليهم المعدن»^(١).
وإن كان البائع ملك الأرض بالبيع:

احتمل أن لا يكون له خيار؛ لأن الحق لغيره وهو المالك الأول. واحتمل أن يكون له الخيار، كما لو اشترى معيباً ثم باعه ولم يعلم عيبه، فإنه يستحق الرد عليه، وإن كان قد باعه مثل ما اشتراه.
وقد روى أبو طالب عن أحمد: أنه إذا ظهر المعدن في مملكته، وظاهر هذا: أنه لم يجعله للبائع، ولا جعل له خياراً، لأنه من أجزاء الأرض، فأشبهه ما لو ظهر فيها حجارة لها قيمة كبيرة»^(٢).

(١) أخرجه أبو عبيد في كتاب الأموال، ص ٣٠٩.

(٢) المغني، ج ٤، ص ٨٩ - ٩٠.



المبحث الثالث

ما يدخل في بيع البستان والقرية

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: ما يدخل في بيع البستان.

المطلب الثاني: ما يدخل في بيع القرية.

المطلب الأول: ما يدخل في بيع البستان:

البُستان: بالضم مُعَرَّب بـوستان يجمع على بساتين وبساتون^(١).

والبستان: اسم للأرض والشجر والحائط، ولذلك لا تسمّى الأرض

المكشوفة بستاناً^(٢).

(١) القاموس المحيط، فصل الباء، باب النون، ج٤، ص٢٠١، وفي مغني المحتاج: ج٢،

ص٨٤، البستان: وهو فارسي معرب، وجمعه بساتين.

(٢) فتح العزيز، ج٩، ص٣٠، مغني المحتاج، ج٢، ص٨٤، نهاية المحتاج، ج٤،

ص١٢٥ - ١٢٦، المغني، ج٤، ص٨٧، الشرح الكبير، ج٢، ص٤٤٢، المبدع، ج٤،

ص١٦٠، كشاف القناع، ج٣، ص٢٧٦، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص٢٠٧.

وعرفه الجرجاني في كتابه «التعريفات» ص٤٦، فقال: البستان: وهو ما يكون حائظاً فيه

نخل متفرقة يمكن الزراعة وسط الأشجار، فإن كانت الأشجار ملتفة لا يمكن الزراعة

وسطها فهي الحديقة.

إذا عُرف ذلك فإنه إذا قال البائع: بعتك هذا البستان^(١).

يدخل في البيع أرض البستان وشجره^(٢)، لما ذكر آنفاً من أن اسم البستان يتناول الأرض والشجر^(٣).

وأما جداره المحيط به والبناء الذي فيه، فقد اختلف الفقهاء في حكم دخول ذلك في البيع من غير ذكر على أقوال:

القول الأول: يدخل الجميع في البيع، وبهذا قال الحنفية، والمالكية بناء على ما فهمته من المذهبيين^(٤).

وفي مختار الصحاح، ص ١٢٦ - ١٢٧ عرف الحديقة بقوله: «الحديقة: الروضة ذات الشجر، وقيل: الحديقة كل بستان عليه حائط».

(١) قالوا: مثله في الحكم لفظ الكرم، كما في فتاوى قاضيخان، ج ٢، ص ٢٤٣، والفتاوى الهندية، ج ٣، ص ٣٣؛ حيث جاء فيها: «إذا باع أرضاً أو كرمًا ولم يذكر الحقوق ولا المرافق ولا كل قليل وكثير؛ فإنه يدخل تحت البيع ما ركب فيها للتأبيد نحو الغراس والأشجار والأبنية كذا في الذخيرة».

وقال السبكي في تكملته للمجموع، ج ١١، ص ٣٢٢، بعد إيراده أن في المذهب خلافاً في دخول الأبنية في بيع البستان على طرق ما نصه: «ولك أن تأخذ من هذه الطرق ثلاثة أوجه في دخول الأبنية تحت اسم البستان والباحة والكرم».

(٢) فتح العزيز، ج ٩، ص ٣٠، روضة الطالبين، ج ٣، ص ٥٤٢، الأنوار لأعمال الأبرار، ج ١، ص ٣٧٠، منهج الطلاب، ج ١، ص ١٨٠، تكملة السبكي، ج ١١، ص ٣٢٠، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٨٤، نهاية المحتاج، ج ٤، ص ١٢٥، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ٧٢، المغني، ج ٤، ص ٨٧، المبدع، ج ٤، ص ١٦٠، كشاف القناع، ج ٣، ص ٢٧٦.

(٣) فتح العزيز، ج ٩، ص ٣٠، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٨٤، نهاية المحتاج، ج ٤، ص ١٢٦، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ٧٢، المغني، ج ٤، ص ٨٧، المبدع، ج ٤، ص ١٦٠، كشاف القناع، ج ٣، ص ٢٧٦، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٢٠٧.

(٤) الحنفية والمالكية لم أرَ لهم بجهد المتواضع نصاً صريحاً في لفظ «البستان» غير أنهم ذكروا ما يمكن استفادة الحكم منه، ففي المذهب الحنفي ذكروا أن كل ما هو متناول اسم المبيع عرفاً يدخل بلا ذكر، وأن كل ما كان متصلًا بالمبيع اتصال قرار، وهو ما وضع لا لأن يفصله البشر دخل تبعاً، كما جاء النص على هذا في: الدر المختار، =

وهو قول بعض الشافعية^(١)، وهو الراجح عند الحنابلة^(٢).

القول الثاني: يدخل الجدار الحائط بالبستان، وأمّا الأبنية التي فيه فلا

=ج ٤، ص ٥٤٧، الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام، ج ٢، ص ١٤٩، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ١٤، الدرر المنتقى بهامش مجمع الأنهر نفس الجزء والصفحة.
وبناءً على هذا يدخل حائط البستان، وما في داخله من بناء في بيعه، كما ذكروا أيضًا أنه إذا باع أرضًا أو باع كرمًا يدخل تحت البيع ما ركب فيها للتأييد نحو الغراس والأشجار والأبنية كما في الفتاوى الهندية، ج ٣، ص ٣٣.
وفي القنية: شرى كرمًا دخل الوثائل المشدودة على الأوتاد المنصوبة في الأرض، وكذا الأعمدة المدفونة في الأرض التي عليها أغصان الكرم المسماة بأرض الخليل: بركائز الكرم، كما نقل ذلك عن القنية صاحب الدرر المختار، ج ٤، ص ٥٥١.
والكرم: العنب: أي بستان العنب، فإذا دخل الوثائل المشدودة والوثل بالتحريك الحبل من الليف، والمراد ما يعلق عليه الكرم كما في حاشية ابن عابدين، ج ٤، ص ٥٥١، فمن باب أولى تدخل الحيطان والبناء في بيع البستان عند الحنفية. والله أعلم.
وأما المذهب المالكي فإنهم قد نصوا على أن البناء يدخل في بيع الأرض عند الإطلاق، ولم يختلفوا في ذلك كما سبق بيان مذهبهم في أول المبحث الثاني من هذا الفصل، بل ذهبوا إلى أكثر من ذلك؛ حيث قالوا: إن من اشترى بناء أو شجرًا فإنه يتناول الأرض التي قام بها الشجر أو البناء، بمعنى أنها تدخل معه في البيع إلا إذا أخرجها بالشرط، أو جرى عرف بإخراجها عرف أهل البلد، كما جاء ذلك صريحًا في كتبهم، ومنها: مختصر خليل، ج ٥، ص ٢٨١، الفروق، ج ٣، ص ٢٨٣، تهذيب الفروق، ج ٣، ص ٢٨٨، الشرح الصغير، ج ٢، ص ٥١١، الشرح الكبير، ج ٣، ص ١٧٠، مواهب الجليل، ج ٤، ص ٤٩٥، الخرشبي على مختصر خليل، ج ٥، ص ١٨٠، سراج السالك، ج ٢، ص ١٣٦. وبناءً على هذا فإنه إذا كان بيع الشجر أو البناء تدخل فيه الأرض فمن باب أولى إذا باع البستان دخل في البيع حائطه، وما في داخله من بناء عندهم. والله تعالى أعلم.

(١) تكملة السبكي للمجموع، ج ١١، ص ٣٢١.

(٢) الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ٧٢، الإقناع، ج ٢، ص ١٢٥ - ١٢٦، شرح منتهى

الإرادات، ج ٢، ص ٥٣٥، الروض المربع، ج ٤، ص ٥٣٥، كشاف القناع، ج ٣،

ص ٢٧٦، العمدة في فقه الشريعة الإسلامية، ص ١١٠.

تدخل، وهذا ما جزم به الرافي (١)، ومن وافقه من الشافعية (٢) في حائط البستان، وهو ما أشار إليه ابن قدامة في «المغني» (٣)، ونقله المرادوي في «الإنصاف» (٤) عن بعض الحنابلة.

القول الثالث: لا يدخل الجميع في بيع الأرض، وهذا إطلاق بعض الشافعية (٥).

القول الرابع: أنه إذا باعه بستاناً بحقوقه دخل البناء في البيع، وإن لم يقل بحقوقه لم يدخل، وهو وجه عند الحنابلة (٦).

والخلاف في هذه المسألة يشبه الخلاف في دخول البناء في بيع الأرض الذي سبق بحثه، وترجح دخول الجميع في بيع البستان، لما سبق بيانه في ترجيح دخول البناء في بيع الأرض، ولأن ما دخل فيه الشجر دخل فيه البناء، كما قاله ابن عقيل رحمته الله (٧).

ولأن البستان وإن كان قد يخلو من البناء، ولكنه إذا كان مشتملاً عليه تناول اسمه جميع ذلك وهو كدخول الشجر في بيع الدار، وهو ههنا أقوى؛ لأن اشتمال البساتين على البناء أكثر من اشتمال الدور على الأشجار. والله تعالى أعلم.

(١) فتح العزيز، ج ٩، ص ٣٠.

(٢) روضة الطالبين، ج ٣، ص ٥٤٢، المنهاج، ج ٢، ص ٨٤، نهاية المحتاج، ج ٤، ص ١٢٥.

(٣) ج ٤، ص ٨٧.

(٤) ج ٥، ص ٥٦.

(٥) تكملة السبكي للمجموع، ج ١١، ص ٣٢١.

(٦) الإنصاف، ج ٥، ص ٥٦.

(٧) المغني، ج ٤، ص ٧٣.

المطلب الثاني: ما يدخل في بيع القرية:

إذا قال بعتك هذه القرية وأطلق، دخل في البيع: البناء والبيوت، والحصن إن كان بها حصنٌ، والسور الدائر عليها^(١).

لأن ذلك هو مسمى القرية، وهي مأخوذة من «القر» وهو الجمع؛ لأنها تجمع الناس^(٢).

كما يدخل في بيع القرية: الدكاكين، والساحات، والأرضون، التي يحيط بها السور^(٣).

ولا تدخل الأبنية الخارجة عن السور المتصلة به^(٤).

وأما الغراس بين بنيانها سواء كان في البيوت أو بينها، وما فيها من زرع، فحكم ذلك حكم الغرس والزرع في الأرض المبيعة^(٥)، وقد سبق بيان

(١) فتح القدير، ج ٥، ص ٩٩، الفتاوى الهندية، ج ٣، ص ٣٧، فتح العزيز، ج ٩، ص ٣١، روضة الطالبين، ج ٣، ص ٥٤٣، المنهاج، ج ٢، ص ٧٤، تكملة السبكي للمجموع، ج ١١، ص ٢٦٥، الأنوار لأعمال الأبرار، ج ١، ص ٣٧١، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٨٤، نهاية المحتاج، ج ٤، ص ١٢٦، منهج الطلاب، ج ١، ص ١٨٠، المغني، ج ٤، ص ٨٧، الشرح الكبير، ج ٢، ص ٤٤٢، الإقناع، ج ٢، ص ١٢٦، كشاف القناع، ج ٣، ص ٢٧٦.

وينبغي التنبيه على أن ابن الهمام ذكر في فتح القدير، ج ٥، ص ٩٩: أن السور لا يدخل في بيع القرية؛ لأن السور يبقى على أصل الإباحة عند القسمة فلا يدخل في البيع. وقوله هذا محل نظر؛ لأن سور القرية داخل في مسمى القرية، وكل ما يتناول اسم المبيع يدخل في البيع من غير ذكر، ولا يلزم من عدم قسمة السور القول بعدم دخوله في البيع.

(٢) المغني، ج ٤، ص ٨٧، الشرح الكبير، ج ٢، ص ٤٤٢، كشاف القناع، ج ٣، ص ٢٧٦، شرح منهي الإرادات، ج ٢، ص ٢٠٩.

(٣) تكملة السبكي للمجموع، ج ١١، ص ٢٦٥.

(٤) مغني المحتاج، ج ٢، ص ٨٤، نهاية المحتاج، ج ٤، ص ١٢٦.

(٥) فتح العزيز، ج ٩، ص ٣١، روضة الطالبين، ج ٣، ص ٥٤٣، تكملة السبكي للمجموع، =

ذلك فلا أعيده هنا تجنباً للإطالة. إلا أنه ينبغي التنبيه على أن بعض الفقهاء قد جزم بدخول الشجر في بيع القرية ولم يذكر فيه خلافاً، كما فعل الغزالي رحمته الله؛ حيث قال:

«لفظ الأرض.. لا تدرج تحتها الأشجار والبناء على أصح القولين...
وأما اسم القرية... فيتناول البناء والشجر»^(١).

قال السبكي رحمته الله بعد حكايته قول الغزالي هذا:

«وهو متجه؛ لأن أهل العرف يفهمون من اسم القرية: جميع ما فيها من بناء وشجر، وكذلك جزم المارودي بدخول ما في خلال المساكن من النخل والشجر، وهو الحق.. لأن الأشجار مألوفة في القرى»^(٢).

كما جزم بعض الحنابلة أيضاً بدخول الشجر في بيع القرية عند الإطلاق، جاء في «الإنصاف»^(٣) ما نصه:

«لو كان في القرية شجرٌ بين بنيانها، ولم يقل «بحقوقها»، ففيه الخلاف المتقدم نقلاً ومذهباً، وجزم في الرعاية الصغرى، والحاوي الصغير هنا بدخوله».

فإن لم يكن للقرية سورٌ دخل ما اختلط بنيانها من المساكن والأبنية^(٤)، وما كان من أفنية المساكن وحقوقها^(٥).

ج= ١١، ص ٦٦، المغني، ج ٤، ص ٨٧، الشرح الكبير، ج ٢، ص ٤٤٢، الإنصاف، ج ٥، ص ٥٧، الإقناع، ج ٢، ص ١٢٦، المبدع، ج ٤، ص ١٥٩، الفروع، ج ٤، ص ٦٩، كشاف القناع، ج ٣، ص ٢٧٦، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٢٠٩.

(١) الوجيز، ج ١، ص ١٤٨.

(٢) تكملة السبكي للمجموع، ج ١١، ص ٢٦٦.

(٣) ج ٥، ص ٥٧.

(٤) تكملة السبكي للمجموع، ج ١١، ص ٢٦٥ - ٢٦٦، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٨٤، نهاية المحتاج، ج ٤، ص ١٢٦.

(٥) تكملة السبكي للمجموع، ج ١١، ص ٢٦٦.

وأما المزارع التي حول القرية^(١)، فإن ذكرها صريحًا في العقد بأن باعه إياها بمزارعها دخلت^(٢)، وكذلك لو ذكر قرينة كمساومة على أرض المزارع وكذكر حدود المزارع، وكذكر الزرع والغرس فيها، أو بذل ثمن لا يصلح إلا في القرية وفي أرضها التي تزرع، ونحو ذلك من القرائن فإن مزارع القرية تدخل في عقد البيع^(٣)؛ لأن الاسم يجوز أن يطلق عليها مع مزارعها، والقرينة صارفة إليه، ودالة عليه، فأشبهه ما لو صرح به.

وإن لم يصرح بذكر المزارع، ولم يكن قرينة تصرف إلى ذلك، فقد اختلف الفقهاء في دخول مزارع القرية في بيع القرية على أقوال:

- (١) المراد بالمزارع: الأرضون التي تزرع فيها الخارجة عن القرية. أما الزرع نفسه فالحكم في تبعيته كالحكم في تبعيته عند بيع الأرض وهو فيها. ينظر تكملة السبكي للمجموع، ج ١١، ص ٢٩٧.
 - والحكم في الشجر حول القرية كالحكم في المزارع، قاله في مغني المحتاج، ج ٢، ص ٨٤.
 - (٢) فتح العزيز، ج ٩، ص ٣١، روضة الطالبين، ج ٣، ص ٥٤٣، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ٧٥، المبدع، ج ٤، ص ١٥٩، الإنصاف، ج ٥، ص ٥٦، الإقناع، ج ٢، ص ١٢٦، كشاف القناع، ج ٣، ص ٢٧٦.
 - (٣) المغني، ج ٤، ص ٨٧، الشرح الكبير، ج ٢، ص ٤٤٢، الفروع، ج ٤، ص ٦٩، المبدع، ج ٤، ص ١٥٩، الإنصاف، ج ٥، ص ٥٧، الإقناع، ج ٢، ص ١٢٦، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٢٠٩، الروض المربع، ج ٤، ص ٥٣٧، كشاف القناع، ج ٣، ص ٢٧٦.
- ودخول مزارع القرية في بيع القرية عند وجود قرينة تدل على ذلك هو ما صرح به الحنابلة كما في المصادر الآتية، وقال عنه ابن مفلح في الفروع، ج ٤، ص ٦٩: «وهو أولى»، وقال عنه المرداوي في الإنصاف، ج ٥، ص ٥٧: وهو الصواب.
- أما غير الحنابلة فلم أر لهم نصًا في دخول المزارع في بيع القرية إذا وجدت قرينة.

القول الأول: لا تدخل في البيع، سواء قال «بحقوقها»، أو لم يقل، وبهذا قال الحنفية^(١)، وهو أصح الوجوه عند الشافعية^(٢)، وهو قول الحنابلة^(٣)، وهو ما فهمته من مذهب المالكية^(٤).

وعلّلوا لهذا القول:

بأن المزارع خارجة عن مسمى القرية^(٥)، والعرف لا يقتضي دخولها^(٦)، ألا ترى أنه لو حلف أنه لا يدخل القرية لم يحث بدخوله المزارع^(٧).

القول الثاني: تدخل المزارع في بيع القرية، سواء قال «بحقوقها»، أو لا، وهذا وجه عند الشافعية^(٨)، والفقهاء الذين أوردوه لم يذكروا له توجيهاً، بل وصفه الرافعي رحمته الله بأنه غريب^(٩).

-
- (١) الفتاوى الهندية، ج ٣، ص ٣٧.
- (٢) فتح العزيز، ج ٩، ص ٣١، روضة الطالبين، ج ٣، ص ٥٤٣، تكملة السبكي للمجموع، ج ١١، ص ٢٦٦، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٨٤.
- (٣) المغني، ج ٤، ص ٨٧، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ٧٥، الفروع، ج ٤، ص ٦٩، المبدع، ج ٤، ص ١٥٩، الإقناع، ج ٢، ص ١٢٦.
- (٤) لم أقف للمالكية على كلام في مسألة القرية حتى أعرف حقيقة قولهم، غير أنه يمكن فهم قولهم من بعض نصوصهم؛ حيث قد نصّوا على العمل بالعرف فيما يدخل في المبيع عند الإطلاق أو يخرج عنه، قال أحمد الدردير في الشرح الصغير، ج ٢، ص ٥١١ - ٥١٢، ما نصه: «اشترى أرضاً وفيها بناء أو شجر لم يذكر حين شراء أرضهما دخلاً في بيع الأرض إلا لشرط أو عرف فيعمل به» اهـ، والمزارع خارج القرية لا تدخل في مسمى القرية في العرف فلا تدخل في البيع عندهم، كما نصّ ابن عبد البر في الكافي، ج ١، ص ٤٥٢ على أن من حلف ألا يسكن إنساناً في دار فضربا بينهما جداراً أو فتح كل واحد منهما باباً غير باب صاحبه فلا حث عليه» اهـ، وقياس هذا أنه لو حلف ألا يدخل قرية فدخل المزارع لا حث عليه. والله تعالى أعلم.
- (٥) الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ٧٥، المغني، ج ٤، ص ٨٧.
- (٦) مغني المحتاج، ج ٢، ص ٨٤، نهاية المحتاج، ج ٤، ص ١٢٦.
- (٧) فتح العزيز، ج ٩، ص ٣١، تكملة السبكي للمجموع، ج ١١، ص ٢٦٦.
- (٨) فتح العزيز، ج ٩، ص ٣١، روضة الطالبين، ج ٣، ص ٥٤٣، تكملة السبكي، ج ١١، ص ٢٦٧، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٨٤، نهاية المحتاج، ج ٤، ص ١٢٦.
- (٩) فتح العزيز، ج ٩، ص ٣١.

القول الثالث: إن قال «بحقوقها» دخلت وإلا فلا، وهو وجه عند الشافعية^(١).

قال عنه الرافعي رَضِيَ اللَّهُ أَيضًا: إِنَّهُ غَرِيبٌ^(٢).

كما يرد هذا القول بأن «حقوقها» ما فيها من البناء والبيوت والطرق فلا يتناول المزارع الخارجة عن القرية^(٣).

ومما سبق يتضح رجحان القول الأول لقوة ما علّل به له وضعف ما سواه.

والله تعالى أعلم...

-
- (١) فتح العزيز، ج ٩، ص ٣١، روضة الطالبين، ج ٣، ص ٥٤٣، تكملة السبكي للمجموع، ج ١١، ص ٢٦٧، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٨٤، نهاية المحتاج، ج ٤، ص ١٢٦.
- (٢) فتح العزيز، ج ٩، ص ٣١.
- (٣) تكملة السبكي، للمجموع، ج ١١، ص ٢٦٧.



المبحث الرابع

دخول الثمر في بيع العقار إذا كان فيه شجر مثمر

إذا باع أرضًا، أو دارًا، أو بستانًا، وكان في المبيع شجرًا فيه ثمر، سواء نصَّ في العقد على دخول الشجر في المبيع، أو لم ينصَّ عليه لكنه دخل ضمناً^(١)، بأن اشترى العقار فدخل في البيع الشجر تبعًا، وكان الشجر مثمرًا، فلمن يكون الثمر؟

هذا المبحث عقد لبيان ذلك، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: في ثمر النخل.

المطلب الثاني: بيان حكم ما عدا النخل من الشجر.

(١) ينظر في ذلك: اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى، ص ١٣، البحر الرائق، ج ٥، ص ٣٢٢، حاشية ابن عابدين، ج ٤، ص ٥٥٣، الشرح الكبير لأحمد الدردير، ج ٣، ص ١٧٢، الشرح الصغير، ج ٢، ص ٥١٣، حاشية الدسوقي، ج ٣، ص ١٧٢، منح الجليل، ج ٥، ص ٢٨٢، الكافي في فقه أهل المدينة، ج ٢، ص ٦٨٧، الإقناع في الفقه الشافعي، ص ٩٣، تكملة السبكي للمجموع، ج ١١، ص ٢٦٢، المحرر، ج ١، ص ٣١٥، الفروع، ج ٤، ص ٦٩.

المطلب الأول: في ثمر النخيل:

وفيه فروع:

الفرع الأول: بيع العقار وفيه نخل ذات ثمر.

الفرع الثاني: اشتراط أحد المتبايعين ثمر النخل.

الفرع الثالث: حكم بقاء الثمر في النخل إلى أوان أخذه.

الفرع الرابع: بيان الحكم إذا أبر بعض النخل دون بعض.

الفرع الخامس: اختلاف المتبايعين في التأبير.

الفرع الأول: بيع العقار وفيه نخل ذات ثمر:

إذا باع أرضاً أو داراً أو بستاناً^(١)، وكان في المبيع نخل ذات ثمر، فقد اختلف الفقهاء لمن يكون ذلك الثمر عند الإطلاق على أقوال:

القول الأول: إن كان البيع بعد التأبير فالثمرة للبائع، وإن كان البيع قبل التأبير فهي للمشتري، وبهذا قال المالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤)، والظاهرية^(٥).

-
- (١) وكذا الحكم إذا باع النخل بدون الأرض.
- (٢) الشرح الكبير، ج ٣، ص ١٧٢، الشرح الصغير، ج ٢، ص ٥١٣، الكافي في فقه أهل المدينة، ج ٢، ص ٦٨٧، قوانين الأحكام الشرعية، ص ٢٨٧، حاشية الدسوقي، ج ٣، ص ١٧٢، منح الجليل، ج ٥، ص ٨٢، الخرخشي على مختصر خليل، ج ٥، ص ١٨١.
- (٣) الإقناع، في الفقه الشافعي، ص ٩٣، التنبيه، ص ٩٢، المهذب، ج ١، ص ٢٨٥، الوجيز، ج ١، ص ١٤٩، رحمة الأمة في اختلاف الأئمة، ص ١٣٦، تكملة السبكي للمجموع، ج ١١، ص ٢٦٢، شرح السنة للبخاري، ج ٨، ص ١٠١، شرح النووي لصحيح مسلم، ج ١٠، ص ١٩١، فتح الباري، ج ٤، ص ٤٠٢.
- (٤) مختصر الخرقى، ص ٥٣، العدة شرح العمدة، ص ٢٢٥، المقنع، ج ٢، ص ٨٠، الكافي، ج ٢، ص ٦٩، المغني، ج ٤، ص ٧٥، المحرر في الفقه، ج ١، ص ٣١٥، الفروع، ج ٤، ص ٦٩.
- (٥) المحلى، ج ٩، ص ٤٢٤.

القول الثاني: تكون للبائع قبل التأبير وبعده، وبهذا قال الحنفية^(١)، والأوزاعي^(٢).

القول الثالث: تكون للمشتري قبل التأبير وبعده، وبهذا قال ابن أبي ليلى^(٣).

الأدلة

أدلة القول الأول:

استدل له بالأدلة الآتية:

الدليل الأول: ما رواه عبدالله بن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: «من باع نخلاً قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع». متفق عليه^(٤). وفي لفظ: «أيما امرئ أبر نخلاً ثم باع أصلها فللذي أبر ثمر النخل إلا أن يشترط المبتاع». متفق عليه^(٥).

- (١) تكملة السبكي للمجموع، ج ١١، ص ٣٣٩، المغني، ج ٤، ص ٧٥، فتح الباري، ج ٤، ص ٤٠٢.
- (٢) اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى، ص ١٣، بدائع الصنائع، ج ٥، ص ١٦٤، الهداية، ج ٥، ص ٩٩، البحر الرائق، ج ٥، ص ٣٢٢، حاشية بن عابدين، ج ٥، ص ٥٥٣، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ١٦.
- (٣) اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى، ص ١٤، بداية المجتهد، ج ٢، ص ١٨٩ - ١٩٠، رحمة الأمة في اختلاف الأئمة، ص ١٣٦، تكملة السبكي للمجموع، ج ١١، ص ٣٣٩، المغني، ج ٤، ص ٧٥، شرح السنة للبعوي، ج ٨، ص ١٠٢ - ١٠٣، شرح النووي لصحيح مسلم، ج ١٠، ص ١٩١، فتح الباري، ج ٤، ص ٤٠٢.
- (٤) من حديث مالك عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال... الحديث في صحيح البخاري كتاب البيوع باب من باع نخلاً قد أبرت أو أرضاً مزروعة بأجاره، ج ٣، ص ١٠٢. في صحيح مسلم بشرح النووي، ج ١٠، ص ١٩٠.
- (٥) من حديث الليث عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: الحديث في صحيح البخاري كتاب البيوع باب: بيع النخل بأصله، ج ٣، ص ١٠٢. وفي صحيح مسلم بشرح النووي، ج ١٠، ص ١٩٠.

وفي لفظ عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: من ابتاع نخلاً بعد أن تؤبر فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع، ومن ابتاع عبداً، وله مال فماله للذي باعه إلا أن يشترط المبتاع». متفق عليه^(١).

وجه الدلالة من الحديث:

دلَّ الحديثُ بمنطوقه على أنَّ من باع نخلاً وعليها ثمرة مؤبرة لم تدخل الثمرة في البيع، بل تستمر على ملك البائع.

ودلَّ بمفهومه على أنها إذا كانت غير مؤبرة أنها تدخل في البيع، وتكون للمشتري^(٢).

ويستوي في هذا الحكم بين أن يكون المبيع النخيل بدون الأرض أو مع الأرض، أو يدخل النخل في بيع الأرض تبعاً^(٣).

والتأبير: التلقيح، ومعناه: شقُّ طلع النخلة الأنثى ليذر فيه شيء من طلع النخلة الذكر^(٤).

-
- (١) من حديث ابن شهاب عن سالم بن عبدالله بن عمر عن أبيه عبدالله بن عمر قال: سمعت.. الحديث في صحيح البخاري - كتاب الشرب والمساقاة باب: الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط أو في نخل - ج ٣، ص ١٥٠، وفي صحيح مسلم بشرح النووي.
- (٢) بداية المجتهد، ج ٢، ص ١٨٩، الفروق، ج ٣، ص ٢٨٥، المهذب، ج ١، ص ٢٨٥ - ٢٨٦، تكملة السبكي للمجموع، ج ١١، ص ٣٣٦، المغني، ج ٤، ص ٧٥، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٢٠٩، شرح السنّة، ج ٨، ص ١٠١، شرح النووي لصحيح مسلم، ج ١٠، ص ١٩١، فتح الباري، ج ٤، ص ٤٠٢.
- (٣) الخرشبي على مختصر خليل، ج ٥، ص ١٨١، تكملة السبكي للمجموع، ج ١١، ص ٣٦٢.
- (٤) الشرح الصغير، ج ٢، ص ٥١٣، الكافي في فقه أهل المدينة، ج ٢، ص ٦٨٨، تكملة السبكي للمجموع، ج ١١، ص ٣٢٨، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٨٦، المغني، ج ٤، ص ٧٤، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٢٠٩، شرح السنّة، ج ٨، ص ١٠١، فتح الباري، ج ٤، ص ٤٠٢.

والذي يظهر فيها أولاً أكمة صغار، ثم تكبر وتطول، فإذا كبرت، شقت فظهرت العناقيد في أوساطها، فيذر فيها طلع الذكور ليكون رطبها أجود، ثم المتعهدون للنخل لا يؤبرون جميع الكمام، بل يكتفون بتأبير البعض، ويتشقق الباقي بنفسه، وتنبث ريح الذكور إليه.

وقد لا يؤبر في النخل شيء، وتشقق الأكمة بنفسها، إلا أن رطبه لا يجيء جيداً^(١).

وما تشقق بنفسه في معنى ما أبر فأيهما وجد تعلق الحكم به^(٢).

(١) فتح العزيز، ج ٩، ص ٤٠ - ٤١، روضة الطالبين، ج ٣، ٥٤٨، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٨٦.

(٢) المهذب، ج ١، ص ٢٨٦، فتح العزيز، ج ٩، ص ٤١، روضة الطالبين، ج ٣، ص ٥٤٨، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٨٦، المغني، ج ٤، ص ٧٤ - ٧٥، الإقناع، ج ٢، ص ١٢٨، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٢٠٩، كشف القناع، ج ٣، ص ٢٧٩. وجعل ما تشقق بنفسه في معنى ما أبر، هو ما عليه جماهير أهل العلم، بل في المغني، ج ٤، ص ٧٤: أنه لا خلاف في ذلك.

حيث قال: «أصل الأبار عند أهل العلم: التلقيح، قال ابن عبد البر: إلا أنه لا يكون حتى يتشقق الطلع وتظهر الثمرة فعبر به عن ظهور الثمرة للزومه منه. والحكم متعلق بالظهور دون نفس التلقيح بغير خلاف بين العلماء».

ودعوى أنه لا خلاف في ذلك هي دعوى محل نظر؛ لأن ابن حزم قد خالف في ذلك وجعل الحكم منوطاً بالتأبير لا بمجرد التأبير كما في المحلى، ج ٩، ص ٤٢٤. وقد نقل الخلاف عن الإمام أحمد في ذلك؛ حيث جاء في الإنصاف، ج ٥، ص ٦٠ ما نصه: «التأبير: هو التلقيح، وهو وضع الذكر في الأنثى، والمصنف رحمته الله فسره بالتشقق؛ لأن الحكم عنده منوط به وإن لم يلحق، لصيرورته في حكم عين أخرى، وعلى هذا إنما ينط الحكم بالتأبير في الحديث لملازمته للتشقق غالباً.

إذا علمت هذا، فالذي قاله المصنف: هو المذهب، وعليه الأصحاب.... وبالف المصنف، فقال: لا خلاف فيه بين العلماء.

وعنه رواية ثانية: الحكم منوط بالتأبير - وهو التلقيح - لا بالتشقق. ذكرها ابن أبي موسى وغيره.

فعلينا: لو تشقق ولم يؤبر: يكون للمشتري، ونصر هذه الرواية الشيخ تقي الدين رحمته الله =

المناقشة:

ناقش الحنفية استدلال الجمهور بهذا الحديث بأنه استدلالٌ بمفهوم الصفة^(١)، والاحتجاج به محلٌ خلاف بين العلماء^(٢).

دفع هذه المناقشة:

يمكن دفع هذه المناقشة بأن الفقهاء الذين استدلوا بالحديث لم يستدلوا به من جهة مفهوم الصفة فقط، بل استدلوا به من ثلاثة أوجه:

«قال الشيخ أبو حامد الإسفراييني: لنا من الحديث أدلة ثلاثة:

أحدها: دليل الخطاب، وهو دليل الشافعي رحمته الله منه^(٣)، وذلك أن الطلع له وصفان: مؤبر وغير مؤبر فلما جعله النبي صلى الله عليه وسلم إذا كان مؤبراً للبائع دلٌّ على أن غير المؤبر للمشتري كما نقوله: في سائمة الغنم زكاة.

=واختارها في الفائق، وقال: قلت: وعلى قياسه كل مفتقر إلى صنع كثير لا يكون ظهوره الفصل، بل إيقاع الفعل فيه، وأطلقهما في التلخيص، والرعاية الكبرى. فتلخص: أن ما لم يكن تشقق طلعه: فغير مؤبر، وما تشقق ولقح: فمؤبر. وما تشقق ولم يلحق: فمحل الروايتين».

(١) قال الشوكاني في إرشاد الفحول، ص ١٨٠: «مفهوم الصفة: وهي تعليق الحكم على الذات بأحد الأوصاف، نحو في سائمة الغنم زكاة.. وبمفهوم الصفة أخذ الجمهور، وهو الحق، لما هو معلومٌ من لسان العرب أن الشيء إذا كان له وصفان فوصف بأحدهما دون الآخر كان المراد به ما فيه تلك الصفة دون الآخر».

(٢) فتح القدير، ج ٥، ص ٩٩، البحر الرائق، ج ٥، ص ٣٣٣، حاشية ابن عابدين، ج ٥، ص ٥٥٣، الفروق، ج ٣، ص ٢٨٥.

(٣) لعل مراده ما جاء في الأم، ج ٣، ص ٤١، حيث جاء فيها: «الحائط إذا بيع ولم يؤبر نخله فالثمرة للمشتري؛ لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا حدَّ، فقال: «إذا أبر فثمرته للبائع»، فقد أخبر أن حكمه إذا لم يؤبر غير حكمه إذا أبر، ولا يكون ما فيه إلا للبائع أو للمشتري لا لغيرهما ولا موقوفًا، فمن باع حائطًا لم يؤبر فالثمرة للمشتري بغير شرط استدلالاً موجودًا بالسنة». وجاء في مختصر المزني، ص ٧٩، قال الشافعي: «فإذا جعل النبي صلى الله عليه وسلم الأبار حدًا لملك لبائع فقد جعل ما قبله حدًا لملك المشتري».

والثاني: أن النبي ﷺ قال: «من باع نخلاً بعد أن يؤبر فثمرتها للبائع»، فجعلها للبائع بالشرط، وهو أن تكون مؤبرة فعلم أنها إذا كانت غير مؤبرة فليست للبائع لعدم الشرط، فمن قال: إنها للبائع في الحالين^(١)، فقد خالف من وجهين:

أحدهما: أن النبي ﷺ جعلها للبائع إذا أبرت بهذا الشرط، ولم يجعلها هو له بهذا الشرط.

الثاني: أنه - أعني المخالف - جعل غير المؤبرة للبائع مع عدم الشرط. والدليل الثالث من الحديث: أن النبي ﷺ إما أن يكون ذكر التأبير بياناً على أن غير المؤبر أولى بأن يكون للبائع، وإما أن يكون لتعيين أن غير المؤبر لا يكون للبائع، لا سبيل إلى الأول؛ لأن المؤبر بائن ظاهر، وغير المؤبر كامن مستتر، وما كان مستتراً فهو أولى بالتبعية من الظاهر بدليل الحمل فتعين الثاني، وهو أن يكون المقصود ألا يكون للبائع عند عدم التأبير^(٢).

الدليل الثاني: قياس ثمرة النخل على الحمل؛ لأنه نماء كامن لظهوره غاية، فكما أن الحمل الكامن يتبع الأصل في البيع، والحمل الظاهر^(٣) لا يتبع، فكذلك الثمرة^(٤).

أو نقيسها على اللبن قبل الحلب، واستتار الثمار في الأكمام كاستتار الأجنة في الأرحام، واللبن في الضروع^(٥).

(١) هم الحنفية كما سبق بيان قولهم عند ذكر المذاهب.

(٢) تكلمة السبكي للمجموع، ج ١١، ص ٣٣٦ - ٣٣٧.

(٣) لعل مرادهم بالحمل الظاهر: ما ولدته أمه من قريب، وفي تسميته بهذا الاسم نظر.

(٤) الفروق، ج ٣، ٢٨٥، المهذب، ج ١، ص ٢٨٦، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ٦٩، المغني، ج ٤، ص ٧٦.

(٥) الفروق، ج ٣، ص ٢٨٥، تهذيب الفروق، ج ٣، ص ٢٨٨.

أدلة القول الثاني :

استدلَّ على أن الثمرة تدخل في البيع قبل التأبير وبعده بالأدلة الآتية :

الدليل الأول: ما ذكره الحنفية من أنه ﷺ قال :

«من اشترى أرضًا فيها نخلٌ، فالثمره للبائع إلا أن يشترط المبتاع»^(١).

وجه الدلالة منه :

أنه جعل عليه السلام الثمرة للبائع من غير فرق بين المؤبرة وغير المؤبرة^(٢).

قال في «العناية»^(٣) : «وفيه دلالة على أن ما وضع للقرار يدخل عليه ثمر، فقال عليه السلام: الثمرة للبائع إلا أن يشترط، ولم يذكر النخل».

المناقشة :

يمكن مناقشة هذا الاستدلال بأن الحديث بهذا اللفظ الذي ذكروه هو غريب، كما قاله الزيلعي في «نصب الراية»^(٤)، ثم على فرض صحته فإنه

(١) بدائع الصنائع، ج ٥، ص ١٦٤، الهداية، ج ٥، ص ٩٩، البحر الرائق، ج ٥، ص ٣٢٣، العناية، ج ٥، ص ٩٩، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ١٦، الدر المختار، ج ٤، ص ٥٥٣، ومعه حاشية ابن عابدين نفس الجزء والصفحة.

وقد ذكر الحنفية أنه قد رواه محمد بن الحسن الشيباني في الشفعة في كتابه «الأصل»، وكتاب الأصل لا يعتمد عليه في تخريج الأحاديث، ولم أجده بهذا اللفظ في كتب الأحاديث التي اطلعت عليها، وقد قال عنه الزيلعي في «نصب الراية لتخريج أحاديث الهداية، ج ٤، ص ٥ ما نصه: «قلت: غريب بهذا اللفظ»، ثم ذكر أن الأئمة الستة أخرجوا في كتبهم حديث ابن عمر الذي سبق ذكره في أدلة القول الأول.

(٢) بدائع الصنائع، ج ٥، ص ١٦٤، فتح القدير، ج ٥، ص ٩٩، البحر الرائق، ج ٥، ص ٣٢٣، حاشية ابن عابدين، ج ٤، ص ٥٥٣.

(٣) ج ٥، ص ٩٩.

(٤) ج ٤، ص ٥، (انظر الحاشية رقم (١) في هذه الصفحة).

مطلق، وحديث ابن عمر السابق في أدلة القول الأول مقيد، فيحمل المطلق على المقيد، قال ابن الهمام رحمته الله:

«ولو صحَّ حديث محمد رحمته الله فهم^(١) يحملون المطلق على المقيد، وعلى أصول المذهب أيضًا يجب؛ لأنه في حادثة واحدة، في حكم واحد^(٢).

الدليل الثاني: القياس:

فقد ذكر السبكي رحمته الله أن الحنفية ومن وافقهم احتجوا بجملة من الأقيسة؛ حيث قال:

«واحتجت الحنفية ومن وافقهم:

بأنها ثمرة برزت عن شجرها^(٣).

وبأنها يجوز إفرادها بالعقد فلم تتبع الأصل كالمؤبرة^(٤).

وبالقياس على طلع الفحال.

وبأنها نماءٌ لها حال إذا انتهت إليه أخذت فلم تتبع الأصل كالزرع في

الأرض^(٥).

(١) الضمير في قوله: «فهم» يعود إلى مالك والشافعي وأحمد؛ فإنه قد نقل عنهم أنهم يفرقون بين المؤبرة وغيرها.

(٢) فتح القدير، ج ٥، ص ٩٩.

ويلاحظ أن ابن نجيم الحنفي في البحر الرائق، ج ٥، ص ٣٢٣ قد تعقب قول ابن الهمام هذا، كما فعل ابن عابدين أيضًا في حاشيته، ج ٤، ص ٥٥٣ - ٥٥٤، لكنه ردَّ على ابن نجيم في بعض مناقشته لابن الهمام، فينظر ذلك فيهما.

(٣) قال الكاساني في بدائع الصنائع، ج ٥، ص ١٦٤: «ولأن النخل اسمٌ لذات الشجر فلا يدخل ما عداه إلا بقريئة زائدة».

(٤) قد أشار إلى هذا القياس واستدلال الحنفية به القرافي في الفروق، ج ٣، ص ٢٨٦، وضعفه.

(٥) أشار ابن قدامة في المغني، ج ٤، ص ٧٥ - ٧٦، إلى استدلال الحنفية بهذا القياس، وناقشه بأنه قياس مع الفارق؛ لأن الزرع ليس من نماء الأرض، وإنما هو مودع فيها.

وبأن الزرع لا يتبع الأرض في حالة ظهوره، ولا في حالة كموهه فكذلك الطلع^(١).

وبأنه لا يختلف قول من شرط التأبير^(٢) أنها إذا لم تؤبر حتى انتهت وصارت بلحاً أو بسرّاً ثم بيع النخل أن الثمرة لا تدخل فيها، قالوا: فعلمنا أن المعنى في ذكر التأبير ظهور الثمرة.

وبأن الطلع لا يتبع في الرهن فكذلك في البيع كالمؤبرة^(٣).

المناقشة:

ناقش السبكي هذه الأدلة بعد ذكره لها فقال:

وأجاب الأصحاب بعد التمسك بالحديث:

عن الأول: بمنع كونها برزت عن الأصل، فإنها في غلافها.

وعن الثاني: بأننا لا نسلم جواز إفرادها على رأي أبي إسحاق المروزي؛ لأن المقصود مغيب فيما لا يدخر فيه فهو بمنزلة الجوز في القشرة العليا.

ولئن سلمنا فجواز الإفراد لا يدل على عدم التبعية، ألا ترى أن من باع داراً فيها نخلة دخلت النخلة في البيع تبعاً ويجوز إفرادها بالبيع.

وعن الثالث: بأن الصحيح عندنا أن طلع الفحال كطلع الإناث.

ولو سلمنا فالفرق: أن طلع الإناث المقصود منه ما في جوفه، وطلع الفحال هو المقصود على وجهه.

(١) أشار الحنفية في كتبهم إلى الاستدلال بهذا القياس والذي قبله، فينظر في ذلك:

الهداية، ومعها العناية وفتح القدير، ج ٥، ص ٩٩.

(٢) سبقت الإشارة إلى الخلاف في هذه المسألة في حاشية رقم (٢)، ص ٤٢٧ فيعلم ذلك.

(٣) تكملة السبكي للمجموع، ج ١١، ص ٣٣٩ - ٣٤٠.

وعن الرابع: بأن الزرع نماء برز عن الأصل بخلاف الثمرة.
وعن الخامس: بأن الزرع ليس من أصل الخلقة فلذلك لم يتبع، بخلاف
الثمرة فإنها مستترة في الشجرة من أصل الخلقة.

والجواب السادس: أنها قبل التشقق غير ظاهرة؛ لأن الثمرة المقصودة
مستترة في الكمام فحيث ظهرت عن الكمام إمّا بالتأبير أو بغيره كانت
للبيع، فمن جعلها للبايع من غير تأبير ولا ظهور كان مخالفاً للحديث
ومعناه.

وعن السابع من وجوه:

أحدها: أن الشافعي رحمته الله قال في القديم: يدخل الطلع في الرهن تبعاً
للأصل.

والثاني: أن الرهن لا يزيل الملك، والبيع يزيل الملك.

والثالث: أن المعنى في المؤبرة أنها أخذت شبهاً من الولد المنفصل،
وشبهاً من الجنين فتعارضاً، وبقيت على حكم الأصل، وهو ملك البايع،
ولا كذلك الكامنة^(١).

دليل القول الثالث:

القول الثالث جعل أصحابه الثمرة للمشتري قبل التأبير وبعده، وقد
استدل له:

بأن ثمرة النخل جزء من النخل فإذا دخل النخل في البيع فكذلك
ثمرته^(٢)؛ لأنها متصلة بالأصل اتصال خلقة، فكانت تابعة له كالأغصان^(٣).

(١) تكملة السبكي للمجموع، ج ١١، ص ٣٤٠.

(٢) اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى، ص ١٤، بداية المجتهد، ج ٢، ص ١٩٠.

(٣) المغني، ج ٤، ص ٧٥.

المناقشة:

نوقش هذا بأنه مخالف للحديث الصحيح، فلا وجه له، ولعل ابن أبي ليلى لم يبلغه الحديث في ذلك^(١).

وأما دخول الأغصان في البيع، فلأنها تدخل في اسم النخل، وليس لانفصالها غاية^(٢).

الترجيح:

بعد ذكر الأقوال في هذه المسألة، وما استدل به لكل قول ومناقشة ما أمكن مناقشته يظهر لي رجحان القول الأول، وهو أن الثمرة قبل التأبير للمشتري وبعد التأبير للبائع، وذلك للأسباب الآتية:

السبب الأول: قوة ما استدل به لهذا القول فدليلهم الأول حديث متفق على صحته، وما أورد عليه من مناقشة فقد أجيب عنها، كما أن الأقيسة التي استدلوها بها قد سلمت من المناقشة، وهي أقيسة قوية.

السبب الثاني: ضعف ما استدل به للقولين الآخرين؛ حيث قد نوقشت من قبل العلماء، فلا تقوى على إثبات ما ذهبوا إليه.

السبب الثالث: أنه لو كان حكم غير المؤبرة حكم المؤبرة لكان التقييد في الحديث بالتأبير لغواً لا فائدة فيه، وكان تقييده بالشرط لغواً لا فائدة له، وكلامه عليه السلام منزّه عن اللغو.

والله تعالى أعلم.

(١) فتح القدير، ج ٥، ص ١٠٠، بداية المجتهد، ج ٢، ص ١٩٠، شرح صحيح مسلم للنووي، ج ١٠، ص ١٩١.

(٢) المغني، ج ٤، ص ٧٦.

الفرع الثاني: اشتراط أحد المتبايعين ثمر النخل:

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: اشتراط أحد المتبايعين ثمرة النخل كلها.

المسألة الثانية: اشتراط أحد المتبايعين جزءاً معلوماً من ثمرة النخل.

المسألة الأولى: اشتراط أحد المتبايعين ثمرة النخل كلها:

إذا اشترط أحد المتبايعين الثمرة مؤبرة كانت أو غير مؤبرة، فقد اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: أنه متى اشترط أحد المتبايعين الثمرة كلها فهي له مؤبرة كانت أو غير مؤبرة، البائع فيه والمشتري سواء، وبهذا قال الحنفية^(١)، والشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣)، والظاهرية^(٤)، وهو قول في مذهب المالكية^(٥).

القول الثاني: الثمرة قبل التأبير هي للمشتري على الأصل، فإن اشترطها البائع لم يجز، وبعد التأبير للبائع، فإن اشترطها المشتري جاز، وبهذا قال المالكية على المشهور^(٦).

-
- (١) اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى، ص ١٣، مختصر القدوري، ج ٢، ص ٩، بدائع الصنائع، ج ٥، ص ١٦٤، الهداية، ج ٥، ص ٩٩، الدر المختار، ج ٤، ص ٥٥٣.
- (٢) فتح العزيز، ج ٩، ص ٤١ - ٤٢، روضة الطالبين، ج ٣، ص ٥٤٨، المنهاج، ج ٢، ص ٨٦، الأنوار لأعمال الأبرار، ج ١، ص ٢٧٣، فتح الوهاب، ج ١، ص ١٨١.
- (٣) الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ٦٩، المغني، ج ٤، ص ٧٦، الإقناع، ج ٢، ص ١٢٨، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٢٠٩.
- (٤) المحلى، ج ٩، ص ٤٢٤.
- (٥) الفواكه الدواني، ج ٢، ص ١١٤، الشرح الكبير، ج ٣، ص ١٧٢، الشرح الصغير، ج ٢، ص ٥١٤، قوانين الأحكام الشرعية، ص ٢٨٨، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج ٣، ص ١٧٢، بلغة السالك، ج ٢، ص ٥١٤، منح الجليل، ج ٥، ص ٢٨٤.
- (٦) المراجع السابقة.

الأدلة

أدلة القول الأول:

الدليل الأول: ما رواه عبدالله بن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: «من باع نخلاً قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع»^(١). متفق عليه^(٢).

وجه الدلالة من الحديث:

دَلَّ الحديث على صحة اشتراط الثمرة كلها لقوله فيها: «فثمرتها»، والحديث وإن جاء فيه قوله: «إلا أن يشترط المبتاع»، وهو المشتري بقريته الإشارة إلى البائع بقوله: «من باع» إلا أنه لا يظهر فرق بين البائع والمشتري في هذا الاشتراط؛ لأن البائع أحد المتعاقدين.

الدليل الثاني: أنه ﷺ «نهى عن الثنيا»^(٣) إلا أن تعلم^(٤). أخرجه الترمذي والنسائي وغيرهما من حديث جابر رضي الله عنه^(٥).

وجه الدلالة من الحديث:

أنه ﷺ قد نهى عن استثناء شيء من المبيع إلا أن يكون المستثنى

(١) تكملة السبكي للمجموع، ج ١١، ص ٣٤٧، المغني، ج ٤، ص ٧٦، شرح منتهى الإيرادات، ج ٢، ص ٢١٠، كشاف القناع، ج ٣، ص ٢٨٠.

(٢) سبق تخرجه، ص ٣٨٣.

(٣) الثنيا: اسم للاستثناء، والمراد: أنه لا يجوز بمسئنة المجهول؛ لأنه يؤدي إلى النزاع. (حاشية السندي على سنن النسائي، ج ٧، ص ٢٩٦).

(٤) المغني، ج ٤، ص ٧٦.

(٥) الحديث أخرجه الترمذي في سننه، كتاب البيوع، باب ما جاء في النهي عن الثنيا، وأخرجه النسائي في سننه، كتاب البيوع، باب النهي عن بيع الثنيا حتى تعلم ج ٧، ص ٢٩٦، قال في تلخيص الحبير، ج ٣، ص ٥: «وأخرجه ابن حبان في صحيحه»، وقال في فتح الباري، ج ٥، ص ٣١٥: إسناده صحيح.

معلوماً، واشتراط الثمرة كاملة في البيع هو معلوم في الجملة وإن جهل مقدار الثمرة فصح اشتراطه.

الدليل الثالث: أنه استثنى بعض ما وقع عليه العقد، وهو معلوم، فصح قياساً على ما لو باع بستاناً واستثنى نخلة بعينها^(١).

الدليل الرابع: أنه يصح اشتراط البائع للثمرة قبل التأبير قياساً على صحة اشتراط المشتري لها بعد التأبير، وقد ثبت صحة اشتراط المشتري لها بعد التأبير بالاتفاق عليه، فكذاك ينبغي صحة اشتراط البائع لها قبل التأبير؛ إذ هو أحد المتبايعين^(٢).

دليل القول الثاني:

استدل على أن البائع إن اشترط الثمرة قبل التأبير لم يجز؛ لأن اشتراطه لها بمنزلة شرائه لها قبل بدو صلاحها بشرط تركها، وهو لا يصح لما فيه من شراء الثمرة قبل بدو صلاحها^(٣).

المناقشة:

نوقش هذا بأن أدلة القول الأول ترده، وهي مقدمة عليه لكونها أدلةً نقلية، وعقلية ودليلهم هذا تعليل، وبأن اشتراط البائع للثمرة غير المؤبرة ليس هو من قبيل البيع حتى يكون منهياً عنه لما فيه من بيع الثمرة قبل بدو

(١) المغني، ج ٤، ص ٧٦، الشرح الكبير، ج ٢، ص ٤٤٤.

(٢) المغني، ج ٤، ص ٧٦، الشرح الكبير، ج ٢، ص ٤٤٤، كشاف القناع، ج ٣، ص ٢٨٠.

(٣) الفواكه الدواني، ج ٢، ص ١١٤، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج ٣، ص ١٧٢، بلغة السالك، ج ٢، ص ٥١٤، منح الجليل، ج ٥، ص ٢٨٤، تكملة السبكي للمجموع، ج ١١، ص ٣٤٨، المغني، ج ٤، ص ٧٦.

صلاحها، بل هو بناء على أنها مبقاة على ملك البائع^(١)، فلا اشتراط غير البيع^(٢)؛ ولأنه لا يشترط في المستثنى ما يشترط في المبيع^(٣).

ولأن النهي عن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها هو في بيعها استقلالاً، والكلام هنا في دخولها في المبيع تبعاً، أو خروجها بالاشتراط.

الترجيح:

يترجّح القول الأول، وهو صحة اشتراط الثمرة قبل التأبير أو بعده، ولا فرق في ذلك بين البائع والمشتري لقوة ما استدل به له، ولأن ما استدل به للقول الثاني لا يقوى على معارضة أدلة القول الأول.

وبالله التوفيق...

المسألة الثانية: اشتراط أحد المتبايعين جزءاً معلوماً من ثمر النخل:

اختلف الفقهاء في اشتراط أحد المتبايعين جزءاً من الثمرة معلوماً كنصفها أو ثلثها ونحو ذلك على قولين:

القول الأول: أنه يصح اشتراط ذلك، وبه قال الحنفية^(٤)، والشافعية^(٥)، والحنابلة^(٦)، وهو قول أشهب من المالكية^(٧).

(١) الفواكه الدواني، ج ٢، ص ١١٤، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج ٣، ص ١٧٢، بلغة السالك، ج ٢، ص ٥١٤، منح الجليل، ج ٥، ص ٢٨٢.

(٢) المحلى، ج ٩، ص ٤٢٧.

(٣) تكملة السبكي للمجموع، ج ١١، ص ٣٤٨.

(٤) اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى، ص ١٣، الهداية، ج ٥، ص ٩٩.

(٥) المنهاج، ج ٢، ص ٨٦، تكملة السبكي للمجموع، ج ١١، ص ٣٤٧.

(٦) المغني، ج ٤، ص ٧٦، المبدع، ج ٤، ص ١٦٣، كشاف القناع، ج ٣، ص ٢٨٠.

(٧) الشرح الصغير، ج ٢، ص ٥١٥، منح الجليل، ج ٥، ص ٢٨٣، تكملة السبكي للمجموع، ج ١١، ص ٣٤٧، المغني، ج ٤، ص ٧٦.

القول الثاني: أنه لا يصح اشتراط ذلك، وبه قال ابن القاسم من المالكية، وهو المعتمد عندهم^(١).

الأدلة

أدلة القول الأول:

الدليل الأول: ما رواه عبدالله بن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: «من باع نخلاً قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع». متفق عليه.

وجه الدلالة من الحديث:

أن قوله ﷺ: «إلا أن يشترط المبتاع»، هو مطلق يصدق على القليل والكثير، فدلّ على صحة اشتراط بعض الثمرة، قال ابن حجر رحمته الله عند قوله ﷺ: «إلا أن يشترط المبتاع» ما نصه:

«وقد استدل بهذا الإطلاق على أنه يصح اشتراط بعض الثمرة كما يصح اشتراط جميعها، وكأنه قال: إلا أن يشترط المبتاع شيئاً من ذلك، وهذه هي النكته في حذف المفعول»^(٢).

الدليل الثاني: ما ذكره ابن قدامة رحمته الله حيث قال:

«ولنا: أن ما جاز اشتراط جميعه جاز اشتراط بعضه كمدة الخيار»^(٣).

(١) الفواكه الدواني، ج ٢، ص ١١٤، الشرح الكبير، ج ٣، ص ١٧٢، بلغة السالك، ج ٢، ص ٥١٣، حاشية الدسوقي، ج ٣، ص ١٧٢، منح الجليل، ج ٥، ص ٢٨٢، المغني، ج ٤، ص ٧٦، فتح الباري، ج ٤، ص ٤٠٣.

(٢) فتح الباري، ج ٤، ص ٤٠٢ - ٤٠٣. وينبغي ملاحظة أن الحديث قد ورد بدون الهاء في قوله: «إلا أن يشترط المبتاع»، وإن كان بعض الفقهاء يوردونه بالهاء هكذا: «إلا أن يشترطها المبتاع». قال السبكي - رحمته الله - في تكملته للمجموع، ج ١١، ص ٣٢٧ ما نصه: «.. والغرض التنبيه على إسقاط الهاء من لفظ الحديث، ولم أفق عليها في شيء من طرق الحديث».

(٣) المغني، ج ٤، ص ٧٦.

دليل القول الثاني :

استدلّ على أنه لا يصح اشتراط بعض الثمرة، بأنه قصد بيع الثمرة قبل بدو صلاحها^(١)، وذلك لأن التبعض دليل على المشاحة فيه والاعتناء به^(٢)، وبيع الثمرة قبل بدو صلاحها لا يصح، فلا يصح اشتراط بعض الثمرة؛ لأنه حينئذ يكون مقصودًا بالبيع فيدخل في النهي عن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها.

المناقشة :

يمكن مناقشة هذا الاستدلال من ثلاثة أوجه :

الوجه الأول: ما ورد في الدليل الثاني لأصحاب القول الأول من أن ما جاز اشتراط جميعه جاز اشتراط بعضه.

الوجه الثاني: أن الثمرة في بيع النخل تابعة للنخل، والنهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها، هو في بيعها مستقلة.

الوجه الثالث: أنه قد يقال: إن هذا الاشتراط ليس هو من قبيل البيع حتى يكون منهيًا عنه فقد قال ابن حزم رحمته الله في أثناء كلامه عن صحة اشتراط الثمرة كلها أو بعضها معلومًا ما نصه:

«والاشتراط غير البيع»^(٣).

الترجيح :

بعد ذكر قولي الفقهاء في هذه المسألة، وما استدل به لكل قول منهما،

(١) الشرح الكبير لأحمد الدردير، ج ٣، ص ١٧٢، الفواكه الدواني، ج ٢، ص ١١٤، منح

الجليل، ج ٥، ص ٢٨٢، بلغة السالك، ج ٢، ص ٥٠٣.

(٢) حاشية الدسوقي على شرح الكبير، ج ٣، ص ١٧٢.

(٣) المحلى، ج ٩، ص ٤٢٧.

ومناقشة ما أمكن مناقشته، يترجح - والله تعالى أعلم - القول الأول، وهو صحة اشتراط أحد المتبايعين جزءًا معلومًا من الثمرة وذلك لسببين: أولهما: قوة ما استدل به لهذا القول، ولم أر لها مناقشة فيما اطلعت عليه.

وثانيهما: ضعف دليل القول الثاني؛ حيث تمت مناقشته فلا يقوى على إثبات ما ذهبوا إليه. وبالله التوفيق.

الفرع الثالث: حكم بقاء الثمر في النخل إلى أوان أخذه

اختلف الفقهاء في حكم بقاء الثمرة على النخل إلى وقت أخذها أو أنه يلزم صاحبها جذها في الحال؟

والخلاف في الثمرة كالخلاف في بقاء الزرع في أرض المشتري إلى وقت الحصاد، وقد مضى بيان حكم ذلك^(١)، وأن الحنفية قالوا: إنه يلزمه القطع في الحال، وأما المالكية، والشافعية، والحنابلة فقد قالوا: إن للبائع تركه إلى أوان أخذه، فلا أعيده هنا تجنبًا للإطالة.

غير أنه ينبغي التنبيه هنا إلى أن بعض الشافعية قد نقل أن بعض علماء الشافعية اشترط القطع في الحال في الثمرة غير المؤبرة إذا استثنى البائع. جاء في «تكملة السبكي للمجموع»^(٢) قوله:

«فأما غير المؤبرة فقد علم أنها عند الإطلاق تكون للمشتري، فلو اشترطها البائع فلا خلاف في الجواز، وإن اختلفوا في جواز أفرادها في البيع، فإن ذلك بيع حقيقي، وهذا استجد فيصح.

(١) ينظر، ص ٣١٩.

(٢) ج ١١، ص ٣٤٧ - ٣٤٨.

قال القاضي أبو الطيب: قال في كتاب الصرف: فذلك جائز؛ لأن صاحب النخل نزل عليه تسوية الثمرة في نخله حين باعها إيَّاه، إذا كان استثنائها على أن يقطعها، فإن استثنائها على أن يقرها فلا خير في البيع؛ لأنه باعه ثمرة لم يبد صلاحها على أن تكون مفردة إلى وقت قد تأتي عليها الآفة قبله.

قال القاضي أبو الطيب: وهذا الكلام يقتضي أن من باع نخلاً قبل التأبير، واستثنى الثمرة لنفسه لم يجز إلا بشرط القطع، وليس يقول بهذا أحد من أصحابنا؛ لأنه يجوز أن يشترط مطلقاً، وإنما شرط القطع في بيع الثمرة قبل بدو صلاحها.

قلت: قد قال به بعض الأصحاب تخريباً على أن المشرف على الزوال هل يجعل كالمزائل، فإن الثمرة قد أشرفت على زوالها عن البائع، وبالإستثناء كأنها رجعت إليه، فأشبهت الداخلة في ملكه ابتداءً، فلذلك شرط قلعتها.

الفرع الرابع: بيان الحكم إذا أبر بعض ثمر النخل دون بعض:

إذا أبر بعض ثمر نخل البستان، ولم يؤبر بعضه ثم بيع البستان فقد اختلف الفقهاء لمن تكون الثمرة في الحالين على أقوال:

القول الأول: أن الثمرة المؤبرة للبائع، وغير المؤبرة للمشتري، وهذا قول عند المالكية^(١)، وهو المذهب عند الحنابلة^(٢).

(١) الكافي في فقه أهل المدينة، ج ٢، ص ٦٨٨، قوانين الأحكام الشرعية، ص ٢٨٨.

(٢) المقنع، ج ٢، ص ٨١، الكافي، ج ٢، ص ٦٩، المغني، ج ٤، ص ٧٧، المحرر، ج ١، ص ٣١٥، الفروع، ج ٤، ص ٧١، الإنصاف، ج ٥، ص ٦٣، المبدع، ج ٤، ص ١٦٤.

القول الثاني: أن الكل للبائع، وبهذا قال الشافعية^(١)، وهو اختيار ابن حامد من الحنابلة^(٢).

القول الثالث: أنه إن أبر النصف أو ما قرب منه من الثمرة، ولم يؤبر نصفها الآخر، فلكل من النصف المؤبر، والنصف غير المؤبر حكمه، فالمؤبر للبائع، وغيره للمشتري، وهذا هو المشهور عند المالكية^(٣).

ويفهم من هذا القول أنه عند اختلاف مقدار المؤبر وغير المؤبر أن الحكم للأكثر، والأقل تابع له.

وأما المذهب الحنفي فقد سبق في الفرع الأول^(٤) أنهم لا يفرقون بين الثمرة المؤبرة وغيرها، وأن الكل للبائع، فمن باب أولى أنهم يقولون بأن الثمرة إذا أبر بعضها دون بعض أن الكل للبائع. والله تعالى أعلم.

(١) التنبيه، ص ٩٢، المهذب، ج ١، ص ٢٨٦، الوجيز، ج ١، ص ١٤٩، فتح العزيز، ج ٩، ص ٤٩، روضة الطالبين، ج ٣، ص ٥٥١، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٨٧، فتح الوهاب، ج ١، ص ١٨١، شرح السنة للبغوي، ج ٨، ص ١٠٢.

(٢) المقنع، ج ٢، ص ٨١، الكافي، ج ٢، ص ٦٩، المغني، ج ٤، ص ٧٧، المحرر، ج ١، ص ٣١٥، الفروع، ج ٤، ص ٧١، الإنصاف، ج ٥، ص ٦٣، المبدع، ج ٤، ص ١٦٤.

(٣) مختصر خليل، ج ٥، ص ٢٨٢ - ٢٨٤، الفواكه الدواني، ج ٢، ص ١١٤، الشرح الكبير، ج ٣، ص ١٧٢، ١٧٣، الشرح الصغير، ج ٢، ص ٥١٤، الكافي، ج ٢، ص ٦٨٨، الخرشي على مختصر خليل، ج ٥، ص ١٨٣، جواهر الإكليل، ج ٢، ص ٥٩، منح الجليل، ج ٥، ص ٢٨٢ - ٢٨٤، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج ٣، ص ١٧٢، وقال فيها: «هذا إذا كان النصف معيناً بأن كان ما أبر في نخلات بعينها وما لم يؤبر في نخلات بعينها، وأما إن كان النصف المؤبر شائعاً بأن كان ما أبر شائعاً في كل نخلة، وكذلك ما لم يؤبر شائعاً، فاختلف فيه على خمسة أقوال: قيل: كله للبائع، وقيل: كله للمبتاع، وقيل: يخير البائع في تسليمه جميع الثمرة وفي فسخ البيع، وقيل: البيع مفسوخ، وقال ابن العطار: الذي به القضاء: أن البيع لا يجوز إلا برضا أحدهما بتسليم الجميع للآخر، وهو الراجح كما قال شيخنا العدوي». وينظر في هذا الخلاف الخرشي على مختصر خليل، ج ٥، ص ١٨٣، وبهامشه حاشية الشيخ علي العدوي نفس الجزء والصفحة، بلغة السالك، ج ٢، ص ٥١٤، منح الجليل، ج ٥، ص ٢٨٤.

(٤) ينظر، ص ٣٨٢.

وسبب الخلاف في هذه المسألة هو: هل الموجب لجعل الثمرة المؤبرة للبائع، وغير المؤبرة للمشتري، الأبار أو وقت الأبار؟.

فمن جعل الموجب لهذا الحكم هو الأبار، قال: ما أبر للبائع وما لم يؤبر للمشتري.

ومن جعل الموجب له هو وقت الأبار قال: هو كله للبائع.

قال ابن رشد مبيناً سبب اختلاف الفقهاء في هذه المسألة:

«وهل الموجب لهذا الحكم هو الأبار أو وقت الأبار؟

قيل: الوقت، وقيل: الأبار.

وعلى هذا ينبغي الاختلاف إذا أبر بعض النخل ولم يؤبر بعضه الآخر، هل يتبع ما لم يؤبر ما أبر أو لا يتبعه^(١).

الأدلة

دليل القول الأول:

استدل له بالحديث الذي عليه مبني هذه المسألة، وهو قوله ﷺ: «من باع نخلاً قد أبرت، فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع». متفق عليه من حديث ابن عمر كما سبق تخريجه^(٢).

لأنه دلّ بمنطوقه على أن المؤبر للبائع، ودلّ بمفهومه على أن ما لم يؤبر للمشتري^(٣).

(١) بداية المجتهد، ج ٢، ص ١٩٠.

(٢) سبق تخريجه، ص ٤٢٥.

(٣) المغني، ج ٤، ص ٧٧، المبدع، ج ٤، ص ١٦٤، كشاف القناع، ج ٤، ص ٢٨١.

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول: أن تأثير بعض النخل يحصل لجميع النخل الذي في البستان اسم التأبير فيشملة قوله ﷺ: «من باع نخلاً قد أبرت».

قال ابن عبد البر: وأصل الأبار: أن يكون في شيء منه الأبار فيقع عليه اسم أنه قد أبر^(١).

المناقشة:

ناقش السبكي ﷺ هذا الاستدلال فقال: «ما ذكره من إطلاق اسم التأبير على الجميع بتأبير بعضها توقف لا يخفى، ولا سيما على ما يقوله أصحابنا أنه يكفي تأبير نخلة واحدة في البستان، بل طلعة واحدة ويصير الباقي تبعاً فدعوى إطلاق التأبير على الجميع حقيقة في غاية البعد»^(٢).

الدليل الثاني: أنه إذا جعل ما أبر للبائع، وما لم يؤبر للمشتري، أدى ذلك إلى سوء المشاركة واختلاف الأيدي في البستان الواحد فجعل ما لم يؤبر تبعاً للمؤبر؛ لأن الباطن يتبع الظاهر، ولم يجعل ما أبر تابعاً لما لم يؤبر، لأن الظاهر لا يتبع الباطن، ولهذا جعل أساس الدار تابعاً لظاهرها في تصحيح البيع، ولم يجعل ظاهرها تابعاً للباطن في إفساد البيع^(٣).

المناقشة:

يناقش بأن الحكم بتبعية الأساس أمر ضروري لصحة البيع، وليست كذلك الثمار، ألا ترى أنه لو شرط أن تكون المؤبرة للبائع وغير المؤبرة للمشتري اتبع شرطه، فإنها لو كانت كلها مؤبرة وشرط بعضها اتبع شرطه،

(١) تكملة السبكي للمجموع، ج ١١، ص ٣٥٨.

(٢) تكملة السبكي للمجموع، ج ١١، ص ٣٥٨.

(٣) المهذب، ج ١، ص ٢٨٦، تكملة السبكي للمجموع، ج ١١، ص ٣٥٨، المغني، ج ٤، ص ٧٧، المبدع، ج ٤، ص ١٦٤.

وسوء المشاركة موجود فكأنهما رضيا به وأوردا العقد عليه، وكل عقد فيه مشاركة فهو مظنة الضرر ومع ذلك يصح كثير من العقود المقتضية للمشاركة^(١).

الدليل الثالث: أن البستان إذا بدا صلاح ثمرة منه جاز بيع جميعها بغير شرط القطع، كذا ههنا إذا أبر بعض ثمر نخل البستان جعل كله في حكم المؤبر^(٢).

المناقشة:

يمكن مناقشة هذا الاستدلال بأن المعنى في الأصل المقيس عليه أن الثمرة متى تركت حتى يوجد الصلاح في جميعها أدى إلى أن لا يصح بيعها بحال، فإنه إلى أن يتكامل الصلاح فيها يتساقط الأول، فيؤدي إلى فساد الثمرة، وتأذي مالكها، وليس هذا المعنى موجودًا هنا^(٣).

وأما القول الثالث فلم أر له أدلة فيما اطلعت عليه، ولعلّ مبناه على أن الحكم للأعم للأغلب، فالعبرة للغالب الشائع لا للنادر، ولهذا قال ابن حجر في «فتح الباري»^(٤):

«وجعل المالكية الحكم للأغلب».

الترجيح:

يترجح - والله تعالى أعلم - القول الأول، وهو أن الثمرة المؤبرة للبائع، وغير المؤبرة للمشتري، لقوة ما استدل به له، وضعف ما استدل به للقول الثاني؛ حيث إن أدلته قد نوقشت فلا تقوى على معارضة دليل القول الأول،

(١) تكملة السبكي للمجموع، ج ١١، ص ٣٥٨ - ٣٥٩.

(٢) تكملة السبكي للمجموع، ج ١١، ص ٣٥٩، المغني، ج ٤، ص ٧٧ - ٧٨.

(٣) تكملة السبكي، للمجموع، ج ١١، ص ٣٥٩.

(٤) ج ٤، ص ٤٠٣.

كما أن ما يمكن الاستدلال به للقول الثالث من أن الحكم للأعم للأغلب غير متجه لمخالفته لمفهوم قوله ﷺ: «من باع نخلاً قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع».

الفرع الخامس: اختلاف المتبايعين في التأبير:

إذا اختلف المتبايعان في التأبير فقال البائع: وقع البيع بعد التأبير، فلا يدخل الثمر في البيع، وقال المشتري: بل حصل البيع قبل التأبير فيدخل الثمر في البيع، فقد اختلف الفقهاء الذين يفرقون بين المؤبر وغيره^(١) فيمن يقبل قوله منهما على قولين:

القول الأول: أن القول قول البائع مع يمينه، وبه قال الشافعية^(٢)، وهو المذهب عند الحنابلة^(٣)، وبهذا قال ابن المواز من المالكية^(٤).

وعللوا لذلك:

بأن ما وقع الخلاف فيه من الثمرة تابع لا يصح إفراده بالبيع، فالقول قول البائع بيمينه؛ لأن الأصل بقاء ملكه^(٥).

(١) الفقهاء الذين يفرقون بين الثمرة المؤبرة وغيرها هم المالكية والشافعية والحنابلة، أما الحنفية فلا فرق عندهم بين المؤبرة وغيرها، ولهذا لا يتصور قول لهم فيها.

(٢) الأنوار لأعمال الأبرار، ج ١، ص ٣١٥، الفروع، ج ٤، ص ٧١، الإنصاف، ج ٥، ص ٦٤، الإقناع، ج ٢، ص ١٢٩، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٢١٠، حاشية المقنع، ج ٢، ص ٨١، حاشية الروض المربع، ج ٤، ص ٥٤٣.

(٣) المحرر في الفقه، ج ١، ص ٣١٥، الفروع، ج ٤، ص ٧١، الإنصاف، ج ٥، ص ٦٤، الإقناع، ج ٢، ص ١٢٩، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٢١٠، حاشية المقنع، ج ٢، ص ٨١، حاشية الروض المربع، ج ٤، ص ٥٤٣.

(٤) بلغة السالك، ج ٢، ص ٥١٣، حاشية الشيخ علي العدوي مع الخرشي، ج ٥، ص ١٨١، منح الجليل، ج ٥، ص ٢٨٢.

(٥) نهاية المحتاج، ج ٤، ص ١٥٦، حاشيتنا الكمثرى، والحاج إبراهيم على الأنوار لأعمال الأبرار، ج ١، ص ٢٨٦، كشاف القناع، ج ٣، ص ٢٨٠، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٢١٠.

القول الثاني: أن القول قولُ المشتري، وبه قال القاضي إسماعيل من المالكية^(١)، وهو وجه عند الحنابلة^(٢).
ولعل دليلهم أن الأصل عدم التأبير.

* * *

المطلب الثاني: في بيان حكم ما عدا النخل من الشجر:

في فروع المطلب السابق من هذا المبحث كان الكلام عن بيان الحكم إذا باع بستاناً أو نحوه وفيه نخل فيه ثمر.
وفي هذا المطلب الحديث عن سائر الأشجار المثمرة، هل تأخذ حكم النخل الذي وردت السنة فيه أو لا؟
يرى الحنفية والمالكية أن حكم ثمار سائر الأشجار مثل حكم النخل من غير إطالة في التفصيلات.
ويرى الشافعية والحنابلة: أن حكمها مثل حكم ثمار النخل على تفصيلات في مذاهبهم.
وتوضيح ذلك على النحو الآتي:

المذهب الحنفي:

جاء في «الهداية»^(٣) قوله:

«ومن باع نخلاً أو شجراً فيه ثمرٌ فثمرته للبائع إلا أن يشترط المبتاع».

(١) بلغة السالك، ج ٢، ص ٥١٣، حاشية الشيخ علي العدوي مع الخرشي، ج ٥، ص ١٨١،

منح الجليل، ج ٥، ص ٢٨٢.

(٢) الفروع، ج ٤، ص ٧١، الإنصاف ج ٥، ص ٦٤.

(٣) ج ٥، ص ٩٩.

قال ابن الهمام:

«ويدخل في الثمرة الورد والياسمين، ونحوها من المشمومات فالكل للبائع^(١)».

وقال ابن نجيم في «البحر الرائق»^(٢):

«ولا يدخل الثمر في بيع الشجر إلا بشرط، أي: ولا يدخل إلا بشرط دخوله في البيع مطلقاً سواء بيع الشجر مع الأرض أو وحده، كان له قيمة أو لا».

المذهب المالكي:

جاء في «بداية المجتهد»^(٣) قوله:

«والثمار كلها في هذا المعنى في معنى النخيل».

وجاء في شرح الخرشي^(٤) على مختصر خليل قوله:

«من اشترى أصولاً عليها ثمرةً قد أبرت كلها أو أكثرها؛ فإن العقد لا يتناولها وهي للبائع إلا أن يشترطها المشتري.. والتأبير خاصٌّ بالنخل.. قال الباجي:

«والتأبير في التين وما لا زهر له أن تبرز جميع الثمرة عن موضعها وتتميز عن أصلها.. قال ابن شاش: في معنى المأبور: كل ثمرة انعقدت وظهرت للناظرين».

(١) فتح القدير، ج ٥، ص ٩٩.

(٢) ج ٥، ص ٣٢٢.

(٣) ج ٢، ص ١٨٩.

(٤) ج ٥، ص ١٨١.

الشافعية والحنبلية:

قَسَمُوا ما عدا النخيل من الشجر أقسامًا، وذلك أنه لا يخلوا إمَّا أن يقصد منه: الورد، أو الورق، أو الثمرة.

القسم الأول: ما يقصد منه الورد:

وهو ضربان:

أحدهما: يخرج ورده في كمام، ثم يفتح كالورد الأحمر فإذا بيع أصله بعد خروجه وتفتحه، فهو للبائع قياسًا على طلع النخل المؤبر.

وإن بيع قبل تفتحه، فهو للمشتري، كطلع النخل الذي لم يؤبر^(١).

وعن الشيخ أبي حامد الإسفراييني: أنه يكون للبائع أيضًا^(٢).

وأما الإمام البغوي رحمته الله فقد فصل في ذلك؛ حيث قال:

«وحكم الورد حكم النخل، إن باعه قبل تفتق كمامه يدخل في البيع، وإن كان بعد التفتق لا يدخل في البيع إلا بالشرط، وإن كان قد تفتق بعضه، فما لم يفتق، دخل في البيع، وما تفتق يبقى للبائع بخلاف ثمر النخل، إذا كان بعضه مؤبرًا يبقى الكل للبائع؛ لأن ما تفتق من الورد، لا يترك إلى إدراك الباقي»^(٣).

(١) المهذب، ج ١، ص ٢٨٦، فتح العزيز، ج ٩، ص ٤٣ - ٤٤، روضة الطالبين، ج ٣، ص ٥٤٩، تكملة السبكي للمجموع، ج ١١، ص ٢٦٨، المغني، ج ٤، ص ٨٠، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ٧٠، الشرح الكبير، ج ٢، ص ٤٤٦، الإنصاف، ج ٥، ص ٦٣، المبدع، ج ٤، ص ١٦٤.

(٢) فتح العزيز، ج ٩، ص ٤٤.

(٣) شرح السنة، ج ٨، ص ١٠٢.

الضرب الثاني: ما يخرج ورده ظاهراً كالياسمين، فإن خرج ورده فهو للبائع، وإلا فهو للمشتري^(١).

القسم الثاني: ما يقصد منه الورق:

ما يقصد منه الورق، كالتوت فيه وجهان:

أحدهما: أنه إن لم يفتح فهو للمشتري، وإن تفتح فهو للبائع؛ لأن الورق من هذا كالثمر من سائر الأشجار.

والثاني: أنه للمشتري تفتح أو لم يفتح؛ لأنه بمنزلة الأغصان من سائر الأشجار، وليس كالثمرة؛ لأن ثمرة التوت ما يؤكل منه^(٢).

هذا هو المشهور في المذهب الشافعي، غير أن السبكي قد نقل أن في المسألة وجهًا ثالثًا جزم به المارودي، وحكاه الروياني، وهو أنه إن كان يقصد ثمره دون ورقه فلا اعتبار بظهور ورقه، وإن كان يقصد ورقه، فإنه يبدو في عقده ثم يفتح عنها، فإن كان في عقده تبع الأصل، وإن انشقت العقدة وظهر ورقها لم يتبع الأصل.

قال الروياني:

«ورأى بعضهم أن الخلاف منزل على هذا التفصيل، وأنه لا معنى لذلك الخلاف»^(٣).

وهذا الوجه قال عنه السبكي: إنه متجّه؛ لأن «النوع الذي يقصد ثمره

(١) المهذب، ج ١، ص ٢٨٦، فتح العزيز، ج ٩، ص ٤٤، روضة الطالبين، ج ٣، ص ٥٤٩، تكملة السبكي للمجموع، ج ١١، ص ٣٦٩.

(٢) المهذب، ج ١، ص ٢٨٦، فتح العزيز، ج ٩، ص ٣٨، ٤٣، روضة الطالبين، ج ٣، ص ٥٤٧، ٥٤٩، تكملة السبكي للمجموع، ج ١١، ص ٣٧٠، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٨٥، نهاية المحتاج، ج ٤، ص ١٣١.

(٣) تكملة السبكي للمجموع، ج ١١، ص ٣٧٠.

ولا يقصد ورقه كالأحمر فيما قال بعضهم، فإنه لا يطعم ورقه للدود المقصود ثمره، فهذا ورقه كورق سائر الأشجار، أما التوت الأبيض الذي يقصد منه الورق لطعمه الدود فيتجه فيه الخلاف^(١).

هذا هو حاصل مذهب الشافعية في هذا القسم، وأما مذهب الحنابلة فهو قريب من الوجه الثالث؛ حيث قال ابن قدامة رحمته الله:

«ما تظهر ثمرته بارزة لا قشر عليها ولا نور، كالتين والتوت والجميز، فهي للبائع؛ لأن ظهورها من شجرها بمنزلة ظهور الطالع من قشره»^(٢).

ثم قال رحمته الله بعد ذلك:

«أما الأغصان والورق وسائر أجزاء الشجر فهو للمشتري بكل حال؛ لأنه من أجزائها خلق لمصلحتها فهو كأجزاء سائر المبيع.

ويحتمل أن يكون ورق التوت الذي يقصد أخذه لتربية دود القز، إن تفتح فهو للبائع، وإلا فهو للمشتري؛ لأنه بمنزلة الجنبذ^(٣) الذي يتفتح فيظهر نوره من الورد وغيره، وهذا في المواضع التي عادتهم أخذ الورق، وإن لم تكن عادتهم ذلك؛ فهو للمشتري كسائر ورق الشجر. والله أعلم»^(٤).

القسم الثالث: ما يقصد منه الثمرة:

وما يقصد منه الثمرة على أربعة أضرب:

أحدها: ما تخرج ثمرته من غير كمام، كالتين، فما ظهر منه فهو للبائع

(١) المصدر السابق، الجزء نفسه، ص ٣٧١.

(٢) المغني، ج ٤، ص ٨٠.

(٣) الجنبذ: ورد الشجرة قبل أن يتفتح.

(٤) المغني، ج ٤، ص ٨١.

لا يدخل في البيع من غير شرط، وما يظهر بعد البيع فهو للمشتري؛ لأن الظاهر منه كالطلع المؤبر، والباطن منه كالطلع الذي لم يؤبر^(١).

والثاني: ما يخرج في كمام لا يزال عنه إلا عند الأكل كالرمان والموز، فهو للبائع بنفس الظهور؛ لأن كمامه من مصلحته، ويبقى فيه إلى حين الأكل، ولأن قشره ينزل منزلة أجزائه للزومه إياه، وكونه من مصلحته^(٢).

قال الشافعي رحمته الله:

«وإذا باع رجلٌ رجلاً أرضاً فيها شجر رمان.. وغيره مما دونه قشر يواريه.. فالثمرة للبائع إلا أن يشترطها المبتاع»^(٣).

والثالث: ما يخرج وعليه قشرتان كالجوز واللوز، فاختلف فيه على قولين:

أحدهما: أنه لا يدخل في البيع، وهو الراجح عند الشافعية^(٤)، والحنابلة^(٥)؛ لأن قشره لا يزال عنه غالباً إلا بعد جزائه، فأشبهه الضرب الذي قبله^(٦).

(١) المهذب، ج ١، ص ٢٨٦ - ٢٨٧، فتح العزيز، ج ٩، ص ٤٦، روضة الطالبين، ج ٣، ص ٥٤٩، تكملة السبكي للمجموع، ج ١١، ص ٣٧٢، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ٧٠، المغني، ج ٤، ص ٨٠، الإنصاف، ج ٥، ص ٦٢.

(٢) المصادر السابقة.

(٣) الأم، ج ٣، ص ٤٤.

(٤) الأم، ج ٣، ص ٤٤، المهذب، ج ١، ص ٢٨٧، فتح العزيز، ج ٩، ص ٤٦، روضة الطالبين، ج ٣، ص ٥٥٠.

(٥) الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ٧١، المغني، ج ٤، ص ٨٠، الإنصاف، ج ٥، ص ٦٢.

(٦) المغني، ج ٤، ص ٨٠.

والثاني: أن تشقق القشر الأعلى فهو للبائع، وإن لم يتشقق فهو للمشتري، وإليه ذهب بعض الشافعية^(١)، والقاضي من الحنابلة^(٢).

وقد قاسوه على طلع النخل.

وناقشه ابن قدامة، فقال:

«ولو اعتبر هذا لم يكن للبائع إلا نادراً.

ولا يصح قياسه على الطلع؛ لأن الطلع لا بدّ من تشققه، وتشققه من مصلحته، وهذا بخلافه، فإنه لا يتشقق على شجره، وتشققه قبل كماله يفسده^(٣).

والرابع: ما تخرج ثمرته في نور^(٤)، ثم يتنافر النور فتبرز الثمرة بلا حائل كالشمش والتفاح والكمثرى فاختلف فيه على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أنه إذا تفتح نوره وظهرت الثمرة فيه فهي للبائع، وإن لم تظهر فهي للمشتري، وهذا قول عند الشافعية^(٥)، وهو المذهب عند الحنابلة^(٦).

(١) المهذب، ج ١، ص ٢٨٦ - ٢٨٧، فتح العزيز، ج ٩، ص ٤٦.

(٢) المغني، ج ٤، ص ٨٠، الإنصاف، ج ٥، ص ٦٢.

(٣) المغني، ج ٤، ص ٨٠.

(٤) النور والنوار هو: الزهر من جميع الأشجار، يقال: نورت الشجرة وأنارت، أي: أخرجت نورها، يقال نور بفتح النون ونوار. القاموس المحيط باب الرء فصل النون، ج ٢، ص ١٤٩، مختار الصحاح، ص ٦٨٤، النظم المستعذب في شرح غريب المهذب، ج ١، ص ٢٨٧.

(٥) المهذب، ج ١، ص ٢٨٧، فتح العزيز، ج ٩، ص ٤٥، تكملة السبكي للمجموع، ج ١١، ص ٣٧٨.

(٦) المقنع، ج ٢، ص ٨١، المغني، ج ٤، ص ٨١، الإنصاف، ج ٥، ص ٦٢.

فالحكم بناء على هذا القول منوط بظهور الثمرة من النور سواء تناثر أو لا^(١).

وعلّلوا لذلك:

بأن الثمرة قد ظهرت بالخروج من الشجر، واستتارها بالنور كاستتار ثمرة النخل بعد التآبير بما عليها من القشر الأبيض، ثم ثمرة النخل بعد خروجها من الطلع للبائع مع استتارها بالقشر الأبيض فكذلك هذه الثمرة للبائع مع استتارها بالنور^(٢).

القول الثاني: أن ما تناثر عنه النور فهو للبائع، وإن لم يتناثر عنه فهو للمشتري، وهذا هو المشهور عند الشافعية^(٣)، وهو قول عند الحنابلة^(٤).
وعلّلوا لذلك:

بأن استتار الثمرة بالنور كاستتار الثمر في طلع النخل، وتناثر النور عنها كتشقق الطلع عن الثمرة فكان في الحكم مثلها^(٥).

القول الثالث: يكون للبائع بمجرد ظهور النور، وهو قول عند الشافعية^(٦)، وذكره القاضي من الحنابلة احتمالاً^(٧).

جعلاً للنور كما في طلع النخل^(٨)؛ لأن الطلع إذا تشقق كان كنور

(١) الإنصاف، ج ٥، ص ٦٢.

(٢) المهذب، ج ١، ص ٢٨٧.

(٣) المهذب، ج ١، ص ٢٨٧، فتح العزيز، ج ٩، ص ٤٥، تكملة السبكي للمجموع، ج ١١، ص ٣٧٨

(٤) المغني، ج ٤، ص ٨١، الإنصاف، ج ٥، ص ٦٢.

(٥) المهذب، ج ١، ص ٢٨٧.

(٦) تكملة السبكي للمجموع، ج ١١، ص ٣٧٨.

(٧) المغني، ج ٤، ص ٨١، الإنصاف، ج ٥، ص ٦٣.

(٨) الإنصاف، ج ٥، ص ٦٣.

الشجر، فإن العقد التي في جوف الطلع ليست عين الثمرة، وإنما هي أوعية لها تكبر الثمرة في جوفها وتظهر، فتصير العقدة في طرفها^(١).

الترجيح:

هذه هي أقوال الفقهاء في هذا المطلب، منهم من يجمل القول، فيجعل حكم ثمار سائر الأشجار مثل حكم ثمر النخل الذي وردت فيه السنة، ومنهم من يفصل في ذلك على النحو الذي سبق بيانه، غير أنه لو قال قائل: إن الحكم الذي وردت به السنة في ثمر النخل هو خاص بالنخل، وأما ثمار سائر الأشجار فهي للمشتري لكان هذا متجهًا؛ للأسباب الآتية:

السبب الأول: أن حديث: «من باع نخلاً قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع»، وهو الأصل الذي قيس عليه ثمار سائر الأشجار يمكن اعتباره خاصًا بثمر النخل وذلك لأمر:

أولها: أنه لو كان المراد به ثمار جميع الأشجار، لما كان لنصه ﷺ على النخل في الحديث فائدة، بل يكون لغواً لا فائدة فيه، وكلامه ﷺ منزّه عن ذلك، فلما نصّ على النخل دلّ على أن غيره بخلافه.

ثانيًا: أن طلع النخل يظهر في وقت متقارب في البستان الواحد، وتأبيره هو وصف ظاهر منضبط، يحسن تعليق الحكم عليه، بخلاف ثمار سائر الأشجار؛ فإنها تختلف اختلافًا ظاهرًا، ولا تكاد تنضبط بوصف معين حتى يبنى عليه الحكم، فكان من المناسب دخولها في البيع.

ثالثًا: أنه قد يؤيد جعل ذلك الحكم هو في ثمر النخل خاصة، وأن ثمر سائر الأشجار بخلافه ما ذكره شيخ الإسلام ابن تيمية ﷺ في أثناء كلامه عن النهي عن بيع الثمر حتى يبدو صلاحه؛ حيث قال:

(١) المغني، ج ٤، ص ٨١.

«.. بدو الصلاح في الثمار متنوع: تارة يكون بالرطوبة بعد اليبس، وتارة باليبس بعد الرطوبة، وتارة بليونة، وتارة بتغير لونه بحمرة أو صفرة أو بياض، وتارة لا يتغير».

وإذا كان قد نهى عن بيع الثمار حتى يحمر أو يصفر:

علم أن هذا اللفظ لم يشمل جميع أصناف الثمار، وإنما يشمل ما تأتي فيه الحمرة والصفرة، وقد جاء مقيداً: «أنه النخل»^(١) «^(٢)».

وإذا جاز حمل النهي عن بيع الثمار حتى تزهر على ثمار النخل مع أن بعض ألفاظ النهي فيه جاءت عامة، فمن باب أولى حمل حديث: «من باع نخلاً قد أبرت» على ثمر النخل خاصة.

رابعاً: أنه في ثمر النخل قد قام البائع بتأبير النخل فكان المناسب أن يكون له بعد التأبير، بخلاف ثمار سائر الأشجار فإنها تظهر وتنعقد من غير أن يحدث فيها البائع شيئاً، فكان المناسب التفريق بينهما في الحكم، فثمر النخل المؤبر يكون للبائع، وثمار سائر الأشجار تكون للمشتري، وهذا يتمشى مع الرواية الثانية عن الإمام أحمد، وهي جعل الحكم يتعلق بالتأبير،

(١) ذكر شيخ الإسلام قبل ذلك حديث أنس الذي في الصحيحين: «أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى تزهر: قيل: وما تزهر؟ قال: تحمر وتصفر، وبين أن ذلك هو ثمر النخل؛ لأنه هو الذي يزهر فيحمر أو يصفر، ثم أشار إلى بعض الأحاديث التي قد تشعر بالعموم، وأعقب ذلك بقوله: وأما غيرها فصريح في النخل، كحديث ابن عباس المتفق عليه: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع النخل حتى يأكل منه، أو يؤكل منه». وفي رواية لمسلم عن ابن عمر: «أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع النخل حتى يزهر، وعن السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة، نهى البائع والمشتري»، والمراد بالنخل: ثمره بالاتفاق؛ لأنه ﷺ قد جَوَّزَ اشتراء النخل المؤبر مع اشتراط المشتري لثمرته». القواعد النورانية الفقهية، ص ١٥٦ - ١٥٧، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ج ٢٩، ص ٨٤ - ٨٥.

(٢) القواعد النورانية الفقهية، ص ١٥٧ - ١٥٨، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ج ٢٩، ص ٨٦.

وهو التلقيح، لا بالتشقق، وأنه لو تشقق ولم يؤبر: يكون للمشتري، ونصر هذه الرواية الشيخ تقي الدين رحمته الله كما جاء في «الإنصاف»^(١).

وإذا كان هذا في ثمر النخل الذي وردت فيه السنة، وأنه يجعل للمشتري إذا لم يؤبره البائع، وإن تشقق، فمن باب أولى ثمار سائر الأشجار.

خامساً: أن بعض المالكية قد جعل الحديث: في بيع النخل استقلالاً، أي بدون الأرض، فلا يتناول محل النزاع الذي هو في بيع العقار، وفيه شجر مثمر. جاء في «الفواكه الدواني»^(٢) ما نصه:

«تكلم المصنف على حكم من ابتاع نخلاً مثمرًا، ولم يتكلم على حكم من ابتاع أرضًا وفيها نخل مثمر، وقد قدمنا أن العقد على الأرض يتناول ما فيها من شجر أو بناء، وأما الثمر الذي يكون مؤبرًا عليها فلم يتكلم خليل كالمصنف عليه، واختلف العلماء فيمن يكون له، فأفتى ابن عتاب بأنه للمشتري قائلاً: بأن تناول الأرض لأصله يقتضي تناولها لفرع الأصل بالأولى.

وردّ بعض شيوخ شيوخنا عليه بحديث: «من ابتاع نخلاً قد أبرت فثمرتها للبائع».

وأقول: «لا يحسن الرد عليه بالحديث لاختلاف الموضوع؛ لأن الحديث العقد على ذات النخل، وفتوى ابن عتاب المعقود عليه الأرض لا ذات النخل، والأرض تتناوله فكيف لا تتناول ثمره».

وجاء نحو ذلك في «حاشية العدوي»^(٣).

ومن هنا يمكن القول بأن ما ذكره هؤلاء له وجهته، ويؤخذ به في ثمار

(١) ج ٥، ص ٦٠.

(٢) ج ٢، ص ١١٤.

(٣) حاشية الشيخ علي العدوي على الخرخشي، ج ٥، ص ١٨١.

سائر الأشجار، أما ثمر النخل فالأخذ به محلٌ نظر؛ لأنه وإن كان المتبادر أنه في بيع النخل استقلالاً إلا أنه لا يمنع أن يؤخذ منه حكم ثمر النخل إذا بيع العقار وفيه نخل مثمر؛ لأنه يدخل في عموم ذلك، ولأنه قد يطلق بيع النخل، ويراد به ثمره، كما في حديث ابن عمر: أن رسول الله ﷺ «نهى عن بيع النخل حتى يزهو»^(١). الحديث أخرجه مسلم.

وكما في حديث ابن عباس: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع النخل حتى يأكل منه أو يؤكل». أخرجه مسلم^(٢).

قال شيخ الإسلام ابن تيمية: «والمراد بالنخل ثمره بالاتفاق»^(٣).

السبب الثاني: أنه إذا تناولت الأرض والشجر، ودخل في بيعها تبعاً، وهو أصل الثمر، فمن باب أولى تناول الأرض ثمر الشجر الذي فيها؛ لأنه فرع، والفرع يتبع الأصل.

السبب الثالث: أنه يترتب على القول بجعل ثمر الشجر في العقار المبيع للبائع في الأحوال التي ذكرها بعض الفقهاء في هذا المطلب يترتب على ذلك إثارة المنازعات والمخاصمات بين البائع والمشتري، فإن البائع سيدخل إلى ملك المشتري، وسقي الثمرة، وجنينها، هذه الأمور ونحوها الأولى تجنبها، والقول بدخول الثمر في بيع الشجر حسماً للنزاع.

(١) يزهو: يقال: زها النخل يزهو: إذا ظهرت ثمرته، وأزهى يزهي: إذا احمر أو اصفر، وذلك علامة الصلاح فيها، ودليل خلاصها من الآفة. (شرح النووي لصحيح مسلم، ج ٥، ص ١٧٨).

(٢) صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها، ج ٥، ص ١٧٨.

(٣) صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها، ج ٥، ص ١٨٠.

السبب الرابع: أنه يترتب على جعل الثمرة للبائع تعطيل ملك المشتري مدة من الزمن، تكاد تكون مجهولة، فإن استواء الثمار يختلف من نوع إلى نوع آخر، فمنها ما يسرع نضجه، ومنها ما يتأخر، ولا يكاد ينضبط ذلك.

السبب الخامس: أنه لو كان البائع يريد الثمرة لاستئناها صراحة، فلما سكت عنها دلّ على أنه غير راغب فيها.

السبب السادس: أن هذا الاختيار يتمشى مع ما ذكره ابن أبي ليلى، وابن عتاب المالكي في الجملة، لكني لا أوافقهما على التسوية بين النخل وغيره في ذلك، بل يستثنى من ذلك ثمر النخل لورود النص فيه.

السبب السابع: أن الفقهاء الذين فصلوا في ثمار سائر الأشجار، فجعلوا منها ما هو معنى ثمرة النخل المؤبرة، وجعلوا منها ما ليس كذلك، قد اختلفوا في ذلك اختلافًا بيّنًا ظاهرًا، مما يدل على أن قياسهم لها على ثمر النخل، هو قياس محل نظر.

السبب الثامن: أن العرف قد يؤيد هذا الاختيار؛ لأن الناس قد تعارفوا ببيع البساتين، وأنه يدخل في البيع ما يشمله البستان من شجر وثمر، ويقوي هذا أن الأرض تطلق كثيرًا ويراد بها: الأرض مع ما فيها، كما دلّ على ذلك قول عمر رضي الله عنه للنبي صلى الله عليه وسلم: «إني أصبت أرضًا بخير لم أصب مالا قط أنفس عندي منه». الحديث، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم: «حبس الأصل وسبل الثمرة» والله تعالى أعلم.

الفصل السادس

الاستثناء في بيع العقار

الاستثناء في بيع العقار

الاستثناء: ويسمى بالثنيا بالضم^(١)، من ثنى الشيء: ردّ بعضه على بعض فتنى وانثنى^(٢).

«والاستثناء: إخراج الشيء من الشيء، لولا الإخراج لوجب دخوله فيه»^(٣).

«والاستثناء في البيع: أن يستثنى شيئاً من المبيع أو يستثنى شيئاً من منفعته.

وأصله من ثناه عن حاجته إذا رده عنها كأنه ردّ بعض المبيع إليه.

قال الجوهري: يقال حلف يميناً ليس فيها ثني ولا مثنوية ولا ثنية ولا استثناء كله واحد.

وهذا كله من الثني، وهو: الردُّ والكفُّ»^(٤).

وبعد أن عُرِفَ أنَّ الاستثناء في البيع يشمل استثناء شيء من المبيع، ويشمل استثناء منفعة المبيع، كان من المناسب تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين:

(١) مختار الصحاح، ص ٨٧، كشف اصطلاحات الفنون، ج ١، ص ٢٥٨.

(٢) القاموس المحيط باب الواو والياء، فصل التاء، ج ٤، ص ٣٠٩.

(٣) كتاب التعريفات للجرجاني، ص ٢٣.

(٤) النظم المستعذب في شرح غريب المهذب، ج ١، ص ٢٧٢.

- المبحث الأول: استثناء قدر معلوم من العقار المبيع.
- المبحث الثاني: استثناء منفعة العقار المبيع مدة معلومة.
- وتفصيل ذلك فيما يلي:



المبحث الأول

استثناء قدر معلوم من العقار المبيع

إذا باع الشخص أرضه أو داره واستثنى قدرًا معلومًا منها صحَّ البيع، فلو قال: بعثك أرضي هذه أو داري هذه إلا ثلثها أو ربعها، صحَّ البيع؛ لأن من عرف الشيء عرف ثلثه وربعه وما يبقى بعدهما^(١).

قال شيخ الإسلام ابن تيمية رحمته الله:

«وقد أجمع المسلمون - فيما أعلمه - على جواز استثناء الجزء الشائع، مثل أن يبيعه الدار إلا ربعها أو ثلثها، واستثناء الجزء المعين إذا أمكن فصله بغير ضرر^(٢)».

وكذلك إن باعه أرضًا إلا جريبًا منها، وهما يعلمان جربانها صح ذلك، وكان مشاعًا فيها^(٣)؛ لأن الأرض إذا كانت عشرة أجرة ففي الاستثناء كأنه قال: بعثك تسعة أعشار هذه الأرض، وهو معلوم بالمشاهدة.

أما إذا لم يعلما جربان الأرض فلا يصح البيع؛ لأن أجزاء الأرض تختلف فإذا لم يتعين لم يصح لجهالته^(٤).

(١) المهذب، ج ١، ص ٢٧٢، المغني، ج ٤، ص ١١٧.

(٢) القواعد النورانية الفقهية، ص ٢١٤.

(٣) المقنع، ج ٢، ص ١٥، المغني، ج ٤، ص ١١٧، الإقناع، ج ٢، ص ٦٩.

(٤) المبدع، ج ٤، ص ٣١، كشاف القناع، ج ٣، ص ١٧١، حاشية المقنع، ج ٢، ص ١٥.

وقد نقل الحسن بن زياد اختلاف أبي حنيفة وأبي يوسف في الحكم: «إذا قال لغيره بعتك هذه الدار بألف درهم إلا مائة ذراع، فالبيع فاسد في قول أبي حنيفة رحمته الله».

وفي قول أبي يوسف رحمته الله البيع جائز والمشتري بالخيار إذا علم ذراع الدار فإن شاء كان البائع شريكاً معه في الدار بالمائة الذراع، وإن شاء ترك^(١).

وقد وضع بعض العلماء لهذا ضابطاً فقالوا:

لو استثنى من المبيع ما يجوز إفراده بالعقد جاز بالاستثناء، ولو استثنى منه ما لا يجوز إفراده بالعقد لا يصح استثناءؤه^(٢).

(١) الفتاوى الهندية، ج ٣، ص ١٣١، وقد أشير فيها إلى أنه منقول عن المحيط.

(٢) الهداية، ج ٥، ص ١٠٦، العناية شرح الهداية نفس الجزء والصفحة، الدر المختار، ج ٤، ص ٥٥٨، المغني، ج ٤، ص ١١٥.



المبحث الثاني

استثناء منفعة العقار للبيع مدة معلومة

إذا باع الشخص داره، واستثنى منفعتها مدة معلومة كشهر أو باع مزرعته، واستثنى منفعتها مدة معلومة كسنة، أو استثنى البائع المنفعة لغيره، فقد اختلف العلماء في استثناء منفعة المبيع مدة معلومة على أقوال:

القول الأول: البيع باطل، وبه قال الحنفية^(١)، وهو المذهب عند الشافعية^(٢)، ورواية عن الإمام أحمد^(٣)، وبه قال الظاهرية^(٤).

ويلاحظ أن ابن قدامة قد ردَّ الرواية عن الإمام أحمد القائلة ببطلان البيع، وذكر أنها ليست في محل النزاع؛ حيث وردت في اشتراط خدمة

(١) كتاب الأصل المعروف بالمبسوط، ج ٥، ص ٩٨، اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى، ص ١٨، مختصر القدوري، ج ٢، ص ٧، تحفة الفقهاء، ج ٢، ص ٥٢، بدائع الصنائع، ج ٥، ص ١٦٩، الهداية، ج ٥، ص ٢١٧.

(٢) الأم، ج ٣، ص ١٥٥، التنبيه، ص ٩٠، المهذب، ج ١، ص ٢٧٥، فتح العزيز، ج ٨، ص ٢٠٩، روضة الطالبين، ج ٣، ص ٤٠٦، المجموع، ج ٩، ص ٣٧٨، رحمة الأمة في اختلاف الأئمة، ص ١٢٢، حاشية الجمل على شرح المنهج، ج ٣، ص ٧٣، حاشية الشرواني على تحفة المحتاج، ج ٤، ص ٣٠٨.

(٣) يراجع في هذا المغني، ج ٤، ص ١٠٩.

(٤) المغني، ج ٤، ص ١٠٩، المحرر في الفقه، ج ١، ص ٣١٤، الفروع، ج ٤، ص ٥٩، الشرح الكبير، ج ٢، ص ٣٤٤، الإنصاف، ج ٤، ص ٣٤٤، المبدع، ج ٤، ص ٥٤.

الجارية، ومحل النزاع هو اشتراط منفعة معلومة في المبيع، وفرق بينهما: أن اشتراط خدمة الجارية مجهولة، وتفضي إلى الخلوة بها والخطر برؤيتها وصحتها، ولا يوجد هذا في غيرها^(١).

القول الثاني: يصح البيع، ويصح استثناء المنفعة مدة معلومة، وبهذا قال الإمام أحمد في الرواية المشهورة عنه، وهذه الرواية هي المذهب عند الحنابلة^(٢)، وهو قول الأوزاعي، وإسحاق^(٣)، وابن شبرمة^(٤).

قال النووي: «وبه قال أربعة من أئمة أصحابنا الفقهاء المحدثين: أبو ثور، ومحمد بن نصر، وأبو بكر بن خزيمة، وابن المنذر، ونقله ابن المنذر عن أصحاب الحديث، وروى نحوه عن عثمان، وصهيب رضي الله عنه^(٥)».

وقد نصَّ الحنابلة (رحمهم الله) أنه لا فرق بين أن يستثنى المنفعة لنفسه أو لغيره^(٦).

القول الثالث: يصح البيع، ويصح استثناء منفعة العقار المبيع لنفسه مدة معلومة إذا كانت المدة قريبة فإن كانت بعيدة فلا، وهذا هو حاصل مذهب المالكية.

القواعد لابن رجب، ص ٤١.

- (١) المحلى، ج ٩، ص ٤٠٣ - ٤٠٤، القواعد النورانية الفقهية، ص ١٨٤.
- (٢) المقنع، ج ٢، ص ٢٧، المغني، ج ٤، ص ١٠٨، الشرح الكبير، ج ٢، ص ٣٤٤، المحرر في الفقه، ج ١، ص ٣١٤، الفروع، ج ٤، ص ٥٩، الإنصاف، ج ٤، ص ٣٤٤، وقال فيه: هذا الصحيح من المذهب، وعليه الأصحاب، وهو المعمول به في المذهب.
- (٣) المجموع، ج ٩، ص ٣٧٨، المغني، ج ٤، ص ١٠٩، الشرح الكبير، ج ٢، ص ٣٤٤.
- (٤) المحلى، ج ٩، ص ٤٠٩ - ٤١٠، فتح الباري، ج ٥، ص ٣١٤.
- (٥) المجموع، ج ٩، ص ٣٧٨، وقد ذكر قبل ذلك ص ٣٦٩: أنه وجه مرجوح عند الشافعية.
- (٦) الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ص ٢١٩، كشف القناع، ج ٣، ص ١٩١.

غير أن المالكية اختلفوا في حدّ المدة القريبة من المدة البعيدة، وفي الحكم إذا كانت المدة بعيدة.

لذا أورد لهم نصوصاً في هذه المسألة:

جاء في «بداية المجتهد»^(١) قوله:

«إذا اشترط لنفسه منفعة يسيرة لا تعود بمنع التصرف في أصل المبيع، مثل أن يبيع الدار، ويشترط سكونها مدة يسيرة مثل الشهر، وقيل: السنة، فذلك جائز». ثم قال بعد ذلك في أثناء بيانه رأي مالك: «فأجازته في المدة القليلة، ولم يجزه في الكثيرة».

وجاء في «مقدمات ابن رشد»^(٢) في أثناء بيانه أقسام الشروط في البيوع على مذهب الإمام مالك رحمته الله قوله:

«والثالث: يجوز فيه البيع والشروط.. مثل أن يبيع الرجل الدار، ويشترط سكونها أشهراً معلومة».

وجاء في «كتاب الكافي في فقه أهل المدينة المالكي»^(٣) قوله:

«وجائز بيع الدار واستثناء سكونها شهراً أو شهرين أو سنة، ونحو ذلك».

وقد جمع ابن رشد الجد أقوال المالكية، فقال في كتابه «البيان والتحصيل»^(٤):

«.. كره مالك أن يستثنى سكنى أكثر من سنة».

(١) ج ٢، ص ١٦١.

(٢) ص ٥٤٤.

(٣) ج ٢، ص ٦٨٣.

(٤) ج ٧، ص ٢٠١ - ٢٠٢.

ثم قال بعد ذلك :

«الأصل في هذه المسألة أنه يجوز للبائع أن يستثنى من المدة ما يؤمن تغيير بناء الدار فيها».

وقد اختلف في حد ذلك اختلافاً كثيراً :

فلابن شهاب في المدونة : إجازة ذلك العشرة أعوام.

ومثله لابن القاسم في كتاب ابن المواز.

ويقوم ذلك من كتاب العارية من المدونة^(١)؛ لأنه أجاز فيه : أن يعير الرجل الأرض على أن يبني فيها ويسكنها عشر سنين إذا بينّ البنيان ما هو، وهو قول المغيرة.

وأجاز ذلك سحنون.. في الخمسة الأعوام.

وقد روى ابن وهب عن مالك : السنة ونصف.

وينبغي أن ينظر في هذا إلى حسن البناء وتحصينه، فربّ بناء يتغير إلى المدة القريبة، وربّ بناء لا يتغير المدة الطويلة.

وأما بيع الأرض واستثناءها أعواماً؛ فهو أخفّ يجوز في العشرة الأعوام، وهو قول ابن القاسم في أول سماع أصبغ من كتاب الحبس، ومثله في كتاب ابن المواز.

وقال المغيرة : يجوز في ذلك السنين ذوات العدد، ولا يجوز في الدار إلا العشر سنين ونحوها.

ولابن القاسم في المدنية : «لا يجوز ذلك في الأرض ولا في الدار أكثر من السنة، وهو بعيد وشاذ في الأرض، والله الموفق».

(١) ينظر المدونة المجلد السادس، ص ١٦٦ - ١٦٧.

وخلاصة مذهب المالكية المذكور في المصادر السابقة، وفي غيرها^(١):
 أنه يصح بيع العقار واستثناء البائع منفعته مدة لا يتغير فيها غالبًا.
 وأما حدُّ المدة التي لا يتغير فيها العقار، ففيها خلاف قال عنه ابن
 حبيب في أثناء كلامه عن استثناء منفعة الدار:
 «الخلاف خلافٌ في حال لا في فقه، فإن كانت لا تتغير فيها غالبًا
 جاز»^(٢).

القول الرابع: يصح البيع ويبطل الاستثناء، وبه قال ابن أبي ليلى^(٣)،
 والنخعي، والحسن^(٤).

هذه هي الأقوال على التفصيل، ويمكن إرجاعها إلى ثلاثة أقوال:

القول الأول: البيع باطل.

القول الثاني: يصح البيع، ويصح استثناء المنفعة مدة معلومة.

القول الثالث: البيع صحيح والاستثناء باطل.

وإليك أدلة هذه الأقوال الثلاثة:

أدلة القول الأول:

استدل للقول الأول بالأدلة الآتية:

- (١) ينظر في ذلك: مختصر خليل، ج٧، ص٤٦٦، قوانين الأحكام الشرعية، ص٢٨٥ الشرح الكبير، ج٤، ص١٣، الشرح الصغير، ج٣، ص١٣٧، جواهر الإكليل، ج٢، ص١٨٧، حاشية الدسوقي، ج٤، ص١٣، منح الجليل، ج٧، ص٤٦٦، الفقه الواضح، ج٣، ص٦٩.
- (٢) منح الجليل، ج٧، ص٤٦٦.
- (٣) اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى، ص١٨، المحلى، ج٩، ص٤٠٩، رحمة الأمة في اختلاف الأئمة، ص١٣٢.
- (٤) رحمة الأمة في اختلاف الأئمة، ص١٣٢.

الدليل الأول: ما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه عن النبي ﷺ: أنه «نهى عن بيع وشرط»^(١). أخرجه الطبراني في الأوسط^(٢).

وجه الدلالة من الحديث:

أنه قد دلّ الحديث بظاهره على النهي عن الشرط في البيع، والنهي يقتضي الفساد، فإذا استثنى منفعة العقار المبيع بطل البيع لدخوله في عموم النهي.

المناقشة:

نوقش استدلالهم بهذا الحديث من وجوه:

الوجه الأول: أن هذا الحديث ضعيفٌ، فقد أنكره الإمام أحمد وغيره، قال شيخ الإسلام ابن تيمية بعد إيراده لهذا الخبر: «وقد ذكره جماعة من المصنفين في الفقه، ولا يوجد في شيء من دواوين الحديث، وقد أنكره أحمد وغيره من العلماء، وذكروا أنه لا يعرف، وأن الأحاديث الصحيحة تعارضه»^(٣).

(١) فتح القدير، ج ٥، ص ٢١٤، بداية المجتهد، ج ٢، ص ١٦٠، المهذب، ج ١، ص ٢٧٥، المجموع، ج ٩، ص ٣٦٧، شرح النووي لصحيح مسلم، ج ١١، ص ٣٠، فتح الباري، ج ٥، ص ٣١٥، سبل السلام، ج ٣، ص ٨، نيل الأوطار، ج ٥، ص ١٧٩.

(٢) الحديث أخرجه الطبراني في الأوسط، والحاكم في علوم الحديث من طريق عبد الوارث ابن سعيد عن أبي حنيفة: حدثني عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جدّه، عن النبي ﷺ: أنه نهى عن بيع وشرط، أورده في قصة. قال الزيلعي في نصب الراية، كتاب البيوع، باب البيع الفاسد، الحديث الحادي عشر، ج ٤، ص ١٧، وتبعه في ذلك ابن حجر في: «الدراية في تخريج أحاديث الهدية» باب خيار الرؤية والبيع الفاسد، حديث رقم ٧٧٧، ج ٢، ص ١٥١.

وذكره ابن حجر في «تلخيص الحبير»: باب البيوع المنهي عنها حديث رقم ١١٥٠، ج ٣، ص ١٢ وقال: «استغربه النووي، وقد رواه ابن حزم في المحلى، والخطابي في معالم السنن، والطبراني في الأوسط، والحاكم في علوم الحديث..». والحديث في معالم السنن، ج ٣، ص ١٤٥، وفي المحلى: مسألة ١٤٤٧، ج ٩، ص ٤٠٩.

(٣) القواعد النورانية الفقهية، ص ١٨٨.



وكذلك نقل في «المبدع»^(١) أن الإمام أحمد: أنكر الخبر، وقال: لا نعرفه مروياً في مسند.

وقال النووي تعليقاً على الاستدلال بالحديث:
«أما الحديث فغريب»^(٢).

وقال الزيلعي في «نصب الراية»^(٣) في أثناء كلامه عن هذا الحديث، وأنه من طريق أبي حنيفة:
ما نصه:

«قال ابن القطان: وعلته ضعف أبي حنيفة في الحديث».
وقال ابن حجر في «فتح الباري»^(٤):

«وأما حديث النهي عن بيع وشرط ففي إسناده مقال، وهو قابل للتأويل».

وقد ورد مثل ذلك في «سبل السلام»^(٥)، وفي «نيل الأوطار»^(٦).
الوجه الثاني: أنه مخالف للسنة الصحيحة، والقياس، وقد انعقد الإجماع على خلافه:

قال ابن القيم رحمته الله في فصل تحريم الإفتاء والحكم في دين الله بما يخالف النصوص وإيراده.

(١) ج ٤، ص ٥٤.

(٢) المجموع، ج ٩، ص ٣٦٨.

(٣) ج ٤، ص ١٨.

(٤) ج ٥، ص ٣١٥.

(٥) ج ٣، ص ٨.

(٦) ج ٥، ص ١٧٩.

الأمثلة لذلك :

«المثال الرابع والثلاثون: ردّ السنة الصحيحة الصريحة المحكمة في وجوب الوفاء بالشروط في النكاح، وأنها أحق الشروط بالوفاء على الإطلاق، بأنها خلاف الأصول، والأخذ بحديث النهي عن بيع وشرط الذي لا يعلم له إسناد يصح، مع مخالفته للسنة الصحيحة، والقياس، ولانعقاد الإجماع على خلافه، ودعوى أنه موافق للأصول.

أما مخالفته للسنة الصحيحة، فإن جابراً باع بعيه وشرط ركوبه إلى المدينة، والنبي ﷺ قال: «من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترط المبتاع»، فجعله للمشتري بالشرط الزائد على عقد البيع، وقال: «من باع ثمرة قد أبرت فهي للبائع إلا أن يشترطها المبتاع»، فهذا بيع وشرط ثابت بالسنة الصحيحة الصريحة.

وأما مخالفته للإجماع: فالأمة مجمعة على جواز اشتراط: الرهن، والكفيل، والضمين، والتأجيل، والخيار ثلاثة أيام، ونقد غير نقد البلد، فهذا بيع وشرط متفق عليه، فكيف يجعل النهي عن بيع وشرط موافقاً للأصول، وشروط النكاح التي هي أحق الشروط بالوفاء مخالفة للأصول؟»^(١).

الوجه الثالث: ما نقل عن ابن عرفة أنه قال:

«لا أعرف «حديث النهي عن بيع وشرط» إلا من طريق عبد الحق، وحمله أهل المذهب على وجهين:

أحدهما: الشرط الذي يناقض مقتضى العقد.

(١) إعلام الموقعين، ج ٢، ص ٣٢٧ - ٣٢٨.

والثاني: الشرط الذي يعود بخلل في الثمن»^(١).

الوجه الرابع: أن الفقهاء الذين قالوا ببطلان البيع استدلالاً بهذا الحديث لم يبطلوا كل الشروط، بل جعلوا النهي عن بيع وشرط معلولاً بوقوع النزاع، فحيث يترتب على الشرط نزاع لا يصح، وحيث ينتفي النزاع يصح^(٢).

قال البابرتي الحنفي في أثناء حديثه عن أقسام الشروط، وعن حديث (النهي عن بيع وشرط):

وهو «معلول بوقوع النزاع المخرج للعقد عن المقصود به، وهو قطع المنازعة»^(٣).

وقال ابن نجيم في «الأشباه والنظائر»^(٤):

«البيع لا يبطل بالشرط في اثنين وثلاثين موضعاً»، ثم ذكرها.

وقال الرافعي:

«ومن البيوع التي ورد النهي عنها البيع المشروط، روي أن النبي ﷺ: «نهي عن بيع وشرط».

قال حجة الإسلام: مطلق الخبر يقتضي امتناع كل شرط في البيع، لكن المفهوم من تعليله أنه إذا انضم الشرط إلى البيع بقيت علقته بعد العقد يثور بسببها منازعة، وقد يفضي ذلك إلى فوات مقصود العقد فحيث تفقد هذه العلة تستثنيه عن الخبر، ولذلك يستثنى عنه شروط، ورد في تصحيحها نصوص»^(٥).

(١) منح الجليل، ج ٥، ص ٥١ - ٥٢.

(٢) نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، ص ٤٧٤.

(٣) العناية شرح الهداية، ج ٥، ص ٢١٥.

(٤) ص ٢١٠، وينظر في ذلك أيضاً: غمز عيون البصائر، ج ٢، ص ٢٨١.

(٥) فتح العزيز، ج ٨، ص ١٩٥.

وقد ورد نحو هذا في «الوجيز»^(١)، وذكر فيه أن من المواضع المستثناة: شرط الأجل المعلوم، وشرط الخيار ثلاثة أيام، وشرط الرهن والكفيل والشهادة.

اعتراض:

وقد اعترض على القول بأن «النهي عن بيع وشرط» معلول بوقوع النزاع الذي يؤدي إليه الشرط، نظرًا إلى أن المشتري يطالب بموجب الشرط، والمشتري عليه يمتنع عن الوفاء به بحكم الشرع؛ حيث إنه منهي عنه، هذا التعليل عليه اعتراضان:

أولهما: أن هذا الشرط بإرادة الطرفين وتراضيهما، فكيف يمتنع العاقد عن الوفاء بهذا الشرط الذي رضيه.

ثانيهما: أن النزاع قد يتصور إذا لم يكن هناك سوى حديث «النهي عن بيع وشرط»، فحينئذ يكون له الامتناع بحكم الشرع، أما وقد أثبتت الأحاديث الصحيحة جواز الاشتراط في العقد، ولزوم الوفاء بالشروط، فقد أصبح النزاع غير موجود عند المطالبة بالوفاء بالشرط، فالمشتري يطالب بالوفاء بالشرط، والمشتري عليه يلزمه الوفاء به بحكم الشرع^(٢).

الوجه الخامس: أنه لو صح حديث «النهي عن بيع وشرط»، فإنه يمكن حمله على الشرط الذي يخالف الشرع، وذلك أن بعض الشروط لا يمكن الوفاء بها بحكم الشرع:

منها: الشرط الذي يؤدي إلى الغرر.

ومنها: الشرط الذي يخالف نصًا.

(١) ج ١، ص ١٣٨.

(٢) نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، ٤٧٥.

ومنها: الشرط الذي يؤدي إلى محذور، ونحو ذلك من الشروط الباطلة، فهذه الشروط الباطلة يمكن أن يحمل عليها الحديث لو سلم بصحته^(١).

الوجه السادس: أن حديث «النهي عن بيع وشرط» مع ما فيه من المقال هو أعم من أحاديث اشتراط منفعة المبيع، وما في معناها، فيقدم الخاص على العام^(٢).

الدليل الثاني: من أدلة القائلين ببطان البيع:

ما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه أن رسول الله ﷺ قال: «لا يحلُّ سلف وبيع، ولا شرطان في بيع». الحديث أخرجه أحمد، وأصحاب السنن^(٣). كما روى أحمد عن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود عن أبيه قال: «نهى رسول الله ﷺ عن صفتين في صفقة»^(٤).

(١) منح الجليل، ج ٥، ص ٥١ - ٥٢، نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، ص ٤٧٥ - ٤٧٦.

(٢) نيل الأوطار، ج ٥، ص ١٧٩.

(٣) الحديث أخرجه أبو داود رقم ٣٤٩٩، وأخرجه الترمذي رقم ١٢٣٤ وقال: وهذا حديث حسن صحيح، وأخرجه النسائي في سننه ٢٨٨/٧، باب بيع ما ليس عند البائع، وأخرجه ابن ماجه في سننه رقم ٢١٨٨ بلفظ: «لا يحل بيع ما ليس عندك، ولا ربح ما لم يضمن»، وأخرجه أحمد في مسنده ١٧٤/٢، ١٧٩، ٢٠٥، وأخرجه الحاكم في المستدرک ١٧/٢، كتاب البيوع، باب لا يجوز بيعان في بيع.. وقال: حديث صحيح على شرط جماعة من أئمة الحديث، ووافقه الذهبي في التخليص، والحديث حسنه الألباني في إرواء الغليل ١٤٦/٥، وصححه في صحيح الجامع الصغير وزيادته ٢/١٢٦٦. (سقط تخريج الحديث في هذا الموضوع فنقل باختصار من بحث آخر للمؤلف).

(٤) أخرجه أحمد في مسنده، ج ١، ص ٣٩٨: حدثنا عبدالله حدثني أبي ثنا حسن وأبو النضر وأسود بن عامر قالوا: ثنا شريك عن سماك عن عبد الرحمن بن عبدالله بن مسعود رضي الله عنه عن أبيه قال: نهى رسول الله ﷺ عن صفتين في صفقة واحدة، قال أسود: قال شريك: قال سماك: الرجل يبيع البيع فيقول هو نساء بكذا وكذا وهو نقد بكذا وكذا. وقد بين الزيلعي في نصب الراية، ج ٤، ص ٢٠ أنه روي مرفوعاً وموقوفاً، وذكر ذلك، ولخص ابن حجر ما ذكره في الدراية في تخريج أحاديث الهداية، ج ٢، ص ١٥٢، حديث رقم ٧٧٩ فقال:

واستثناء منفعة العقار إن كان يقابل ذلك جزء من الثمن يكون إجارة في بيع، وإن لم يقابل ذلك جزء من الثمن يكون إجارة في بيع، وعلى كلا التقديرين يؤدي استثناء منفعة العقار إلى اجتماع صفتين في صفقة، وهو منهي عنه^(١).

المناقشة:

يلاحظ أنهم استدلوا بحديثين:

أحدهما: النهي عن شرطين في بيع.

وثانيهما: النهي عن صفتين في صفقة.

فأما الاستدلال بالنهي عن شرطين في بيع فيناقش بأن:

العلماء قد اختلفوا في معنى هذا الحديث:

ففي المذهب الحنفي:

جاء في «كتاب الأصل المعروف بالمبسوط»^(٢) ما نصه:

«وإذا باع الرجل بيعاً، فقال: هو بالنسيئة بكذا، وبالنقد بكذا وكذا، أو قال: هو إلى أجل كذا بكذا وكذا، وإلى أجل كذا بكذا وكذا، فافترقا على هذا، فإنه لا يجوز، بلغنا عن رسول الله ﷺ: «أنه نهى عن شرطين في بيع». قال محمد: «حدثنا بذلك أبو حنيفة رفعه إلى النبي ﷺ».

«حديث: نهى عن صفتين في صفقة، أحمد والعقيلي والبزاز والطبراني في الأوسط من حديث ابن مسعود، وأخرجه: أبو عبيد، وابن حبان، والطبراني والعقيلي عن ابن مسعود موقوفاً، قال العقيلي وهو أصحُّ.

وفي الباب: عن أبي هريرة: أن النبي ﷺ: «نهى عن بيعتين في بيعة»، وصححه الترمذي، وأخرجه النسائي. انتهى ما ذكره ابن حجر في الدراية.

أما في تلخيص الحبير، ج ٣، ص ١٢، حديث رقم، ١١٤٩ فقد ذكر هذا الحديث في أثناء كلامه عن حديث: «نهى عن بيعتين في بيعة»، وسكت عن الحكم عليه، أقصد حديث: «نهى عن صفتين في صفقة»، وقد صحح الألباني في إرواء الغليل، ج ٥، ص ١٤٨، وقفه وضعف رفعه.

(١) فتح القدير، ج ٥، ص ٢١٨.

(٢) ج ٥، ص ٩١، المسألة رقم: ١٥.

وفي المذهب المالكي:

جاء في «المدونة»^(١): في أثناء الحديث عن الرجل يشتري بشرطين، ما نصه: «.. قلت رأيت أن أشتري سلعة إلى أجلين مختلفين، إن نقد إلى أجل كذا وكذا، فبكذا وكذا.

وإن نقد إلى أجل كذا وكذا، فبكذا وكذا.
قال: قال مالك: هذا البيع مفسوخ لا يجوز».

وفي المذهب الشافعي:

قال البغوي رحمته الله:

«وقوله: «ولا شرطان في بيع»، فهو أن يقول: بعتك هذا العبد بألف نقداً أو بألفين نسيئة، فمعناه: معنى البيعتين في بيعة، وقيل: معناه أن يقول: أبيعك ثوبي بكذا وعليّ قصارته وخياطته، فهذا أيضاً فاسد.. ولا فرق في هذا بين شرطين، أو شرط واحد عند أكثر أهل العلم؛ لأن العلة في الكل واحدة، وهي أنه إذا قال: بعتك هذا الثوب بعشرة دراهم على أن تقصره، فإن العشرة التي هي الثمن تنقسم على ثمن الثوب، وعلى أجرة القصاره وإذا فسد الشرط لا يدري كم يبقى ثمن الثوب، وإذا صار الثمن مجهولاً، بطل البيع»^(٢).

وفي المذهب الحنبلي:

قال ابن قدامة في «المغني»^(٣) عند شرحه لقول الخرقى: «ويبطل البيع إذا كان فيه شرطان، ولا يبطله شرط واحد» ما نصه:

(١) المجلد الرابع، ص ١٥١.

(٢) شرح السنة، ج ٨، ص ١٤٥ - ١٤٦.

(٣) ج ٤، ص ٢٤٨، وورد هذا في الشرح الكبير، ج ٢، ص ٣٤٩، وورد نحو هذا في الإنصاف، ج ٤، ص ٣٤٨، والمبدع، ج ٤، ص ٥٥.

«ثبت عن أحمد رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنه قال: الشرط الواحد لا بأس به، إنما نهى عن الشرطين في البيع.. واختلف في تفسير الشرطين المنهي عنهما. فروي عن أحمد: أنهما شرطان صحيحان ليسا من مصلحة العقد.. وروي عن الأثرم عن أحمد تفسير الشرطين.. بشرطين فاسدين.. وظاهر كلام أحمد: أن الشرطين المنهي عنهما ما كان من هذا النحو..».

خلاصة الآراء في تفسير الحديث:

يتلخص من الآراء السابقة أن للنهي عن شرطين في بيع ثلاثة تفسيرات: التفسير الأول: التردد بين النقد والنسيئة، مثل أن يقول: بعتك بكذا نقدًا وبكذا نسيئة، وعلى هذا جمهور الفقهاء من الحنفية، والمالكية، والشافعية. وبناء على هذا التفسير: لا يتناول الحديث بيع العقار واستثناء منفعة مدة معلومة.

التفسير الثاني: اشتراط شرطين صحيحين في البيع، مثل أبيعك هذا القماش بكذا، وعلي قصارته وخياطته، وهذا تفسير مرجوح عند الشافعية، وقد أورده الحنابلة. وهو أيضًا لا يتناول بيع العقار واشتراط منفعة مدة معلومة؛ لأنه شرط واحد.

التفسير الثالث: اشتراط شرطين فاسدين في العقد، مثل أن يقول: أبيعك هذه الدار بكذا، بشرط ألا تبيعها، ولا تنتفع بها. وهذا أحد التفسيرين عن الإمام أحمد، وقال ابن قدامة: إن ظاهر كلام أحمد يدل على ذلك^(١).

(١) وقد رأيت في المجموع، ج ٩، ص ٣٦٩، أنه نقل أبو ثور عن الشافعي: أن البيع لا يفسد بالشروط الفاسدة بحال، بل يلغى الشرط ويصح البيع، وقال عنه النووي أنه غريب.

ويترجح «التفسير الثالث للاعتبارات الآتية»:

١ - أنه يستعمل كلمة الشرط في معناها الاصطلاحي، وهو ما يطلق على أمر عارض محتمل الوقوع في المستقبل، وحمل اللفظ على ظاهره أولى من حمله على غير ظاهره.

٢ - أنه يعطي معنى جديداً، غير المعنى الذي أفاده حديث النهي عن بيعتين في بيعة، وبخاصة أن في بعض روايات الحديث الجمع بين النهي عن بيعتين في بيعة، وعن شرطين في بيع، وهذا الجمع يرجح اختلاف المعنى؛ لأن التأسيس خير من التأكيد.

٣ - أن اعتبار الشرطين المنهي عنهما هما الشرطان الفاسدان اعتباراً سليم؛ لأن الشروط الصحيحة لا تؤثر في صحة العقد، وهي منفردة فيلزم ألا تؤثر فيه، وهي مجتمعة، لأن الصحة لا تنتج فساداً...

٤ - أنه يمكن بناء على هذا التفسير للحديث التفريق بين عقد اشتمل على شرط فاسد، وعقد اشتمل على شرطين فاسدين، فالأول لا يفسد العقد، والثاني يفسده^(١).

وأما مناقشة استدلالهم بالنهي عن صفتين في صفقة فيناقش بأمرين:

أحدهما: أنه قد روي مرفوعاً وموقوفاً، والصحيح فيه أنه موقوف على ابن مسعود كما سبق بيانه في أثناء تخريجه، وهو على هذا قول صحابي عارض فيه الأحاديث الصحيحة عن النبي ﷺ فلا تقوم به حجة.

وثانيهما: أنه قد اختلف في تفسيره:

ففسره «سمك» وهو راوية كما جاء في مسند الإمام أحمد^(٢).

(١) نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، ص ٥٣٢ - ٥٣٣.

(٢) ج ١، ص ٣٩٨.

بالرجل يبيع البيع فيقول: هو نساء بكذا وكذا، وهو نقد بكذا وكذا.
وبناء على هذا التفسير يكون معناه موافقاً لمعنى النهي عن بيعتين في
بيعة، الذي اختلف في تفسيره أيضاً.
وأما ابن الهمام في «فتح القدير»^(١):

فقد أشار إلى أن النهي عن صفقتين في صفقة أعم من النهي عن بيعتين
في بيعة؛ لأن النهي عن بيعتين في بيعة هو في البيع خاصة.
وأما ابن القيم رحمته الله فقد ردّ قول من جعل النهي عن شرطين في بيع، وأن
معناه: النهي عن بيعتين في بيعة، والنهي عن صفقتين في صفقة، ويبيّن معنى
صفقتين في صفقة فقال:

«وهذا بعيد من معنى الحديث من وجهين:

أحدهما: أنه لا يدخل الربا في هذا العقد، وقد قال صلى الله عليه وسلم: «من باع
بيعتين في بيعة، فله أوكسهما»^(٢)، أو الربا»^(٣).

الثاني: أن هذا ليس بصفقتين، إنما هو صفقة واحدة بأحد الثمنين، وقد
ردده بين الأولين أو الربا، ومعلوم أنه إذا أخذ بالثمن الأزيد في هذا العقد
لم يكن رباً، فليس هذا معنى الحديث.

وفسّر بأن يقول: خذ هذه السلعة بعشرة نقداً، وأخذها منك بعشرين
نسيئة، وهي مسألة العينة^(٤)، وهذا هو المعنى المطابق للحديث، فإنه إذا

(١) ج ٥، ص ٢١٨.

(٢) أوكسهما: الوكس: النقص، (مختار الصحاح، ص ٧٣٤).

(٣) الحديث أخرجه ابن أبي شيبة في: «المصنف»، ج ٧، ص ١٩٢، والحاكم، في:
«المستدرک» كتاب البيوع، ج ٢، ص ٤٥، وقال: صحيح على شرط مسلم، ولم
يخرجاه، ووافقه الذهبي على ذلك في «التلخيص»، وأخرجه البيهقي في: «السنن
الكبرى»، ج ٥، ص ٣٤٣..

(٤) جاء في نيل الأوطار، ج ٥، ص ٢٠٧ ما نصه: «قال الرافعي: وبيع العينة هو: أن يبيع =

كان مقصوده الدراهم العاجلة بالآجلة، فهو لا يستحق إلا رأس ماله، وهو أوكس الثمنين، فإن أخذه أخذ أوكسهما وإن أخذ الثمن الأكثر، فقد أخذ الربا، فلا محيد له عن أوكس الثمنين أو الربا، ولا يحتمل الحديث غير هذا المعنى، وهذا هو بعينه الشرطان في بيع، فإن الشرط يطلق على العقد نفسه، لأنه تشارطا على الوفاء به، فهو مشروط، والشرط يطلق على المشروط كثيرا كالضرب يطلق على المضروب، والحلق على المحلوق، والنسخ على المنسوخ، فالشرطان كالصفتين سواء.

وإذا أردت أن يتضح لك هذا المعنى، فتأمل نهيه ﷺ في حديث ابن عمر عن بيعتين في بيعة، وعن سلف وبيع. رواه أحمد، ونهيه في هذا الحديث عن شرطين في بيع، وعن سلف وبيع، فجمع السلف والبيع مع الشرطين في البيع، ومع البيعتين في بيعة، وسر ذلك أن كلا الأمرين يؤول إلى الربا، وهو ذريعة إليه، أما البيعتان في بيعة، فظاهر: فإنه إذا باعه السلعة إلى شهر، ثم اشتراها بما شرطه له، كان قد باع بما شرطه له بعشرة نسيئة، ولهذا المعنى حرم الله ورسوله العينة.

وأما السلف والبيع؛ فلأنه إذا أقرضه مائة إلى سنة، ثم باعه ما يساوي خمسين بمائة، فقد جعل هذا البيع ذريعة إلى الزيادة في القرض الذي بموجبه ردّ المثل، ولولا هذا البيع لما أقرضه، ولولا عقد القرض لما اشترى ذلك»^(١).

= شيئا من غيره بثمان مؤجل، ويسلمه إلى المشتري ثم يشتريه قبل قبض الثمن بثمان نقد أقل من ذلك القدر. انتهى.

قال ابن رسلان في شرح السنن: وسميت هذه المبايعة عينة، لحصول النقد لصاحب العينة؛ لأن العين هو المال الحاضر، والمشتري إنما يشتريها لبيعها بعين حاضرة تصل إليه من فوره ليصل به إلى مقصوده.

(١) تهذيب السنن، ج ٥، ص ١٤٨.

والخلاصة:

أن النهي عن صفقتين في صفقة لا يتناول استثناء منفعة المبيع مدة معلومة.

ويؤيد هذا ما ذكره المرداوي في «الإنصاف»^(١)؛ حيث قال: «حكى كثير من الأصحاب فيما إذا اشترط المشتري نفع البائع في المبيع الروايتين بصحة شرط البائع نفعاً معلوماً في المبيع، وفرقوا بينهما بأن اشترط نفع البائع جمعاً بين بيع وإجارة، فقد جمع بين بيعتين في بيعة، وهو منهي عنه.

وأما اشترط منفعة المبيع: «فهو استثناء بعض أعيان المبيع، وكما لو باع أمة مزوجة أو مؤجرة، أو شجرة عليها ثمرة قد بدا صلاحها».

فالمعقود عليه «هو العين مستثنى منها بعض منافعها، وليست العين كلها، ومن ثم لا يكون هناك اجتماع صفقتين في صفقة؛ لأن الثمن يراعى فيه أن العين المباعة قد جردت منها بعض منافعها لمدة معينة، ومثل هذا يقابله جزء من الثمن، فلا شك أن من اشترى منزلاً بدون شرط السكنى سنة - مثلاً - يكون أكثر ثمناً من شراء بيت فيه شرط السكنى، إذن المبيع بهذا الثمن هو الدار مستثنى من منافعها السكنى سنة، فليس هناك عقد إجارة أو إعارة، وإنما المنفعة المشترطة قد قدرت بقدر من ثمن المبيع، ووقع البيع على ما عداها»^(٢).

الدليل الثالث: من أدلة القائلين ببطلان البيع: ما رواه جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ: «نهى عن بيع الثنيا»^(٣). أخرجه مسلم^(٤).

(١) ج ٤، ص ٣٤٦.

(٢) نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، ص ٤٨١ - ٤٨٢.

(٣) بداية المجتهد، ج ٢، ص ١٦٠، شرح النووي لصحيح مسلم، ج ١١، ص ٣٠، فتح الباري، ج ٥، ص ٣١٥.

(٤) صحيح مسلم بشرح النووي، كتاب البيوع، باب النهي عن المحاقلة والمزابنة.. ج ٩، =

وجه الدلالة من الحديث:

هو أن الثنيا المراد بها الاستثناء في البيع، نحو: أن يبيع الرجل الشيء ويستثني بعضه، أو يستثني منفعته، وعليه فإنَّ استثناء منفعة العقار المبيع مدة معلومة يكون داخلاً تحت النهي عن بيع الثنيا، والنهي يقتضي الفساد، فلا يصح البيع.

المناقشة:

نوقش الاستدلال بالنهي عن الثنيا أنه قد ورد مقيِّداً بقوله: «إلا أن يعلم»، كما سبق الإشارة إليه آنفاً في تخريجه. قال ابن حجر.

«.. وأما حديث النهي عن الثنيا ففي نفس الحديث: «إلا أن يعلم»، فعلم أن المراد أن النهي إنما وقع عما كان مجهولاً»^(١).
وقد أورد مثل ذلك الشوكاني في «نيل الأوطار»^(٢).

الدليل الرابع: ما رواه الزهري أن عبدالله بن مسعود رضي الله عنه اشترى جارية من زوجته زينب الثقفية واشترطت عليه أنه إن استغنى عنها فهي أحقُّ بها بثمنها، فلقي عمر بن الخطاب رضي الله عنه فذكر له فقال: ما يعجبني أن تقر بها ولأحد فيها شرط، فرجع عبدالله فردها^(٣).

=ص١٩٥، عن جابر بن عبدالله قال: نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة، والمزابنة، والمعاومة، والمخابرة.. وعن الثنيا، ورخص في العرايا.
والحديث سبق تخريجه، ص٤٣٦، وفيه زيادة: إلا أن تعلم.

(١) فتح الباري، ج٥، ص٣١٥.

(٢) ج٥، ص١٧٩.

(٣) ورد الاستدلال به في: اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلي، ص١٨، شرح معاني الآثار، ج٤، ص٤٧، المهذب، ج١، ص٢٧٥، وقد صحح النووي هذا الأثر في المجموع، ج٩، ص٣٦٨ - ٣٧٨، وذكر أنه أخرجه البيهقي.

وأخرج الطحاوي^(١) أن زينب امرأة عبدالله بن مسعود باعت عبدالله جارية وأشرطت خدمتها فذكر ذلك لعمر رضي الله عنه فقال: لا تقربها وفيها مثنوية^(٢).

فدل ذلك على أن اشتراط بعض منفعة المبيع لا يصح.

المناقشة:

يمكن مناقشة الأثر الأول بأنه لا يدل على عدم الصحة، وإنما الذي فيه أنه خلاف الأولى كما يفهم ذلك من قول عمر رضي الله عنه: «ما يعجبني». وأما الأثر الثاني: فيناقش: بأن الخدمة مجهولة، وإذا اشترط ما يؤدي إلى الجهالة لا يصح.

يؤيد هذا ما قاله ابن قدامة رحمته الله حين ردّ الرواية الثانية عن الإمام أحمد أنه قال في الرجل يشتري من الرجل الجارية، ويشترط أن تخدمه فالبيع باطل قال رحمته الله:

«وهذه الرواية لا تدل على محلّ النزاع في هذه المسألة فإن اشترط خدمة الجارية باطل لوجهين:

أحدهما: أنها مجهولة وإطلاقها يقتضي خدمتها أبداً، وهذا لا خلاف في بطلانه إنما الخلاف في اشتراط منفعة معلومة.

الثاني: أن يشترط خدمتها بعد زوال ملكه عنها، فيفضي إلى الخلوة بها والخطر برؤيتها وصحبتها، ولا يوجد هذا في غيرها، ولذلك منع إعاره الجارية الشابة لغير محرّمها»^(٣).

(١) شرح معاني الآثار، ج ٤، ص ٤٧.

(٢) ورد الاستدلال به في المذهب، ج ١، ص ٢٧٥، المجموع، ج ٩، ص ٣٦٨، وقد صحح فيه الأثر، وذكر أنه أخرجه البيهقي. (وفي رواية: «لا تشتريها وفيها مثنوية»).

(٣) المغني، ج ٤، ص ١٠٩.

الدليل الخامس: أن استثناء منفعة المبيع ينافي مقتضى العقد، وذلك أن العقد إذا تمّ استتبع أحكامه وآثاره، فاشتراط البائع بعض منفعة المبيع لنفسه، أو لغيره، ينافي ما أوجبه العقد من انتفاع المشتري بالمعقود عليه انتفاعاً كاملاً من وقت تمام العقد، وهو بذلك يكون منافياً لمقتضى العقد، فأشبهه ما لو شرط أن لا يسلمه^(١).

المناقشة:

يناقش هذا الاستدلال بأنه ليس في استثناء منفعة المبيع منافاة لمقتضى العقد، وذلك أنه قد التزم المشتري بأن تكون المنفعة للبائع مدة معلومة. «وأكثر ما فيه تأخير تسليمه مدة معلومة فصحّ، كما لو باعه أمة مزوجة، أو داراً مؤجرة، ونحوهما»^(٢).

كما أن قولهم: «فأشبهه ما لو شرط أن لا يسلمه»، «ينتقض باشتراط الخيار، والتأجيل في الثمن»^(٣) على أن جعل استثناء منفعة المبيع ينافي مقتضى العقد.

قد يناقش:

بما قاله شيخ الإسلام ابن تيمية:

«من قال: هذا الشرط ينافي مقتضى العقد، قيل له:

أينافي مقتضى العقد المطلق، أو مقتضى العقد مطلقاً؟

فإن أراد الأول: فكل شرط كذلك.

(١) العناية شرح الهداية، ج ٥، ص ٢١٦، المهذب، ج ١، ص ٢٧٥، المجموع، ج ٩، ص ٣٦٨، المغني، ج ٤، ص ١٠٩، نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، ص ٤٦٧.

(٢) كشف القناع، ج ٣، ص ١٩٠.

(٣) المغني، ج ٤، ص ١١٠.

وإن أراد الثاني: لم يسلم له، وإنما المحذور: أن ينافي مقصود العقد، كاشتراط الطلاق في النكاح، أو اشتراط الفسخ في العقد، فأما إذا شرط ما يقصد بالعقد لم يناف مقصوده»^(١).

الدليل السادس: ما ذكره الكاساني حيث قال:

«.. شرط لا يقتضيه العقد، وفيه منفعة للبائع أو للمشتري.. نحو ما إذا باع داراً على أن يسكنها البائع شهراً ثم يسلمها إليه، أو أرضاً على أن يزرعها سنة.. ونحو ذلك:

فالباع في هذا كله فاسد؛ لأن زيادة منفعة مشروطه في البيع تكون رباً، لأنها زيادة لا يقابلها عوض في عقد البيع، وهو تفسير الربا، والبيع الذي فيه الربا فاسد، أو فيه شبهة الربا وأنها مفسدة للبيع كحقيقة الربا»^(٢).

المناقشة:

يناقش هذا الاستدلال بأن القول: إنه يترتب عليه منفعة زائدة في البيع: لا يمنع الصحة؛ لأن هذا يقال لكل شرط في عقد البيع، وهذا لا يضره، لأنه لا ينافي مقصود العقد كما سبق نقل ذلك عن شيخ الإسلام ابن تيمية في آخر مناقشة الدليل الرابع.

وقوله: «لأنها زيادة لا يقابلها عوض في عقد البيع»، هو محل نظر؛ لأن الثمن يراعى فيه أن العين المبيعة قد جردت منها بعض منافعها لمدة معلومة، ومثل هذا يقابله نقص من الثمن، فمن اشترى منزلاً بدون استثناء السكن يكون أكثر ثمناً من شراء منزل فيه استثناء السكنى مدة معينة.

(١) القواعد النورانية الفقهية، ص ١٩٢، وقد ورد نحوه ص ٢٠٣.

(٢) بدائع الصنائع، ج ٥، ص ١٦٩.

أدلة القول الثاني:

استدل على صحة البيع، وصحة استثناء منفعة المبيع مدة معلومة بالأدلة الآتية:

الدليل الأول: عموم الآيات التي تأمر بالوفاء بالعقود والعهود^(١)، منها: قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٢).

قال أبو بكر الجصاص في تفسير قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾:

«العقد ما يعقده العاقد على أمر يفعله هو، أو يعقد على غيره فعله على وجه إلزامه إياه.. وكذلك كل شرط شرطه إنسان على نفسه في شيء يفعله في المستقبل فهو عقد»^(٣)، وقد ورد نحو ذلك في تفسير القرطبي^(٤).

وقوله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾^(٥).

وقوله تعالى: ﴿وَإِذَا قُلْتُمْ فَاعْدُوا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ وَبِعَهْدِ اللَّهِ أَوْفُوا﴾^(٦).

وقوله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ﴾^(٧).

وقوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَانُوا عَاهَدُوا اللَّهَ مِنْ قَبْلُ لَا يُولُونَ الْآذِينَ وَكَانَ عَهْدُ اللَّهِ مَسْئُولًا﴾^(٨).

(١) راجع في ذلك، المحلى، ج ٩، ص ٤٠٦، القواعد النورانية الفقهية، ص ١٩٢، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ج ٢٩، ص ١٣٨، إعلام الموقعين، ج ١، ص ٣٤٥، نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، ص ٤٦٧، الملكية في الشريعة الإسلامية للعبادي، ج ٢، ص ٢١٢.

(٢) سورة المائدة، آية: ١.

(٣) أحكام القرآن للجصاص، ج ٢، ص ٣٦٠.

(٤) ج ٦، ص ٣٢.

(٥) سورة الإسراء، آية: ٣٤.

(٦) سورة الأنعام، آية: ١٥٢.

(٧) سورة النحل، آية: ٩١.

(٨) سورة الأحزاب، آية: ١٥.

قال شيخ الإسلام ابن تيمية:

«فقد أمر سبحانه بالوفاء بالعقود، وهذا عامٌّ، وكذلك أمر بالوفاء بعهد الله وبالعهد، وقد دخل في ذلك ما عقده المرء على نفسه، بدليل قوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَانُوا عَاهِدُوا اللَّهَ مِنْ قَبْلُ﴾؛ فدلَّ على أن عهد الله يدخل فيه ما عقده المرء على نفسه، وإن لم يكن الله قد أمر بنفس ذلك المعهود عليه قبل العهد، كالنذر، والبيع إنما أمر بالوفاء به.. وقال سبحانه: ﴿وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ﴾^(١).

قال المفسرون - كالضحاك وغيره - تساءلون به: تتعاهدون وتتعاقدون. وذلك لأن كل واحد من المتعاقدين يطلب من الآخر ما أوجبه العقد من فعل أو ترك، أو مال أو نفع، ونحو ذلك»^(٢).

الدليل الثاني: عموم الأحاديث التي تأمر بالوفاء بالعهود والشروط، وتنتهي عن الغدر^(٣).

والأحاديث في هذا كثيرة مثل:

حديث عبدالله بن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «أربع من كنَّ فيه كان منافقًا خالصًا، ومن كانت فيه خصلة منهن كانت فيه خصلة من النفاق، حتى يدعها: إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا عاهد غدر، وإذا خاصم فجر». متفق عليه^(٤).

(١) سورة النساء، آية: ١.

(٢) القواعد النورانية الفقهية، ص ١٩٢ - ١٩٣، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ج ٢٩، ص ١٣٨ - ١٣٩.

(٣) ينظر في ذلك: القواعد النورانية الفقهية، ص ١٩٦، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ج ٢٩، ص ١٤٤، إعلام الموقعين، ج ١، ص ٣٤٥.

(٤) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الإيمان، باب علامة المنافق، ج ١، =

وعن عقبة بن عامر رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ:

«إن أحق الشروط أن توفوا به: ما استحللتم به الفروج». أخرجه البخاري وغيره^(١).

«فدُلَّ على استحقاق الشروط بالوفاء، وأن شروط النكاح أحقُّ بالوفاء من غيرها»^(٢).

وعن أبي هريرة عن النبي ﷺ: «قال الله تعالى: ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة، رجل أعطى بي، ثم غدر، ورجل باع حرًّا، ثم أكل ثمنه، ورجل استأجر أجيرًا فاستوفى منه ولم يعطه أجره». أخرجه البخاري^(٣).
«فدم الغادر، وكل من شرط شرطًا ثم نقضه فقد غدر»^(٤).

=ص ١٥، وأخرجه في: كتاب المظالم، باب: إذا خاصم فجر، ج ٣، ص ١٧٢، وأخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الإيمان، باب بيان خصال المنافق، ج ٢، ص ٤٦ (صحيح مسلم بشرح النووي).

(١) الحديث: أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب: الشروط، باب الشروط في المهر عند عقدة النكاح، ج ٣، ص ٢٤٩، وفي كتاب: النكاح، باب: الشروط في النكاح، ج ٧، ص ٢٦.

وأخرجه النسائي في: «سننه» كتاب: النكاح، باب: الشروط في النكاح، ج ٦، ص ٩٢ - ٩٣، وأخرجه ابن ماجه في: «سننه» كتاب النكاح، باب: الشرط في النكاح، ج ١، ص ٦٢٨، حديث رقم: ٦٢٨، وأخرجه أحمد في «المسند»، ج ٤، ص ١٤٤، ١٥٠، ١٥٢، وأخرجه الدارمي في: «سننه» كتاب: النكاح، باب: الشروط في النكاح، ج ٢، ص ١٤٣.

(٢) القواعد النورانية الفقهية، ص ١٩٧، مجموعة فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ج ٢٩، ص ١٤٥.

(٣) الحديث: أخرجه البخاري في صحيحه كتاب: البيوع، باب: إثم من باع حرًّا، ج ٣، ص ١٠٨، وأخرجه في: كتاب الإجارة، باب: إثم من منع أجر الأجير، ج ٣، ص ١١٨، وأخرجه ابن ماجه في: «سننه»، كتاب الرهون، باب: أجر الأجراء، ج ٢، ص ٨١٦، حديث رقم: ٢٤٤٢. وأخرجه أحمد في «المسند»، ج ٢، ص ٣٥٨.

(٤) القواعد النورانية الفقهية، ص ١٩٧.

وعن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحلّ حراماً أو حرم حلالاً، والمسلمون على شروطهم». أخرجه أبو داود والدارقطني^(١).

وروى كثير بن عبدالله بن عمرو بن عوف المزني عن أبيه عن جده: أن رسول الله ﷺ قال: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرم حلالاً أو أحل حراماً». أخرجه الترمذي وغيره^(٢)، قال الترمذي: حديث حسن صحيح.

مناقشة الدليلين:

ناقش ابن حزم الاستدلال بعموم الآيات والأحاديث السابقة فقال: «أما أمر الله تعالى بالوفاء بالعقود، فلا يختلف اثنان في أنه ليس على عمومه ولا على ظاهره، وقد جاء القرآن بأن نجتنب نواهي الله تعالى ومعاصيه، فمن عقد على معصية فحرام عليه الوفاء بها، فإذا لا شك في هذا فقد صح أن كل شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل، والباطل محرم، فكل محرم لا يحل الوفاء به.

وكذلك قوله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ﴾.

(١) أخرجه أبو داود في سننه، ج ٣، ص ٣٠٤، والدارقطني في سننه، ج ٣، ص ٢٧، وأخرجه الحاكم في: «المستدرک»، ج ٢، ص ٤٩، وقال: رواة هذا الحديث مدنيون ولم يخرجاه، وقال في «التعليق المغني على الدارقطني»، ج ٣، ص ٢٧ ما نصه: «الحديث أخرجه أبو داود في القضاء، وابن حبان في صحيحه، والحاكم في «المستدرک» في البيوع، وسكت عنه، وضعفه ابن حزم، وعبد الحق، وسنه الترمذي، قال الذهبي في مختصره: كثير بن زيد ضعفه النسائي، ومشاه غيره».

(٢) الحديث أخرجه: الترمذي في: «سننه»، ج ٢، ص ٤٠٣، وابن ماجه في «سننه» كتاب الأحكام، باب الصلح، ج ٢، ص ٧٨٨، حديث رقم: ٢٣٥٣، والدارقطني في: «سننه»، ج ٣، ص ٢٧، حديث رقم: ٩٨، وأخرجه البيهقي في: السنن الكبرى، ج ٦، ص ٧٩.

فلا يعلم ما هو عهد الله إلا بنصّ وارد فيه.. وقد نصّ رسول الله ﷺ على أن «كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل»، والباطل لا يحل الوفاء به»^(١).

وأما حديث «المسلمون على شروطهم»، فقد ناقشه ابن حزم بأنه ضعيف، وبيّن سبب ضعفه، ثم إنه لو صح يكون حجة لمن قال بالبطلان؛ لأن شروط المسلمين هي التي أباحها الله لهم، لا التي نهاهم عنها، وأما التي نهوا عنها فليست شروط المسلمين.

ثم ذكر أن كلّ شرط لم يرد النصّ من القرآن أو السنّة بأباحته فهو باطل، وإذا بطل الشرط كان العقد الذي اشتمل عليه باطلاً^(٢).

الإجابة عن هذه المناقشة:

أجاب ابن القيم عن المناقشة السابقة، فقال: «.. أما تخصيصها فلا وجه له، وهو يتضمن إبطال ما دلّت عليه من العموم، وذلك غير جائز إلا ببرهان من الله ورسوله».

وأما ضعف بعضها من جهة السند فلا يقدر في سائرهما، ولا يمنع من الاستشهاد بالضعيف وإن لم يكن عمدة.

وأما معارضتها بما ذكرتم فليس بحمد الله بينها وبينه تعارض، وهذا إنما يعرف بعد معرفة المراد بكتاب الله في قوله: «ما كان من شرط ليس في كتاب الله..» ومعلوم أنه ليس المراد به القرآن قطعاً، فإن أكثر الشروط الصحيحة ليست في القرآن، بل علمت من السنّة، فعلم أن المراد بكتاب الله: حكمه.. فكتابه سبحانه يطلق على كلامه، وعلى حكمه الذي حكم به على لسان رسوله، ومعلوم أن كل شرط ليس في حكم الله فهو مخالف له

(١) المحلى، ج ٩، ص ٤٠٧.

(٢) المحلى، ج ٩، ص ٤٠٧ - ٤٠٨.

فيكون باطلاً، فإذا كان الله ورسوله ﷺ قد حكم بأن الولاء للمعتق، فشرط خلاف ذلك يكون شرطاً مخالفاً لحكم الله، ولكن أين في هذا أن ما سكت عن تحريمه من العقود والشروط يكون باطلاً حراماً؟ وتعدي حدود الله هو تحريم ما أحلّه الله، أو إباحة ما حرمه أو إسقاط ما أوجبه، لا إباحة ما سكت عنه وعفا عنه، بل تحريمه هو نفس تعدي حدوده»^(١).

وأما حديث: «المسلمون على شروطهم»، فقد ورد بألفاظ متقاربة، ومن طرق متعددة، وتضعيف ابن حزم له هو محل نظر:

فقد قال شيخ الإسلام ابن تيمية بعد إيراد هذا الحديث من عدة طرق ما نصه:

«وهذه الأسانيد - وإن كان الواحد منها ضعيفاً - فاجتماعها من طرق يشد بعضها بعضاً»^(٢).

وقال الشوكاني بعد أن أورد طرقه وأسانيده:

«ولا يخفى أن الأحاديث المذكورة والطرق يشهد بعضها لبعض فأقل أحوالها أن يكون المتن الذي اجتمعت عليه حسناً»^(٣).

وأما الألباني فقد صحّح الحديث فقال:

حديث «المسلمون على شروطهم»:

«صحيح، وقد روي من حديث أبي هريرة، وعائشة، وأنس بن مالك، وعمرو بن عوف، ورافع بن خديج، وعبدالله بن عمر»^(٤).

ثم بيّن كل رواية عنهم وحكم عليها بمفردها، ثم قال بعد ذلك: «وجملة

(١) أعلام الموقعين، ج ١، ص ٣٤٨.

(٢) القواع النورانية الفقهية، ص ١٩٨.

(٣) نيل الأوطار، ج ٥، ص ٢٥٥.

(٤) إرواء الغليل، ج ٥، ص ١٤٢.

القول: أن الحديث بمجموع هذه الطرق يرتقي إلى درجة الصحيح لغيره، وهي وإن كان في بعضها ضعف شديد، فسائرهما، مما يصلح الاستشهاد به»^(١).

الدليل الثالث من أدلة القائلين بالصحة:

حديث جابر رضي الله عنه: أنه كان يسير على جمل له قد أعيا^(٢)، فمرَّ النبي صلى الله عليه وسلم فضربه، فدعا له، فسار سيراً ليس يسير مثله، ثم قال: «بعنيه بوقية»، قلت: لا، ثم قال: «بعنيه بوقية» فبعته، فاستثنت حملانه إلى أهلي، فلما قدمناه أتيته بالجمل، ونقدني ثمنه، ثم انصرفت، فأرسل علي أثري، قال: «ما كنت لأخذ جملك، فخذ جملك ودراهمك فهو لك». متفق عليه^(٣).
وفي لفظ لأحمد^(٤)، والبخاري^(٥) «وشرطت ظهره إلى المدينة»^(٦).

وجه الدلالة من الحديث:

دلَّ الحديث على صحة استثناء واشتراط منفعة المبيع لمصلحة البائع إذا كانت معلومة.

- (١) إرواء الغليل، ج ٥، ص ١٤٥ - ١٤٦.
- (٢) أعيا: الأعياء التعب والعجز عن السير، نيل الأوطار، ج ٥، ص ١٧٨.
- (٣) صحيح البخاري، كتاب الشروط، باب إذا اشترط البائع ظهر الدابة إلى مكان مسمى جاز. صحيح مسلم بشرح النووي، باب بيع البعير واستثناء ركوبه، ج ١١، ص ٣٠.
- (٤) مسند الإمام أحمد، ج ٣، ص ٢٩٩.
- (٥) صحيح البخاري كتاب الشروط، باب: إذا اشترط البائع ظهر الدابة إلى مكان مسمى جاز، ج ٣، ص ٢٤٨.
- (٦) ورد الاستدلال بالحديث في: بداية المجتهد، ج ٢، ص ١٥٩، ١٦١، المجموع، ج ٩، ص ٣٧٨، المغني، ج ٤، ص ١٠٩، القواعد النورانية الفقهية، ص ٢١١، أعلام الموقعين، ج ٢، ص ٣٢٧، المبدع، ج ٤، ص ٥٤، كشاف القناع، ج ٣، ص ١٩٠، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ١٦١، المحلى، ج ٩، ص ٤١٠، شرح السنة للبعوي، ج ٨، ص ١٥٩، فتح الباري، ج ٥، ص ٣١٤، سبل السلام، ج ٣، ص ٨، نيل الأوطار، ج ٥، ص ١٧٨.

المناقشة:

نوقش الاستدلال بهذا الحديث من وجوه:

الوجه الأول: أن الحديث قد اختلفت ألفاظه: فمنهم من ذكر فيه الشرط، ومنهم من ذكر فيه ما يدل عليه، ومنهم من ذكر ما يدل على أنه كان بطريق الهبة، وهي واقعة عين يتطرق إليها الاحتمال^(١).

وقد أجب عن هذه المناقشة:

بأنه وإن اختلف الرواة عن جابر رضي الله عنه: هل وقع الشرط في العقد؟ أو كان ركوبه للجمل بعد البيع إعارة من النبي صلى الله عليه وسلم فإن البخاري رحمته الله قد قال: «الاشتراط أكثر وأصح عندي»^(٢).

وقال ابن حجر بعد أن ذكر قول البخاري السابق:

«.. والحاصل أن الذين ذكروه بصيغة الاشتراط أكثر عدداً من الذين خالفوهم، وهذا وجه من وجوه الترجيح فيكون أصح».

ويترجح أيضاً بأن الذين رووه بصيغة الاشتراط معهم زيادة، وهم حفاظ، فتكون حجة.

وليست رواية من لم يذكروا الاشتراط منافية لرواية من ذكره؛ لأن قوله: «لك ظهره»، و«أفقرناك ظهره»، و«تبلغ عليه» لا يمنع وقوع الاشتراط قبل ذلك.. وما جنح إليه المصنف من ترجيح رواية الاشتراط هو الجاري على طريقة المحققين من أهل الحديث؛ لأنهم لا يتوقفون عن تصحيح المتن إذا وقع فيه الاختلاف إلا إذا تكافأت الروايات، وهو شرط الاضطراب الذي يرد به الخبر، وهو مفقود هنا مع إمكان الترجيح، قال ابن دقيق العيد: إذا

(١) فتح الباري، ج ٥، ص ٣١٤ - ٣١٥.

(٢) صحيح البخاري، ج ٣، ص ٢٤٩.

اختلفت الروايات، وكانت الحجة ببعضها دون بعض توقف الاحتجاج بشرط تعادل الروايات، أمّا إذا وقع الترجيح لبعضها بأن تكون روايتها أكثر عددًا أو أتقن حفظًا فيتعين العمل بالراجح؛ إذ الأضعف لا يكون مانعًا من العمل بالأقوى، والمرجوح لا يمنع التمسك بالراجح^(١).

الوجه الثاني من أوجه مناقشة الاستدلال بالحديث: إن الاشتراط في حديث جابر صحيح لكن يمكن تأويله بأن البيع المذكور لم يكن حقيقة، فإنه لم يوجد هناك تسليم ولا قبض، فلم يكن بيع حقيقة، لقوله في آخر الحديث «ما كنت لأخذ جملك، فخذ جملك ذلك فهو مالك».

وقد جنح إلى هذا التأويل «الطحاوي» في «شرح معاني الآثار»^(٢)، وأورد نحو هذا البغوي في «شرح السنة»^(٣).

وقد أجب عن هذه المناقشة:

بما نقله ابن حجر عن القرطبي: «من أنها دعوى مجردة، وتغيير وتحريف لا تأويل، قال: وكيف يصنع قائله في قوله: «بعته منك بأوقية» بعد المساومة؟ وقوله «قد أخذته»، وغير ذلك من الألفاظ المنصوصة في ذلك»^(٤).

الوجه الثالث: أن الركوب المستثنى في حديث جابر إن كان من مال المشتري فالبيع فاسد؛ لأنه شرط لنفسه ما قد ملكه المشتري، وإن كان من ماله ففاسد؛ لأن المشتري لم يملك المنافع بعد البيع من جهة البائع، وإنما ملكها، لأنها طرأت في ملكه^(٥).

(١) فتح الباري، ج ٥، ص ٣١٨.

(٢) ج ٤، ص ٤٢.

(٣) ج ٨، ص ١٦٠.

(٤) فتح الباري، ج ٥، ص ٣١٥.

(٥) فتح الباري، ج ٥، ص ٣١٩.

قال ابن حزم في هذا المعنى:

«.. لأن منافع ما باع البائع من دار.. أو غير ذلك، فإنما هي له ما دام كل ذلك في ملكه، فإذا خرج عن ملكه فمن الباطل والمحال أن يملك ما لم يخلقه الله تعالى بعد، من منافع ما باع، فإذا أحدثها الله تعالى، فإنما أحدثها الله تعالى في ملك غيره، فهي ملك لمن حدثت عنده في ملكه»^(١).

وقد أجيب عن هذه المناقشة:

«بأن المنفعة المذكورة قدرت بقدر من ثمن المبيع ووقع البيع بما عداها، ونظيره من باع نخلاً قد أبرت واستثنى ثمرتها، والممتنع إنما هو استثناء شيء مجهول للبائع والمشتري، أما لو علماه معاً فلا مانع، فيحمل ما وقع في هذه القصة على ذلك»^(٢).

الدليل الرابع من أدلة القائلين بالصحة:

ما رواه جابر رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ: «نهى عن بيع الثنيا إلا أن تعلم»^(٣) أخرجه الترمذي والنسائي.

وجه الدلالة من الحديث:

أنه دلّ بظاهره على أن الاستثناء في البيع إذا كان معلوماً للمتعاقدين يصح البيع، واستثناء منفعة العقار مدة معلومة للمتعاقدين يندرج تحت الثنيا المعلومة، فيكون صحيحاً.

(١) المحلى، ج ٩، ص ٤١٠.

(٢) فتح الباري، ج ٤، ص ٣١٩.

(٣) ورد الاستدلال به في: المغني، ج ٤، ص ١٠٩، القواعد النورانية الفقهية، ص ٢١٣،

المبدع، ج ٤، ص ٥٤، كشف القناع، ج ٣، ص ١٩٠، حاشية المقنع، ج ٢، ص ٢٧.

الدليل الخامس: الآثار عن الصحابة رضي الله عنهم:

فقد أخرج ابن حزم في «المحلى»^(١) في أثناء مناقشة أدلة القائلين بصحة بعض الشروط بعض الآثار عن الصحابة رضي الله عنهم منها:

ما رواه عن عتبة بن مسعود قال: «إن تميمًا الداري باع داره واشترط سكنائها حياته، وقال: إنما مثلي مثل أم موسى ردّ عليها ولدها، وأعطيت أجر رضاعتها».

وما رواه عن مرة بن شراحيل قال: «باع صهيب داره من عثمان واشترط سكنائها»، وبه يأخذ أبو ثور، فخالقوه، ولا مخالف لذلك من الصحابة ممن يجيز الشرط في البيع.

واحتج شيخ الإسلام ابن تيمية بقول عمر رضي الله عنه: «مقاطع الحقوق عند الشروط»^(٢).

ومما سبق يتضح أن عمل الصحابة رضي الله عنهم قد جرى على جواز اشتراط منفعة العقار المبيع.

(١) ج ٩، ص ٤١٧.

(٢) القواعد النورانية الفقهية، ص ٢٠٠، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ج ٢٩، ص ١٥٠.

وأما الأثر عن عمر رضي الله عنه، فقد جاء في صحيح البخاري معلقًا في كتاب النكاح، باب الشروط في النكاح، ج ٧، ص ٢٦، قال ابن حجر في فتح الباري، ج ٩، ص ٢١٧، «وصله سعيد بن منصور من طريق إسماعيل بن عبيد الله، وهو ابن أبي المهاجر عن عبدالرحمن بن غنيم قال: «كنت مع عمر.. إلى قوله فيه قال عمر: إن مقاطع الحقوق عند الشروط». وقال ابن مفلح في «المبدع»، ج ٤، ص ٥٤ ما نصه: «واحتج في «التعليق» و«الانتصار» وغيرهما بشراء عثمان من صهيب أرضًا، وشرط وقفها عليه وعلى عقبه». وينظر في هذا الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ص ٢١٩، الفروع، ج ٤، ص ٥٩.

الدليل السادس:

أن استثناء منفعة العقار المبيع مدة معلومة يترتب عليه تأخير تسليمه إلى المشتري مدة معلومة، وهذا لا يضر قياساً على ما لو باعه داراً مؤجره، أو أرضاً مزروعة، فإن هذا يصح مع أنه يتأخر التسليم إلى انتهاء عقد الإجارة، وإلى حصد الزرع، فكان بيع العقار مع استثناء منفعته مدة معلومة صحيحاً قياساً عليه.

وكذلك بيع الأمة المزوجة، فإن المشتري يملكها، ويملك الانتفاع بها، ولا يدخل في البيع منفعة بضعها فإنها للزوج.

ولأن المنفعة قد تقع مستثناة بالشرع على المشتري كما في الصور السابقة، وكما في النخل المؤبر إذا بيع، وكذلك يصح استثناء منفعة العقار المبيع قياساً ما لو اشترط البائع الثمرة قبل التأبير^(١).

هذه هي الأدلة على صحة استثناء منفعة المبيع، وقد نصّ الحنابلة على أنه لا فرق في ذلك بين استثناء المنفعة للبائع أو لغيره إذا كانت المدة معلومة.

فقد ذكر في الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية^(٢)، قول الحنابلة ودليلهم فقال: «وإذا شرط البائع نفع المبيع لغيره مدة معلومة: فمقتضى كلام أصحابنا جوازه، فإنهم احتجوا بحديث أم سلمة: «أنها أعتقت سفينة، وشرطت عليه أن يخدم النبي ﷺ ما عاش»^(٣)».

(١) المغني، ج ٤، ص ١٠٩ - ١١٠، الشرح الكبير، ج ٢، ص ٣٤٤، القواعد النورانية الفقهية، ص ٢١٤ - ٢١٥، مجموعة فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ج ٢٩، ص ١٧٢ - ١٧٣، كشاف القناع، ج ٣، ص ١٩٠.

(٢) ص ٢١٩.

(٣) الحديث أخرجه الإمام أحمد في: «المسند» (الفتح الرباني في ترتيب مسند الإمام أحمد، ج ١٤، ص ١٥٥) وأخرجه ابن ماجه في «سننه» كتاب العتق، باب من أعتق =

«واستثناء خدمة غيره في العتق كاستثنائها في البيع».

دليل القول الثالث:

القول الثالث أنه يصح البيع ويبطل الشرط، وقد استدل عليه بحديث عائشة رضي الله عنها في عتق «بريرة» الذي جاء فيه قوله ﷺ: «خذيها فأعتقيها واشترطي لهم الولاء، فإن الولاء لمن أعتق، قالت عائشة: فقام رسول الله ﷺ في الناس فحمد الله وأثنى عليه ثم قال: أما بعد، فما بال رجال منكم يشترطون شروطًا ليست في كتاب الله؟ فأیما شرط كان ليس في كتاب الله، فهو باطل وإن كان مائة شرط، فقضاء الله أحق، وشرط الله أوثق، ما بال رجال منكم يقول أحدهم أعتق يا فلان ولي الولاء إنما الولاء لمن أعتق». متفق عليه^(١).

وفي لفظ: «لا يمنعك ذلك وإنما الولاء لمن أعتق».

وفي لفظ: «اشتريتها، ولا يضرك ما قالوا وإنما الولاء عن المعتق».

وجه الدلالة من الحديث:

بين الطحاوي بعد إيراد حديث بريرة وجه الدلالة منه؛ حيث قال:

=عبداً واشترط خدمة، ج ٢، ص ٨٤٤، حديث رقم: ٨٤٤. وأخرجه الحاكم في «المستدرک» كتاب العتق، باب العتق على الشرط، ج ٢، ص ٢١٣ - ٢١٤، وقال: «هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه». ووافقه الذهبي في التلخيص.

(١) الحديث: أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب: البيع مع النساء، ج ٣، ص ٩٣، وفي المكاتب، باب: ما يجوز من شروط المكاتب، ومن اشترط شرطاً ليس في كتاب الله، ج ٣، ص ١٩٨، وباب: استعانة المكاتب وسؤاله الناس، ج ٣، ص ١٩٩، وأخرجه مسلم في صحيحه، كتاب: العتق، باب: بيان أن الولاء لمن أعتق، ج ١، ص ١٣٩. (صحيح مسلم بشرح النووي).

«وذهب الذين أبطلوا الشرط في ذلك، وجوزوا البيع إلى حديث بريرة.. قالوا فلما كان أهل بريرة أرادوا بيعها على أن تعتق، ويكون ولاؤها لهم، فقال النبي ﷺ لعائشة رضي الله عنها: «لا يضررك ذلك، فإنما الولاء لمن أعتق»، دلّ ذلك أن هكذا الشروط كلها، التي تشتترط في البيوع، وأنها تبطل، وتثبت البيوع»^(١).

المناقشة:

يناقش هذا الاستدلال بما يلي:

أولاً: ما سبق نقله عن ابن القيم رحمه الله من أن المراد بكتاب الله: حكمه، وأن رسول الله ﷺ قد حكم بأن الولاء للمعتق، فشرط خلاف ذلك يكون شرطاً مخالفاً لحكم الله، وليس في الحديث أن كل الشروط في البيع باطلة.

ثانياً: ما ذكره شيخ الإسلام ابن تيمية من أنه إذا كان المشروط مما لم يحرمه الله، لم يكن مخالفاً لكتاب الله وشرطه، فالمعنى: من اشترط أمراً ليس في حكم الله ولا في كتابه فهو باطل؛ لأنه لا بد أن يكون المشروط مما يباح فعله بدون الشرط حتى يصح اشتراطه ويجب بالشرط، ولما لم يكن في كتاب الله: أن الولاء لغير المعتق أبداً كان هذا المشروط - وهو ثبوت الولاء لغير المعتق - شرطاً ليس في كتاب الله فهو باطل، أما الشرط إذا كان صحيحاً فلا يدلّ الحديث على بطلانه^(٢).

ثالثاً: أن الحديث يدل على صحة البيع مع الشرط الصحيح، وهو ما نقله الزيلعي في «نصب الراية»^(٣) عن ابن الجوزي حيث قال:

«واستدل ابن الجوزي في «التحقيق» على صحة البيع بشرط العتق

(١) شرح معاني الآثار، ج ٤، ص ٤٢ - ٤٣.

(٢) القواعد النورانية الفقهية، ص ٢٠٧.

(٣) ج ٤، ص ١٨.

بحديث بريرة عن عائشة، اشترتها بشرط العتق، فأجاز النبي ﷺ ذلك، وصحَّح البيع والشرط، وإنما بيّن فيه بطلان شرط الولاء لغير المعتق، ولم يذكر بطلان شرط العتق، وأقره صاحب «التنقيح» عليه.

يؤيد هذا ما جاء في «فتح الباري»^(١):

«قال القرطبي: قوله: «ولو كان مائة شرط» خرج مخرج التكثير، يعني: أن الشروط غير المشروعة باطلة ولو كثرت، ويستفاد منه أن الشروط المشروعة صحيحة».

الترجيح:

بعد ذكر الأقوال في هذه المسألة، وما استدل به لكل قول، ومناقشة ما أمكن مناقشته يترجح - والله أعلم - القول بصحة البيع مع استثناء منفعة المبيع مدة معلومة ولا فرق بين استثناء المنفعة للبائع أو لغيره وذلك للأسباب الآتية:

السبب الأول: قوة الأدلة التي استدل بها لهذا القول، فهي أدلة من القرآن، والسنة، والآثار، والقياس، وقد سلم بعضها منها من المناقشة، وما أورد على بعضها الآخر فقد أجيب عنه.

السبب الثاني: أن ما استدل به أصحاب القولين الآخرين، لا يقوى على إثبات ما ذهبوا إليه لقوة ما أجيب به عن تلك الأدلة، كما أنه لا يقوى على معارضة أدلة القائلين بالصحة.

السبب الثالث: أن هذه المسألة مرتبطة بقاعدة الشروط في العقود، هل

الأصل فيها: الحظر، إلا ما ورد الشرع بإجازته؟ أو أن الأصل فيها الجواز والصحة، ولا يحرم منها ويبطل إلا ما دلَّ الشرع على تحريمه وإبطاله نصًّا أو قياسًا؟

والراجع أن الأصل فيها الجواز والصحة إلا ما دلَّ الشرع على تحريمه وإبطاله، وقد دلَّ على رجحان هذا القول القرآن، والسنة، والإجماع، والقياس مع الاستصحاب وعدم الدليل المنافي، كما نصَّ على ذلك شيخ الإسلام ابن تيمية^(١)، وتلميذه ابن القيم^(٢)، وبعض أدلة القول الثاني صريحة في أن الأصل في الشروط في العقود الصحة، ومما يوضح ذلك:

«أن العقود والشروط من باب الأفعال العادية، والأصل فيها عدم التحريم، فيستصحب عدم التحريم فيها حتى يدل دليل على التحريم، كما أن الأعيان: الأصل فيها عدم التحريم وقوله: ﴿وَقَدْ فَضَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ﴾^(٣) عام في الأعيان والأفعال، وإذا لم تكن حرامًا لم تكن فاسدة، وكانت صحيحة... وأيضًا فإن الأصل في العقود رضی المتعاقدين، وموجبها هو ما أوجباه على أنفسهما بالتعاقد؛ لأن الله قال في كتابه العزيز: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾^(٤).. ولم يشترط في التجارة إلا التراضي، وذلك يقتضي أن التراضي هو المبيح للتجارة، وإذا كان كذلك فإذا تراضي المتعاقدان بتجارة.. ثبت حله بدلالة القرآن، إلا أن يتضمن ما حرمه الله ورسوله، كالتجارة في الخمر ونحو ذلك... وأيضًا فإن المسلمين إذا تعاقدوا بينهم عقودًا ولم يكونوا يعلمون لا تحريمها ولا تحليلها، فإن الفقهاء

(١) ينظر في ذلك: القواعد النورانية الفقهية، ص ١٩٢، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن

تيمية، ج ٢٩، ص ١٣٨.

(٢) إعلام الموقعين، ج ١، ص ٣٤٤.

(٣) سورة الأنعام، آية: ١١٩.

(٤) سورة النساء، آية: ٢٩.

جميعهم - فيما أعلمه - يصححونها إذا لم يعتقدوا تحريمها، وإن كان العاقد لم يكن حينئذ يعلم تحليلها لا باجتهاد ولا بتقليد، ولا بقبول أحد لا يصح العقد إلا الذي يعتقد العاقد أن الشارع أحله، فلو كان إذن الشارع الخاص شرطاً في صحة العقود، لم يصح عقد إلا بعد ثبوت إذنه، كما لو حكم الحاكم بغير اجتهاد، فإنه آثم، وإن ان قد صادق الحق»^(١).

ثم بين شيخ الإسلام ابن تيمية رحمته الله أن مما يترتب على القول بأن الأصل صحة الشروط إلا ما دلّ الدليل على تحريمه: استثناء منفعة المبيع مدة معلومة فقال:

«فمن ذلك: ما ذكرناه من أنه يجوز لكل من أخرج عيناً من ملكه بمعاوضة، كالبيع والخلع، أو تبرع كالوقف والعتق، أن يستثنى بعض منافعها، فإن كان مما لا يصلح فيه القربة - كالبيع - فلا بد أن يكون المستثنى معلوماً.. وجماع ذلك: أن المبيع الذي يدخل في مطلق العقد بأجزائه ومنافعه يملكان اشتراط الزيادة عليه، كما قال النبي صلى الله عليه وسلم: «من باع نخلاً قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع»، فجوز للمشتري اشتراط زيادة على موجب العقد المطلق، وهو جائز بالإجماع. ويملكان اشتراط النقص منه بالاستثناء كما «نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن الثنيا إلا أن تعلم»، فدل على جوازها إذا علمت، وكما استثنى جابر ظهر بغيره إلى المدينة»^(٢).

ما يترتب على استثناء منفعة العقار المبيع مدة معلومة:

استثناء منفعة العقار المبيع مدة معلومة له آثار مختلفة سواء من حيث

(١) القواعد النورانية الفقهية، ص ٢٠٠ - ٢٠٦، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ج ٢٩، ص ١٥٠ - ١٥٩.

(٢) القواعد النورانية، ص ٢١١ - ٢١٤، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ج ٢٩، ص ١٦٨ - ١٧١.

التصرف في المنفعة المستثناة، أو التصرف في العقار المبيع، أو تقديم بدل عن العقار المبيع، أو عن المنفعة، وكذلك له آثار تترتب على هلاك العقار قبل استيفاء المنفعة، وقد فصل ذلك الحنابلة (رحمهم الله)، وهم أكثر الفقهاء الذين أخذوا بصحة البيع مع استثناء منفعة المبيع مدة معلومة، ويمكن توضيح ذلك فيما يلي:

١ - حكم تصرف البائع في منفعة العقار المستثناة:

إذا أراد البائع تأجير العقار الذي باعه واستثنى منفعته مدة معلومة، أو إعارته لمن يقوم مقامه في تلك المدة فله ذلك^(١)؛ لأنها منفعة مستحقة له بالاستثناء، فملك ذلك فيها قياساً على منافع الدار المستأجرة، أو الموصى بمنافعها فإنه للمستأجر أو الموصى له إيجارها أو إعارتها فكذلك الحال في منفعة العقار المبيع إذا استثنى البائع منفعته مدة معلومة^(٢).

ولكن يشترط أن يكون الشخص الذي يقوم مقامه في استيفاء المنفعة مماثلاً له في الانتفاع أو أدنى منه، فإن أراد إيجارها أو إعارتها لمن يضر بالعين ضرراً أكثر منه لم يجز ذلك، كما لا يجوز له إيجار العين المستأجرة لمن يقوم مقامه إذا كان ضرره أكثر منه^(٣).

(١) الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ٣٦، المغني، ج ٤، ص ١١١، الفروع، ج ٤، ص ٦٠، التنقيح المشيع، ص ١٢٧، الإنصاف، ج ٤، ص ٢٤٤، المبدع، ج ٤، ص ٥٤، الإقناع، ج ٢، ص ٧٩، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ١٦١، كشاف القناع، ج ٣، ص ١٩١، الروض المربع، ج ٤، ص ٢٩٧.

(٢) المغني، ج ٤، ص ١١١، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ٣٦، الشرح الكبير، ج ٢، ص ٣٤٥، كشاف القناع، ج ٣، ص ١٩١.

(٣) المصادر السابقة، وينظر معها: الإقناع، ج ٢، ص ٧٩، حاشية الروض المربع، ج ٤، ص ٣٩٧.

٢ - حكم تصرف المشتري في العقار المستثنى منفعته:

إذا أراد مشتري العقار المستثنى منفعته، بيع ذلك العقار، فإن بيعه يصح، ويكون العقار في يد المشتري الثاني مستثنى المنفعة أيضًا حتى انقضاء المدة المستثناة للبائع الأول^(١)، وذلك قياسًا على الدار المؤجرة إذا بيعت^(٢).

فإن كان المشتري الثاني عالمًا بأنه مستثنى منفعة للبائع الأول فلا خيار له، قياسًا على من اشترى أمة مزوجة أو اشترى دارًا مؤجرة عالمًا بذلك^(٣).
ولأنه دخل على بصيرة فلم يثبت له خيار كما لو اشترى معيبًا يعلم عيبه^(٤). فإن لم يكن عالمًا بذلك فله الخيار، لأنه عيب فهو كما لو اشترى أمة مزوجة أو دارًا مؤجرة^(٥).

٣ - تقديم بدل عن العقار المبيع المستثنى منفعته، أو عوض عن المنفعة:

إذا أراد مشتري العقار أن يعطي البائع ما يقوم مقام العقار المستثنى نفعه حتى يسلمه ذلك العقار، أو أراد أن يعطيه عوضًا مقابل المنفعة في المدة

(١) الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ٣٦، المغني، ج ٤، ص ١١٠، الفروع، ج ٤، ص ٦٠، الإنصاف، ج ٤، ص ٣٤٤، المبدع، ج ٤، ص ٥٤، الإقناع، ج ٢، ص ٨٠، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ١٦١، كشف القناع، ج ٣، ص ١٩١.

(٢) المغني، ج ٤، ص ١١٠، الفروع، ج ٤، ص ٦٠، الإنصاف، ج ٤، ص ٣٤٤، المبدع، ج ٤، ص ٥٤، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ١٦١، كشف القناع، ج ٣، ص ١٩١.

(٣) الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ٣٦، المغني، ج ٤، ص ١١٠، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ١٦١، كشف القناع، ج ٣، ص ١٩١.

(٤) المغني، ج ٤، ص ١١٠.

(٥) الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ٣٦، المغني، ج ٤، ص ١١٠، المبدع، ج ٤، ص ٥٤، كشف القناع، ج ٣، ص ١٩١، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ١٦١.

المستثناة لم يلزم البائع قبوله، وله استيفاء المنفعة من عين المبيع^(١). نصَّ على ذلك الإمام أحمد^(٢)؛ لأنَّ حقَّه تعلق بالمبيع، فأشبهه ما لو استأجر عيناً فبذل له الآخر مثلها^(٣).

ولأنَّ البائع قد يكون له غرض في استيفاء منافع تلك العين، فلا يجبر البائع على قبول العوض^(٤).

أما لو تراضيا على ذلك فهو جائز؛ لأنَّ الحقَّ لهما ولا يخرج عنهما^(٥).

وكذلك الحكم إذا أراد المشتري أخذ العوض عن المنفعة لم يلزم البائع بذل العوض، فإن تراضيا على ذلك جاز^(٦).

٤ - تلف العقار المبيع قبل استيفاء المنفعة المستثناة:

إنَّ تلف العقار المبيع المستثنى نفعه قبل استيفاء البائع للنفع، فلا يخلو الأمر إما أن يكون التلف بفعل المشتري أو تفريطه، أو لا.

-
- (١) الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ٣٦، المغني، ج ٤، ص ١١١، الشرح الكبير، ج ٢، ص ٣٤٥، الإقناع، ج ٢، ص ٨٠، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ١٦١، كشاف القناع، ج ٣، ص ١٩٢.
- (٢) المغني، ج ٤، ص ١١١، الشرح الكبير، ج ٢، ص ٣٤٥، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ١٦١.
- (٣) الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ٣٦، المغني، ج ٤، ص ١١١، الشرح الكبير، ج ٢، ص ٣٤٥، كشاف القناع، ج ٣، ص ١٩٢، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ١٦١.
- (٤) المغني، ج ٤، ص ١١١، الشرح الكبير، ج ٢، ص ٣٤٥.
- (٥) المغني، ج ٤، ص ١١١، الشرح الكبير، ج ٢، ص ٢٤٥، الإقناع، ج ٢، ص ٨٠، كشاف القناع، ج ٣، ص ١٩٢، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ١٦١.
- (٦) الإقناع، ج ٢، ص ٨٠، كشاف القناع، ج ٣، ص ١٩٢، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ١٦١.

فإن كان التلف بفعل المشتري أو تفريطه لزمه أجره مثله^(١) فيما بقي من المدة^(٢)؛ لتفويته المنفعة المستحقة على مستحقها^(٣).

وأما إن كان التلف بغير فعل المشتري، ولا تفريطه لم يضمن^(٤)؛ لأنه إنما استثنى منفعة هذا العقار بعينه، وقد تلف بغير فعل المشتري وتفريطه^(٥).

(١) المغني، ج ٤، ص ١١٠، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ٣٦، الشرح الكبير، ج ٢، ص ٣٤٤، الفروع، ج ٤، ص ٦٠، الإنصاف، ج ٤، ص ٣٤٥، المبدع، ج ٤، ص ٥٤، الإقناع، ج ٢، ص ٧٩ - ٨٠، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ١٦١، كشاف القناع، ج ٣، ص ١٩١، وقد نقل ابن قدامة في المغني، ج ٤، ص ١١٠، عن الإمام أحمد أنه قال: يرجع البائع على المبتاع بأجرة المثل.

قال القاضي معناه عندي: القدر الذي نقصه البائع لأجل الشرط، وظاهر كلام أحمد خلاف هذا، لأنه يضمن ما فات بتفريطه، فضمنه بعوضه، وهو أجره المثل.

(٢) كشاف القناع، ج ٣، ص ١٩١.

(٣) الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ٣٦، المغني، ج ٤، ص ١١٠، الشرح الكبير، ج ٢، ص ٣٤٤، بشرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ١٦١، كشاف القناع، ج ٣، ص ١٩١.

(٤) المغني، ج ٤، ص ١١٠، الشرح الكبير، ج ٢، ص ٣٤٤، الفروع، ج ٤، ص ٦٠، الإنصاف، ج ٤، ص ٣٤٥، المبدع، ج ٤، ص ٥٤، الإقناع، ج ٢، ص ٨٠، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ١٦١.

وقال القاضي عليه ضمانه مطلقاً.

قال في الإنصاف، ج ٤، ص ٣٤٥: «وإن كان التلف بغير فعله وتفريطه: لم يضمن على الصحيح من المذهب... وقال القاضي: يضمن.. فعلى قول القاضي يضمنه بما نقص، جزم به في الفروع.

وقال في الرعاية الكبرى: وإن تلف بلا تفريطه ولا فعله: ضمن نفعه من قيمته: أخذ من ثمنه بنسبته.

وقيل: بل ما نقصه البائع بالشرط. انتهى.

(٥) المغني، ج ٤، ص ١١٠، الشرح الكبير، ج ٢، ص ٣٤٥.

ولأنه لم يملكها البائع من جهته فلم يلزمه عوضها^(١) قياساً على ما لو تلفت النخلة المؤبرة، بثمرتها المؤبرة إذا اشترط البائع ثمرتها.
وقياساً على ما إذا باع حائطاً، واستثنى منه شجرة بعينها فتلفت^(٢).
وبالله التوفيق...

(١) الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ٣٦، المغني، ج ٤، ص ١١٠، الشرح الكبير، ج ٢، ص ٢٤٥، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ١٦١، كشاف القناع، ج ٣، ص ١٩١.
(٢) الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ٣٦، المغني، ج ٤، ص ١١٠، الشرح الكبير، ج ٢، ص ٣٤٥، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ١٦١، حاشية الروض المربع، ج ٤، ص ٣٩٧.

رَفَعُ

عبد الرحمن البخاري
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

رَفَعُ
عبد الرحمن النجدي
أسكنم الله الفردوس
www.moswarat.com

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com

www.moswarat.com

رَفَعٌ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

رَفَع

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الفردوس
www.moswarat.com

الجمهورية
القطرية
السعودية



إصدارات الجمعية الفقهية السعودية
الدراسات الفقهية (١٥)

تبع العبد والجماعة

في الفقه الإسلامي

تأليف

عدنان بن غازي بن علي الشمراني

عَفَرَ اللَّهُ رُؤُوسَهُمْ وَيَسَاءَلُهُمْ فِيهَا عَمَلَ

اعتنى به

فِرَاسٌ بَنُو خَالِدِ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ الْغَنَامِ

عَفَرَ اللَّهُ رُؤُوسَهُمْ وَيَسَاءَلُهُمْ فِيهَا عَمَلَ

المجلد الثاني

Abu
Abekkan

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com

بَيْعُ الْعُقُودِ وَتَلَاؤُهَا

فِي الْفِقْهِ الْإِسْلَامِيِّ

تَأَلَّفَ

عَدْلَانُ بْنُ غَارِي بْنِ عَلِيٍّ الشِّمْرَانِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ

غَفَرَ اللَّهُ لَهُ وَلِوَالِدَيْهِ وَلِإِسَائِحِهِ وَلِإِسْمَاعِيلِينَ

اِعْتَنَى بِهِ

فِرَاسُ بْنُ خَالِدِ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ الْغَنَامِ

غَفَرَ اللَّهُ لَهُ وَلِوَالِدَيْهِ وَلِإِسَائِحِهِ وَلِإِسْمَاعِيلِينَ

الْمَجْلَدُ الْبِثَانِي

ح) شركة العبيكان للتعليم، ١٤٣٧هـ

فهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية أثناء النشر

الشمراي، عدلان غازي

بيع العقار وتاجيره في الفقه الإسلامي. / عدلان غازي

الشمراي. - الرياض، ١٤٣٧هـ

٢مج

ردمك: ٩-٩٢٣-٥٠٣-٦٠٣-٩٧٨ (مجموعة)

٣-٩٢٥-٥٠٣-٦٠٣-٩٧٨ (ج٢)

١ - العقارات (فقه إسلامي) أ. العنوان

١٤٣٧/٤٥٣٥

ديوي ٢٥٣،٩

الطبعة الأولى

١٤٣٧ - ٢٠١٦م

صدر هذا الكتاب بالتعاون مع شركة العبيكان للتعليم
حقوق الطباعة والنشر محفوظة للجمعية الفقهية السعودية

امتياز التوزيع
شركة مكتبة
العبيكان
Obekon

المملكة العربية السعودية - الرياض - الحمديّة -

طريق الأمير تركي بن عبدالعزيز الأول

هاتف: ٤٨٠٨٦٥٤ - فاكس: ٤٨٨٩٠٢٣ ص. ب.

١١٥٩٥ الرياض ٦٢٨٠٧

الجمعية
الفقهية
السعودية



المملكة العربية السعودية - الرياض - حي الفلاح -

جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

info@alfiqhia.org.sa

هاتف: ٠١١٢٥٨٢٣٣٢

الله

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

الفصل السابع

بيع عقار
المحجور عليه

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

بيع عقار المحجور عليه

تعريف الحجر وبيان أقسامه :

الحَجْرُ في اللغة: المنع، ومنه سُمِّي الحرام حَجْرًا، كما في قوله تعالى: ﴿وَيَقُولُونَ حَجْرًا مَّحْجُورًا﴾^(١)، أي: يقول الملائكة للكفار: حرام عليكم دخول الجنة.

ومنه سُمِّي العقل حَجْرًا في قوله تعالى: ﴿هَلْ فِي ذَلِكَ قَسَمٌ لِّذِي حِجْرٍ﴾^(٢)؛ لأنه يمنع صاحبه من تعاطي ما يقبح وتضر عاقبته.

ومنه سُمِّي الحَجْرُ حَجْرًا: لامتناعه بصلايته.

ومنه حَجَرَ الحاكمُ على فلان: أي: منعه عن التصرف.

ولذلك سميت الحُجْرَةُ حُجْرَةً؛ لامتناع ما فيها بها^(٣).

والحَجْرُ في الشرع:

منع الإنسان من التصرف في ماله^(٤)، وينقسم الحجر إلى قسمين:

(١) سورة الفرقان، آية: ٢٢.

(٢) سورة الفجر، آية: ٥.

(٣) القاموس المحيط، باب الرأ، فصل الحاء، ج ٢، ص ٤، مختار الصحاح، ص ١٢٣، الأشباه والنظائر للثعالبي، ص ١١٦، تفسير القرطبي، ج ١٠، ص ٤٥، ج ٢٠، ص ٤٣، أنيس الفقهاء، ص ٢٦٥.

(٤) التنقيح المشيع، ص ١٤٩، المبدع، ج ٤، ص ٣٠٥، الإقناع، ج ٢، ص ٢٠٧.

القسم الأول: حَجْرٌ لحق الغير، أي: لغير المحجور عليه، كحجر على مفلس لحق الغرماء.

القسم الثاني: حَجْرٌ لحظ نفسه، أي: لنفس المحجور عليه، كحجر على صغير ومجنون وسفيه^(١).

إذا علم هذا فالكلام في هذا الفصل في مبحثين:

المبحث الأول: بيع عقار المفلس.

المبحث الثاني: بيع عقار المحجور عليه لحظ نفسه.

= الإقناع في الفقه الشافعي، ص ١٠٤، مغني المحتاج، ج ٢، ص ١٦٥، فتح الوهاب، ج ١، ص ٢٠٥، نهاية المحتاج، ج ٤، ص ٣٤٢، المغني، ج ٤، ص ٥٠٥، التنقيح المشيع، ص ١٤٩، المبدع، ج ٤، ص ٣٠٥، الإقناع، ج ٢، ص ٢٠٧. وأما الحنفية فعرفوه بقولهم: هو منع نفاذ تصرف قولي، وقد ورد تعريفه بذلك في: شرح صدر الشريعة على متن الوقاية، ج ٢، ص ١٨٤، الدر المختار، ج ٦، ص ١٤٣، اللباب في شرح الكتاب، ج ٢، ص ٦٦.

وأما ابن عرفة من المالكية فقد عرفه بأنه: صفة حكمية توجب منع موصوفها من نفوذ تصرفه فيما زاد على قوته، أو تبرعه بزائد على ثلث ماله. حاشية الدسوقي، ج ٣، ص ٢٩٢، بلغة السالك، ج ٢، ص ١٢٨، منح الجليل، ج ٦، ص ٨٢.

(١) الإقناع في الفقه الشافعي، ص ١٠٤، فتح العزيز، ج ١٠، ص ٢٧٥، روضة الطالبين، ج ٤، ص ١٧٧، تحفة المحتاج، ج ٥، ص ١٥٩ - ١٦٠، مغني المحتاج، ج ٢، ص ١٦٥، فتح الوهاب، ج ١، ص ٢٠٥، المقنع، ج ٢، ص ١٣١، المغني، ج ٤، ص ٥٠٥، التنقيح المشيع، ص ١٥٠، المبدع ج ٤، ص ٣٠٥، الإقناع، ج ٢، ص ٢٠٧، كشف المخدرات، ص ٢٦١.



المبحث الأول

بيع عقار المفلس

المفلس في اللغة:

الفَلْسُ: يجمع في القلة على أفْلَس، ويجمع في الكثرة على فُلُوس. وقد أفلس الرجل صار مُفلسًا إذا لم يبق له مالٌ، كأنما صارت دراهمه فُلُوسًا، كما يقال أخبث الرجل إذا صار أصحابه خبثاء.

ويجوز أن يراد به: أنه صار إلى حال يقال فيها: ليس معه فُلْس، كما يقال أقهر الرجل أي صار إلى حال يقهر عليها، وأذل الرجل صار إلى حال يذل فيها. وقد أفلس يُفلس إفلاسًا فهو مُفلس.

وفلسه القاضي تفليسًا: نادى عليه أنه أفلس^(١).

المُفلس عند الفقهاء:

قال ابن قدامة رحمته الله:

«والمفلس في عرف الفقهاء: من دَيْنُهُ أَكْثَرُ من ماله، وَخَرَجُهُ أَكْثَرُ من

دخله.

(١) القاموس المحيط باب السين فصل الفاء، ج ٢، ص ٢٣٨، مختار الصحاح، ص ٥١٠ -

٥١١، النهاية في غريب الحديث والأثر، ج ٣، ص ٤٧٠.

وسمّوه مفلسًا وإن كان ذا مال؛ لأن ماله مستحقّ الصرفِ في جهة دينه فكأنه معدوم.. ويجوز أن يكون سمّي بذلك؛ لأنه يمنع من التصرف في ماله إلا الشيء التافه الذي لا يعيش إلا به كالفلوس ونحوها»^(١).

وحجر المفلس: منع الحاكم من عليه دين حال يعجز عنه ماله الموجود مدة الحجر من التصرف فيه^(٢).

ويتناول الكلام في هذا المبحث: بيان ما يبدأ به الحاكم من بيع مال المفلس، والتأني فيه، وما يباع من عقار المفلس، وما يتعلق به من فروع. وتوضيح ذلك في مطلبين:

المطلب الأول: ما يبدأ الحاكم ببيعه من مال المفلس والتأني فيه.

المطلب الثاني: ما يباع من عقار المفلس.

المطلب الأول: ما يبدأ الحاكم ببيعه من مال المفلس والتأني فيه: للفقهاء تفصيلٌ فيما يبدأ الحاكم ببيعه من أموال المفلس أُورده على النحو الآتي:

المذهب الحنفي:

جاء في «الاختيار لتعليق المختار»^(٣) قوله:

«ولا يحجر على المديون.. فإن طلب غرماؤه حبسه، حبسه حتى يبيع

(١) المغني، ج ٤، ص ٤٥٢.

(٢) التنقيح المشبع، ص ١٤٩ - ١٥٠، الإقناع، ج ٢، ص ٢٠٧، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٢٧٣.

(٣) ج ٢، ص ٩٨ - ٩٩.

ويوفي الدين.. فإن كان ماله دراهم أو دنانير، والدين مثله قضاءه القاضي بغير أمره... ولا يبيع العروض ولا العقار.. وقالوا: يبيع وعليه الفتوى... إذا طلب الغرماء المفلس الحجر عليه حجر القاضي عليه، ومنعه من التصرفات... ويبيع ماله إن امتنع من بيعه.. ثم التفريع على أصلهما أنه يباع في الدين النقود، ثم العروض، ثم العقار، لما فيه من المسارعة إلى قضاء الدين ومراعاة المديون».

وهذا يفهم منه أن العقار لا يباع إلا آخرًا؛ لأن «ثم» حرف عطف يدل على الترتيب والتراخي^(١).

وقد نقل بعض الحنفية ما يفهم منه أن هذا الترتيب ليس واجبًا، بل يفعل القاضي ما يراه أصلح للمدين؛ حيث جاء في «مجمع الأنهر»^(٢) قوله:

«وبيع النقود أولاً ثم يباع العروض ثم العقار.

وقيل يبدأ القاضي ببيع ما يخشى عليه التوى^(٣) من عروضه، ثم ما لا يخشى عليه التلف منه، ثم بيع العقار.

فالحاصل أن القاضي نصب ناظرًا، فينبغي له أن ينظر للمدين كما ينظر للمدين فيبيع ما كان أنظر إليه، وبيع ما يخشى عليه التلف أنظر له.

وفي «الهداية»^(٤) قال:

«وبيع في الدين النقود، ثم العروض، ثم العقار، يبدأ بالأيسر فالأيسر».

(١) كتاب معاني الحروف، ص ١٠٥، الأشباه والنظائر للثعالبي، ص ١٠٨، مختار الصحاح، ص ٨٦.

(٢) ج ٢، ص ٤٤٣.

(٣) التوى: هلاك المال، كما في مختار الصحاح، ص ٨٠، وأنيس الفقهاء، ص ٢٢٥.

(٤) ج ٧، ص ٣٢٨.

قال البابر في «العناية شرح الهداية»^(١):

«حاصله أن القاضي نصب ناظرًا فينبغي أن ينظر للمديون كما ينظر للغرماء فيبيع ما كان أنظر له».

وقال ابن عابدين بعد أن ذكر نحو الكلام السابق:

«.. فالحاصل أنه يبيع ما كان أنظر له»^(٢).

فيفهم من هذه النقول أن الحاكم يبيع ما كان أصلح للمدين، وبيع ما يخشى عليه التلف وتأخير بيع العقار عنه هو أنظر له، ولو فرض أن يبيع العقار أولاً هو الأصلح فينبغي فعله، لأن المقصود من هذا الترتيب هو فعل الأصلح للمدين.

المذهب المالكي:

قال مالك رحمته الله في بيع مال المفلس:

«يستأنى في الدور والأرضين الشهر والشهرين، وفي الحيوان والعروض سيراً والحيوان دون العروض»^(٣).

وجاء في «متنصر خليل»:

«وعجل بيع الحيوان واستؤني بعقاره كالشهرين».

قال أحمد الدردير في «الشرح الكبير»^(٤):

«وعجل بيع الحيوان: أي لا يستأنى به كما يستأنى ببيع عقاره وعرضه، فلا ينافي أنه يتربص به الأيام اليسيرة طلباً للزيادة ثم يباع؛ لأنه يسرع له

(١) ج ٧، ص ٣٢٨.

(٢) حاشية ابن عابدين، ج ٦، ص ١٥١.

(٣) حاشية الدسوقي، ج ٣، ص ٢٧١، منح الجليل، ج ٦، ص ٣٥.

(٤) ج ٣، ص ٢٧١.

التغير ويحتاج إلى مؤنة، وفيه نقص لمال الغرماء، واستؤني بعقاره وعرضه لطلب الزيادة كالشهرين، وأدخلت الكاف الأيام اليسيرة بالنظر.. وأما ما يخشى فساد كطري لحم وفاكهة فلا يستأني به إلا كساعة، وأما نحو: سوط ودلو، فيباع عاجلاً».

وقد بين ابن رشد في «البيان والتحصيل»^(١) أنه يستأني بالعقار الشهر والشهرين، وإنما وقع الخلاف في العروض هل هي مثل العقار أو مثل الحيوان، فقال:

«... محصل الاختلاف إنما هو في العروض، هل يستأني بها الشهر والشهرين، مثل الدور، أو الأيام اليسيرة، مثل الحيوان..»
وأما اللخمي فقد قال:

«إن كان العطاء الأول مستوفى لا ترجى عليه زيادة ويرى أن البدار للعقد أولى خوف أن ينثني رأيه عن الشراء أمضى ذلك، وكذا إن أخذه بعض الغرماء بما لا ترجى بعده زيادة»^(٢).

وهذا الاستيناء واجب:

جاء في «حاشية الدسوقي على الشرح الكبير»^(٣) قوله:

«واستؤني بعقاره، أي: في المناداة على عقاره، وعلى عرضه إذا كان كثير القيمة، وقوله كالشهرين، أي: ثم يباع بعد ذلك بالخيار للحاكم ثلاثة أيام مراعاة لحال المفلس، وقوله: واستؤني، أي: وجوباً، فإن لم يستأن بذلك خيّر المفلس في إمضاء البيع وردّه، ولا يضمن الحاكم الزيادة التي في

(١) ج ١٠، ص ٣٨١.

(٢) منح الجليل، ج ٦، ص ٣٦.

(٣) ج ٣، ص ٢٧١.

سَلْعُ الْمَفْلُوسِ؛ حَيْثُ بَاعَهَا بِغَيْرِ اسْتِئْذَانٍ إِذَا أَمْضَى الْمَفْلُوسُ بَيْعَ الْحَاكِمِ؛ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ غَيْرَ مُحَقَّقَةٍ، وَالذَّمَّةُ لَا تَلْزَمُ إِلَّا بِأَمْرِ مُحَقَّقٍ.

ويفهم من النقول السابقة في المذهب المالكي، وما في معناها^(١):

أنه يبدأ ببيع ما يخاف عليه الفساد، أو التغيير، والعروض، وأما العقار فإنه يستؤنى به، أي يتربص ويستمهل الشهر والشهرين طلباً للزيادة في ثمنه، وهذا الاستمهال واجب على الحاكم، إلا إذا كان العطاء الأول مستوفى لا ترجى عليه زيادة فعلية إمضاء ذلك.

المذهب الشافعي:

جاء في «الأم»^(٢) ما نصّه:

«قال الشافعي رحمته الله: الحيوان أولى مال المفلس، والميت عليه الدين أن يبدأ به، ويعجل بيعه، وإن كان ببلاد جامعة لم يتأن به أكثر من ثلاث، ولا يبلغ به أناة ثلاث إلا أن يكون أهل العلم قد يرون أنه إن تؤني به ثلاث بلغ أكثر مما يبلغ في يوم أو اثنين، وإن كان ذلك في بعض الحيوان دون بعض تؤني بما كان ذلك فيه ثلاث دون ما ليس ذلك فيه.. ويتأني بالمساكن بقدر ما يرى أهل البصر بها أن قد بلغت أثمانها أو قاربتها أو تناهت زيادتها على قدر مواضع المساكن وارتفاعها، ويتأني بالأرضين والعيون وغيرها بقدر ما وصفت ممّا يرى أهل الرأي أنه قد استوفى بها أو قورب أو تناهت زيادتها، وما ارتفع منها تؤني به أكثر، وإن كان أهل بلد غير بلده إذا علموا زادوا فيه تؤني به إلى علم أهل ذلك البلد».

(١) ينظر في ذلك: البيان والتحصيل، ج ١٠، ص ٣٨١، الشرح الصغير، ج ٢، ص ٦١٢، منح الجليل، ج ٦، ص ٣٥ - ٣٦.

(٢) ج ٣، ص ٢٠٩.

ويستنتج من هذا النص ما يلي :

- ١ - أن عقار المفلس يؤخر بيعه عن بيع الحيوان ونحوه.
 - ٢ - أن بيع الحيوان يتأني به نحو ثلاثة أيام، وأما العقار فيرجع فيه إلى أهل الخبرة والمعرفة به من غير تحديد.
 - ٣ - أنه إذا كان أهل بلد غير بلد المفلس إذا علموا ببيع عقار المفلس زادوا في ثمنه تؤني به إلى علم أهل ذلك البلد.
- هذا ما فهمته من كتاب «الأم»، وقد ورد نحوه في «مختصر المزني»^(١)، حيث جاء فيه :

«ويبدأ في البيع بالحيوان، ويتأني بالمساكن بقدر ما يراه أهل البصر بها أنها قد بلغت أثمانها».

وجاء في «التنبيه في الفقه الشافعي»^(٢) قوله :

«ويبدأ بما يسرع إليه الفساد، ثم بالحيوان، ثم بالعقار»، ويفهم من هذا الترتيب؛ لأن «ثم» تفيد الترتيب مع التراخي.

وجاء في «المهذب»^(٣) :

«ويبدأ بما يسرع إليه الفساد؛ لأنه إذا أضر ذلك هلك، وفي ذلك ضرر.. ثم بالحيوان؛ لأنه يحتاج إلى علف ويخاف عليه التلف، ويتأني بالعقار؛ لأنه إذا تأني به كثر من يطلبه، ولا يتأني به أكثر من ثلاثة أيام؛ لأن فيما زاد أضرار بالغماء في تأخير حقهم».

ويستنتج من هذا النص أمران :

(١) ص ١٠٤.

(٢) ص ١٠١.

(٣) ج ١، ص ٣٢٩.

أولهما: أن العقار هو آخر ما يباع من مال المفلس.

وثانيهما: أنه يتأني في بيع العقار، ولا يزداد عن ثلاثة أيام؛ لأن الضمير في قوله: «ولا يتأني به أكثر من ثلاثة أيام» يرجع إلى العقار؛ لأن الضمير يعود إلى أقرب مذكور، ولم أرَ التحديد بثلاثة أيام في العقار لغيره من الشافعية، اللهم إلا إذا كان مراده أنه لا يتأني بمال المفلس أكثر من ثلاثة أيام، فهذا يوافق ما سبق نقله عن الشافعي في الحيوان، لكنه يخالفه في العقار فإن الشافعي قد نصَّ على أنه يرجع فيه إلى أهل البصر والخبرة.

وجاء في «فتح العزيز»^(١) قوله:

«.. ويبيع من ماله أولاً ما يخاف عليه الفساد كيلا يضيع، ثم الحيوان لحاجته إلى النفقة وكونه عرضة للهلاك، ثم سائر المنقولات، ثم العقارات، وإنما يؤخرها؛ لأنه لا يخشى عليها الهلاك والسرقه، ويشهر بيعها فيظهر الراغبون».

وقد ورد نفس هذا الترتيب في: «روضة الطالبين»^(٢)، و«المنهاج»^(٣).

وقد نقل بعض الشافعية الخلاف في هذا الترتيب، هل هو على سبيل الوجوب، أو على سبيل الاستحباب، أو أن الأمر متروك لاجتهاد الحاكم؟ قال في «مغني المحتاج»^(٤):

«ويقدم في البيع ما يخاف فساده.. ثم ما يتعلق به حق، كالمرهون.. ثم الحيوان.. ثم المنقول.. ثم العقار.. ويقدم البناء على الأرض قاله

(١) ج ١٠، ص ٢١٨.

(٢) ج ٤، ص ١٤١.

(٣) ج ٢، ص ١٥٠.

(٤) ج ٢، ص ١٥٠.

المارودي، وإنما يؤخر العقار؛ لأنه يؤمن عليه من الهلاك والسرقة، وظاهر كلام الشيخين^(١) أن هذا الترتيب واجب.

وقال في الأنوار^(٢): «إنَّه مستحب».

والظاهر كما قال الأذرعى: أن الترتيب في غير ما يسرع فساده، وغير الحيوان مستحب لا واجب، وقد تقتضي المصلحة تقديم بيع العقار أو غيره إذا خيف عليه من ظالم أو نحوه، فالأحسن تفويض الأمر إلى اجتهاد الحاكم، ويحمل كلامهم على الغالب، وعليه بذل الوسع فيما يراه الأصلح».

وقد ورد مثل هذا في «تحفة المحتاج»^(٣)، و«فتح الوهاب»^(٤)، و«نهاية المحتاج»^(٥)، و«حاشية الجمل على شرح المنهج»^(٦)، و«حاشية الشرواني على تحفة المحتاج»^(٧).

ويتلخص من النقول السابقة في المذهب الشافعي:

أنه بالنسبة للتأني في بيع عقار المفلس، ليس فيه مدة محددة، بل يرجع فيه إلى أهل الخبرة، كما نصَّ عليه الشافعيُّ والمزنيُّ، وأما في ذكره صاحب «المهذب» من التحديد بثلاثة أيام فسبق بيان ما فيه.

(١) المراد بالشيخين عند المصنف: الرافعي والنووي، كما بين ذلك في مقدمته.

(٢) جاء في الأنوار لأعمال الأبرار، ج ١، ص ٤٣٤، ما نصه:

«ويقدم بيع المرهون والجاني والذي تعلق به حق عامل القراض أن فوات سريع الفساد.. ثم يبيع ما يخاف فساده ثم الحيوان ثم المنقول ثم العقار استنجاباً».

(٣) ج ٥، ص ١٢٩.

(٤) ج ١، ص ٢٠٢.

(٥) ج ٤، ص ٣١١.

(٦) ج ٣، ص ٣١٥ - ٣١٦.

(٧) ج ٥، ص ١٢٩.

وأما بالنسبة لتأخير بيع عقار المفلس عن سائر أمواله ففيه أقوال:

القول الأول: أنه يجب تأجيله مطلقاً.

القول الثاني: أنه يندب تأجيله مطلقاً.

القول الثالث: أنه يجب تقديم بيع ما يسرع فساد، وبيع الحيوان على

بيع العقار، وأما ما عداهما فيستحب تأجيل بيع العقار عنه.

القول الرابع: أنه يرجع في ذلك إلى اجتهاد الحاكم.

المذهب الحنبلي:

جاء في «المقنع»^(١) قوله:

«ويبدأ ببيع ما يسرع إليه الفساد، ثم بالحيوان، ثم بالأثاث، ثم

بالعقار».

وورد مثل هذا في «الكافي في فقه الإمام أحمد»^(٢)، و«الشرح

الكبير»^(٣)، و«المبدع»^(٤)، و«الإقناع»^(٥).

وجاء في «المغني»^(٦) قوله:

«يبدأ ببيع العبد الجاني فيدفع إلى المجني عليه أقل الأمرين من ثمنه أو

أرش جنايته، وما فضل منه ردّه إلى الغرماء، ثم ببيع الرهن فيدفع إلى

المرتهن قدر دينه وما فضل من ثمنه ردّه إلى الغرماء، وإن بقيت من دينه بقية

(١) ج ٢، ص ١٣٧.

(٢) ج ٢، ص ١٧٣.

(٣) ج ٢، ص ٥٥٢.

(٤) ج ٤، ص ٣٢٤.

(٥) ج ٢، ص ٢١٧.

(٦) ج ٤، ص ٤٩٢.

ضرب بها مع الغرماء، ثم يبيع ما يسرع إليه الفساد.. ثم يبيع الحيوان.. ثم يبيع السلع والأثاث.. ثم العقار آخرًا؛ لأنه لا يخاف تلفه، وبقاؤه أشهر له وأكثر لطلابه».

ويستنتج مما سبق أنّ العقار هو آخر ما يباع من مال المفلس.
كما يفهم منه أن هذا الترتيب واجب؛ لأن «ثم» حرف عطف يدل على الترتيب مع التراخي كما سبق.
وقد أوجز بعض الحنابلة القول في بيع مال المفلس، فقال صاحب «المحرر في الفقه»^(١):
«ويبدأ ببيع الأقل فالأقل».

وجاء في «الفروع»^(٢) قوله: «ويبيع أولاً أقله بقاءً وأكثره كلفة».
ولم أرَ من الحنابلة من صرح بأن الترتيب في بيع مال المفلس على النحو السابق هو سنة أو واجب إلا في «شرح منتهى الإرادات»^(٣)؛ حيث صرح فيه بأنه سنة فقال:
«وسنّ أن يبدأ بأقله - أي: المال - بقاءً، كبطيخ وفاكهة؛ لأن إبقائه إضاعة له، وبأكثره كلفة كالحيوان لاحتياج بقاءه إلى مؤنة، وهو معرض للتلف».

وأما غيره فلم يصرحوا بذلك، وقد يفهم أنهم قائلون بالوجوب.
ويمكن أن يفهم مما سبق نقله في مذهب الحنابلة ما يلي:
أولاً: أنه لا تقدير في مدة التأيين في بيع مال المفلس، ومنه العقار.

(١) ج ١، ص ٣٤٥.

(٢) ج ٤، ص ٣٠٥.

(٣) ج ٢، ص ٢٨٣.

ثانياً: أنه يجب تأخير بيع عقار المفلس عن جميع أمواله بناء على ما يفهم من التعبير «بثم» في: «المقنع»، و«الكافي»، و«المغني»، و«المبدع»، و«الإقناع».

ثالثاً: أن ما ذكر في «المحرر في الفقه»، و«الفروع» أنه يبدأ ببيع الأقل فالأقل فيبيع أولاً أقله بقاءً وأكثره كلفة.

يحتمل أن ذلك على سبيل الوجوب، ويحتمل أنه على سبيل الاستحباب، وقد يترجح حمل ذلك على الوجوب؛ لأن معنى البدء بالأقل فالأقل، ومعنى البدء بأقله بقاءً وأكثره كلفة، قد لا يتحقق إلا على الترتيب الذي ذكره الآخرون، ولذا جمع بين ذلك في «الإقناع»^(١)، فقال: «ويبدأ ببيع أقله بقاءً وأكثره كلفة، فيبيع أولاً: ما يسرع إليه الفساد.. ثم الحيوان، ثم الأثاث، ثم العقار».

رابعاً: أن ما ذكره صاحب «شرح منتهى الإرادات» صريح في أن الترتيب سنة وليس بواجب، وعليه يجوز بيع العقار أولاً.

خلاصة الأقوال في حكم تأخير بيع عقار المفلس عن سائر أمواله والتأني فيه:

مما سبق يُستنتج أن للفقهاء في حكم تأخير بيع عقار المفلس عن سائر أمواله أقوالاً:

القول الأول: أنه يجب تأخير بيع عقار المفلس عن سائر أمواله.

القول الثاني: أنه يندب تأخير بيع عقار المفلس عن سائر أمواله.

القول الثالث: أنه يجب تقديم بيع ما يسرع فساداً، وبيع الحيوان على العقار، وما عدا ذلك يستحب ولا يجب.

القول الرابع: أن الأمر في ذلك يعود إلى اجتهاد الحاكم فيفعل الأصلح.

وأما مقدار المدة التي يتأني فيها بعقاره ففيها أقوال:

القول الأول: أنه يتأني بعقاره مدة كالشهرين.

القول الثاني: أنه لا يزيد في التأني على ثلاثة أيام.

القول الثالث: أنه لا تحديد في ذلك، بل يرجع إلى ما يراه أهل الخبرة.

الترجيح:

يترجح - والله أعلم - أنه يجب تأخير بيع عقار المفلس عن سائر أمواله

إلا إذا دعت المصلحة إلى تقديمه وذلك للأسباب الآتية:

السبب الأول: أن العقار لا يخشى هلاكه بتأخير بيعه بخلاف غيره من

سائر الأموال.

السبب الثاني: أن تأخير بيع العقار هو أشهر له، أكثر لطلابه فكان في

ذلك مصلحة راجحة، وذلك أنه إذا تؤني به عرف واشتهر فزاد ثمنه،

فيحصل بذلك أن يقضي المدين أكثر دينه، ويستفيد أصحاب الدين بأن يدفع

لهم ثمن العقار فيحصلون على عائد أكثر.

السبب الثالث: أن العقار هو في الغالب من أنفس الأموال وأكثرها

ثمنًا، والشرع يهتم بما غلى سعره وكثر ثمنه، فكان في تأخير بيعه عن

الأموال الأخرى مناسبة لقواعد الشريعة العامة وأصولها.

جاء في «تبيين الحقائق»^(١) قوله: «يبدأ القاضي ببيع النقود؛ لأنها معدة

للتقلب ولا ينتفع بعينها فيكون بيعها أهون على المدين فإن فضل شيء من

الدين باع العروض؛ لأنها قد تعد للتقلب والاسترباح فلا يلحقه كبير ضرر

في بيعها، فإن لم يفِ ثمنها بالدين باع العقار؛ لأن العقار يعد للاقتناء فيلحقه ضرر ببيعه فلا يبيعه إلا عند الضرورة، وهذا نظير صرف الدين إلى أموال الزكاة فإنه يصرف أولاً إلى النقدين، ثم إلى العروض، ثم إلى الأهون فالأهون قضاء».

وأما مدة التأمي في بيع العقار: فالأرجح أنه لا تحديد في ذلك، بل يرجع في ذلك إلى اجتهاد الحاكم، ونظر أهل الخبرة؛ وذلك أن التحديد بابه التوقيف، ولا توقيف في هذه المسألة، فلا ينبغي التحديد بمدة معينة.

ولأن التحديد بمدة معينة قد ينشأ عنه استعجال الحاكم في بيع العقار بأقل من ثمن مثله، وقد نصَّ الفقهاء على أنه لا يباع إلا بثمن مثله^(١)، فقد سئل شيخ الإسلام ابن تيمية رحمته الله عن حكم بيع مال المفلس بأقل من ثمن مثله فأجاب:

«لا يباع إلا بثمن المثل المعتاد غالباً في ذلك البلد، إلا أن تكون العادة تغيرت تغيراً مستقرّاً، فيكون حينئذٍ ثمن المثل قد نقص، فيباع بثمن المثل المستقر، وإذا لم يجب بيعه فعلى الغريم الانتظار إلى وقت السعة أو الميسرة»^(٢).

وقد نقل في «حاشية الروض المربع»^(٣) عن شيخ الإسلام ابن تيمية التعليل على أنه لا يباع مال المفلس إلا بالأحظ له، وأنه يرى اختيار عدم الإيجاب على البيع إذا حصل كساد خارج عن العادة حيث نقل عنه ما نصه:

«.. لأنه محجور عليه في ماله، فلا يتصرف له فيه إلا بالأحظ، ويجب الاستقصاء، وعدم العجلة، حتى يبذل في الجميع قيمته في ذلك الوقت، إلا

(١) ينظر في هذا: الإقناع، ج ٢، ص ٢١٦، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٢٨٣، كشف القناع، ج ٣، ص ٤٣٣.

(٢) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ج ٣٠، ص ٢٥ - ٢٦.

(٣) ج ٥، ص ١٧٥.

أن الشيخ يرى اختيار عدم الإيجابار على البيع، إذا حصل كساد خارج عن العادة، لجذب ونحوه».

وبالله التوفيق...

المطلب الثاني: ما يُباع من عقار المفلس:

المحجور عليه بسبب الفس هل يباع كل عقاره، أو يترك له منه شيء؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: يجب أن يترك للمفلس من ماله عند بيعه: المسكن الذي

لا غنى له عنه، وبهذا قال الحنفية، بناءً على ما فهمته من مذهبهم^(١)، وهو قول الحنابلة^(٢)،

(١) يرى أبو حنيفة أنه لا يحجر على المدين، فإن طلبَ غرماؤه حبسه القاضي حتى يبيع إلا إن كان ماله دراهم أو دنائير، والمدين مثله قضاء القاضي بغير أمره، ولا يبيع القاضي العقار مطلقاً سواء كان محتاجاً إليه أو غير محتاج، ويرى الصحابان أنه يحجر عليه بسبب الدين ويبيع عقاره، ثم ذكر الحنفية تفريراً على قول الصحابين أنه يبدأ القاضي ببيع النقود، ثم العروض، ثم العقار، فإذا كان له مسكن ويمكنه أن يجتزئ بما دون ذلك يبيع ذلك المسن، ويقضي ببعض ثمنه الدين ويشترى بالباقي مسكناً يكفيه.

ويتلخص من هذا: أن الحنفية يرون أنه لا يباع مسكن المفلس الذي لا غنى له عنه، ينظر في هذا: تبين الحقائق، ج ٥، ص ٢٠٠، الاختيار لتعليل المختار، المجلد الأول، ج ٢، ص ٦٨، الدر المختار، ج ٦، ص ١٥٠ - ١٥١، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٤٤٣، كشف الحقائق، ج ٢، ص ١٨٦، حاشية ابن عابدين، ج ٦، ص ١٥١، الفتاوى الهندية، ج ٥، ص ٦٢، وقد صرح في: الإفصاح، ج ١، ص ٣٧٣، والمغني، ج ٤، ص ٤٩٢، ورحمة الأمة في اختلاف الأئمة، ص ١٥٣، بأن هذا قول أبي حنيفة.

(٢) مختصر الخرقى، ص ٥٨، المقنع، ج ٢، ص ١٣٦، المغني، ج ٤، ص ٤٩٢، المحرر، ج ١، ص ٣٤٥، الفروع، ج ٤، ص ٣٠٥، الإنصاف، ج ٤، ص ٣٠٣، الإقناع، ج ٢، ص ٢١٦، منار السبيل، ج ١، ص ٣٨٣، دليل الطالب، ص ١٣١.

ووجه عند الشافعية^(١)، وبه قال إسحاق^(٢).

القول الثاني: أنه يباع عقاره كله حتى مسكنه الذي يحتاجه، وهو المذهب عند الشافعية^(٣)، ونقل في «الإفصاح»^(٤)، و«المغني»^(٥)، و«الشرح الكبير»^(٦)، و«رحمة الأمة في اختلاف الأئمة»^(٧) أنه قول الإمام مالك.

وقد صرح بذلك أحمد الدردير في «الشرح الكبير»^(٨)؛ حيث جاء فيه: «القضاء أن يباع عليه ما كان للتجارة أو للقنية كداره وخادمه ودابته... وغير ذلك إلا ما لا بد منه من ثياب جسده».

وجاء في «منح الجليل»^(٩) قوله: «ويباع على المفلس ما كان للقنية كداره وخادمته ودابته...».

(١) فتح العزيز، ج ١، ص ٢٢٢، روضة الطالبين، ج ٤، ص ١٤٥، مغني المحتاج، ج ٢، ص ١٥٤، شرح جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين، ج ٢، ص ٢٩٠، نهاية المحتاج، ج ٤، ص ٣١٨، حاشية قليوبى على شرح جلال الدين المحلي، ج ٢، ص ٢٩٠.

(٢) المغني، ج ٤، ص ٤٩٢، نقد مراتب الإجماع لابن تيمية، ص ٥٨، الشرح الكبير، ج ٢، ص ٥٥٠، منار السبيل، ج ١، ص ٣٨٣.

(٣) مختصر المزني، ص ١٠٤، المهذب، ج ١، ص ٣٢٩، فتح العزيز، ج ١٠، ص ٢٢١، روضة الطالبين، ج ٤، ص ١٤٥، المنهاج، ج ٢، ص ١٥٤، تحفة المحتاج، ج ٥، ص ١٣٦، الأنوار لأعمال الأبرار، ج ١، ص ١٣٥، فتح الوهاب، ج ١، ص ٢٠١، حاشية عميرة على شرح المحلي، ج ٢، ص ٢٩٠.

(٤) ج ١، ص ٣٧٣.

(٥) ج ٤، ص ٤٩٢.

(٦) ج ٢، ص ٥٥٠.

(٧) ص ١٥٣.

(٨) ج ٣، ص ٢٧٠.

(٩) ج ٦، ص ٣٣.

وقال القرطبي: «ولا يترك له مسكن ولا خادم ولا ثوب جمعة ما لم تقل قيمتها»^(١).

وقد جاء في بعض كتب المالكية:

أن دار سكناء تباع عليه إن كان فيها فضل، ويشتري له دار تناسبه، فإن كان لا فضل فيها فلا تباع.

قال في «حاشية الدسوقي»^(٢) في أثناء كلامه عن بيع كتب المفلس وثيابه إن كثرت قيمتهما قوله:

«.. وإذا بيعا فيشتري له دونهما كما أن دار سكناء تباع عليه إن كان فيها فضل، ويشتري له دار تناسبه، فإن كان لا فضل فيها فلا تباع».

وجاء في «بلغة السالك لأقرب المسالك»^(٣) في أثناء كلامه عن بيع ثياب المفلس إن كثرت قيمتها قوله:

«... وإذا بيعت فيشتري له دونها، كما أن دار سكناء إن كان فيها فضل تباع ويشتري له دار تكفيه».

ويتلخص من هذين النصين ما يلي:

١ - أن دار المفلس تباع عليه إذا كان فيها فضل عن حاجته ويشتري له دار تناسبه، ويصرف الباقي من القيمة للغرماء.

٢ - أنه إذا لم يكن فيها فضل عن حاجته فلا تباع، وهذا يوافق القول الأول.

والله أعلم...

(١) تفسير القرطبي، ج ٣، ص ٣٧٢.

(٢) ج ٣، ص ٢٧٠.

(٣) ج ٢، ص ٦١١.

الأدلة

أدلة القول الأول:

استدل له بما يلي:

الدليل الأول: أن هذا المسكن مما لا غنى للمفلس عنه فلم يصرف في دينه قياساً على ثيابه التي يحتاجها فإنها تترك له^(١).

المناقشة:

نوقش بأن المسكن يسهل استئجاره، وإن تعذر سكن الرباط والمسجد، والثياب قلما تستأجر، فافترقا فلا يصح القياس^(٢).

الإجابة عن هذه المناقشة:

يمكن الإجابة عن هذه المناقشة: بأن الثياب يسهل شراؤها فثمنها قليل بخلاف استئجار المسكن فهو أكثر في العرف، فإذا تركت له الملابس مع قلة ثمنها، فمن باب أولى يترك له المسكن مع كثرة أجرته.

الدليل الثاني: أنه يترك له المسكن الذي يحتاجه قياساً على قوته^(٣)، وكتبه^(٤)، فكما أنه يترك له القوت الذي يحتاجه، فكذلك يجب أن يترك له المسكن الذي يحتاجه بجامع أنه لا غنى له عن ذلك.

الدليل الثالث: أنه في الكفارات المرتبة يعدل إلى الصيام وإن كان له

(١) المغني، ج ٤، ص ٤٩٢، الشرح الكبير، ج ٢، ص ٥٥١، كشاف القناع، ج ٣، ص ٤٣٣، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٢٨٤.

(٢) فتح العزيز، ج ١٠، ص ٢٢٢.

(٣) المغني، ج ٤، ص ٤٩٢، الشرح الكبير، ج ٢، ص ٥٥١، كشاف القناع، ج ٣، ص ٤٣٣، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٢٨٤.

(٤) المبدع، ج ٣، ص ٤٢٣.

مسكن لا يلزمه صرفه إلى الإعتاق، فكذلك في الدين لا يلزمه بيع المسكن المحتاج إليه^(١).

المناقشة:

ناقش الرافعي هذا الدليل من وجهين فقال:

«والفرق من وجهين:

أحدهما: أن الكفارة لها بدل ينتقل إليه، والدين بخلافه.

وثانيهما: أن حقوق الله تعالى مبنية على المساهلة، وحقوق آدميين مبنية على الشح والمضايقة»^(٢).

دفع هذه المناقشة:

يمكن مناقشة قوله: «بأن الكفارة لها بدل ينتقل إليه، والدين بخلافه»، بأن الدين إذ لم يجد صاحبه ما يسدد به إلا المسكن الذي لا غنى له عنه فإنه حينئذ يكون في حكم المعسر، والمعسر ينظر إلى وقت يساره، كما قال تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَتْ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾^(٣).

وقوله: إن حقوق آدميين مبنية على المضايقة، ليس على إطلاقه؛ لأنه لا ضرر ولا ضرار في الإسلام، فالرجل لا يضر أخاه ابتداء ولا جزاء.

الدليل الرابع: أن المسكن المحتاج إليه ليس بمال يمنع أخذ الزكوات، ولا يجب فيه الحج، فكذلك لا يوفى منه الدين^(٤).

(١) فتح العزيز، ج ١٠، ص ٢٢٢، مغني المحتاج، ج ٢، ص ١٥٤، المحتاج، ج ٤، ص ٣١٨.

(٢) فتح العزيز، ج ١٠، ص ٢٢٢.

(٣) سورة البقرة، آية: ٢٨٠.

(٤) القواعد لابن رجب، ص ٢٩٥.

أدلة القول الثاني :

استدل للقول ببيع عقار المفلس حتى المسكن المحتاج إليه بالأدلة

الآتية :

الدليل الأول: ما رواه أبو سعيد الخدري رضي الله عنه قال: «أصيب رجل على عهد رسول الله ﷺ في ثمار ابتاعها فكثرت دينه فقال تصدقوا عليه، فتصدق الناس عليه، فلم يبلغ ذلك وفاء دينه فقال رسول الله ﷺ لغرمائه: خذوا ما وجدتم، وليس لكم إلا ذلك». أخرجه مسلم وغيره^(١).

وجه الدلالة من الحديث :

أن قوله ﷺ في الحديث: «خذوا ما وجدتم»، يشمل مسكن المفلس الذي يحتاجه؛ لأنه مما وجدوه فيقضى به لهم، لدخوله في عموم الحديث^(٢).

المناقشة:

ناقش ابن قدامة الاستدلال بهذا الحديث فقال:

«والحديث قضية في عين، يحتمل أنه لم يكن له عقار... ويحتمل أن النبي ﷺ قال: «خذوا ما وجدتم» مما تصدق به عليه.. والظاهر أنه لم يتصدق عليه بدار، وهو محتاج إلى سكنائها... ولأن الحديث مخصوص بثياب المفلس وقوته، فنقيس عليه محل النزاع»^(٣).

- (١) الحديث أخرجه مسلم في: كتاب المساقاة والمزارعة، باب: وضع الجوائح، ج ١٠، ص ١٨، (صحيح مسلم بشرح النووي). وأخرجه: النسائي في سننه: كتاب البيوع، باب: وضع الجوائح، ج ٧، ص ٢٦٥، وأخرجه ابن ماجه في «سننه» كتاب الأحكام، باب: تفليس المعدم والبيع عليه لغرمائه، ج ٢، ص ٧٨٩، حديث رقم: ٢٣٥٦، وأخرجه البيهقي في «السنن الكبرى»، ج ٦، ص ٥٠، وأخرجه أحمد في «المسند»، ج ٣، ص ٣٦.
- (٢) المغني، ج ٤، ص ٤٩٢، الشرح الكبير، ج ٢، ص ٥٥١، وينظر في ذلك أيضًا: شرح النووي، ج ١٠، ص ٢١٨، نيل الأوطار، ج ٥، ص ٢٤٢.
- (٣) المغني، ج ٤، ص ٤٩٢ - ٤٩٣.

الدليل الثاني: أن المسكن المحتاج إليه هو عين مال المفلس، فوجب صرفه في دينه قياساً على سائر أمواله^(١).

المناقشة:

نوقش بأن هذا القياس منتقض بثياب المفلس وقوته فإن ذلك من ماله، ومع ذلك تبقى له، وبأن أجره المسكن تبقى له^(٢)، وسائر ماله يستغنى عنه بخلاف المسكن^(٣).

الدليل الثالث: يباع مسكن المفلس المحتاج إليه؛ لأن تحصيله بالأجرة يسهل، فإن فقدها فعلى مياسير المسلمين^(٤).

وفي «حاشية الجمل على شرح المنهج»^(٥): علل لبيع مسكن المفلس، وإن احتاجه بأنه يسهل تحصيله بأجرة من بيت المال فإن تعذر تحصيلها بأن لم يكن في بيت المال شيء أو امتنع متوليه من البذل فعلى مياسير المسلمين.

المناقشة:

يناقش التعليل بأن المسكن يسهل تحصيله بالأجرة، بأنه تعليل محل نظر؛ لأن أجره المسكن ليست سهلة في العرف، خاصة على شخص كهذا المفلس.

وجعل أجره المسكن إذا فقدها على مياسير المسلمين غير وجيه؛ لأن

(١) المغني، ج ٤، ص ٤٩٢، الشرح الكبير، ج ٢، ص ٥٥١.

(٢) نقل ابن قدامة عن مالك والشافعي أن دار المفلس التي لا غنى له عنها تباع ويشترى له بدلها. (المغني، ج ٤، ص ٤٩٢)، وقد سبق في مناقشة الدليل الأول لأصحاب القول الأول بأن الرافعي قال: إن المسكن يسهل استجاره.

(٣) المغني، ج ٤، ص ٤٩٣.

(٤) مغني المحتاج، ج ٢، ص ١٥٤.

(٥) ج ٣، ص ٣١٤.

هذا فيه مراعاة لجانب الدائن دون مراعاة لجانب المدين الذي هو في أمس الحاجة للمراعاة، ولجانب المسلمين، وفيه دفع ضرر أخف بارتكاب ضرر أشد.

الترجيح:

بعد ذكر قولي الفقهاء في هذه المسألة، وما استدل به لكل قول، ومناقشة ما أمكن مناقشته، يترجح - والله أعلم - القول الأول القائل بأنه يجب أن يترك للمفلس من ماله عند بيعه: المسكن الذي لا غنى له عنه، وذلك للأسباب الآتية:

السبب الأول: قوة ما استدل به له؛ فقد سلم بعضها من المناقشة، وما أورد على بعضها الآخر، فقد أجيب عنه.

السبب الثاني: أن ما استدل به للقول الثاني قد نوقشت تلك الأدلة، فلا تقوى على إثبات الحكم المستند عليها، وعلى معارضة أدلة القول الأول.

السبب الثالث: أن ترك المسكن الذي لا غنى للمفلس عنه يتمشى مع عموم قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَتْ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾^(١).

بقي التفريع على القول بأنه يترك للمفلس المسكن المحتاج إليه، فإنه يتفرع على هذا القول فروع:

الفرع الأول: إن كان للمفلس داران يستغنى بسكنى إحدهما بيعت الأخرى لعدم احتياجه إلى سكنها^(٢).

الفرع الثاني: إن كان للمفلس مسكن واسع عن سكنى مثله بيع المسكن

(١) سورة البقرة، آية: ٢٨٠.

(٢) المغني، ج ٤، ص ٤٩٣، الإقناع، ج ٢، ص ٢١٦، المبدع، ج ٤، ص ٣٢٣، كشاف القناع، ج ٣، ص ٤٣٤.

الواسع، واشتري له مسكن مثله، ورد الفضل من ثمنه على الغرماء^(١)، جمعاً بين المصلحتين^(٢)، وقياساً على الثياب التي له إذا كانت رفيعة لا يلبس مثله مثلها بيعت واشتري له ما يلبسه مثله^(٣).

ولأن قضاء الدين واجب، فكان أولى من التجمل^(٤).

وكذلك الحكم إن كانت الدار واسعة يكفيه بعضها، بيع الفاضل منها إن أمكن وإلا بيعت كلها، واشتري له مسكن مثله^(٥).

وقد لاحظ الشافعية - بناء على الوجه القائل بإبقاء المسكن للمفلس - أنه إذا كان لائقاً بالحال دون النفيس، ولاحظوا ثمن المسكن، فقال الرافعي: فإن قلنا بالإبقاء، فذلك إذا كان لائقاً بالحال دون النفيس الذي لا يليق به، ويشبه أن يكون هذا هو المراد مما نقل عن الأصطخري: «أنه إن كان ثميناً بيع وإلا فلا»^(٦).

وقد رأيت ابن مفلح من الحنابلة أشار لمثل ذلك؛ حيث قال في أثناء كلامه فيما يترك للمفلس وعياله: «ويترك لهم ما لا بد منه، كمسكن لا سعة فيه وخادم ليسا نفيسين، نصّ على ذلك»^(٧).

(١) تبين الحقائق، ج ٥، ص ٢٠٠، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٤٤٣، وبهامشه الدر المنتقى نفس الجزء والصفحة، حاشية ابن عابدين، ج ٦، ص ١٥١، حاشية الدسوقي، ج ٣، ص ٢٧٠ بلغة السالك، ج ٢، ص ٦١١، المغني، ج ٤، ص ٤٩٣، الشرح الكبير، ج ٢، ص ٥٥١، الإنصاف، ج ٥، ص ٣٠٣، التنقيح، ص ١٥١، الإقناع، ج ٢، ص ٢١٦، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٢٨٤، كشف القناع، ج ٣، ص ٤٣٤.

(٢) كشف القناع، ج ٣، ص ٤٣٤، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٢٨٤.

(٣) المغني، ج ٤، ص ٤٩٣.

(٤) الدر المنتقى، ج ٢، ص ٤٤٣.

(٥) الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ١٨٦.

(٦) فتح العزيز، ج ١٠، ص ٢٢٢.

(٧) الفروع، ج ٤، ص ٣٠٥.

وأورد المرادوي في «الإنصاف»^(١) مثله حيث قال عند قول المصنف: «ويترك له من ماله ما تدعو إليه حاجته: من مسكن» «بلا نزاع، لكن إن كان واسعاً يفضل عن سكنى مثله، يبيع، واشتري له مسكن مثله».

ثم قال عند قول المصنف: «وخادم» (بلا نزاع لكن بشرط أن لا يكون نفيساً، وكذا المسكن، نصَّ عليهما).

الفرع الثالث: أن المسكن إن كان عين مال بعض الغرماء لم يترك للمفلس، ولو كان المفلس محتاجاً إلى ذلك، فلصاحبه أخذه^(٢) بالشروط المعتبرة فيه^(٣).

لعموم قوله ﷺ في حديث أبي هريرة رضي الله عنه: «من أدرك ماله بعينه عند رجل قد أفلس فهو أحق به من غيره». متفق عليه^(٤).

ولأن الإعسار بالثمن سبب يستحق به الفسخ، فلم يمنعه منه تعلق حاجة المشتري كما قبل القبض.

(١) ج ٥، ص ٣٠٣.

(٢) الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ١٨٦، المغني، ج ٤، ص ٤٩٣، الإقناع، ج ٢، ص ٢١٦، الإنصاف، ج ٥، ص ٣٠٣.

(٣) من وجد عين ماله عند المفلس فله أخذه بشروط: أن يكون المفلس حيّاً إلى حين أخذه، ولم ينقد المفلس من الثمن شيئاً ولا أبراه البائع من بعضه، وكون السلعة بحالها، وكونها لم يزل ملكه عن بعضها بتلف ولا غيره، وكون السلعة لم يتعلق بها حق غير المفلس، كشفعة وجناية ورهن، وكون السلعة لم تزد زيادة متصلة. انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ١٧٥، وما بعدها، المغني، ج ٤، ص ٤٥٧، وما بعدها. الإقناع، ج ٢، ص ٢١٣ - ٢١٤، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٢٨٠ - ٢٨١، كشاف القناع، ج ٣، ص ٤٢٦ - ٤٢٨.

(٤) الحديث أخرجه: البخاري في صحيحه، كتاب الاستقراض باب: إذا وجد ماله عند مفلس في البيع والقرض والوديعة فهو أحق به، ج ٣، ص ١٥٥، وأخرجه: مسلم في صحيحه، كتاب البيوع، باب: من أدرك ما باع عند المشتري وقد أفلس فله الرجوع فيه، ج ١٠، ص ٢٢١، (صحيح مسلم بشرح النووي).

ولأن منع الغرماء من أخذ أعيان أموالهم يفتح باب الحيلة بأن يجيء من لا مال له فيشتري في ذمته داراً يسكنها ونحو ذلك ويمتنع على أرباب الأموال أخذها لتعلق حاجته بها فتضيع أموالهم، ويستغني هو بها^(١).

ولعل الأقرب في هذه المسألة - والله أعلم - أن يفرق بين المسكن الذي هو عين مال رجل وكان الشراء قبل الإفلاس، لا يؤخذ منه، وإن كان بعد الإفلاس فيحتمل أخذه، وهذا ما أشار إليه ابن رجب حيث قال في أثناء كلامه عن مسكن المفلس الذي يحتاجه وأنه لا يباع: «.. ولا فرق بين أن يكون الخادم والمسكن في ملكه، أو يحتاج إليهما فيترك له ثمنهما على ظاهر كلام الأصحاب، فإنهم قالوا: لو كان مسكنه وثيابه عين مال رجل يرجع بها وترك له بدلها من بقية المال ليشتري له منه إن لم يكن فيه من جنسها؛ لأن حق الغريم يتعلق بعين ماله بخلاف المفلس فإن حاجته تندفع بغيرها.

أما إذا لم يكن للمفلس سواها، وهي عين مال رجل وكان الشراء قبل الإفلاس لم يؤخذ منه، وإن كان بعده ففي الكافي يحتمل أن يؤخذ منه لئلا يؤدي إلى الحيلة على أخذ أموال الناس»^(٢).

الفرع الرابع: من لم يكن له مسكن فاستدان ما اشتراه به، وأفلس بذلك الدين، فقد ذكر الحنابلة احتمالاً أنه يباع ذلك المسكن.

قال ابن قدامة:

«يحتمل أن من لم يكن له مسكن، ولا خادم، فاستدان ما اشتراهما به، وأفلس بذلك الدين، أن يباع مسكنه وخادمه؛ لأنهما أموال الغرماء،

(١) المغني، ج ٤، ص ٤٩٣.

(٢) القواعد لابن رجب، ص ٢٩٥ - ٢٩٦.

فتبقيتهما له إضرار بهم، وفتح باب الحيلة للمفاليس في استدانة ما يشترون به ذلك فيبقى لهم»^(١).

وقال في «الإنصاف»^(٢):

«ولابن حمدان احتمال: أن من أدان ما اشترى به مسكنًا أنه يباع، ولا يترك له».

الفرع الخامس: أنه إذا لم يكن للمفلس مسكن، أو كان المسكن عين مال غريم فأخذه وكان محتاجًا إليه، وبيع ماله، فقد اختلف الفقهاء الذين قالوا: يترك له المسكن الذي لا غنى له عنه، هل يشتري له مسكن، أو يترك له أجرة المسكن؟ وقد فهمت من كتبهم أن لهم قولين:

القول الأول: أنه يستأجر له مسكن:

قال ابن قدامة في «الكافي»^(٣) - عند حديثه عن بيع مال المفلس -:

«ولا تباع داره التي لا غناء له عن سكنها.. وإن لم يكن له مسكن، استؤجر له مسكن، لأن ذلك مما لا بد له منه. ورد الفضل على الغرماء».

القول الثاني: أنه يشتري له مسكن، وهذا مقتضى قاعدة الشافعية في كل ما يترك للمفلس، أنه إذا لم يوجد في ماله، يشتري له.

قال الرافعي:

«وكل ما يترك إذا وجد في ماله، يشتري له إذا لم يوجد»^(٤).

وقال النووي:

(١) الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ١٨٧.

(٢) ج ٥، ص ٣٠٣.

(٣) ج ٢، ص ١٨٦.

(٤) فتح العزيز، ج ١٠، ص ٢٢٣.

«كل ما قلنا يترك له، إن لم نجده في ماله، اشترى له»^(١).

وقد جاء نحو هذا عن بعض الحنابلة، فإنهم قالوا: يشتري له مسكن أو يترك له ثمن المسكن.

قال ابن رجب:

«ولا فرق بين أن يكون الخادم والمسكن في ملكه، أو يحتاج إليهما، فيترك له ثمنهما على ظاهر كلام الأصحاب، فإنهم قالوا: لو كان مسكنه وثيابه عين مال رجل يرجع بها وترك له بدلها من بقية المال ليشتري له منه إن لم يكن من جنسها؛ لأن حق الغريم يتعلق بعين ماله بخلاف المفلس فإن حاجته تندفع بغيرها»^(٢).

وقد ورد في «شرح منتهى الإرادات»^(٣) نحو هذا حيث قال فيه:

«ويجب ترك الحاكم للمفلس من ماله ما يحتاجه من مسكن وخادم صالح لمثله... ما لم يكونا... عين مال غريم فله أخذها... ويشتري للمفلس بدلها أو يترك له من ماله بدلها دفعًا لحاجته».

ويتلخص مما سبق ما يلي:

أولاً: أنه إذا كان للمفلس أكثر من مسكن ترك له ما يكفيه ويبيع الزائد.

ثانياً: إنه إذا كان له مسكن واسع يزيد عن حاجته... بيع الفاضل منه، إن أمكن وإلا بيع كله، واشترى له مسكن مثله.

ثالثاً: أنه يلاحظ في المسكن الذي يبقى له أن يكون لا ثقاً بحاله.

رابعاً: أن المسكن المحتاج إليه المفلس إن كان عين مال بعض

(١) روضة الطالبين، ج ٤، ص ١٤٦.

(٢) القواعد في الفقه الإسلامي، ص ٢٩٥ - ٢٩٦.

(٣) ج ٢، ص ٢٨٤.

الغرماء، فله أخذه بشروط، على ما ذكره بعض الفقهاء، وقد يقال بالتفريق بين ما كان قبل الإفلاس فلا يؤخذ منه، وما كان بعده فيحتمل أخذه.

خامساً: من لم يكن له مسكن فاستدان ما اشتراه به، وأفلس بذلك الدين فقد ذكر بعض الفقهاء احتمالاً: أنه يباع ذلك المسكن.

سادساً: إذا لم يكن المسكن في ملك المفلس، أو كان عين مال بعض الغرماء فأخذه، وكان المفلس محتاجاً إليه، استؤجر له مسكن، أو ترك له ثمن.

وبالله التوفيق.



المبحث الثاني

بيع عقار المحجور عليه لحظ نفسه

كان الكلام في المبحث السابق عن حكم بيع عقار المحجور عليه لحظ غيره، وقد خصص الحديث فيه عن بيع عقار المفلس.

وقد اختلف الفقهاء في أكثر جزئيات هذا الموضوع، كما أن بعضاً منهم نصّ على بعض الجزئيات، وتركها الآخرون، ولكثرة تفرعاتهم وتشعبها أورد لهم نصوصاً ثم استنتج منها وألخصها في ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيع الأب عقار ولده المحجور عليه.

المطلب الثاني: بيع الولي غير الأب عقار المحجور عليه.

المطلب الثالث: دعوى بيع عقار المحجور عليه بغير مسوغ.

المطلب الأول: بيع الأب عقار ولده المحجور عليه

المذهب الحنفي:

جاء في «فتاوى قاضيخان»^(١) قوله:

«رجل باع عقاراً لولده الصغير بمثل القيمة، أو بغبن يسير، قالوا: إن كان الأب محموداً عند الناس، أو مستوراً جاز بيعه... وإن كان الأب فاسقاً لا يجوز بيعه.. لأن الأب إذا كان محموداً أو مستوراً كان الظاهر منه مباشرة البيع على وجه الخيرية، بخلاف ما إذا كان فاسقاً».

وجاء في «غمز عيون البصائر»^(١) بعد أن بين أن الوصي لا يبيع العقار إلا في مواضع محدّدة معروفة في المذهب بالعدّ والحصر قوله:

«ومثل الوصي: الأب فلا يجوز بيعه عقار الصغير إلا في المسائل المذكورة، كما أفتى بذلك شيخ مشايخنا.. محمد الحانوتي».

وقد جاء الكلام أكثر تعميماً في «الدر اليتيم في حكم بيع مال اليتيم»^(٢) حيث جاء فيه:

«... ولا فرق عندنا بين أن يكون البائع أباً، أو جدّاً، أو وصياً، أو قاضياً، أو وصياً من جانب الأب أو القاضي، ولم أر من صرح بذلك، وإن علم من كلامهم».

وأما ابن عابدين فقد استظهر، ونقل عن غيره: أنه لا يفتقر بيع الأب عقار ولده إلى المسوغات المذكورة في الوصي؛ حيث قال:

«تنبيه: ظاهر كلامهم هنا: أنه لا يفتقر بيع الأب عقار ولده إلى المسوغات المذكورة في الوصي».

ونقل الحموي في حواشي الأشباه من الوصايا: أن الأب كالوصي لا يجوز له بيع العقار إلا في المسائل المذكورة كما أفتى به الحانوتي اهـ.

(١) ج ٣، ص ٢٥٨.

(٢) مخطوط ورقة رقم: ١٨.

ثم رأيت في مجموعة شيخ مشايخنا (ملا علي التركماني)، أنه نقل عبارة الحموي المذكورة، ثم قال ما نصه:

وهو مخالف لإطلاق ما في «الفصول» وغيره، ولم يستند الحانوتي في ذلك إلى نقل صحيح، ولكن إذا صارت المسوغات في بيع الأب أيضًا، كما في الوصي صار حسنًا مفيدًا أيضًا؛ لأن الأخذ بالاتفاق أوفق، هكذا أفادنيه شيخنا الشيخ: محمد مراد السقاميني رحمته الله اهـ^(١).

تلخيص المذهب الحنفي:

يتلخص من النقول السابقة ما يلي:

أولاً: إذا كان الأب محمودًا أو مستورًا جاز بيعه عقار ولده الصغير بقيمة المثل، أو بغبن يسير، فإن باعه بغبن فاحش فلا يجوز. ثانيًا: إذا كان الأب فاسقًا لا يجوز بيعه عقار ولده الصغير، إلا أن يكون خيرًا له.

ثالثًا: يجوز بيع الأب عقار ولده الصغير بقيمة المثل أو بغبن يسير من غير تحديد مواضع معينة.

وقال بعضهم: لا يجوز له بيعه إلا في مواضع معينة محددة، ولا فرق في ذلك بين الأب وغيره.

المذهب المالكي:

قال ابن رشد في «البيان والتحصيل»^(٢):

«... الأب في بيع عقار ابنه بخلاف الوصي في بيع عقار يتيمة، إذ لا

(١) حاشية ابن عابدين، ج ٦، ص ٧١١ - ٧١٢.

(٢) ج ١٠، ص ٥٢٣.

يجوز للوصي أن يبيع عقار يتيمة إلا لوجوه معلومة قد حصرها أهل العلم بالعدّ لها... وأما الأب فيجوز بيعه عقار ابنه الذي في حجره إذا كان بيعه على وجه النظر، من غير أن يحصر وجوه النظر في ذلك بعدد، وفعله في ذلك على النظر حتى يثبت خلافه».

وجاء في «مختصر خليل»^(١) قوله:

«والولي الأب، وله البيع مطلقاً، وإن لم يذكر سببه...».

قال في «منح الجليل»^(٢) شارحاً هذا النص:

«(والوالي) على المحجور مجنوناً كان أو صبيّاً أو سفيهاً (الأب)... (وله)، أي: الأب الولي على ولده الصغير أو السفيه أو المجنون (البيع) لشيء من مال ولده المحجور له... (مطلقاً) عن تقييده بغير العقار إن بين الأب سبب بيعه، بل (وإن لم يذكر) الأب (سببه) أي البيع على ولده... إطلاقه جواز البيع يشمل بيعه لمنفعة نفسه، وهو قول أصبغ، لكنه رجع عنه لقول ابن القاسم: إن باع لمنفعة نفسه وتحقق ذلك فسخ».

ابن عرفة: يريد منفعة غير واجبة له، فإن كانت واجبة فلا يفسخ كبيعته داراً مشتركة بينهما لا تنقسم... قوله: وإن لم يذكر سببه، أي: لأنه لا يبيع إلا بالنظر، وليس عليه بيان وجه النظر، هذا مراد المصنف بالسبب... لأنه كان على وجه النظر فلا يحتاج أن يذكر السبب الذي يبيع ذلك لأجله...

وقال ابن عبد السلام: وظاهر المذهب أن الأب يبيع عقار ابنه وغيره لوجه من الوجوه الآتية ولغيرها. أه، فعلم أنه لا يبيع إلا بالسبب، وهو النظر، لكنه لا يلزمه ذكره لحمله عليه».

(١) ج ٦، ص ١٠٤ - ١٠٥.

(٢) ج ٦، ص ١٠٤ - ١٠٦.

تلخيص المذهب المالكي:

أنَّ للأب بيع عقار ولده المحجور عليه إذا كان يبيعه على وجه النظر، من غير أن يحصر وجوه النظر في ذلك بعدد، وفعله في ذلك محمول على النظر حتى يثبت خلافه.

المذهب الشافعي:

جاء في «المهذب»^(١) في أثناء كلامه عن أن الناظر على المحجور عليه لحظ نفسه لا يتصرف في ماله إلا على النظر والاحتياط قوله: «ولا يبيع له العقار إلا في موضعين:

أحدهما: أن تدعو إليه ضرورة بأن يفتقر إلى نفقة، وليس له مال غيره، ولم يجد من يقرضه.

والثاني: أن يكون في بيعه غبطة^(٢)، وهو أن يطلب بأكثر من ثمنه، فيباع له، ويشتري ببعض الثمن مثله.

لأن البيع في هذين الحالين فيه حظ، وفيما سواهما لا حظ فيه فلم يجز.

وإن باع العقار وسأل الحاكم أن يسجل له نظر:

فإن باعه الأب أو الجد سجل له؛ لأنهما لا يتهمان في حق الولد.

وإن كان غيرهما لم يسجل حتى يقيم بينة على الضرورة أو الغبطة؛ لأنه

تلحقه التهمة فلم يسجل له من غير بيّنة».

(١) ج ١، ص ٣٣٦.

(٢) جاء في النظم المستعذب في شرح غريب المهذب، ج ١، ص ٢٣٧ قوله: «الغبطة: هي حسن الحال، ومنه قولهم: اللهم غبطاً لا هبطاً، أي نسألك الغبطة ونعوذ به أن نهبط عن حالنا، والغبطة: أن يتمنى مثل مال المغبوط من غير أن يريد زواله عنه وليس بحسد.. والمعنى: يبيعه له بما يغبط عليه، ويتمنى غيره أنه له».

هذا هو ما في «المهذب»، وقد ورد مثل ذلك في «التنبيه»^(١)، وورد نحوه في «فتح العزيز»^(٢)، و«روضة الطالبين»^(٣)، إلا أنهما عبّرا بالحاجة بدل الضرورة، وجعلا من أمثلة الحاجة الافتقار إلى النفقة، والغبطة مثل أن يكون ثقل الخراج، أو رغب فيه شريك أو جار بأكثر من ثمن مثله.

وأما في «الأنوار لأعمال الأبرار»^(٤)؛ فقد جعل المواضع ثلاثة حيث قال:

«.. ولا يجوز بيع عقاره إلا لحاجة، أو مصلحة، أو غبطة، فالحاجة أن يكون له نفقة وكسوة وقصرت غلته عن الوفاء بهما، أو تعذر الوصول إليه لبعده ونحوه، وأن لا يوجد من يقرضه أو يوجد والمصلحة في تركه، وحينئذٍ جاز بدون ثمن المثل.

والمصلحة، كثقل الخراج، أو الإشراف على البوار، أو جور السلطان، أو قصور الغلة عن الكفاية.

قال القفال في الفتاوى: ولو كانت تستأصل بالخراج فيجوز البيع بثمن تافه، ولو كان درهماً.

والغبطة بأن يرغب راغب فيه بأكثر من ثمن مثله، ويوجد مثله ببعض ذلك الثمن أو يوجد عقار آخر أكثر قيمة منه وريعاً بذلك الثمن كله.

ولا أثر لزيادة يستهينها العقلاء بالنسبة إلى شرف ذلك العقار».

قال الشيخ سليمان الجمل في حاشيته على شرح المنهج^(٥): «المصلحة

(١) ص ١٠٣.

(٢) ج ١٠، ص ٢٩١.

(٣) ج ٤، ص ١٨٧.

(٤) ج ١، ص ٤٤٣.

(٥) ج ٣، ص ٣٤٩.

أعمُّ من الغبطة؛ إذ الغبطة بيع بزيادة على القيمة لها وقع، والمصلحة لا تستلزم ذلك لصدقها بنحو شراء ما يتوقع فيه الربح، وبيع ما يتوقع فيه الخسران».

وفهم من كلام بعض الشافعية، أن الحاجة ليست محصورة في المواضع السابقة، بل هي أعمُّ من ذلك، وكذلك الغبطة جاء في «تحفة المحتاج لشرح المنهاج»^(١) قوله:

«(ولا يبيع عقاره)؛ لأنه أنفع وأسلم ممَّا عداه، (إلا لحاجة)، كخوف ظالم، أو خرابه، أو عمارة بقية أملاكه، أو لنفقتة وليس له غيره، ولم يجد مقرضاً، أو رأى المصلحة في عدم القرض، أو لكونه بغير بلده ويحتاج لكثرة مؤنة لمن يتوجه لإيجاره وقبض غلته، ويظهر ضبط هذه الكثرة: بأن يستغرق أجرة العقار أو قريباً منها بحيث لا يبقى منها إلا ما لا وقع له عرفاً. (أو غبطة)، كثقل خراجه مع قلة ريعه... أو رغبة نحو جار فيه بأكثر من ثمن مثله، وهو يجد مثله بأقل أو خيراً منه بذلك الثمن، وكخوف رجوع أصله في هبته ولو بثمان المثل... وألحق بذلك ما لو غلب على ظنه غصبه لو بقي».

تلخيص المذهب الشافعي:

يمكن تلخيص ما سبق بأن الشافعية (رحمهم الله تعالى) قد اختلفوا في ذلك:

فقال صاحب المذهب: أنه لا يصح بيعه إلا في موضعين: أن تدعو إليه ضرورة وفسرها بالافتقار إلى النفقة، أو يكون في بيعه غبطة، وهو أن يطلب بأكثر من ثمنه.

(١) ج ٥، ص ١٨١ - ١٨٢.

وقال صاحب «الأنوار لأعمال الأبرار»: لا يصح بيعه إلا لحاجة، أو مصلحة، أو غبطة، فجعل المواضيع ثلاثة، وفسّر الحاجة، بالاحتياج إلى النفقة والكسوة، ومثل للمصلحة بثقل الخراج، أو الإشراف على البوار، أو جور السلطان، أو قصور الغلة عن الكفاية، وأما الغبطة فهي أن يرغب فيه بأكثر من ثمنه مثله.

وذهب بعض الشافعية إلى أنه لا يبيعه إلا لحاجة أو غبطة، لكنهم لم يخصوا ذلك بمواضع معينة، بل مثلوا لذلك.

وعلى هذا يكون للشافعية قولان في الجملة:

أحدهما: أنه لا يباع إلا في مواضع معينة منصوص عليها مع اختلاف بينهم في عدد تلك المواضع.

وثانيهما: أنه يجوز بيعه إذا كان في بيعه مصلحة من غير تحديد بمواضع محصورة. والله أعلم.

وهذا ما فهمه صاحب المغني، وصاحب الشرح من مذهب الشافعية^(١).

المذهب الحنبلي:

قال ابن قدامة في «المقنع»^(٢):

«ولا تثبت الولاية على الصبي والمجنون إلا للأب ثم لوصيه ثم للحاكم، ولا يجوز لوليها أن يتصرف في مالها إلا على وجه الحظ لهما.. ولا يجوز أن يشتري من مالها شيئاً لنفسه ولا يبيعهما إلا الأب... ولا يبيع عقارهم إلا لضرورة أو غبطة، وهو أن يزداد في ثمنه الثلث فصاعداً».

وقال المرادوي في «الإنصاف»^(٣) عند كلام المصنف هذا، ما نصه:

(١) ينظر: المغني، ج ٤، ص ٢٦٦، الشرح الكبير، ج ٢، ص ٥٦٧.

(٢) ج ٢، ص ١٤١ - ١٤٣.

(٣) ج ٥، ص ٣٢٣.

«يستحق الأب الولاية على الصغير والمجنون بلا نزاع، لكن بشرط أن يكون رشيداً، ويكفي كونه مستور الحال على الصحيح من المذهب...»
ثم قال^(١) بعد ذلك:

«اشترط المصنف رحمته لجواز بيع عقارهم وجود أحد شيئين:
إما الضرورة، وإما الغبطة.

فأما الضرورة: فيجوز بيعه لها بلا نزاع، ولكن خص القاضي الضرورة باحتياجهم إلى كسوة، أو نفقة، أو قضاء دين، أو ما لا بد منه.
وقال غيره: أو يخاف عليه الهلاك بغرق أو خراب أو نحوه.
ومفهوم كلام المصنف: أنه لا يجوز إذا لم تكن ضرورة، وهو أحد الوجهين اختاره القاضي...

والصحيح من المذهب: جواز بيعه إذا كان فيه مصلحة، وهو ظاهر كلام الإمام أحمد رحمته، واختاره المصنف في غير هذا الكتاب...

وأما الغبطة: فيجوز بيعه لها، بلا نزاع، لكن اشترط المصنف «أن يزداد في ثمنه الثلث فصاعداً»، وهذا أحد الوجهين...

وقال القاضي: بزيادة كثيرة ظاهرة على ثمن مثله، ولم يقيد بالثلث ولا غيره...

والصحيح من المذهب: جواز بيعه إذا كان فيه مصلحة، نص عليه كما تقدم، سواء حصل زيادة أو لا، اختاره المصنف، والشارح، والشيخ تقي الدين...».

وقال ابن قدامة في «المغني»^(٢):

(١) ج ٥، ص ٣٣٢.

(٢) ج ٤، ص ٢٦٦ - ٢٦٧.

«ولا يجوز بيع عقاره لغير حاجة، لأننا نأمره بالشراء لما فيه من الحظ، فيكون بيعه تفويتاً للحظ، فإن احتيج إلى بيعه جاز، نقل أبو داود عن أحمد: يجوز للوصي بيع الدور على الصغار إذا كان نظراً لهم... قال القاضي: لا يجوز إلا في موضعين:

أحدهما: أن يكون به ضرورة إلى كسوة، أو نفقة، أو قضاء دين، أو ما لا بدّ منه، وليس له ما تندفع به حاجته.

الثاني: أن يكون في بيعه غبطة، وهو أن يدفع فيه زيادة كثيرة على ثمن المثل، قال أبو الخطاب: كالثلث ونحوه، أو يخاف عليه الهلاك بغرق، أو خراب، أو نحوه... وكلام أحمد يقتضي إباحة البيع في كل موضع يكون نظراً لهم، ولا يختص بما ذكره. وقد يرى الولي الحظ في غير هذا، مثل أن يكون في مكان لا ينتفع به أو نفعه قليل فيبيعه ويشتري له في مكان يكثر نفعه، أو يرى شيئاً في شرائه غبطة ولا يمكنه شراؤه إلا ببيع عقاره، وقد تكون داره في مكان يتضرر الغلام بالمقام فيها لسوء الجوار أو غيره، فيبيعهما ويشتري له بثمانها داراً يصلح له المقام بها، وأشباه هذا مما لا ينحصر.

وقد لا يكون له حظ في بيع عقاره، وإن دفع فيه مثلاً ثمنه، إما لحاجته إليه، وإما لأنه لا يمكن صرف ثمنه في مثله، فيضيع الثمن ولا يبارك فيه، فقد جاء عن النبي ﷺ: «من باع داراً أو عقاراً ولم يصرف ثمنه في مثله لم يبارك له فيه»^(١)، فلا يجوز بيعه إذا فلا معنى لتقييده بما ذكره في الجواز، ولا في المنع، بل متى كان بيعه أحظ له جاز بيعه، وإلا فلا.

(١) الحديث أخرجه: أحمد في «المسند»، ج١، ص ١٩٠ من حديث سعيد بن زيد: حدثنا أبو سعيد، حدثنا قيس بن الربيع، حدثنا عبد الملك بن عمير عن عمرو ابن حريث قال: قدمت المدينة فقاسمت أخي، فقال سعيد بن زيد: إن رسول الله ﷺ قال: «لا يبارك=

وقال في «الإقناع»^(١) في أثناء كلامه عن تصرف الولي في مال الصغير والمجنون ما نصه:

«... وله بيع عقارهما لمصلحة، ولو لم يحصل زيادة على ثمن مثله^(٢).
 وأنواع المصلحة كثيرة: إما لاحتياج إلى نفقة، أو كسوة، أو قضاء دين، أو ما لا بد منه وليس له ما تندفع به حاجته، أو يخاف عليه الهلاك بغرق، أو خراب ونحوه، أو يكون في بيعه غبطة: وهي أن يبذل فيه زيادة كثيرة على ثمن مثله، ولا يتقيد بالثلث، أو يكون في مكان لا ينتفع به، أو نفعه قليل فيبيعه، ويشتري له في مكان يكثر نفعه، أو يرى شيئاً يباع في شرائه غبطة ولا يمكنه شراؤه، إلا ببيع عقاره، وقد تكون داره في مكان يتضرر الغلام بالمقام فيه لسوء الجوار، أو غيره، فيبيعه ويشتري له بثمنها داراً يصلح له المقام بها، وأشباه هذا مما لا ينحصر».

تلخيص المذهب الحنبلي:

يتلخص ممّا سبق نقله أن للحنابلة قولين في هذه المسألة:

=في ثمن أرض ولا دار لا يجعل في أرض ولا دار»، وأخرجه أيضًا في ج ٣، ص ٤٦٧ عن ابن نمير عن إسماعيل بن إبراهيم بن المهاجر عن عبد الملك بن عمير عن عمرو بن حريث قال: حدثني أخي سعيد بن حريث قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من باع عقارًا كان قمنا أن لا يبارك له إلا أن يجعله في مثله أو غيره». وأخرجه أيضًا في ج ٤، ص ٣٠٧، والحديث أخرجه يحيى بن آدم في كتابه «الخراج»، ص ٨٣، قال محققه الشيخ: أحمد محمد شاكر - بعد أن ذكر أن ابن ماجه قد رواه أيضًا، وبين أن الذهبي ضعف الحديث -: «والحديث في رأينا حسن الإسناد». انتهى، وينظر أيضًا: الفتح الرباني، ج ١٥، ص ٢٦.

(١) ج ٢، ص ٢٢٥ - ٢٢٦.

(٢) ويفهم من هذا أنه لا يبيعه بأقل من ثمن المثل، قال في كشاف القناع ٣/ ٤٥١: «المعتبر أن يراه مصلحة، قال في المبدع: وحاصله أنه لا يباع إلا بثمن المثل، فلو نقص منه لم يصح ذكره في المغني والشرح. انتهى، وفي حواشي ابن نصر الله: وبيع الولي بدون القيمة صحيح على المذهب، يعني ويضمن النقص كالوكيل».

أحدهما: أن الولي أبًا كان أو غيره له بيع عقار المحجور لمصلحة، من غير تحديد مصلحة معينة، ولو لم يحصل زيادة على ثمن المثل، فمتى كان بيعه أحظ للمحجور عليه جاز البيع، وهذا المذهب.

وثانيهما: لا يجوز بيعه إلا في موضعين: أن يكون به ضرورة، أو يكون في بيعه غبطة.

خلاصة أقوال الفقهاء:

مما سبق يمكن تلخيص الخلاف في هذه المسألة في قولين:

القول الأول: للأب بيع عقار ولده المحجور عليه إذا كان في بيعه مصلحة له، من غير تحديد مصلحة معينة. وبهذا قال الحنفية على الراجح، وهو قول المالكية، وأحد قولي الشافعية، وهو المذهب عند الحنابلة.

القول الثاني: لا يجوز للأب بيع عقار ولده المحجور عليه إلا في مواضع معينة. وبه قال بعض الحنفية، وهو أحد قولي الشافعية، والقول المرجوح في مذهب الحنابلة، مع اختلاف بينهم في تحديد تلك المواضع.

الترجيح:

يترجح أن للأب بيع عقار ولده المحجور عليه إذا كان في بيعه مصلحة له، من غير تحديد مصلحة معينة، وذلك للأسباب الآتية:

السبب الأول: قوة ما استدل به لهذا القول، كما أن حصر البيع في مواضع معينة لم تقم عليه أدلة كافية، وليست تلك المواضع أولى من غيرها.

السبب الثاني: تحديد مواضع معينة بابه التوقيف، ولم يرد نص صريح بتخصيص تلك المواضع دون غيرها.

السبب الثالث: أن من قال بالتحديد، منهم من حدّد بموضعين، ومنهم من حدّد بثلاثة مواضع، ومنهم من حدّد بأكثر من ذلك، وهذا يدل على أن التحديد بمواضع معينة هو تحديد محل نظر.

السبب الرابع: أنه يصح بيع عقار المحجور عليه لأجل المصلحة العامة، ولم ينصوا عليه ضمن تلك المواضع.
قال ابن القيم رحمته الله:

«في شراء رجل مسجد المدينة من اليتيمين وجعلها مسجداً من الفقه دليل على جواز بيع عقار اليتيم - وإن لم يكن محتاجاً إلى بيعه للنفقة - إذا كان في البيع مصلحة للمسلمين عامة لبناء مسجد أو سور أو نحوه»^(١).

المطلب الثاني: بيع الولي غير الأب عقار المحجور عليه:

كان الحديث في المطلب السابق عن بيع الأب عقار ولده المحجور عليه، أما هذا المطلب فالكلام فيه عن بيع غير الأب عقار المحجور عليه، هل هو مثل الأب أو لا؟ في ذلك تفصيل في المذهب.

المذهب الحنفي:

قال صدر الشريعة:

«... وأما عقار الصغير فإن باعه الوصي من أجنبي بمثل القيمة يجوز، هذا جواب المتقدمين.

واختيار المتأخرين: أنه إنما يجوز إن أرغب المشتري بضعف القيمة، أو للصغير حاجة إلى الثمن، أو على الميت دين لا يقضى إلا بثمنه، قالوا: وبه يفتى»^(٢).

وأما ابن نجيم فقد ذكر أن المتقدمين من الحنفية لا يجيزون للوصي بيع

(١) بدائع الفوائد، المجلد الثاني، ج ٣، ص ٢٠٨.

(٢) شرح صدر الشريعة على متن الوقاية، ج ٢، ص ٣٢٧.

عقار اليتيم، وأما المتأخرون فأجازوه في سبعة مواضع، فذكر المواضع الثلاثة السابقة، وأضاف إليها أربعة أخرى قال في «الأشباه والنظائر»^(١): «لا يجوز للوصي بيع عقار اليتيم عند المتقدمين، ومنعه المتأخرون أيضًا إلا في ثلاثة كما ذكره الزيلعي»^(٢): إذا بيع بضعف قيمته، وفيما إذا احتاج اليتيم إلى النفقة، ولا مال له سواه، وفيما إذا كان على الميت دين لا وفاء له إلا منه».

وزدت أربعًا فصار المستثنى سبعة، ثلاث عن الظهيرية: فيما إذا كان في التركة وصية مرسله^(٣) لا نفاذ لها إلا منه، وفيما إذا كانت غلاته لا تزيد على مؤنته، وفيما إذا كان حانوتًا أو دارًا يخشى عليه النقصان. انتهى.

والرابعة من بيوع الخانية^(٤): «فيما إذا كان العقار في يد متغلب، وخاف الوصي عليه فله بيعه».

وقد تعقب بعض الحنفية: ابن نجيم في نسبته منع بيع الوصي عقار اليتيم إلى المتقدمين، فقال صاحب «غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر»^(٥): «قوله «عند المتقدمين»، أقول: هذا صريح في أنه لا يجوز بيع الوصي عقار اليتيم عندهم، وهو مخالف لما في الخانية^(٦)، والظهيرية حيث نقلنا عن شمس الأئمة الحلواني أن ما ذكر في الكتاب من بيع الوصي عقار اليتيم جواب السلف.

أما على قول المتأخرين لا يجوز إلا في مواضع».

(١) ص ٢٩١ - ٢٩٢.

(٢) ينظر تبين الحقائق، ج ٦، ص ٢١٢.

(٣) في غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر، ج ٣، ص ٢٥٨: «قوله: فيما إذا كان في التركة وصية مرسله، أي غير مقيدة بكسر من الكسور كالنصف والربع وغيره، كما إذا أوصى مريض له تسعون درهمًا لزيد منها بثلاثين وعمرو بستين».

(٤) ينظر فتاوى قاضيخان، ج ٢، ص ٢٨٦.

(٥) ج ٣، ص ٢٥٧.

(٦) ينظر فتاوى قاضيخان، ج ٢، ص ٢٨٧.

وكذا تعقبه ابن عابدين فقال:

«وما في الأشباه من أنه لا يجوز عند المتقدمين سبق قلم فتنبه»^(١).

ويرد عليه أيضًا بما في «الفتاوى البزازية»^(٢) حيث جاء فيها في أثناء الكلام عن بيع الوصي: «جواب السلف أنه يجوز مطلقاً عقاراً أو عرضاً»، إذا كان بالقيمة العادلة أو بما يتغابن فيه.

والمتأخرون: أن يبيعه العقار لا يجوز إلا بإحدى معان ثلاث إما أن يزداد في القيمة.. أو لحاجة الصغير إلى ثمنه، أو كان على الميت دين لا وفاء له إلا من ثمنه، وبه يفتى».

وهذه المواضع السبعة التي ذكرها ابن نجيم، قد ذكرها أيضًا صاحب «الدر المختار»^(٣) وأضاف موضعًا ثامنًا: هو خوف خرابه.

تلخيص المذهب الحنفي:

من النقول السابقة يمكن تلخيص مذهب الحنفية في حكم بيع الوصي عقار الصغير، وأن لهم فيه قولين:

أحدهما: يجوز بيعه العقار من أجنبي بقيمة المثل، من غير تحديد مواضع معينة، وهو قول المتقدمين، وعكس ابن نجيم فجعل قولهم: لا يجوز البيع مطلقاً، وقد تعقبه بعض الحنفية في ذلك^(٤).

وثانيهما: لا يجوز بيعه إلا في مواضع محصورة، وهو قول المتأخرين، وعليه الفتوى.

(١) حاشية ابن عابدين، ج ٦، ص ٧١١.

(٢) ج ٤، ص ٤٧٧.

(٣) ج ٦، ص ٧١١.

(٤) ج ٦، ص ٧١١.

المذهب المالكي :

جاء في «المدونة»^(١) ما نصه :

«قلت : أرأيت الوصي هل له أن يبيع عقار اليتامى ؟ قال : قال مالك : لهذا وجوه ، أما الدار التي لا يكون في غلتها ما يحملهم ، وليس لهم مال ينفق عليهم منه فتباع ، ولا أرى بذلك بأسًا ، أو يرغب فيها فيعطى الثمن الذي يرى أن ذلك له غبطة ، مثل الملك يجاوره فيحتاج إليه فيثمنه ، وما أشبه ذلك ، فلا أرى بذلك بأسًا ، وإما على غير ذلك فلا أرى ذلك». وقد فصل أحمد الدردير القول في ذلك فقال في «الشرح الصغير»^(٢) :

«ولا يبيع الوصي العقار الذي لمحجوره ، أي لا يجوز له بيعه إلا لسبب يقتضي بيعه مما يأتي (وبينة) بأن يشهد العدول أنه إنما باعه لكذا».

ثم بين بعد ذلك ﷺ الأسباب التي يباع عقار المحجور عليه لأجلها فقال^(٣) :

«(ولا يبيع) الولي من وصي أو حاكم (عقار يتيم) ، أي : لا يجوز له بيعه ؛ لأن العقار يؤمن عليه من التلف فيقدم غيره عليه ، ومثل اليتيم : السفية ، فالتعبير بمحجور أعم .

(إلا لحاجة بينة) ، أي : ظاهرة كنفقة يتوقف معاشهم عليها ، أو وفاء دين يتوقف على بيعه .

(أو غبطة) بأن يباع بأزيد من قيمته كثيرًا كالثلث فأكثر .

(أو لخوف عليه من ظالم)^(٤) .

(١) ج ٦ ، ص ٢٠ .

(٢) ج ٢ ، ص ٦٣٥ .

(٣) ج ٢ ، ص ٦٣٨ - ٦٣٩ .

(٤) قال في حاشية الدسوقي ، ج ٣ ، ص ٣٠٢ ، «قوله الخوف عليه من ظالم» أي يأخذه غصبًا .

(أو لكونه موظفًا)، أي: عليه توظيف ظلمًا أو حكرًا فيباع ليشتري له ما لا توظيف عليه.

(أو) لكونه (حصّة) مع شريك فيباع ليشتري له كاملاً للسلامة من ضرر الشركة.

(أو قلت غلته) وأولى إذا لم يكن له غلة فيباع ليستبدل له ما فيه غلة كثيرة.

(أو) كان بين ذميين^(١) أو جيران سواء.

(أو) كان في محل خوف، فيباع ليشتري له غيره في مكان غير ما ذكر.

(أو) كان شركة فيباع (لإرادة شريكه بيعًا) لنصيبه (ولا مال له)، أي:

لليتم يشتري به نصيب الشريك فيباع حصّة اليتيم مع الشريك إذا كان لا ينقسم وإلا قسم.

(أو لخشية انتقال العمارة) عنه فيصير منفردًا فتقل قيمته فيباع.

(أو لخشية الخراب عليه ولا مال له)، أي: للمحجور عليه يعمر به،

(أو له مال والبيع أولى) من التعمير.

(فيستبدل)، أي: فيباع في جميع ما تقدم، ويستبدل (له خلافه) إلا أن

يباع لحاجة النفقة أو الدين أو بيع شريكه فلا يلزم استبدال.

ويلاحظ أن بعض المالكية عدّها: اثني عشر وجهًا^(٢).

وعدها بعضهم: أحد عشر وجهًا.

وعدها بعضهم: عشرة^(٣).

(١) قال في الشرح الكبير، ج ٣، ص ٣٠٣: «أو لكونه، أي: مسكنه بين ذميين، وإن قلوا، فيستبدل له مسكن بين مسلمين، لا عقاره الذي للتجر أو الكراء لغلوه غالبًا بين ذميين».

(٢) بلغة السالك، ج ٢، ص ٦٣٨.

(٣) الشرح الكبير، ج ٣، ص ٣٠٢.

ومنهم من سمى مواضع أخرى، أجاز بعضهم عنها بأنها تدخل في هذه المواضع المسماة^(١).

تلخيص مذهب المالكية:

يتلخص مما سبق أن الولي من وصي أو حاكم: لا يجوز له بيع عقار المحجور عليه إلا في المواضع المحصورة المعروفة بالعد لها، ولا يجوز بيعه في غير تلك المواضع.

وإذا بيع يستبدل له خلافه إلا أن يبيع لحاجة النفقة، أو الدين، أو لأجل بيع شريكه في العقار ولا مال للمحجور عليه يشتري به حصة الشريك، فلا يلزم الاستبدال.

المذهب الشافعي والحنبلي:

لا يفرق الشافعية والحنابلة بين الأب وغيره في بيع عقار المحجور عليه من حيث المواضع التي يجوز فيها البيع أو لا يجوز. ولذا فقولهم في هذه المسألة مثل قولهم في المسألة التي قبلها، ولهذا فلا حاجة لإيراد نصوص لهم هنا، ويكتفى بما سبق نقله عنهم.

خلاصة أقوال الفقهاء:

يتلخص مما سبق أن الفقهاء قد اختلفوا في بيع غير الأب عقار المحجور عليه على قولين في الجملة:

القول الأول: يجوز بيعه من أجنبي إذا كان في بيعه مصلحة من غير تحديد مواضع معينة، وهو القول المرجوح عند الحنفية، وأحد قولي الشافعية، وهو المذهب عند الحنابلة.

(١) ينظر منح الجليل، ج ٦، ص ١١٦.

القول الثاني: لا يجوز بيعه إلا في مواضع محصورة، وهو المفتى به عند الحنفية، وقول المالكية، وأحد قولي الشافعية، والقول المرجوح في مذهب الحنابلة، على اختلاف بينهم في تلك المواضع.

الترجيح:

هذه المسألة مرتبطة بالمسألة التي قبلها، ويترجح فيها القول الأول، للأسباب ذاتها المذكورة في ترجيح المسألة السابقة. وبالله التوفيق.

المطلب الثالث: دعوى بيع عقار المحجور عليه بغير مسوغ:

إذا ادّعى المحجور عليه بعد فكّ الحجر عنه أن بيع عقاره كان بدون مسوغ، فلا يخلو الحال إما أن يكون البائع له هو الأب، أو يكون غير الأب. فإن كان البائع هو الأب الرشيد فالقول قوله بيمينه، وهو المذهب عند الحنفية^(١)، وبه قال المالكية^(٢)، وهو المذهب عند الشافعية^(٣)، وبه قال الحنابلة^(٤).

(١) فتاوى قاضيخان، ج ٢، ص ٢٨٥، الدر المختار، ج ٦، ص ٧١١، حاشية ابن عابدين مع الدر المختار نفس الجزء والصفحة.

(٢) البيان والتحصيل، ج ١٠، ص ٥٢٣، مختصر خليل، ج ٦، ص ١٠٥، الشرح الكبير، ج ٢، ص ٢٩٩، بلغة السالك، ج ٢، ص ٦٣٥، حاشية الدسوقي، ج ٣، ص ٢٩٩.

(٣) المهذب، ج ١، ص ٣٣٦، التنبيه، ص ١٠٣، المنهاج، ج ٢، ص ١٧٦، فتح العزيز، ج ١٠، ص ٢٩١، روضة الطالبين، ج ٤، ص ١٨٧، الأنوار لأعمال الأبرار، ج ١، ص ٤٤٤.

(٤) المغني، ج ٤، ص ٢٧١، الشرح الكبير، ج ٥٧١، الإنصاف، ج ٥، ص ٣٤٢، المبدع، ج ٤، ص ٣٤٦، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٢٩٥ - ٢٩٦، كشاف القناع، ج ٣، ص ٤٥٥ - ٤٥٦.

وألحق الشافعية الجدَّ بالأب في ذلك.

وقيده الحنابلة بما لم يخالفه، أي: قول الولي، عادة وعرفاً.

وعلّل لهذا القول:

بأن الأب لا يتهم في حق الولد لوفور شفقتة، فكان القول قوله حتى تقوم بينة على خلاف ذلك^(١).

ولأن الأب إذا كان محموداً أو مستوراً كان الظاهر منه مباشرة البيع على وجه الخيرية، بخلاف ما إذا كان فاسقاً^(٢)، يوضحه ما ذكره ابن عابدين من أن:

«لأب شفقة كاملة، ولم يعارض هذا المعنى معنى آخر فكان هذا البيع نظراً للصغير، وإن كان الأب فاسقاً لم يجز بيعه العقار فله نقضه بعد بلوغه.. إذ عارض ذلك المعنى معنى آخر»^(٣)، أمّا إذا خالف قوله العادة والعرف فإنه يرد للقرينة، وهي مخالفته للظاهر^(٤).

وقيل: القول قول المحجور عليه بيمينه، وبه قال بعض الحنفية^(٥)، وهو وجه عند الشافعية^(٦).

-
- (١) المهذب، ج ١، ص ٣٣٦، تحفة المحتاج، ج ٥، ص ١٨٥، مغني المحتاج، ج ٢، ص ١٧٦، نهاية المحتاج، ج ٤، ص ٣٧٠، حاشية الحاج إبراهيم على الأنوار لأعمال الأبرار، ج ١، ص ٤٤٤.
- (٢) فتاوى قاضيخان، ج ٢، ص ٢٨٥.
- (٣) حاشية ابن عابدين، ج ٦، ص ٧١١.
- (٤) شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٢٩٦، كشاف القناع، ج ٣، ص ٤٥٦.
- (٥) الدر اليتيم في حكم بيع مال اليتيم مخطوط ورقة رقم ١٨.
- (٦) فتح العزيز، ج ١٠، ص ٢٩٢، روضة الطالبين، ج ٤، ص ١٨٨، مغني المحتاج، ج ٢، ص ١٧٧.

وعلل لهذا القول:

بأن المحجور عليه ينكر خروج عقاره عن ملكه؛ إذ بيعه بغير مسوغ لا يجوز فيكون القول قوله لأنه منكر^(١).

أما إذا كان البائع غير الأب - وألحق به الشافعية الجد - فقد اختلفوا في ذلك على قولين:

القول الأول: أن القول قول المحجور عليه بيمينه، وهو قول الحنفية^(٢)، وأحد قولي المالكية^(٣)، وهو المذهب عند الشافعية^(٤).

وعلل لهذا القول:

بأن غير الأب تلحقه التهمة، فلا يقبل قوله إلا بينة^(٥).

القول الثاني: أن القول قول الولي بيمينه^(٦)، وهو أحد قولي

(١) الدر اليتيم في حكم بيع مال اليتيم، مخطوط ورقة رقم ١٨.

(٢) حاشية ابن عابدين، ج ٦، ص ٧١١، الدر اليتيم في حكم بيع مال اليتيم: ١٨ - ١٩.

(٣) البيان والتحصيل، ج ١٠، ص ٥٢٣، مختصر خليل، ج ٦، ص ١٠٨، حاشية الدسوقي، ج ٣، ص ٣٠٠، بلغة السالك، ج ٢، ص ٦٣٥، منح الجليل، ج ٦، ص ١٠٨.

(٤) التنبيه، ص ١٠٣، المهذب، ج ١، ص ٣٣٦، المنهاج، ج ٢، ص ١٧٦، فتح العزيز، ج ١٠، ص ٢٩١، روضة الطالبين، ج ٤، ص ١٨٧، الأنوار لأعمال الأبرار، ج ١، ص ٤٤٤، تحفة المحتاج، ج ٥، ص ١٨٥، فتح الوهاب، ج ١، ص ٢٠٨.

(٥) المهذب، ج ١، ص ٣٣٦، تحفة المحتاج، ج ٥، ص ١٨٥، مغني المحتاج، ج ٢، ص ١٧٧، فتح الوهاب، ج ١، ص ٢٠٨.

(٦) أما إذا كان الولي هو الحاكم، فالقول قوله ولا يحلف على المختار، لأنه نائب الشرع عند تصرفه. (تحفة المحتاج، ج ٥، ص ١٨٥)، المبدع، ج ٤، ص ٣٤٦.

المالكية^(١)، ووجه في مذهب الشافعية^(٢)، وبه قال الحنابلة^(٣)، إلا أنهم قيّدوه بما لم يخالفه عادة وعرفاً.

وعلّلوا لهذا القول:

بأن الولي أمين أشبه المودع، فيكون القول قوله، ما لم يخالفه عادة وعرفاً فيرد للقرينة، ويحلف لاحتمال صدق الآخر^(٤).

وقال ابن قدامة مستدلاً لهذا القول، وراداً على الشافعية في أنه يقبل قول الأب والجد في ذلك، ولا يقبل قول غيرهما ما نصه:

«ولنا أن من جاز له بيع العقار وشراؤه لليتيم يجب أن يقبل قوله في الحظ كالأب والجد، ولأنه يقبل قوله في عدم التفريط فيما تصرف فيه من غير العقار، فيقبل قوله في العقار كالأب»^(٥).

المناقشة:

يمكن مناقشة ما ذكر من قياس غير الأب على الأب بأنه قياس مع الفارق، لوفرة شفقة الأب على ولده، فالتهمة منتفية؛ إذ من طبعه الشفقة عليه، والميل إليه، وترك حظ نفسه لحظه، وبهذا فارق الوصي والحاكم.

(١) البيان والتحصيل، ج ١٠، ص ٥٢٣، مختصر خليل، ج ٦، ص ١٠٨، حاشية الدسوقي،

ج ٣، ص ٣٠٠، بلغة السالك، ج ٢، ص ٦٣٥، منح الجليل، ج ٦، ص ١٠٨.

(٢) فتح العزيز، ج ١٠، ص ٢٩١، روضة الطالبين، ج ٤، ص ١٨٧، مغني المحتاج، ج ٢، ص ١٧٧.

(٣) المقنع، ج ٢، ص ١٤٥، المغني، ج ٤، ص ٢٧١، الشرح الكبير، ج ٢، ص ٥٧١، الإنصاف، ج ٥، ص ٣٤٢، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٢٩٦، كشاف القناع، ج ٣، ص ٤٥٦.

(٤) المبدع، ج ٤، ص ٣٤٦، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٢٩٦، كشاف القناع، ج ٣، ص ٤٥٦.

(٥) المغني، ج ٤، ص ٢٧١.

ولهذا أجاز الحنابلة للأب دون غيره أن يشتري من مال ولده المحجور عليه، وأن يبيعه شيئاً من ماله، كما سبق نقله عن ابن قدامة نفسه.

كما أن قياس غير العقار على العقار هو قياس محل نظر؛ «لأن العقار يحتاط فيه ما لا يحتاط في غيره»^(١).

الترجيح:

لعلّ الأقرب للرجحان أنه إذا كان البائع غير الأب، فالقول قول المحجور عليه، وذلك للأسباب الآتية:

السبب الأول: قوة ما استدل به لهذا القول، وأن ما استدل به للقول الآخر قد تمت مناقشته.

السبب الثاني: أنه قد يؤيد ذلك عموم قوله تعالى في اليتامى: ﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ وَكَفَى بِاللَّهِ حَسِيبًا﴾^(٢).

قال القرطبي رحمته الله:

(أمر الله تعالى بالإشهاد تنبيهاً على التحصين وزوالاً للتهم، وهذا الإشهاد مستحب عند طائفة من العلماء، فإن القول قول الوصي؛ لأنه أمين. وقالت طائفة: هو فرض، وهو ظاهر الآية، وليس بأمين فيقبل قوله، كالوكيل إذا زعم أنه قد ردّ ما دفع إليه أو المودع، وإنما هو أمين للأب... ألا ترى أن الوكيل لو ادّعى أنه قد دفع لزيد ما أمره بعدالته لم يقبل قوله إلا بينة، فكذلك الوصي»^(٣).

(١) مغني المحتاج، ج ٢، ص ١٧٧.

(٢) سورة النساء، آية: ٦.

(٣) تفسير القرطبي، ج ٥، ص ٤٤ - ٤٥.

السبب الثالث: أن المحجور عليه ينفي أن يكون عقاره قد بيع لأجل المصلحة، والولي يدعي المصلحة، والبينة على المدعي واليمين على من أنكر.

والله تعالى أعلم.

الفصل الثامن

بيع العقار المرهون أو الموقوف

يشتمل هذا الفصل على بحثين :

المبحث الأول: بيع العقار المرهون.

المبحث الثاني: بيع العقار الموقوف.



المبحث الأول

بيع العقار المرهون

يتكون هذا المبحث من مطلبين:

المطلب الأول: بيع الراهن العقار المرهون.

المطلب الثاني: بيع المرتهن العقار المرهون.

المطلب الأول: بيع الراهن العقار المرهون:

اختلف الفقهاء في حكم بيع الراهن للرهن، ومنه العقار المرهون إذا باعه بغير إذن المرتهن على أقوال:

القول الأول: البيع موقوف، وهو المذهب عند الحنفية^(١)، وقال به بعض الحنابلة^(٢).

(١) مختصر القدوري، ج ٢، ص ٥٩، النتف في الفتاوى، ج ٢، ص ٦١٢، الهداية، ج ٨، ص ٢٢٤، تحفة الفقهاء، ج ٣، ص ٤٣، بدائع الصنائع، ج ٦، ص ١٤٦، المختار المجلد الأول، ج ٢، ص ٦٩، الدر المختار، ج ٦، ص ٥٠٨، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٦٠٣.

(٢) جاء في الفروع، ج ٤، ص ٢٢٠ في أثناء الكلام عن بيع الراهن للرهن قوله: «... وفي طريقة بعض أصحابنا: يصح بيع الراهن له (وه) ويلزمه، ويقف لزومه في حق المرتهن كبيع الخيار».

وعلق مراجعة على قوله (وه) بقوله: في الطبعة الأولى: «له وفاقاً لأبي حنيفة»، والرمز = معناه.

وللحنفية تفصيلاً في ذلك حيث قالوا:

البيع موقوف على إجازة المرتهن، أو قضاء دينه، فإن أجازته جاز ويصير الثمن رهناً مكانه، سواء شرط المرتهن عند الإجازة كونه رهناً أو لا.

وإن لم يجز المرتهن البيع وفسخ، لا يفسخ في الأصح، وينفسخ في رواية أخرى^(١)، وإذا بقي موقوفاً فالمشتري بالخيار إن شاء صبر إلى فكاك الرهن أو رفع الأمر إلى القاضي ليفسخ البيع، وهذا إذا اشتراه ولم يعلم أنه رهن^(٢).

القول الثاني: إن باعه بمثل حق المرتهن أو أكثر فالبيع نافذ، وإن باعه بأقل من حقه فهو موقوف على إجازته، فإن أجازته جاز، وعجل للمرتهن حقه، وبهذا قال المالكية^(٣).

- = وجاءت العبارة نفسها في الإنصاف، ج ٥، ص ١٥٥، حيث قال: «وفي طريقة بعض الأصحاب: يصح بيع الراهن للرهن ويلزمه، ويقف لزومه في حق المرتهن كبيع الخيار».
- (١) الهداية، ج ٨، ص ٢٢٥، بدائع الصنائع، ج ٦، ص ١٤٦، الدر المختار، ج ٦، ص ٥٠٨، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٦٠٣ - ٦٠٤، الاختيار لتعليل المختار المجلد الأول، ج ٢، ص ٦٩.
- (٢) الهداية، ج ٨، ص ٢٣٥، الدر المختار، ج ٦، ص ٥٠٨، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٦٠٤، الدر المنتقى بهامش مجمع الأنهر نفس الجزء والصفحة، الاختيار لتعليل المختار المجلد الأول، ج ٢، ص ٦٩، الباب في شرح الكتاب، ج ٢، ص ٥٩.
- (٣) المدونة، ج ٥، ص ٢٩٩، البيان والتحصيل، ج ١١، ص ٢٩، مختصر خليل، ج ٥، ص ٤٦٥، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٢٤٨، الشرح الصغير، ج ٢، ص ٥٨٨، حاشية الدسوقي، ج ٣، ص ٢٤٨، منح الجليل، ج ٥، ص ٤٦٥، وأطلق في قوانين الأحكام الشرعية، ص ٣٥٢ القول بعدم جواز بيع الراهن للرهن فقال: «ولا يجوز للراهن بيعه»، ويلاحظ أن ما ذكرته من تعجيل حق المرتهن هو ما ذكر في الكتب السابقة، أما ابن عبد البر في الكافي، ج ٢، ص ٨١٩، فقد نصَّ على عدم التعجيل؛ حيث قال: «وإن باعه بغير إذنه وأجاز المرتهن بيعه وقف الثمن إلى الأجل، ولم يعجل للمرتهن حقه قبل الأجل إلا أن يشاء الراهن أن يعطيه حقه كاملاً من ثمن الرهن».

القول الثالث: البيع صحيحٌ وينفذ ولا يكون الثمن رهناً إلا بالشرط،
وبه قال أبو يوسف من الحنفية^(١)، وقد أشار ابن رشد، وابن عابدين، إلى
القول بنفاذ البيع ولم ينصَّ على قائله.

فقال ابن رشد في أثناء حديثه عن بيع الراهن للرهن:

«... وقال قوم يجوز بيعه»^(٢).

وقال ابن عابدين بعد أن ذكر أن الصحيح أن البيع موقوف.

«... وقيل ينفذ»^(٣).

القول الرابع: البيع لا يصح، وبه قال الشافعية^(٤)، وهو المذهب عند
الحنابلة^(٥).

(١) تبين الحقائق، ج ٦، ص ٨٤، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٦٠٣.

(٢) بداية المجتهد، ج ٢، ص ٢٧٨.

(٣) حاشية ابن عابدين، ج ٦، ص ٥٠٨.

(٤) التنبيه، ص ١٠٠، المهذب، ج ١، ص ٣١٩، الوجيز، ج ١، ص ١٦٤، فتح العزيز،
ج ١٠، ص ٨٨، روضة الطالبين، ج ٤، ص ٧٤، الأنوار لأعمال الأبرار، ج ١، ص ٤١٦،
تحفة المحتاج، ج ٤، ص ٢٥٣، فتح الوهاب، ج ١، ص ١٩٥.

(٥) المقنع، ج ٢، ص ١٠٤، الكافي، ج ٢، ص ١٤٣، المغني، ج ٤، ص ٤٠١، الشرح
الكبير، ج ٢، ص ٤٩٩، الإنصاف، ج ٥، ص ١٥٤، التنقيح المشبع، ص ١٤٢، المبدع،
ج ٤، ص ٢٢٢، الإقناع، ج ٢، ص ١٥٨، حاشية الروض المربع، ج ٥، ص ٦٦، وذكر
فيها أنه قول واحد؛ حيث قال: «... وأما الراهن إذا تصرف في الرهن المقبوض بغير
إذن المرتهن، يبيع، أو هبة، أو وقف، أو رهن ونحوه، فتصرفه باطل قولاً واحداً، وفي
الوقف وجه أنه يصح».

وما ذكره من أن البيع يبطل قولاً واحداً فهو محل نظر؛ إذ سبق النقل عن الفروع
والإنصاف ما يدل على أن بعض الحنابلة يرى أن البيع موقوف على إجازة المرتهن.

الأدلة

دليل القول الأول:

استدل على أن البيع موقوف بأنه تعلق حق الغير به، وهو المرتهن، فيتوقف على إجازته، وإن كان الراهن يتصرف في ملكه، قياساً على من أوصى بجميع ماله يتوقف نفاذ الوصية فيما زاد على الثلث على إجازة الورثة لتعلق حقهم به، فإن أجاز المرتهن المبيع جاز؛ لأن المانع من النفاذ حقه، وقد زال بالإجازة، وإن قضى الراهن دينه جاز، لأن المقتضي لنفاذ البيع موجود، وهو التصرف الصادر عن الأهل في المحل، وقد زال المانع^(١).

هذا هو الدليل على أن البيع موقوف.

أما قولهم بأن الثمن يصير رهناً مكانه، سواء شرط المرتهن عند الإجازة كونه رهناً أو لا فقد علل له القائلون به:

بأن الثمن بدل المرهون فيقوم مقامه؛ إذ البدل له حكم المبدل، فصار كالعبد المديون إذا بيع برضا الغرماء ينتقل حقهم إلى البدل، لأنهم رضوا بالانتقال دون السقوط رأساً، فكذا هذا^(٢).

وأما التعليل لمن قال: إن المرتهن إذا أراد الفسخ لا يفسخ فهو:

أنه لو ثبت حق الفسخ له إنما يثبت ضرورة صيانة حقه، وحقه في الحبس لا يبطل بانعقاد هذا العقد فبقي موقوفاً فإن شاء المشتري صبر حتى يفتك الراهن الرهن؛ إذ العجز على شرف الزوال، وإن شاء رفع الأمر إلى القاضي، وللقاضي أن يفسخ العقد، لفوات القدرة على التسليم، وولاية

(١) الهداية، ج ٨، ص ٢٢٥، مجمع النهر، ج ٢، ص ٦٠٣.

(٢) الهداية، ج ٨، ص ٢٢٥، بدائع الصنائع، ج ٦، ص ١٤٦، الاختيار لتعليل المختار

المجلد الأول، ج ٢، ص ٦٩، العناية، ج ٨، ص ٢٢٥، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٦٠٣.

الفسخ إلى القاضي لا إلى المرتهن، وصار كما إذا أبق العبد المشتري قبل القبض، فإنه يتخير المشتري، كذلك هذا^(١).

وأما تعليل القول الآخر المرجوح، وهو أن له الفسخ، وإذا فسخته انفسخ العقد فهو:

أن الحق الثابت للمرتهن بمنزلة الملك، فصار كالمالك، له أن يجيز، وله أن يفسخ^(٢).

دليل القول الثاني:

استدل المالكية لنفاذ البيع إذا باع الراهن الرهن بمثل حق المرتهن أو أكثر بأن:

المرتهن أخذ حقه فلا حجة له^(٣)؛ إذ لا منفعة له في نقض البيع، بل فيه ضرر عليه وعلى الراهن.

وأما إن باعه بأقل من حقه فله أن ينقض البيع، ويبقى له رهناً، لأنه يقول: أنا أرجو أن ترتفع أسواقه إلى وقت بيعه عند حلول الأجل^(٤).

المناقشة:

قد يناقش هذا الاستدلال بأنه:

لا يلزم الوفاء من ثمن الرهن؛ لأن الواجب الوفاء من مال المدين، فلا فرق بين المرهون وغيره، كما لو لم يكن بالدين رهن، ولأن الحاكم يفعل

(١) الهداية، ج ٨، ص ٢٢٥، العناية بهامش الهداية نفس الجزء والصفحة، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٦٠٤، الاختيار لتعليل المختار المجلد الأول، ج ٢، ص ٦٩.

(٢) الهداية، ج ٨، ص ٢٢٥.

(٣) المدونة، ج ٥، ص ٢٩٩.

(٤) البيان والتحصيل، ج ١١، ص ٢٩ - ٣٠.

الأصلح من بيع ما يرى بيعه من المرهون وغيره^(١)، يؤيد ذلك أنه إذا باع الراهن المرهون فإن وفى بدين المرتهن فذاك، وإن لم يفِ قضى الراهن ما بقي من دين المرتهن^(٢).

دليل القول الثالث :

استدل لصحة البيع ونفاذه بأن الراهن تصرف في ملكه فينفذ البيع قياساً على الإعتاق، فكما أن المالك إذا أعتق عبده المرهون نفذ العتق، فكذلك إذا باع الرهن ينفذ بيعه قياساً عليه، بجامع أنه تصرف في خالص ملكه^(٣).

أما قولهم: بأن الثمن لا يصير رهناً إلا بالشرط، فقد عللوا له بأن:

الثمن ليس بمرهون حقيقة، بل المرهون هو المبيع، وقد زال حقه عنه بالبيع، إلا أنه إذا شرط أن يباع ويدفع له دينه من ثمنه تبين أنه لم يرضَ بزوال حقه عنه إلا ببدل، وإذا لم يوجد الشرط زال حقه أصلاً^(٤).

المناقشة:

يمكن مناقشة القياس على الإعتاق بما يلي:

أولاً: ما سبق في دليل القول الأول، وهو أن بيع الراهن للرهن، وإن كان قد تصرف في ملكه إلا أنه تعلق به حق الغير، وهو المرتهن فيوقف العقد على إجازته كالوصية يتوقف نفاذها فيما زاد على الثلث على إجازة الورثة لتعلق حقه به.

(١) تحفة المحتاج، ج ٥، ص ٨٢ - ٨٣، مغني المحتاج، ج ٢، ص ١٣٤، نهاية المحتاج، ج ٤، ص ٢٦٨.

(٢) منح الجليل، ج ٥، ص ٤٦٥.

(٣) تبين الحقائق، ج ٦، ص ٨٤، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٦٠٣.

(٤) بدائع الصنائع، ج ٦، ص ١٤٦.

ثانياً: أن القياس على الإعتاق هو قياس محل نظر؛ لأن نفاذ العتق في العبد المرهون مختلف فيه^(١)، ومن شروط صحة القياس أن يكون الأصل المقيس عليه متفقاً على حكمه^(٢).

ثالثاً: أنه قياس مع الفارق.

قال ابن قدامة مبيناً الفرق ما نصّه:

«والعتق يخالف البيع، فإنه مبني على التغليب والسراية، وينفذ في ملك الغير، ويجوز عتق المبيع قبل قبضه والآبق والمجهول، وما لا يقدر على تسليمه، ويجوز تعليقه على الشروط، بخلاف البيع»^(٣).

وأما ما علّل به على أن الثمن لا يكون رهناً إلا بالشرط فقد نوقش بأن:

الثمن بدل المرهون، فيقوم مقامه، وبه تبين أنه ما زال حقه بالبيع، لأنه زال إلى خلف، والزائل إلى خلف قائم معنى، فيقام الخلف مقام الأصل^(٤).

دليل القول الرابع:

استدل من قال بعدم صحة بيع الراهن للرهن بأنه: تصرف يبطل حق المرتهن من الوثيقة غير مبني على التغليب والسراية فلم يصح بغير إذن المرتهن، كفسخ الرهن^(٥).

(١) ينظر: الهداية، ج ٨، ص ٢٢٦، منح الجليل، ج ٥، ص ٤٦٦، المهذب، ج ١، ص ٣١٩،

المغني، ج ٤، ص ٣٩٩

(٢) ينظر: إرشاد الفحول، ص ٢٠٥.

(٣) المغني، ج ٤، ص ٤٠٠.

(٤) بدائع الصنائع، ج ٦، ص ١٤٦.

(٥) فتح العزيز، ج ١٠، ص ٨٨، مغني المحتاج، ج ٢، ص ١٣٠، المهذب، ج ١، ص ٣١٩،

الكافي، ج ٢، ص ١٤٣، المغني، ج ٤، ص ٤٠١، المبدع، ج ٤، ص ٢٢٢، كشف

القناع، ج ٣، ص ٣٣٤.

المناقشة:

يمكن مناقشة هذا الاستدلال بأن التعليل: بأنه يبطل حق المرتهن من الوثيقة هو محل نظر:

لأن العقد موقوف على إجازته، والتمن يصير رهناً مكانه فلم يسقط حقه من الوثيقة، كما سبق في دليل القول الأول.

الترجيح:

هذه هي الأقوال في هذه المسألة، وما علّل به لكل قول، وما ورد عليها من مناقشة، لعل أقربها للرجحان هو القول الأول، وهو أن البيع موقوف على إجازة المرتهن، وذلك للأسباب الآتية:

السبب الأول: قوة ما علّل به لهذا القول؛ حيث قد سلّم من المناقشة.

السبب الثاني: أن ما علّل به للأقوال الأخرى لا يقوى على معارضة ما علّل به للقول الأول، ولا يقوى على إثبات ما ذهبوا إليه؛ حيث قد نوقش ما علّل به لتلك الأقوال، كما سبق بيان ذلك.

السبب الثالث: أن في القول بأن العقد موقوف مراعاة لجانب الراهن، والمرتهن، والمشتري؛ حيث إن الراهن يتحقق له بيع الرهن وإتمام الصفقة فقد يتغير السعر بعد ذلك، فلو أبطنا العقد لفوتنا عليه تلك الفرصة. وكذلك المرتهن فقد حفظ له حقه بدفعه من الثمن، أو جعل الثمن رهناً مكان الرهن.

وكذلك المشتري فقد روعي جانبه فقد تكون مصلحته في إمضاء العقد، وإلزام البائع بالبيع.

كما أن في هذا القول صيانة للعقد وعدم إبطال كلام الراهن والمشتري، ومصلحة ذلك ظاهرة.

والله تعالى أعلم.



بقي معرفة الحكم إذا أذن المرتهن للراهن في بيع المرهون.

ففي ذلك تفصيل في المذاهب:

المذهب الحنفي:

قالوا: إذا أذن المرتهن في بيع الرهن جاز وصار ثمنه رهناً مكانه، سواء شرط المرتهن عند الإذن كونه رهناً أو لا.

وقال أبو يوسف لا يكون رهناً إلا بشرط، وقد سبق بيان هذا القول في المسألة السابقة.

مذهب المالكية:

إذا أذن المرتهن لراهنه في بيع الرهن المقبوض عنده، وسلمه للراهن بطل الرهن، وصار الدين بلا رهن، بيع بالفعل أم لا.

وأما لو أذن في بيعه ولم يسلمه له وباعه الراهن، فإنه يبطل على الراجح إلا أن يدعي أنه إنما أذن له في البيع ليجيئه بالثمن فيقبل منه بيمين، ويكون الثمن رهناً للأجل، أو يأتي له برهن بدله، فإن لم يبعه الراهن في هذه الحالة فللمرتهن التمسك به^(١).

وذهب سحنون إلى أنه إن لم يأت برهن يشبه الرهن الذي باع، عجل له الثمن؛ إذ لا فائدة في توقيفه^(٢).

(١) المدونة، ج ٥، ص ٢٩٩، مختصر خليل، ج ٥، ص ٤٤٥ - ٤٤٦، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٢٤٢، الشرح الصغير، ج ٢، ص ٥٧٩، بلغة السالك مع الشرح الصغير نفس الجزء والصفحة.

(٢) البيان والتحصيل، ج ١١، ص ٣٠.

مذهب الشافعية:

قالوا: إذا أذن المرتهن للراهن في بيع الرهن فباعه، والدين حال قضي حقه من ثمنه، وحمل إذنه المطلق على البيع في غرضه لمجيء وقته. وإن كان الدين مؤجلاً فلا شيء له على الراهن ليكون رهناً مكانه لبطلان الرهن^(١).

وإن أذن له في البيع بشرط أن يجعل الثمن رهناً مكانه فقولان، سواء كان الدين حالاً أو مؤجلاً:

أحدهما: يصح الإذن والبيع، وعلى الراهن الوفاء بالشرط؛ لأن الرهن قد ينتقل من العين إلى البدل كما لو أتلف المرهون، فجاز أن ينتقل إليه بالشرط.

وأصحهما: يبطل الشرط والبيع: أما الشرط فلأن الثمن مجهول عند الإذن فأشبهه ما إذا أذن بشرط أن يرهن به مالاً آخر مجهولاً، وإذا بطل الشرط بطل الإذن فإنه وقف الإذن على حصول الوثيقة في البدل، وإذا بطل الإذن بطل البيع^(٢).

المذهب الحنبلي:

قالوا: إذا أذن المرتهن للراهن في بيع الرهن، فله ثلاثة أحوال: أحدهما: أن يأذن له في بيعه بعد حلول الحق فيصح البيع ويتعلق حق

(١) المذهب، ج ١، ص ٣٢٠، فتح العزيز، ج ١٠، ص ١١٤، روضة الطالبين، ج ٤، ص ٨٣، مغني المحتاج، ج ٢، ص ١٣٣، الأنوار لأعمال الأبرار، ج ١، ص ٤١٧، حاشية الشرواني على تحفة المحتاج، ج ٥، ص ٧٩.

(٢) المذهب، ج ١، ص ٣٢٠ - ٣٢١، فتح العزيز، ج ١٠، ص ١١٤ - ١١٥، مغني المحتاج، ج ٢، ص ١٣٣، نهاية المحتاج، ج ٤، ص ٢٦٣.

المرتهن بثمنه، ويجب قضاء الدين منه؛ لأن مقتضى الرهن بيعه واستيفاء الدين من ثمنه.

الثاني: أن يأذن له في بيعه قبل حلول الحق، ويكون الإذن مطلقاً، فيبيعه، فيبطل الرهن بالبيع، ولا يكون عليه عوضه، ولا يكون ثمنه رهناً مكانه، لأنه أذن له فيما ينافي حقه فأشبهه ما لو أذن في عتقه.

الثالث: أن يأذن فيه بشرط أن يجعل ثمنه رهناً مكانه، أو يجعل له دينه من ثمنه، فيصح البيع والشرط، لأنه لو شرط ذلك بعد حلول الحق جاز، فكذلك قبله^(١).

لكن اختلف قول الحنابلة في هذه المسألة الأخيرة، وهي ما إذا باعه بإذنه بشرط أن يعجل له دينه من ثمنه:

فبعضهم قال: يصح البيع على الصحيح من المذهب.

وقيل: لا يصح البيع، والرهن بحاله.

وأما شرط التعجيل: فيلغى قولاً واحداً، قاله في المحرر وغيره^(٢).

وقال بعضهم: يصح شرط التعجيل^(٣)، وجزم به في المغني^(٤)، والشرح^(٥).

ويمكن تلخيص أقوال الفقهاء السابقة على النحو التالي:

(١) الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ١٤٥، المغني، ج ٤، ص ٤٤٦، الشرح الكبير، ج ٢، ص ٥٠٣.

(٢) المحرر، ج ٢، ص ٣٣٦، الإنصاف، ج ٥، ص ١٥٧، المبدع، ج ٤، ص ٢٢٦.

(٣) الإنصاف، ج ٥، ص ١٥٨.

(٤) ج ٤، ص ٤٤٦.

(٥) ج ٣، ص ٥٠٣.

القول الأول: إذا أذن المرتهن في بيع الرهن جاز، وصار ثمنه رهناً مكانه، سواء شرطه المرتهن أو لا، وهذا المذهب عند الحنفية.

القول الثاني: إذا أذن المرتهن لراهنه في بيع الرهن المقبوض وسلمه له، بطل الرهن بيع بالفعل أم لا، وإن لم يسلمه له فكذلك الحكم على الراجح، إلا أن يدعي أنه إنما أذن له في البيع ليجيئه بالثمن فيقبل منه بيمينه، فإن لم يبعه في هذه الحالة فللمرتهن التمسك به. وهذا مذهب المالكية.

القول الثالث: إذا أذن المرتهن للراهن في بيع الرهن، فله ثلاثة أحوال:

١ - أن يأذن له في بيعه بعد حلول الحق فيصح، ويقضى حقه من ثمنه.

٢ - أن يأذن له والدين مؤجل فيصح الإذن ويبطل الرهن.

٣ - أن يأذن له في البيع بشرط أن يجعل الثمن رهناً مكانه.

فقد اختلف في ذلك على قولين:

الأول: يصح الشرط والبيع.

الثاني: يبطل الشرط والبيع، والرهن بحاله.

وهذا مجمل مذهب الشافعية والحنابلة.

المطلب الثاني: بيع المرتهن العقار المرهون:

إذا كان الرهن بيد المرتهن - ومنه العقار المرهون - فهل له الحق في

بيعه، واستيفاء دينه منه؟

في ذلك تفصيل للفقهاء مرجعه إلى وجود الإذن من الراهن في البيع أو

عدم وجوده.

فإن كان الإذن موجوداً، فللمرتهن بيعه، وبهذا قال الحنفية^(١)،
والشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣)، وهو أحد قولي الإمام مالك، اختاره ابن
القاسم^(٤).

لأنَّ المرتهن باع ما أذن له في بيعه فصَحَّ، كما لو أذن له في بيع مال
آخر^(٥).

وعلى هذا إذا شرط المرتهن على الراهن في أصل العقد أنه موكل على
بيع الرهن، فلس له أن يفسخ وكالته ولا يعزله عن بيعه^(٦)، لما له في ذلك
من الحق، وهو إسقاط العناء عنه في الرفع إلى السلطان، وإسقاط الإثبات
عنه إن أنكر وكان غائباً^(٧).

- (١) مختصر القدوري، ج ٢، ص ٥٨، الهداية، ج ٨، ص ٢٢٢، بدائع الصنائع، ج ٦، ص ١٤٦، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٦٠١.
- (٢) الوجيز، ج ١، ص ١٦٥، فتح العزيز، ج ١٠، ص ١٢٧، روضة الطالبين، ج ٤، ص ٨٨، الأنوار لأعمال الأبرار، ج ١، ص ٤١٨.
- ويلاحظ أن الشافعية قالوا: إنه إذا باعه في غيبة الراهن ففيه وجهان:
أحدهما: يصح البيع، كما لو أذن له في بيع غيره.
وأصحهما: لا؛ لأنه يبيعه لغرض نفسه، فيتهم في الاستعجال وترك النظر.
- (٣) المقنع، ج ٢، ص ١٠٦، المغني، ج ٤، ص ٤٤٧، الفروع، ج ٤، ص ٢٢٥ - ٢٢٦، المبدع، ج ٤، ص ٢٢٩.
- (٤) البيان والتحصيل، ج ١١، ص ١٥ - ١٦.
- (٥) فتح العزيز، ج ١٠، ص ١٢٩، روضة الطالبين، ج ٤، ص ٨٨.
- (٦) مختصر القدوري، ج ٢، ص ٥٨، الهداية، ج ٨، ص ٢٢٢، البيان والتحصيل، ج ١١، ص ١٧، الشرح الكبير للدردير، ج ٣، ص ٢٥٠، ويلاحظ أن الشافعية والحنابلة يقولون:
إن الوكالة صحيحة، وللراهن فسخها وعزله كغيره من الوكلاء. ينظر في ذلك: رحمة
الأمة، ص ١٤٨، الإقناع، ج ٢، ص ١٦٣.
- (٧) البيان والتحصيل، ج ١١، ص ١٧.

وقال مالك في قوله الآخر:

لا يباع الرهن، وإن اشترط ذلك المرتهن إلا بأمر السلطان^(١)، فلو شرط المرتهن على الراهن في أصل العقد أنه موكل على بيع الرهن لا يجوز ذلك ابتداءً، وله أن يعزله^(٢).

واختلف على هذا القول إن باع قبل أن يعزله على ثلاثة أقوال:

أحدهما: أن ذلك جائز جملة من غير تفصيل بين العقار وغيره إذا أصاب وجه البيع، وأما إن باع بأقل من القيمة فيكون للراهن أن يأخذه من المشتري بالثمن الذي اشتراه به، فإن تداولته الأملاك كان له أن يأخذه بأي الأثمان شاء على حكم الشفيع يأتي بعد أن تداولت الأملاك بالبيع في الشقص.

والثاني: أن ذلك جائز في العروض إذا أصاب وجه البيع، ومردود في العقار، وإن أصاب وجه البيع، ما لم تفت، يريد بما يفوت به البيع الفاسد في العروض، من حوالة الأسواق فما فوقه، فإن فات بشيء من ذلك مضت، ولم يكن للراهن عليها سبيل، وإن كانت قائمة بيد المشتري لم تفت بوجه من وجوه الفوت، كان للراهن أن يأخذها بالثمن.

والثالث: أن ذلك جائز في العروض إذا أصاب وجه البيع، ومردود في العقار فات أو لم يفت، فله أن يأخذ العقار حيث وجده، وعلى أي حال وجده بالثمن الذي باعه به، واستوفاه لنفسه في حقه^(٣).

(١) المدونة، ج ٥، ص ٣٠٤، البيان والتحصيل، ج ١١، ص ١٦، الكافي في فقه أهل المدينة، ج ٢، ص ٨٢٢.

(٢) البيان والتحصيل، ج ١١، ص ١٧.

(٣) البيان والتحصيل، ج ١١، ص ١٧ - ١٨.

الترجيح:

يترجّح قول الجمهور، وهو أنه يصح بيع المرتهن للرهن إذا أذن له الراهن لوجاهة ما علّل به له، ولأنه لم يكن متعدّياً في ذلك؛ حيث قد وجد الإذن له في البيع، ولأن في ذلك تسهياً على الناس، وتيسيراً لمعاملاتهم، والمصلحة في ذلك ظاهرة. والله أعلم.

وأما إذا لم يأذن الراهن للمرتهن في البيع:

فليس له بيعه^(١)؛ لأن الثابت له ليس إلا ملك الحبس، فأما ملك العين للراهن، والبيع تمليك العين، فلا يملكه المرتهن من غير إذن الراهن^(٢)، وإنما له مطالبة الراهن بوفاء الدين عند الحاكم^(٣)، فالحاكم يأمر الراهن برّد الدين، أو البيع إمّا بنفسه أو بوكيله، فإن امتنع فهل للحاكم أن يبيع المرهون في قضاء الدين أو لا؟

اختلف في ذلك على قولين:

القول الأول: أن له ذلك، وبه قال المالكية^(٤)، والشافعية^(٥)،

-
- (١) إذا لم يأذن الراهن للمرتهن في البيع فليس له البيع، لكن إن باعه فقد ذكر الحنفية: أن البيع موقوف على إجازة الراهن. (ينظر في ذلك بدائع الصنائع، ج ٦، ص ١٤٦، الدر المنتقى، ج ٢، ص ٦٠٣، حاشية ابن عابدين، ج ٦، ص ٥٠٨).
- (٢) بدائع الصنائع، ج ٦، ص ١٤٦.
- (٣) إن لم يكن في البلد حاكم، أو كان وعسر الرفع إليه، فله بيعه بنفسه بحضرة العدول، كمن ظفر بغير جنس حقه من مال المديون، وهو جاحد ولا بينة له أن يبيع ويأخذ حقه من ثمنه. (البيان والتحصيل، ج ١١، ص ١٦، فتح العزيز، ج ١٠، ص ١٣٨ - ١٣٩، روضة الطالبين، ج ٤، ص ٨٨، حاشية الروض المربع، ج ٥، ص ٧٩).
- (٤) المدونة، ج ٥، ص ٣٠٤، البيان والتحصيل، ج ١١، ص ١٦، بداية المجتهد، ج ٢، ص ٢٧٥، قوانين الأحكام الشرعية، ص ٣٥٢، الشرح الصغير، ج ٢، ص ٥٩١.
- (٥) الوجيز، ج ١، ص ١٦٥، فتح العزيز، ج ١٠، ص ١٢٨، روضة الطالبين، ج ٤، ص ٨٨، الأنوار لأعمال الأبرار، ج ١، ص ٤١٨، تحفة المحتاج، ج ٥، ص ٨٣، منهج الطلاب، ج ١، ص ١٩٧.

والحنابلة^(١)، وأبو يوسف ومحمد^(٢).

القول الثاني: ليس للحاكم بيعه من غير رضا الراهن، لكنه يحبس حتى يبيعه بنفسه، وبه قال أبو حنيفة، وهو مفرع على رأيه في الحجر^(٣).

وقال بعض الحنفية: إن قول الإمام أبي حنيفة كقول الجمهور في هذه المسألة^(٤).

دليل القول الأول:

علّلوا بأن في امتناع الراهن عن بيع المرهون ووفاء الدين إضراراً بالمرتهن، ورفع الضرر موكول إلى الحاكم، فيبيعه الحاكم عليه ويوفي الدين من ثمنه دفعاً للضرر اللاحق^(٥) بالمرتهن.

أما دليل أبي حنيفة رضي الله عنه: فقد سبق عند الحديث عن حكم بيع عقار المحجور عليه، فهذه المسألة متفرعة عن ذلك، وقد ترجّح هناك قول الجمهور بأنه يحجر عليه فينظر.

(١) المقنع، ج ٢، ص ١٠٧، المغني، ج ٤، ص ٤٤٧، الفروع، ج ٤، ص ٢٢٦، المحرر، ج ١، ص ٣٣٧، الإقناع، ج ٢، ص ١٦٣، المبدع، ج ٤، ص ٢٣٠.

(٢) تحفة الفقهاء، ج ٣، بدائع الصنائع، ج ٦، ص ١٤٨، العناية، ج ٨، ص ٢٢٢، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٦٠١، الفتاوى البزازية، ج ٦، ص ٥٧، حاشية ابن عابدين، ج ٦، ص ٥٠٥.

(٣) المصادر السابقة.

(٤) المصادر السابقة ما عدا تحفة الفقهاء وبدائع الصنائع.

(٥) تحفة المحتاج، ج ٥، ص ٨٣، مغني المحتاج، ج ٢، ص ١٣٤، نهاية المحتاج، ج ٤، ص ٢٦٨، المبدع، ج ٤، ص ٢٣٠، الروض المربع، ج ٥، ص ٧٨ - ٧٩، توثيق الديون في الفقه الإسلامي، ج ١، ص ١٦٠.

الترجيح:

يترجح القول الأول، وذلك للأسباب الآتية:

السبب الأول: قوة دليhle، وسلامته من المعارض، ولما فيه من احترام لمنصب القضاء، ورفع لمكانة القاضي حتى يتمكن من نشر العدل وإزالة الظلم أيًا كان مصدره^(١).

السبب الثاني: أن البيع قد تعين على الراهن؛ لأن بيع الرهن صار حقًا للمرتهن إيفاء لحقه بخلاف سائر أموال المدين^(٢).

السبب الثالث: أن الراهن حين عقد الرهن قد رضي ضمناً ببيع المرهون؛ لأن ذلك هي فائدة الرهن، فإذا امتنع عن بيعه بعد ذلك باعه الحاكم عليه لتقدم الرضا منه بالبيع^(٣).

والله تعالى أعلم...

(١) توثيق الديون في الفقه الإسلامي، ج ١، ص ١٦١.

(٢) مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٦٠١.

(٣) الفتاوى البزازية، ج ٦، ص ٥٨، حاشية ابن عابدين، ج ٦، ص ٥٠٥.



المبحث الثاني

بيع العقار الموقوف

كثرت تفرُّيع الفقهاء على هذه المسألة، وذكر بعضهم فروغًا لم ينصَّ عليها الآخرون، واشترط بعضهم شروطًا معينة، واستثنى بعضهم بعض الصور، وتشعبت الآراء، ومنهم الموسع، ومنهم المضيق، ومنهم المتوسط؛ لذا فضَّلت إيراد كل مذهب على حدة، حتى تتضح معالمه، وتستبين مسأله، وتفصل أدلته، وذلك في مطلبين:

المطلب الأول: بيع المسجد إذا خرب أو كان في البيع مصلحة.

المطلب الثاني: بيع العقار الموقوف غير المسجد.

وتفصيل القول في ذلك فيما يلي:

المطلب الأول: بيع المسجد إذا خرب أو كان في البيع مصلحة:

المذهب الحنفي:

المسجد إذا كان عامرًا لا يصح بيعه عندهم^(١)، أما إذا كان خرابًا، فقد

(١) حاشية ابن عابدين، ج ٥، ص ٥٧.

اختلف الحنفية في المسجد إذا خرب ما حوله واستغني عن الصلاة فيه، وكذا لو خرب وليس له ما يعمر به^(١)، هل يبقى مسجدًا أو يعود إلى ملك الباني؟ اختلفوا فيه على ثلاثة أقوال:

القول الأول: يبقى مسجدًا أبداً عند أبي يوسف^(٢)، وبه يفتى^(٣).

القول الثاني: يعود إلى ملك الباني أو إلى وارثه بعد موته، عند محمد بن الحسن^(٤).

جاء في «الهداية»^(٥) قوله:

«ومن اتخذ أرضه مسجدًا لم يكن له أن يرجع فيه ولا يبيعه ولا يورث عنه؛ لأنه تجرد عن حق العباد وصار خالصًا لله، وهذا لأن الأشياء كلها لله تعالى، وإذا أسقط العبد ما ثبت له من الحق رجع إلى أصله فانقطع تصرفه عنه، كما في الإعتاق، ولو خرب ما حول المسجد، واستغني عنه: يبقى مسجدًا عند أبي يوسف؛ لأنه إسقاط منه فلا يعود إلى ملكه.

(١) الإسعاف في أحكام الأوقاف، ص ٣٤ - ٣٥، الدر المختار، ج ٤، ص ٣٥٨، ومعه حاشية ابن عابدين نفس الجزء والصفحة.

(٢) الهداية، ج ٥، ص ٦٤، الدر المختار، ج ٤، ص ٣٥٨، النتف في الفتاوى، ج ١، ص ٥٢٦، مجمع الأنهر، ج ١، ص ٧٤٨، الإسعاف في أحكام الأوقاف، ص ٧٧، حاشية ابن عابدين، ج ٤، ص ٣٥٨، وقال: فلا يعود ميراثًا ولا يجوز نقله ونقل ماله إلى مسجد آخر.

(٣) مجمع الأنهر، ج ١، ص ٧٤٨، وبهامشه الدر المنتقى نفس الجزء والصفحة، الدر المختار، ج ٤، ص ٣٥٨، ومعه حاشية ابن عابدين نفس الجزء والصفحة.

(٤) النتف في الفتاوى، ج ١، ص ٥٢٦، الهداية، ج ٥، ص ٦٤، الإسعاف في أحكام الأوقاف، ص ٧٧، الدر المختار، ج ٤، ص ٣٥٨، مجمع الأنهر، ج ١، ص ٧٤٨، قال في الإسعاف: ذكر بعضهم: أن قول أبي حنيفة كقول أبي يوسف، وبعضهم ذكره كقول محمد.

(٥) ج ٥، ص ٦٤.

وعند محمد: يعود إلى ملك الباني، أو إلى وارثه بعد موته؛ لأنه عينه لنوع قربة، وقد انقطعت فصار كحصير المسجد وحشيشه إذ استغني عنه إلا أن أبا يوسف يقول في الحصير والحشيش: إنه ينقل إلى مسجد آخر.

القول الثالث: يباع نقضه بإذن القاضي ويصرف ثمنه إلى بعض المساجد، قال في «الإسعاف في أحكام الأوقاف»^(١).

«ولو خرب المسجد وما حوله وتفرق الناس عنه لا يعود إلى ملك الواقف عند أبي يوسف»^(٢)، فيباع نقضه بإذن القاضي، ويصرف ثمنه إلى بعض المساجد.

ومن الحنفية من عبّر بـ(ينقل إلى مسجد آخر بإذن القاضي)^(٣)، فكأنه يُجَوِّز الأمران.

جعل شيء من الطريق مسجدًا وبالعكس:

إذا ضاق المسجد وبجنبه طريق عام يوسع المسجد من الطريق إذا لم يضر بأصحاب الطريق، وكذا لو ضاق وبجنبه أرض لرجل يؤخذ أرضه بالقيمة ولو كرهاً.

وكذلك الحكم إذا ضاق الطريق وبجنبه مسجد واسع، يوسع الطريق منه؛ لأن كليهما للمسلمين والعمل بالأصلح^(٤).

(١) ص ٧٧.

(٢) فعلى هذا يكون قد روي عن أبي يوسف رواية بأنه يبقى مسجدًا أبدًا فلا يعود ميراثًا، ولا يجوز نقله ونقل ماله إلى مسجد آخر، وروي عنه أيضًا: بأنه يباع نقضه دون أرضه.

(٣) الدر المختار، ج ٤، ص ٣٥٩، وحاشية ابن عابدين عليه نفس الجزء والصفحة.

(٤) فتح القدير، ج ٥، ص ٦٤، الفتاوى البزازية، ج ٦، ص ٢٦٨، الدر المختار، ج ٤، ص ٣٧٧ - ٣٧٨، مجمع الأنهر، ج ١، ص ٧٤٨، حاشية ابن عابدين، ج ٤، ص ٣٧٧ - ٣٧٨، الفقه الإسلامي وأدلته، ج ٨، ص ٢٢١.

المذهب المالكي :

نقل كثير من المالكية اتفاقهم على أن المساجد لا يصح بيعها مطلقاً. جاء في «إرشاد السالك»^(١) قوله: «ولا يجوز بيع المسجد، وإن انتقلت العمارة عنه».

وجاء في قوانين الأحكام الشرعية^(٢) قوله:

«والإحباس بالنظر إلى بيعها على ثلاثة أقسام:

الأول: المساجد فلا يحل بيعها أصلاً بإجماع..»

وجاء في رسالة الخطاب^(٣) ما نصه:

«... فأما المساجد فقال ابن شاش: قال محمد بن عبدوس: لا خلاف

في المساجد أنها لا تباع».

وقد بين القرافي السبب في ذلك، ونقل اتفاق العلماء في أن المساجد

لا ملك لأحد فيها فقال:

«الوقف هل يفتقر إلى القبول أو لا؟ خلاف في المذهب وبين العلماء،

ومنشأ الخلاف: هل الواقف أسقط حقه من المنافع في الموقوف، فيكون

ذلك كالعتق، أو هو تملك لمنافع العين الموقوفة للموقوف عليه فيفتقر إلى

القبول كالبيع والهبة؟ وهذا إذا كان الموقوف عليه معيناً، أما غير المعين فلا

يتوقف على قبوله لتعذره، هذا في منافع الموقوف.

أما أصل ملكه فهل يسقط، أو هو باق على ملك الواقف، وهو ظاهر

المذهب؟

(١) ص ١٤٦.

(٢) ص ٤٠٢.

(٣) رسالة الخطاب في حكم بيع الحبس إذا خرب، مخطوط، ص ٢.

واتفق العلماء في المساجد أنه من باب الإسقاط والعتق، لا ملك لأحد فيها، ﴿وَأَنَّ الْمَسْجِدَ لِلَّهِ فَلَا تَدْعُوا مَعَ اللَّهِ أَحَدًا﴾^(١)، ولأنها تقام فيها الجماعات والجمعة، والجمعة لا تقام في المملوكات..»^(٢).

هذا هو الذي في عامة الكتب المالكية، لكنني رأيت في «المعيار المعرب»^(٣) أن المسجد إذا خرب ما حوله، أو تهدم ولم ترج عمارته، ولم يكن له أحباس يبني من غلتها: أنه يجوز نقل نقضه إلى مسجد آخر، وبناءه به عند بعض المالكية حيث جاء فيه:

«مذهب ابن القاسم رحمته الله في مثل هذا المسجد: أن لا يتعرض لنقضه، وأن يترك على حاله، سواء رجيت عمارته أم لم ترج.

وأجاز غيره من الأئمة نقل نقضه إلى مسجد آخر وبناءه به، إن بعد الرجاء في عمارته، وعودة أهل القرية إلى سكنها، وهو قول صحيح، أخذ به ابن أبي زمنين، فالأخذ به لا يعترض، والترك أولى وأحوط، وهو المشهور».

ونقل بعد ذلك أن مَمَّن قال به من أئمة المالكية: ابن مزين، وابن حبيب.

بل نقل أكثر من ذلك حيث نقل: جواز بيع أنقاضه والانتفاع بقيمتها في مصالح مساجد أخرى^(٤).

المذهب الشافعي:

إذا انهدم المسجد، أو خرجت المحلة حوله فتعطل المسجد لم يعد ملكاً لبانيه، ولا يجوز بيعه عند الشافعية.

(١) سورة الجن، آية: ١٨.

(٢) الفروق، ج ٢، ص ١١١.

(٣) المعيار المعرب، ج ٧، ص ١٤٣.

(٤) المصدر السابق، ج ٧، ص ٤٢٥، ٤٢٦.

قال النووي رحمته الله ما نصه :

«لو انهدم المسجد، أو خربت المحلة حوله، وتفرق الناس عنها فتعطل المسجد، لم يعد ملكًا بحال، ولا يجوز بيعه، لإمكان عوده كما كان، ولأنه في الحال يمكن الصلاة فيه.

ثم المسجد المعطل في الموضع الخراب، إن لم يخف من أهل الفساد نقضه، لم ينقض، وإن خيف، نقض وحفظ، وإن رأى الحاكم أن يعمر بنقضه^(١) مسجد آخر، جاز، وما كان أقرب إليه، فهو أولى، ولا يجوز صرفه إلى عمارة بئر أو حوض، وكذا البئر الموقوفة إذا خربت، يصرف نقضها إلى بئر أخرى أو حوض، لا إلى المسجد، ويراعى غرض الواقف ما أمكن^(٢).

هذا هو قول جماهير الشافعية، لكن نقل في «إعلام الساجد بأحكام المساجد»^(٣) عن الخوارزمي أنه اختار جواز نقل المسجد إذا خرب إلى موضع آخر؛ حيث جاء فيه ما نصه: «وقال الخوارزمي في «الكافي»: إذا خرب المسجد لا يجوز بيعه، ولا بيع شيء منه، ولا نقله إلى موضع آخر، ولا نقل شيء منه، هذا هو المنقول عن عامة الأصحاب.

قال: وكذلك مسجد في محلة أو قرية خربت المحلة، واندرست القرية، لا يجوز نقل ذلك المسجد إلى موضع آخر.

(١) النقض على وزن قفل: اسم للبناء المنقوض إذا هدم.

القاموس المحيط باب الضاد فصل النون، مادة (النقض)، ج ٢، ص ٣٤٧.

(٢) روضة الطالبين، ج ٥، ص ٣٥٧ - ٣٥٨، وانظر في حكم المسجد إذا تعطل عند الشافعية الكتب التالية: المهذب، ج ١، ص ٤٥٢، الوجيز، ج ١، ص ٢٤٩، الأنوار لأعمال الأبرار، ج ١، ص ٦٥٣، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٣٩٢، نهاية المحتاج، ج ٥، ص ٣٩٢.

(٣) ص ٣٤٥.

قال: والأصح عندي: جواز نقله إلى موضع آخر، وهو مذهب أحمد.

المذهب الحنبلي:

حكم بيع المسجد إذا تعذر الانتفاع به:

إذا خرب المسجد وتعذرت إعادته، أو ضاق على المصلين به، وتعذر توسيعه في محله، أو تعذر الانتفاع به لخراب الناحية التي بها، أو كان موضعه قذراً^(١)، فقد نقل عن الإمام أحمد في حكم بيعه روايتان:

إحدهما: يصح بيعه، وهي المذهب^(٢).

الثانية: لا تباع المساجد، لكن تنقل آلتها إلى مسجد آخر^(٣).

قال شيخ الإسلام ابن تيمية رحمته الله:

«مذهب أحمد في غير المسجد يجوز بيعه للحاجة، وأمّا المسجد فيجوز بيعه أيضاً للحاجة في أشهر الروايتين عنه، وفي الأخرى: لا تباع عرصته، بل تنقل آلتها إلى موضع آخر»^(٤).

(١) المغني، ج ٥، ص ٦٣٢، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٤٢٠، الفروع، ج ٤، ص ٦٢٤، التنقيح، ص ١٩٠، الإقناع، ج ٣، ص ٢٧، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٥١٤، كشف القناع، ج ٤، ص ٢٩٢، كشف المخدرات، ص ٣١٤.

(٢) المقنع، ج ٢، ص ٣٣٠، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ٤٦٢، المغني، ج ٥، ص ٦٣٢، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٤٢٠، المحرر، ج ١، ص ٣٧٠ - ٣٧١، المبدع، ج ٥، ص ٣٥٦، الإقناع، ج ٣، ص ٢٧، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٥١٤، كشف القناع، ج ٤، ص ٢٩٢.

(٣) المقنع، ج ٢، ص ٣٣٠، المغني، ج ٥، ص ٦٣٢، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٤٢٠، المحرر، ج ١، ص ٣٧١، المبدع، ج ٥، ص ٣٥٦.

(٤) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ج ٣١، ص ٢١٢.

الأدلة

أدلة الرواية الأولى:

استدل لها بالأدلة الآتية:

الدليل الأول: ما روي أن عمر رضي الله عنه كتب إلى سعد لما بلغه أنه قد نقب بيت المال الذي بالكوفة: انقل المسجد الذي بالتمارين، واجعل بيت المال في قبلة المسجد، فإنه لن يزال في المسجد مصلى.
قالوا: وكان هذا بمشهد من الصحابة رضي الله عنهم، ولم يظهر خلافه فكان إجماعاً^(١).

قال ابن عقيل موضعاً هذا المعنى:

«وهذا كان مع توفر الصحابة، فهو كالإجماع؛ إذ لم ينكر أحد، مع كونهم لا يسكتون عن إنكار ما يعدونه خطأ.. فلو كان نقل المسجد منكراً لكان أحق بالإنكار؛ لأنه أمر ظاهر فيه شناعة»^(٢).

الدليل الثاني: الإجماع على جواز بيع الفرس الموقوفة على الغزو، إذا كبرت فلم تصلح للغزو، وأمكن الانتفاع بها في شيء آخر، فكذلك المسجد إذا تعذر الانتفاع به في موضعه^(٣).

الدليل الثالث: أن في بيعه في الأحوال المذكورة استبقاء الوقف بمعناه عند تعذر إبقائه بصورته، فوجب ذلك^(٤).

(١) المغني، ج ٥، ص ٦٣٢ - ٦٣٣، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٤٢٠، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ج ٣١، ص ٢١٥، ٢٢٢، المبدع، ج ٥، ص ٣٥٣، كشاف القناع، ج ٤، ص ٢٩٣، الروض المربع، ج ٥، ص ٥٦٤، ٥٦٥.

(٢) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ج ٣١، ص ٢٢٢ - ٢٢٣.

(٣) المغني، ج ٥، ص ٦٣٢، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٤٢٠، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ج ٣١، ص ٢١٤.

(٤) المغني، ج ٥، ص ٦٣٢، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٤٢٠، المبدع، ج ٥، ص ٢٥٤.

قال ابن عقيل:

الوقف مؤبد فإذا لم يمكن تأييده على وجه تخصيصه، استبقينا الغرض، وهو الانتفاع على الدوام في عين أخرى، وإيصال الإبدال جرى مجرى الأعيان، وجمودنا على العين مع تعطلها تضييع للغرض^(١)، ويقرب هذا من الهدى إذا عطب في السفر، فإنه يذبح في الحال، وإن كان يختص بموضع خاص، فلما تعذر تحصيل الغرض بالكلية استوفى منه ما أمكن، وترك مراعاة المحل الخاص عند تعذره؛ لأن مراعاته مع تعذره تفضي إلى فوات الانتفاع بالكلية، وهكذا الوقف المعطل المنافع^(٢).

الدليل الرابع: النهي عن إضاعة المال، وفي إبقائه معطلاً إضاعة للمال، فوجب الحفظ بالبيع^(٣).

وأما الرواية الثانية؛ فلم يذكروا لها دليلاً - فيما اطلعت عليه - وقد يقاس ذلك على العتق، فإن من أعتق عبداً ثم زمن، لا يعود ملكاً، ولا يقبل المعاوضة، لأنه أصبح حرّاً لا يقبل المعاوضة، ووقف المساجد أشبه بالتحريم من غيرها، فإنها خالصة لله عزّ وجلّ، كما قال تعالى: ﴿وَأَنَّ الْمَسَاجِدَ لِلَّهِ فَلَا تَدْعُوا مَعَ اللَّهِ أَحَدًا﴾، والمساجد بيوت الله، كما أن العتيق صار حرّاً، أي: خالصاً لله^(٤).

تنبيه:

يستثنى من القول ببيع المسجد إذا تعذر الانتفاع به: المساجد الثلاثة،

(١) المغني، ج ٥، ص ٦٣٣، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٤٢٠، المبدع، ج ٥، ص ٣٥٤، حاشية الروض المربع، ج ٥، ص ٥٦٥.

(٢) المغني، ج ٥، ص ٦٣٣، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٤٢٠ - ٤٢١.

(٣) كشف القناع، ج ٤، ص ٢٩٢.

(٤) ينظر في هذا المعنى مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ج ٣١، ص ٢٣٠ - ٢٣١.

فلا يصح بيع أرضها مطلقاً، قال شيخ الإسلام ابن تيمية رحمته الله: «والمساجد الثلاثة التي بنتها الأنبياء - عليهم السلام - وشرع للناس السفر إليها، ووجب السفر إليها بالنذر: لا يجوز إبدال عرصتها بغيرها، بل يجوز الزيادة فيها، وإبدال التأليف والبناء بغيره، كما دلّت عليه السنّة، وإجماع الصحابة، بخلاف غيرها فإنه لا يتعين للنذر، ولا يسافر إليه، فيجوز إبداله للمصلحة كما تقدم. والله أعلم»^(١).

بيع المسجد للمصلحة مع إمكان الانتفاع به

كان الكلام السابق عن حكم بيع المسجد عند الانتفاع به، وأما الكلام هنا فهو: في حكم بيعه للمصلحة مع إمكان الانتفاع به.

وقد فصل شيخ الإسلام ابن تيمية رحمته الله القول في هذه المسألة، وبيّن الخلاف في المذهب، ورجّح القول بالجواز فقال: «وأما إبدال^(٢) المسجد بغيره، للمصلحة، مع إمكان الانتفاع بالأول، ففيه قولان في مذهب أحمد، واختلف أصحابه في ذلك، لكن الجواز أظهر في نصوصه، وأدلته، والقول الآخر ليس عنه به نصٌّ صريح، وإنما تمسك أصحابه بمفهوم خطه، فإنه كثيراً ما يفتي بالجواز للحاجة، وهذا قد يكون تخصيصاً للجواز بالحاجة، وقد يكون التخصيص لكون ذلك هو الذي سئل عنه، واحتاج إلى بيانه... ولا ريب أنّ في كلامه ما يبين جواز إبدال المسجد للمصلحة، وإنّ أمكن الانتفاع به، لكون النفع بالثاني أكمل، ويعود الأول طلقاً»^(٣).

ثم نقل رحمته الله الرواية عن عمر رضي الله عنه في نقل مسجد الكوفة التي سبق إيرادها،

- (١) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ج ٣١، ص ٢٣٣.
- (٢) قال شيخ الإسلام ابن تيمية في مجموع الفتاوى، ج ٣١، ص ٢١٢: «والإبدال: يكون تارة بأن يعوض فيها بالبدل، وتارة بأن يباع ويشتري بثمانها المبدل».
- (٣) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ج ٣، ص ٢١٥ - ٢١٧.



ونقل عن أحمد أنه قال: إذا كان المسجد يضيق بأهله فلا بأس أن يحوّل إلى موضع أوسع منه، وبين أنه يجوز تحويله لنقص الانتفاع بالأول، لا لتعذره^(١).

وأشار رَضِيَ اللهُ عَنْهُ إلى أنه قد جاءت الرواية عن الإمام أحمد بذلك وتأولها بعض أصحابه، وقالوا: إنه لا يجوز النقل والإبدال إلا عند تعذر الانتفاع^(٢)، ثم رد عليهم فقال:

«أما قول القائل: لا يجوز النقل والإبدال إلا عند تعذر الانتفاع، فممنوع ولم يذكروا على ذلك حجة، لا شرعية، ولا مذهبية، فليس عن الشارع، ولا عن صاحب المذهب هذا النفي الذي احتجوا به، بل قد دلّت الأدلة الشرعية، وأقوال صاحب المذهب على خلاف ذلك، وقد قال أحمد: إذا كان المسجد يضيق بأهله فلا بأس أن يحول إلى موضع أوسع منه، وضيقة بأهله لم يعطل نفعه، بل نفعه باقٍ كما كان ولكن الناس زادوا، وقد أمكن أن يُبنى لهم مسجدٌ آخر... أجاز تحويل المسجد إذا ضاق بأهله إلى أوسع منه؛ لأن ذلك أصلح وأنفع، لا لأجل الضرورة.

ولأن الخلفاء الراشدين: عمر، وعثمان - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا - غيراً مسجد النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وأمر عمر بن الخطاب بنقل مسجد الكوفة إلى مكان آخر، وصار الأول سوق التمارين، للمصلحة الراجحة، لا لأجل تعطل منفعة تلك المساجد، فإنه لم يتعطل نفعها، بل ما زال باقياً»^(٣).

تلخيص أقوال الفقهاء في بيع المسجد إذا خرب:

مما سبق يتلخص أن للفقهاء في حكم بيع المسجد إذا خرب، أو خرب ما حوله أربعة أقوال:

(١) المصدر السابق، الجزء نفسه، ص ٢١٧.

(٢) المصدر السابق، الجزء نفسه، ص ٢١٧ - ٢٢٠.

(٣) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ج ٣١، ص ٢٢٠ - ٢٢١.

القول الأول: يبقى مسجدًا أبدًا، فلا يعود ملكًا، ولا يباع، وبه قال أبو يوسف من الحنفية، وعليه الفتوى، وهو مذهب المالكية، وبه قال جماهير الشافعية.

القول الثاني: يعود ملكًا إلى الباني أو إلى ورثته بعد موته، وبه قال محمد بن الحسن من الحنفية.

القول الثالث: يصح بيعه، وبه قال الإمام أحمد في أشهر الروايتين عنه، وبه قال الخوارزمي من الشافعية.

القول الرابع: لا تباع أرض المساجد، لكن تنقل ألتها إلى مسجد آخر، وبه قال أحمد وأبو يوسف في رواية عنهما، وقال به بعض المالكية، وقال به الشافعية إن خيف على نقضه من اللصوص ورأى ذلك الحاكم.

الترجيح:

لعل أقرب الأقوال في هذه المسألة هو القول بصحة بيع المسجد إذا خرب، أو خرب ما حوله أو كان في بيعه مصلحة ظاهرة، لقوة ما استدل به لهذا القول ووجاهة تلك الأدلة، وما يحققه ذلك من المصلحة، والمحافظة على المال وعدم تركه معطلًا.

ومما يؤيد القول بصحة البيع ما ثبت في الصحيحين^(١) عن عائشة رضي الله عنها عن النبي ﷺ أنه قال: «لولا أن قومك حديثوا عهد بجاهلية لنقضت الكعبة، ولألصقتها بالأرض، ولجعلت لها بابين: بابًا يدخل الناس منه، وبابًا يخرجون منه».

قال شيخ الإسلام ابن تيمية رحمته الله:

(١) صحيح البخاري، كتاب: المناسك، باب: فضل مكة وبنائها، ج٣، ص١٨٠، صحيح مسلم، كتاب: المناسك، باب: نقض الكعبة وبنائها، ج٩، ص٩٣. (صحيح مسلم بشرح النووي).

«ومعلوم أن الكعبة أفضل وقف على وجه الأرض، ولو كان تغييرها وإبدالها بما وصفه ﷺ واجباً لم يتركه، فعلم أنه كان جائزاً، وأنه كان أصح لولا ما ذكره من حدثان عهد قريش بالإسلام، وهذا فيه تبديل بنائها ببناء آخر. فعلم أن هذا جائز في الجملة، وتبديل التأليف بتأليف آخر هو أحد أنواع الأبدال.

وأيضاً فقد ثبت أن عمر وعثمان غيرا بناء مسجد النبي ﷺ: أما عمر فبناه بنظير بنائه الأول باللبن والجذوع، وأما عثمان فبناه بمادة أعلى من تلك كالساج^(١)، وبكل حال فاللبن والجذوع التي كانت وقفاً أبدلها الخلفاء الراشدون بغيرها، وهذا من أعظم ما يشتهر من القضايا ولم ينكره منكر، ولا فرق بين إبدال البناء ببناء، وإبدال العرصة بعرصة، إذا اقتضت المصلحة ذلك، ولهذا أبدل عمر بن الخطاب مسجد الكوفة بمسجد آخر، أبدل نفس العرصة^(٢).

وبناء على ما ذكره شيخ الإسلام ابن تيمية ﷺ من جواز الإبدال للمصلحة فمن باب أولى إذا خرب المسجد وتعطل نفعه أنه يجوز بيعه. والله تعالى أعلم.

(١) الساج: نوع من الشجر، وهو أيضاً الطيلسان الأخضر. (القاموس المحيط: باب الجيم فصل السين مادة «الساج»، ج ١، ص ١٩٥، مختار الصحاح، ص ٣١٩ - النهاية في غريب الحديث والأثر، ج ٢، ص ٤٣٢).

(٢) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ج ٣١، ص ٢٤٤.

المطلب الثاني: بيع العقار الموقوف غير المسجد:

المذهب الحنفي:

فرَّع ابن الهمام على الخلاف المذكور في المسجد ما إذا انهدم الوقف، وليس له من الغلة ما يعمر به فقال: «واعلم أنه يتفرع على الخلاف بين أبي يوسف ومحمد، فيما إذا استغني عن المسجد لخراب المحلة والقربة وتفرَّق أهلها، ما إذا انهدم الوقف وليس له من الغلة ما يمكن به عمارته أنه يبطل الوقف ويرجع النقض إلى بانيه أو ورشته عند محمد، خلافاً لأبي يوسف.

وكذا حانوت في سوق احترق وصار بحيث لا ينتفع به ولا يستأجر بشيء ألبتة يخرج عن الوقفية، وكذا حوض محلة خرب وليس له ما يعمر به فهو لوارثه... وكذا الرباط إذا خرب يبطل الوقف ويصير ميراثاً، ولو بنى رجل على هذه الأرض، فالبناء للباني، وأصل الوقف لورثة الواقف عند محمد... وروى هشام عن محمد أنه قال: إذا صار الوقف بحيث لا ينتفع به المساكين، فللقاضي أن يبيعه ويشتري بثمنه غيره.

وعلى هذا فينبغي أن لا يفتى على قوله برجوعه إلى ملك الواقف وورثته بمجرد تعطله وخرابه، بل إذا صار بحيث لا ينتفع به يشتري بثمنه وقف آخر يستغل، ولو كانت غلته دون غلة الأول.

وكذا للمتولي أن يبيع من تراب مسبلة إذا كان فيه مصلحة.

وفي فتاوى قاضيخان: وقف على مسمين خرب ولا ينتفع به ولا يستأجر أصله يبطل الوقف، ويجوز بيعه، وإن كان أصله يستأجر بشيء قليل يبقى أصله وقفاً انتهى. ويجب حفظ هذا فإنه قد تخرب الدار وتصير كوماً، وهي بحيث لو نقل نقضها استأجر أرضها من يبني أو يغرس، ولو بقليل، فيغفل عن ذلك وتباع كلها للواقف مع أنه لا يرجع منها إليه إلا النقض... ولو

انهدم بعض بناء الدار وليس ثم ما يعاد به ويحفظ ثمنه في يد القائم بأمر الوقف إلى أن يحتاج الباقي إلى العمارة فيصرف فيه.

وكذا إذا يبس بعض أشجار الأرض الموقوفة يبيعها، ولا يبيع من نفس الأرض لذلك، ولا يعطى المستحقون شيئاً من ثمن النقض، ولا من عينه؛ لأنه لا حق لهم فيما سوى الغلة، بل الحال، أنه إن أمكن شراء شيء يستغل ولو قليلاً، أو إجارة الأرض بشيء ولو قليلاً فعل، وحفظه لعمارة ما بقي، ولو خرب الكل وتعذر أن يشتري بثمنه مستغل ولو قليلاً حينئذ يرجع إلى ملك الواقف»^(١).

حالات استبدال الوقف عند الحنفية:

يعبر الحنفية في بعض كتبهم عن بيع العقار الموقوف بالإبدال والاستبدال، ويراد بالإبدال: بيع العين الموقوفة لشراء عين أخرى تكون وفقاً بدلها.

أما الاستبدال فهو أخذ العين الثانية مكان الأولى^(٢).

إذا عرف هذا، فقد ذكر الحنفية أن الإبدال والاستبدال له ثلاث

حالات:

الحالة الأولى: أن يشترطه الواقف.

الحالة الثانية: أن لا يشترطه الواقف، سواء شرط عدمه أو سكت، لكن صار بحيث لا ينتفع به بالكلية، أو لا يفي بمؤنته.

الحالة الثالثة: أن لا يشترطه، والوقف عامر، إلا أن بدله أفضل منه^(٣).

(١) فتح القدير، ج ٥، ص ٦٥ - ٦٦.

(٢) أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية للكبيسي، ج ٢، ص ٩.

(٣) أنفع الوسائل، ص ١٠٩، فتح القدير، ج ٥، ص ٦٠، حاشية ابن عابدين، ج ٤، ص ٣٨٤.

قال ابن عابدين ما نصه :

«اعلم أن الاستبدال على ثلاثة وجوه :

الأول: أن يشترطه الواقف لنفسه أو لغيره، أو لنفسه و غيره..

والثاني: أن لا يشترطه سواء شرط عدمه أو سكت، لكن صار بحيث لا ينتفع به بالكلية بأن لا يحصل منه شيء أصلاً، أو لا يفي بمؤنته..

والثالث: أن لا يشترطه أيضاً، ولكن فيه نفع في الجملة وبدله خير منه ريعاً ونفعاً..»^(١).

وفيما يلي تفصيل مذهب الحنفية في كل حالة منها :

الحالة الأولى: أن يشترطه الواقف لنفسه، أو لنفسه و غيره. بأن يقول الواقف - عند إنشاء الوقف - أرضي هذه موقوفة على أن لي أن أستبدلها بأرض أخرى تكون وفقاً مكانها، أو لمن وليها الاستبدال بها، أو أن يبيعها ويشتري بثمنها مكانها أرضاً أخرى^(٢)، فقد اختلف الحنفية في ذلك على ثلاثة أقوال :

القول الأول: يصح الوقف والشرط وله أن يبيع ويستبدل، وبه قال أبو يوسف^(٣)، وهلال^(٤)، والخصاف^(٥)، وهذا القول هو الراجح^(٦) عندهم.

وعللوا لذلك بأن :

-
- (١) حاشية ابن عابدين، ج ٤، ص ٣٨٤.
 (٢) أنفع الوسائل، ص ١٠٩، فتح القدير، ج ٥، ص ٨.
 (٣) الهداية، ج ٥، ص ٥٨، أنفع الوسائل، ص ١٠٩، فتاوى قاضيخان، ج ٣، ص ٣٠٥، الإسعاف في أحكام الأوقاف، ص ٣٥.
 (٤) المراجع السابقة.
 (٥) أحكام الأوقاف للخصاف، ص ١٥٤.
 (٦) فتاوى قاضيخان، ج ٣، ص ٣٠٦، فتح القدير، ج ٥، ص ٥٨، الإسعاف في أحكام الأوقاف، ص ٣٥، حاشية ابن عابدين، ج ٤، ص ٣٨٤.

هذا الشرط لا يبطل حكم الوقف، فإن الوقف مما يحتمل الانتقال من أرض إلى أخرى، فإن أرض الوقف إذا غصبها إنسان وأجرى عليها الماء حتى صارت بحرًا لا تصلح للزراعة يضمن قيمتها، ويشتري بقيمتها أرضًا أخرى، فتكون الثانية وقفًا على وجه الأولى.

وكذلك أرض الوقف إذا قلَّ نزلها لآفة، وصارت بحيث لا تصلح للزراعة أو لا تفضل غلتها عن مؤنها يكون صلاح الوقف في استبداله بأرض أخرى، فيصح شرط ولاية الاستبدال، وإن لم تكن الضرورة داعية إليه في الحال^(١).

القول الثاني: يصح الوقف، ويبطل الشرط، وبه قال محمد بن الحسن^(٢)، وعلّلوا لهذا القول فقالوا:

لأن هذا الشرط لا يؤثر في المنع من زواله، والوقف يتم بذلك ولا ينعدم به معنى التأييد في أصل الوقف بشروطه، ويبقى الاستبدال شرطًا فاسدًا، فيكون باطلًا في نفسه، كالمسجد إذا شرط الاستبدال به، أو شرط أن يصلي فيه قوم دون قوم، فالشرط باطل، واتخاذ المسجد صحيح، فهذا مثله^(٣).

القول الثالث: الوقف والشرط فاسدان، وقال به بعض الحنفية^(٤). ولم ينصوا على قائله، ولم يذكروا له دليلًا.

وقد فرّع الحنفية على اشتراط الاستبدال جملة من الفروع منها:

- (١) فتاوى قاضيخان، ج ٣، ص ٣٠٦، فتح القدير، ج ٥، ص ٥٨، الإسعاف في أحكام الأوقاف، ص ٣٥، أنفع الوسائل، ص ١١٣.
- (٢) المبسوط، ج ١٢، ص ٤١، الهداية، ج ٥، ص ٥٨، العناية بهامش الهداية، ج ٥، ص ٥٨، أنفع الوسائل، ص ١٠٩، الإسعاف في أحكام الأوقاف، ص ٣٥.
- (٣) المبسوط، ج ١٢، ص ٤١ - ٤٢، العناية، ج ٥، ص ٥٨.
- (٤) فتاوى قاضيخان، ج ٣، ص ٣٠٦.

الفرع الأول: ليس له بعد استبداله مرة أن يستبدل ثانيًا، إلا أن يذكر عبارة تفيد له ذلك دائماً^(١)؛

لأنه حكم ثبت بالشرط، والشرط وجد في الأولى، لا الثانية^(٢).

الفرع الثاني: لو قال الواقف في الوقف على أن أبيعها وأشتري بتمنها أرضًا أخرى، ولم يزد على ذلك: فالقياس: أن الوقف باطل؛ لأنه لم يذكر إقامة أرض أخرى مقام الأولى، وفي الاستحسان يصح؛ لأن الأرض تعينت للوقف فيقوم ثمنها مقامها في الحكم^(٣).

الفرع الثالث: لو قال: أرضي موقوفة على أن أستبدلها بأرض أخرى، لم يكن له أن يستبدلها بدار؛ لأنه لا يملك تغيير الشرط. ولو قال على أن أستبدلها بدار لم يكن له أن يستبدلها بأرض. ولو قال على أن لي أن أستبدلها بأرض من أراضي البصرة لم يكن له أن يستبدلها بأرض من غير أرض البصرة؛ لأن أراضي البلدان تتفاوت في الغلة والمؤنة، فلا يغير شرطه، ولو شرط الاستبدال ولم يذكر أرضًا ولا دارًا فباع الأرض الأولى كان له أن يستبدلها بجنس العقارات ما شاء من دار أو أرض، وكذا إذا لم يقيد الاستبدال على بلد، كان له أن يستبدلها بأي بلد شاء، لإطلاق اللفظ^(٤).

الحالة الثانية: أن يسكت الواقف عن اشتراط الاستبدال لكن صار

(١) أحكام الأوقاف للخصاف، ص ١٥٥، أنفع الوسائل، ص ١١٠، فتح القدير، ج ٥، ص ٥٨، الدر المختار، ج ٤، ص ٣٨٥، الفتاوى الهندية، ج ٢، ص ٣٩٩.

(٢) الدر المختار، ج ٤، ص ٣٨٥.

(٣) فتاوى قاضيخان، ج ٣، ص ٣٠٦، أحكام الأوقاف للخصاف، ص ١٥٤، فتح القدير، ج ٥، ص ٥٩، الإسعاف في أحكام الأوقاف، ص ٣٥.

(٤) فتاوى قاضيخان، ج ٣، ص ٣٠٦ - ٣٠٧، فتح القدير، ج ٥، ص ٥٩، أنفع الوسائل، ص ١١٠، الإسعاف في أحكام الأوقاف، ص ٣٦، الفتاوى الهندية، ج ٢، ص ٤٠٠.

الوقف بحيث لا ينتفع به بالكلية بأن لا يحصل منه شيء أصلاً، أو لا يفي بمؤنته.

ففي هذه الحالة اختلف الحنفية على قولين:

القول الأول: أنه يجوز البيع والاستبدال إذا كان بإذن القاضي، ورأى فيه مصلحة.

قال قاضيخان:

«أما بدون الشرط: أشار في السير، أنه لا يملك الاستبدال إلا القاضي إذا رأى المصلحة في ذلك»^(١).

وذكر في الفتاوى الظهيرية، قال: «سئل شمس الأئمة الحلواني عن أوقاف المسجد إذا تعطلت وتعدت استغلالها، هل للمتولي أن يبيعها ويشتري مكانها أخرى؟ قال: نعم»^(٢). وفي السير الكبير قال أبو يوسف: يجوز الاستبدال بالأوقاف. وذكر في الفتاوى الظهيرية الصغرى ما صورته، وفي السير الكبير أن استبدال الوقف باطل إلا رواية عن أبي يوسف^(٣).

وفي المنتقى قال هشام:

«سمعت محمداً يقول في الوقف إذا صار بحيث لا ينتفع به المساكين: فللقاضي أن يبيعه ويشتري بثمنه غيره، وليس ذلك إلا للقاضي»^(٤).

وعلى هذا يجوز بيع العقار الموقوف إذا تعطلت منفعته ويشتري بثمنه عوضه تبقية للوقف، ونظراً للمستحقين^(٥).

(١) فتاوى قاضيخان، ج ٣، ص ٣٠٦.

(٢) أنفع الوسائل، ص ١١٢، وأعاد نقل النص في ص ١١٧ عن الذخيرة.

(٣) أنفع الوسائل، ص ١١٢.

(٤) أنفع الوسائل، ص ١١٧.

(٥) المصدر السابق، ص ١١٩ - ١٢٠.

القول الثاني: لا يجوز البيع والاستبدال، وممن قال بهذا هلال، وشمس الأئمة السرخسي^(١).

جاء في فتاوى قاضيخان^(٢) - في أثناء حديثه عن اشتراط بيع الأرض الموقوفة واستبدالها أو عدم اشتراط ذلك - قوله:

«ولو كان الوقف مرسلًا لم يذكر فيه شرط الاستبدال لم يكن له أن يبيعه ويستبدل بها، وإن كانت الأرض سبخة لا ينتفع بها؛ لأن سبيل الوقف أن يكون مؤبدًا لا يباع، وإنما تثبت ولاية الاستبدال بالشرط، وبدون الشرط لا تثبت، فهو كالبيع المطلق عن شرط الخيار، لا يملك المشتري رده، وإن لحقه في ذلك غبن»^(٣).

«وذكر هلال في وقفه في «باب الرجل يقف الأرض على أن يبيعهها»، قال: قلت: رأيت لو قال: صدقة موقوفة لله أبدًا، ولم يشترط أن يبيعهها أله أن يبيعهها ويستبدل ما هو خير منها؟

قال: لا يكون له ذلك إلا أن يكون شرط البيع.

قلت: ولم لا يجوز له ذلك، وهو خير للوقف؟

قال: لأن الوقف لا يطلب به التجارة، ولا يطلب به الأرباح وإنما

(١) المصدر السابق، ص ١١٣ - ١١٤.

(٢) سبق النقل عن قاضيخان أنه قال: «أما بدون الشرط، أشار في السير أنه لا يملك الاستبدال إلا القاضي»، وهنا منع منه، ولو صارت الأرض بحال لا ينتفع بها، ولهذا تعقبه ابن نجيم فيما نقله عن ابن عابدين في حاشيته، ج ٤، ص ٣٨٦، حيث نقل عنه أنه قال: «وقد اختلف كلام قاضيخان في موضع جوزه للقاضي بلا شرط الواقف؛ حيث رأى المصلحة فيه، وفي موضع منع منه، ولو صارت الأرض بحال لا ينتفع بها». انتهى. ويمكن التوفيق بين ما ذكره قاضيخان، بأن ما ذكره أولاً هو نقل عن كتاب السير؛ لأنه أشار إليه، حيث قال: «أشار في السير»، وأما كلامه هنا فهو رأيه هو. والله تعالم أعلم.

(٣) فتاوى قاضيخان، ج ٣، ص ٣٠٧.

سميت وقفاً؛ لأنها لا تباع، وإنما جوزت ذلك إذا اشترطه في عقدة الوقف؛ لأن الواقف إنما وقف على مثل ذلك، ولو جاز له بيع الوقف بغير شرط كان في أصله، كان له أن يبيع ما استبدل بالوقف، فيكون الوقف يباع في كل يوم، وليس هكذا الوقف»^(١).

هذا ويلاحظ أن ابن نجيم رجّح القول الأول؛ حيث نقل عنه أنه قال: «... والمعتمد أنه بلا شرط: يجوز للقاضي بشرط أن يخرج عن الانتفاع بالكلية، وأن لا يكون هناك ريع للوقف يعمر به، وأن لا يكون البيع بغبن فاحش...»^(٢).

كما أن ابن عابدين صححه أيضاً حيث قال:

«... والثاني أن لا يشترطه سواء شرط عدمه أو سكت لكن صار بحيث لا ينتفع به بالكلية بأن لا يحصل منه شيء أصلاً، أو لا يفي بمؤنته فهو... جائز على الأصح إذا كان بإذن القاضي ورأيه المصلحة فيه»^(٣).

الحالة الثالثة: أن يسكت الواقف عن اشتراط الاستبدال، والوقف عامر إلا أن بدله أفضل منه، ففي هذه الحالة اختلف الحنفية على قولين: القول الأول: لا يجوز البيع والاستبدال، وهذا مقتضى كلام هلال في وقفه فإنه منع البيع والاستبدال إن لم يكن شرط - كما سبق نقل كلامه في المسألة الثانية -.

وقد رجّح ابن الهمام هذا القول، واستدل له، فقال:

«والحاصل أن الاستبدال إما عن شرطه الاستبدال... أو لا عن شرطه، فإن كان لخروج الوقف عن انتفاع الموقوف عليهم به، فينبغي أن لا يختلف

(١) أنفع الوسائل، ص ١١٢.

(٢) حاشية ابن عابدين، ج ٤، ص ٣٨٦.

(٣) حاشية ابن عابدين، ج ٤، ص ٣٨٤.

فيه... وإن كان لا لذلك، بل اتفق أنه أمكن أن يؤخذ بثمن الوقف ما هو خير منه، مع كونه منتفعًا به فينبغي: أن لا يجوز.

لأن الواجب إبقاء الوقف على ما كان عليه دون زيادة أخرى، ولأنه لا موجب لتجويزه؛ لأن الموجب في الأول الشرط، وفي الثاني الضرورة، ولا ضرورة في هذا؛ إذ لا تجب الزيادة فيه، بل تبقيته كما كان^(١).

كما رجّح ذلك ابن عابدين؛ حيث قال:

«والثالث: أن لا يشترطه... ولكن فيه نفع في الجملة وبدله خير منه ريعًا ونفعًا، وهذا لا يجوز استبداله على الأصح المختار»^(٢).

القول الثاني: يصح البيع والاستبدال، وهو مروى عن أبي يوسف.

جاء في «أنفع الوسائل»^(٣) ما نصه:

«وذكر في الذخيرة قال: روي عن أبي يوسف أنه قال: لا بأس باستبدال الوقف، لما روي عن علي بن أبي طالب عليه السلام: أنه وقف على الحسن والحسين عليهما السلام، فلما خرج إلى صفين^(٤) قال: إن نأت بهم الدار فبيعوها، واقسموا ثمنها بينهم، ولم يكن شرط البيع في أصل الوقف، ثم أمر بالبيع».

هذا، وقد ذهب كثير من الحنفية إلى صحة استبدال الوقف العامر في أربع حالات^(٥):

(١) فتح القدير، ج ٥، ص ٥٨ - ٥٩.

(٢) حاشية ابن عابدين، ج ٤، ص ٣٨٤.

(٣) ص ١١٣.

(٤) «صِفِّين: بكسر أوله وثانيه وتشديده: موضع بقرب الرقة على شاطئ الفرات من غربيها، فوق بالس بمقدار نصف مرحلة»، بها كانت الواقعة بين علي ومعاوية عليهما السلام سنة ٣٧ هـ. (معجم البلدان، ج ٣، ص ٤١٤، مراصد الإطلاع، ج ٢، ص ٨٤٦).

(٥) الدر المختار، ج ٤، ص ٣٨٨، غمز عيون البصائر، ج ٢، ص ٢٢٧، حاشية ابن عابدين،

جاء في «الأشباه والنظائر»^(١) قوله:

«استبدال الوقف العامر لا يجوز إلا في مسائل:

الأولى: لو شرطه الواقف.

الثانية: إذا غصبه غاصب، وأجرى الماء عليه حتى صار بحرًا لا يصلح للزراعة، فَيُضَمُّهُ الْقَيْمُ الْقِيَمَةَ، ويشتري بها أرضًا بدلًا.

الثالثة: أن يجحده الغاصب ولا بينة^(٢)، وهي في الخانية.

الرابعة: أن يرغب إنسان فيه ببدل أكثر غلة، وأحسن وصفًا، فيجوز على قول أبي يوسف، كما في فتاوى قاري الهداية».

اشتراط الواقف عدم الاستبدال:

في الحالات الثلاث السابقة كان الكلام عن حكم استبدال الوقف إذا اشترطه الواقف، أو سكت عنه.

أما الكلام هنا فهو في بيان الحكم إذا اشترط الواقف عدم البيع والاستبدال، كأن قال: وقفت أرضي هذه على أن لا تباع ولا تستبدل.

فهل يجوز للقاضي إذا رأى المصلحة في البيع والاستبدال أن يفعل ذلك، ويخالف شرط الواقف، أو لا يجوز؟

للحنفية في هذه المسألة قولان:

القول الأول: يجوز للقاضي البيع والاستبدال إذا كان فيه مصلحة،

وهذا على قول أبي يوسف، ومن وافقه من الحنفية^(٣).

(١) ص ١٩٤.

(٢) قال ابن عابدين في حاشيته، ج ٤، ص ٣٨٨، ما نصه: «الثالثة: أن يجحده الغاصب ولا بينة، أي: وأراد دفع القيمة، فللمتولي أخذها ليشتري بها بدلًا».

(٣) أنفع الوسائل، ص ١١٦.

قال في «أنفع الوسائل»^(١) مخرجًا هذه المسألة على قول أبي يوسف ما نصه :

«... وعلى ما نقلناه عن بعض المشايخ، وهي رواية عن أبي يوسف، فالظاهر أنه يجوز الاستبدال للقاضي إذا كان فيه مصلحة للوقف، وإن كان الواقف نصَّ على ألا يستبدل به، وذلك: لأن أبا يوسف رحمته الله علَّل في الاستبدال بعلّة تصلح أن يخرج جوابنا هنا عليها، وهي أن الضرورة قد تقع إلى الاستبدال، لأن الأرض ربما لا تخرج من الغلة ما يفضل عن مؤنها وكلفها فيؤدي إلى أنه لا يصل شيء إلى الموقوف عليهم، هذه عبارة الأصحاب لأبي يوسف رحمته الله فالواقف إذا شرط ألا يستبدل بالوقف حتى رأى الحاكم المصلحة للوقف في استبداله فاجتمع معنا نصُّ الواقف، ورأى الحاكم، والمخالفة بينهما ظاهرة، فإن عملنا بما شرطه الواقف؛ فقد فوتنا مصلحة الوقف، وتتعطل مصلحة الموقوف عليهم.

وإن نظرنا إلى رأي الحاكم فقد عملنا بمصلحته، فبقي شرط الواقف في معنى اشتراط شرط لا فائدة فيه للوقف، واشترطه شرطًا لا فائدة فيه، ولا مصلحة للوقف غير مقبول، كما قال أصحابنا في اشتراط الواقف: إن القاضي أو السلطان لا يكون له كلام في الوقف، وقالوا: ثمة إنه شرط باطل، وللقاضي الكلام؛ لأن نظره أعلى، وهذا شرط ليس بموافق للشرع فلا يستمع.

وكما قال أصحابنا في أن الواقف إذا شرط ألا يؤجر الوقف أكثر من سنة مثلاً، والقيم لا يجد من يستأجره هذه المدة، قالوا: ليس للقيم أن يخالف شرط الواقف ولكن يرفع الأمر إلى القاضي فإذا رأى ذلك مصلحة

أجره مدة أكثر من المدة التي اشترطها، نصَّ على هذا الفرع في الفتاوى البديعية وغيرها.

فمسألتنا هذه تشابه مسألة الإجارة، والمسألة المتقدمة، والمعنى فيها واحد، وهو أن نظر القاضي أعلى، والواقف إنما يختار ما فيه مصلحة للوقف، ولا يظن به أن يكرهها، والوقف قد خرج عن ملكه، وللحاكم الولاية العامة، فإذا رأى الحاكم المصلحة لجهة الوقف في الاستبدال فعله، ولا يضره قول الواقف: لا يستبدل به».

وقد عدَّ بعض الحنفية هذه المسألة من المسائل التي يصح فيها مخالفة شرط الواقف.

قال ابن نجيم في «الأشباه والنظائر»^(١):

«شرط الواقف عدم الاستبدال، فللقاضي الاستبدال إذا كان أصلح».

وقد ورد مثل ذلك في «الدر المختار»^(٢)، وحاشية ابن عابدين عليه.

القول الثاني: لا يجوز للقاضي ولا غيره: البيع والاستبدال، وعزاه في أنفع الوسائل إلى هلال.

حيث قال في تخريج هذه المسألة ما نصه:

«أما تخريجها على ما نقلناه عن هلال فظاهر، بل بالطريق الأولى، ألا يجوز أن يستبدل به بعد ذلك؛ لأن هلالاً قال: لا يجوز الاستبدال إلا إذا شرطه الواقف وإذا لم يشترطه فلا يجوز، فبقي بالطريق الأولى، إذا نصَّ على ألا يستبدل به ألا يجوز الاستبدال»^(٣).

(١) ص ١٩٥.

(٢) الدر المختار، ج ٤، ص ٣٨٧.

(٣) أنفع الوسائل، ص ١١٥.

بيع بعض العقار الموقوف لإصلاح باقيه :

إذا خرب بعض الوقف، وليس له ما يعمر منه، فهل يباع بعضه لعمارة الباقي أو لا؟

نقل في «أنفع الوسائل» جملة من النقول عن الحنفية في هذه المسألة، أذكر منها:

في «المنتقى» قال هشام: سمعت محمداً يقول في الوقف إذا صار بحيث لا ينتفع به المساكين: فللقاضي أن يبيعه ويشتري بثمنه غيره وليس ذلك إلا للقاضي، وإذا خربت الأرض الموقوفة وأراد القيم أن يبيع بعضها ليرمم الباقي بثمن ما باع ليس له ذلك^(١).

وذكر هلالٌ في «وقفه» قلت: أرأيت رجلاً جعل أرضه صدقة موقوفة لله أبداً فخربت فلم تصلح لشيء، أترى للقيم أن يبيع بعض تربتها ويعمر ما بقي منها بثمن ذلك، وفي ذلك صلاح لها، قال: لا أرى ذلك له، وأنها عنه، ولا يجوز أن يبيع شيء من ذلك^(٢).

وذكر في «المحيط» قال: لا يجوز بيع رقبة الوقف ولا قطعة منها ليرم ما بقي بثمنها، لأنه يؤدي إلى إبطال شرط الواقف فيه، وهو التأييد، وكذا ما احتاج إلى العمارة، ولو جاز بيع بعضه يؤدي ذلك إلى إفناء الوقف كله، وكذا لا يجوز بيع البناء القديم، والعمارة القديمة^(٣).

وقد بيّن مؤلف «أنفع الوسائل» الفرق بين جواز بيع الوقف كله إذا خرب، وعدم جواز بيع بعضه لعمارة الباقي، فقال:

«لأننا نقول إنما جوزنا بيع الكل، وأن يشتري به عوضه تبقيّة للوقف،

(١) المصدر السابق، ص ١١٧.

(٢) المصدر السابق نفسه.

(٣) المصدر السابق، ص ١١٨.

ونظرًا للمستحقين، أما في هذه المسألة فإننا لو جَوَّزنا ذلك أدى إلى إفناء الوقف من غير أن يتعوض عنه، بخلاف ما إذا باع الكل فإنه لا يذهب شيء بلا عوض، بل ربما يكون عوضه أجود منه، وأبقى للوقف، فلهذا: قلنا: بالجواز في الأولى، وبالمنع في الثانية»^(١).

وممن صرح بالمنع من الحنفية ابن نجيم حيث قال:
«لا يجوز بيع بعض الموقوف لمرة الباقي»^(٢).

وقد نقل بعض الحنفية ما يدل على الجواز: حيث قال ابن عابدين في «منحة الخالق على البحر الرائق»^(٣) عند كلام ابن نجيم السابق ما نصه:
«قال الرملي: أقول: قال في البزازية»^(٤): بيع عقار المسجد لمصلحته لا يجوز، وإن بأمر القاضي، وإن باع بعضه لإصلاح باقيه لخرب كله جاز».

شروط الاستبدال:

فقهاء الأحناف الذين أجازوا استبدال العقار الموقوف، وإن لم يشترطه الواقف قد وضعوا لذلك شروطًا لا يجوز البيع والاستبدال عندهم إلا بتوفرها، ويمكن إيراد الشروط التي ذكروها على النحو الآتي:
الشرط الأول: أن يخرج الموقوف عن الانتفاع به بالكلية^(٥).
الشرط الثاني: أن لا يكون البيع بغبن فاحش^(٦).

(١) أنفع الوسائل، ص ١١٩.

(٢) البحر الرائق، ج ٥، ص ٢٣٧.

(٣) ج ٥، ص ٢٣٧.

(٤) ينظر الفتاوى البزازية، ج ٦، ص ٢٧١.

(٥) فتح القدير، ج ٥، ص ٥٨، البحر الرائق، ج ٥، ص ٢٤٠، الدر المختار، ج ٤،

ص ٣٨٦، منحة الخالق على البحر الرائق، ج ٤، ص ٢٤٠، حاشية ابن عابدين، ج ٤،

ص ٣٨٦، الفقه الإسلامي وأدلته، ج ٨، ص ٢٢٢.

(٦) المصادر السابقة.

الشرط الثالث: أن لا يكون هناك ريع للوقف يعمر به^(١).

الشرط الرابع: أن يكون المستبدل قاضي الجنة، وهو ذو العلم والعمل، لئلا يؤدي الاستبدال إلى إبطال أوقاف المسلمين^(٢).

الشرط الخامس: أن يكون البدل عقارًا لا دراهم ودنانير؛ لئلا يأكلها النظار، ولأنه قلَّ أن يشتري بها الناظر بدلًا^(٣). وأجاز بعضهم الاستبدال به نقودًا ما دام المستبدل هو القاضي صاحب العلم والعمل^(٤).

الشرط السادس: أن لا يبيعه لمن لا تقبل شهادته له، ولا لمن له عليه دين، خشية التهمة والمحاباة^(٥).

الشرط السابع: وذكر في «القنية» ما يفيد شرطًا سابقًا؛ حيث قال فيها: مبادلة دار الوقف بدار أخرى إنما تجوز إذا كانتا في محلة واحدة، أو تكون المحلة المملوكة خيرًا من الموقوفة، وعلى عكسه لا يجوز، وإن كانت المملوكة أكثر مساحة وقيمة وأجرة، لاحتمال خرابها لقلّة رغبات الناس فيها^(٦).

(١) المصادر السابقة عدا فتح القدير.

(٢) الإسعاف في أحكام الأوقاف، ص ٣٦، البحر الرائق، ج ٥، ص ٢٤١، الدر المختار، ج ٤، ص ٣٨٦، منحة الخالق على البحر الرائق، ج ٥، ص ٢٤٠، حاشية ابن عابدين، ج ٤، ص ٣٨٦، الفقه الإسلامي وأدلته، ج ٨، ص ٢٢٢.

(٣) البحر الرائق، ج ٥، ص ٢٤١، منحة الخالق على البحر الرائق نفس الجزء والصفحة، حاشية ابن عابدين، ج ٤، ص ٣٨٦، الفقه الإسلامي وأدلته، ج ٨، ص ٢٢٢.

(٤) الدر المختار، ج ٤، ص ٣٨٧، الفقه الإسلامي وأدلته، ج ٨، ص ٢٢٢.

(٥) البحر الرائق، ج ٥، ص ٢٤١، حاشية ابن عابدين، ج ٤، ص ٣٨٦، أحكام الوقف للكبيسي، ج ٢، ص ٢٧.

(٦) أنفع الوسائل، ص ١١٣، البحر الرائق، ج ٥، ص ٢٤١، حاشية ابن عابدين، ج ٤، ص ٣٨٦، أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية للكبيسي، ج ٢، ص ٢٩ - ٣٠.

الشرط الثامن: واشترط بعضهم أن يكون البدل والمبدل من جنس واحد، فلا يستبدل الدار بالأرض ولا يستبدل الأرض بالدار.

وقال بعضهم: «إن الظاهر عدم اشتراط اتحاد الجنس في الموقوفة للاستغلال؛ لأن المنظور فيها كثرة الربيع، وقلة المرمة والمؤنة، فلو استبدل الحانوت بأرض تزرع ويحصل منها غلة قدر أجرة الحانوت كان أحسن؛ لأن الأرض أديم وأبقى وأغنى عن كلفة الترميم والتعمير، بخلاف الموقوفة للسكن لظهور أن قصد الواقف الانتفاع بالسكن»^(١).

المذهب المالكي:

قالوا: لا يخلو إما أن يكون العقار قائم المنفعة، وإما أن يكون منقطع المنفعة.

القسم الأول: العقار الموقوف قائم المنفعة:

وقد اتفق المالكية على عدم جواز بيعه.

جاء في رسالة الحطاب^(٢) ما نصه:

«وأما العقار القائم المنفعة غير المساجد فقال الحروري في شرح الرسالة: أما إذا كانت منفعة قائمة، فالإجماع: أنه لا يجوز بيعه».

القسم الثاني: العقار الموقوف المنقطع المنفعة.

فرق المالكية فيه بين حالتين:

الحالة الأولى: أن يكون العقار الموقوف منقطع المنفعة، ولكن يرجى

أن تعود منفعته، ولا ضرر في بقاءه فلا يجوز بيعه عندهم بالاتفاق.

(١) منحة الخالق على البحر الرائق، ج ٤، ص ٢٤١، حاشية ابن عابدين، ج ٤، ص ٣٨٦.

(٢) رسالة الحطاب في حكم بيع الحبس إذا خرب مخطوط، ص ٢.

قال ابن رشد في البيان والتحصيل^(١) :

«الأحباس في جواز بيعها والاستبدال منها إذا انقطعت المنفعة منها تنقسم ثلاثة أقسام:

قسم يجوز بيعه باتفاق... وقسم لا يجوز بيعه باتفاق، وهو ما يرجى أن تعود منفعته، ولا ضرر في بقاءه...».

وجاء في رسالة الخطاب^(٢) ما نصه:

«وأما العقار الموقوف المنقطع المنفعة، فإن رُجى أن تعود منفعته ولا ضرر في إبقائه فلا يجوز بيعه باتفاق...».

الحالة الثانية: أن يكون العقار الموقوف منقطع المنفعة، ولا يرجى عودة منفعته، ولا ضرر في إبقائه، فقد اختلفوا فيه على ثلاثة أقوال:

أحدها: لا يصح بيعه، وهذه هي الرواية المشهورة عن الإمام مالك.

الثاني: يصح البيع، وهو قول مالك في إحدى روايتي أبي الفرج عنه^(٣).

الثالث: التفريق بين العقار الموقوف المنقطع المنفعة، والذي لا يرجى عود منفعته، إذا كان في مدينة، أو بعيداً من العمران فإن كان في مدينة فلا يصح بيعه، وإن كان بعيداً عن العمران جرى على القولين^(٤).

(١) ج ١٢، ص ١٣٣.

(٢) رسالة الخطاب في حكم بيع الحبس إذا خرب، ص ٤، ١٥.

(٣) البيان والتحصيل، ج ١٢، ص ٢٠٤، رسالة الخطاب في حكم بيع الحبس إذا خرب، ص ٥، حاشية الدسوقي، ج ٤، ص ٩١، بلغة السالك، ج ٣، ص ٢١٤، منح الجليل، ج ٨، ص ١٥٤.

(٤) رسالة الخطاب في حكم بيع الحبس إذا خرب، ص ٥، أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية للكيسي، ج ٢، ص ٣٦.

الأدلة

أدلة القول الأول:

الدليل الأول: أن بقاء أحباس السلف دائرة دليل على منع البيع^(١).
جاء في المدونة^(٢) ما نصه:

«... ولو بيعت لبيع الربع المحبس إذا خيف عليه الخراب، وهذه جل الأحباس قد خربت فلا شيء أدل على سنتها منها، ألا ترى أنه لو كان البيع يجوز فيها لما أغفله من مضي، ولكن بقاءه خراباً دليل على أن بيعه غير مستقيم، وبحسبك حجة في أمر قد كان متقادماً، بأن تأخذ منه ما جرى منه، فالأحباس قديمة، ولم تزل، وجل ما يوجد منها بالذي به لم يزل يجرى عليه، فهو دليلها، فبقاء هذه خراباً دليل على أن البيع فيها غير مستقيم، لأنه لو استقام لما أخطأ من مضي من صدر هذه الأمة، وما جهله من لم يعمل به حتى تركت خراباً»

الدليل الثاني: أن في بيعه إبطال ما أبرمه الواقف، وذلك غير جائز^(٣)؛ لأن الأصل في الوقف عدم البيع.

الدليل الثالث: أن العمارة تنتقل من مكان إلى مكان فلم يكن في تبقيته إتلاف له لجواز عود العمارة إليه^(٤)، ولأنه يمكن إصلاحه بإجارته سنين، فيعود كما كان^(٥).

(١) بلغة السالك، ج ٣، ص ٢١٤، حاشية الدسوقي، ج ٤، ص ٩١.

(٢) ج ٦، ص ١٠٠.

(٣) رسالة الخطاب في حكم بيع الحبس إذا خرب، ص ١٢.

(٤) البيان والتحصيل، ج ١٢، ص ٢٠٤، رسالة الخطاب في حكم بيع الحبس إذا خرب، ص ١٢، ١٦.

(٥) منح الجليل، ج ٨، ص ١٥٤.

الدليل الرابع: أن المنع من البيع فيه سدٌّ للذريعة المفضية إلى بيع العقار الموقوف وأكل ثمنه.

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول: يباع العقار الموقوف إذا خرب قياساً على ما بلي من الثياب، وضعف من الدواب، فكما أن الثياب المحبسة إن لم تكن فيها منفعة، والفرس المحبس في سبيل الله إذا ضعف يجوز بيعها، فكذلك الحكم في العقار الموقوف إذا خرب بجامع تعطل المنفعة في كل من ذلك^(١).

الدليل الثاني: أن الواقف أراد وصول الانتفاع إلى الموقوف عليهم من جهة هذا الوقف، فلما لم يكن من جهته منفعة، وجب أن تنقل إلى ما يقوم مقامه^(٢).

دليل القول الثالث:

علل من فرق بين العقار الموقوف إذا كان بالمدينة أو خارجها بأنه:
إذا كان في مدينة لا ييأس من إصلاحه، وقد يقوم محتسب لله تعالى فيصلحه، وإن كان على عقب فقد يستغني بعضهم فيصلحه^(٣).
واستثنى المالكية من عدم البيع: حالات الضرورة لتوسيع مسجد أو مقبرة أو طريق عام فأجازوا بيعه، ولو بالإكراه إذا اقتضى الأمر^(٤).

(١) البيان والتحصيل، ج ١٢، ص ٢٠٤، رسالة الخطاب في حكم بيع الحبس إذا خرب، ص ٥، ٦، منح الجليل، ج ٨، ص ١٥٤.

(٢) رسالة الخطاب في حكم بيع الحبس إذا خرب، ص ١٦.

(٣) رسالة الخطاب في حكم بيع الحبس إذا خرب.

(٤) مختصر خليل، ج ٨، ص ١٥٤ - ١٥٥، إرشاد السالك، ص ١٤٦، الشرح الكبير، ج ٤، ص ٩١، الشرح الصغير، ج ٣، ص ٢١٤ - ٢١٥، رسالة الخطاب في حكم بيع الحبس إذا خرب، ص ٢، منح الجليل، ج ٨، ص ١٥٥.

وعللوا لذلك فقالوا:

«لأن أصل الشريعة المعظمة القضاء للعامة على الخاصة كما في هذه المسائل، والقاعدة في اجتماع الضررين وتقابلهما أن يسقط الأصغر للأكبر، ولا أكبر من ضرر الذي لا بدل له، والمال عنه بدل، وهي القيمة وقد أنزلها الشارع منزلة المقوم فلا حيف على أرباب الدور ولا شطط في كل ما جاء من هذا النمط، وإن كان ما حوالي المسجد الجامع حسباً فإنه يؤخذ جميعه أيضاً لتوسعة المسجد، قال ابن رشد: إن مالكا وجميع أصحابه المتقدمين والمتأخرين لم يختلفوا فيه»^(١).

لكن اختلف المالكية هل ذلك جائز لتوسيع كل مسجد أو أنه خاص بتوسيع المساجد الجوامع؟

لهم في ذلك قولان:

أحدهما: أن ذلك جائز في كل مسجد.

والثاني: أن ذلك إنما يجوز في مساجد الجوامع إن احتيج إليه لا في مساجد الجماعات؛ إذ ليست الضرورة فيها كالجوامع^(٢).

(١) رسالة الخطاب في حكم بيع الحبس إذا خرب، ص ٣.

(٢) البيان والتحصيل، ج ١٢، ص ٢٣٠ - ٢٣١، حاشية الدسوقي، ج ٤، ص ٩١ - ٩٢، بلغة السالك، ج ٣، ص ٢١٥، منح الجليل، ج ٨، ص ١٥٥، يلاحظ أن المالكية أجازوا بيع العقار الموقوف لتوسيع المسجد والطريق العام والمقبرة، وأما حكم توسيع هذه الثلاثة ببعض منها، فقد قال عنه الدسوقي في حاشيته، ج ٤، ص ٩٢، ما نصه: «سكت المصنف عن توسيع هذه الثلاثة ببعض منها عند الضرورة، وهي ست صور، والمأخوذ من كلام بهرام عند قول المصنف: (واتبع شرطه إن جاز): أن ما كان لله لا بأس أن يستعان ببعضه في بعض، وذكر بعضهم أن المسجد لا يهدم لضيق مقبرة أو طريق.. وغير ذلك فالجواز».

بيع بعضه لإصلاح باقيه والمناقلة به :

الكلام السابق هو في حكم بيع جميع العقار الموقوف إذا خرب، وأما بيع بعضه لإصلاح باقيه، أو دفع العقار الموقوف الخرب بعينه من غير بيع في عقار ملك صحيح يكون حبسًا بدله، ويعبر بعضهم عن ذلك بالمناقلة، وبعضهم بالمعاوضة، وبعضهم بالاستبدال^(١)، فقد اختلفوا في ذلك على قولين :

أحدهما : المنع وهو المشهور في المذهب.

الثاني : الجواز^(٢).

وممن أفتى بجواز المناقلة ابن رشد في فتاويه، واشترط لذلك جملة من الشروط حين سئل عن أرض محبسة على رجل اشتكى ضرراً من دار رجل تجاوره، هل يجوز المعاوضة فيها؟ فأجاب :

«إن كانت هذه القطعة المحبسة انقطعت المنفعة منها جملة بما غلبت عليه مما وصفت، فلم يقدر من أجل ذلك على اعتمادها ولا على كرائها وبقيت معطلة لا فائدة فيها لعدم القدرة على رفع هذا الضرر عنها فلا بأس بالمعاوضة فيها بمكان غيرها يكون حبسًا مكانها على ما قاله جماعة من العلماء في الربع المحبس إذا خرب.

ويكون ذلك بحكم من القاضي بعد أن يثبت عنده السبب المبيح للمعاوضة فيها، والغبطة للحبس فيما وقعت به المعاوضة، ويسجل بذلك، ويشهد عليه»^(٣).

(١) رسالة الحطاب في حكم بيع الحبس إذا خرب، ص ١٧.

(٢) مختصر خليل، ج ٨، ص ١٤، الشرح الكبير، ج ٤، ص ٩١، رسالة الحطاب في حكم بيع الحبس إذا خرب، ص ١٧، ٢١، منح الجليل، ج ٨، ص ١٥٤.

(٣) فتاوى ابن رشد، ج ٢، ص ١٠٨٠ - ١٨١.

السبب المبيح للبيع والمناقلة:

قال الحطاب - بعد أن نقل عدة نقول عن علماء المذهب - ما نصه:
«فتحصل ممّا تقدم جميعه في مسألة البيع والمناقلة على القول بجوازهما أن
السبب المبيح لذلك ثلاثة أشياء:

الأول: منها انقطاع المنفعة وعدم رجاء عودها بسبب خراب الوقف.

الثاني: انقطاعها وعدم رجاء عودها بسبب الاستيلاء عليه بالضرر ممن
لا يقدر على إزالة ضرره.

الثالث: من الأسباب المبيحة: الغبطة فيما يعاوض به الوقف»^(١).

مصرف ثمن العقار الموقوف إذا بيع:

إذا بيع العقار الموقوف لأجل الضرورة ليوسع بأرضه المسجد أو إذا بيع في
حالة خرابه على القول بجواز ذلك^(٢) على ما سبق تفصيله، فأين يصرف ثمنه؟
الذي فهمته من كتب المالكية أنهم اختلفوا في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أنه يعوض بثمنه غيره من جنسه يوقف بدله، وهذا
المذهب^(٣)، قال سحنون حين سئل عن الدار المحبسة هل يجوز بيعها؟

(١) رسالة الحطاب في حكم بيع الحبس إذا خرب، ص ٢٤.

(٢) يلاحظ أن الحطاب جعل خلاف المالكية في الصورة الأولى فقط، وهي البيع لأجل
توسيع المسجد، فقال بعد إيراده لكلام القاضي عبد الوهاب من أنه يدفع الثمن للوقوف
عليه أو يستعان به في ربع مثله يوقف ما نصه: «إنما ذكره فيما إذا كان البيع لأجل
توسيع المسجد.. وأما في مسألة ما إذا خرب فلم أر من ذكر فيه على القول بجواز البيع
إلا أنه يباع ويعوض بثمنه غيره من جنسه يوقف بدله.. والله أعلم». رسالة الحطاب في
حكم بيع الحبس إذا خرب، ص ١٦ - ١٧.

(٣) البيان والتحصيل، ج ١٢، ص ٢٣٠ - ٢٣، مختصر خليل، ج ٨، ص ١٥٥، الشرح
الكبير، ج ٤، ص ٩٢، الشرح الصغير، ج ٣، ص ٢١٥، رسالة الحطاب في حكم بيع
الحبس إذا خرب، ص ١٢.

«لم يجز أصحابنا بيع الحبس على حال إلا أن يكون داراً في جوار مسجد فيحتاج إليها لتدخل في المسجد ويوسع بها المسجد، فإنهم وسَّعوا في بيعها في مثل هذا، ورأى أن يشتري بثمنها داراً مثلها فتكون حبساً، وقد أدخل في مسجد النبي ﷺ دور كانت محبسة»^(١).

القول الثاني: أنه إذا بيع يدفع الثمن إلى من وقف عليهم، ولا يحكم عليهم بجعل الثمن في عقار آخر مكانه^(٢).

وعلل لذلك ابن رشد في أثناء كلامه عن الدار المحبسة إذا أدخلت في المسجد فقال:

«لأنه إذا كان الحق يوجب أن تؤخذ منهم بالقيمة جبراً صار ذلك كالأستحقاق الذي يبطل الحبس، فلا يجب صرف الثمن المأخوذ فيه في حبس مثله»^(٣).

وقد ناقشه ابن عرفة فقال:

«قلت: في قوله نظر؛ لأن المناسبة الناشئة عن اعتبار المصالح تقتضي عكس ما قاله؛ لأنهم إذا لم يجبروا على جعل ثمنه في حبس آخر كان جبرهم على بيعه تحصيلاً لمصلحة التوسعة مع مفسدة إبطال حبس، وإذا جبروا على جعله في حبس كان جبرهم على بيعه لمصلحة التوسعة صافية عن مفسدة إبطال حبس»^(٤).

(١) البيان والتحصيل، ج ١٢، ص ٣٠٤.

(٢) البيان والتحصيل، ج ١٢، ص ٢٣١، رسالة الخطاب في حكم بيع الحبس إذا خرب، ص ١٦.

(٣) البيان والتحصيل، ج ١٢، ص ٢٣١، منح الجليل، ج ٨، ص ١٥٥.

(٤) تسهيل منح الجليل، ج ٨، ص ١٥٥ - ١٥٦.

القول الثالث: التفريق بين ما كان حبسًا على معين فيعوض، وأما ما كان حبسًا على غير معين فلا يلزم تعويضه^(١) أصلًا.

قال المسناوي:

«ما وسع به المسجد من الرباع لا يجب أن يعوض منه إلا ما كان ملكًا أو حبسًا على معين، وأما ما كان حبسًا على غير معين فلا يلزم تعويضه، سواء كان من أحباس المسجد أو غيره، أو على نحو الفقهاء»^(٢).

وعللوا لذلك بأن:

ما كان على غير معين لم يتعلق به حق لمعين، والأجر الذي يحصل لواقفه بإدخاله في المسجد أعظم مما حبسه له^(٣).

خراب الوقف المشروط عدم بيعه:

إذا اشترط الواقف أنه لا يباع العقار الموقوف، ثم حصل بعد ذلك أن خرب العقار الموقوف ولم يوجد ما يصلح به، وأراد الناظر أو المستحق للوقف بيعه، فهل يصح ذلك؟

لم أرَ نصًّا صريحًا للمالكية في هذه المسألة لكن يمكن بالتخريج معرفة قولهم فيها.

وذلك أنه على القول بمنع بيع العقار الموقوف، وإن خرب على ما سبق بيانه، يكون الحكم من باب أولى إذا اشترطه الواقف أنه لا يصح البيع.

(١) حاشية الدسوقي، ج ٤، ص ٩٢، بلغة السالك، ج ٣، ص ٢١٥، منح الجليل، ج ٨، ص ١٥٦.

(٢) حاشية الدسوقي، ج ٤، ص ٩٢، بلغة السالك، ج ٣، ص ٢١٥، منح الجليل، ج ٨، ص ١٥٦.

(٣) المصادر السابقة.

كما أن المالكية نصّوا على أنه يتبع شرط الواقف إن جاز^(١)، وأما على القول بأنه يصح بيع العقار الموقوف إذا خرب على ما سبق تفصيله، فإنه يمكن التخريج عليه، وإنه يصح البيع، وإن اشترط الواقف عدم البيع.

كما أنه قد نصّ الحطاب على أن الواقف إذا شرط أن لا يؤجر الوقف أكثر من سنة مثلاً، وخرب الوقف ولم يوجد ما يصلح به وأراد الناظر أو المستحق للوقف إجارته السنين بمقدار ما يعمره به أنه يجوز ذلك، ولا يتبع شرطه، لأن شرطه هذا يؤدي إلى إبطال أصل الوقف، وقاس ذلك على ما إذا شرط الواقف أن يبدأ من غلته بمنافع أهله وترك إصلاح ما ينخرم منه، أنه لا يتبع شرطه، كما نصّوا على ذلك، وعلّلوا ذلك: بأنه يؤدي إلى بطلان أصل الوقف وما كان كذلك من الشروط لا يوفى به^(٢).

وعلى هذا يمكن أن يقاس: إذا شرط عدم البيع، وخرب الوقف وتعطلت منافعه، أنه يجوز بيعه عند من قال من المالكية بجواز بيع العقار الموقوف إذا خرب. والله تعالى أعلم.

المذهب الشافعي:

شدّد الشافعية في بيع الوقف، كالمالكية، وبالرجوع إلى كتبهم لمعرفة ذلك، وجد أنهم قد تحدثوا عن بيع المنقول، وأما العقار غير المسجد فنصوصهم نادرة فيه - فيما اطلعت عليه من كتبهم - وكأنهم يرون أنه لا يمكن أن تسلب منفعته بالكلية، وإذا كان كذلك فلا يصح بيعه واستبداله.

وحتى يعرف مذهب الشافعية في هذه المسألة: أورد نصوصهم - التي

(١) مختصر خليل، ج ٨، ص ١٤٧.

(٢) رسالة الحطاب في حكم بيع الحبس إذا خرب، ص ٣١ - ٣٢.

اطلعت عليها - ذات العلاقة بهذا الموضوع: حكم البناء الموقوف في أرض مستأجرة له:

جاء في «المنهاج»^(١) قوله:

«ولو وقف بناءً أو غرسًا في أرض مستأجرة لهما فالأصح جوازه».

قال في «مغني المحتاج»^(٢):

«ولو وقف بناءً أو غرسًا في أرض مستأجرة لهما، أو مستعارة كذلك، أو موصى له بمنفعتها، فالأصح جوازه سواء أكان الوقف قبل انقضاء المدة أم بعده.. أو بعد رجوع المعير؛ لأن كلاً منهما مملوك يمكن الانتفاع به في الجملة مع بقاء عينه، ويكفي دوامه إلى القلع بعد مدة الإجارة، أو رجوع المعير».

والثاني: المنع؛ لأنه معرّض للقلع، فكأنه وقف مالا ينتفع به».

ثم تحدث صاحب مغني المحتاج بعد ذلك عن حكم البناء بعد انقضاء المدة، هل يبقى وقفًا، أو يعود ملكًا للواقف أو الموقوف عليه؟. فقال: «ولو قلع البناء بعد انقضاء مدة الإجارة، أو رجوع المعير، بقي وقفًا كما كان إن نفع، فإن لم ينفع فهل يصير ملكًا للواقف، أو للموقوف عليه؟ وجهان».

قال الإسنوي: والصحيح غيرهما، وهو شراء عقار، أو جزء من عقار، ويقاس بالبناء في ذلك الغراس.

وقال السبكي: الوجهان بعيدان، وينبغي أن يقال الوقف باقٍ بحاله، وإن كان لا ينتفع به، لأننا لو جعلناه ملكًا للموقوف عليه، أو للواقف لجاز

(١) ج ٢، ص ٣٧٨.

(٢) ج ٢، ص ٣٧٨.

بيعه، وبيع الوقف ممتنع. اهـ، وكلام الإسوي: هو الظاهر، إن كان الغراس ما بقي إلا للإحراق وصارت آلة البناء لا تصلح له، وإلا فكلام السبكي^(١). وقد ورد مثل هذا في «نهاية المحتاج»^(٢)، وورد نحوه في «شرح جلال الدين المحلي على المنهاج»^(٣).

تعطل الموقوف واختلال منافعه:

حرّص الشافعية على عدم تغيير الوقف عن هيئته، وعدم تبديله فقالوا: «لا يجوز تغيير الوقف من هيئته، فلا تجعل الدار بستاناً ولا حماماً، ولا بالعكس، إلا إذا جعل الواقف إلى الناظر ما يرى فيه مصلحة للوقف، وفي فتاوى القفال: أنه يجوز أن يجعل حانوت القصارين للخبازين، فكأنه احتمل تغيير النوع دون الجنس، ولو هدم الدار أو البستان ظالم، أخذ منه الضمان وبنى به أو غرس ليكون وقفاً مكان الأول، ولو انهدم البناء وانقلعت الأشجار، استغلت الأرض بالإجارة لمن يزرعها أو يضرب فيها خيامه، ثم تبنى وتغرس من غلتها، ويجوز أن يقرض الإمام الناظر من بيت المال، أو يأذن له في الاقتراض أو الإنفاق من مال نفسه على العمارة بشرط الرجوع، وليس له الاقتراض دون إذن الإمام»^(٤).

ومن هذا يعلم أن الأرض الموقوفة لا تباع عند الشافعية، بل تستغل بالإجارة، ثم تبنى وتغرس من غلتها.

ولكن إذا تعطل الانتفاع بالعين الموقوفة بالكلية، فماذا يصنع بها؟

(١) مغني المحتاج، ج ٢، ص ٣٧٨.

(٢) ج ٥، ص ٣٦٠.

(٣) ج ٣، ص ٩٩.

(٤) روضة الطالبين، ج ٥، ص ٣٦١.

تحدث الشافعية عن بعض الفروع المتعلقة بهذه المسألة، فذكروا أن الشجرة الموقوفة إذا جفت أو قلعتها نحو ريح أو زمنت الدابة، أن الوقف لا ينقطع على المذهب، بل تبقى محبوسة على الانتفاع حتى لو أدى الانتفاع بها إلى استهلاكها.

وقيل: إن الموقف ينقطع، وينقلب ملكًا للواقف أو وارثه^(١).

جاء في «مغني المحتاج»^(٢) شارحًا كلام المنهاج في هذه المسألة قوله:

«ولو تعطلت منفعة الموقوف بسبب غير مضمون كأن (جفت الشجرة)،

أو قلعتها ريح أو سيل، أو نحو ذلك، ولم يمكن إعادتها إلى مغرسها قبل جفافها (لم ينقطع الوقف على المذهب).. لو عبر.. بالأصح كان أولى، فإن المقابل وجه يقول: إن الوقف ينقطع وينقلب ملكًا للواقف أو ورثته لا طريقه، (بل ينتفع بها) حال كونها (جذعًا) بإجارة وغيرها، إدامة للوقف في عينها ولا تباع ولا توهب... (وقيل: تباع)؛ لتعذر الانتفاع كما شرطه الواقف، (والثمن) على هذا حكمه (كقيمة العبد) المتلف على ما سبق^(٣) فيه، فإن لم يكن الانتفاع بها إلا باستهلاكها بإحراق أو نحوه ففيه خلاف:

قيل: تصير ملكًا للموقوف عليه، لكنها لا تباع ولا توهب، بل ينتفع بعينها كأثم الولد ولحم الأضحية، وصحح هذا ابن الرفعة.. فإن قيل: يلزم

(١) الوجيز، ج ١، ص ٢٤٨، روضة الطالبين، ج ٥، ص ٣٥٦، شرح الجلال المحلي على منهاج الطالبين، ج ٣، ص ١٠٧، فتح المعين، ج ٣، ص ١٨١.

(٢) ج ٢، ص ٣٩١ - ٣٩٢.

(٣) سبق أن بيّن في ج ٢، ص ٣٩١، أن المذهب: أن الموقوف عليه وكذا الواقف لا يملك قيمة العبد إذا أتلف، بل يُشترى بالقيمة عبدًا ليكون وقفًا مكانه، فإن تعذر فبعض عبد، وقيل: يملك القيمة الموقوف عليه بناءً على أن الملك له.

والطريق الثاني: القطع بشراء عبد بالقيمة؛ فإن تعذر الشقص ففيه ثلاثة أوجه: أحدها: يبقى البدل إلى أن يتمكن من شراء شقص، ثانيها يكون ملكًا للموقوف عليه. وثالثها: يكون لأقرب الناس إلى الواقف.

عليه التنافي؛ إذ القول بأن الوقف لا يبطل وتعود ملكًا متنافيان. أجيب بأن معنى عوده ملكًا أنه ينتفع به ولو باستهلاك عينه كالإحراق، ومعنى عدم بطلان الوقف: أنه ما دام باقياً لا يفعل به ما يفعل بسائر الأملاك من بيع ونحوه، وإذا كان كذلك فلا تنافي بين بقاء الوقف وعوده ملكًا.

ومن هذا يعلم أنه على القول بأن الوقف يصير ملكًا عند الشافعية، إلا أنه لا يباع، كما ذكره في «مغني المحتاج» هنا، وقد ذكره غيره^(١) أيضًا.

ومن الفروع التي تحدّث عنها الشافعية عند تعطل الموقوف واختلال منافعه، حصر المسجد، فلهم فيها وجهان^(٢)، وقد قاسوا على الحصر: الدار الموقوفة المنهدمة، أو المشرفة على الانهدام.

جاء في «روضة الطالبين»^(٣) قوله:

حصر المسجد إذا بليت.. في جواز بيعها وجهان:

أصحهما: تباع، لئلا تضيع وتضيق المكان بلا فائدة.

والثاني: لا تباع، بل تترك بحالها أبدًا.

وعلى الأول: قالوا: يصرف ثمنها في مصالح المسجد، والقياس: أن يشتري بثمن الحصير حصيرًا، ولا يصرف في مصلحة أخرى، ويشبه أن يكون هو المراد بإطلاقهم، ويجري الخلاف في الدار المنهدمة، وفيما إذا أشرف الجذع على الإنكسار، والدار على الانهدام.

(١) ينظر في ذلك: نهاية المحتاج، ج ٥، ص ٣٩١، حاشية عميرة على شرح جلال الدين

المحلي، ج ٣، ص ١٠٧، حاشية الشرواني على تحفة المحتاج، ج ٦، ص ٢٨٢.

(٢) الوجيز، ج ١، ص ٢٤٨، شرح الجلال المحلي على منهاج الطالبين، ج ٣، ص ١٠٨،

تحفة المحتاج، ج ٦، ص ٢٨٢، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٣٩٢، نهاية المحتاج، ج ٥،

ص ٣٩٢، إعلام الساجد بأحكام المساجد، ص ٣٤٥.

(٣) ج ٥، ص ٣٥٧.

قال الإمام: وإذا جَوَّزنا البيع، فالأصح صرف الثمن إلى جهة الوقف.
وقيل: هو كقيمة المتلف، فيصرف إلى الموقوف عليه ملكاً على رأي، وإذا
قيل به، فقال الموقوف عليه: لا تبعوها واقلبوها إلى ملكي، فلا يجاب على
المذهب ولا تنقلب عين الوقف ملكاً، وقيل: تنقلب ملكاً بلا لفظ». وجاء في «تحفة المحتاج»^(١) بعد كلامه عن حكم حصر المسجد، وأن
الأصح جواز بيعها قوله:
«وأجرباً»^(٢) الخلاف في دار منهذمة أو مشرفة على الانهدام ولم تصلح
للسكن، وأطال جمع في ردّه... وأنه لا قائل بجواز بيعها من الأصحاب.
ويؤيد ما قالاه: نقل غير واحد الإجماع على أن الفرس الموقوف على
الغزو إذا كبر ولم يصلح له جاز بيعه.
على أن بعضهم أشار للجمع بحمل الجواز على نقضها، والمنع على
أرضها؛ لأن الانتفاع بها ممكن فلا مسوغ لبيعها». وفي «إعلام الساجد بأحكام المساجد»^(٣)، بيّن خلاف الشافعية في
حصر المسجد إذا بليت، وأن في جواز بيعها وجهين، ثم قال:
«ويجري الخلاف فيما إذا أشرفت الدار الموقوفة على الانهدام، لكن
ذكر الإمام: أن الأكثرين على المنع، وظاهر كلام الرافعي: تصحيح
الجواز، رعاية للمصلحة، وبه قال: أحمد». وجاء في «نهاية المحتاج»^(٤) نحو هذا، حيث قال فيه: «وأجرباً الخلاف
في دار منهذمة أو مشرفة على الانهدام، ولم تصلح للسكن.

(١) ج ٦، ص ٢٨٣.

(٢) الضمير في: أجرباً، وفي قوله: (ما قالاه) يرجع إلى الرافعي والنوي.

(٣) ص ٣٤٣.

(٤) ج ٥، ص ٣٩٢ - ٣٩٣.

وفرق بعضهم بين الموقوفة على المسجد، والتي على غيره، وأفتى الوالد ﷺ بأن الراجح منع بيعها سواء أوقفت على المسجد، أم على غيره، قال السبكي وغيره: إن منع بيعها هو الحق، ولأن جوازه يؤدي إلى موافقة القائلين بالاستبدال، ويمكن حمل القائل بالجواز على البناء خاصة^(١)، كما أشار إليه ابن المقري في «روضه» بقوله: «وجدار داره المنهدم، وهذا الحمل أسهل من تضعيفه... ولو وقف أرضاً للزراعة فتعذرت، وانحصر النفع في الغرس أو البناء، فعل الناظر أحدهما، أو أجرهما كذلك».

ويتلخص من كلام الشافعية السابق في الدار الموقوفة المنهدمة أو المشرفة على الانهدام أن لهم فيها عدة أقوال:

أحدها: يصح بيعها، وهو اختيار: الرافعي، والنووي، وأيده في تحفة المحتاج.

الثاني: المنع، وهو اختيار السبكي وغيره.

الثالث: يصح بيع البناء من دون الأرض، وإليه ذهب بعضهم.

هذا الذي ظهر لي من كلام الشافعية في الدار الموقوفة المنهدمة، أو المشرفة على الانهدام.

أما الأرض الموقوفة للزراعة فإذا تعذرت زراعتها، وانحصر المنفع في الغرس أو البناء فعل الناظر أحدهما، أو أجرهما كذلك.

لكن ما هو الحكم عندهم: إذا تعذر الانتفاع بها بالكلية، ولم يمكن الانتفاع بها في الغرس أو البناء، هل تباع أو لا؟

(١) قوله: (على البناء خاصة)، أي: دون الأرض فلا يجوز بيعها. (حاشية أبي الضياء نور الدين علي الشبراملسي، على نهاية المحتاج، ج ٥، ص ٣٩٢).

قد يقال بتخريجها على الدار المنهدمة، أو المشرفة على الانهدام، إلا ، الراجح عند الشافعية: المنع من البيع والاستبدال.

قال المارودي: مبيئاً أساس التفرقة بين جواز البيع في المنقول، وعدم جوازه في العقار ما نصه:

«وهكذا الوقف إذا خرب: لم يجز بيعه، ولا بيع شيء منه، وكما أن بيع جميعه لا يجوز لثبوت وقفه، كذلك بيع بعضه، فأما دابة الوقف: فيجوز بيعها، والاستبدال بثمنها.

والفرق بينهما وبين ما خرب من الوقوف: أن ما خرب قد يرجى عمارته، ويؤمل صلاحيته، فلم يجز بيعه.

والدابة إذا أعطت: لم يرجح صلاحها، ولم يؤمل رجوعها.

والفرق الثاني: أن للدابة مؤونة، إن التزمت أجحفت، وإن تركت هلكت، وليس كذلك الوقف^(١). والله تعالى أعلم.

المذهب الحنبلي:

إذا خرب الوقف، وتعطلت منافعه، كدار انهدمت، أو أرض خربت وعادت موأناً، ولم يمكن عمارتها بيع الوقف حينئذٍ.

ولم يذكر أكثر الحنابلة خلافاً في المذهب في هذه المسألة^(٢)، حتى أن

(١) الحاوي للمارودي، ج٧، مخطوط: نقلاً عن أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية للكبيسي، ج٢، ص٤٢.

(٢) ينظر في ذلك: المقنع، ج٢، ص٣٢٩ - ٣٣٠، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج٢، ص٤٦٢ - ٤٦٣، المغني، ج٥، ص٦٣١ - ٦٣٢، الشرح الكبير، ج٣، ص٤٢٠، المحرر، ج١، ص٣٧٠.

شيخ الإسلام ابن تيمية ذكر أنه لم يختلف قول الإمام أحمد رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ في غير المسجد؛ حيث قال:

«فمذهب أحمد في غير المسجد يجوز بيعه للحاجة، وأما المسجد فيجوز بيعه أيضاً للحاجة في أشهر الروايتين عنه، وفي الأخرى: لا تباع عرصته بل تنقل آلتها إلى موضع آخر»^(١).

ثم قال بعد ذلك:

«والمقصود أن أحمد بن حنبل رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ اختلف قوله في بيع المسجد عند عدم الانتفاع به، ولم يختلف قوله في بيع غيره عند الحاجة»^(٢).

لكني رأيت في «الفروع»^(٣) أنه قد نصَّ على رواية أخرى عن الإمام أحمد رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ في ذلك حيث قال:

«... وعنه لا يباع مسجد، فتنقل آلته لمسجد آخر، اختاره أبو محمد الجوزي، وعنه: ولا يباع غيره، اختاره الشريف، وأبو الخطاب، لكن ينقل إليه، نقل جعفر فيمن جعل خاناً في السبيل وبنى بجانبه مسجداً فضاق، أيزاد منه في المسجد؟ قال: لا، قيل: فإنه ترك ليس ينزل فيه قد تعطل، قال: يترك على ما صير له». وقد أشار في «المبدع»^(٤) إلى أنه حكى عن أبي الخطاب القول بعدم البيع، واستغربه، وذكر ما علَّل به له، وردَّ عليه؛ حيث قال:

«وحكى في «التلخيص» عن أبي الخطاب أنه: لا يجوز بيعه، وهو

(١) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ج ٣١، ص ٢١٢.

(٢) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ج ٣١، ص ٢١٣.

(٣) ج ٤، ص ٦٢٨ - ٦٢٩.

(٤) ج ٥، ص ٣٥٤.



غريب لا يعرف في كتبه؛ لأن ما لا يجوز بيعه مع بقاء منافعه، لا يجوز مع تعطلها كالتق.

وجوابه: «بأن فيما ذكرناه استبقاء للوقف عند تعذر إبقائه بصورته، فوجب ذلك».

الأدلة على جواز بيع العقار الموقوف إذا تعطلت منافعه:

استدل الحنابلة - رحمهم الله - على بيع العقار الموقوف - غير المسجد - بالأدلة نفسها على بيع المسجد إذا خرب، وقد سبقت فلا داعي لتكرارها^(١)، فإذا جاز بيع المسجد، وعينه محترمة شرعاً، فلأن يجوز بيع العقار الموقوف للاستغلال من باب أولى وأحرى^(٢).

ولأن المقصود انتفاع الموقوف عليه بريع الوقف، لا بعين الأصل من حيث هو، ومع البيع مع تعطل المنافع مناف لهذا المعنى، الذي اقتضاه الوقف، فيكون خلاف الأصل^(٣).

بيع بعض العقار الموقوف لإصلاح باقيه:

جاء في «المغني»^(٤) قوله:

«الوقف إذا خرب وتعطلت منافعه، كدار انهدمت، أو أرض خربت وعادت موأناً، ولم تمكن عمارتها، أو مسجد انتقل أهل القرية عنه، وصار في موضع لا يصلح فيه، أو ضاق بأهله ولم يمكن توسيعه في موضعه، أو تشعب جميعه فلم تمكن عمارته، ولا عمارة بعضه إلا ببيع بعضه جاز بيع بعضه لتعمر به بقيته، وإن لم يمكن الانتفاع منه ببيع جميعه».

(١) انظر: ص ٥٦٠.

(٢) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ج ٣١، ص ٢٢٩.

(٣) كشف القناع، ج ٤، ص ٢٩٢.

(٤) ج ٥، ص ٦٣١ - ٦٣٢.

ومن هذا النص يعلم: أنه يجوز بيع بعض الوقف لإصلاح الباقي، بل إن ابن قدامة رحمته الله جعله شرطاً لجواز بيع الكل.

وقد ذكر في «الفروع»^(١) أنه لم يجده لأحد قبل ابن قدامة حيث قال:

«وفي المغني: ولو أمكن بيع بعضه ليعمر به بقيته ببيع، وإلا ببيع جميعه، ولم أجده لأحد قبله، والمراد مع اتحاد الواقف، كالجبهة، ثم إن أراد عينين كدارين فظاهر، وكذا عيناً واحدة ولم تنقص القيمة بالتشقيص، فإن نقصت توجه البيع في قياس المذهب، كبيع وصي لدين أو حاجة صغير، بل هذا أسهل لجواز تغيير صفاته لمصلحة».

وقد ورد مثل هذا في «المبدع»^(٢)، و«الإقناع»^(٣)، و«شرح منتهى الإرادات»^(٤)، و«كشاف القناع»^(٥)، وعلل فيه لصحة بيع بعض الوقف لإصلاح ما بقي منه فقال:

«لأنه إذا جاز بيع الكل عند الحاجة، فبيع البعض مع بقاء البعض أولى».

«بيع العقار الموقوف لمصلحة راجحة»:

إذا لم تتعطل منفعة الوقف بالكلية، لكن قلت مصلحته، وكان غيره أكثر منه نفعاً فهل يباع ويستبدل به غيره أولاً؟

للحنابلة فيه قولان:

أحدهما: لا يصح بيعه.

(١) ج ٤، ص ٦٢٥.

(٢) ج ٥، ص ٣٥٤.

(٣) ج ٣، ص ٢٧ - ٢٨.

(٤) ج ٢، ص ٥١٥.

(٥) ج ٤، ص ٢٩٤.

قال ابن قدامة في «المغني»^(١):

وإن لم تتعطل مصلحة الوقف بالكلية، لكن قلت وكان غيره أنفع منه، وأكثر ردًّا على أهل الوقف لم يجز بيعه؛ لأن الأصل تحريم البيع، وإنما أبيع للضرورة صيانة لمقصوده عن الضياع مع إمكان تحصيله، ومع الانتفاع، وإن قلَّ ما يضيع المقصود، اللهم إلا أن يبلغ في قلة النفع إلى حدٍّ لا يعدُّ نفعًا فيكون وجود ذلك كالعدم».

القول الثاني: يصح البيع للمصلحة.

قال شيخ الإسلام ابن تيمية رحمته الله:

«وإذا كان يجوز في ظاهر مذهبه في المسجد الموقوف الذي يوقف للانتفاع بعينه، وعينه محترمة شرعًا: يجوز أن يبدل به غيره للمصلحة.. فلأن يجوز الإبدال بالأصلح والأأنفع فيما يوقف للاستغلال أولى وأحرى.. فإذا جوز على ظاهر مذهبه أن يجعل المسجد الأول طلقًا، ويوقف مسجد بدله للمصلحة، وإن لم تتعطل منفعة الأول، فلأن يجوز أن يجعل الموقوف للاستغلال طلقًا ويوقف بدله أصلح منه، وإن لم تتعطل منفعة الأول، أخرى، فإن بيع الوقف المستغل أولى من بيع المسجد، وإبداله أولى من إبدال المسجد؛ لأن المسجد تحترم عينه شرعًا، ويقصد الانتفاع بعينه، فلا يجوز إجارته ولا المعارضة في منفعته، بخلاف وقف الاستغلال، فإنه يجوز إجارته، والمعاوضة عن نفعه، وليس المقصود أن يستوفي الموقوف عليه منفعته بنفسه، كما يقصد مثل ذلك في المسجد، ولا له حرمة شرعية لحق الله تعالى كما للمسجد»^(٢).

(١) المغني، ج ٥، ص ٦٣٤.

(٢) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ج ٣١، ص ٢٢٩.

وقد ناقش رحمته الله المانعين للبيع، وأنه لا يباع إلا في حالة الضرورة؛ لأن الأصل تحريم البيع فقال:

«إنما يباع للمصلحة الراجحة ولحاجة الموقوف عليهم إلى كمال المنفعة، لا لضرورة تبيح المحظورات، فإنه يجوز بيعه لكامل المنفعة، وإن لم يكونوا مضطرين، ولو كان بيعه لا يجوز - لأنه حرام - لم يجز بيعه لضرورة ولا غيرها، كما لم يجز بيع الحرّ المعتق، ولو اضطر سيده المعتق إلى ثمنه، وغايته أن يتعطل نفعه فيكون كما لو كان حيواناً فمات.

ثم يقال لهم: بيعه في عامة المواضع لم يكن إلا مع قلة نفعه، لا مع تعطل نفعه بالكلية، فإنه لو تعطل نفعه بالكلية لم ينتفع به أحد، لا المشتري، ولا غيره، وبيع ما لا منفعة فيه لا يجوز أيضاً، فغايته أن يخرب ويصير عرصة، وهذه يمكن الانتفاع بها بالإجارة بأن تكرى لمن يعمرها، وهو الذي يسميه الناس «الحكر»، ويمكن أيضاً أن يستسلف ما يعمر به ويوفى من كرى الوقف... ومع هذا فقد جوزوا بيعه والتفويض بثمنه؛ لأن ذلك أصلح لأهل الوقف، لا للضرورة، ولا لتعطل الانتفاع بالكلية، فإن هذا لا يكاد ينفع، وما لا ينتفع به لا يشتريه أحد، لكن قد يتعذر أن لا يحصل مستأجر، ويحصل مشتر، ولكن جواز بيع الوقف إذا خرب ليس مشروطاً بأن لا يوجد مستأجر، بل يباع ويعوض عنه إذا كان ذلك أصلح من الإيجار، فإنه إذا أكرت الأرض مجردة كان كراهاً قليلاً، وكذلك إذا استسلفت الأجرة للعمارة قلت المنفعة، فإنهم لا ينتفعون بها مدة استيفاء المنفعة المقابلة لما عمر به، وإنما ينتفعون بها بعد ذلك، ولكن الأجرة المسلفة تكون قليلة، ففي هذا قلت منفعة الوقف.

فتبين أن المسوغ للبيع والتعويض نقص المنفعة، لكون العوض أصلح وأنفع، ليس المسوغ تعطيل النفع بالكلية^(١).

(١) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ج ٣١، ص ٢٢٤ - ٢٢٥.

حكم البيع في الحالات التي يصح فيها البيع:

في الحالات التي يباع فيها العقار الموقوف، هل يبيعه حينئذٍ واجب، أو غير واجب؟

قال الحارثي: وما في عبارة أحمد من ذلك كله يقتضي وجوب البيع حال التعطيل، وبه صرح في المغني والتلخيص^(١)؛ لأن الولي يلزمه فعل المصلحة، ولأنه استبقاء للوقف بمعناه فكان واجباً^(٢).

وقال بعضهم: يجوز بيعه^(٣).

وقال شيخ الإسلام ابن تيمية:

مع الحاجة يجب إبدال الوقف بمثله، وبلا حاجة يجوز بخير منه، لظهور المصلحة، ولا يجوز بمثله لفوات التعيين بلا حاجة^(٤).

مصرف ثمن العقار الموقوف إذا بيع:

حيث يباع الوقف، فإنه يصرف ثمنه في مثله؛ لأن في إقامة البدل مقامه تأبيداً له وتحقيقاً للمقصود، فتعين وجوبه.

فإن لم يمكن في مثله ففي بعض مثله، ويصرف في جهته، لامتناع تغيير المصرف مع إمكان مراعاته.

فإن تعطلت جهة الوقف التي عينها الواقف صرف في جهة مثلها، فإذا

(١) كشف القناع، ج ٤، ص ٢٩٥، وقد نقل القول بالوجوب أيضاً في: الفروع، ج ٤، ص ٦٢٥، المبدع، ج ٥، ص ٣٥٤، حاشية المقنع، ج ٢، ص ٣٣٠.

(٢) المبدع، ج ٥، ص ٣٥٤.

(٣) الفروع، ج ٤، ص ٦٢٥، المبدع، ج ٥، ص ٣٥٤، حاشية المقنع، ج ٢، ص ٣٣٠.

(٤) الفروع، ج ٤، ص ٦٢٥، الاختيارات الفقهية، ص ٣١٢ - ٣١٣، المبدع، ج ٥، ص ٣٥٤.

وقف على الغزاة في مكان فتعطل فيه الغزو صرف البدل إلى غيرهم من الغزاة في مكان آخر تحصيلًا لغرض الواقف في الجملة حسب الإمكان^(١).
وقال ابن قدامة في «المغني»^(٢):

«وظاهر كلام الخرقى: أن الوقف إذا بيع فأى شيء اشتري بثمنه مما يرد على أهل الوقف جاز، سواء كان من جنسه، أو من غير جنسه.
لأن المقصود المنفعة لا الجنس، لكن تكون المنفعة مصروفة إلى المصلحة التي كانت الأولى تصرف فيها، لأنه لا يجوز تغيير المصرف مع إمكان المحافظة عليه».

وقد ذكر شيخ الإسلام ابن تيمية: أن جمهور العلماء جوزوا تغيير صورة الوقف للمصلحة كجعل الدور حوانيت^(٣).

الجهة المختصة بالبيع والاستبدال:

الذي يتولى البيع والاستبدال في الوقف في المواضع التي يباع فيها هو: الحاكم إذا كان على مصلحة عامة. أما إذا كان على معين، فالذي يتولى ذلك هو الناظر الخاص.

جاء في «كشاف القناع»^(٤) قوله:

«ويبيعه أي الوقف حاكم بلده إن كان الوقف على سبيل الخيرات؛ لأنه

(١) كشاف القناع، ج ٤، ص ٢٩٣، وينظر في ذلك: المحرر، ج ١، ص ٣٧٠، الفروع، ج ٤، ص ٦٢٧، المبدع، ج ٥، ص ٣٥٥، التنقيح، ص ١٩٠، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٥١٥، الروض المربع، ج ٥، ص ٥٦٥ - ٥٦٦، كشف المخدرات، ص ٣١٥، حاشية المقنع، ج ٢، ص ٣٣٠.

(٢) ج ٥، ص ٦٣٣.

(٣) الاختيارات الفقهية، ص ٣١٢.

(٤) ج ٤، ص ٢٩٥.

فسخ لعقد لازم مختلف فيه اختلافاً قوياً فتوقف على الحاكم، كما قيل في الفسوخ المختلف فيها.

وَألا يكون على سبيل الخيرات، بأن كان على شخص معين أو جماعة معينين... فيبيعه ناظره الخاص إن كان، والأحوط إذن حاكم له.. لأنه يتضمن البيع على من سينقل إليهم بعد الموجودين الآن، أشبه البيع على الغائب.

فإن عدم الناظر الخاص فيبيعه الحاكم لعموم ولايته.

هذا هو المذهب، الذي جرى عليه أكثر الحنابلة^(١)، وقد ذهب بعض الحنابلة إلى خلاف ذلك^(٢).

وحرر الخلاف في ذلك المرداوي في «تصحيح الفروع»^(٣)، فقال:

«اعلم أن الوقف حيث أجزنا بيعه، فمن يلي بيعه لا يخلو: أن يكون على سبيل الخيرات، كالمساجد والقناطر والمدارس والفقراء والمساكين ونحو ذلك، أو على غير ذلك.

فإن كان على سبيل الخيرات: فالصحيح من المذهب: أن الذي يلي بيعه الحاكم وعليه أكثر الأصحاب، وقطع به كثير منهم.. وقيل: يليه الناظر الخاص عليه إن كان.. قلت: وهو قوي، وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب.

وإن كان الوقف على غير ذلك: فهل يليه الناظر الخاص، أو الموقوف عليه، أو الحاكم؟ فيه ثلاثة أقوال:

أحدها: يليه الناظر الخاص، وهو الصحيح من المذهب...

(١) ينظر في ذلك: الإقناع، ج ٣، ص ٢٨، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٥١٥.

(٢) ينظر في ذلك: الفروع، ج ٤، ص ٦٢٦، المبدع، ج ٥، ص ٣٥٥، التنقيح، ص ١٩٠.

(٣) ج ٤، ص ٦٢٦ - ٦٢٩.

والقول الثاني: يليه الموقوف عليه...

والقول الثالث: يليه الحاكم...

فعلى المذهب لو عدم الناظر الخاص: فقليل يليه الحاكم... وهو الصحيح من المذهب.

وقيل: يليه الموقوف عليه مطلقاً... قلت: وهو ظاهر كلام أكثر الأصحاب، حيث أطلقوا: أن الموقوف عليه يبيعه...

وقيل: يليه الموقوف عليه إن قلنا يملكه، وإلا فلا... قلت: ولعله مراد من أطلق، أعني أن محلّ القول بأنه يليه: إذا قلنا يملكه^(١).

اشتراط الواقف بيع العقار الموقوف عند خرابه

إذا اشترط الواقف بيع العقار الموقوف عند خرابه، فهل يصح الوقف والشرط، أو يصح الوقف ويفسد الشرط، أو يبطل الوقف والشرط؟ لبيان ذلك أنقل للحنابلة نصوصاً توضح مذهبهم:

جاء في «الإقناع»^(٢) قوله: «إن شرط شرطاً فاسداً كخيار فيه، وتحويله، وتغيير شرطه، وبيعه، وهبته، ومتى شاء أبطله، ونحوه، لم يصح الوقف.

ولو شرط البيع عند خرابه، وصرف الثمن في مثله، أو شرطه للمتولى بعده: فسد الشرط فقط».

قال في «كشف القناع»^(٣) شارحاً قول المصنف: «ولو شرط البيع عند خرابه...» ما نصه:

(١) أطل المصنف في ذلك، وبين أنه: فيمن يلي البيع اثنتا عشرة طريقة اثنتان منها: فيما هو على سبيل الخيرات، وعشر في غيرها، فراجع فيه، ج٤، ص٦٢٨ - ٦٢٩.

(٢) ج٣، ص٦ - ٧.

(٣) ج٤، ص٢٥١.

«ولو شرط البيع عند خرابه، أي: الوقف، وصرف الثمن في مثله، أو شرطه للمتولى بعده، وهو من ينظر في الوقف: فسد الشرط فقط، وصحَّ الوقف مع إلغاء الشرط، كما في الشروط الفاسدة في البيع، وهذا وجه حكاة الحارثي عن القاضي وابن عقيل، وحكى قبله عنهما وعن ابن البناء وغيرهم: يبطل الوقف، ثم قال بعد ذكر الوجه بصحة الوقف وإلغاء الشرط: ولا يصح، فإن إلغاء الشرط إبطال للعمل بموجبه، والبيع عند الخراب ثابت، والثابت: اشتراطه تأكيد له».

والذي ظهر لي من هذا النصّ: أن الحنابلة - رحمهم الله - اختلفوا فيما اشترط الواقف: البيع عند خراب الوقف، على ثلاثة أقوال:

أحدها: يصح الوقف، ويفسد الشرط، وهذا وجه حكاة الحارثي عن القاضي وابن عقيل، واعتمده صاحب الإقناع.

الثاني: يبطل الوقف والشرط، وهو محكي عن القاضي وابن عقيل أيضاً، وابن البناء وغيرهم.

الثالث: يصح الوقف والشرط، وهو اختيار الحارثي.

والذي يوافق أصول المذهب وقواعده - فيما يظهر لي - : أنه يصح الوقف والشرط؛ لأن الحنابلة - رحمهم الله تعالى - نصّوا على أنه إذا اشترط عدم البيع عند خراب الوقف، فشرطه فاسد، فمن باب أولى أنه إذا اشترط البيع عند خراب الوقف صحَّ شرطه. والله تعالى أعلم..

خراب الوقف المشترط عدم بيعه:

لو شرط الواقف: أنه لا يباع، فخرّب الوقف، يباع وشرطه إذن فاسد^(١)، نصّ على ذلك الإمام أحمد، قال حرب: قلت لأحمد: رجل

(١) الفروع، ج ٤، ص ٦٢٥، المبدع، ج ٥، ص ٣٥٥، التنقيح، ص ١٩٠، الإقناع، ج ٣، =

وقف ضيعة، فخربت، وقال في الشرط: لا يباع، فباعوا منها سهمًا، وأنفقوه على البقية ليعمروها قال: لا بأس بذلك إذا كان كذلك، لأنه اضطرار ومنفعة لهم^(١).

واستدل على ذلك في «كشاف القناع»^(٢) بحديث: «ما بال أقوام يشترطون شروطًا ليست في كتاب الله»^(٣).

الترجيح:

هذه أقوال الفقهاء في المذاهب الأربعة على وجه البسط والتفصيل، ولعل الأقرب للرجحان أنه يصح بيع العقار الموقوف تعطل نفعه بالكلية، أو لم يتعطل وكان في بيعه مصلحة راجحة يبيع كله أو بعضه اشترط الواقف البيع، أو لم يشترطه، أو اشترط عدمه، وإذا بيع فأى شيء اشترى بثمنه مما فيه مصلحة لأهل الوقف جاز: وذلك لقوة ما استدل به لذلك، ووجاهة تلك الأدلة.

ومما يؤيد ذلك: أنه قد ثبت عن النبي ﷺ جواز إبدال المنذور بخير منه، فدلَّ على أنه يجوز إبدال الوقف بخير منه^(٤)، وإن كان عامرًا، فمن باب أولى إذا تعطل نفعه.

=ص ٢٧، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٥١٥، الروض المربع، ج ٥، ص ٥٦٥، كشاف القناع، ج ٤، ص ٢٩٣، كشف المخدرات، ص ٣١٤ - ٣١٥، حاشية الروض المربع، ج ٥، ص ٥٦٥.

(١) المبدع، ج ٥، ص ٣٥٥.

(٢) ج ٤، ص ٢٩٣، وورد الاستدلال أيضًا بالحديث في حاشية الروض المربع، ج ٥، ص ٥٦٥.

(٣) حديث عائشة رضي الله عنها المتفق عليه. سبق تخريجه في ص ٥٠١.

(٤) ينظر في ذلك: مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ج ٣١، ص ٢٤٥ - ٢٤٧.

ولأنه يجوز إبدال الهدي والأضحية بخير منهما على المختار، فكذلك الوقف^(١).

ولأنه إذا جاز بيع المسجد إذا تعذر الانتفاع به، أو كان في بيعه مصلحة راجحة، فلأن يجوز بيع سائر العقارات الموقوفة من باب أولى وأحرى^(٢).
والله تعالى أعلم...

(١) المصدر السابق، الجزء نفسه، ص ٢٤٠ - ٢٤٣، الاختيارات الفقهية، ص ٣١٢.

(٢) المصدر السابق، الجزء نفسه، ص ٢٥٣.

الفصل التاسع

بيع العقارات المشاعة

وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: حكم بيع العقار المشاع.

المبحث الثاني: بيع الأسهم في العقار.

المبحث الثالث: تصرف المشتري في العقار قبل ثبوت الشفعة.

المبحث الرابع: الاحتيال على إسقاط الشفعة.

وتوضيح هذه المباحث فيما يلي:



المبحث الأول

حكم بيع العقار المشاع

يصح بيع حصة شائعة معلومة المقدار من عقار، ولو بدون إذن الشريك^(١).

فقد نصَّ الحنفية: على أنه يصح بيع أحد الشريكين نصيبه من شريكه، أو من غير شريكه بغير إذنه^(٢)، وأن من باع جميع نصيبه من دار أو أرض جاز^(٣)، وصرحوا بصحة بيع الحصة الشائعة من العقار^(٤)، وأن بيع الشائع جائز عندهم بالاتفاق^(٥)، كما نصُّوا على أن الشفعة ثابتة للشريك في العقار المبيع^(٦).

وأوضح المالكية: أنه يجوز بيع المشاع^(٧)، وأن الشفعة في المشاع من العقار كله: الدور، والأرض والحوانيت، والبساتين، وكل ما يصلح فيه

(١) المعاملات الشرعية المالية لأحمد إبراهيم بك، ص ١٢٨.

(٢) الهداية، ج ٥، ص ٤.

(٣) بدائع الصنائع، ج ٥، ص ١٦٨.

(٤) العقود الدرية، ج ١، ص ٢٣٥.

(٥) فتح القدير، ج ٥، ص ٩٣.

(٦) الهداية، ج ٧، ص ٤٠٦، العناية شرح الهداية، نفس الجزء والصفحة.

(٧) إرشاد السالك، ص ١١٤.

القسم، وإن من شروط الشفعة أن يكون العقار المباع مشاعاً، فإن قسم فلا شفعة^(١).

وقال الشافعية: بيع الجزء الشائع من كل جملة معلومة من دار، وأرض، صحيح^(٢).

وأن من قال: بعتك ثلث هذه الأرض أو هذه الدار، جاز^(٣)، وصرحوا بأن الشفعة لا تثبت إلا في ملك مشاع^(٤).

وصرح الحنابلة: بأنه لو قال: بعتك هذه الدار، وأراه حدودها صح البيع، أو باعه جزءاً مشاعاً منها كالثلث ونحوه صحَّ البيع^(٥)، كما نصُّوا على أن من شروط الشفعة كون الشقص المبيع مشاعاً من عقار ينقسم^(٦).

مما سبق يتضح: أن الفقهاء اتفقوا على بيع الحصة الشائعة المعلومة من العقار.

لكن للحنفية تفصيل في بيع الحصة الشائعة من البناء.

وقد فصل ذلك الطرطوسي فقال - بعد ما أطلال في سرد النقول - ما نصه:

-
- (١) البيان والتحصيل، ج ١٢، ص ٥٣، بداية المجتهد، ج ٢، ص ٢٥٦، قوانين الأحكام الشرعية، ص ٣١٣، الكافي في فقه أهل المدينة، ج ٢، ص ٨٥٢، حاشية الدسوقي، ج ٣، ص ٤٧٣، منح الجليل، ج ٧، ص ١٨٧.
- (٢) روضة الطالبين، ج ٣، ص ٣٥٩، المجموع، ج ٩، ص ٢٥٦.
- (٣) المهذب، ج ١، ص ٢٧٢.
- (٤) المصدر السابق، ج ١، ص ٣٨٤.
- (٥) الإقناع، ج ٢، ص ٦٩، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ١٤٩، كشف القناع، ج ٣، ص ١٧٠.
- (٦) المغني، ج ٥، ص ٣٠٨، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٤٣٤.

«البناء المشترك بين اثنين لا يخلو: إما أن تكون الأرض لهما أيضًا، أو لغيرهما، أو لأحدهما.

فإن كانت الأرض لهما: فباع أحدهما نصيبه من الأرض والبناء جاز بالاتفاق سواء باع من شريكه، أو من أجنبي.

وإن باع نصيبه من البناء دون الأرض فلا يخلو: إما إن باع من شريكه، أو من أجنبي.

فإن باع نصيبه من شريكه ففيه رويتان، كما ذكره صاحب المحيط، والمختار عدم الجواز؛ لأنه يكلف المشتري القلع فيتضرر به، كما علّله أبو الليث.

وإن باع من أجنبي لا يجوز رواية واحدة.

وإن كانت الأرض لغيرهما: فهذه الصورة هي التي ذكرها صاحب البدائع، والقدوري، وصاحب الخلاصة، وجعلوا الجواب فيها: أنه إذا باع نصيبه من البناء لغير شريكه لم يجز، فمقتضى هذه العبارة، أنه إذا باع من شريكه يجوز، لكن ما ينبغي أن يتعدى هذا المفهوم إلى كل الصور، بل يختص بالصورة التي لا يمكن الشريك البائع فيها أن يكلف المشتري قلع البناء، وصورتها: إذا أعارهما أرضًا للبناء مدة معلومة، فبنا فيها بناء مشتركًا بينهما فباع أحدهما حصته من البناء لشريكه بعد انقضاء المدة، قبل أن يطالب بالقلع، فإن في هذه الصورة لا يمكن البائع أن يكلف المشتري القلع؛ لأنه لا حق له في رقبة الأرض، لا من جهة ملك العين، ولا ملك المنفعة؛ لأنه في المدة كان مالكًا لمنفعتها مع شريكه، فلمّا باعه نصيبه من البناء لم يبق له فيها حق يخشى منه القلع؛ لأن العارية قد انقضت مدتها، فيجوز البيع من شريكه في هذه الصورة.

فأمّا إذا استأجرا أرضًا للبناء مدة معلومة، إجارة صحيحة شرعية، فبنا

فيها بناء مشتركاً بينهما، ثم باع أحدهما حصته من البناء لشريكه من غير أن يؤاجر منه نصيبه من الأرض، فإن في هذه الصورة يمكن البائع إلزام المشتري بقلع البناء؛ لأن الأرض في إيجاره، ويطلب إخلاءها حتى يستوفي منفعتها المملوكة له بعقد الإجارة كما لو كان فيها عوض البناء زرع لم يدرك، ويجري في هذه الصورة أيضاً اختلاف الروائتين، رواية الجواز، وعدمه، وهي الرواية المختارة، كما ذكره أبو الليث...

وإن كانت الأرض لأحدهما: وصورتها: رجلان بنيا حائطاً بين مرائبهما^(١)، وأرض الحائط لأحدهما، وتراضيا على ذلك، وبنيا الحائط من مالهما، ثم باع أحدهما نصيبه في هذا الحائط، فلا يخلو إما إن باع نصيبه من البناء لأجنبي أو لشريكه. فإن باعه لأجنبي لا يجوز.

وإن باعه لشريكه... ينبغي أن يجوز هذا البيع... لأنه هنا ليس البناء مستحقاً للبقاء بعقد لازم، لأنه لا يكون إلا على وجه الإباحة، أو العارية^(٢).

قال ابن عابدين بعد أن نقل خلاصة ما حرره الطرطوسي: «قلت: والعرف الآن في العمارة^(٣): أنها تبني في أرض الوقف، أو أرض بيت المال بعد استئجار أرض الوقف مدة طويلة، على مذهب من يراها، فإذا باع حصته من البناء لأجنبي بعد ما أحكره الحصة من الأرض، أو فرغ له عن حق تصرفه، في الأرض السلطانية، بإذن المتكلم عليها صح لعدم الضرر،

(١) جاء في مختار الصحاح، ص ٢٢٩، قوله: «المرائب للغنم كالمعاطن للإبل واحدا مريض بوزن مجلس».

(٢) أنفع الوسائل، ص ٢٤٧ - ٢٤٩.

(٣) قال ابن عابدين في كتابه: العقود الدرية، ج ١، ص ٢٣٥: «العمارة: البناء في الضيقة والرقبة للوالي».

وكذا لو تأخر الإحكار أو الفراغ عن البيع، لارتفاع المفسد^(١). وأوضح ﷺ أن المناط في فساد البيع هو حصول الضرر، فما أمن فيه الضرر جاز بيعه، وما لا فلا^(٢).

وبعد هذا النقل لمذهب الحنفية، أودّ أن أشير إلى أن من علماء الحنفية من قال بصحة بيع الحصة الشائعة من البناء مطلقاً، وأنه الأصح^(٣).

الأدلة على صحة بيع العقار المشاع:

الدليل الأول: ما رواه جابر بن عبدالله - رضي الله عنه - قال: «قضى النبي ﷺ بالشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق^(٤)، فلا شفعة». أخرجه البخاري^(٥). وأخرجه بلفظ: إنما جعل النبي ﷺ الشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة.

- (١) حاشية ابن عابدين، ج ٤، ص ٣٠٢، وينظر في ذلك أيضاً كتابه العقود الدرية، ج ١، ص ٢٣٨.
- (٢) العقود الدرية، ج ١، ص ٢٣٧، حاشية ابن عابدين، ج ٤، ص ٣٠١.
- (٣) في القنية: يجوز بيع نصف العمارة مشاعاً والرقبة للوالي، وذكر أنه كان يفتي به بعض الحنفية من غير تفصيل، كما نقل ذلك عنه في: أنفع الوسائل، ص ٢٤٧، ٢٤٩.
- وقال العلامة قاسم في رسالته في مسائل الشيوخ «... اختلف في بيع الحصة الشائعة من العمارة، والصحيح الجواز، قال جمال الإسلام في فتاويه «.. وأما بيع نصف العمارة مشاعاً ففيها اختلاف الروايتين والمشايخ والجواز أصح وأرفق».
- (العقود الدرية، ج ١، ص ٢٣٥) ونقل فيه أيضاً ص ٢٣٨ ما نصه: «قال شيخ مشايخنا ملا علي التركماني بعد نقله عبارة القنية وغيرها: بيع الحصة الشائعة من العمارة يجوز على الأصح، لأنها أشبهت الرقبة، وعلى هذا جرى الفتوى في زماننا بدمشق، والعلامة قاسم ثبت ثقة».
- (٤) قال ابن حجر في فتح الباري، ج ٤، ص ٤٣٦: أي بينت مصارف الطرق وشوارعها، كأنه من التصرف أو من التصريف، وقال ابن مالك: معناه خلصت وبانت، وهو مشتق من الصرف بكسر المهملة: الخالص من كل شيء.
- (٥) صحيح البخاري كتاب البيوع باب بيع الشريك من شريكه، وباب بيع الأرض والدور=

وأخرجه مسلم عن جابر بلفظ قال: قال رسول الله ﷺ: «من كان له شريك في ربة^(١)، أو نخل فليس له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن رضي أخذ، وإن كره ترك»^(٢).

وأخرجه عنه^(٣) بلفظ: «قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربة أو حائط لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن شاء أخذ وإن شاء ترك، فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به».

وأخرجه^(٤) عنه بلفظ قال رسول الله ﷺ: «الشفعة في كل شرك في أرض أو ربع أو حائط، لا يصلح أن يبيع حتى يعرض على شريكه فيأخذ أو يدع فإن أبي فشريكه أحق به حتى يؤذونه».

وجه الدلالة:

دلَّ الحديث على ثبوت الشفعة للشريك في العقار المبيع مشاعاً^(٥)، وأنه يصح بيع العقار المشاع.

الدليل الثاني: عن أبي هريرة رضي عنه أن رسول الله ﷺ: «قضى بالشفعة فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود فلا شفعة». أخرجه ابن ماجه والبيهقي^(٦).

=والعروض مشاعاً غير مقسوم، ج ٣، ص ١٠٤، وأخرجه في أول الشفعة، ج ٣، ص ١١٤، وفي الشركة، باب الشركة في الأرضين وغيرهما، وباب: إذا اقتسم الدور أو غيرها فليس لهم رجوع ولا شفعة، ج ٣، ص ١٨٣.

(١) في شرح السنة، ج ٨، ص ٢٤٥: «الربع والربعة: المنزل الذي يربع به الإنسان ويتوطنه». وفي شرح النووي، ج ٦، ص ٤٥: «والربعة والربع بفتح الراء وإسكان الباء، والربع: الدار والمسكن ومطلق الأرض، وأصله المنزل كانوا يرتعون فيه».

(٢) صحيح مسلم: كتاب المساقاة، باب الشفعة، ج ١١، ص ٤٥.

(٣) الموضوع السابق نفسه، ص ٤٦.

(٤) الموضوع السابق نفسه، ص ٤٧.

(٥) شرح السنة، ج ٨، ص ٢٤١، ٢٤٥، فتح الباري، ج ٤، ص ٤٣٦.

(٦) الحديث أخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب الشفعة، باب إذا وقعت الحدود بلا شفعة، =

وجه الدلالة من الحديث:

دلّ الحديث على ثبوت الشفعة في العقار إذا كان مشاعاً، فإن قسم فلا شفعة، ومن المعلوم أن الشفعة لا تكون إلا بعد انعقاد البيع، فدلّ ذلك على صحة بيع المشاع.

الدليل الثالث: وعن عبادة بن الصامت رضي الله عنه «أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة بين الشركاء في الأرضين والدور». رواه عبدالله بن أحمد في المسند، والبيهقي في سننه^(١).

وجه الدلالة من الحديث:

دلّ الحديث على أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة في العقار إذا كان مشاعاً بين الشركاء، فإن قسم قبل البيع فلا شفعة، فدلّ ذلك على صحة بيع المشاع. والله تعالى أعلم.

=حديث رقم ٢٤٩٧، ج ٢، ص ٨٣٤، وأخرجه البيهقي في سننه، كتاب الشفعة، باب الشفعة فيما لم يقسم، ج ٦، ص ١٠٣. قال في الزوائد: هذا إسناد صحيح على شرط البخاري، والحديث قد جاء من حديث جابر في البخاري وغيره. (سنن ابن ماجه، ج ٢، ص ٨٣٤).

(١) الحديث أخرجه عبدالله بن أحمد في زوائد مسند أبيه؛ إذ هو من رواية عبدالله فقد جاء في المسند، ج ٥، ص ٣٢٦ ما نصه: «حدثنا عبدالله ثنا أبو كامل الجحدري ثنا الفضيل بن سليمان ثنا موسى بن عقبة عن إسحاق بن يحيى بن الوليد بن عبادة بن الصامت عن عبادة...» فذكر الحديث، وأخرج الحديث البيهقي في سننه كتاب الشفعة، باب لاشفعة فيما ينقل ويحول، ج ٦، ص ١٠٩، قال في نيل الأوطار، ج ٥، ص ٣٣٤: «هو من رواية إسحاق عن عبادة، ولم يدركه، وتشهد لصحته الأحاديث الواردة في ثبوت الشفعة فيما هو أعم من الأرض والدار كحديث جابر».



المبحث الثاني

بيع الأسهم في العقار

الأسهم: جمع سَهْم، والسَّهْم في الأصل - كما في النهاية في غريب الحديث والأثر^(١) - «واحد السَّهْم التي يضرب بها في الميسر، وهي القداح، ثم سَمِّيَ به ما يفوز به الفالَج^(٢) سهمه، ثم كثر حتى سَمِّيَ كل نصيب سهمًا. ويجمع على أسهم، وسهام، وسهمان» وعلى هذا إذا باع الشخص أسهمًا له معلومة في عقار صحَّ ذلك، كأن قال: بعتك عشرة أسهم من مائة سهم من داري أو أرضي؛ لأن العشرة منها اسم لجزء شائع، والسهم أيضًا اسم لشائع، لا لموضع معين، وبيع الشائع جائز، فيصير من له عشرة أسهم شريكًا لمن له تسعون سهمًا، فلا يؤدي إلى المنازعة، فيقع البيع صحيحًا^(٣).

وإن قال: بعتك نصيبي، أو سهمي من هذه الدار، وهما يعلمانه، صحَّ البيع، وإلا فلا^(٤).

(١) ج ٣، ص ٤٢٩.

(٢) الفلج: الظفر والفوز، وأفلج الله حجته: قومها وأظهرها. مختار الصحاح، ص ٥١٠.

(٣) الهداية، ج ٥، ص ٩٣، ومعها العناية وفتح القدير نفس الجزء والصفحة، شرح صدر

الشريعة على متن الوقاية بهامش كشف الحقائق، ج ٢، ص ٥، مجمع الأنهر، ج ٢،

ص ١٣، العقود الدرية، ج ١، ص ٢٣٥. حاشية ابن عابدين، ج ٤، ص ٥٤٥.

(٤) المبدع، ج ٤، ص ٣٢، حاشية المقنع، ج ٢، ص ١٥.

وعلى هذا حكم بيع الأسهم في شركة المساهمة وهي :

التي يقسم فيها رأس المال إلى أجزاء صغيرة متساوية، يطلق على كل منها سهم غير قابل للتجزئة، ويكون قابلاً للتداول^(١) تنتقل الأسهم من شخص إلى شخص، فكأن الاشتراك للسهم بقطع النظر عن صاحبه^(٢).

وتتحدد مسؤولية المساهم بقدر القيمة الاسمية لأسهمه، وتوزع الأرباح بنسبة الأسهم، أي بنسبة رؤوس الأموال، وهذا الشركة جائزة شرعاً لقيامها على أساس التراضي، وكون مجلس الإدارة متصرفاً في أموال الشركة بالوكالة عن الشركاء المساهمين، ودوام الشركة أو استمرارها بسبب اتفاق الشركاء عليه، والمسلمون على شروطهم فيما هو حلال^(٣).

وبناء على هذا: إذا كان الشخص له في شركة عقارية مساهمة جملة من الأسهم معلومة فله بيعها، ويقوم المشتري مقامه فيها، ويترتب على المشتري ما يترتب على البائع.

والله تعالى أعلم.

(١) الفقه الإسلامي وأدلته، ج ٤، ص ٨٨١.

(٢) المدخل الفقهي العام لمصطفى الزرقاء، ج ٣، ص ٢٧٩ - ٢٨٠.

(٣) الفقه الإسلامي وأدلته، ج ٤، ص ٨٨١.



المبحث الثالث

تصرفات المشتري في العقار قبل ثبوت الشفعة

إذا تصرف المشتري في العقار قبل الأخذ بالشفعة أو قبل علم الشفيع ببيع أو غيره من التصرفات فتصرفه صحيح^(١)؛ لأنه تصرف فيما يملكه وكون الشفيع يملك أخذه بالشفعة لا يمنع من تصرف المشتري فيه، كما لو كان أحد العوضين في البيع معيباً، فإنه لا يمنع من التصرف في الآخر، وكالموهوب له يجوز له التصرف في الهبة، وإن كان الواهب له الرجوع فيه^(٢).

وهذا هو مذهب جماهير أهل العلم.

وقيل: إن تصرفات المشتري باطلة، وهو قول شاذ في مذهب

(١) مختصر الطحاوي، ص ١٢٣، المبسوط، ج ١٤، ص ١١٣، فتاوى قاضيخان، ج ٣، ص ٥٤١، الدر المختار، ج ٦، ص ٢٣٣، الفتاوى الهندية، ج ٥، ص ١٨١، الكافي في فقه أهل المدينة، ج ٢، ص ٨٥٧، منح الجليل، ج ٧، ص ٢٣٧، روضة الطالبين، ج ٥، ص ٩٦، المنهاج، ج ٢، ص ٣٣، تحفة المحتاج، ج ٦، ص ٧٣، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٢٠٣، نهاية المحتاج، ج ٥، ص ٢٠٨، المغني، ج ٥، ص ٣٣٤، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٢٥٥، الإقناع، ج ٢، ص ٣٧٢، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٤٤١، كشاف القناع، ج ٤، ص ١٥٣.

(٢) تحفة المحتاج، ج ٦، ص ٧٣، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٣٠٣، نهاية المحتاج، ج ٥، ص ٢٠٨، المغني، ج ٥، ص ٣٣٤، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٢٥٥، كشاف القناع، ج ٤، ص ١٥٣.

الشافعية^(١)، وذكره بعض الحنابلة في تصرفه بالبيع^(٢)؛ لأن ملكه غير تام، لتعلق حق الشفيع به^(٣).

وقيل: إن تصرف المشتري في العقار يصح ويقف على إجازة الشفيع، ذكره أبو الخطاب من الحنابلة^(٤).

ويترجح القول الأول لقوة ما استدل به له، ولأنه تصرف صدر من أهله، وصادف محلاً صالحاً له فصح ذلك التصرف، وكونه قد تعلق به حق الشفيع لا يمنع من صحة تصرف المشتري.

وبناء على ترجيح القول بصحة تصرفات المشتري في العقار قبل الأخذ بالشفعة، سيكون التفريع عليه في المطالب التالية:

* * *

المطلب الأول: تصرف المشتري بالبيع:

إذا تصرف المشتري ببيع العقار المشفوع فيه قبل الأخذ بالشفعة، فللشفيع الخيار بين أن يفسخ البيع الثاني وأخذه بالبيع الأول بثمانه؛ لأن الشفعة وجبت له قبل تصرف المشتري، وللشفيع أن يمضي تصرف المشتري ويأخذ بالشفعة من المشتري الثاني، لأنه شفيع في العقدين فكان له الأخذ بما شاء منهما، ولأن سبب الشفعة الشراء، وقد وجد من كل منهما.

وإن تباع ذلك ثلاثة أشخاص فله أن يأخذ المبيع بالبيع الأول وينفسخ العقدان الأخيران، وله أن يأخذ بالثاني وينفسخ الثالث وحده، وله أن يأخذ بالثالث ولا يفسخ شيء من العقود.

(١) روضة الطالبين، ج ٥، ص ٩٦.

(٢) القواعد لابن رجب، ص ٣٣، الإنصاف، ج ٦، ص ٢٨٧.

(٣) القواعد لابن رجب ص ٣٣.

(٤) القواعد لابن رجب، ص ٨٩.

فإذا أخذه من الثالث دفع إليه الثمن الذي اشترى به، ولم يرجع على أحد، لأنه وصل إليه الثمن الذي اشترى به.

وإن أخذ من الثاني دفع إليه الثمن الذي اشترى به، ورجع الثالث عليه بما أعطاه، لأنه قد انفسخ عقده وأخذ الشقص منه، فيرجع بثمنه على الثاني، لأنه أخذ منه.

وإن أخذ بالبيع الأول دفع إلى المشتري الأول الثمن الذي اشترى به، وانفسخ عقد الآخرين، ورجع الثالث على الثاني بما أعطاه، ورجع الثاني على الأول بما أعطاه.

قال ابن قدامة في «المغني»^(١) بعد ذكر الكلام السابق:

ولا نعلم في هذا خلافاً، وبه يقول مالك^(٢)، والشافعي^(٣)، والعنبري، وأصحاب الرأي^(٤).

(١) ج ٥، ص ٣٣٤، وينظر في حكم بيع المشتري العقار المشفوع فيه قبل الشفعة في مذهب الحنابلة الكتب التالية: العمدة، ص ٢٧٨، المقنع، ج ٢، ص ٢٦٨، الكافي، ج ٢، ص ٤٢٩، المحرر، ج ١، ص ٣٦٦، العمدة، ص ٢٧٨ - ٢٧٩، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٢٥٥ - ٢٥٦، المبدع، ج ٥، ص ٢١٨ - ٢١٩، الإقناع، ج ٢، ص ٣٧٢، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٤٤٢، الروض المربع، ج ٥، ص ٤٤٤ - ٤٤٥، كشف القناع، ج ٤، ص ١٣.

(٢) ينظر في ذلك: المدونة، ج ٥، ص ٤١٠، البيان والتحصيل، ج ١٢، ص ١٠٠، الكافي، ج ٢، ص ٨٥٨، إرشاد السالك، ص ١٣٦، مختصر خليل، ج ٧، ص ٢٣٦، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٤٩٣، الشرح الصغير، ج ٣، ص ٥٨ - ٥٩، قوانين الأحكام الشرعية، ص ٣١٥، الفواكه الدواني، ج ٢، ص ١٦٧، منح الجليل، ج ٧، ص ٢٣٦، حاشية علي الصعيدي العدوي على كفاية الطالب الرباني، ج ٢، ص ٢٠٢.

(٣) ينظر في ذلك: التنبيه، ص ١١٨، المهذب، ج ١، ص ٣٨٩، الوجيز، ج ١، ص ٢١٨، روضة الطالبين، ج ٥، ص ٩٦، الأنوار لأعمال الأبرار، ج ١، ص ٥٦٠، تحفة المحتاج، ج ٦، ص ٧٣، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٣٠٣، نهاية المحتاج، ج ٥، ص ٢٠٨.

(٤) ينظر في حكم بيع المشتري العقار المشفوع فيه في المذهب الحنفي الكتب التالية: =

وما ذكره ابن قدامة من أن الشفيع له الأخذ بثمن أيّ البيعين شاء، فله أن يأخذه من الأول أو من الثاني أو من الثالث، وهلم جَرًّا، قد خالف فيه ابن أبي موسى حيث قال: يأخذه ممن هو في يده.

قال في «الفروع»^(١):

«وإن باعه ونحوه أخذه بثمن، أيّ البيعين شاء، وقال ابن أبي موسى: ممن هو في يده».

وقال في «الإنصاف»^(٢) عند قول ابن قدامة في المقنع: «وإن باع فللشفيع الأخذ بأيّ البيعين شاء» ما نصه: «هذا المذهب بلا ريب، والمشهور عند الأصحاب وقطع به كثير منهم».

وقال ابن أبي موسى: يأخذه مَمَّن هو في يده، وهو ظاهر كلام ابن عقيل في «التذكرة»، لأنه قال: إذا خرج من يده وملكه، كيف يسلم؟».

* * *

المطلب الثاني: تصرف المشتري برهن العقار أو إجارتته:

إذا تصرف المشتري في العقار المشفوع فيه قبل الأخذ بالشفعة فرهنه أو أجّره فهل تسقط الشفعة أو لا؟ اختلف في ذلك على قولين:

=مختصر الطحاوي، ص ١٢٣، فتاوى قاضيخان، ج ٣، ص ٥٤١، المبسوط، ج ١٤، ص ١١٣، فتاوى ابن نجيم بهامش الغياثية، ص ١٧١، المعاملات في الشريعة الإسلامية لأحمد أبو الفتوح، ج ١، ص ٨٦.

(١) ج ٤، ص ٥٥٠.

(٢) ج ٦، ص ٢٨٧.

القول الأول: لا تسقط الشفعة، وبه قال الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، وهو المذهب عند الشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤).

وعللوا لذلك فقالوا:

إنَّ العقار المؤجر أو المرهون هو باقٍ في ملك المشتري، وحق الشفيع سابق على حق المرتهن والمستأجر^(٥)، ولأنَّ إجارة المشتري لا تمنع نقل الملك، بدليل أنه يصح بيع المؤجر^(٦).

- (١) فتاوى قاضيخان، ج٣، ص٥٤١، المبسوط، ج١٤، ص١٠٩، ١١٣، الهداية، ج٧، ص٤٣١، الدر المختار، ج٦، ص٢٣٣، واقعات المفتين، ص١٠٦، الفتاوى الهندية، ج٥، ص١٨١.
- (٢) مختصر خليل، ج٧، ص٢٣٧، الشرح الكبير، ج٣، ص٤٩٣، الشرح الصغير، ج٣، ص٥٩، مواهب الجليل، ج٥، ص٣٣١، وبهامشه التاج والإكليل نفس الجزء والصفحة، بلغة السالك، ج٣، ص٥٩، منح الجليل، ج٧، ص٢٣٦، الفقه الواضح، ج٢، ص١٥٩.
- (٣) المهذب، ج١، ص٣٨٩، روضة الطالبين، ج٥، ص٩٦، الأنوار لأعمال الأبرار، ج١، ص٥٦٠، تحفة المحتاج، ج٦، ص٧٣، مغني المحتاج، ج٢، ص٣٠٣، نهاية المحتاج، ج٥، ص٢٠٨، حواشي الشرواني والعبادي على تحفة المحتاج، ج٦، ص٧٣، حاشية أبي الضياء على نهاية المحتاج، ج٥، ص٢٠٨، حاشية الجمل على شرح المنهج، ج٣، ص٥٠٨.
- (٤) المقنع، ج٢، ص٢٦٩، المحرر، ج١، ص٣٦٦، الإقناع، ج٢، ص٣٧٢، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص٤٤٢، الروض المربع، ج٥، ص٤٤٥، كشاف القناع، ج٤، ص١٥٢، حاشية المقنع، ج٢، ص٢٦٨.
- (٥) المهذب، ج١، ص٣٨٩، مغني المحتاج، ج٢، ص٣٠٣، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص٤٢، كشاف القناع، ج٤، ص١٥٢.
- (٦) المبدع، ج٥، ص٢٢٠.

القول الثاني: تسقط الشفعة، وهو وجه عند الشافعية^(١)، وقول عند الحنابلة، ذكره في الكافي^(٢)، وجزم به في الوجيز^(٣)، والمبدع^(٤).

قال الحارثي:

ألحق المصنف الرهن بالوقف والهبة، وهو بعيد عن نص الإمام أحمد رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، فإنه أبطل في الصدقة والوقف بالخروج عن اليد والملك، والرهن غير خارج عن الملك، فامتنع الإلحاق. انتهى^(٥).

ويمكن إلحاق الإجارة بالرهن في ذلك؛ لأن العقار المؤجر غير خارج عن ملك المؤجر فيمتنع إلحاقه بالوقف والهبة.

وعلى هذا يترجّح القول الأول، وهو أن الشفعة لا تسقط بتصرف المشتري برهن أو إجارة. والله تعالى أعلم.

وإذا كان القول الراجح هو أن الشفعة لا تسقط فقد اختلف الفقهاء في فسخ عقد الرهن أو عقد الإجارة.

هل يفسخ عقد الرهن أو عقد الإجارة إذا أخذ الشفيع بالشفعة أو لا؟

اختلف فيه، وبيانه على النحو التالي:

(١) روضة الطالبين، ج ٥، ص ٩٦.

(٢) ج ٢، ص ٤٢٩.

(٣) نقله عنه في الإنصاف، ج ٦، ص ٢٨٦، ونقله عنه في حاشية المقنع أيضًا، ج ٢، ص ٢٦٨.

(٤) ج ٥، ص ٢١٨.

(٥) الإنصاف، ج ٦، ص ٢٨٦.

القول الأول: أنه يجوز للشفيع فسخ الرهن والإجارة، وبه قال الحنفية^(١)، وهو مقتضى مذهب المالكية^(٢)، وهو المذهب عند الشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤).

وعللوا لذلك:

بأن الشفيع يأخذ بالشفعة بحق تقدم ثبوت تصرف المشتري فهو بمنزلة الاستحقاق في إبطال تصرف المشتري فيه^(٥).

القول الثاني: أنه ينفسخ الرهن بالأخذ بالشفعة، وأما الإجارة فإن فسخها الشفيع انفسخت، وإن قررها فالأجرة للمشتري، وهذا ظاهر كلام صاحب «العباب» من الشافعية حيث قال:

«إذا تصرف المشتري بما لا يزيل ملكه كرهن وإجارة فإن آخر الأخذ لزوالهما بطل حقه، وإن شفع بطل الرهن لا الإجارة، فإن فسخها فذاك، وإن قررها فالأجرة للمشتري»^(٦).

(١) فتاوى قاضيخان، ج ٣، ص ٥٤١، المبسوط، ج ١٤، ص ١١٣، الهداية، ج ٧، ص ٤٣١، الدر المختار، ج ٦، ص ٢٣٣، واقعات المفتين، ص ١٠٦، الفتاوى الهندية، ج ٥، ص ١٨١.

(٢) ينظر في ذلك: مختصر خليل، ج ٧، ص ٢٣٧، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٤٩٣، الشرح الصغير، ج ٣، ص ٥٩، فقد نصوا فيها على الإجارة، ويمكن إلحاق الرهن بها بجامع أنه قد خرج العقار فيهما عن يده دون ملكه، وفي المغني، ج ٥، ص ٣٣٥، نص على الرهن عند المالكية، وأنه يجوز للشفيع أن يفسخه، وكذلك نص في الفقه الإسلامي وأدلته، ج ٥، ص ٨٣٤، على مذهب المالكية في الرهن.

(٣) روضة الطالبين، ج ٥، ص ٩٦، الأنوار لأعمال الأبرار، ج ١، ص ٥٦٠، تحفة المحتاج، ج ٦، ص ٧٣، نهاية المحتاج، ج ٥، ص ٢٠٨.

(٤) الإقناع، ج ٢، ص ٣٧٢، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٤٤٢، الروض المربع، ج ٥، ص ٤٤٥، كشف القناع، ج ٤، ص ١٥٢.

(٥) المبسوط، ج ١٤، ص ١١٣.

(٦) حواشي الشرواني والعبادي على تحفة المحتاج، ج ٦، ص ٧٣، حاشية أبي الضياء على =

وفصل المالكية والحنابلة في الإجارة:

فقال المالكية:

هل للشفيع نقض الكراء الذي عقده المشتري أو ليس له ذلك؟
فيه تردد منشأه: هل الشفعة كالبيع أو الاستحقاق، والأرجح أنها كالبيع
وعليه فلا فسخ؛ لأن المشتري قد باع شيئاً مكتري، ويكون الكراء بعد
الأخذ بالشفعة للمشتري لا للشفيع، وهذا ظاهر فيما إذا كان وجيبة أو
مشاهرة، ونقد المكري الكراء، ولو طالت المدة لعشرة أعوام.
وقيل: إن كانت المدة قليلة كالسنة والستين فلا فسخ، بخلاف الطويلة،
لما في الطويلة من الضرر بالشفيع.
ومقابل الأرجح: له فسخه مطلقاً بنوه على الأخذ بالشفعة كالاستحقاق،
فإن أمضاه الشفيع، فالأجرة في المستقبل له.
قال بعضهم: والخلاف فيما إذا علم المشتري أن له شفيعاً وإلا فلا
فسخ مطلقاً^(١).

وأما الحنابلة فقالوا:

أنه إذا تصرف المشتري بالإجارة، وأخذ الشفيع بالشفعة ففي الإجارة
أوجه:
أحدها: تنفسخ من حين أخذه^(٢)، وهو المذهب^(٣)؛ لأن الشفيع حقه
ثابت في العين والمنفعة، فيملك انتزاع كل منهما ممن هو في يده، وحق
الشفيع ثابت قبل إيجار المشتري، فينفسخ بأخذه لسبق حقه^(٤).

=نهاية المحتاج، ج ٥، ص ٢٠٨، حاشية الجمل على شرح المنهج، ج ٣، ص ٥٠٨.

(١) الشرح الكبير، ج ٣، ص ٤٩٣ - ٤٩٤، الشرح الصغير، ج ٣، ص ٥٩، التاج والإكليل،
ج ٥، ص ٣٣١، حاشية الدسوقي، ج ٣، ص ٤٩٣ - ٤٩٤، بلغة السالك، ج ٣، ص ٥٩،
منح الجليل، ج ٧، ص ٢٣٦ - ٢٣٧، الفقه الواضح، ج ٢، ص ١٥٩.

(٢) الفروع، ج ٤، ص ٥٥٠، القواعد لابن رجب، ص ٤٦.

(٣) الإنصاف، ج ٦، ص ٢٩١.

(٤) القواعد لابن رجب، ص ٤٦ - ٤٧.

الثاني: أن الإجارة لا تنفسخ، ويستحق الشفيع الأجرة من يوم أخذه بالشفعة^(١).

لأن ملك المؤجر ثابت، ويستحق الشفيع الأجرة من يوم أخذه؛ لأنه يستحق انتزاع العين والمنفعة، فإذا فات أحدهما رجع إلى بدله، وهو الأجرة ها هنا كما نقول في الوقف إذا انتقل إلى البطن الثاني، ولم تنفسخ إجارته: إنهم يستحقون الأجرة من يوم الانتقال^(٢).

الوجه الثالث: أن الشفيع بالخيار بين أن يفسخ الإجارة أو يتركها^(٣).

قال ابن رجب:

«وهو أظهر، فإن الإجارة بيع المنافع، ولو باع المشتري العين أو بعضها كان الشفيع مخيراً بين الأخذ ممن هو في يده، والفسخ ليأخذ من المشتري»^(٤).

قال الحارثي:

«ويتخرج من الوجه الذي نقول: تتوقف صحة الإجارة على إجازة البطن الثاني في الوقف، إجازة الشفيع هنا، إن أجازه: صحَّ، وإلا بطل في حقه بالأولى، قال: وهذا أقوى»^(٥).

* * *

- (١) الفروع، ج ٤، ص ٥٥٠، القواعد لابن رجب، ص ٤٦، الإنصاف، ج ٦، ص ٢٩١.
- (٢) القواعد لابن رجب، ص ٤٦.
- (٣) القواعد لابن رجب، ص ٤٧، الإنصاف، ج ٦، ص ٢٩١.
- (٤) القواعد لابن رجب، ص ٤٧.
- (٥) الإنصاف، ج ٦، ص ٢٩١.

المطلب الثالث: تصرف المشتري في العقار بوقفه أو هبته:

إذا تصرف المشتري في العقار المشفوع فيه قبل الأخذ بالشفعة بوقفه أو هبته فهل تسقط الشفعة أو لا؟

اختلف الفقهاء في ذلك على أقوال:

القول الأول: لا تسقط الشفعة بالوقف ولا بالهبة، وهو المذهب عند الحنفية^(١)، وبه قال المالكية^(٢)، وهو المذهب عند الشافعية^(٣)، وبه قال أبو بكر من الحنابلة^(٤). واختاره في الفائق، وقال عنه الحارثي هو قوي جداً^(٥)، ونقله ابن عقيل في الفصول: رواية عن الإمام أحمد رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ^(٦).

(١) فتاوى قاضيخان، ج ٣، ص ٥٤١، المبسوط، ج ١٤، ص ١١٣، ١١٦، الهداية، ج ٧، ص ٤٣١، الاختيار لتعليل المختار، المجلد الأول، ج ٢، ص ٤٩، العناية شرح الهداية، ج ٧، ص ٤٣١، البحر الرائق، ج ٨، ص ١٥٥، الدر المختار، ج ٦، ص ٢٣٣، مجمع الأنهار، ج ٢، ص ٤٧٩، وبهامشه الدر المنتقى نفس الجزء والصفحة، الفتاوى الهندية، ج ٥، ص ١٨١.

(٢) المدونة، ج ٥، ص ٤١٠، قوانين الأحكام الشرعية، ص ٣١٥، مختصر خليل، ج ٧، ص ٢٢١، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٤٨٧، التاج والإكليل، ج ٥، ص ٣٢٦، بلغة السالك، ج ٣، ص ٥٤، الفواكه الدواني، ج ٢، ص ١٦٧، حاشية علي الصعيدي العدوي على كفاية الطالب، ج ٢، ص ٢٠٢، منح الجليل، ج ٧، ص ٢٢١، الفقه الواضح، ج ٢، ص ٥٤.

(٣) التنبية، ص ١١٨، المهذب، ج ١، ص ٣٨٩، الوجيز، ج ١، ص ٢١٨، روضة الطالبين، ج ٥، ص ٩٦، الأنوار لأعمال الأبرار، ج ١، ص ٥٦٠، المنهاج، ج ٢، ص ٣٠٣، شرح الجلال المحلي، ج ٣، ص ٤٨، تحفة المحتاج، ج ٦، ص ٧٣، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٣٠٣، نهاية المحتاج، ج ٥، ص ٢٠٨، حاشية الجمل على شرح المنهاج، ج ٣، ص ٥٠٩.

(٤) المقنع، ج ٢، ص ٢٦٨، الكافي، ج ٢، ص ٤٢٩، المغني، ج ٥، ص ٣٣٥، المحرر، ج ٢، ص ٣٦٦، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٢٥٤ - ٢٥٥، الفروع، ج ٤، ص ٥٥٠، المبدع، ج ٥، ص ٢١٨.

(٥) الإنصاف، ج ٦، ص ٢٨٥.

(٦) الفروع، ج ٤، ص ٥٥٠، المبدع، ج ٥، ص ٢١٨، الإنصاف، ج ٦، ص ٢٨٥.

حتى وإن جعله مسجدًا ونحوه يؤمر المشتري برفع البناء ونحوه^(١).

وعلى هذا القول فللشفيع فسخ ذلك التصرف، ويأخذه بالثمن الذي وقع البيع به^(٢).

القول الثاني: تسقط الشفعة بالوقف، وبالهبه، وهو المذهب عند الحنابلة^(٣)، ووجه عند الشافعية^(٤).

(١) فتاوى قاضيخان، ج ٣، ص ٥٤١، النتف في الفتاوى، ج ١، ص ٤٩٩، العناية، ج ٧، ص ٤٣١، البحر الرائق، ج ٨، ص ١٥٥، فتاوى ابن نجيم مع الغياثية، ص ١٧٠، ١٧١، الدر المختار، ج ٦، ص ٢٣٣، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٤٧٩، الدر المنتقى بهامش مجمع الأنهر نفس الجزء والصفحة، الفتاوى الهندية، ج ٥، ص ١٥١، الفواكه الدواني، ج ٢، ص ١٦٧، حاشية علي الصعيدي العدوي على كفاية الطالب الرباني، ج ٢، ص ٢٠٢، منح الجليل، ج ٧، ص ٢٢٢، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٣٠٣، نهاية المحتاج، ج ٥، ص ٢٠٨، الفروع، ج ٤، ص ٥٥٠، المبدع، ج ٥، ص ٢١٨، الإنصاف، ج ٦، ص ٢٨٥.

(٢) الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ٤٣٠، المغني، ج ٥، ص ٣٣٥، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٢٥٥، المبدع، ج ٥، ص ٢١٨.

تنبيه: مقتضى هذا القول أن الشفيع مخير بين أن يقرَّ المشتري على تصرفه وأن ينقض التصرف، لكن الحارثي من الحنابلة قال: إن قول أبي بكر صريح في بطلان أصل التصرف، وبينهما من الفرق ما لا يخفى، هذا خلاصة ما ذكره صاحب الإنصاف، ج ٦، ص ٢٨٥، وقد رأيت نحو هذا في المحرر ج ١، ص ٣٧٧، حيث قال فيه ما نصه: «وإن وقفه أو وهبه سقطت الشفعة، نصَّ عليه، وقال أبو بكر: لا تسقط، وينقض تصرفه، ولا يصح تصرف المشتري بحال».

(٣) المقنع، ج ٢، ص ٢٦٧، الكافي، ج ٢، ص ٤٢٩، المغني، ج ٥، ص ٢٣٥، المحرر، ج ١، ص ٣٦٦، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٢٥٤ - ٢٥٥، الفروع، ج ٤، ص ٥٥٠، المبدع، ج ٥، ص ٢١٨، الإنصاف، ج ٦، ص ٢٨٥، الإقناع، ج ٢، ص ٣٧٢، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٤٤١، الروض المربع، ج ٥، ص ٤٤٣، كشاف القناع، ج ٤، ص ١٥٢، وفيه: ولو تصرف المشتري في الشقص المبيع قبل الطلب بوقف أو بهبة أو صدقة أو جعله عوضًا في عتق أو طلاق أو خلع أو صلح عن دم عمد ونحوه مما لا شفعة فيه ابتداء سقطت الشفعة.

وورد مثل هذا في: شرح منتهى الإرادات.

(٤) الوجيز، ج ١، ص ٢١٨، روضة الطالبين، ج ٥، ص ٩٦.

القول الثالث: تسقط الشفعة بالوقف، وبهذا قال أبو حنيفة في رواية الحسن بن زياد عنه^(١)، وهو مذهب الحسن^(٢)، ونقله في «النتف في الفتوى»^(٣) عن أبي يوسف^(٤).

وبهذا قال مالك في إحدى الروايتين عنه على ما ذكره صاحب «الإفصاح»^(٥).

وهو وجه عند الشافعية^(٦)، وقول عند الحنابلة.

قال في «الفائق»: وخصَّ القاضي النص بالوقف، ولم يجعل غيره مسقطاً، اختاره شيخنا - يعني شيخ الإسلام ابن تيمية رحمته الله^(٧) -.

الأدلة

أدلة القول الأول:

استدل من قال: إنَّ الشفعة لا تسقط بتصرف المشتري بالوقف ولا بالهبة بالأدلة التالية:

الدليل الأول: أن حقَّ الشفيع أسبقُ من حق المشتري، فلم يملك

(١) المبسوط، ج ١٤، ص ١١٣.

(٢) المبسوط، ج ١٤، ص ١١٣، النتف في الفتاوى، ج ١، ص ٤٩٩.

(٣) ج ١، ص ٤٩٩.

(٤) يلاحظ أن صاحب المبسوط: صور الخلاف فيهما إذا جعل العقار المشفوع فيه مسجداً، وساق الأدلة على أساس ذلك، وأما غيره فقد جعل الخلاف في الوقف مسجداً كان أو غير مسجد.

(٥) ج ٢، ص ٣٨.

(٦) روضة الطالبين، ج ٥، ص ٩٦، الإنصاف، ج ٦، ص ٢٨٥، ٢٨٦.

(٧) المبسوط، ج ١٤، ص ١١٣، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ٤٢٩، المغني، ج ٥، ص ٣٣٥، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٣٥٥، المبدع، ج ٥، ص ٢١٨.

المشتري أن يتصرف تصرفاً يبطل حق الشفيع، فحق الشفيع سابق للتصرف، ومع بقاء التصرف لا يمكن الأخذ بالشفعة فملك الشفيع الفسخ^(١).

الدليل الثاني: أن الشفيع ملك فسخ البيع الثاني والثالث مع إمكان الأخذ بهما، فلأن يملك فسخ عقد لا يمكنه الأخذ به من باب أولى^(٢).

الدليل الثالث: أنه «لا يمتنع أن يبطل الوقف لأجل حق الغير، كما لو وقف المريض أملاكه وعليه دين، فإنه إذا مات ردَّ الوقف إلى الغرماء والورثة فيما زاد على ثلثه، بل لهم إبطال العتق، فالوقف أولى»^(٣).

الدليل الرابع: ما ذكره أبو بكر في «التنبيه»؛ حيث قال:

ولو بنى حصته مسجدًا كان البناء باطلاً، لأنه وقع في غير ملك تام له^(٤).

ويقرب من هذا ما علّل به ابن عقيل في «الفصول»؛ حيث قال: وعنه لا تسقط، لأنه شفيع، وضَعَفَهُ بِوَقْفِ عَصْبٍ، أو مَرِيضٍ مَسْجِدًا^(٥).

أدلة القول الثاني:

استدل من قال: بسقوط الشفعة بالوقف أو الهبة بما يلي:

الدليل الأول: أن الشفعة إنما تثبت في المملوك، وقد خرج بهذا عن كونه مملوكًا^(٦).

(١) المهذب، ج ١، ص ٣٨٩، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٣٠٣.

(٢) الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ٤٢٩ - ٤٣٠، المغني، ج ٥، ص ٣٣٥، الشرح

الكبير، ج ٣، ص ٢٥٥، المبدع، ج ٥، ص ٢١٨.

(٣) المغني، ج ٥، ص ٢٣٥، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٢٥٥.

(٤) الإنصاف، ج ٦، ص ٢٨٥.

(٥) الفروع، ج ٤، ص ٥٥٠، الإنصاف، ج ٦، ص ٢٨٦.

(٦) المغني، ج ٥، ص ٣٣٥، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٢٥٥، المبدع، ج ٥، ص ٢١٨.

المناقشة:

قد يناقش هذا بأن الشفعة تثبت في العقار المشترك، وتصرف المشتري بالوقف أو الهبة فيما اشتراه من الشريك هو تصرف قابل للفسخ لتعلق حق الشفيع به، فلم يخرج ما وقفه المشتري أو وهبه عن الملك.

الدليل الثاني: أن في الشفعة هنا أضراراً بالموقوف عليه، والموهوب له، لأن ملكه يزول عنه بغير عوض، ولا يزال الضرر بالضرر، بخلاف البيع، فإنه إذا فسخ البيع الثاني رجع المشتري الثاني بالثمن الذي أخذ منه، فلا يلحقه الضرر^(١).

المناقشة:

قد يناقش ما ذكره من أن في القول بالشفعة ههنا إلحاق الضرر بالموقوف عليه، والموهوب له، لأن ملكه يزول عنه بغير عوض. قد يناقش: بأن ملك الموقوف عليه والموهوب له لم يستقر، لأنه مبني على تصرف المشتري بذلك، وتصرف المشتري مسبق بحق الشفيع، فلم يستقر ملكهما حتى يقال: إنه زال عنهما بغير عوض، وفي ذلك ضرر بهما.

دليل القول الثالث:

استدل في «المبسوط» لمن قال: تسقط الشفعة بالوقف فقال:

«ووجهه: أن المسجد يتحرر عن حقوق العباد، فيكون بمنزلة إعتاق العبد، وحق الشفيع لا يكون أقوى من حق المرتهن في المرهون، ثم حق

(١) الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ٤٢٩، المغني، ج ٥، ص ٣٣٥، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٢٥٥، المبدع، ج ٥، ص ٢١٨، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٤٤٢، كشاف القناع، ج ٤، ص ١٥٢.

المرتهن لا يمنع حق الراهن، فكذلك حق الشفيع لا يمنع صحة جعل الدار مسجداً».

المناقشة:

قد يناقش هذا الاستدلال بما سبق في الدليل الثالث لأصحاب القول الأول، وهو أنه «لا يمتنع أن يبطل الوقف لأجل حق الغير، كما لو وقف المريض أملاكه وعليه دين، فإنه إذا مات ردَّ الوقف إلى الغرماء والورثة فيما زاد على ثلثه، بل لهم إبطال العتق، فالوقف أولى».

الترجيح:

لعلَّ الأرجح - والله أعلم - هو قول الجمهور، وهو أن الشفعة لا تسقط بتصرف المشتري بالوقف أو الهبة، وذلك للأسباب التالية:

السبب الأول: قوة ما استدل به لهذا القول، ووجاهة تلك الأدلة، وقد سلمت من المناقشة مما يجعلها صالحة لبناء الحكم عليها.

السبب الثاني: أن أدلة القولين الآخرين قد تناقش بما سبق إيراده عليهما عند ذكرهما، مما يجعل أدلة القول الأول أقوى منهما.

السبب الثالث: أن الشارع أثبت الشفعة لدفع الضرر عن الشريك في العقار، فلا يسقط ما أثبتته الشارع إلا بما يدل على إسقاطه.

السبب الرابع: أن القول بسقوط الشفعة إذا وقف المشتري العقار أو وهبه، قد يفتح باب الحيلة لإسقاط الشفعة.

السبب الخامس: أن البائع قد خالف أمر رسول الله ﷺ في عدم عرض العقار المبيع على الشريك قبل البيع، فإذا باعه ولم يخبر شريكه، كان الشريك أحق به، وإن تصرف فيه مشتريه بوقف أو هبة، كما دلَّ على ذلك ما رواه مسلم عن جابر رضي الله عنه قال:

«قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شركة لم تقسم: ربعة أو حائط، لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن شاء أخذ، وإن شاء ترك، فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به».

فقوله ﷺ في هذا الحديث: «فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به»، هو عام يدخل فيه تصرف المشتري في العقار بوقف أو هبة. والله تعالى أعلم.

المطلب الرابع: تصرف المشتري برداً أو إقالة أو تحالف:

إذا تصرف المشتري قبل طلب الشفعة برد العقار المبيع لأجل عيب فيه، أو إقالة البائع، أو اختلفا في قدر الثمن فتحالفا وفسخ العقد، فهل هذا التصرف يسقط الشفعة أو لا؟

لإيضاح ذلك أفرد كل مسألة منها في فرع مستقل:

الفرع الأول: الرد بالعيب:

إذا تصرف المشتري برداً العقار المبيع لعيب فيه قديم، ثم علم الشفيع وطالب بالشفعة مقدماً على العيب، فهل له شفعة أو تسقط شفעתه؟
فيه قولان:

القول الأول: له الشفعة، وبه قال الحنفية^(١)، والمالكية في أحد

(١) مختصر القدوري، ج ٢، ص ١٢١، الهداية، ج ٧، ص ٤٤١، البحر الرائق، ج ٨، ص ١٥٩، الدر المختار، ج ٦، ص ٢٣٨، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٤٨١، الفتاوى الهندية، ج ٥، ص ١٩٤.

القولين^(١)، وهو المذهب عند الشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣)، وعلى هذا القول فللشفيع أن يفسخ الرد بالعيب، ويأخذه بالثمن الذي وقع عليه العقد^(٤).

القول الثاني: تسقط الشفعة، وبه قال زُفر^(٥)، وهو أحد قولي المالكية^(٦)، ووجه عند الشافعية^(٧)، وقول في مذهب الحنابلة^(٨).

(١) حاشية الدسوقي، ج ٣، ص ٤٩٦.

(٢) التنبيه، ص ١١٨، المذهب، ج ١، ص ٣٨٩، روضة الطالبين، ج ٥، ص ٧٥، تحفة المحتاج، ج ٦، ص ٦١ - ٦٢، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٢٩٩، نهاية المحتاج، ج ٥، ص ١٩٩، حاشية قليوبي على شرح جلال الدين المحلي، ج ٣، ص ٤٤، حاشية الجمل على شرح المنهج، ج ٣، ص ٥٠٣.

(٣) المقنع، ج ٢، ص ٢٦٨، الكافي، ج ٢، ص ٤٢٩، المغني، ج ٥، ص ٣٣٦، المحرر، ج ١، ص ٣٦٧، الفروع، ج ٤، ص ٥٥١، المبدع، ج ٥، ص ٢١٩، الإنصاف، ج ٦، ص ٢٨٨، الإقناع، ج ٢، ص ٣٧٣، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٤٤٢.

(٤) المذهب، ج ١، ص ٣٨٩، روضة الطالبين، ج ٥، ص ٧٥ - ٧٦، تحفة المحتاج، ج ٦، ص ٦٢، مغني المحتاج، ص ٢٩٩، نهاية المحتاج، ج ٥، ص ١٩٩، الكافي، ج ٢، ص ٤٢٩، المغني، ج ٥، ص ٣٣٦، الإقناع، ج ٢، ص ٣٧٣، كشف القناع، ج ٤، ص ١٥٤.

قال الشافعية: وهل يفسخ الشفيع الرد بالعيب أو يتبين أنه كان باطلاً؟ وجهان: صحح السبكي الأول، وفائدتهما: الفوائد والزوائد من الرد إلى الأخذ، فعلى القول بالبطلان تكون للمشتري. (روضة الطالبين، ج ٥، ص ٧٦، تحفة المحتاج، ج ٦، ص ٦٢، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٢٩٩، نهاية المحتاج، ج ٥، ص ١٩٩ - ٢٠٠).

(٥) البحر الرائق، ج ٨، ص ١٥٩، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٤٨١.

(٦) حاشية الدسوقي، ج ٣، ص ٤٩٦.

(٧) روضة الطالبين، ج ٥، ص ٧٥، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٢٩٩، نهاية المحتاج، ج ٥، ص ١٩٩، حاشية قليوبي على شرح جلال الدين المحلي، ج ٣، ص ٤٤.

(٨) الفروع، ج ٤، ص ٥٥١، الإنصاف، ج ٦، ص ٢٨٨، في الفروع ذكره وجهها، وفي المستوعب والتلخيص جعلاه رواية، وقال في الإنصاف: وأكثرهم حكاة قولاً، ومال إليه الحارثي.

الأدلة

ما استدل به للقول الأول: استدل له بما يلي:

الدليل الأول: أن ردَّ المشتري للمبيع على البائع، هو: «فسخ في حقهما لولايتهما على أنفسهما، وقد قصدا الفسخ، وهو بيع جديد في حق ثالث، لوجود حد البيع، وهو: مبادلة المال بالمال بالتراضي، والشفيع ثالث»^(١)، فيتجدد له به حق الشفعة^(٢).

الدليل الثاني: أن حق الشفيع سابق على الفسخ، فإنه ثابت بالبيع، وحق المشتري ثابت بالاطلاع^(٣)، ولا يمكن الشفيع الأخذ مع الرد بالعيب فملك فسخ تصرف المشتري^(٤).

دليل القول الثاني:

أن الشفيع يأخذ بالشفعة إذا استقرَّ العقد وسلم عن الرد^(٥)، والرد بالعيب هو نقض للبيع^(٦)، فتبيّن أن شفيعته بطلت بتسليم المبيع وإعادته لبائعه؛ حيث إن الرد بالعيب إقالة، والإقالة فسخ لقصدتهما ذلك، والعبرة بقصد العاقدين^(٧).

-
- (١) الهداية، ج ٧، ص ٤٤١.
 (٢) البحر الرائق، ج ٨، ص ١٥٩.
 (٣) روضة الطالبين، ج ٥، ص ٧٥، تحفة المحتاج، ج ٦، ص ٦١، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٢٩٩، نهاية المحتاج، ج ٥، ص ١٩٩.
 (٤) المهذب، ج ١، ص ٣٨٩، المغني، ج ٥، ص ٣٣٦.
 (٥) روضة الطالبين، ج ٥، ص ٧٥، شرح جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين، ج ٣، ص ٤٤، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٢٩٩.
 (٦) حاشية الدسوقي، ج ٣، ص ٣٩٦.
 (٧) البحر الرائق، ج ٨، ص ١٥٩.

وقد ناقش هذا ابن نجيم فقال:

«قلنا: الإقالة سبب للملك بتراضيهما كالبيع، غير أنهما قصدا الفسخ، فيصح فيما لا يتضمن إبطال حق الغير، لأن لهما ولاية على أنفسهما فيكون فسحاً في حقهما، ولا ولاية لهما على غيرهما، فيكون بيعاً جديداً في حق الشفيع فيتجدد له به حق الشفعة»^(١).

الترجيح:

يترجح القول الأول لقوة ما استدل به له ووجاهة تلك الأدلة، وأن ما استدل به للقول الآخر قد نوقش فلا يقوى على إثبات ما ذهبوا إليه، ولا على معارضة أدلة القول الأول.

ولأن غرض المشتري في الرد بالعيب استدراك الظلامة وتحصيل الثمن، والبائع غرضه الحصول على الثمن، وذلك حاصل لهما بأخذ الشفيع بالشفعة مع وجود العيب إذا رضي به. ولأن في إسقاط الشفعة إلحاق الضرر بالشفيع بإبطال حقه بالكلية، وفي إثباتها حفظ لحقه وحق البائع والمشتري فكان القول بإثبات الشفعة أولى.. والله تعالى أعلم.

الفرع الثاني: «الرد بالإقالة»:

إذا فسخ البيع بالإقالة، ثم علم الشفيع، فهل له فسخ تصرف المشتري بالإقالة، والأخذ بالشفعة، أو أن تصرف المشتري بالإقالة يسقط الشفعة؟ اختلف في ذلك الفقهاء على قولين:

القول الأول: للشفيع الأخذ بالشفعة، وبه قال الحنفية^(٢).

(١) المصدر السابق، نفس الجزء والصفحة.

(٢) مختصر القدوري، ج ٢، ص ١٢١، الهداية، ج ٧، ص ٤٤١، البحر الرائق، ج ٨، ص ١٥٩. الدر المختار، ج ٦، ص ٢٣٨، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٤٨١، الفتاوى الهندية، ج ٥، ص ١٩٤.

والمالكية^(١)، وهو مذهب الشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣).

القول الثاني: تسقط الشفعة، وبه قال زفر^(٤)، وهو وجه عند الشافعية^(٥)، ورواية عن الإمام أحمد^(٦).

وأما أدلة القولين: فهي ذات الأدلة السابقة في الرد بالعيب، فلا داعي لإعادتها هنا.

ويترجح هنا: ما ترجح هنالك، وهو أن الشفعة لا تسقط، بل هنا أولى بالترجيح لأمرين:

- (١) المدونة، ج ٥، ص ٤١١، الكافي، ج ٢، ص ٨٥٧، مختصر خليل، ج ٧، ص ٢٣٠، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٤٩١، التاج والإكليل، ج ٥، ص ٣٢٩، حاشية الدسوقي، ج ٣، ص ٤٩١، منح الجليل، ج ٧، ص ٢٣٠.
- (٢) التنبيه، ص ١١٨، المهذب، ج ١، ص ٣٨٩، تحفة المحتاج، ج ٦، ص ٦٢، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٢٩٩، نهاية المحتاج، ج ٥، ص ٢٠٠، حاشية عميرة، ج ٣، ص ٤٤، حاشية الجمل، ج ٣، ص ٥٠٣.
- (٣) المقنع، ج ٢، ص ٢٦٨، الكافي، ج ٢، ص ٤٢٩، المغني، ج ٥، ص ٣٣٦، المحرر، ج ١، ص ٢٦٨، الكافي، ج ٢، ص ٤٢٩، المغني، ج ٥، ص ٣٣٦، المحرر، ج ١، ص ٣٦٧، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٢٥٦، الفروع، ج ٤، ص ٥٥١، المبدع، ج ٥، ص ٢١٩، الإنصاف، ج ٦، ص ٢٨٧، الإقناع، ج ٢، ص ٣٧٣، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٢٤٢، كشاف القناع، ج ٤، ص ١٥٤.
- (٤) البحر الرائق، ج ٨، ص ١٥٩، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٤٨١.
- (٥) تحفة المحتاج، ج ٧، ص ٦٢، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٢٩٩، نهاية المحتاج، ج ٥، ص ٢٠٠، حاشية قليوبي على شرح جلال الدين المحلي، ج ٣، ص ٤٤، حاشية الجمل على شرح المنهج، ج ٣، ص ٥٠٣.
- (٦) الفروع، ج ٤، ص ٥٥١، المبدع، ج ٥، ص ٢١٩، الإنصاف، ج ٦، ص ٢٨٨، وقال فيه: «وقد نصَّ الإمام أحمد - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - في رواية ابن الحكم على بطلان الشفعة. وحمله القاضي على أن الشفيع عفا ولم يطالب، وتبعه ابن عقيل، قال في المستوعب: وعندي أن الكلام على ظاهره، ومتى تقايلا قبل المطالبة بالشفعة: لم تجب الشفعة، وكذا قال صاحب التلخيص، وزاد: فيكون على روايتين. قال الحارثي: والبطلان هو الذي يصح عن الإمام أحمد رَضِيَ اللهُ عَنْهُ».

أولهما: أننا إذا قلنا: الإقالة بيع، فهو ظاهر في الأخذ بالشفعة. وثانيهما: اتهام البائع والمشتري إذا تقايلا بالتحايل على إبطال حق الشفيع. والله أعلم.

وبناء على القول الأول، وهو أن الشفعة لا تسقط بالإقالة، فكيف يأخذ الشفيع بالشفعة؟

في ذلك تفصيل عند الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة.

فقال الحنفية: الرد بالإقالة «بمنزلة بيع مبتدأ»^(١).

وأما المالكية، فقد قال صاحب «التاج والإكليل»:

«.. وأما مسألة الخلاف إذا أقاله هل تكون عهده على البائع؟ ففي «المدونة»^(٢) قال مالك: مَنْ اشترى شقصاً ثم استقال منه فللشفيع الشفعة بعهدة البيع، وتبطل الإقالة، وليس له الأخذ بعهدة الإقالة. والإقالة عند مالك بيع حادث إلا في هذا.

ابن المواز: وجعله كأن المشتري هرب من العهدة، وقال أشهب: القياس عندي: أن يأخذ من أيهما شاء، ولو قاله قائل لم أعبه، ولكن الاستحسان أن لا تكون له شفعة إلا على المشتري لفراره من العهدة»^(٣).

وقال الشافعية: «وإن قاله قبل علم الشفيع بالشفعة، فإن قلنا: الإقالة بيع، فالشفيع بالخيار بين أن يأخذ بها، وبين أن ينقضها حتى يعود الشقص إلى المشتري، فيأخذ منه.

(١) الدر المختار، ج ٦، ص ٢٣٩، قال ابن عابدين عند شرح هذا النص: «وكون الإقالة بمنزلة بيع مبتدأ إذا كانت بلفظ الإقالة، فلو بلفظ مفاسخة أو متاركة أو تراد لم تجعل بيعاً اتفاقاً». (حاشية ابن عابدين على الدر المختار، ج ٦، ص ٢٣٩).

(٢) ينظر المدونة، ج ٥، ص ٤١١.

(٣) التاج والإكليل، ج ٥، ص ٣٢٩، وينظر في ذلك: الكافي في فقه أهل المدينة، ج ٢، ص ٨٦٥، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٤٩١، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير نفس الجزء والصفحة، منح الجليل، ج ٧، ص ٢٣٠ - ٢٣١.

وإن قلنا: فسخ، فهو كطلب الشفعة بعد الردّ بالعيب»^(١).

وقال الحنابلة: نحو هذا؛ حيث قالوا:

«إن قلنا: الإقالة بيع، فله الأخذ من أيهما شاء، فإن أخذ من المشتري نقض الإقالة ليعود الشقص إليه، فيأخذه منه.

وإن قلنا فسخ: فله الشفعة أيضًا، على الصحيح من المذهب.. قال الحارثي: ثم ذكر القاضي وابن عقيل.. أنه يفسخ الإقالة، ليرجع الشقص إلى المشتري فيأخذ منه.

وقال ابن أبي موسى: للشفيع انتزاعه من يد البائع، قال الحارثي: والأول أولى؛ لأن الاستشفاع: الانتزاع من يد المشتري»^(٢).

الفرع الثالث: اختلاف المشتري مع البائع في قدر الثمن:

إذا اختلف البائع والمشتري في قدر ثمن العقار المبيع، ولا بينة تحالفا وفسخ العقد، فهل هذا التصرف يسقط الشفعة أو لا؟ فيه قولان:

القول الأول: لا تسقط الشفعة، وبه قال الحنفية^(٣)، وهو المذهب عند الشافعية^(٤)، والحنابلة^(٥).

(١) روضة الطالبين، ج ٥، ص ٧٧ - ٧٨.

(٢) الإنصاف، ج ٦، ص ٢٨٧ - ٢٨٨.

(٣) الهداية، ج ٧، ص ٤٢٦، العناية بهامش الهداية نفس الجزء والصفحة، البحر الرائق، ج ٨، ص ١٥٢، الدر المختار، ج ٦، ص ٢٢٩، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٤٧٧، حاشية ابن عابدين، ج ٦، ص ٢٣٠.

(٤) التنبيه، ص ١١٨، المهذب، ج ١، ص ٣٨٩، روضة الطالبين، ج ٥، ص ٩٧ - ٩٨، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٣٠٤، حاشية الشرواني على تحفة المحتاج، ج ٦، ص ٧٤، حاشية قليوبي على شرح جلال الدين المحلي، ج ٣، ص ٤٤.

(٥) المقنع، ج ٢، ص ٨٦٨، المغني، ج ٥٦، ص ٣٣٦، المحرر، ج ١، ص ٣٦٧، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٢٥٦، الفروع، ج ٤، ص ٥٣٦، المبدع، ج ٥، ص ٢١٩، الإقناع، ج ٢، ص ٣٧٣، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٤٤٢، كشاف القناع، ج ٤، ص ١٥٤.

وعلى هذا يأخذ الشفيع العقار بالثمن الذي حلف عليه البائع^(١)؛ لأن البائع مقر بالبيع بالثمن الذي حلف عليه، ومقر للشفيع باستحقاق الشفعة بذلك، فإذا بطل حق المشتري بإنكاره لم يبطل حق الشفيع بذلك، وله أن يبطل فسخهما؛ لأن حقه أسبق^(٢).

القول الثاني: تسقط الشفعة، وبه قال المالكية^(٣)، وهو وجه عند الشافعية^(٤)، وقول عند الحنابلة^(٥)؛ لأن الأخذ بالشفعة لا يكون إلا بعد ثبوت الملك للمشتري واستقراره، وهنا قد نقض العقد فلا شفعة، ولا يلزم من إقرار البائع بالبيع ثبوت الشفعة؛ لأنه قد نقض البيع الذي تستند إليه الشفعة^(٦).

ولعل القول الأول هو الراجح:

لأن الشفعة قد ثبتت للشفيع حين انعقد البيع، وفسخ المشتري لا يزيل حق الشفيع الثابت، لأن حق الشفيع أسبق، ولا ولاية للمشتري عليه.

(١) الهداية، ج ٧، ص ٤٢٦، البحر الرائق، ج ٨، ص ١٥٢، الدر المختار، ج ٦، ص ٢٣٠، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٤٧٧، الدر المنتقى بهامش مجمع الأنهر، نفس الجزء والصفحة، التنبيه، ص ١١٨، المهذب، ج ١، ص ٣٨٩، روضة الطالبين، ج ٥، ص ٩٨، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٣٠٤، حاشية الشرواني على تحفة المحتاج، ج ٦، ص ٧٤، المقنع، ج ٢، ص ٢٦٨، المغني، ج ٥، ص ٣٣٦، المحرر، ج ١، ص ٣٦٧، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٢٥٦، الفروع، ج ٤، ص ٥٣٦، المبدع، ج ٥، ص ٢١٩، الإنصاف، ج ٦، ص ٢٩٠، الإقناع، ج ٢، ص ٣٧٣، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٤٤٢، كشف القناع، ج ٤، ص ١٥٤.

(٢) المهذب، ج ١، ص ٣٨٩، المغني، ج ٥، ص ٣٣٦، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٢٥٦، المبدع، ج ٥، ص ٢١٩، كشف القناع، ج ٤، ص ١٥٤.

(٣) الشرح الكبير، ج ٣، ص ٤٨٦، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، نفس الجزء والصفحة، منح الجليل، ج ٧، ص ٢١٩، ٢٤٤.

(٤) روضة الطالبين، ج ٥، ص ٩١، ٩٧.

(٥) الفروع، ج ٤، ص ٥٣٦، الإنصاف، ج ٥، ص ٢٩٠.

(٦) حاشية الدسوقي، ج ٣، ص ٤٨٦.

ولأن الفسخ لا يوجب بطلان حق الشفيع^(١)، ألا ترى أن الدار إذا ردت على البائع بعيب لا يبطل حق الشفيع بذلك، فكذلك الرد بالإقالة^(٢). والله تعالى أعلم.

* * *

المطلب الخامس: تصرف المشتري بالزيادة في العقار قبل الأخذ بالشفعة:

إذا أحدث المشتري في العقار المشفوع فيه زيادة بأن زرع أو غرس أو بنى ثم طالب الشفيع بالشفعة، فهل هذا التصرف يسقط الشفعة أو لا؟ وإذا كان لا يسقطها فماذا يجب على الشفيع دفعه حتى يأخذ بالشفعة؟ قبل بيان الحكم في ذلك يحسن ذكر الإجابة على سؤال أورده الفقهاء هنا مفاده:

كيف يتصور بناء المشتري وغرسه وزرعه في العقار المشفوع فيه على وجه مباح؟

وقد أجابوا عن ذلك بأنه يتصور في مسائل:

منها: أن يظهر المشتري أنه وهب له، أو أنه اشتراه بأكثر من ثمنه، أو غير ذلك مما يمنع الشفيع من الأخذ بها، فيتركها ويقاسم ثم يبني المشتري ويغرس فيه، ثم تتضح الحقيقة بعد ذلك.

(١) الهداية، ج ٧، ص ٤٢٦، البحر الرائق، ج ٨، ص ١٥٢، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٤٧٧، الدر المنتقى بهامش مجمع الأنهر نفس الجزء والصفحة، حاشية ابن عابدين، ج ٦، ص ٢٣٠.

(٢) البحر الرائق، ج ٨، ص ١٥٢، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٤٧٧.

ومنها: أن يكون الشفيع غائبًا فيقاسمه وكيله، بغير علم الشفيع، أو يكون صغيرًا فيقاسمه وليه، ثم يقدم الغائب، أو يبلغ الصغير، فيأخذ بالشفعة.

ومنها: أن يكون الشفيع غائبًا، أو صغيرًا، فطالب المشتري الحاكم بالقسمة فقاسم، ثم قدم الغائب، وبلغ الصغير، فأخذ بالشفعة^(١)، إذا علم هذا بقي بيان الحكم، وذلك على النحو التالي:

(أ) ففي حالة الزرع الذي له نهاية معلومة: اتفق الفقهاء على أن للشفيع الأخذ بالشفعة، ويكون الزرع للمشتري على أن يبقى في الأرض إلى الحصاد^(٢). وهل عليه أجره في هذه المدة؟

(١) مختصر خليل، ج٧، ص٢٣٨ - ٢٣٩، الشرح الكبير، ج٣، ص٤٩٤ - ٤٩٥، بلغة السالك، ج٣، ص٦٠، روضة الطالبين، ج٥، ص٩٤ - ٩٥، حاشية الشرواني على تحفة المحتاج، ج٦، ص٧٣، حاشية الجمل على شرح المنهج، ج٣، ص٥٠٩، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج٢، ص٤٣٠، المغني، ج٥، ص٣٤٤، المبدع، ج٥، ص٢٢٠ - ٢٢١، حاشية المقنع، ج٢، ص٢٦٩.

(٢) المبسوط، ج١٤، ص١١٤، بدائع الصنائع، ج٥، ص٢٩، الهداية، ج٧، ص٤٣١، الاختبار لتعليل المختار المجلد الأول، ج٢، ص٤٩، الدر المختار، ج٦، ص٢٣٣، مجمع الأنهر، ج٢، ص٤٧٩، الكافي في فقه أهل المدينة، ج٢، ص٨٦٥، روضة الطالبين، ج٥، ص٩٥، مغني المحتاج، ج٢، ص٣٠٤، نهاية المحتاج، ج٥، ص٢٠٩، حاشية الشرواني على تحفة المحتاج، ج٦، ص٧٣، حاشية الجمل على شرح المنهج، ج٣، ص٥٠٩، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج٢، ص٤٣٠، المغني، ج٥، ص٣٤٦، الفروع، ج٤، ص٥٤٦.

ويلاحظ أن الحنفية قالوا: إن القياس أن يقلع الزرع لكن استحسنوا أن يبقى في الأرض بالأجرة، لأن له نهاية فلا ضرر فيه، وأما صاحب البحر الرائق، ج٨، ص١٥٥ فقد نقل عن المحيط: أن الزرع كالبناء يؤمر المشتري بقلعه، والذي في مصادر الحنفية السابقة أنه لا يؤمر بالقلع، بل إن صاحب بدائع الصنائع نقل إجماع الحنفية على ذلك.

قال الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، عليه الأجرة في هذه المدة، رعاية لجانب المشتري والشفيع^(٣).

وقيد المالكية ذلك: بأن يشفع في وقت تمكنه الزراعة فيه، لو أرادها، فأما إن كان وقت الزراعة قد فات، فلا شيء له من كراء الأرض^(٤).

وقال الشافعية^(٥)، والحنابلة^(٦):

ليس للشفيع أجرة في هذه المدة؛ لأن المشتري زرع فيما يملكه فلم يكن متعدياً^(٧).

ولأنه زرعه بحق، فوجب إبقاؤه له كما لو باع الأرض المزروعة^(٨).

- (١) الاختيار لتعليل المختار، المجلد الأول، ج ٢، ص ٤٩، الدر المختار، ج ٦، ص ٢٣٣، المعاملات، ج ٥، ص ٨٣٦، وقد ذكر ابن عابدين في حاشيته اختلاف الحنفية في الأجرة فينظر فيها، ج ٦، ص ٢٣٣.
- (٢) الكافي في فقه أهل المدينة، ج ٢، ص ٨٦٥.
- (٣) حاشية ابن عابدين، ج ٦، ص ٢٣٣.
- (٤) الكافي في فقه أهل المدينة، ج ٢، ص ٨٦٥.
- (٥) روضة الطالبين، ج ٥، ص ٩٥، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٣٠٤، نهاية المحتاج، ج ٥، ص ٢٠٩، حاشية الشرواني على تحفة المحتاج، ج ٦، ص ٧٣، حاشية الجمل على المنهج، ج ٣، ص ٥٠٩، وفي الأجرة عند الشافعية خلاف، فينظر في روضة الطالبين، ج ٥، ص ٩٥.
- (٦) الكافي، ج ٢، ص ٤٣٠، المغني، ج ٥، ص ٣٤٦، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٢٥٨، الفروع، ج ٤، ص ٥٤٦، الإنصاف، ج ٦، ص ٢٩١، الإقناع، ج ٢، ص ٢٧٣، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٤٤٣، وفيه قول آخر عند الحنابلة، وهو: أن للشفيع الأجرة في هذه المدة كمذهب الحنفية والمالكية. ينظر في ذلك: الإنصاف، ج ٦، ص ٢٩١ - ٢٩٢، المبدع، ج ٥، ص ٢٢٠.
- (٧) روضة الطالبين، ج ٥، ص ٩٥، المغني، ج ٥، ص ٣٤٦، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٢٥٨.
- (٨) الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ٤٣٠، المغني، ج ٥، ص ٣٤٦، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٢٥٨، كشف القناع، ج ٤، ص ١٥٦.

(ب) وأما في حالة البناء والغرس: فللشفيع الأخذ بالشفعة، لكن الفقهاء اختلفوا فيما يجب عليه من دفع قيمة البناء والغراس على أقوال:

القول الأول: للشفيع الخيار بين الأخذ بالثمن، وقيمة البناء والغراس مستحقي القلع^(١)، وبين تكليف المشتري بالقلع، وهذا هو المذهب عند الحنفية^(٢). واستثنوا من ذلك حالتين:

إحدهما: إذا كانت الزيادة متصلة لا قيمة لها بعد فصلها كالدهن بالألوان، والنقوش بشيء كثير، فالشفيع مخير بين أن يترك العقار للمشتري، وأن يأخذه بالثمن الذي اشترى به، وقيمة الزيادة^(٣).

الثانية: إذا كان قلع البناء والشجر يضر بالأرض أجبر المشتري على إبقائهما، وأخذ قيمتهما مستحقو القلع^(٤).

(١) عبر بعض الحنفية بمقلوعين، وعبر بعضهم بمستحقي القلع، وبينهما فرق وهو: أن قيمتها مستحقي القلع أقلع من قيمتها مقلوعين بقدر أجره القلع. حاشية ابن عبادين، ج ٦، ص ٢٣٢.

(٢) اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى، ص ٣٦، الحجة على أهل المدينة، ج ٣، ص ٨٦، مختصر الطحاوي، ص ١٢٣، مختصر القدوري، ج ٢، ص ١١٨، النتف في الفتاوى، ج ٢، ص ٥٠٠، المبسوط، ج ١٤، ص ١٤، تحفة الفقهاء، ج ٣، ص ٦٠، بدائع الصنائع، ج ٥، ص ٢٩، الهداية، ج ٧، ص ٤٣٠، المختار، المجلد الأول، ج ٢، ص ٤٩، البحر الرائق، ج ٨، ص ١٥٤، الدر المختار، ج ٦، ص ٢٣٢، الدر المنتقى، ج ٢، ص ٤٧٨، العقود الدرية، ج ١، ص ١٦٧.

(٣) فتاوى قاضيخان، ج ٣، ص ٥٤١، الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص ٢٨٠، البحر الرائق، ج ٨، ص ١٥٥، غمز عيون البصائر، ج ٣، ص ١٨٥، الفتاوى الهندية، ج ٥، ص ١٨٠، المعاملات الشرعية المالية لأحمد إبراهيم بك، ص ٦٥، المعاملات في الشريعة الإسلامية لأحمد أبو الفتوح، ج ١، ص ٨٨.

(٤) بدائع الصنائع، ج ٥، ص ٢٩، الدر المختار، ج ٦، ص ٢٣٣، الدر المنتقى، ج ٢، ص ٤٧٨، حاشية ابن عبادين، ج ٦، ص ٢٣٣، الفتاوى الهندية، ج ٥، ص ١٧٩ - ١٨٠، المعاملات الشرعية المالية لأحمد إبراهيم بك، ص ٦٥، المعاملات في الشريعة الإسلامية لأحمد أبو الفتوح، ج ١، ص ٨٨.

القول الثاني: للشفيح أن يأخذ بالثمن، وقيمة البناء أو الغراس قائماً، أو يترك الشفعة، وهذا قول ابن أبي ليلي^(١)، وبه قال أبو يوسف في رواية عنه^(٢)، وهو قول المالكية^(٣)، وهي الرواية المشهورة عن الإمام أحمد، على ما نقله صاحب «الإنصاف» عن الحارثي^(٤).

قلت: وهذا هو قول الشافعي الذي رأيت في «الأم»^(٥)؛ حيث جاء فيها ما نصه:

«قال الشافعي: وإذا اشترى رجل نصيباً من دار ثم قاسم فيه وبني ثم

= ومعنى هذا: أنه إذا كان القلع لا يضر بالأرض: لا يجبر المشتري على ترك البناء أو الغرس، كما صرحوا به في الكتب السابقة.

- (١) اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلي، ص ٣٦.
 - (٢) مختصر الطحاوي، ص ١٢٣ - ١٣٤، التنف في الفتاوى، ج ١، ص ٥٠٠، المبسوط، ج ١٤، ص ١١٤، تحفة الفقهاء، ج ٣، ص ٦٠، بدائع الصنائع، ج ٥، ص ٢٩، الهداية، ج ٧، ص ٤٣١، شرح متن الوقاية، ج ٢، ص ٢٠٢، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٤٧٨.
 - (٣) بداية المجتهد، ج ١، ص ٢٦٤، إرشاد السالك، ص ١٣٦، مختصر خليل، ج ٧، ص ٢٣٧، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٣٩٤، الشرح الصغير، ج ٣، ص ٦٠، التاج والإكليل، ج ٥، ص ٣٣١، حاشية الدسوقي، ج ٣، ص ٤٩٤.
 - (٤) نقل المرداوي في «الإنصاف»، ج ٦، ص ٣٩٣، عن الحارثي أنه قال: «إذا لم يقلع المشتري: ففي الكتاب: تخيير الشفيح بين أخذ الغراس والبناء بالقيمة، وقلعه وضمان نقصه، وهذا ما قاله القاضي وجمهور أصحابه، قال: ولا أعرفه نقلاً عن الإمام أحمد رحمته، وإنما المنقول عنه روايتان: التخيير من غير أرش، والأخرى - وهي المشهورة عنه - : إيجاب القيمة من غير تخيير، وهو ما ذكره الخرقى، وابن أبي موسى، وابن عقيل في التذكرة، وأبو الفرج الشيرازي، وهو المذهب، زاد ابن أبي موسى: ولا يؤمر المشتري بقلع بنائه. انتهى».
- قال في الفروع، ج ٤، ص ٥٤٥ - ٥٤٦ بعد أن ذكر أن للشفيح أخذ البناء والغراس بالقيمة أو قلعه وضمن نقصه أو أقره بأجرة على ما ذكره صاحب الانتصار، ما نصه: «ونقل الجماعة: له القيمة ولا يقلعه، ونقل سندي: أله قيمة البناء أم قيمة النقص؟ قال: لا، قيمة البناء، وقال: إنهم يقولون قيمة النقص، وأنكره ورده وقال: ليس هذا كغاصب»، وقد جاء هذا النص في المبدع أيضاً، ج ٥، ص ٢٢١.

طلبه الشفيح، قيل: إن شئت الشفعة فأدّ الثمن الذي اشتراه به، وقيمة البناء اليوم، وإن شئت فدع الشفعة، لا يكون له إلا هذا؛ لأنه بنى غير متعد، ولا يكون عليه هدم ما بنى».

القول الثالث: إن اختار المشتري قلع البناء والغراس فله ذلك، وإن لم يختار المشتري القلع، فيدفع الشفيح الثمن، ويتخير بين ثلاثة أشياء:

١ - إبقاء ملكه في الأرض بأجرة.

٢ - وتملكه بقيمته قائمًا.

٣ - وأن ينقضه، ويغرم أرش النقص، فإن أبى فلا شفعة له.

وهذا هو المذكور في أكثر كتب الشافعية^(١)، وذكره صاحب الانتصار من الحنابلة^(٢).

القول الرابع: إن اختار المشتري قلع البناء والغراس فله ذلك، وإن لم يختار القلع، فيدفع الشفيح الثمن، ويتخير بين شيئين:

١ - تملكه بقيمته قائمًا.

٢ - وأن ينقضه، ويغرم أرش النقص.

فإن أبى فلا شفعة له.

وهذا ما ذكره الشيرازي من الشافعية، في كتابيه: «التنبيه»^(٣)، و«المهذب»^(٤)، وبه قال أكثر الحنابلة^(٥).

(١) الوجيز، ج ٢، ص ٢١٨، روضة الطالبين، ج ٥، ص ٩٥، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٣٠٤، نهاية المحتاج، ج ٥، ص ٢٠٩، حاشية الشرواني على تحفة المحتاج، ج ٦، ص ٧٣، حاشية أبي الضياء الشبراملسي على نهاية المحتاج، ج ٥، ص ٢٠٩، حاشية الجمل على شرح المنهج، ج ٣، ص ٥٠٩.

(٢) الفروع، ج ٤، ص ٥٤٥، المبدع، ج ٥، ص ٢٢١، الإنصاف، ج ٦، ص ٢٩٣.

(٣) ص ١١٨.

(٤) ج ١، ص ٣٨٩.

(٥) المقنع، ج ٢، ص ٢٦٩، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ٤٣٠، المغني، ج ٥، =

قال عنه في «الإنصاف»^(١).

«على الصحيح من المذهب، وعليه أكثر الأصحاب، وقطع به كثير منهم».

هذه أقوال الفقهاء على وجه التفصيل، ويمكن إجمالها وإرجاعها إلى قولين في الجملة:

القول الأول: للشفيع الخيار بين تكليف المشتري بالقلع، وأخذ الأرض بالثمن الذي دفعه المشتري، على أن يدفع قيمة البناء والغرس مقلوعاً، أي: مستحق القلع إنقاصاً، وهذا هو المذهب عند الحنفية، إلا أنهم استثنوا الزيادة المتصلة التي لا قيمة لها بعد الفصل، فقالوا: يدفع الشفيع قيمتها إن أراد الشفعة، وإذا كان القلع يضر بالأرض فيجبر المشتري على تبقيته.

القول الثاني: إن اختار المشتري قلع البناء والغراس فله ذلك، وإن لم يختار القلع، فالشفيع بالخيار، بين دفع قيمة البناء والغراس مستحق البقاء، وترك الشفعة، وهذا هو قول الجمهور على وجه العموم.

الأدلة

ما استدل به للقول الأول:

الدليل الأول: أن المشتري بنى أو غرس في محل تعلق به حق متأكد، وهو حق الشفيع، من غير تسليط من جهة من له الحق فينقض كالراهن إذا

=ص ٣٤٤، المحرر، ج ١، ص ٣٦٦، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٢٥٩، الفروع، ج ٤، ص ٥٤٥، المبدع، ج ٥، ص ٢٢١، الإقناع، ج ٢، ص ٣٧٤، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٤٤٤، الروض المربع، ج ٥، ص ٤٤٧ - ٤٤٨. كشاف القناع، ج ٤، ص ١٥٧، حاشية المقنع، ج ٢، ص ٢٦٩، وقال فيها: «وهو المذهب».

(١) ج ٦، ص ٢٩٢.

بنى في المرهون^(١)، وكالغاصب إذا بنى فيما غصبه أمر بالنقض، فكذلك المشتري يؤمر بالنقض إذا بنى أو غرس فيما فيه شفعة^(٢).

المناقشة:

قد يناقش الاستدلال بأنه بنى أو غرس في محل تعلق به حق متأكد، وهو حق الشفيع بأن المشتري بنى أو غرس فيما له فيه حق، لأنه تصرف فيما ملكه بالشراء، والتكليف بالقلع من أحكام العدوان، وهو غير معتد في ذلك، وأما القياس على الغاصب فناقشه ابن قدامة، فقال:

«وفارق ما قاسوا عليه، فإنه بنى في ملك غيره، ولأنه عرق ظالم، وليس لعرق ظالم حق، بخلاف مسألتنا فإنه غير ظالم، فيكون له حق»^(٣).

الدليل الثاني: أن المشتري يؤمر بقلع بنائه وغراسه قياساً على جميع تصرفاته، كالبيع والوقف، فإن للشفيع نقضها فكذلك البناء والغراس له نقض ذلك^(٤)، والبناء مضر بالشفيع من حيث إنه يلزمه زيادة في الثمن لم يرضَ هو بالتزامها، وهو مبطل للحق الثابت للشفيع من الأخذ بأصل الثمن، فلا ينفذ ذلك منه كما لا ينفذ سائر التصرفات^(٥).

(١) المبسوط، ج ١٤، ص ١١٤، بدائع الصنائع، ج ٥، ص ٣٠، الهداية، ج ٧، ص ٤٣١، العناية بهامش الهداية نفس الجزء والصفحة، البحر الرائق، ج ٨، ص ١٥٥، شرح صدر الشريعة على متن الوقاية، ج ٢، ص ٢٠٢، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٤٧٩، اللباب في شرح الكتاب، ج ٢، ص ١١٨ - ١١٩.

(٢) بدائع الصنائع، ج ٥، ص ٣٠، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٤٧٩، المغني، ج ٥، ص ٣٤٥، المعاملات الشرعية المالية لأحمد إبراهيم بك، ص ٦٦.

(٣) المغني، ج ٥، ص ٣٤٥.

(٤) المبسوط، ج ١٤، ص ١١٤، الهداية، ج ٧، ص ٤٣١، العناية بهامش الهداية نفس الجزء والصفحة، البحر الرائق، ج ٨، ص ١٥٥، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٤٧٩، الدر المختار، ج ٦، ص ٢٣٣، كشف الحقائق، ج ٢، ص ٢٠٣.

(٥) المبسوط، ج ١٤، ص ١١٤.

المناقشة:

قد يناقش هذا القياس بأن سائر التصرفات ليس في إبطالها ضرر على المشتريين، بخلاف مسألة البناء والغراس فإن في الأمر بقلعهما ضرراً ظاهراً بالمشتري، والشفعة ثبتت لإزالة الضرر، فلا تثبت على وجه فيه ضرر ظاهر مع إمكان دفعه، وإلزام الشفيع بالثمن مع قيمة البناء والغراس قائماً ليس فيه ضرر بالشفيع، لأنه يمتلك البناء والغراس مقابل القيمة التي يدفعها.

وأما الزيادة المتصلة التي لا قيمة لها بعد فصلها:

فقد علل الحنفية لإجبار الشفيع فيها بدفع قيمتها أو ترك الشفعة:

بأنه لا يجبر المشتري على النقص لتعذر النقص على وجه يكون له قيمة، بخلاف البناء^(١)، لأنه إذا قلع له قيمة في الجملة بخلال الزخرفة^(٢)، فراعوا جانب المشتري حتى لا يضيع ماله بدون مقابل^(٣).

وأما ما استثنوه من أن القلع إذا كان يضر بالأرض يجبر على تركه ويأخذ قيمة البناء والغراس مستحقو القلع:

فلعلَّ السبب فيه: أن في القلع إلحاق الضرر بأرض الشفيع، فوجب إجبار المشتري على تبقيته بقيمته مستحقاً للهدم، وإن كان فيه ضرر على المشتري، لكنه يتحملة؛ لأنه بنى أو غرس على محل تعلق به حق غيره.

ويناقش هذا بأن فيه دفع الضرر بضرر أعلى منه، والضرر لا يدفع بضرر أعلى منه.

(١) الدر المختار، وحاشية ابن عابدين عليه، ج٦، ص ٢٣٢ - ٢٣٣.

(٢) البحر الرائق، ج٨، ص ١٥٥.

(٣) المعاملات في الشريعة الإسلامية لأحمد أبو الفتوح، ج١، ص ٨٨.

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول: قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»^(١). رواه أحمد، وابن ماجه.

قالوا: ولا يزول الضرر عن المشتري والشفيع إلا بذلك^(٢).

الدليل الثاني: أنه بنى وغرس في ملكه فلم يكلف قلعه مع الإضرار، كما لو لم يكن مشفوعاً^(٣).

الدليل الثالث: ما ذكره صاحب «بدائع الصنائع»^(٤)؛ حيث قال:

«إن في الجبر على النقص ضرراً بالمشتري، وهو إبطال تصرفه في ملكه، وفيما قلنا مراعاة الجانبين:

أما جانب المشتري فظاهر؛ لأن فيه صيانة حقه عن الإبطال، وأما جانب الشفيع فلأنه يأخذ البناء بقيمته، وأخذ الشيء بقيمته لا ضرر فيه على أحد».

المنافشة:

ناقش الكاساني الاستدلال بأن في النقص ضرراً بالمشتري، فقال: «قلنا: إن كان فيه ضرر به فهو الذي أضرَّ بنفسه؛ حيث بنى على محل تعلق به حق غيره»^(٥).

(١) الحديث أخرجه أحمد في «المسند»، ج ١، ص ٣١٣، ج ٥، ص ٣٢٦، وابن ماجه في سننه، ج ٢، ص ٧٨٤، وصححه الألباني في إرواء الغليل، ج ٣، ص ٤٠٨.

(٢) المهذب، ج ١، ص ٣٨٩، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ٤٣٠، المغني، ج ٥، ص ٣٤٥، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٢٥٩.

(٣) المغني، ج ٥، ص ٣٤٥، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٢٥٩.

(٤) ج ٥، ص ٢٩.

(٥) بدائع الصنائع، ج ٥، ص ٣٠.

الإجابة عن هذه المناقشة:

قد يجاب عن هذه المناقشة بأن:

المشتري حين بنى كان محققاً في بنائه؛ لأنه بنى في ملكه، ولم يكن يعلم أنه سيؤخذ منه بالشفعة، وفي إيجاب القلع إلحاق الضرر به، ولم يكن معتدياً حتى يتحمل الضرر، ولا ضرر ولا إضرار في الإسلام.

الدليل الرابع: أن المشتري محق في البناء والغراس، وليس بمتعد؛ إذ بنى وغرس لثبوت ملكه فيه بالشراء، والمحق في شيء لا يكلف قلعه؛ لأن التكليف بالقلع من أحكام العدوان، فصار كالموهوب له، والمشتري شراء فاسداً^(١)، عند أبي حنيفة^(٢)، فإن كل واحد منهما لا يكلف القلع لتصرفه في ملكه.

وكذلك المشتري، إذا زرع الأرض المشفوعة لا يكلف بالقلع باتفاق الفقهاء - كما سبق قريباً - فكذا إذا بنى المشتري أو غرس لا يكلف بالقلع قياساً عليه^(٣).

المناقشة:

نوقش بأن تصرف المشتري بالبناء والغراس كان من غير تسليط من له الحق، وهو الشفيع بخلاف الموهوب له، أو المشتري شراء فاسداً، فإنه فعل بتسليط من المالك.

(١) المبسوط، ج ١٤، ص ١١٤، الهداية، ج ٧، ص ٤٣١، العناية شرح الهداية بهامش الهداية نفس الجزء والصفحة، البحر الرائق، ج ٨، ص ١٥٥، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٤٧٨ - ٤٧٩.

(٢) البحر الرائق، ج ٨، ص ١٥٥.

(٣) المبسوط، ج ١٤، ص ١١٤، الهداية، ج ٧، ص ٤٣١، العناية شرح الهداية بهامش الهداية، نفس الجزء والصفحة، البحر الرائق، ج ٨، ص ١٥٥، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٤٧٨ - ٤٧٩.

وكذلك الزرع فإن القياس فيه أن يقلع لكن ترك القياس للاستحسان؛ لأن لإدراكه نهاية معلومة، وليس في الانتظار كثير ضرر على المشتري بخلاف الغراس والبناء^(١).

الترجيح:

لعلّ الراجح هو قول الجمهور، وهو أن المشتري لا يكلف بقلع البناء والغراس، وذلك للأسباب التالية:

السبب الأول: قوة ما استدل به لهذا القول، ووجاهة تلك الأدلة، فقد سلم بعضها من المناقشة، وأجيب عن مناقشة بعضها، مما يجعلها صالحة لبناء الحكم عليها.

السبب الثاني: أن ما استدل به للقول الآخر، قد أمكن مناقشته، ولا يقوى على معارضة ما استدل به لقول الجمهور.

السبب الثالث: أن في العمل بقول الجمهور مراعاة لقاعدة: لا ضرر ولا ضرار في الإسلام، وفيه مراعاة القاعدة: الضرر لا يزال بالضرر، وفيه دفع أعلى الضررين بتحمل الأدنى. والله تعالى أعلم.

وبقي هنا مسألتان:

إحدهما: إن اختار الشفيع أخذ البناء والغراس بقيمته قائمًا، فأراد المشتري قلعه، فله ذلك؛ لأنه ملكه^(٢).

لكن هل له قلعه مطلقًا، أو إذا لم يكن فيه ضرر؟ اختلف فيه على قولين:

(١) نفس المرجع السابق.

(٢) المهذب، ج ١، ص ٣٨٩، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٣٠٤، نهاية المحتاج، ج ٥، ص ٢٠٩.

أحدهما: له قلعه مطلقاً، وبه قال الشافعية^(١)، والصحيح من المذهب عند الحنابلة^(٢)؛ لأنه غرس وبنى في ملكه، وما حدث من النقص، إنما حدث في ملكه، وذلك مما لا يقابله ثمن^(٣)، ففي ذلك تخليص لعين ماله.

الثاني: للمشتري قلع بنائه وغرسه إذا لم يكن فيه ضرر، وهو وجه عند الحنابلة^(٤).

قال ابن قدامة في «المغني»^(٥):

«وظاهر كلام الخرقي أن عليه ضمان النقص الحاصل بالقلع، لأنه اشترط في قلع الغرس والبناء عدم الضرر.

وذلك لأنه نقص دخل على ملك غيره، لأجل تخليص ملكه فلزمه ضمانه، كما لو كسر محبرة غيره، لإخراج دينارها منها.

وقولهم: إن النقص حصل في ملكه، ليس كذلك، فإن النقص الحاصل بالقلع، إنما هو في ملك الشفيع».

المسألة الثانية: في وقت التقويم وكيفيته:

إذا اختار الشفيع تملك البناء والغراس بالقيمة، فما الوقت الذي يعتبر فيه التقويم، وكيف يتم التقويم؟

(١) الإنصاف، ج ٦، ص ٢٩٤، الإقناع، ج ٢، ص ٣٧٤، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٤٤٤، الروض المربع، ج ٥، ص ٤٤٨، كشف القناع، ج ٤، ص ١٥٧، حاشية المقنع، ج ٢، ص ٢٧٠.

(٢) المغني، ج ٥، ص ٣٤٤، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٢٥٨.

(٣) المبدع، ج ٥، ص ٢٢٢، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٤٤٤، كشف القناع، ج ٤، ص ١٥٧.

(٤) المقنع، ج ٢، ص ٢٧٠، المغني، ج ٥، ص ٣٤٤، الفروع، ج ٤، ص ٥٤٥، المبدع، ج ٥، ص ٢٢٢، الإنصاف، ج ٦، ص ٢٩٤.

(٥) ج ٥، ص ٣٤٤.

أما الحنفية، فقد سبق بيان مذهبهم، وهو أنه يقوم مستحق القلع أنقاضاً كالمغصوب، فلا داعي لإعادته هنا.

وأما الجمهور، فقد اختلفت أنظارهم:

فقال المالكية فيما إذا هدم وبني ما نصه:

«وإن هدم وبني فله قيمته قائماً وللشفيع النقض». من المدونة: لو هدم المشتري ثم بنى، قيل: للشفيع خذ بجميع الثمن وقيمة ما عمر فيها.

قال أشهب: يوم القيام.

وله قيمة النقض الأول منقوضاً يوم الشراء، يحسب كم قيمة العرصة بلا بناء، وكم قيمة النقض مهدوماً، ثم يقسم الثمن على ذلك، فإن وقع منه للنقض نصفه أو ثلثه، فهو الذي يحسب للشفيع على المشتري، ويحط عنه من الثمن، ويقوم ما بقي مع قيمة البناء قائماً.

ابن المواز: وهو قول مالك وأصحابه، قال مالك: فإن لم يفعل فلا شفعة له^(١).

وقد ورد مثل هذا في كثير من كتب المالكية^(٢).

ويفهم منه: أن وقت التقويم هو: يوم الأخذ بالشفعة.

وأما كلفيته: فإن الأرض تقوم بدون البناء والغراس، ثم تقوم وفيها البناء والغراس قائماً، والفرق بين القيمتين هو: قيمة البناء والغراس.

وأما ابن عبد البر فقد نصّ في كتابه «الكافي في فقه أهل المدينة

(١) التاج والإكليل، ج ٥، ص ٣٣١.

(٢) ينظر في ذلك: مختصر خليل، ج ٧، ص ٢٣٧، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٤٩٤، الشرح الصغير، ج ٢، ص ٦٠، بلغة السالك على الشرح الصغير نفس الجزء والصفحة، منح الجليل، ج ٧، ص ٣٣٧ - ٣٣٨.

المالكي»^(١) على أن الشفيع يعطي المشتري جميع نفقته إن أراد الشفعة حيث قال فيه :

«وما بنى المشتري، أو غرس، أو عمر، فعلى الشفيع أن يعطيه جميع نفقته من الثمن إن أراد الشفعة».

وقال الشافعية :

تعتبر القيمة يوم الأخذ بالشفعة، كما صرح به الشافعي في «الأم»^(٢)، والنووي في «روضة الطالبين»^(٣).

وأما الحنابلة :

فقد قالوا : إذا أخذ الشفيع بالشفعة يدفع قيمة الغراس والبناء للمشتري حين تقويم الغراس والبناء.

وصفة تقويمه :

أن الأرض تقوم مغروسة أو مبنية، ثم تقوم خالية من الغراس والبناء، فيكون من ما بينهما قيمة الغراس أو البناء؛ لأن ذلك هو الذي زاد بالغراس أو البناء.

فيدفعه شفيع لمشتري إن أحب، أو ما نقص منه إن اختار القلع سواء كانت تلك القيمة موافقة لما أنفقه المشتري أو أكثر أو أقل.

هذا ما ذكره صاحب «الإقناع»^(٤)، و«شرح منتهى الإرادات»^(٥)، و«الروض المربع»^(٦)، و«كشاف القناع»^(٧).

(١) ج ٢، ص ٨٦٥.

(٢) ج ٤، ص ٧.

(٣) ج ٥، ص ٩٥.

(٤) ج ٢، ص ٣٧٤.

(٥) ج ٢، ص ٤٤٤.

(٦) ج ٥، ص ٤٤٧ - ٤٤٨.

(٧) ج ٤، ص ١٥٧.

ونقله الحارثي عن الأصحاب حيث قال: يعتبر بذل البناء أو الغراس بما يساويه حين التقويم، لا بما أنفق المشتري، زاد على القيمة أو نقص، ذكره أصحابنا^(١).

وهو ما استظهره ابن قدامة في «المغني»^(٢)، ونقل احتمالاً غيره؛ حيث قال فيه:

«لا يمكن إيجاب قيمته مستحقاً للبقاء في الأرض، لأنه لا يستحق ذلك، ولا قيمته مقلوعاً، لأنه لو وجبت قيمته مقلوعاً، لملك قلعه ولم يضمن شيئاً، ولأنه قد يكون مما لا قيمة له إذا قلعه. ولم يذكر أصحابنا كيفية وجوب القيمة.

فالظاهر: أن الأرض تقوم وفيها الغراس والبناء، ثم تقوم خالية منهما، فيكون ما بينهما قيمة الغرس والبناء، فيدفعه الشفيع إلى المشتري إن أحب، أو ما نقص منه إن اختار القلع، لأن ذلك هو الذي زاد بالغرس والبناء. ويحتمل: أن يقوم الغرس والبناء مستحقاً للترك بالأجرة أو لأخذه بالقيمة إذا امتنع من قلعه».

المطلب السادس: تصرف المشتري بالنقص في العقار قبل الأخذ بالشفعة:

إذا هدم المشتري البناء، أو قطع الشجر، أو جدد الثمر، أو حصد الزرع، ثم حضر الشفيع مطالباً بالشفعة، فما الحكم في ذلك؟
للفقهاء تفصيلات في هذه المسألة أوردها على النحو التالي:

(١) الإنصاف، ج ٦، ص ٢٩٣.

(٢) ج ٥، ص ٣٤٥.

المذهب الحنفي:

إذا هدم المشتري البناء، أو قطع الشجر، أو جذّ الثمر، أو حصد الزرع، ثم حضر الشفيح، فلا سبيل للشفيح عليه، وإن كانت عينه قائمة. لأن حق الشفعة في هذه الأشياء إنما ثبت بالتبعية، وقد زالت التبعية بزوال الاتصال^(١).

إذا علم ذلك فهل يسقط عن الشفيح حصته من الثمن؟ وكيف يتم تقويم ذلك؟ وما الحكم إذا بيعت هذه الأشياء ثم طالب الشفيح بالشفعة؟

والجواب: أن الحنفية قد فصلوا حيث قالوا:

إن كان مما يدخل في العقد من غير تسمية كالبناء والشجر، وكان زوال الاتصال بفعل المشتري بأن هدم، أو قطع الشجر، تسقط حصته من الثمن^(٢).

لأنه صار مقصوداً بالإتلاف، فصار له حصة من الثمن^(٣). ويقسم الثمن على البناء، وعلى الأرض، لأنه إنما يسقط حصة البناء، فصار مضموناً عليه بفعله، وهو الهدم، والهدم صادفه وهو مبني، فتعتبر قيمته مبنياً^(٤).

ولو لم يهدم المشتري، لكنه باعه بغير الأرض، ثم حضر الشفيح كان أحق بالبناء والأرض، فيأخذ، وينتقض البيع في البناء^(٥).

لأنه باع البناء وحق الشفيح متعلق به تبعاً للأرض لوجود الاتصال، كما

(١) بدائع الصنائع، ج ٦، الهداية ج ٧، ص ٤٣٤.

(٢) تحفة الفقهاء، ج ٣، ص ٥٩، بدائع الصنائع، ج ٥، ص ٢٨، الهداية، ج ٧، ص ٤٣٤، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٤٧٩.

(٣) المصادر السابقة.

(٤) بدائع الصنائع، ج ٥، ص ٢٨.

(٥) بدائع الصنائع، ج ٥، ص ٢٨، حاشية ابن عابدين، ج ٦، ص ٢٣٤.

لو باع الأصل، وهو الأرض، ثم حضر الشفيع، له أن يأخذ، وينتقض البيع، كذا هذا^(١).

ولو اشترى أرضًا بمائة درهم، ورفع منها التراب، وباع التراب بمائة درهم، ثم جاء الشفيع وطلب الشفعة:

قال الشيخ أبو بكر محمد بن الفضل رحمته الله:

يأخذ الشفيع الأرض بنصف الثمن، وهو خمسون درهمًا، يقسم الثمن على قيمة الأرض قبل رفع التراب وعلى قيمة التراب المرفوع، ثم يطرح عن الشفيع قيمة التراب.

وقال القاضي علي السغدي رحمته الله:

لا يطرح عن الشفيع نصف الثمن، وإنما يطرح عنه بحصة النقصان.

فلو أن المشتري كبس الأرض بعد ما رفع منها التراب، فأعادها كما كانت قبل أن يحضر الشفيع، ثم حضر الشفيع، قال الشيخ أبو بكر محمد بن الفضل رحمته الله: يقال للمشتري ارفع من الأرض بقدر ما أحدثت فيها، ثم يكون الجواب فيه على ما قلنا^(٢).

ولو اشترى قرية فيها بيوت وأشجار ونخل، ثم باع الأشجار والبناء، فقطع المشتري بعض الأشجار، وهدم بعض البناء، ثم حضر الشفيع: كان له الأرض، وما لم يقطع من الأشجار، وما لم يهدم من البناء، وليس له أن يأخذ ما قطع، ويطرح عن الشفيع حصة ما قطع من الشجر، وما هدمه من البناء، لأنه صار مقصودًا فأخذ قسطًا من الثمن^(٣).

(١) بدائع الصنائع، ج ٥، ص ٢٨.

(٢) فتاوى قاضيخان، ج ٣، ص ٥٤٨.

(٣) فتاوى قاضيخان، ج ٣، ص ٥٥١، ونقله عنه أيضًا ابن نجيم في البحر الرائق، ج ٨،

وأما إن كان ممَّا لا يدخل في العقد إلا بالتسمية: كالثمر والزرع فإنه يسقط عن الشفيع حصته من الثمن، لأنه مقصود بالبيع، وقد أخذه المشتري^(١).

وتعتبر قيمته يوم العقد، لأنه أخذ الحصة بالعقد فتعتبر قيمته يوم العقد فيقسم الثمن على قيمة الأرض، وعلى قيمة الزرع وقت العقد. وهل تعتبر قيمته يوم العقد مجذودًا أو قائمًا؟

رُوي عن أبي يوسف: أنه تعتبر قيمة الزرع، وهو بقل مجذود؛ لأن حق الشفيع إنما سقط بعد زوال الاتصال، فتعتبر قيمته منفصلاً لا متصلًا.

وروي عن محمد: أنه تعتبر قيمته قائمًا، فتقوم الأرض وفيها الزرع، والثمر، وليس فيها: الزرع، والثمر، فيسقط عن الشفيع ما بين ذلك، لأن الزرع دخل في العقد، وهو متصل، ويثبت الحق فيه وهو منفصل، وكذا الثمر فتعتبر قيمتها على صفة الاتصال، على أن في اعتبار حالة الانفصال إضرارًا بالشفيع؛ إذ ليس للمفصول، والثمر المجذود، كثير قيمة، فيتضرر به الشفيع^(٢).

المذهب المالكي:

إذا بيع الأصل مع ثمرته قبل أخذ الشفيع بالشفعة، ثم جدَّ المشتري الثمرة، أسقط عن الشفيع حصة الثمرة من ثمنها مع أصلها، يوم العقد، إن كانت أزهرت، أو أبرت، يوم شرائها مع أصلها، لأن لها حصة من الثمن^(٣).

(١) تحفة الفقهاء، ج ٣، ص ٥٩، بدائع الصنائع، ج ٥، ص ٢٨، الهداية، ج ٧، ص ٤٣٤، الاختيار لتعليق المختار، المجلد الأول، ج ٢، ص ٥٠، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٤٧٩، اللباب في شرح الكتاب، ج ٢، ص ١٢٠.

(٢) تحفة الفقهاء، ج ٣، ص ٥٩ - ٦٠، بدائع الصنائع، ج ٥، ص ٢٨.

(٣) الشرح الكبير، ج ٣، ص ٤٨٠، التاج والإكليل، ج ٥، ص ٣١٩، منح الجليل، ج ٧، ص ٢٠٤ - ٢٠٥.

ومن ابتاع أرضاً مع زرعها، ثم طلب الشفيع بالشفعة، فإنما له الشفعة في الأرض دون الزرع، بما ينوبها من الثمن، يوم العقد؛ لأن الزرع وقع له حصة من الثمن في الصفقة^(١).

ولا يضمن المشتري نقص الشقص إذا هدمه لمصلحة، فإن هدمه لا لمصلحة ضمن.

فإن هدم وبني: فله قيمته قائماً على الشفيع، لعدم تعديده. وللشفيع النقص، أي المنقوض من حجر ونحوه، فإن أعاده، أو باعه، أو تصرف فيه بوجه: سقط عن الشفيع ما قابل قيمته من الثمن، فيغرم قيمة البناء قائماً مع ما قابل قيمة الأرض من الثمن، ويسقط عنه ما قابل قيمة النقص من الثمن، فيقال: ما قيمة العرصة بلا بناء، وما قيمة النقص مهدوماً، ويقسم الثمن الذي اشترى به المشتري عليهما، فما قابل العرصة من ذلك دفعه الشفيع للمشتري زيادة على قيمة البناء قائماً، وما قابل النقص من ذلك، فإنه يحط عنه، وتعتبر قيمة النقص يوم الشراء^(٢).

هذا حاصل مذهب المالكية، لكن ابن رشد في «البيان والتحصيل» نقل اختلافهم في هذه المسألة:

فقد نقل عن ابن القاسم: في رجل باع داراً بعشرة دنانير فباع المشتري مصراعي الدار بعشرة، ثم جاء الشفيع، قال: لا شيء له في المصراعين، لأنهما قد فاتا بالبيع.

(١) الشرح الكبير، ج ٣، ص ٤٨١، التاج والإكليل، ج ٥، ص ٣١٩، منح الجليل، ج ٧، ص ٢٠٨.

(٢) الشرح الكبير، ج ٣، ص ٤٩٤، الشرح الصغير، ج ٣، ص ٦٠، حاشية الدسوقي، ج ٣، ص ٤٩٤، بلغة السالك، ج ٣، ص ٦٠، منح الجليل، ج ٧، ص ٢٣٧ - ٢٣٨، الفقه الواضح، ج ٢، ص ١٥٩.

ثم قال ابن رشد:

«وقوله: ولا شيء له في المصراعين، لأنهما قد فاتا بالبيع، خلاف ما نصَّ عليه في «المدونة» من أن نقض الدار إذا هدمه المشتري فباعه، لا يفوت بالبيع، وللشفيع أن يأخذ بالشفعة من يد مشتريه من المشتري.

وهذا الاختلاف جارٍ على اختلافهم في الشفعة، هل يحكم لها بحكم البيع، أو بحكم الاستحقاق؟

فعلى القول: بأنه يحكم لها بحكم البيع تفوت الأنقاض بالبيع، ويأخذ الشفيع البقعة بما ينوبها من الثمن.

وعلى القول بأنه يحكم لها بحكم الاستحقاق لا تفوت الأنقاض بالبيع، ويأخذها الشفيع من يد المشتري بالشفعة، ويرجع المشتري على الذي باعه إياها بالثمن الذي دفع إليه فيها، وإن شاء أن يجيز البيع ويأخذ الثمن كان ذلك له.

وفي «المدونة» أيضًا: ما يدل على فواتها بالبيع.

واختلف إذا فاتت إما بالبيع على هذه الرواية، وإما بفوات عينها بعد البيع على ما نصَّ عليه في «المدونة».

ف قيل في ذلك ثلاثة أقوال:

أحدها: وهو قوله في «المدونة»، وفي هذه الرواية: إنه يأخذ البقعة بما ينوبها من الثمن.

ووجه العمل في ذلك:

أن تقوم البقعة مهدومة والنقض مطروحًا بها يوم وقعت الصفقة، ثم ينظر ما يقع للنقض من الجميع، فإن كان الثلث مثل أن يكون قيمته مقلوعًا مطروحًا بالأرض مائة، وقيمة البقعة مهدومة مائتين، قيل للشفيع إن شئت أن تأخذ البقعة بالشفعة فخذها بثلثي الثمن كان أقل من قيمة البقعة أو أكثر إن

كان الثمن ثلاثمائة وستين أخذها بالشفعة بمائتين وأربعين، وإن كان الثمن مائتين وأربعين، أخذ الشفيع البقعة بالشفعة بمائة وستين.

وهذا القول على قياس القول بأنه يحكم للأخذ بالشفعة بحكم البيع.

والقول الثاني: أنه يأخذ البقعة والثمن الذي باع به الأنقاض كان أقل من قيمته أو أكثر، ويؤدي جميع الثمن، فإن كان ثمن الأنقاض من جنس الثمن الذي اشترى به المشتري النقض قاصه منه بثمان النقض، ودفع إليه البقية.

والقول الثالث: أنه ليس للشفيع إلا الأقل من قيمة النقض أو الثمن الذي بيع به، وهو اختيار محمد بن المواز.

وهذان القولان على قياس القول بأنه يحكم للأخذ بالشفعة بحكم الاستحقاق.

وقد رأيت لسحنون أنه قال: في هذه المسألة لمالك ثلاثة أقوال، وقد قستها فلم يعتدل عندي منها شيء، وأشهب يقول فيها أيضًا قولاً، وفيها تنازع شديد، ولا أذكر في وقتي هذا قول أشهب، ويحتمل أن يريد سحنون: أن النقض تفوت بالهدم، وهذا الذي يأتي في المسألة على حقيقة القياس بأن الأخذ بالشفعة بيع من البيوع. وبالله التوفيق»^(١).

المذهب الشافعي:

قال النووي رحمته الله:

«وإن بيعت الأبنية والأشجار مع الأرض، إما صريحًا، وإما على قولنا: تستتبعها، ثبتت الشفعة فيها تبعًا للأرض، فلو كان على الشجرة ثمرة مؤبرة،

(١) البيان والتحصيل، ج ١٢، ص ١٠١ - ١٠٢.

وأدخلت في البيع بالشرط، لم تثبت فيها الشفعة، لأنها لا تدوم في الأرض فيأخذ الشفيع الأرض والنخيل بحصتها، وإن كانت غير مؤبرة، دخلت في البيع شرعاً، وهل للشفيع أخذها؟ وجهان أو قولان، أصحهما: نعم، فعلى هذا، لو لم يتفق الأخذ حتى تأبرت، أخذها أيضاً على الأصح، والثاني: لا يأخذها، فعلى هذا، فيما يأخذ به الأرض والنخل وجهان، أصحهما: بحصتها من الثمن كالمؤبرة، والثاني بجمع الثمن، تنزيلاً له منزلة عيب يحدث^(١).

وقد بيّن النووي رحمته الله في موضع آخر: أنه إذا اشترى شقصاً من دار، ثم نقضت، أن لذلك أحوالاً فذكر منها:

«أن يتلف بعضها، فينظر إن تلف شيء من العرصة... أخذ الباقي بحصته من الثمن، وإن بقيت العرصة، وتلفت السقوف والجدران... فيبني على الخلاف السابق في كتاب البيع: أن سقف الدار المبيعة وجدارها كأحد العبدین المبیعین، أم كطرف من أطراف العبد وصفة من صفاته؟ فإن قلنا بالأصح: أنه كأحد العبدین، أخذ العرصة بحصتها من الثمن، وإن قلنا كطرف العبد، أخذها بكل الثمن»^(٢).

ثم بيّن أن من تلك الأحوال:

«أن لا يتلف شيء منها، لكن ينفصل بعضها عن بعض بالانهدام، فهل يأخذ الشفيع النقص، فيه قولان، ويقال: وجهان، أظهرهما: نعم، فعلى هذا يأخذه مع العرصة بكل الثمن، أو يتركهما، وإن قلنا: لا يأخذه، بني على أن السقف والجدار كأحد العبدین، أو كطرف العبد.

إن قلنا بالأول، أخذ العرصة، وما بقي من البناء بحصتها من الثمن،

(١) روضة الطالبين، ج ٥، ص ٦٩.

(٢) روضة الطالبين، ج ٥، ص ٨٩.

وإلا، فوجهان، أحدهما: يأخذ بالحصة، والثاني: وهو قياس الأصل المبنى عليه: يأخذ بتمام الثمن^(١).

مذهب الحنابلة:

بيّن الحنابلة - رحمهم الله تعالى - أن الغراس والبناء يؤخذان بالشفعة تبعًا للأرض، ولا يؤخذ بالشفعة تبعًا ولا مفردًا ثمرة ولا زرع، لأنهما لا يدخلان في البيع، فلا يدخلان في الشفعة، لأن الشفعة بيع في الحقيقة، لكن الشارع جعل للشفيع سلطان الأخذ بغير رضا المشتري.

فإن بيع الشجر مع أرض فيها شفعة، وفي الشجر ثمرة غير ظاهرة، كالطلع غير المتشقق دخل الثمر في الشفعة تبعًا، فإن لم يأخذه حتى تشقق بقي الثمر لمشتري إلى أوان أخذه^(٢). ولو كان الطلع موجودًا حال الشراء غير مؤبر، ثم أبر عند المشتري، فهو له، لكن يأخذ الشفيع الأرض والنخل بحصتهما من الثمن، لأنه فات عليه بعض ما شمله عقد الشراء، وهو الطلع الذي لم يؤبر حال العقد، فهو كما لو اشتمل الشراء الشقص وعرضا معه^(٣).

وإن تلف بعض المبيع بفعل المشتري كهدم بيت من الدار التي بيع منها الشقص، فللشفيع أخذ الباقي من الشقص بحصته من ثمن جميع الشقص^(٤)، فلو كان الشقص المشفوع نصفًا من الدار، والبيت الذي

(١) المصدر السابق، نفس الجزء والصفحة.

(٢) الإقناع، ج ٢، ص ٣٧٣، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٤٤٣، كشف القناع، ج ٤، ص ١٥٦.

(٣) شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٤٤٣، كشف القناع، ج ٤، ص ١٥٦.

(٤) المقنع، ج ٢، ص ٢٦٦، المغني، ج ٥، ص ٣٤٦ - ٣٤٧، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٢٥٣، الفروع، ج ٤، ص ٥٤٦، المبدع، ج ٥، ص ٢١٦، الإنصاف، ج ٦، ص ٢٨٢، الإقناع، ج ٢، ص ٣٧١.

شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٤٣٩، كشف القناع، ج ٤، ص ١٥٠، الروض المربع، ج ٥، ص ٤٤٠.

انهدم منها نصف قيمتها أخذ الشفيع الشقص فيما بقي من الدار بنصف ثمنه^(١).

فإن كانت الأنقاض موجودة أخذها الشفيع مع العرصة والباقي من البناء بحصتهما من الثمن^(٢)، لأن استحقاقه للشفعة كان حال عقد البيع، وفي تلك الحال كان متصلًا اتصالًا ليس مألًه إلى الانفصال، وانفصاله بعد ذلك لا يسقط حق الشفعة^(٣). وإن كانت الأنقاض معدومة أخذ الشفيع العرصة وما بقي من البناء بحصته من الثمر^(٤).

لأنه تعذر عليه أخذ كل المبيع بتلف بعضه، فجاز له أخذ الباقي بحصته، كما لو تعذر عليه أخذ الكل لكون معه شفيع آخر^(٥).

خلاصة الأقوال:

إذا جدَّ المشتري الثمرة الداخلة في البيع، أو حصد الزرع يسقط عن الشفيع حصة ذلك عند الحنفية، والمالكية والحنابلة، والأصح عند الشافعية. والوجه الآخر عند الشافعية: يأخذ الشفيع الأرض بجميع الثمن، وأما إذا هدم المشتري البناء، فإنه يسقط عن الشفيع ما يقابل ذلك عند الحنفية،

(١) شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٤٣٩، كشاف القناع، ج ٤، ص ١٥٠.

(٢) المغني، ج ٥، ص ٣٤٧، الإقناع، ج ٢، ص ٣٧١، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٤٣٩، كشاف القناع، ج ٤، ص ١٥٠، حاشية المقنع، ج ٢، ص ٢٦٧.

(٣) المغني، ج ٥، ص ٣٤٧، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٢٥٣.

(٤) المغني، ج ٥، ص ٣٤٧، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٢٥٣، الإقناع، ج ٢، ص ٣٧١، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٤٣٩، كشاف القناع، ج ٤، ص ١٥٠، حاشية المقنع، ج ٢، ص ٢٦٧.

(٥) المغني، ج ٥، ص ٣٤٧، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٢٥٣، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٤٣٩، كشاف القناع، ج ٤، ص ١٥١، الروض المربع، ج ٥، ص ٤٤٠.

والمالكية إن هدمه من غير مصلحة، وهو الأصح عند الشافعية، وبه قال الحنابلة.

والوجه الآخر عند الشافعية: يأخذ الدار بكل الثمن.

وأما الأنقاض ونحوها فهل يأخذها الشفيع إذا كانت موجودة؟ فيها قولان:

أحدهما: لا يأخذها، وبه قال الحنفية، وهو أحد قولي الشافعية.

الثاني: يأخذها الشفيع، وبه قال المالكية، وهو الراجح عند الشافعية، وبه قال الحنابلة.

لكن اختلف أصحاب هذا القول، هل يأخذها بالحصّة، أو بكل الثمن.

فالمالكية والحنابلة قالوا: يأخذها بالحصّة من الثمن.

والشافعية قالوا: يأخذها بكل الثمن.

وأما إذا باع الأنقاض ونحو ذلك فما الذي يسقط عن الشفيع؟

اختلفوا فيه على أقوال:

أحدها: يأخذ الباقي بالحصّة من الثمن، وهو أحد قولي الحنفية،

والمذهب عند المالكية والأصح عند الشافعية، وبه قال الحنابلة.

الثاني: يأخذ الباقي، والثمن الذي باع به المشتري الأنقاض، ويدفع

للمشتري جميع الثمن، وهو قول عند الحنفية، والمالكية.

الثالث: للشفيع الأقل من قيمة النقص أو الثمن الذي بيع به، وهو

اختيار محمد بن المواز من المالكية.

الرابع: يأخذ الشفيع بكل الثمن، وهو وجه عند الشافعية. والله تعالى

أعلم.

الترجيح:

لعلّ أرجح المذاهب فيما تقدم هو مذهب الحنابلة، ومن وافقهم، لقوة ما علّل به لذلك، ووضوح هذا القول، ولأن ذلك أعدل الأقوال، وأقربها لمراعاة جانب المشتري، وجانب الشفيع، والله تعالى أعلم.



المبحث الرابع

الاحتياال على إسقاط الشفعة

تعريف الحيلة:

جاء في «الفروق اللغوية»^(١) قوله:

«الحيلة: ما أحيل به عن وجهه فيجلب به نفع أو يدفع به ضرر».

وجاء في «مختار الصحاح»^(٢) قوله:

«الحول: الحيلة... والتحول: التنقل من موضع إلى موضع... والتحول أيضاً: الاحتياال من الحيلة».

وجاء في «التعريفات»^(٣) قوله:

«الحيلة: اسم من الاحتياال، وهي: التي تحول المرء عما يكرهه إلى ما يحبه».

وجاء في «أنيس الفقهاء»^(٤) قوله:

«الحيل: جمع حيلة، وهي ما يتلطف به لرفع المكروه أو لجلب المحبوب، أي يترفق به».

(٣) ص ١٠٠.

(٤) ص ٣٠٤.

(١) ص ٢١٢.

(٢) ص ١٦٣.

وقد أجاد ابن القيم رحمته الله وأفاد في كتابه: «إعلام الموقعين»^(١) فأوضح اشتقاق الحيلة، وبين معناها فقال:

«الحيلة: مشتقة من التحول، وهي النوع والحالة، كالجلسة والقعدة والركبة، فإنها بالكسر للحالة، وبالفتح للمرة، كما قيل: الفِعلَة للمرة، والفِعلَة للحالة، والمفعل للموضع، والمفعل للآلة، وهي من ذوات الواو، فإنها من التحول من حال يحول، وإنما انقلبت الواو ياء؛ لانكسار ما قبلها، وهو قلب مقيس مطرد في كلامهم، نحو: ميزان، وميقات، وميعاد، فإنها مفعال من الوزن، والوقت، والوعد.

فالحيلة هي: نوع مخصوص من التصرف والعمل الذي يتحول به فاعله من حال إلى حال، ثم غلب عليها بالعرف استعمالها في سلوك الطرق الخفية التي يتوصل بها الرجل إلى حصول غرضه، بحيث لا يتفطن له إلا بنوع من الذكاء والفتنة، فهذا أخص من موضوعها في أصل اللغة، سواء كان المقصود أمراً جائزاً أو محرماً.

وأخص من هذا استعمالها في التوصل إلى الغرض الممنوع منه شرعاً أو عقلاً أو عادة، فهذا هو الغالب عليها في عرف الناس، فإنهم يقولون: فلان من أرباب الحيل، ولا تعاملوه فإنه متحيل، وفلان يعلم الناس الحيل، وهذا من استعمال المطلق في بعض أنواعه كالدابة والحيوان وغيرهما.

ومعنى الحيلة في إسقاط الشفعة: «أن يظهرها في البيع شيئاً لا يؤخذ بالشفعة معه، ويتواطئون في الباطن على خلافه»^(٢).

ومن صور الاحتيال:

(١) ج ٣، ص ٢٥٢ - ٢٥٣.

(٢) المغني، ج ٥، ص ٢٥٣.

أن تكون قيمة الشقص مائة، وللمشتري عرض قيمته مائة، فبيعه العرض بمائتين، ثم يشتري الشقص منه بمائتين، ويتقاصان.

ومنها: إظهار كون الثمن مائة، ويكون المدفوع عشرين فقط.

ومنها: إظهار كون الثمن مائة، ويبرئه من ثمانين.

ومنها: أن يهبه الشقص، ويهبه الموهوب له الثمن.

إلى غير ذلك من صور الاحتيال التي ذكرها الفقهاء^(١).

وقد اختلف الفقهاء في حكم الاحتيال لإسقاط الشفعة على أقوال:

القول الأول: لا يحل الاحتيال لإسقاط الشفعة، وبه قال محمد بن

الحسن^(٢)، وهو قول المالكية^(٣)، وأصح الوجهين عند الشافعية^(٤)، وبه قال

(١) ينظر في ذلك: المبسوط، ج ١٤، ص ١٣١، بدائع الصنائع، ج ٥، ص ٣٤، البحر الرائق، ج ٨، ص ١٦٤، الدر المختار، ج ٦، ص ٢٤٣ - ٢٤٥، روضة الطالبين، ج ٥، ص ١١٥، حاشية الشرواني على تحفة المحتاج، ج ٦، ص ٦٩، المغني، ج ٥، ص ٣٥٣، الفروع، ج ٤، ص ٥٣٨، إعلام الموقعين، ج ٣، ص ٣٠٩ - ٣١١، المبدع، ج ٥، ص ٣٠٤، الإنصاف، ج ٦، ص ٢٥١، الإقناع، ج ٢، ص ٣٦٣ - ٣٦٤، كشف القناع، ج ٤، ص ١٣٥ - ١٣٦.

(٢) مختصر القدوري، ج ٢، ص ١١٨، المبسوط، ج ١٤، ص ١٣١، فتاوى قاضيخان، ج ٣، ص ٥٥٨، تحفة الفقهاء، ج ٣، ص ٦١، الهداية، ج ٧، ص ٤٥٠، البحر الرائق، ج ٨، ص ١٦٥، شرح صدر الشريعة على متن الوقاية، ج ٢، ص ٢٠٥، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٤٨٦، ويلاحظ أن الحنفية عبروا عن قول محمد في الحيلة لإسقاط الشفعة بأنه قال: نكره، وفي تحفة الفقهاء قال: وعن محمد أنه قال: أكره ذلك أشد الكراهة.

والذي ظهر لي: أن المراد بالكراهة هنا الكراهة التحريمية، وذلك أن الحنفية قد نصوا في كتاب الكراهية، وقد يسمّى كتاب الاستحسان، وقد يسمّى كتاب الحظر والإباحة، على أن محمد بن الحسن قال: كل مكروه حرام، قال في الهداية، ج ٨، ص ٨٠ «...تكلّموا في معنى المكروه، والمروي عن محمد نصًا: أن كل مكروه حرام إلا أنه لما لم يجد فيه نصًا قاطعًا لم يطلق عليه لفظ الحرام». وينظر في ذلك أيضًا: بدائع الصنائع، ج ٥، ص ١١٨، الاختيار لتعليل المختار، المجلد الثاني، ج ٤، ص ١٥٣.

(٣) الإفصاح، ج ٢، ص ٣٦، رحمة الأمة في اختلاف الأئمة، ص ١٨٠.

(٤) روضة الطالبين، ج ٥، ص ١١٦، وقد عبّر فيها بالكراهة، ويبدو لي أن المراد الكراهة=

الحنابلة، وزادوا: وإن فعل لم تسقط^(١).

القول الثاني: يباح الاحتيال لإسقاط حق الشفعة، وبه قال أبو يوسف^(٢)، ويقوله يفتى عند الحنفية^(٣)، وهو أحد الوجهين عند الشافعية^(٤).

القول الثالث: يحرم الاحتيال لإسقاط الشفعة بعد ثبوتها بالاتفاق، أما قبله فيجري فيه الخلاف السابق، وإليه ذهب كثير من الحنفية^(٥)، وبعض الشافعية^(٦).

- =التحريرية؛ حيث نقل النووي أن الرافي نقل قول محمد بن الحسن بأن الحيلة لدى الشفعة مكروهة، وقال عنه الرافي: إنه أشبه بمذهبنا في الحيلة في منع وجوب الزكاة، فإلحاق الحيلة في الشفعة بالحيلة الممنوعة في الزكاة، فيه إشعار بأن المراد بالكراهة الكراهة التحريمية، وقد أقرَّ النووي الرافي على ذلك، لكنه تعقبه في نقل المسألة عن الحنفية مع أنها مسطورة عند الشافعية، وفيها وجهان أصحهما: تكره هذه الحيلة.
- (١) المغني، ج ٥، ص ٣٥٣، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٢٣٢، الفروع، ج ٤، ص ٥٢٧، المبدع، ج ٥، ص ٢٠٤، الإنصاف، ج ٦، ص ٢٥١، الإقناع، ج ٢، ص ٣٦٣، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٤٣٤، الروض المربع، ج ٥، ص ٤٢٨، كشف القناع، ج ٤، ص ١٣٥.
- (٢) مختصر القدوري، ج ٢، ص ١١٨، المبسوط، ج ١٤، ص ١٣١، فتاوى قاضيخان، ج ٣، ص ٥٥٨، تحفة الفقهاء، ج ٣، ص ٦١، بدائع الصنائع، ج ٥، ص ٣٥، الهداية، ج ٧، ص ٤٥٠، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٤٨٦، الدار المختار، ج ٦، ص ٢٤٦.
- (٣) البحر الرائق، ج ٨، ص ١٦٥، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٤٨٦، الدر المختار، ج ٦، ص ٢٤٦.
- (٤) روضة الطالبين، ج ٥، ص ١١٦.
- (٥) بدائع الصنائع، ج ٥، ص ٣٥، العناية، ج ٧، ص ٤٥٠، الاختيار لتعليل المختار، المجلد الأول، ج ٢، ص ٤٨، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٤٨٦، الدر المختار، ج ٦، ص ٢٤٦.
- (٦) تحفة المحتاج، ج ٦، ص ٧٠، نهاية المحتاج، ج ٥، ص ٢٠٥، حاشية قليوبي على شرح جلال الدين المحلي، ج ٣، ص ٤٧، حاشية أبي الضياء الشيرازي على نهاية المحتاج، ج ٥، ص ٢٠٥.

وقد تعقب ذلك صاحباً «البحر الرائق»^(١)، و«تكملة فتح القدير»^(٢) من الحنفية، وصاحب «تحفة المحتاج»^(٣) من الشافعية، وقالوا: إن دعوى الاتفاق على تحريم الحيلة بعد ثبوت الشفعة ليس بمسلم.

القول الرابع: لا تكره الحيلة لمنع وجوب الشفعة بلا خلاف، نقله بعض الحنفية^(٤).

القول الخامس: لا تكره الحيلة لإسقاط الشفعة، إذا كان الجار غير محتاج للشقص المشفوع فيه؛ قيّد بذلك بعض الحنفية^(٥).

القول السادس: يكره الاحتيال لإسقاط الشفعة بعد الوجوب، وقبل الوجوب إن كان الجار فاسقاً يتأذى منه لا بأس به، نقله قاضيخان عن بعض الحنفية^(٦).

ويقرب من هذا ما قاله صدر الشريعة؛ حيث قال ما نصه:

«أقول: الشفعة إنما شرعت لدفع ضرر الجوار، فالمشتري إن كان ممن يتضرر به الجيران، لا يحتال في إسقاطها، وإن كان رجلاً صالحاً ينتفع به الجيران، والشفيع متعنت لا يحب جاره فحينئذٍ يحتال في إسقاطها»^(٧).

هذه أقوال الفقهاء على وجه التفصيل، ويمكن إجمالها في قولين:

أحدهما: لا يحل الاحتيال لإسقاط الشفعة.

الثاني: يباح الاحتيال لإسقاط الشفعة.

(١) ج ٨، ص ١٦٥.

(٢) ج ٧، ص ٤٥٠.

(٣) ج ٦، ص ٧٠.

(٤) العناية، ج ٧، ص ٤٥٠.

(٥) الدر المختار، ج ٦، ص ٢٤٦.

(٦) فتاوى قاضيخان، ج ٣، ص ٥٥٨.

(٧) شرح صدر الشريعة على متن الوقاية، ج ٢، ص ٢٠٦.

وأدلة هذين القولين فيما يلي :

أدلة القول الأول :

الدليل الأول : قوله تعالى : ﴿يُخَدِّعُونَ اللَّهَ وَالَّذِينَ ءَامَنُوا وَمَا يُخَدِّعُونَ إِلَّا أَنفُسَهُمْ وَمَا يَشْعُرُونَ﴾^(١) .

وجه الدلالة من الآية :

أن الله تعالى ذمَّ المخادعين له ، والحيل مخادعة^(٢) ، «فإن المخادعة هي الاحتيال والمراوغة بإظهار أمر جائز ليتوصل به إلى أمر محرّم يبطنه»^(٣) فدلّ ذلك على تحريم الحيلة لإسقاط حق الشفعة.

الدليل الثاني : قوله تعالى :

﴿وَلَقَدْ عَلِمْتُمُ الَّذِينَ اعْتَدَوْا مِنكُمْ فِي السَّبْتِ فَقُلْنَا لَهُمْ كُونُوا قِرَدَةً خَاسِئِينَ﴾^(٤) .

وجه الدلالة من الآية :

قال ابن قدامة رحمته الله مبيناً ذلك :

«وقد مسخ الله تعالى الذين اعتدوا في السبت قردة بحيلتهم ، فإنه روي أنهم كانوا ينصبون شباكهم يوم الجمعة ، ومنهم من يحفر جباباً ويرسل الماء إليها يوم الجمعة ، فإذا جاءت الحيتان يوم السبت وقعت في الشباك والجباب فيدعونها إلى ليلة الأحد فيأخذونها ، ويقولون ما اصطدنا يوم السبت شيئاً فمسخهم الله تعالى بحيلتهم ، وقال تعالى : ﴿فَجَعَلْنَاهَا نَكَالاً لِّمَا بَيْنَ يَدَيْهَا وَمَا خَلْفَهَا وَمَوْعِظَةً لِّلْمُتَّقِينَ﴾^(٥) .

(١) سورة البقرة، آية رقم : ٩ .

(٢) المغني، ج ٥، ص ٣٥٢ .

(٣) إعلام الموقعين، ج ٣، ص ١٧٢ .

(٤) سورة البقرة، آية : ٦٥ .

(٥) سورة البقرة، آية : ٦٦ .

قيل: يعني به أمة محمد ﷺ، أي: لتعظ بذلك أمة محمد ﷺ، فيجتنبوا مثل ما فعل المعتدون»^(١).

الدليل الثالث: ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال: «لا تتركبوا ما ارتكبت اليهود فتستحلوا محارم الله بأدنى الحيل»^(٢).

الدليل الرابع: أن الشفعة شرعت لدفع الضرر عن الشريك، فلو سقطت بالتحيل للحق الضرر، فلم تسقط قياساً على ما لو أسقطها المشتري منه بالبيع^(٣)، ولأن «شرع الحيلة يؤدي إلى سد باب الشفعة، وفيه إبطال هذا الحق أصلاً ورأساً»^(٤).

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول: قول الله تعالى لنبيه أيوب عليه السلام:

(١) المغني، ج ٥، ص ٣٥٤ - ٣٥٥.

(٢) المغني، ج ٥، ص ٣٥٤، أعلام الموقعين، ج ٣، ص ١٧٥، وأما تخريج الحديث فقد قال الألباني في «إرواء الغليل»، ج ٥، ص ٣٧٥، - بعد ذكر الحديث - ما نصه: «أخرجه ابن بطة في «جزء في الخلع وإبطال الحيل» ص ٢٤: حدثنا أبو الحسن أحمد بن محمد بن مسلم حدثنا الحسن بن محمد بن الصباح الزعفراني: حدثنا يزيد بن هارون حدثنا محمد بن عمرو عن أبي سلمة به، قلت وهذا إسناد رجاله كلهم ثقات معروفون من رجال «التهذيب» غير أبي الحسن أحمد بن محمد بن مسلم.. وأما الحافظ بن كثير، فقد أورد الحديث في تفسيره من طريق ابن بطة، وقال: «وهذا إسناد جيد، فإن أحمد بن محمد بن مسلم هذا ذكره الخطيب في «تاريخه» ووثقه، وباقي رجاله مشهورون ثقات، ويصح الترمذي بمثل هذا الإسناد كثيراً قلت: ولكني لم أجد ترجمة ابن مسلم هذا في «تاريخ الخطيب» فإله أعلم».

(٣) المغني، ج ٥، ص ٣٥٥، المبدع، ج ٥، ص ٢٠٤، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٤٣٤.

(٤) بدائع الصنائع، ج ٥، ص ٣٥.

﴿وَحَذَّ يَدَكَ ضِعْعًا^(١) فَأَضْرِبْ بِهِ وَلَا تَحْنُثْ^(٢)﴾.

وجه الدلالة من الآية:

أن الله سبحانه وتعالى «أذن لنبيه أيوب أن يتحلل من يمينه بالضرب بالضغث، وقد كان نذر أن يضربها ضربات معدودة، وهي في المتعارف الظاهر إنما تكون متفرقة، فأرشده تعالى إلى الحيلة في خروجه من اليمين، فنقيس عليه سائر الباب»^(٣).

فهذه الآية هي الأصل في شرع الحيلة^(٤).

المناقشة:

نقل ابن القيم الجواب عن الاستدلال بهذه الآية عن شيخه، شيخ الإسلام ابن تيمية فقال:

«أما قوله تعالى لنبيه أيوب عليه السلام: ﴿وَحَذَّ يَدَكَ ضِعْعًا فَأَضْرِبْ بِهِ وَلَا تَحْنُثْ^(١)﴾ فقال شيخنا: الجواب أن هذا ليس مما نحن فيه، فإن للفقهاء في موجب هذه اليمين في شرعنا قولين، يعني: إذا حلف ليضربن عبده أو امرأته مائة ضربة، أحدهما: قول من يقول موجبها الضرب مجموعاً أو مفزقاً، ثم منهم من يشترط مع الجمع الوصول إلى المضروب، فعلى هذا

(١) الضِغْث بالكسر: قبضة حشيش مختلطة الرطب باليابس. (القاموس المحيط باب الثاء فصل الضاد مادة ضغث، ج ١، ص ١٦٩، مختار الصحاح باب الضاد مادة ضغث، ص ٣٨١).

وفي كتب التفسير ذكروا له معنى آخر هو: عثكال النخل بمشاريخه، راجع: أحكام القرآن لابن العربي، ج ٤، ص ١٦٥١، تفسير القرطبي، ج ١٥، ص ٢١٣، تفسر ابن كثير، ج ٦، ص ٦٩، تفسير الشوكاني، ج ٤، ص ٤٣٦.

(٢) سورة ص، آية: ٤٤.

(٣) إعلام الموقعين، ج ٣، ص ٢٠١.

(٤) بدائع الصنائع، ج ٥، ص ٣٥.

تكون هذه الفتيا موجب هذا اللفظ عند الإطلاق، وليس هذا بحيلة، إنما الحيلة أن يصرف اللفظ عن موجهه عند الإطلاق.

والقول الثاني: أن موجهه الضرب المعروف، وإذا كان هذا موجهه في شرعنا لم يصح الاحتجاج علينا بما يخالف شرعنا؛ لأن إن قلنا: «ليس شرعاً لنا مطلقاً» فظاهر، وإن قلنا: «هو شرع لنا»، فهو مشروط بعدم مخالفته لشرعنا وقد انتفى الشرط^(١).

الدليل الثاني: ما رواه أبو هريرة وأبو سعيد الخدري رضي الله عنهما: «أن رسول الله ﷺ استعمل رجلاً على خيبر، فجاءهم بتمر جنيب^(٢)، فقال رسول الله ﷺ: أكل تمر خيبر هكذا؟ قال: لا والله يا رسول الله، إنا لنأخذ الصاع من هذا بالصاعين، والصاعين بالثلاثة، فقال رسول الله ﷺ: لا تفعل، بع الجمع^(٣) بالدرهم، ثم ابتع بالدرهم جنيباً». متفق عليه^(٤).

فأرشدته إلى الحيلة على التخلص من الربا بتوسط العقد الآخر^(٥)، فدل ذلك على جواز الحيلة، ومن ذلك الاحتيال على إسقاط الشفعة.

المناقشة:

ناقش ابن القيم رحمته الله الاستدلال بهذا الحديث على جواز الحيل، فقال:

- (١) إعلام الموقعين، ج ٣، ص ٢٢١ - ٢٢٢، وقد ذكر فيه: أجوبة أخرى فتنظر.
- (٢) «قال مالك: هو الكبيس، وقال الطحاوي: هو الطيب، وقيل: الصلب، وقيل: الذي أخرج منه حشفه ورديته، وقال غيرهم: هو الذي لا يخلط بغيره بخلاف الجمع». فتح الباري، ج ٤، ص ٤٠٠.
- (٣) الجمع: هو تمر رديء، وقد ورد تفسيره في رواية أخرى: بأنه الخلط من التمر، ومعناه: مجموع من أنواع مختلفة. شرح النووي، ج ١١، ص ٢١.
- (٤) صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب: إذا أراد بيع تمر بتمر خير منه، ج ٣، ص ١٠٢، وأخرجه أيضاً في كتاب الوكالة، باب: الوكالة في الصرف والميزان، ج ٣، ص ١٢٩، صحيح مسلم بشرح النووي باب الربا، ج ١١، ص ٢١.
- (٥) إعلام الموقعين، ج ٣، ص ٢٠٢.

«أما حديث أبي هريرة وأبي سعيد: بع الجمع بالدرهم ثم ابتع بالدرهم جنياً»، فما أصح من حديث، ونحن نتلقاه بالقبول والتسليم، والكلام معكم فيه من مقامين، أحدهما: إبطال استدلالكم به على جواز الحيل، وثانيهما: بيان دلالة على نقيض مطلوبكم... فأما المقام الأول فنقول: غاية ما دلَّ الحديث عليه أن النبي ﷺ أمره أن يبيع سلعته الأولى بثلث ثم يبتاع بثلثها تمرًا آخر، ومعلوم قطعاً أن ذلك إنما يقتضي البيع الصحيح، فإن النبي ﷺ لا يأذن في العقد الباطل، فلا بدَّ أن يكون العقد الذي أذن فيه صحيحاً... وقد ظهر بهذا جواب من قال: «لو كان الابتاع من المشتري حراماً لنهى عنه»، فإن مقصوده ﷺ إنما كان لبيان الطريق التي بها يحصل اشتراء التمر الجيد لمن عنده رديء، وهو أن يبيع الرديء بثلث ثم يبتاع بالثلث جيداً، ولم يتعرض لشروط البيع وموانعه؛ لأن المقصود ذكر الحكم على وجه الجملة، أو لأن المخاطب أحيل على فهمه وعلمه بأنه إنما أذن له في بيع يتعارفه الناس، وهو البيع المقصود في نفسه، ولم يؤذن له في بيع يكون وسيلة وذريعة ظاهرة إلى ما هو ربا صريح، وكان القوم أعلم بالله ورسوله وشريعته من أن يفهموا عنه أنه أذن لهم في الحيل الربوية التي ظاهرها بيع وباطنها ربا...

وأما المقام الثاني - وهو دلالة على تحريمها وفسادها - فلأنه ﷺ نهاه أن يشتري الصاع بالصاعين، ومن المعلوم أن الصفة التي في الحيل مقصودة يرتفع سعره لأجلها، والعاقل لا يخرج صاعين ويأخذ صاعاً إلا لتمييز ما يأخذه بصفة، أو لغرض له في المأخوذ ليس في المبذول، والشارع حكيم لا يمنع المكلف مما هو مصلحة له ويحتاج إليه إلا لتضمنه أو لاستلزامه مفسدة أرجح من تلك المصلحة...

وقد نبّه على هذا بقوله في الحديث: «لا تفعل»، فنهاه عن الفعل،

والنهي يقتضي المنع بحيلة أو غير حيلة، لأن المنهي عنه لا بد أن يشتمل على مفسدة لأجلها ينهى عنه، وتلك المفسدة لا تزول بالتحيل عليها، بل تزيد»^(١).

الدليل الثالث: أن الاحتيال لإسقاط حق الشفعة لا يكره، لأن المحتال يحتاج لدفع الضرر عن نفسه، والحيلة لدفع الضرر عن نفسه مشروع، وإن كان غيره يتضرر بذلك، فالاحتيال لرفع الضرر عن نفسه، لا للإضرار بغيره»^(٢).

المناقشة:

يناقش هذا بالاستدلال بأن:

الشفعة شرعت لدفع الضرر، ودفع الضرر واجب، وإلحاق الضرر بالشفيع حرام، فلو أبيحت الحيلة ما دفع الضرر، ولكان ذلك عوداً على مقصود الشريعة بالإبطال، وللحق الضرر الذي قصد إبطاله»^(٣).

الترجيح:

بعد عرض الأقوال والأدلة يترجح القول بتحريم الاحتيال لإسقاط الشفعة، وذلك للأسباب التالية:

السبب الأول: قوة أدلة هذا القول، فهي أدلة من القرآن الكريم، والسنة، والقياس وقد سلمت من المناقشة - فيما اطلعت عليه - مما يجعل الحكم المبني عليها أقوى من غيره.

(١) إعلام الموقعين ج ٣ ص ٢٣٤ - ٢٤٥، وقد أطلت فيه مناقشة الاستدلال بالحديث على جواز الحيل، فينظر.

(٢) الهداية ج ٧ ص ٤٥٠، البحر الرائق ج ٨ ص ١٦٥.

(٣) الهداية ج ٧ ص ٤٥٠، البحر الرائق ج ٨ ص ١٦٥، إعلام الموقعين ج ٣ ص ٣١١.

السبب الثاني: ضعف استدلال القول الآخر؛ حيث إن أدلتهم قد نوقشت دليلاً دليلاً، مما يجعل الحكم المستند عليها مرجوحاً.

السبب الثالث: قوله ﷺ: «ولا يجمع بين متفرق، ولا يفرق بين مجتمع خشية الصدقة». أخرجه البخاري^(١)، وغيره من حديث أنس رضي الله عنه.

قال ابن حجر: «واستدل به على إبطال الحيل، والعمل على المقاصد المدلول عليها بالقرائن»^(٢).

السبب الرابع: ما ذكره ابن القيم رحمته الله حيث أورد تسعة وتسعين وجهاً على سد الذرائع ثم قال:

«وتجوز الحيل يناقض سدّ الذرائع مناقضة ظاهرة، فإن الشارع يسد الطريق إلى المفاسد بكل ممكن، والمحتال يفتح الطريق إليها بحيلة، فأين من يمنع من الجائز خشية الوقوع في المحرم إلى من يعمل الحيلة في التوصل إليه؟»

فهذه الوجوه التي ذكرناها وأضعافها تدل على تحريم الحيل والعمل بها^(٣). والله تعالى أعلم.

(١) صحيح البخاري، «كتاب الزكاة» باب لا يجمع بين متفرق ولا يفرق بين مجتمع، ج ٢، ص ١٤٤، والحديث قد ورد مطولاً قال الدارقطني: هذا إسناد صحيح، وأخرجه أيضاً الشافعي، والبيهقي، والحاكم قال ابن حزم: هذا كتاب في نهاية الصحة عمل به الصديق بحضرة العلماء ولم يخالفه أحد، وصححه ابن حبان أيضاً وغيره. (نيل الأوطار، ج ٤، ص ١٢٦).

(٢) فتح الباري، ج ٣، ص ٣١٥، وينظر أيضاً: نيل الأوطار، ج ٤، ص ١٢٩، إعلام الموقعين، ج ٣، ص ١٨٤.

(٣) إعلام الموقعين، ج ٣، ص ١٧١.

الفصل العاشر

بيع العلو والسفل

يتناول الكلام في هذا الفصل بيان ملكية العلو والسفل في
الفقه الإسلامي، وحكم بيع العلو والسفل، وحق التعلّي، وذلك
في مبحثين:

المبحث الأول: ملكية العلو والسفل.

المبحث الثاني: حكم بيع العلو والسفل وأجزائهما.

وتفصيل ذلك فيما يلي:



المبحث الأول

ملكية العلو والسفل

استعمال علو الأرض وعمقها كان في الأزمنة القديمة محدودًا بحدود معينة من بناء مرتفع أو بئر عميق، ونحو ذلك، فلم تكن هنالك دوافع ملحة للبحث في مدى حق مالك الأرض في علوها وعمقها، ولكن مع التقدم الحضاري في هذا الزمان ازدادت أهمية هذا الاستعمال، كما في ناطحات السحاب، والطائرات التي تحلق في الأجواء المرتفعة، والأسلاك الكهربائية التي تمتد عبر أجواء الأراضي المملوكة وغير المملوكة، وكما في بناء الأنفاق الضخمة التي تخترق أعماق الأراضي لتسير فيها القطارات والسيارات، وكما في المجاري والأنابيب، فبرزت بوضوح حاجة غير المالك للانتفاع بعلو وعمق أرض المالك، ولذلك فإن الاهتمام بهذا الموضوع يزداد يومًا بعد يوم^(١).

وسأورد نصوصًا للفقهاء تبين ملكية العلو والسفل في كل مذهب:

المذهب الحنفي:

نصَّ الحنفية على أن من ملك أرضًا، ملك علوها وسفلها، فله أن يبني عليها، وأن يعلي بنيانه ما يشاء، وله أن يحفر فيها ما يشاء، وليس لغيره أن

(١) الملكية في الشريعة الإسلامية لعبد السلام العبادي، ج ١، ص ٢١٠.

يتعدى على هواء أرضه، أو يحفر فيها، وإن لم يضر به؛ لأنه تصرف في ملك غيره بدون إذنه فيمنع منه.

جاء في فتاوى قاضيخان^(١): «رجل له نخلة في ملكه وخرج سعفها إلى أرض جاره، كان للجار أن يقطع، ويفرغ هواء ملكه؛ لأن من ملك أرضاً ملك ما تحته إلى الثرى وما فوقه إلى السماء».

المذهب المالكي:

ذهب المالكية إلى أن من ملك أرضاً أو بناء، ملك هواء ذلك الملك إلى أعلى ما يمكن، واختلفوا: هل يملك باطنها أو لا؟
جاء في «مواهب الجليل»^(٢) نقلاً عن التوضيح قوله:

«قال علماؤنا: من ملك أرضاً، أو بناء، ملك هواءها إلى أعلى ما يمكن، واختلفوا: هل يملك باطنها، أو لا، على قولين: رجح بعضهم الملك، لقوله عليه السلام: «طوقه من سبع أرضين»^(٣)، وفيه نظر، وقال القرافي: ظاهر المذهب عدم الملك».

وقد أوضح القرافي هذه المسألة في كتابه «الفروق»^(٤)، فقال:

«اعلم أن حكم الأهوية تابع لحكم الأبنية، فهواء الوقف وقف، وهواء الطلق طلق، وهواء الموات موات، وهواء المملوك مملوك، وهواء المسجد

(١) ج ٣، ص ١٠٢ - ١٠٣، وينظر في المعنى نفسه: الدر المختار وحاشية ابن عابدين، عليه، ج ١، ص ٦٥٦.

(٢) مواهب الجليل، ج ٤، ص ٢٧٦.

(٣) هذا جزء من حديث متفق على صحته، أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب المظالم والغصب، باب إثم من ظلم شيئاً من الأرض، ج ٣، ص ١٧٠، ومسلم في صحيحه: في المساقاة، باب تحريم الظلم وغصب الأرض وغيرها، ج ١١، ص ٤٨، بشرح النووي.

(٤) ج ٤، ص ١٥ - ١٧.

له حكم المسجد، فلا يقربه الجنب، ومقتضى هذه القاعدة أن يمنع بيع هواء المسجد والأوقاف إلى عنان السماء لمن أراد غرز خشب حولها ويبنى على رؤوس الخشب سقف عليه بنيان... وأما ما تحت الأبنية الذي هو عكس الأهوية إلى جهة السفلى، فظاهر المذهب أنه مخالف لحكم الأبنية... وكذلك اختلفوا: فيمن ملك أرضاً هل يملك ما فيها وما تحتها أم لا، ولم يختلفوا في ملك ما فوق البناء من الهواء - على ما علمت - وقد نص أصحابنا على بيع الهواء لمن ينتفع به.

وسر الفرق بين القاعدتين: أنَّ الناس شأنهم توفر دواعيهم على العلو في الأبنية للاستشراق والنظر إلى المواضع البعيدة من الأنهار، ومواضع الفرح والتنزه، والاحتجاب عن غيرهم بعلو بنائهم، وغير ذلك من المقاصد، ولا تتوفر دواعيهم في بطن الأرض على أكثر مما يستمسك به البناء من الأساسات خاصة ولو كان البناء على جبل أو أرض صلبة استغنوا عنه، والشرع له قاعدة: وهو: أنه إنما يملك لأجل الحاجة، وما لا حاجة فيه: لا يشرع فيه الملك، فلذلك لم يملك ما تحت الأبنية من تخوم الأرض، بخلاف الهواء إلى عنان السماء، فهذا هو الفرق... فإن قلت ورد عن رسول الله ﷺ أنه قال: «من غصب شبرًا من أرض طوقه من سبع أرضين»، وهذا يدل على ملك ما تحت ذلك الشبر إلى الأرض السابعة، قلت: تطويقه ذلك إنما كان عقوبة، لا لأجل ملك صاحب الشبر إلى الأرض السابعة، ولا يلزم من العقوبة بالشيء أن يكون مملوكًا لغير الله عز وجل».

المناقشة:

ناقش ابن الشاط ما ذكره القرافي من الفرق بين ما فوق الأبنية فيملك، وبين ما تحت الأبنية فلا يملك فقال: «قلت ما قاله من أنه لا تتوفر الدواعي في بطن الأرض على أكثر مما يتمسك به البناء من الأساسات ليس بصحيح

كيف وقد توفرت عليه دواعي كثير من الناس كحفر الأرض للجبوب والمصانع والأبار العميقة والذي يقتضيه النظر الصحيح أن حكم ما تحت الأبنية كحجم الأهوية، ومما يدل على ذلك أن من أراد أن يحفر مطمورة تحت ملك غيره يتوصل إليه من ملك نفسه يمنع من ذلك بلا ريب ولا خلاف، فلو كان ما تحت الأبنية ليس له حكم الأبنية بل هو باق على حكم قبوله للإحياء لما منع من ذلك».

ثم قال بعد ذلك: «وإذ كانت القاعدة الشرعية أن لا يملك إلا ما فيه الحاجة، وأي حاجة في البلوغ إلى عنان السماء وإذا كانت القاعدة أنه يملك مما فيه حاجة، فما المانع من ملك ما تحت البناء لحفر بئر يعمقها حافرها ما شاء، فما ذكر من سر الفرق لم يظهر وبقي سرًا كما كان، فالصحيح: أنه لا فرق بين الأمرين، ومن الدليل على ذلك: ما هو معلوم، لا شك فيه، من أن من ملك موضعًا له أن يبني فيه ويرفع فيه البناء ما شاء ما لم يضر بغيره، وأن له أن يحفر فيه ما شاء ويعمق ما شاء ما لم يضر بغيره».

ثم تناول بعد ذلك الكلام عن الحديث فقال: «لا شك أن في الحديث إشعارًا بملك ما تحت الشبر من الأرضين، من جهة أن القاعدة: أن العقوبة تكون بقدر الجناية، وما قاله من أنه لا يلزم من العقوبة بأن يكون مملوكًا لغير الله تعالى: لا يدفع ذلك الإشعار»^(١).

ومما يؤيد ما ذكره ابن الشاط في الاستدلال بالحديث أن شراح الحديث قد نصّوا على أن الحديث يدل على أن من ملك أرضًا ملك أسفلها إلى منتهى الأرض، وقد نصّ على ذلك النووي في «شرح مسلم»^(٢).

(١) حاشية ابن الشاط على الفروق، ج ٤، ص ١٦ - ١٧.

(٢) ج ١١، ص ٤٨.

وابن حجر في «فتح الباري»^(١)، والصنعاني في «سبل السلام»^(٢)، والشوكاني في «نيل الأوطار»^(٣).

المذهب الشافعي:

جاء في «مغني المحتاج»^(٤) ما نصه: «من ملك أرضًا بالإحياء ملك طبقاتها حتى الأرض السابعة».

وجاء في «نهاية المحتاج»^(٥): «من ملك أرضًا ملك طبقاتها حتى الأرض السابعة».

كما نقل أهل العلم أن الشافعية صرّحوا بأن من ملك أرضًا ملك هواءها إلى عنان السماء، واختص بهوائها فليس لغيره الإشرع إليه، أو التصرف فيه^(٦).

المذهب الحنبلي:

ذهب الحنابلة إلى أن الهواء تابع للقرار، وأن من ملك موضعًا كان له إلى تخومه، فله أن ينزل فيه ما يشاء قال ابن قدامة في «المغني»^(٧):

«إذا حصلت أغصان شجرته في هواء ملك غيره... لزم مالك الشجرة إزالة تلك الأغصان، إما بردها إلى ناحية أخرى، وإما بالقطع، لأن الهواء ملك لصاحب القرار فوجب إزالة ما يشغله من ملك غيره كالقرار».

(١) ج ٥، ص ١٠٥.

(٢) ج ٣، ص ٦٨.

(٣) ج ٥، ص ٣١٨.

(٤) ج ٢، ص ٣٧٣.

(٥) ج ٥، ص ٣٤٨.

(٦) الملكية في الشريعة الإسلامية للعبادي، ج ١، ص ٢١٤، نزع ملكية العقار للمنفعة العامة لعبد العزيز العبد المنعم، ص ٤٦.

(٧) ج ٤، ص ٥٣٩.

وقال في موضع آخر^(١): «إذا ملك الموضع كان له إلى تخومه». وجاء في «شرح منتهى الإرادات»^(٢) قوله: «إذا ملك عين الأرض أو نفعها كان له إلى التخوم، فله النزول فيه ما شاء». وقال في موضع آخر^(٣): «إذا حصل في هواء الإنسان أو على جداره أو في أرضه... غصن شجر غيره أو عرقه... لزم رب الغصن والعرق إزالته... ليخلي ملكه الواجب إخلاؤه، والهواء تابع للقرار».

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - أن من ملك أرضاً أو بناء، ملك علو ذلك الملك، فله أن يبني وأن يعلي بنيانه ما يشاء ما لم يضر بغيره، وأن له أن يحفر فيه ما يشاء، ما لم يضر بغيره، وذلك لقوة ما علل به لهذا القول، ولما فيه من احترام الملكية الخاصة، ومراعاة حقوق المالك، ولأن هذا القول يتلاءم مع قاعدة: لا ضرر ولا ضرار في الإسلام. وبالله التوفيق.

(١) ج ٤، ص ٥٤٦.

(٢) ج ٢، ص ٢٦٧.

(٣) ج ٢، ص ٢٦٨.



المبحث الثاني

بيع العلو والسفل وأجزائهما

إذا كان البناء يتكون من علو وسفل، فإنه يجوز أن يمتلك العلو واحد، والسفل آخر، وقد نصَّ الفقهاء على الأحكام التي تنظم هذه الملكية^(١).

ومما ذكره: أنه إذا انهدم لعلو، مثلاً فإن صاحبه يظل مالِكاً لهوائه وله أن يعيد بناءه.

ومما نصَّوا عليه: جواز بيع أحدهما لملكه، جاء في «الفتاوى الهندية»^(٢)، قوله: «بيع العلو دون السفل جائز إذا كان مبنياً، فإن لم يكن مبنياً لا يجوز ويكون سطح السفل لصاحب السفل، وللمشتري حق القرار عليه، وكذا لو انهدم هذا العلو كان للمشتري أن يبني عليه علواً آخر مثل الأول.

(١) ينظر في ذلك: بدائع الصنائع، ج ٦، ص ٢٦٤، مختصر الطحاوي، ص ٣٥٥، الدر المختار، ج ٤، ص ٤٤٣، حاشية ابن عابدين، ج ٤، ص ٢٣١، ٤٤٣، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٣٦٥، الشرح الصغير، ج ٢، ص ٧٠٢، حاشية الدسوقي، ج ٣، ص ٣٦٥، الوجيز، ج ١، ص ١٧٩، فتح العزيز، ج ١٠، ص ٣٢١، روضة الطالبين، ج ٤، ص ٢١٩، مغني المحتاج، ج ٢، ص ١٩١، المغني، ج ٤، ص ٥٦٤، ٥٦٨، كشف القناع، ج ٣، ص ٤١٥، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٢٧١.

(٢) ج ٣، ص ٢٩.

وليس مفهوم العلو والسفل في الفقه الإسلامي مقصوراً على البناء المكون من طابقين، بل يتعداه إلى البناء المكون من ثلاثة طوابق فأكثر.

جاء في «قوانين الأحكام الشرعية»^(١)، قوله: «إذا كان علو الدار لرجل، وأسفلها للآخر، فالسقف الذي بينهما لصاحب السفلى، وعليه إصلاحه، وبناءه إن انهدم، ولصاحب العلو الجلوس عليه، وإن كان فوقه علو آخر فسقفه لصاحب العلو الأول، وبناء العلو على صاحبه، وبناء السفلى على صاحبه».

وجاء في «كشاف القناع»^(٢)، قوله:

«ولو انهدم سفل لإنسان، وعلوه لغيره، انفرد صاحب السفلى ببنائه، لانفراده بملكه، وأجبر صاحب السفلى عليه، ليتمكن صاحب العلو من انتفاعه به، وإن كان على العلو طبقة ثالثة لآخر، فصاحب الوسط مع من فوقه كالذي تحته، وهو صاحب السفلى معه، أي مع صاحب العلو، فيجبر رب الوسطى على بنائها وينفرد به».

وقد ورد نحو هذا في «شرح منتهى الإرادات»^(٣)، وهذا ما يعرف اليوم بملكية الطبقات والشقق.

بقي الكلام عن مسألة حكم بيع حق التعلي، وتوضيح ذلك فيما يلي:

حكم بيع حق التعلي:

اختلف الفقهاء في حكم بيع حق التعلي على أقوال:

(١) ص ٣٦٩.

(٢) ج ٣، ص ٤١٥.

(٣) ج ٢، ص ٢٧١.

القول الأول: يصح مطلقاً، فيصح أن يبيع إنسان علو بيته لآخر لبني عليه بنياناً موصوفاً.

ويصح أن يبيع علو بيت لم يبنَ بعد، إذا وصف العلو والسفل، وهذا هو المذهب عند المالكية^(١)، والحنابلة^(٢)، وعللوا لذلك:

بأنه ملك للبائع، فجاز له بيعه، قياساً على بيع الأرض^(٣).

القول الثاني: يصح إذا كان السفل مبنياً لبني عليه بنياناً معلوماً، وأما بيع حق العلو مع عدم وجود بناء سفلى قائم لبني عليه فلا يصح، وهذا هو المذهب عند الشافعية^(٤)، وهو وجه عند الحنابلة^(٥).

-
- (١) المدونة، ج ٤، ص ٢١٩، مختصر خليل، ج ٤، ص ٤٦٣، الشرح الكبير، ج ٣، ص ١٤، الشرح الصغير، ج ٢، ص ٣٥٥، جواهر الإكليل، ج ٢، ص ٦، البهجة في شرح التحفة، ج ٢، ص ١٤، حاشية الدسوقي، ج ٣، ص ١٤، منح الجليل، ج ٤، ص ٤٣، الفقه الواضح في مذهب الإمام مالك، ج ١، ص ١٤.
- (٢) المحرر، ج ١، ص ٣٤٣، الفروع، ج ٤، ص ٢٧٥، التنقيح المشبع، ص ١٤٨، الإنصاف، ج ٤، ص ٢٧٠، ج ٥، ص ٢٥١، الإقناع، ج ٢، ص ١٩٩، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٢٦٧، كشف القناع، ج ٣، ص ٤٠٣.
- (٣) المبدع، ج ٤، ص ٢٩٣، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٢٦٧، كشف القناع، ج ٣، ص ٤٠٣.
- (٤) الأم، ج ٣، ص ٢٢٦، مختصر المزني، ص ١٠٧، الوجيز، ج ١، ص ١٨٠، فتح العزيز، ج ١٠، ص ٣٢٥، المنهاج، ج ٢، ص ١٨٨، روضة الطالبين، ج ٤، ص ٢٠٧، ٢١٩ - ٢٢٠، تحفة المحتاج، ج ٥، ص ٢١١، مغني المحتاج، ج ٢، ص ١٨٨، نهاية المحتاج، ج ٤، ص ٣٩٥ - ٣٩٦، حواشي الشرواني والعبادي على تحفة المحتاج، ج ٥، ص ٢٠١.
- (٥) المقنع، ج ٢، ص ١٢٧، الفروع، ج ٤، ص ٢٧٥، الإنصاف، ج ٤، ص ٢٧٠، ج ٥، ص ٢٥١، المبدع، ج ٤، ص ٢٩٣.

ولذا نصَّ الشافعية على أنه لا يجوز بيع حق الهواء^(١)، قال الغزالي في «الوجيز»^(٢):

«ولا يجوز بيع حق الهواء لإشراع جناح من غير أصل يعتمده البناء».

وعلّلوا لصحة البيع في حالة ما إذا كان السفلى مبنياً بأنه:

بيع لعين يجوز الانتفاع بها فجاز أفرادها بعقد البيع^(٣).

وعلّلوا للمنع في الحالة الثانية بأن:

ذلك معاوضة على الهواء، والهواء لا يفرد بالبيع، وإنما يتبع القرار،

كالحمل مع الأم^(٤).

وقد ناقش الرافعي من منع بيع حق البناء قياساً على المنع في بيع حق

الهواء لإشراع الجناح فقال:

«فرق الأصحاب بأن ذاك اعتياض عن مجرد الهواء، وحق البناء تعلق

بعين الموضع المبنى عليه، حتى لو صالحه عن موضع الجذوع المشرعة

على جداره صح، ولهذا يجوز إكراء المالك للبناء بالاتفاق، ولا يجوز

إكراء الهواء»^(٥).

(١) الهواء: بالمد، هو ما بين السماء والأرض، والجمع الأهوية، وكل خال هواء، والهوى، مقصور: هوى النفس، والجمع الأهواء. «النظم المستعذب في شرح غريب المذهب، ج ١، ص ٣٤٢».

(٢) ج ١، ص ١٨٠، وينظر في ذلك أيضاً: التنبيه، ص ١٠٤، المذهب، ج ١، ص ٣٤٢، المنهاج، ج ٢، ص ١٨٣، تحفة المحتاج، ج ٥، ص ٢٠١، مغني المحتاج، ج ٢، ص ١٨٣، نهاية المحتاج، ج ٤، ص ٣٨٤.

(٣) فتح العزيز، ج ١٠، ص ٣٢٨، حق الارتفاق، ص ١١٨.

(٤) المذهب، ج ١، ص ٣٤٢، تحفة المحتاج، ج ٥، ص ٢٠١، مغني المحتاج، ج ٢، ص ١٨٣، فتح الوهاب، ج ١، ص ٢١١، نهاية المحتاج، ج ٤، ص ٣٨٤.

(٥) فتح العزيز، ج ١٠، ص ٣٢٨.

القول الثالث: المنع مطلقاً، فلا يصح بيع حق التعلي، سواء أكان السفل مبنياً أو غير مبني، وبهذا قال الحنفية^(١)، والمزني من الشافعية^(٢). وعللوا للمنع فقالوا:

إن «حق التعلي ليس بمال، لأن المال عين يمكن إحرازها وإمساكها، ولا هو حق متعلق بالمال، بل هو حق متعلق بالهواء، وليس الهواء ما لا يباع، والمبيع لا بد أن يكون أحدهما»^(٣).

المناقشة:

يناقش حصرهم للمال فيما ذكروه بأنه محل نظر؛ لأن هذا جرياً على ما ذهبوا إليه من عدم اعتبار المنافع أموالاً، والراجح اعتبارها أموالاً، لأنها المقصودة من الأعيان، فإن أثمان الأشياء تقاس بين الناس بمنافعها^(٤)، وأن تشريع عقد الإجارة بنصوص القرآن والسنة، فيه دليل ظاهر على أن الشريعة الإسلامية قد اعتبرت المنافع أموالاً^(٥). كما يمكن مناقشة ما ذكروه أيضاً بأن:

حق التعلي، هو متعلق بالمال، لتعلقه بعين الموضع المبني عليه، كما سبق نقله قريباً عن الرافعي.

(١) الهداية، ج ٥، ص ٢٠٤، بدائع الصنائع، ج ٥، ص ١٦٦، العناية، ج ٥، ص ٢٠٤، فتح القدير نفس الجزء والصفحة، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٥٩، ومعه الدر المنتقى نفس الجزء والصفحة، الدر المختار، ج ٥، ص ٥٢، ٨١، حاشية ابن عابدين، ج ٥، ص ٥٢، ٨٠.

(٢) مختصر المزني، ص ١٠٧، فتح العزيز، ج ١٠، ص ٣٢٥، روضة الطالبين، ج ٤، ص ٢١٩.

(٣) فتح القدير، ج ٥، ص ٢٠٤.

(٤) المدخل الفقهي العام للزرقاء، ج ٣، ص ٢٠٥، الملكية ونظرية العقد للأبي زهرة، ص ٥٢، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية لعبد الكريم زيدان، ص ٢١٩.

(٥) المبدع، ج ٤، ص ٢٩٣.

الترجيح:

يترجح القول الأول، القائل بصحة بيع حق التعلي، وذلك للأسباب التالية:

السبب الأول: وجاهة ما استدل به له، فإن حق التعلي ملك من أملاك البائع، فله التصرف فيه بالبيع، كسائر أملاكه.

السبب الثاني: أن ما استدل به للقولين الآخرين قد نوقش من قبل الفقهاء الآخرين، فلا يقوى على معارضة القول الأول.

السبب الثالث: أن الغرر منفي في بيع حق التعلي؛ لأن الفقهاء اشترطوا لذلك: أن يوصف البناء الأسفل والأعلى، للخروج من الجهالة، والغرر، لأن صاحب الأسفل يرغب في خفة بناء الأعلى، وصاحب الأعلى يرغب في متانة بناء الأسفل، فرغبتهما مختلفة، فإذا وصف كلُّ بناء انتفى الغرر^(١).

وعلى هذا يترجح صحة بيع حق التعلي.. والله تعالى أعلم.

(١) الشرح الكبير، ج ٣، ص ١٤، البهجة في شرح التحفة، ج ٢، ص ١٤، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج ٣، ص ١٤، جواهر الإكليل، ج ٢، ص ٦، منح الجليل، ج ٢، ص ٤٦٤.

الباب الثاني

تأجير العقار

ويشتمل على الفصول التالية:

الفصل الأول: حكم تأجير العقار وشروطه.

الفصل الثاني: تأجير العقار لمدة طويلة وتصرف المالك قبل انقضائها.

الفصل الثالث: تأجير المستأجر للعقار.

الفصل الرابع: تأجير العمائر قبل الانتهاء منها.

الفصل الخامس: تعذر انتفاع المستأجر بالعقار.

الفصل السادس: تأجير العقار المشترك.

الفصل السابع: تأجير الأرض للزراعة.

الفصل الأول

حكم

تأجير العقار وشروطه

وفيه مبحثان :

المبحث الأول : حكم تأجير العقار.

المبحث الثاني : شروط صحة تأجير العقار.



المبحث الأول

حكم تأجير العقار

نصَّ الفقهاء في المذاهب الأربعة على صحة تأجير العقار وسأورد نصًّا لكل مذهب منها يبيِّن ذلك:

المذهب الحنفي:

جاء في «مختصر القدوري»^(١) قوله:

«ويجوز استئجار الدور والحوانيت للسكنى.. ويجوز استئجار الأراضي للزراعة».

المذهب المالكي:

قال ابن رشد في «المقدمات»^(٢):

«الكراء في الدور جائز عند جميع العلماء بجميع الأثمان المعلومة».

وقال ابن عبد البر: «كل ما جاز بيعه جاز فيه الكراء من الدور والحوانيت وسائر الرباع والأرضين...»^(٣).

(١) ج ٢، ص ٨٩.

(٢) ص ٦٦١.

(٣) الكافي في فقه أهل المدينة، ج ٢، ص ٧٤٤.

المذهب الشافعي :

جاء في «التنبيه»^(١) قوله :

«وتصح الإجارة على منفعة عين معينة، كاستئجار الدار للسكنى..».

المذهب الحنبلي :

جاء في «المغني»^(٢) قوله :

«ولا خلاف بين أهل العلم في إباحة إجارة العقار، قال ابن المنذر :
أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن استئجار المنازل
والدواب جائز».

ومما سبق يتضح صحة تأجير العقار في الجملة عند الفقهاء الأربعة.

الأدلة على صحة تأجير العقار :

استدلَّ الفقهاء على صحة الإجارة - ومن ذلك تأجير العقار - بأدلة أذكر
منها الأدلة التالية :

الدليل الأول : قوله تعالى : ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾^(٣).

وجه الدلالة من الآية :

دلَّت الآية على أن المطلقات إذا أرضعن أولادهن من الأزواج المطلَّقين
فلهن أجورهن إذا تعاقدن مع الأولياء^(٤).

جاء في «الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع»^(٥) - بعد إيراد الآية - قوله :

(١) ص ١٢٣.

(٢) ج ٥، ص ٤٤٩.

(٣) سورة الطلاق، آية : ٦.

(٤) تفسير ابن كثير، ج ٧، ص ٤٤، تفسير الشوكاني، ج ٥، ص ٢٤٥.

(٥) ج ٣، ص ١٧٢.

«وجه الدلالة: أن الإرضاع بلا عقد تبرّع، لا يوجب أجره، وإنما يوجبها ظاهراً العقد فتعيّن».

الدليل الثاني: ما روى سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه قال: «إن أصحاب المزارع في زمن النبي صلى الله عليه وسلم كانوا يكرون مزارعهم بما يكون على السواقي، وما سعد بالماء^(١) ممّا حول النبت فجاءوا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاختلفوا في بعض ذلك فنهاهم أن يكروا بذلك، وقال: اكروا بالذهب والفضة». رواه أحمد والنسائي^(٢).

فقد دلّ هذا الحديث على جواز كراء الأرض إذا كانت الأجرة معلومة^(٣).

الدليل الثالث: عن حنظلة بن قيس الأنصاري قال: سألت رافع بن خديج عن كراء الأرض بالذهب والورق، فقال: لا بأس به، إنما كان الناس يؤاجرون على عهد النبي صلى الله عليه وسلم على الماذيانات^(٤)، وإقبال

(١) سعد بالماء: قيل معناه: ما جاء من سيحاً لا يحتاج إلى ساقية، وقيل معناه: ما جاء من الماء من غير طلب. (النهاية في غريب الحديث والأثر، ج ٢، ص ٣٦٧، نيل الأوطار، ج ٥، ص ٢٧٩).

(٢) الحديث أخرجه الإمام أحمد في مسنده، ج ١، ص ١٧٨، والنسائي في سننه، كتاب المزارعة، باب ذكر الأحاديث المختلفة في النهي عن كراء الأرض بالثلث والرابع واختلاف ألفاظ الناقلين للخبر، ج ٧، ص ٤١، بشرح السيوطي.

قال الشوكاني في نيل الأوطار، ج ٥، ص ٢٧٩: سكت عنه أبو داود والمنذري، وقال ابن حجر في فتح الباري، ج ٥، ص ٢٥: رجاله ثقات إلا أن محمد بن عكرمة المخزومي لم يرو عنه إلا إبراهيم بن سعد، وفي تصحيح وتعليق محمد حامد الفقي على المتتقى، ج ٢، ص ٣٨١ قال: وقد وثق ابن حبان: محمد بن عكرمة.

(٣) فتح الباري، ج ٥، ص ٢٥، نيل الأوطار، ج ٥، ص ٢٨٠، المهذب، ج ١، ص ٤٠١.

(٤) الماذيانات: مسایل المياه، والمراد: ما ينبت على حافة النهر ومسایل الماء، ليست عربية صارت دخيلاً في كلام العرب. (معالم السنن، ج ٣، ص ٩٤، نيل الأوطار، ج ٥، ص ٢٧٦).

الجداول^(١)، وأشياء من الزرع، فيهلك هذا، ويسلم هذا، ويسلم هذا ويهلك هذا، فلم يكن للناس كراء إلا هذا، فلذلك زجر عنه، فأما شيء معلوم مضمون فلا بأس به». أخرج مسلم وأبو داود^(٢).

دلّ الحديث على صحة تأجير العقار بكل ما هو معلوم^(٣).

الدليل الرابع: أن الحاجة إلى المنافع كالحاجة إلى الأعيان، فلما جاز عقد البيع على الأعيان، جاز عقد الإجارة على المنافع، ولا يخفى ما بالناس من الحاجة إلى ذلك، فإنه ليس لكل أحد دار يملكها، ولا يلزم أصحاب الأملاك إسكانهم تطوعاً، فلا بد من الإجارة لذلك^(٤).

وبالله التوفيق...

-
- (١) إقبال الجداول: أوائل الجداول، والجداول: السواقى، جمع جدول، وهو النهر الصغير. (سبل السلام، ج ٣، ص ٧٧، نيل الأوطار، ج ٥، ص ٢٧٦).
- (٢) صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب كراء الأرض، ج ١٠، ص ٢٠٦، بشرح النووي، سنن أبي داود باب المزارعة، ج ٣، ص ٩٤، مع معالم السنن.
- (٣) فتح الباري، ج ٥، ص ٢٥، نيل الأوطار، ج ٥، ص ٢٨٠.
- (٤) المهذب، ج ١، ص ٤٠١، المغني، ج ٥، ص ٤٣٣.



المبحث الثاني

شروط صحة تأجير العقار

يشترط لصحة الإجارة - ومن ذلك تأجير العقار - الشروط التالية:

الشرط الأول: أن تكون المنفعة معلومة^(١):

وذلك لما روى أبو سعيد الخدري رضي الله عنه: «أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن استئجار الأجير حتى يُبين له أجره». أخرجه أحمد^(٢).

فقد دلَّ الحديث بمنطوقه على اشتراط معرفة الأجرة، ودلَّ بمفهومه على اشتراط معلومية المنفعة؛ لأن المعقود عليه، هو المنفعة، وهو الأصل،

(١) مختصر القدوري، ج ٢، ص ٨٨، النتف في الفتاوى، ج ٢، ص ٥٥٨، الهداية، ج ٧، ص ١٤٨، الشرح الصغير، ج ٢، ص ١١٩، قوانين الأحكام الشرعية، ص ٣٠٢، بلغة السالك، ج ٢، ص ١٢٠، الوجيز، ج ١، ص ٢٣٠، ٢٣٢، المهذب، ج ١، ص ٤٠٣، روضة الطالبين، ج ٥، ص ١٨٨، المقنع، ج ٢، ص ١٩٥ - ١٩٦، كشاف القناع، ج ٣، ص ٥٤٧، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٣٥١.

(٢) الحديث أخرجه الإمام أحمد في مسنده، ج ٣، ص ٥٩، ٦٨، ٧١، من طريق حماد بن أبي سليمان عن إبراهيم عن أبي سعيد الخدري عن النبي صلى الله عليه وسلم فذكر الحديث، قال الشوكاني في نيل الأوطار، ج ٥، ص ٢٩٣، ما نصه: «قال في مجمع الزوائد رجال أحمد رجال الصحيح إلا أن إبراهيم النخعي لم يسمع من أبي سعيد فيما أحسب». اهـ، وأخرجه أيضًا البيهقي وعبد الرزاق وإسحاق في مسنده وأبو داود في المراسيل والنسائي في الزراعة غير مرفوع ولفظ بعضهم: «من استأجر أجيرًا فليسلم له أجرته».

والمعقود به، وهو الأجرة، كالتبع، فإذا كان معلومية التبع شرطًا، كان معلومية الأصل أولى بذلك^(١).

ولأن المنفعة هي المعقود عليها، فاشتراط العلم بها قياسًا على العلم بالمبيع، فإن معرفته شرط في صحة البيع، فكذلك معرفة المنفعة في الإجارة^(٢).

مما سبق يتضح اشتراط كون المنفعة معلومة. ويحصل العلم بالمنفعة العقار المؤجر: بالمشاهدة.

والعقار يستأجر لأغراض:

منها: السكنى:

فإذا استأجر دارًا، وجب معرفة موضعها، وكيفية أبنيتها؛ لأن الغرض يختلف بصغرها وكبرها ومرافقها، ومعرفة ماء الحمام، إمّا من قناة أو بئر، فإن كان من بئر احتاج إلى مشاهدتها ليعلم عمقها ومؤنة استسقاء الماء عنها، ومشاهدة مطرح الرماد، وموضع الزبل، ومصرف ماء الحمام، وعلى هذا قياس سائر المساكن، فمتى أخلّ بذلك لم تصح الإجارة للجهالة بما يختلف الغرض به^(٣).

ولا يحتاج في اكتراء الدار إلى ذكر السكنى ولا صفتها عند جمهور الفقهاء^(٤)؛ لأن الدار لا تكترى إلا للسكنى فاستغنى عن ذكرها كالبيع بثمن

(١) العناية شرح الهداية، ج٧، ص١٤٨.

(٢) الهداية، ج٧، ص١٤٨، اللباب في شرح الكتاب، ج٢، ص٨٨، المهذب، ج١، ص٤٠٣، الشرح الكبير، ج٣، ص٣٠٢، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص٣٥١، كشاف القناع، ج٣، ص٥٤٧.

(٣) فتح العزيز، ج١٢، ص٣٣٠ - ٣٣١، روضة الطالبين، ج٥، ص١٩٥، المغني، ج٥، ص٤٤٩ - ٤٥٠.

(٤) مختصر الطحاوي، ص١٣١، مختصر القدوري، ج٢، ص٨٩، تحفة الفقهاء، ج٢، ص٢٠.

مطلق في بلد فيه نقد معروف، والتفاوت في السكنى يسير فلم يحتج إلى ضبطه^(١).

وقال أبو ثور:

لا يجوز حتى يقول: أبيت تحتها أنا وعيالي؛ لأن السكنى تختلف، ولو اكرهاها ليسكنها فتزوج امرأة لم يكن له أن يسكنها معه^(٢).

وقد نوقش بأن:

الضرر لا يكاد يختلف بكثرة من يسكن وقلتهم، ولا يمكن ضبط ذلك فاجتزئ فيه بالعرف، كما في دخول الحمام وشبهه، ولو اشترط ما ذكره لوجب أن يذكر عدد السكان، وأن لا يبيت عنده ضيف ولا زائر، ولا غير من ذكره، ولكان ينبغي أن يعلم صفة الساكن، كما يعلم ذلك فيما إذا اكرى للركوب^(٣).

وبهذا يترجح قول الجمهور، فيصح استئجار الدور، وإن لم يبين ما يعمل فيها؛ لأن العمل المتعارف فيها السكنى فينصرف العقد إليه، وله أن يضع فيها ما جرت عادة الساكن به، من الرجال والطعام ويخزن فيها الثياب

=ص٣٤٩، المذهب، ج١، ص٤٠٣، فتح العزيز، ج١٢، ص٣٥٦، روضة الطالبين، ج٥، ص١٩٩، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج٢، ص٣٠٥، المغني، ج٥، ص٤٧٦، الفروع، ج٤، ص٤٢١.

(١) تحفة الفقهاء، ج٢، ص٣٤٩، المذهب، ج١، ص٤٠٣، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج٢، ص٣٠٥، المغني، ج٥، ص٤٧٦.

(٢) المغني، ج٥، ص٤٧٦، الشرح الكبير، ج٣، ص٣٠٣، وقد أشار بعض الشافعية إلى هذا القول، ينظر في ذلك: فتح العزيز، ج١٢، ص٣٥٧، روضة الطالبين، ج٥، ص١٩٩، وفي الإنصاف، ج٦، ص٥، قوله: «واختار في الرعاية يجب ذكر السكنى وصفتها وعدد من يسكنها، إن اختلفت الأجرة بذلك».

(٣) المغني، ج٥، ص٤٧٦، الشرح الكبير، ج٣، ص٣٠٣.

وغيرها مما لا يضر بها، ويسكن بنفسه، ويسكن غيره ممن يقوم مقامه في الضرر أو دونه.

ولا يسكنها ما يضر بها مثل القصارين والحدادين والطحانيين؛ لأن في ذلك ضرراً ظاهراً، لأنه يوهن البناء ويضر به، فلا يملكه إلا بالتسمية.

ولا يجعل فيها الدواب؛ لأنها تروث فيها وتفسدها، ولا يجعل فيها شيئاً ثقیلاً فوق سقف، لأنه يثقله ويكسر خشبه، ولا يجعل فيها شيئاً يضر بها إلا أن يشترط ذلك.

قال ابن قدامة في «المغني»^(١):

«وبهذا قال الشافعي^(٢)، وأصحاب الرأي^(٣)، ولا نعلم فيه مخالفاً، وإنما كان كذلك، لأن له استيفاء المعقود عليه بنفسه، ونائبه، والذي يسكنه نائب عنه في استيفاء المعقود عليه، فجاز كما لو وُكِّلَ وكيلاً في قبض المبيع، أو دين له، ولم يملك فعل ما يضر بها؛ لأنه فوق المعقود عليه، فلم يكن له فعله، كما لو اشترى شيئاً لم يملك أخذ أكثر منه.

فأما أن يجعل الدار مخزناً للطعام، فقد قال أصحابنا يجوز ذلك^(٤)، لأنه يجوز أن يجعلها مخزناً لغيره، ويحتمل أن لا يجوز، لأن ذلك يفضي إلى تحريق النار أرضها وحيطانها، وذلك ضرر لا يرضى به صاحب الدار».

ومما تستأجر له الأرض:

البناء، والغراس، والزراعة.

(١) ج ٥، ص ٤٧٦.

(٢) ينظر في مذهب الشافعية: فتح العزيز، ج ١٢، ص ٣٥٦، روضة الطالبين، ج ٥، ص ١٩٩.

(٣) ينظر في مذهب الحنفية: مختصر القدوري، ج ٢، ص ٨٩، تحفة الفقهاء، ج ٢، ص ٣٤٩، مختصر الطحاوي، ص ١٣١.

(٤) قال في الإنصاف، ج ٦، ص ٥: «الصحيح من المذهب أنه لا يجعلها مخزناً للطعام».

فإذا قال: أجزتكم هذه الأرض، ولم يذكر البناء، ولا غيره، وكانت صالحة للجميع.

فقد اختلف الفقهاء في صحة العقد على قولين:

القول الأول: لا يصح العقد، وبه قال الحنفية^(١)، وهو المذهب عند المالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، وأحد الوجهين عند الحنابلة^(٤).

لأن منافع هذه الجهات مختلفة، وضررها اللاحق بالأرض مختلف، فوجب التعيين كما لو أجزر بهيمة لا يجوز الإطلاق^(٥).

القول الثاني: يصح العقد، وبه قال ابن القاسم من المالكية^(٦)، وقد ذكره الرافعي من الشافعية^(٧)، وهو أحد الوجهين عند الحنابلة، قال عنه في «الفروع»^(٨):

- (١) مختصر القدوري، ج ٢، ص ٨٩، تحفة الفقهاء، ج ٢، ص ٣٤٩، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٣٧٦، الاختيار لتعليل المختار، المجلد الأول، ج ٢، ص ٥٢، تبين الحقائق، ج ٥، ص ١١٤.
- (٢) مختصر خليل، ج ٨، ص ٣٤، الشرح الكبير، ج ٤، ص ٤٨، الشرح الصغير، ج ٣، ص ١٦٥، حاشية الدسوقي، ج ٤، ص ٤٨، التاج والإكليل، ج ٥، ص ٤٤٢، منح الجليل، ج ٨، ص ٣٤. وقد قيّد المالكية عدم الصحة بما إذا لم يكن عرف، فإن وجد عرف فيصح العقد ويحمل على العرف.
- (٣) المهذب، ج ١، ص ٤٠٣، الوجيز، ج ١، ص ٢٣٣، فتح العزيز، ج ١٢، ص ٢٥٤، روضة الطالبين، ج ٥، ص ١٩٨ - ١٩٩.
- (٤) الكافي، ج ٢، ص ٣٠٥، المغني، ج ٥، ص ٤٨٢، الفروع، ج ٤، ص ٤٤٦، الإنصاف، ج ٦، ص ٧.
- (٥) فتح العزيز، ج ١٢، ص ٢٥٤، روضة الطالبين، ج ٥، ص ١٩٨، شرح جلال الدين المحلي على المنهاج، ج ٣، ص ٧٤.
- (٦) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج ٤، ص ٤٨، التاج والإكليل، ج ٥، ص ٤٤٢، بلغة السالك، ج ٣، ص ١٦٥، منح الجليل، ج ٨، ص ٣٥.
- (٧) فتح العزيز، ج ١٢، ص ٣٥٥.
- (٨) ج ٤، ص ٤٤٦.

«صحَّ في الأصح».

وقال في الرعاية: صحَّ في الأقيس^(١).

وقال في «الإنصاف»^(٢): «وهو الصحيح من المذهب».

واقصر على ذلك في «شرح منتهى الإرادات»^(٣)، وفي «كشاف

القناع»^(٤)؛ حيث قال فيه مبيناً ذلك ومعللاً له:

«... أو أجره الأرض وأطلق بأن لم يعين زرعاً ولا غرساً ولا بناءً، وهي

تصلح للزرع وغيره، فتصح الإجارة في جميع هذه الصور، للعلم بالمعقود عليه، قال الشيخ تقي الدين: إن أطلق، أو قال انتفع بها ما شئت، فله زرع وغرس وبناء».

ولعل الراجح: هو القول الثاني:

وذلك لأن الأرض تستغل للبناء، والغراس، والزرع، فإذا أطلق العقد

شمل أي واحد منها، إذا كانت تصلح لذلك، فله الانتفاع بها في مدة إجارته، بما لا ضرر فيه^(٥)، لأنه لا ضرر ولا ضرار في الإسلام، ولأن من الفقهاء الذين قالوا: بعدم الصحة، من قال: إنه إذا استغلها بعد ذلك ينقلب العقد صحيحاً؛ لأن المعقود عليه صار معلوماً بالاستعمال.

قال الزيلعي في «تبيين الحقائق»^(٦):

«... ولو لم يبين ما يزرع فيها، ولم يقل على أن يزرعها ما شاء فسدت

(١) نقلاً عن الإنصاف، ج ٦، ص ٨.

(٢) ج ٦، ص ٧.

(٣) ج ٢، ص ٣٥٢.

(٤) ج ٣، ص ٥٥٠.

(٥) ينظر: التاج والإكليل، ج ٥، ص ٤٤٢، حاشية الدسوقي، ج ٤، ص ٤٨.

(٦) ج ٥، ص ١١٤.

الإجارة للجهالة، ولو زرعها بعد ذلك: لا تعود صحيحة في القياس.. وفي الاستحسان يجب المسمى وينقلب العقد صحيحًا، لأن المعقود عليه صار معلومًا بالاستعمال، لأن الإجارة تنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع، والفساد كان لأجل الجهالة، فإذا ارتفعت في وقت الزراعة كفى، وصار كأن الجهالة لم تكن، فعادت صحيحة».

مما سبق ظهر أن معرفة العقار المؤجر بالرؤية، يحصل به: العلم بالمنفعة المعقود عليها.

الشرط الثاني: معرفة الأجرة:

يشترط لصحة الإجارة كون الأجرة معلومة^(١)، وقد استدلل الفقهاء على ذلك بأدلة منها الأدلة التالية:

الدليل الأول: قوله تعالى: حكاية عن نبيه شعيب مع موسى عليهما السلام: ﴿قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنَكِّمَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَنِي حَجَجٍ﴾^(٢)، فجعل النكاح عوض الإجارة^(٣).

وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد في شرعنا ما ينسخه.

(١) مختصر القدوري، ج ٢، ص ٨٨، التتف في الفتاوى، ج ٢، ص ٥٥٨، تحفة الفقهاء، ج ٢، ص ٣٤٧، الهداية، ج ٧، ص ١٤٨، مقدمات ابن رشد، ج ٢، ص ٦٦١، بداية المجتهد، ج ٢، ص ٢٢٠، مختصر خليل، ج ٧، ص ٤٣٢، الكافي، ج ٢، ص ٧٤٥، الشرح الكبير، ج ٤، ص ٣، التنبيه، ص ١٢٣، المهذب، ج ١، ص ٤٠٦، الوجيز، ج ١، ص ٢٣٠، المنهاج، ج ٢، ص ٣٣٤، إعانة الطالبين، ج ٣، ص ١١٠، المقنع، ج ٢، ص ١٩٧، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ٣١١، الفروع، ج ٤، ص ٤٢٢، الإقناع، ج ٢، ص ٢٨٦، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٣٥٢.

(٢) سورة القصص، آية: ٢٧.

(٣) المغني، ج ٥، ص ٤٤١.

الدليل الثاني: عن حنظلة بن قيس الأنصاري قال: «سألت رافع بن خديج عن كراء الأرض بالذهب والورق، فقال: لا بأس به، إنما كان الناس يؤاجرون على عهد رسول الله ﷺ على الماذيانات، وأقبال الجداول، وأشياء من الزرع، فيهلك هذا، ويسلم هذا، ويسلم هذا ويهلك هذا، فلم يكن للناس كراء إلا هذا، فلذلك زجر عنه، فأما شيء معلوم مضمون فلا بأس به». أخرجه مسلم^(١).

فقد دلّ الحديث على صحة تأجير العقار بكل أجرة معلومة^(٢).

الدليل الثالث: ما روى سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه قال: «إن أصحاب المزارع في زمن النبي ﷺ كانوا يكرون مزارعهم بما على السواقي وما سعد بالماء حول النبت، فجاءوا رسول الله ﷺ فاختصموا في بعض ذلك، فنهاهم أن يكروا بذلك، وقال: أكرؤا بالذهب والفضة». رواه أحمد والنسائي^(٣).

فقد دلّ هذا الحديث على اشتراط كون الأجرة معلومة للمؤجر والمستأجر^(٤).

الدليل الرابع: ما روى أبو سعيد الخدري رضي الله عنه: «أن النبي ﷺ نهى عن استئجار الأجير حتى يبين له أجره». أخرجه أحمد^(٥)، فقد دلّ الحديث صراحة على اشتراط العلم بالأجرة^(٦).

الدليل الخامس: أن الإجارة عقد معاوضة، والأجرة فيها كالثمن في

(١) سبق تخريجه، ص ٧٤٦.

(٢) فتح الباري، ج ٥، ص ٢٥، نيل الأوطار، ج ٥، ص ٢٨٠.

(٣) سبق تخريجه، ص ٧٤٥.

(٤) المهذب، ج ١، ص ٤٠١، فتح الباري ج ٥، ص ٢٥، نيل الأوطار، ج ٥، ص ٢٨٠.

(٥) سبق تخريجه، ص ٧٤٧.

(٦) التنف في الفتاوى، ج ٢، ص ٥٥٨، العناية، ج ٧، ص ١٤٨، المهذب، ج ١، ص ٤٠٦،

شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٣٥٢، كشاف القناع، ج ٣، ص ٥٥١، الروض المربع،

ج ٥، ص ٢٩٨.

البيع، فاشتراط العلم بها قياساً على الثمن في البيع؛ إذ لو لم تكن معلومة لأدى ذلك إلى الجهالة المفضية إلى المنازعة بين المتعاقدين، والشريعة الإسلامية تسد الطرق المؤدية إلى ذلك^(١).

مما سبق يتضح أن العلم بالأجرة شرط لصحة الإجارة.

وقد وضع بعض الفقهاء ضابطاً لما تعرف به الأجرة، فقالوا:

«كل ما جاز ثمناً في البيع جاز عوضاً في الإجارة»^(٢).

بقي الكلام عن ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: جعل إصلاح العقار أجرة له.

المسألة الثانية: جعل أجرة العقار منفعة عقار آخر.

المسألة الثالثة: تعيين الأجرة.

وتبحث هذه المسائل في ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: جعل إصلاح العقار أجرة له:

قد يتفق المؤجر والمستأجر على أن تكون الأجرة هي قيام المستأجر بإصلاح الأرض، مثل تسويتها، أو إزالة ما فيها من أحجار، أو شق طريق للماء يوصل إليها، أو غرسها بأشجار معينة، أو تسميدها وحرثها، ونحو ذلك.

(١) الهداية، ج ٧، ص ١٤٨، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٣٦٨، المهذب، ج ١، ص ٤٠٦، المغني، ج ٥، ص ٤٤٠، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٣٥٢، كشف القناع، ج ٣، ص ٥٥١.

(٢) مختصر القدوري، ج ٢، ص ٨٨، الهداية، ج ٧، ص ١٤٨، البحر الرائق، ج ٧، ص ٢٩٨، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٣٦٩، التاج والإكليل، ج ٥، ص ٣٨٩، بلغة السالك، ج ٣، ص ١١٩، منح الجليل، ج ٧، ص ٤٣٢، فتح المعين، ج ٣، ص ١١٠، فتح الوهاب، ج ١، ص ٢٤٧، المقنع، ج ٢، ص ١٩٧، المغني، ج ٥، ص ٤٤١، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٢٥٣، كشف القناع، ج ٣، ص ٥٥١.

وكذلك في الدار قد يتفق المؤجر مع المستأجر على القيام بإصلاحها وعمارتها وصيانة ما يحتاج منها إلى صيانة، ونحو ذلك من الأعمال.

وقد يتفق المؤجر مع المستأجر على أجره معلومة على أن ينفق منها، أو ينفقها على إصلاح العقار، فهل يصح عقد الإجارة في هذه الأحوال أو لا؟ اختلف الفقهاء في ذلك على أقوال:

القول الأول: لا يصح عقد الإجارة، وبه قال الحنفية^(١)، والشافعية^(٢). وعللوا لذلك بأن:

العمل بعض الأجرة، وهو مجهول، فتصير الأجرة مجهولة^(٣).
القول الثاني: إن جعل الإصلاح هو الأجرة، أو شرطه خارجاً عن الأجرة لم يصح العقد.

وإن أجر العقار بمعلوم على أن ما يحتاج إليه ينفقه المستأجر محتسباً به من الأجرة: صح العقد، وبهذا قال: المالكية^(٤)، والحنابلة^(٥).

(١) بدائع الصنائع، ج ٤، ص ١٩٤ - ١٩٥، البحر الرائق، ج ٧، ص ٣١٢، الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص ٢٦٩، الدر المختار، ج ٦، ص ٤٧، ٤٨، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٣٨٩، حاشية ابن عابدين، ج ٦، ص ٤٧.

(٢) الوجيز، ج ١، ص ٢٣٠، فتح العزيز، ج ١٢، ص ٣٠٠ - ٣٠١، روضة الطالبين، ج ٥، ص ١٧٥، المنهاج، ج ٣، ص ٣٣٤، تحفة المحتاج، ج ٦، ص ١٢٧، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٣٣٤، نهاية المحتاج، ج ٥، ص ٢٦٤، حاشية الجمل على شرح المنهج، ج ٣، ص ٥٣٤، إغاثة الطالبين، ج ٣، ص ١١١.

(٣) بدائع الصنائع، ج ٤، ص ١٩٤، فتح العزيز، ج ١٢، ص ٣٠١، تحفة المحتاج، ج ٦، ص ١٢٧، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٣٣٤، نهاية المحتاج، ج ٥، ص ٢٦٤، حاشية الشرواني على تحفة المحتاج، ج ٦، ص ١٢٧.

(٤) المدونة، ج ٤، ص ٥٠٨ - ٥٠٩، الشرح الكبير، ج ٤، ص ٤٧، الشرح الصغير، ج ٣، ص ١٦٤ - ١٦٥، التاج والإكليل، ج ٥، ص ٤٤٢، منح الجليل، ج ٨، ص ٣٢.

(٥) المبدع، ج ٥، ص ٦٦، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٣٥٣، الروض المربع، ج ٥، ص ٢٩٩، حاشية المقنع، ج ٢، ص ١٩٧.

وعلّلوا لعدم الصحة في الحالة الأولى بأن:

الأجرة تكون مجهولة فلا يصح العقد.

وعلّلوا للصحة في الحالة الثانية بأن:

الأجرة معلومة، والإصلاح على المالك، وقد وكل المستأجر فيه، فصح العقد، لعدم الجهالة^(١).

الترجيح:

لعلّ الراجح هو القول الثاني، لوجاهة ما علّل به له.

فلا يصح العقد في الحالة الأولى؛ لأن الأجرة مجهولة، وجهالة الأجرة تفسد العقد، ويصح في الحالة الثانية، لأن الأجرة معلومة، واشتراط قيام المستأجر بالإصلاح لا يفسد العقد، لأن القصد في ذلك ما يحتاج في الغالب إلى إصلاحه. والله تعالى أعلم.

المطلب الثاني: جعل أجرة العقار منفعة عقار آخر:

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: إن اتحد جنسهما، كاستئجار الدار للسكنى بالسكنى، وكاستئجار الأرض للزراعة بزراعة أرض أخرى، لا يصح العقد.

وإن اختلف جنسهما، كاستئجار سكنى الدار بزراعة الأرض صحّ العقد، وبهذا قال الحنفية^(٢).

(١) حاشية الدسوقي، ج ٤، ص ٤٧، منح الجليل، ج ٨، ص ٣٢، المبدع، ج ٥، ص ٦٦، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٣٥٣.

(٢) الهداية، ج ٧، ص ١٩٢، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ١٩٤، البحر الرائق، ج ٧، ص ٢٩٨، الدر المختار، ج ٦، ص ٦٠، ٦٢، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٣٨٩.

القول الثاني: يصح مطلقاً، سواء اتحد الجنس أو اختلف، وبهذا قال المالكية^(١)، والشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣).

الأدلة

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب القول الأول بما يلي:

الدليل الأول: أن عقد الإجارة ينعقد شيئاً فشيئاً على حسب حدوث المنفعة، فلم تكن كل واحدة من المنفعتين معينة، بل هي معدومة وقت العقد، فيتأخر قبض أحد المستأجرين، فيتحقق ربا النساء، والجنس بانفراده يحرم النساء عند الحنفية^(٤).

المناقشة:

نوقش بأن: «المنافع في الإجارة ليست في تقدير النسيئة، ولو كانت نسيئة ما جاز في جنسين؛ لأنه يكون بيع دين بدين»^(٥).

الدليل الثاني: أن الإجارة عقد شرع بخلاف القياس؛ لأنها بيع معدوم

(١) المدونة، ج ٤، ص ٥١١، ٥٤٧، بداية المجتهد، ج ٢، ص ٢٢٦، التاج والإكليل، ج ٥، ص ٤٠٥.

(٢) المهذب، ج ١، ص ٤٠٦، فتح العزيز، ج ١٢، ص ٢١٠، روضة الطالبين، ج ٥، ص ١٧٦.

(٣) المقنع، ج ٢، ص ١٩٨، المغني، ج ٥، ص ٤٤١، الفروع، ج ٤، ص ٤٢٢، المبدع، ج ٥، ص ٦٨، الإقناع، ج ٢، ص ٢٨٩، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٣٥٣.

(٤) بدائع الصنائع، ج ٤، ص ١٩٤، الهداية، ج ٧، ص ١٩٣، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٣٨٩، الدر المختار، ج ٦، ص ٦٠، المغني، ج ٥، ص ٤٤١.

(٥) المغني، ج ٥، ص ٤٤١، وينظر في المعنى نفسه: فتح العزيز، ج ١٢، ص ٢١٠، روضة الطالبين، ج ٥، ص ١٧٦.

وقت العقد، فجوزت بخلاف القياس، لحاجة الناس إليها، ولا حاجة تقع عند اتحاد جنس المنفعة، فبقي على أصل القياس، والحاجة تتحقق عند اختلاف جنس المنفعة فيصح العقد^(١).

المناقشة:

ناقش ابن تيمية رحمته الله القول بأن الإجارة على خلاف القياس، فقال:

«قولهم الإجارة بيع معدوم، وبيع المعدوم على خلاف القياس، مقدمتان مجملتان، فيهما تلبيس، فإن قولهم: الإجارة بيع:

إن أرادوا أنها البيع الخاص الذي يعقد على الأعيان فهو باطل.

وإن أرادوا البيع العام الذي هو معاوضة، إمّا على عين، وإمّا على منفعة، فقولهم في المقدمة الثانية: إن بيع المعدوم لا يجوز إنما يسلم، إن سلم في الأعيان، لا في المنافع»^(٢).

وبيّن ابن مفلح أن الإجارة على وفق القياس، فقال:

«قيل: هي خلاف القياس، والأصح: لا؛ لأن من لم يخصص العلة لا يتصور عنده مخالفة قياس صحيح، ومن خصّصها فإنما يكون الشيء خلاف القياس، إذا كان المعنى المقتضي للحكم موجوداً فيه وتختلف الحكم عنه»^(٣).

وأما ما ذكره من أنه: «لا حاجة تقع عند اتحاد جنس المنفعة»، فيمكن

مناقشة ذلك:

(١) بدائع الصنائع، ج ٤، ص ١٩٤، الهداية، ج ٧، ص ١٩٥.

(٢) القياس في الشرع الإسلامي، ص ٣٢.

(٣) الفروع، ج ٤، ص ٤٢٠، وينظر في الرد على من قال: «إن الإجارة على خلاف القياس»: كتاب ابن القيم إعلام الموقعين، ج ٢، ص ٣، فقد أطل في الرد على من قال ذلك.

بالمنع، وذلك أنه قد توجد حاجة في جعل أجرة عقار هي منفعة عقار آخر، لكون العقار الآخر أوسع، أو في مكان أنسب، أو لوجود جيران أفضل، ونحو ذلك من الأغراض، فدعوى أنه لا حاجة مع اتحاد جنس المنفعة، دعوى غير مسلم بها.

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب القول الثاني على جواز جعل المنفعة أجرة بالأدلة التالية:

الدليل الأول: قوله تعالى: حكاية عن نبيّه شعيب مع موسى عليهما السلام:

﴿قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أَنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَيَّ أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَنِي حِجَجًا﴾ (١)، فجعل النكاح عوض الإجارة (٢).

الدليل الثاني: ما رواه عتبة بن النذر رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «إن موسى - عليه السلام - أجر نفسه ثمان سنين أو عشر سنين على عفة فرجه، وطعام بطنه». أخرجه ابن ماجه (٣).

فقد دلّ على جواز جعل المنفعة أجرة (٤).

(١) سورة القصص، آية: ٢٧.

(٢) المغني، ج ٥، ص ٤٤١، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٣٠٨، المبدع، ج ٥، ص ٦٩، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٢٥٣، كشاف القناع، ج ٣، ص ٥٥٦، حاشية المقنع، ج ٢، ص ١٩٨.

(٣) الحديث أخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب الرهون، باب إجارة الأجير على طعام بطنه، حديث رقم ٢٤٤٤، ج ٢، ص ٨١٧.

قال في الزوائد: إسناده ضعيف؛ لأن فيه بقية، وهو مدلس.

وقال الشوكاني في نيل الأوطار، ج ٥، ص ٢٩٣: في إسناده مسلمة بن علي، وهو متروك. وضعفه الألباني في إرواء الغليل، ج ٥، ص ٣٠٧، حديث رقم ١٤٨٨.

(٤) شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٣٥٣، نيل الأوطار، ج ٥، ص ٢٩٣.

الدليل الثالث: أن المنافع في الإجارة كالأعيان في البيع، والأعيان يجوز بيع بعضها ببعض، فكذلك المنافع يجوز تأجير بعضها ببعض، قياساً على البيع؛ لأن كل ما جاز أن يكون ثمنًا في البيع جاز أن يكون عوضًا في الإجارة^(١).

الترجيح:

لعلّ الراجح هو القول الثاني، وهو قول الجمهور، لقوة ما استدل به له، ووجاهة تلك الأدلة، وضعف ما استدل به للقول الأول، كما اتضح من المناقشة.

ولأن في القول بالصحة مصلحة ظاهرة للمؤجر والمستأجر، لاختلاف المقاصد باختلاف الأماكن، فقد تكون مصالح أحدهما وحوادثه في مكان دون آخر، فكان في إباحة تأجير العقار بمنفعة عقار آخر مصلحة ظاهرة للمتعاقدين. والله تعالى أعلم.

المطلب الثالث: تعيين الأجرة:

إذا أجر الشخص الأرض، أو الدار بأجرة معينة صحت الإجارة، كأن أجره دارًا معلومة، مدة معلومة، بأجرة معلومة، وذلك للعلم بالأجرة والمنفعة.

ولكن قد تدعو الحاجة إلى أن يكون عقد الإجارة مبهمًا، غير معين.

ومن أمثلة ذلك:

أن يقول: إن زرعت هذه الأرض حنطة فأجرتها مائة، أو شعيرًا فأجرتها خمسون.

(١) المهذب، ج ١، ص ٤٠٦، المغني، ج ٥، ص ٤٤١، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٣٠٨، المبدع، ج ٥، ص ٦٩، كشاف القناع، ج ٣، ص ٥٥٦.

أو يقول: أستأجرُ منك هذه الأرض شهرًا بهذا الثوب، أو بهذه الشاة.
أو يقول: أجزرتك هذه الدار شهرًا بخمسة، أو هذه الدار الأخرى بعشرة.
أو يقول: إن فتحت خياطًا فبكذا، وإن فتحت حدادًا فبكذا، ونحو ذلك، فهل يصح عقد الإجارة مع هذا التردد أو لا يصح؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين في الجملة:

القول الأول: يصح العقد، وبه قال أبو حنيفة^(١)، والإمام أحمد في رواية عنه^(٢)، واختار ذلك ابن القيم^(٣).

وعلموا لذلك:

بأن الأجر يجب بالعمل، وعند ذلك يصير المعقود عليه معلومًا، فتنتفي الجهالة، فيصح العقد^(٤).

ولأنه خيره بين عقدين صحيحين مختلفين فيصح، كما لو قال: إن خطت هذا الثوب روميًا فبدرهم، وإن خطته عربيًا فبدرهمين، والإجارة تعقد للانتفاع، وعنده ترتفع الجهالة^(٥).

ولأنه سمى لكل استغلال أجرة معلومة، فصح العقد كما لو قال: كل دلو بتمر^(٦).

-
- (١) الهداية، ج٧، ص٢٠٨، ٢١٢، العناية شرح الهداية بهامش العناية نفس الجزء والصفحة، الدر المختار، ج٦، ص٧٢، مجمع الأنهر، ج٢، ص٣٩٥.
(٢) الفروع، ج٤، ص٤٢٤، المبدع، ج٥، ص٧٠، الإنصاف، ج٦، ص١٩، حاشية المقنع، ج٢، ص١٩٨.
(٣) إعلام الموقعين، ج٣، ص٤١٣.
(٤) الهداية، ج٧، ص٢٠٨، العناية شرح الهداية نفس الجزء والصفحة، مجمع الأنهر، ج٢، ص٣٩٥.
(٥) الهداية، ج٧، ص٢١٢، العناية شرح الهداية بهامش الهداية، نفس الجزء والصفحة، مجمع الأنهر، ج٢، ص٣٩٤، اللباب في شرح الكتاب، ج٢، ص٩٨.
(٦) المبدع، ج٥، ص٧٠.

القول الثاني: لا يصح العقد، وبهذا قال المالكية^(١)، والشافعية^(٢)، وهو المذهب عند الحنابلة^(٣).

وعلّلوا لذلك:

بأن الإجارة وقعت بأجرة مجهولة، وجهالة الأجرة تفسد الإجارة. ولأنه يبعثان في بيعة.

جاء في «المدونة»^(٤) قوله:

«لا يجوز هذا عند مالك من وجهين:

من وجه أنه غرر.

ومن وجه أنه يبعثان في بيعة».

الترجيح:

لعلّ القول الأول - والله أعلم - هو الراجح لقوة ما استدّلوا به، ووضوح ذلك؛ لأن الأجرة تكون معلومة عند اختيار المستأجر لنوع المنفعة التي يريد استغلالها فلا جهالة، فيقع العقد صحيحًا.

ولأن الحاجة تدعو إلى صحة هذا العقد، والأدلة تقتضي إباحته.

قال ابن القيم رحمته الله مستدلًا لهذا القول، ومبينًا رجحانه ما نصه:

«قد تدعو الحاجة إلى أن يكون عقد الإجارة مبهمًا غير معين، فمثاله أن يقول له... إن زرعت هذه الأرض حنطة فأجرتها مائة، أو شعيرًا فأجرتها

(١) المدونة، ج ٤، ص ٥٥١.

(٢) روضة الطالبين، ج ٥، ص ١٨٨ - ١٨٩، المنهاج، ج ٢، ص ٣٣٤، تحفة المحتاج، ج ٦، ص ٤٢٧.

(٣) الفروع، ج ٤، ص ٤٢٤، المبدع، ج ٥، ص ٧٠، الإنصاف، ج ٦، ص ١٩، الإقناع، ج ٢، ص ٢٨٩، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٣٥٥، كشاف القناع، ج ٣، ص ٥٥٦.

(٤) ج ٤، ص ٥٥٢.

خمسون، ونحو ذلك، فهذا كله جائز صحيح، لا يدل على بطلانه، كتاب، ولا سنة ولا إجماع، ولا قياس، بل هذه الأدلة تقتضي صحته، وإن كان فيه نزاع متأخر، فالثابت عن الصحابة - الذي لا يعلم عنهم فيه نزاع - جوازه، كما ذكره البخاري في صحيحه^(١) عن عمر: أنه دفع أرضه إلى من يزرعها وقال: إن جاء عمر بالبذر من عنده فله كذا، وإن جاؤوا بالبذر فلهم كذا، ولم يخالفه صحابي واحد، ولا محذور في ذلك، ولا خطر ولا غرر، ولا أكل مال بالباطل، ولا جهالة تعود إلى العمل، ولا إلى العوض، فإنه لا يقع إلا معيناً، والخيرة إلى الأجير، أي ذلك أحب أن يستوفى فعل، فهو كما لو قال له: أي ثوب أخذته من هذه الثياب فقيمته كذا.. أو ثمن هذا الثوب مائة، وثمر هذا الثوب مائتان، ونحو ذلك مما ليس فيه غرر، ولا جهالة، ولا ربا، ولا ظلم، فكيف تأتي الشرعية بتحريمه^(٢). وبالله التوفيق.

الشرط الثالث: أن تكون المنفعة مباحة يمكن استيفائها مع بقاء العين:

إذا كانت المنفعة مباحة صح الاستئجار لذلك، لكن في بعض المنافع قد تختلف الأنظار فيها، هل هي من قبيل المنفعة المباحة التي يصح الاستئجار لها أو لا؟

(١) أخرجه البخاري في صحيحه معلقاً بصيغة الجزم، كتاب الحرث والمزارعة، باب المزارعة بالشطرنحوه، وقد ذكر ابن حجر في فتح الباري، ج ٥، ص ١٢: أنه وصله ابن أبي شيبة من طريق يحيى بن سعيد: أن عمر فذكره، وهذا مرسل، وأخرجه البيهقي عن عمر بن عبد العزيز فذكر معاملة عمر، ثم قال ابن حجر: وهذا مرسل أيضاً فتقوى أحدهما بالآخر.

(٢) أعلام الموقعين ج ٣، ص ٤١٣.

كما أن عقد الإجارة هو في الأصل عقد على المنفعة، فإذا اشتمل استيفائها على استهلاك عين، أو اشتمل العقد على منفعة مباحة، وأخرى مختلف فيها، فقد تنازع الفقهاء في ذلك.

لذا سيكون الكلام عن هذا الشرط في ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تأجير العقار ليتخذ مسجداً.

المطلب الثاني: تأجير العقار لمنفعة محرمة.

المطلب الثالث: تأجير العقار المشتمل على شجر.

المطلب الأول: تأجير العقار ليتخذ مسجداً:

إذا استأجر داراً ليجعلها مسجداً مدة معلومة، أو استأجر أرضاً ليتخذ مسجداً مدة معلومة، وترجع الأرض لمالكها بعد انتهاء المدة، فهل يصح عقد الإجارة على هذه المنفعة أو لا؟

اختلف الفقهاء في ذلك على أقوال:

القول الأول: لا يصح عقد الإجارة على ذلك، وبه قال الحنفية^(١).

وعلّلوا لذلك بأن:

فعل الصلاة لا يجوز استحقاقه بعقد إجارة بحال، فلا تجوز الإجارة لذلك^(٢).

ونوقش هذا التعليل بأن:

الصلاة لا تدخلها النيباء، بخلاف بناء المسجد فافترقا^(٣).

(١) الهداية، ج٧، ص١٧٩، الفتاوى الهندية، ج٤، ص٤٥٠، المغني، ج٥، ص٥٤٨،

الشرح الكبير، ج٣، ص٣١٦.

(٢) المغني، ج٥، ص٥٤٨، الشرح الكبير، ج٣، ص٣١٦.

(٣) المغني، ج٥، ص٥٤٨، الشرح الكبير، ج٣، ص٣١٦.

القول الثاني: يصح عقد الإجارة لذلك، وبه قال الشافعية^(١)، والحنابلة^(٢)، وحكاه ابن قدامة في «المغني»^(٣) عن الإمام مالك.

وعلّلوا لذلك بأن:

هذه منفعة مباحة يمكن استيفائها من العين مع بقائها فصح استئجار العين لها كالسكنى^(٤).

القول الثالث: يجوز كراء أرض لتتخذ مسجداً مدة معينة، وبعدها تزول مسجديتها، وترجع الأرض لمالكها.

وأما أن يكرى بيته أو داره لمن يصلي فيهما، فقد وقع فيه الاختلاف عند المالكية، بناء على ما فهمته من كتبهم، وسأورد لهم نصوفاً توضح ذلك: جاء في «المدونة»^(٥) قوله:

«قلت: أرايت من أجر بيته من قوم يصلون فيه في رمضان، قال لا يعجبني ذلك؛ لأن من أكرى بيته كمن أكرى المسجد، فالإجارة فيه غير جائزة؛ لأن الإجارة في المساجد غير جائزة... وقد قال غيره: لا بأس بذلك في كراء البيت.. قلت أرايت إن أكريت داراً لي على أن يتخذوها مسجداً عشر سنين، قال: ذلك جائز، قلت: فإن مضت العشر سنين، قال: إذا انقضت الإجارة رجعت الدار إلى ربها».

وجاء في «مختصر خليل»^(٦) قوله:

(١) الأنوار لأعمال الأبرار، ج ١، ص ٥٩٤، حاشية قليبوبي على شرح جلال الدين المحلي، ج ٣، ص ٦٩ - ٧٠.

(٢) المغني، ج ٥، ص ٥٤٨، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٣١٦.

(٣) المغني، ج ٥، ص ٥٤٨.

(٤) المغني، ج ٥، ص ٥٤٨، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٣١٦.

(٥) المدونة، ج ٤، ص ٤٢٣.

(٦) ج ٢، ص ٤٦٢.

«ويجوز كراء أرض لتتخذ مسجدًا مدة، والنقض لربه إذا انقضت».

قال في «التاج والإكليل»^(١) لمختصر خليل، شارحًا هذا النص: «من المدونة قال ابن القاسم: لا بأس أن يكرى أرضه على أن تتخذ مسجدًا عشر سنين، فإذا انقضت رجعت الأرض إلى ربه، وكان النقص لمن بناه» وجاء في «مواهب الجليل»^(٢) قوله:

«قال في التهذيب: ولا يصلح أن يبني مسجدًا ليكرهه ممن يصلي فيه، أو يكرى بيته ممن يصلي فيه، وأجاز ذلك غيره في البيت. انتهى، وقال ابن يونس: ولا يجوز لأحد أن يبني مسجدًا ليكرهه ممن يصلي فيه، ثم قال: قال ابن القاسم: ومن أجر بيته لقوم ليصلوا فيه رمضان لم يعجبني ذلك كمن أكرى المسجد، وقال غيره: لا بأس بذلك في كراء البيت انتهى، ونقل ابن عرفة لفظ التهذيب مع زيادة ونصه، وفيها: ولا يصلح أن يبني مسجدًا ليكرهه ممن يصلي فيه، ولا بيته، لذلك غير جائزة، وأجازه غيره في البيت، عياض: لأن ذلك ليس من مكارم الأخلاق... اللخمي: إن أكرى بيته أو داره ممن يصلي فيهما في أوقات الصلوات فقط كره؛ لأنه ليس من مكارم الأخلاق.. وقال أبو الحسن في الكبير: وانظر قوله: لا يصلح هل هو على الكراهة أو على المنع، فعلى ما نقل ابن يونس في سحنون، هو على المنع؛ لأنه قال: إنما لم يجز في المسجد، لأنه حبس، لا يباع، ولا يكرى، وعلى ما تقدم لعياض، هو على الكراهة، لأنه قال: ليس هو من مكارم الأخلاق.. وعلى كل حال فأكثر عبارات أهل المذهب عدم الجواز، لا الكراهة، كما قال المصنف».

(١) ج ٥، ص ٤٠٩، وينظر في المعنى نفسه الشرح الكبير، ج ٤، ص ١١، منح الجليل، ج ٧، ص ٤٦٢.

(٢) ج ٥، ص ٤١٩.

مما سبق يمكن تخلص مذهب المالكية على النحو الآتي :
أولاً: يصح أن يؤجر أرضه مدة معينة لتتخذ مسجداً، ولم يختلفوا في ذلك - فيما اطلعت عليه -.

ثانياً: تأجير الشخص بيته ليتخذ مسجداً منعه ابن القاسم، وقال بعضهم: يكره، وقال بعضهم: لا بأس به.

الترجيح:

لعلّ الراجح صحة تأجير العقار مدة معلومة ليتخذ مسجداً، لوجاهة ما علّل به لهذا القول.

ولأن في ذلك مصلحة ظاهرة للمتعاقدين، ولا محذور فيه، ولم ينتهض دليل على عدم صحته، والأصل في العقود الإباحة.

والله تعالى أعلم...

المطلب الثاني: تأجير العقار لمنفعة محرمة:

إذا أراد المسلم أن يؤجر عقاره لمن يتخذه كنيسة، أو بيعة، أو بيت نار، أو يتخذه لبيع الخمر، وما أشبه ذلك من المحرمات، فقد نصّ المالكية، والشافعية، والحنابلة، على أنه لا يجوز تأجير العقار لذلك.

وأما الحنفية، فقد نقل اختلافهم في ذلك.

وسأورد نصوصاً للجمهور تبين مذاهبهم، ثم أذكر ما نقل عن الحنفية في ذلك، وبيان ذلك فيما يلي:

المذهب المالكي:

جاء في «المدونة»^(١) قوله:

«أرأيت إن أجرت داري ممن يتخذها كنيسة، أو بيت نار، وأنا في مصر من الأمصار، أو في قرية من قرى أهل الذمة؟

قال: قال مالك: لا يعجبني أن يبيع الرجل داره ممن يتخذها كنيسة، ولا يؤجر داره ممن يتخذها كنيسة.. قلت له: وكذلك إن أجر حانوته من نصراني يبيع فيه خمراً، قال: قال مالك: لا خير في ذلك وأرى الإجارة باطلة.

قال ابن القاسم: وأرى كل مسلم أجر نفسه، أو غلامه، أو دابته، أو داره، أو بيته، أو شيئاً مما يملكه، في شيء من الخمر، فلا أرى له من الإجارة قليلاً ولا كثيراً».

وجاء في «مختصر خليل»^(١) قوله:

«.. أو دخول حائض لمسجد، أو دار: لتتخذ كنيسة، كبيعها لذلك».

قال في «منح الجليل»^(٢) شارحاً هذا النص:

«ولا تجوز الإجارة على دخول حائض لمسجد لتكنسه، لحرمة دخولها فيه.. أو كراء دار، أو أرض، لتتخذ كنيسة، أو بيعة، أو بيت نار، أو لبيع فيها الخمر، ولا اجتماع المفسدين، أو بيعها، أي الدار أو الأرض لذلك، أي: اتخاذها كنيسة، أو نحوها».

وقد لخص ذلك ابن جزئ حيث بيّن أن من شروط المنفعة: أن تكون

مباحة، فقال:

«أن تكون المنفعة مباحة، لا محرمة، ولا واجبة، أمّا المحرمة فلا

يجوز إجماعاً...»^(٣).

(١) ج ٧، ص ٤٩٨.

(٢) ج ٧، ص ٤٩٨.

(٣) قوانين الأحكام الشرعية، ص ٣٠٢.

المذهب الشافعي :

نصَّ الشافعية على أنه من شروط المنفعة أن تكون مباحة، فقد جاء في «الإقناع في حلّ ألفاظ أبي شجاع»^(١) قوله :

«كل ما أمكن الانتفاع به منفعة مقصودة، معلومة، قابلة للبدل، والإباحة، بعوض معلوم، مع بقاء عنيه مدة الإجارة صحّت إجارته».

وقد ورد اشتراط كون المنفعة مباحة في عقد الإجارة في «تحفة المحتاج»^(٢)، وفي «شرح جلال الدين المحلي على المنهاج»^(٣)، وفي «إعانة الطالبين»^(٤).

كما نصَّ الشافعية على : تحريم كل تصرف يفضي إلى المعصية^(٥).

المذهب الحنبلي :

قال ابن قدامة في «المقنع»^(٦) في أثناء كلامه عن شروط صحة الإجارة :

«أن تكون المنفعة مباحة مقصودة، فلا تجوز الإجارة على الزنا والزمر والغناء، ولا إجارة الدار لتجعل كنيسة أو بيت نار أو لبيع الخمر».

وقال في «المغني»^(٧) :

«كل ما يقصد به الحرام، كبيع السلاح لأهل الحرب.. أو إجارة داره

(١) ج ٣، ص ١٧٢.

(٢) ج ٦، ص ١٣٠.

(٣) ج ٣، ص ٦٩.

(٤) ج ٣، ص ١١١.

(٥) ينظر في ذلك : روضة الطالبين، ج ٣، ص ٤١٩، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٣٨.

(٦) ج ٢، ص ١٩٩.

(٧) ج ٤، ص ٢٤٦.

لبيع الخمر فيها، أو لتتخذ كنيسة أو بيت نار، وأشباه ذلك، فهذا حرام، والعقد باطل».

وجاء في «كشاف القناع»^(١) ما نصه:

«أن تكون المنفعة مباحة... فلا تصح الإجارة على الزنا... ولا إجارة الدار لتجعل كنيسة، أو بيت نار، أو لبيع الخمر، أو للقمار... شرط ذلك في العقد، أو لا إذا دلّت عليه القرائن، ولو اکتري ذمي من مسلم دارًا ليسكنها فأراد بيع الخمر فيها فلصاحب الدار منعه من ذلك لأنه معصية»؛ وقد ورد مثل ذلك في كثير من كتب الحنابلة^(٢).

المذهب الحنفي:

جاء في كثير من كتب الحنفية أنه «لا يجوز الاستئجار لأجل المعاصي»^(٣).

ولكن بعض كتب الحنفية نقلت فروعًا يفهم منها جواز تأجير العقار لذلك عند أبي حنيفة، وبعض أتباعه.

ومن ذلك ما جاء في «الفتاوى الهندية»^(٤) حيث ورد فيها ما نصه:

«إذا استأجر الذمي من المسلم بيتًا لبيع فيه الخمر جاز عند أبي حنيفة رحمته الله خلافًا لهما، كذا في المضمورات...

ذمي استأجر دارًا من مسلم فاتخذها مصلى لنفسه لم يمنع؛ لأنه ليس في

(١) ج ٣، ص ٥٥٩.

(٢) ينظر في ذلك: المحرر، ج ١، ص ٣٥٦، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٣١٤، المبدع، ج ٥،

ص ٧٤، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٣٥٨، الروض المربع، ج ٥، ص ٣٠٣.

(٣) مختصر القدوري، ج ٢، ص ١٠٠، تحفة الفقهاء، ج ٢، ص ٣٥٧، الهداية، ج ٧،

ص ١٨٠، الدر المختار، ج ٦، ص ٥٥، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٣٨٤.

(٤) ج ٤، ص ٤٤٩ - ٤٥٠.

اتخاذها مصلى لنفسه إحداث بيعة، ولا إظهار شيء من شعائر دينهم في أمصار المسلمين.

وإن اتخذها مصلى للجماعة فلصاحبها منعه، وكذلك لو أراد بيع الخمر فيها؛ لأن هذه أشياء يمنع عن إظهارها في بلاد المسلمين. ولو كان بالسواد لا يمنع.

وقال محمد بن سلمة البلخي: ما ذكره محمد رحمته الله في سواد العراق، فإن عامة أهلها في ذلك الزمان، أهل الذمة، وأما في سواد خرسان فإنهم يمنعون عن ذلك، لأن الغالب فيه المسلمون.

وقال غيره من مشايخنا: لا يمنعون من ذلك في سواد خرسان، كذا في محيط السرخسي.

وقد نقل ابن قدامة في «المغني»^(١) نحو هذا عن أبي حنيفة، واختلاف أصحابه في تأويل قوله، فقال:

«لا يجوز للرجل إجارة داره لمن يتخذها كنيسة، أو بيعة، أو يتخذها لبيع الخمر أو القمار، وبه قال الجماعة.

وقال أبو حنيفة: إن كان بيتك في السواد فلا بأس أن يؤجره لذلك، وخالفه أصحابه، واختلف أصحابه في تأويل قوله».

الأدلة على تحريم تأجير العقار لكل ما يقصد به الحرام:

استدل على تحريم تأجير العقار لاستغلاله في منفعة محرمة بأدلة منها:

الدليل الأول: قوله تعالى: ﴿وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾^(٢).

(١) ج ٥، ص ٥٥٢.

(٢) سورة المائدة، آية: ٢.

وجه الدلالة من الآية:

أنّ هذا نهْيٌ، والنهي يقتضي التحريم^(١)، وتأجير العقار ممن يتخذه لذلك فيه إعانة على المعصية^(٢)، وما أدى إلى المحرم فهو محرم.

الدليل الثاني: ما روى أنس رضي الله عنه قال: «لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم الخمر، وعاصرها، ومعتصرها، وحاملها، والمحمولة إليه، وشاربها، وبائعها، ومبتاعها وساقها، وأشار إلى كل معاون عليها، ومساعد فيها»^(٣). أخرجه الترمذي^(٤)، وقال: قد روي هذا الحديث عن ابن عباس^(٥)، وابن عمر^(٦)، عن النبي صلى الله عليه وسلم.

وجه الدلالة من الحديث:

أنّ النبي صلى الله عليه وسلم قد لعن الخمر من وجوه، وأن من عاون عليها، وساعد فيها، فهو ملعون، ولا شك أن من أجر عقاره لمن يتخذه مقرّاً لبيع الخمر، فقد ساعد في ذلك، ويلحق بالخمر كل معصية لله تعالى.

(١) المغني، ج ٤، ص ٢٤٥.

(٢) كشف القناع، ج ٣، ص ٥٥٩.

(٣) المغني، ج ٤، ص ٢٤٥.

(٤) أخرجه الترمذي في: باب النهي أن يتخذ الخمر خللاً، من أبواب البيوع، (عارضه الأحوذى، ج ٥، ص ٢٩٥)، وأخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب الأشربة، باب: لعنت الخمر على عشرة أوجه، ج ٢، ص ١١٢٢، رقم الحديث: ٣٣٨١.

(٥) أخرجه الإمام أحمد في: المسند، ج ١، ص ٣١٦.

(٦) أخرجه ابن ماجه في: سننه، كتاب الأشربة، باب لعنت الخمر على عشرة أوجه، ج ٢، ص ١١٢١، حديث رقم ٣٣٨٠.

وأخرجه أحمد في: مسنده، ج ٢، ص ٧١، والبيهقي في: سننه، ج ٨، ص ٢٨٧، والحاكم في: المستدرک، ج ٤، ص ١٤٤ - ١٤٥، وقال: حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي في التلخيص، والحديث صححه الألباني في: إرواء الغليل، ج ٥، ص ٣٦٤ - ٣٦٥، حديث رقم: ١٥٢٩.

الدليل الثالث: أن الاستئجار للمحرم، هو استئجار على معصية، والمعصية لا تستحق بالعقد، فإنه لو استحققت به، لكان وجوب ما يستحق به عقاباً مضافاً إلى الشرع، وهو باطل^(١).

الدليل الرابع: أنه فعل محرم فلم تجز الإجارة عليه قياساً على إجارة عبده للفجور^(٢).

الدليل الخامس: أن المنفعة المحرمة مطلوب إزالتها، وصحة الإجارة تنافيتها؛ إذ المنفعة المحرمة لا تقابل بالعوض في البيع، فكذا في الإجارة^(٣).

ومما سبق يتضح: أنه لا يجوز تأجير العقار لمنفعة محرمة.

وبالله التوفيق...

المطلب الثالث: تأجير العقار المشتمل على شجر:

سبق في أول الكلام عن «الشرط الثالث» أن ذكرت: أن المنفعة يشترط أن تكون مباحة يمكن استيفاؤها مع بقاء العين، وأن عقد الإجارة في الأصل هو: عقد على المنفعة، فإذا اشتمل استيفاؤها على استهلاك عين، أو اشتمل العقد على منفعة مباحة، وأخرى مختلف فيها، فقد تنازع الفقهاء في ذلك.

ومن ذلك: إذا كانت الأرض تشتمل على شجر من نخل، أو غير ذلك من الشجر، أو كانت الدار تشتمل على شجر نخل وعنب، ونحو ذلك، وقد

(١) العناية، شرح الهداية، ج٧، ص١٨٠.

(٢) المغني، ج٥، ص٥٥٢، المبدع، ج٥، ص٧٤، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص٣٥٨.

(٣) المبدع، ج٥، ص٧٤، الروض المربع، ج٥، ص٣٠٣.

يكون في بعضها ثمر، وقد تثمر في مدة الإجارة، فيريد صاحب العقار تأجيره مع الشجر، فهل يصح عقد الإجارة على هذا العقار، أو لا يصح؟
اختلف الفقهاء في ذلك على أربعة أقوال:

القول الأول: لا يصح عقد الإجارة، سواء كان الشجر قليلاً، أم كثيراً، وبهذا قال: الحنفية^(١)، والشافعية^(٢)، وهو المشهور من مذهب الإمام أحمد^(٣).

القول الثاني: يصح عقد الإجارة إذا كان الشجر بقدر الثلث فأقل، وبهذا قال المالكية^(٤)، وهو قول عند الحنابلة^(٥).

القول الثالث: يصحُّ عقد الإجارة إذا كان الشجر أقل من البياض تبعاً، فإن كانا نصفين استأجر الأرض، وساقى على الشجر، وإن كان الشجر أكثر دخل البياض في المساقاة تبعاً، وبهذا قال الأوزاعي^(٦).

القول الرابع: يصحُّ استئجار العقار الذي فيه شجر، ويدخل الشجر في الإجارة، سواء قلَّ الشجر أو كثر، وبهذا قال ابن عقيل من الحنابلة^(٧)،

-
- (١) بدائع الصنائع، ج ٤، ص ١٩٢، الفتاوى الهندية، ج ٤، ص ٤٤٧، القواعد النورانية الفقهية، ص ١٣٨، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ج ٣، ص ٢٢٠.
- (٢) الأم، ج ٤، ص ١٨، فتح العزيز، ج ١٢، ص ٢٣٨، الأنوار لأعمال الأبرار، ج ١، ص ٥٩٢، الاستخراج لأحكام الخراج، ص ٤٧.
- (٣) المحرر، ج ١، ص ٣٥٦، القواعد النورانية، ص ١٣٨، الفروع، ج ٤، ص ٤١٦، المبدع، ج ٥، ص ٥٧، حاشية المقنع، ج ٢، ص ١٩٣.
- (٤) المدونة، ج ٤، ص ٥٠٥، مختصر خليل، ج ٧، ص ٤٩٦ - ٤٩٧، التاج والإكليل، ج ٥، ص ٤٢٢، الاستخراج لأحكام الخراج، ص ٤٧، ٥٠، الفروع، ج ٤، ص ٤١٦.
- (٥) القواعد النورانية الفقهية، ص ١٣٨، ١٤٣.
- (٦) الاستخراج لأحكام الخراج، ص ٥٠.
- (٧) القواعد النورانية الفقهية، ص ١٤٠، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ج ٣٠، ص ٢٢٤، الفروع، ج ٤، ص ٤٤٦، الاستخراج لأحكام الخراج، ص ٤٩ - ٥٠، المبدع، ج ٥، ص ٥٧.

وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية^(١)، وقد نصَّ على صحة ذلك، في: «الإقناع»^(٢)، و«كشاف القناع»^(٣).

الأدلة

أدلة القول الأول:

استدلوا بأدلة منها:

الدليل الأول: ما رواه عبد الله بن عمر رضي الله عنهما: «أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها، نهى البائع والمبتاع». متفق عليه^(٤).

وجه الدلالة من الحديث:

أن مالك العقار إذا أجَّره، وفيه شجر، فقد باع من المستأجر الثمر قبل أن يخلق، وهذا يدخل في عموم النهي عن بيع الثمر قبل أن يبدو صلاحه^(٥).

المناقشة:

نوقش الاستدلال بهذا الحديث على المنع من وجهين:

أحدهما: أن النهي لم يشمل بلفظه المسألة المتنازع عليها؛ لأن نهيه ﷺ عن بيع الثمر انصرف إلى البيع المعهود عن المخاطبين، وما كان مثله؛ لأن

(١) القواعد النورانية الفقهية، ص ١٤٣، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ج ٣٠،

ص ٢٤١، الفروع، ج ٤، ص ٤١٧، الاستخراج لأحكام الخراج، ص ٥١ - ٥٢.

(٢) جاء في «الإقناع»، ج ٢، ص ٢٨٠، قوله: «وتصح إجارة أرض وشجر فيها لحملها».

(٣) جاء في: «كشاف القناع»، ج ٣، ص ٥٤٣، قوله: «وتصح إجارة الأرض وشجر فيها لحملها، أي حمل الشجر، وهو ثمرها وورقها ونحوه.. وجوزه ابن عقيل تبعاً للأرض، ولو كان الشجر أكثر، واختاره الشيخ تقي الدين، وصاحب الفائق».

(٤) صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها، ج ٣، ص ١٠٠، ومسلم في صحيحه: كتاب البيوع، باب النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها، ج ١٠، ص ١٧٧ - ١٧٨، (صحيح مسلم بشرح النووي).

(٥) المدونة، ج ٤، ص ٥٠٦، القواعد النورانية الفقهية، ص ١٣٨ - ١٣٩.

لام التعريف تنصرف إلى ما يعرفه المخاطبون، فلم يتناوله دليل الحرمة فيبقى على الحل^(١).

والثاني: إن سلمنا العموم اللفظي، لكن ليست مراده، بل هي مخصوصة بالأدلة الدالة على الإباحة، فإن هذا العموم مخصوص بالسنة والإجماع؛ حيث قال النبي ﷺ: «من ابتاع نخلاً لم يؤبر فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع». متفق عليه^(٢)، فجعلها للمبتاع إذا اشترطها بعد التأبير، والعموم المخصوص بالنص أو الإجماع يجوز أن يخص منه صورة في معناه، فنخصص منه محل النزاع بالأدلة الدالة على صحة العقد فيها^(٣).

الدليل الثاني: ما رواه جابر رضي الله عنه: من نهى النبي ﷺ عن بيع المعاومة^(٤)، وفي لفظ: «عن بيع السنين» أخرجه مسلم^(٥)، وغيره.

وجه الدلالة من الحديث:

أنه إذا أكره الأرض والشجر فقد باعه الثمر قبل أن يخلق، وباعه سنة، أو سنتين، وهذا هو الذي نهى عنه النبي ﷺ^(٦).

(١) القواعد النورانية الفقهية، ص ١٥٥.

(٢) سبق تخرجه، ص ٤٢٥.

(٣) القواعد النورانية الفقهية، ص ١٥٥ - ١٥٨.

(٤) المعاومة: قال النووي في شرح مسلم، ج ١٠، ص ١٩٣، في تفسيرها: ما نصه: «أما النهي عن بيع المعاومة، وهو بيع السنين فمعناه: أن يبيع ثمر الشجرة عامين أو ثلاثة أو أكثر، فيسمى بيع المعاومة وبيع السنين».

(٥) الحديث أخرجه مسلم في: كتاب البيوع، باب النهي عن المحاقلة والمزابنة.. ج ١٠، ص ١٩٥، بشرح النووي، وأحمد في: المسند، ج ٣، ص ٣٦٤، والنسائي في: سننه، كتاب البيوع، باب النهي عن بيع الثنيا حتى تعلم، ج ٧، ص ٢٩٦، وابن ماجه في سننه، كتاب التجارات، باب بيع الثمار سنين والجائحة، ج ٢، ص ٧٤٧، حديث رقم: ٢٢١٨، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب البيوع، باب من باع ثمر حائطه واستثنى منه مكيلة مسماه فلا يجوز، ج ٥، ص ٣٠٤.

(٦) القواعد النورانية الفقهية، ص ١٣٩، وينظر في ذلك: بداية المجتهد، ج ٢، ص ١٤٩.

المناقشة :

نوقش بأن: نهيه ﷺ عن بيع السنين هو: أن يبتاع المشتري الثمرة التي يستثمرها ربُّ الشجرة، وأما اكتراء الأرض والشجرة حتى يستثمرها، فلا يدخل هذا في البيع المطلق، وإنما هو نوع من الإجارة^(١).

الدليل الثالث: أن تأجير العقار المشتمل على الشجر يقتضي أن الأعيان معقود عليها في الإجارة، والإجارة إنما هي عقد على المنافع، لا على الأعيان، وإنما جازت إجارة الظئر على خلاف القياس^(٢).

المناقشة :

ناقش ابن تيمية هذا الاستدلال فقال:

«الجواب من وجهين:

أحدهما: أن تقبيل الأرض والشجر ليس هو عقد على عين، وإنما هو بمنزلة إجارة الأرض للآذراع، فالعين هي مقصود المستأجر، فإنه إنما يستأجر الأرض ليحصل له الزرع، لكن العقد ورد على المنافع التي هي شبه هذه الأعيان.

الوجه الثاني: أن يقال لا نسلم أن إجارة الظئر على خلاف القياس، وكيف يقال: وليس في القرآن إجارة منصوطة في شريعتنا إلا إجارة الظئر بقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَوَأُوْهُنَّ أُجُورُهُنَّ﴾؟

وإنما ظنُّ من ظنَّ أنها خلاف القياس؛ حيث توهم أن الإجارة لا تكون إلا على منفعة، وليس الأمر كذلك، بل الإجارة تكون على كل ما يستوفى

(١) القواعد النورانية الفقهية، ص ١٥٨.

(٢) بدائع الصنائع، ج ٤، ص ١٧٣، ١٩٢، روضة الطالبين، ج ٥، ص ١٧٨، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ج ٣٠، ص ٢٢٩.

مع بقاء أصله، سواء كانت عيناً أو منفعة، فلمَّا كان لبن الظئر يستوفى مع بقاء الأصل، ونقع البئر يستوفى مع بقاء الأصل، جازت الإجارة عليه، كما جازت على المنفعة؛ فإن هذه الأعيان يحدثها الله شيئاً بعد شيء وأصلها باقٍ، كما يحدث الله المنافع شيئاً بعد شيء، وأصلها باقٍ^(١).

أدلة القول الثاني:

استدلَّ أصحاب القول الثاني بذات الأدلة التي استدل بها أصحاب القول الأول، فلا داعي لإعادتها هنا.

وأما التفريق بين ما كان أقلَّ من الثلث أو أكثر، فقالوا في الاستدلال عليه:

إن الضرر اليسير يحتمل في العقود، كما لو ابتاع النخل وعليها ثمر لم يؤبر، أو أبر ولم يبد صلاحه، فإنه يجوز، وإن لم يجز إفراده بالعقد^(٢).

وأما التنصيص على الثلث، فقد قال ابن رشد عنه:

«مذهب الإمام مالك رحمته الله أن كل ما يفترق قليله من كثيره فثلثه يسير»^(٣).

وأما القول الثالث:

فلعلَّ دليله أن الشجر إذا كان أقل من البياض كان تبعاً، ويغتفر في التابع، ما لا يغتفر في المتبوع.

(١) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ج ٣٠، ص ٢٢٩ - ٢٣٠.

(٢) القواعد النورانية، ص ١٣٩.

(٣) منح الجليل، ج ٧، ص ٤٩٨، واستثنوا من هذه القاعدة ثلاثة أشياء: الجوائح، ومعاقل المرأة الرجل، وما تحمله العاقلة من الدية.

دليل القول الرابع :

أن الحاجة داعية إلى إجارة الأرض أو الدار التي فيها شجر؛ لأن أفراد العقار بالإجارة دون الشجر متعذر، أو متعسر؛ حيث إن المستأجر قد لا يتبرع بسقي الشجر، وقد لا يساقي عليه، فصح عقد الإجارة دفعًا لهذه الحاجة، وقياسًا على صحة المزارعة تبعًا للمساواة عند الفقهاء الذين يقولون بعدم صحة المزارعة^(١).

الترجيح :

لعلّ الراجع هو القول الرابع، لوجاهة ما علّل به له. ولأنه قد أمكن مناقشة ما استدل به للمخالفين.

ولأن في الأخذ به مصلحة ظاهرة خاصة في هذا العصر.

وقد رجّح شيخ الإسلام ابن تيمية رحمته الله هذا القول، ونصره بأدلة كثيرة، وقال: «إن هذا القول كالإجماع من السلف، وإن كان المشهور عن الأئمة المتبوعين خلافه»^(٢).

ومما استدل به ابن تيمية لذلك، الأدلة التالية :

الدليل الأول: ما رواه سعيد بن منصور عن عروة: «أن أسيد بن حضير توفي وعليه ستة آلاف درهم، فدعا عمر بن الخطاب غرماءه، فقبلهم أرضه سنين، وفيها النخل والشجر»^(٣).

(١) القواعد النورانية، ص ١٤٠، الاستخراج لأحكام الخراج، ص ٥٠.

(٢) القواعد النورانية، ص ١٤٠.

(٣) القواعد النورانية، ص ١٤٠، وقد ورد معنى هذه القصة في: أسد الغابة في معرفة الصحابة، ج ١، ص ١١٣، ترجمة رقم: ١٧٠، وفي الإصابة في تمييز الصحابة، ج ١، ص ٤٨، ترجمة رقم: ١٨٣، ولم يتيسر لي وجود هذا الأثر في: المطبوع في سنن سعيد بن منصور.

قال شيخ الإسلام ابن تيمية رحمته الله مبيّنًا وجه الاستدلال، وأنه لا يمكن حمل فعل عمر على أن الشجر كان قليلًا:

«ما ذكرناه من فعل عمر في قصة أسيد بن الحضير، فإنه قبل الأرض والشجر الذي فيها بالمال الذي كان للغرماء، وهذا عين مسألتنا، ولا يحمل ذلك على أن النخل والشجر كان قليلًا، فإنه من المعلوم أن حيطان أهل المدينة كان الغالب عليها الشجر.. ثم هذه القصة لا بد أن تشتهر، ولم يبلغنا أن أحدًا أنكرها، فيكون إجماعًا»^(١).

الدليل الثاني: ما فعله عمر بن الخطاب رضي الله عنه من ضرب الخراج على أرض السواد وغيرها، فأقرّ الأرض التي فيها النخل والعنب في أيدي أهل الأرض، وجعل على كل جريب من جرب الأرض السواد، والبيضاء، خراجًا مقدّرًا، فهذه المخارجة تجري مجرى المؤاجرة؛ لأن الخراج أجرة الأرض، فهذا بعينه إجارة الأرض السوداء التي فيها شجر، وهو مما أجمع عليه عمر والمسلمون في زمانه وبعده^(٢).

الدليل الثالث: ما ذكره شيخ الإسلام ابن تيمية رحمته الله من أن صحة الإجارة في هذه المسألة هو مبني على أصلين، حيث قال: «وهذه المسألة لها أصلان:

الأصل الأول: أنه متى كان بين الشجر أرض، أو مساكن، دعت الحاجة إلى كرائهما جميعًا، فيجوز، لأجل الحاجة، وإن كان في ذلك غرر يسير، ولا سيما إن كان البستان وقفًا، أو مال يتيم، فإن تعطيل منفعته لا يجوز، وإكراء الأرض، أو المسكن وحده لا يقع في العادة، ولا يدخل

(١) القواعد النورانية ص ١٤٠.

(٢) القواعد النورانية الفقهية، ص ١٤٠، وينظر فعل عمر في أرض الخراج في: كتاب الخراج ليحيى بن آدم، ص ١٦٥، والأموال لأبي عبيد، ص ٦٩.

أحد في إجارته على ذلك، وإن اكتراه، اكتراه بنقص كثير عن قيمته وما لا يتم المباح إلا به فهو مباح، فكل ما ثبت إباحته بنص أو إجماع وجب إباحة لوازمه، إذا لم يكن في تحريمها نص ولا إجماع، وأيضاً فمتى أكرت الأرض وحدها وبقي الشجر لم يكن المكتري مأموناً على الثمر، فيفضي إلى اختلاف الأيدي وسوء المشاركة...

الأصل الثاني: أن يقال: إكراء الشجر للاستثمار يجري مجرى إكراء الأرض للازدراع، واستئجار الظئر للرضاع، وذلك: أن الفوائد التي تستحق مع بقاء أصولها تجري مجرى المنافع، وإن كانت أعياناً، وهي ثمر الشجر، ولبن الآدميات، والبهائم والصوف، والماء العذب، فإنه كلما خلق من هذه شيء فأخذه، خلق الله بدله مع بقاء الأصل، كالمنافع سواء^(١).

وقد بين شيخ الإسلام ابن تيمية أن المانعين من عقد هذه الإجارة: «هم بين محتمل على جوازه، ومرتكب لما يظن أنه حرام، وصابر ومتضرر، فإن الكوفيين احتالوا على الجواز: تارة بأن يؤجر الأرض فقط، ويبيحه ثمر الشجر.. وتارة بأن يكرهه الأرض بجميع الأجرة ويساقيه على الشجر بالمحابة.. والذين لا يحتالون أو يحتالون، وقد ظهر لهم فساد هذه الحيلة، بين أمرين: إمّا أن يفعلوا ذلك للحاجة، ويعتقدون أنهم فاعلون للمحرم، كما رأينا عليه أكثر الناس، وإمّا أن يتركوا ذلك ويتركوا تناول الثمار الداخلة في هذه المعاملة، فيدخل عليهم من الضرر والإضرار ما لا يعلمه إلا الله، وإن أمكن أن يلتزم ذلك واحد أو اثنان، فما يمكن المسلمين التزام ذلك إلا بفساد الأموال الذي لا تأتي به شريعة قط، فضلاً عن شريعة قال الله فيها: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾^(٢)، وقال تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ

(١) القواعد النورانية الفقهية، ص ١٤٧ - ١٤٩.

(٢) سورة الحج، آية: ٧٨.

الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ ﴿١﴾ ... فكلُّ ما لا يتمُّ المعاش إلا به فتحريمه
حرج، وهو منتف شرعاً ﴿٢﴾.
وبالله التوفيق...

(١) سورة البقرة، آية: ١٨٥.

(٢) القواعد النورانية الفقهية، ص ١٤١ - ١٤٣.

الفصل الثاني

تأجير العقار لمدة طويلة وتصرف المالك قبل انقضائها

وفيه مبحثان :

المبحث الأول: تأجير العقار مدة طويلة.

المبحث الثاني: تصرف مالك العقار في المنافع قبل

انقضاء مدة الإجارة.



المبحث الأول

تأجير العقار مدة طويلة

يشترط في الإجارة أن تكون المدة معلومة؛ لأن المدة هي الضابطة للمعقود عليه، المعرفة له، فاشترط العلم بها كعدد المكيلات فيما بيع بالكيل^(١). ولكن هل يصح عقد الإجارة - ومنه تأجير العقار - مدة طويلة، أو لا يصح؟

اختلف الفقهاء في ذلك على أقوال:

القول الأول: يصح عقد الإجارة على مدة معلومة، وإن طالت، بشرط أن يغلب على الظن بقاء العين فيها، وهذا هو المذهب عند الحنفية^(٢)، وبه

(١) المبدع، ج ٥، ص ٨٤، كشف القناع، ج ٤، ص ٥.

(٢) بدائع الصنائع، ج ٤، ص ١٨١، الهداية، ج ٧، ص ١٥٠، البحر الرائق، ج ٧، ص ٢٩٩، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٣٦٩، الفتاوى الهندية، ج ٤، ص ٤١٥، أما الوقف فقد اختلف فيه الحنفية، فقال المتقدمون منهم: يصح تأجيره مطلقاً، أي مدة كانت، وتعرض المتأخرون منهم لتقديرها، فمنهم من قال: لا يجوز أكثر من سنة واحدة، ومنهم من قال: لا يجوز في إجارة الأراضي أكثر من ثلاث سنين، وفي غيرها لا يزداد على سنة واحدة، ومنهم: من سوى بين الأرض وغيرها، ولا يزداد في ذلك كله عن ثلاث سنوات، ومنهم من قال: لا يزداد عن سنة واحدة إلا لأمر عارض. ينظر في ذلك: البحر الرائق، ج ٧، ص ٢٩٩، أنفع الوسائل، ص ١٩٨، الاختيار لتعليل المختار المجلد الثاني، ج ٣، ص ٤٧، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٣٧٠.

قال المالكية^(١)، وهو أصح الأقوال عند الشافعية^(٢)، وهو المذهب عند الحنابلة^(٣).

القول الثاني: يصح عقد الإجارة مدة طويلة بشرطين: أن يغلب على الظن بقاء العين فيها، وبقاء المؤجر والمستأجر إلى نهاية هذه المدة، وبهذا قال بعض الحنفية^(٤)، وقد أشار إليه بعض الحنابلة^(٥)، وهو مذهب الظاهرية^(٦).

- (١) المدونة، ج ٤، ص ٤٣٣، مقدمات ابن رشد، ج ٢، ص ٦٦٤، الكافي في فقه أهل المدينة، ج ٢، ص ٧٤٦، التاج والإكليل، ج ٥، ص ٤٠٨، مواهب الجليل، ج ٥، ص ٤٠٩، منح الجليل، ج ٧، ص ٤٦١.
- (٢) المذهب، ج ١، ص ٣٩٨، الوجيز، ج ١، ص ٢٣٢، فتح العزيز، ج ١٢، ص ٣٢٥، روضة الطالبين، ج ٥، ص ١٩٦، تحفة المحتاج، ج ٦، ص ١٧١، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٣٤٩، نهاية المحتاج، ج ٥، ص ٣٠٢، قال في روضة الطالبين، ج ٥، ص ١٩٦: «وحتى وجه أنه يجوز أن يؤجرها مدة لا تبقى فيها العين غالباً.. وحكم الوقف في مدة الإجارة حكم الطلق، قال المتولي: إلا أن الأحكام اصطلاحوا على منع إجارته أكثر من ثلاث سنين، وهذا الاصطلاح، غير مطرد، وفي أمالي السرخسي: أن المذهب منع إجارة الوقف أكثر من سنة إذا لم تمس إليه حاجة لعامة وغيرها، وهو غريب».
- (٣) المقنع، ج ٢، ص ٢٠٥، المغني، ج ٥، ص ٤٣٧، المحرر، ج ١، ص ٣٥٧، الفروع، ج ٤، ص ٤٣٧، الإنصاف، ج ٦، ص ٤٠، الإقناع، ج ٢، ص ٢٩٦، المبدع، ج ٥، ص ٨٥، كشف القناع، ج ٤، ص ٥، الروض المربع، ج ٥، ص ٣١٦ - ٣١٧، وقال فيه: «ولا فرق بين الوقف والملك.. وليس لو كبل مطلق إجارة مدة طويلة، بل العرف كسنتين ونحوهما، قاله الشيخ تقي الدين»، وقال في الإنصاف، ج ٦، ص ٤١، بعد نقله كلام شيخ الإسلام ما نصه: «قلت: الصواب الجواز إن رأى في ذلك مصلحة، وتعرف بالقرائن، والذي يظهر: أن الشيخ تقي الدين لا يمنع».
- (٤) العناية شرح الهداية، ج ٧، ص ١٥٠، البحر الرائق، ج ٧، ص ٢٩٩، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٣٦٩.
- (٥) قال في الفروع، ج ٢، ص ٤٣٧، بعد حكاية الأقوال في مدة الإجارة: «وظاهره: ولو ظن عدم العاقد، ولو مدة لا يظن فناء الدنيا فيها».
- وفي طريقة بعض أصحابنا في السلم: «الشرع يراعي الظاهر، ألا ترى لو شرط أجلاً تفي به مدته صح، ولو اشترط مائتين أو أكثر لم يصح»، وقد نقل ذلك عنه: المرداوي في: الإنصاف، ج ٦، ص ٤١.
- (٦) المحلى، ج ٩، ص ١٣.

القول الثالث: لا يصح عقد الإجارة أكثر من سنة، وهو أحد الأقوال عند الشافعية^(١)، وبه قال بعض الحنابلة^(٢).

القول الرابع: لا يصح عقد الإجارة أكثر من ثلاثين سنة، وهو أحد الأقوال عند الشافعية^(٣)، وقول عند الحنابلة^(٤).

القول الخامس: لا يصح عقد الإجارة أكثر من ثلاث سنين، ذكره بعض الشافعية^(٥)، وبعض الحنابلة^(٦).

الأدلة

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب القول الأول بالأدلة التالية:

الدليل الأول: قوله تعالى: حكاية عن شعيب عليه السلام، مع موسى عليه السلام: ﴿قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أَنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ عَلَيَّ أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَنِي حِجَابٍ فَإِنْ أَتَمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِنْدِكَ﴾^(٧).

وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يقم الدليل على نسخه^(٨).

(١) المهذب، ج ١، ص ٣٩٨، الوجيز، ج ١، ص ٢٣٢، فتح العزيز، ج ١٢، ص ٣٢٣، روضة الطالبين، ج ٥، ص ١٩٦، المنهاج، ج ٢، ص ٣٤٩، تحفة المحتاج، ج ٦، ص ١٧٣، رحمة الأمة في اختلاف الأئمة، ص ٨٦.

(٢) الشرح الكبير، ج ٣، ص ٣٢٣، الفروع، ج ٤، ص ٤٣٧، الإنصاف، ج ٦، ص ٤٠.

(٣) المهذب، ج ١، ص ٣٩٨، الوجيز، ج ١، ص ٢٣٢، فتح العزيز، ج ١٢، ص ٣٢٣، روضة الطالبين، ج ٥، ص ١٩٦، المنهاج، ج ٢، ص ٣٤٩، تحفة المحتاج، ج ٦، ص ١٧٣، رحمة الأمة في اختلاف الأئمة، ص ١٩٦.

(٤) الشرح الكبير، ج ٣، ص ٣٢٣، الفروع، ج ٤، ص ٤٣٧، الإنصاف، ج ٦، ص ٤٠.

(٥) روضة الطالبين، ج ٥، ص ١٩٦.

(٦) الفروع، ج ٤، ص ٤٣٧، الإنصاف، ج ٦، ص ٤٠.

(٧) سورة القصص، آية: ٢٧.

(٨) المغني، ج ٥، ص ٤٣٧، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٣٢٣.

الدليل الثاني: ما رواه الإمام مالك رحمته الله في موطنه^(١): أنه بلغه أن عبدالرحمن بن عوف رضي الله عنه تكارى أرضاً ولم تزل بيده حتى مات، قال ابنه: ما كنت أراها إلا له من طول ما مكثت بيده، حتى ذكرها عند موته، وأمرنا بقضاء شيء، يعني عليه من كرائها من ذهب أو ورق.

وجه الدلالة من هذا الأثر:

دلّ هذا الأثر على أن عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه قد استأجر الأرض مدةً طويلة، حتى ظن ابنه أن الأرض ملك لأبيه، وليست مستأجرة، فلو كانت الإجارة الطويلة غير جائزة لما فعلها عبد الرحمن رضي الله عنه.

الدليل الثالث: أن ما صحَّ العقد عليه سنة، صح أكثر منها، قياساً على بيع الأجل^(٢)؛ إذ الإجارة نوع من البيع، وقياساً على المساقاة على شجر يخرسه، ويعمل عليه حتى يثمر^(٣).

الدليل الرابع: أن المدة إذا كانت معلومة، كان قدر المنفعة فيها معلوماً، فصحت الإجارة وإن كانت المدة طويلة، لكونها معلومة، ولتحقق الحاجة إليها^(٤).

أدلة القول الثاني:

أصحاب القول الثاني يتفقون مع أصحاب القول الأول في صحة عقد

(١) جامع الأصول في أحاديث الرسول، ج ١١، ص ٢٦، قال محققة: عبد القادر الأرنؤوط: أخرجه مالك بلاغاً في الموطأ، باب ما جاء في كراء الأرض، وإسناده منقطع.

(٢) المهذب، ج ١، ص ٣٩٨، المغني، ج ٥، ص ٤٣٧، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٣٢٤.

(٣) المغني، ج ٥، ص ٤٣٧، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٣٢٤، حاشية الروض المربع، ج ٥، ص ٣١٦.

(٤) الهداية، ج ٧، ص ١٥٠.

الإجارة مدة معلومة تبقى العين المؤجرة فيها غالباً، وعلى هذا فأدلة القول الأول تكون أدلة لهم على ذلك.

أما اشتراط كون مدة الإجارة مما يمكن فيها بقاء المؤجر والمستأجر، فقد استدلوا له بدليلين:

الدليل الأول: أن عقد الإجارة على مدة يتيقن فيها موت أحد العاقدين، هو عقد على منفعة لا يملكها العاقدين؛ وذلك لأن المنفعة تنتقل بعد موت العاقد إلى ورثته، فلا يستحق المستأجر استيفاءها، لأنه ما عقد مع الوارث، وإذا مات المستأجر لم يمكن إيجاب الأجر في تركته، فالعقد على مدة يتيقن فيها موت أحد العاقدين، هو عقد على شيء لا يملكه العاقد، وذلك لا يجوز^(١).

المناقشة:

يمكن مناقشة هذا الاستدلال بما ذكره ابن قدامة عن عقد الإجارة، أنه عقد لازم لا يفسخ بموت أحد العاقدين؛ حيث قال:

«ولنا: أنه عقد لازم، فلا يفسخ بموت العاقد مع سلامة المعقود عليه، كما لو زوج أمته ثم مات، وما ذكروه لا يصح: فإننا قد ذكرنا أن المستأجر قد ملك المنافع، وملكت عليه الأجرة كاملة وقت العقد، ثم يلزمهم ما لو زوج أمته ثم مات، ولو صح ما ذكروه لكن وجوب الأجر ههنا بسبب من المستأجر، فوجب في تركته بعد موته، كما لو حفر بئراً فوقع فيها شيء بعد موته ضمنه من ماله؛ لأن سبب ذلك كان منه في حال الحياة، كذا ههنا»^(٢).

الدليل الثاني: أنه إذا عقد الإجارة على مدة لا يعيش أحد العاقدين إلى

(١) المحلى، ج ٩، ص ١٤، المغني، ج ٥، ص ٤٦٨.

(٢) المغني، ج ٥، ص ٤٦٨.

مثلها عادة فلا يصح؛ لأن الغالب كالمتيقن في حق الأحكام، فصارت الإجارة مؤبدة معنًى، والتأيد يبطلها^(١).

المناقشة:

ناقش هذا الاستدلال صاحب «العناية»^(٢) بعد إيراد له فقال: «العبارة في هذا الباب بصيغة كلام المتعاقدين، وأنه يقتضي التوقيت، ولا معتبر بموت المتعاقدين، أو أحدهما، قبل انتهاء المدة؛ لأنه قد يتحقق في مدة يعيش إليها الإنسان غالباً، ولم يعتبر، كما إذا تزوج امرأة إلى مائة سنة فإنه متعة، ولم يجعل بمنزلة التأيد ليصح النكاح، وإن كان لا يعيش إلى هذه المدة غالباً، وجعل ذلك نكاحاً مؤقتاً اعتباراً للصيغة».

دليل القول الثالث:

استدلوا على صحة الإجارة إذا كانت المدة سنة ولا يزداد على السنة بأن:

عقد الإجارة هو عقد على غرر، وذلك لأن المنفعة المعقود عليها غير موجودة وقت العقد، وإنما توجد في المستقبل شيئاً فشيئاً، ولكن رخص في عقد الإجارة للحاجة، والحاجة تندفع بالتجوز سنة، لأنها مدة تنظيم الفصول، وتكرر فيها الزرع والثمار، وتتكامل فيها منافع الأعيان، والمنافع التي يحصل عليها المستأجر بعد نهاية السنة تكون في حكم الشيء المتكرر^(٣).

(١) العناية شرح الهداية، ج ٧، ص ١٥٠، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٣٦٨.

(٢) ج ٧، ص ١٥٠.

(٣) المهذب، ج ١، ص ٣٩٨، فتح العزيز، ج ١٢، ٣٢٣، نهاية المحتاج، ج ٥، ص ٣٠٣، المغني، ج ٥، ص ٤٣٧.

المناقشة:

نوقش بأنه: إذا كان المانع هو: الجهالة والغرر، فلا جهالة ولا غرر؛ لأن المدة إذا كانت معلومة كان قدر المنفعة معلومًا. وإذا كان المانع هو عدم الحاجة، فالحاجة قد تدعو إلى ذلك^(١).

ولأن ما جاز العقد عليه سنة، جاز أكثر منها كالبيع إلى أجل^(٢)، والتقدير بسنة تحكُّم لا دليل عليه، وليس ذلك أولى من التقدير بزيادة عليه، أو نقصان منه^(٣).

دليل القول الرابع:

استدلَّ من قال: إنه لا يزداد في مدة الإجارة على ثلاثين سنة بأن: الثلاثين نصف العمر الغالب^(٤)، والغالب ظهور التغيير على الشيء بمضي هذه المدة، فلا حاجة إلى تجويز الزيادة عليها^(٥)، كما أن الغالب أن الأسعار والأجر تتغير في هذه المدة^(٦).

المناقشة:

نوقش هذا التحديد بأن:

التقدير بالثلاثين تحكُّم لا دليل عليه، وليس ذلك أولى من التقدير بزيادة عليه، أو نقصان منه^(٧).

(١) بدائع الصنائع، ج ٤، ص ١٨١.

(٢) المهذب، ج ١، ص ٣٩٨، المغني، ج ٥، ص ٤٣٧.

(٣) المغني، ج ٥، ص ٤٣٧.

(٤) المهذب، ج ١، ص ٣٩٨، فتح العزيز، ج ١٢، ص ٣٢٤، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٣٤٩.

(٥) المهذب، ج ١، ص ٣٩٨، فتح العزيز، ج ١٢، ص ٣٢٤، تحفة المحتاج، ج ٦،

ص ١٧٣، نهاية المحتاج، ج ٥، ص ٣٠٣، المغني، ج ٥، ص ٤٣٧.

(٦) المغني، ج ٥، ص ٤٣٧.

(٧) المغني، ج ٥، ص ٤٣٧، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٣٢٤.

كما يمكن مناقشته بأن: الأعيان المؤجرة منها ما يظهر عليه التغير قبل هذه المدة، ومنها ما لا يتغير غالباً في هذه المدة، فلا يصلح التحديد بالثلاثين، أن يكون ضابطاً لأقصى مدة الإجارة.

وأما تغير الأسعار والأجر فلا يصلح الاعتماد عليه في تقدير مدة الإجارة؛ لأن الأسعار والأجور تتغير في هذه المدة، وفي أكثر منها، وفي أقل منها، كما هو واقع ومشاهد.

أما القول الخامس: وهو تقدير أقصى مدة الإجارة بثلاث سنين فالذين ذكروه لم ينصوا على دليل له، ولم أطلع له على دليل.

الترجيح:

بعد عرض أقوال الفقهاء، وأدلتهم، وما أورد عليها من مناقشة، يظهر لي: أن القول الأول هو الراجح، وذلك للأسباب التالية:

السبب الأول: قوة ما استدل به لهذا القول، فهي أدلة من القرآن، والأثر، والمعقول، وقد سلمت من المناقشة - فيما اطلعت عليه - مما يجعلها صالحة لبناء الحكم عليها.

السبب الثاني: ضعف ما استدل به للأقوال الأخرى، كما ظهر ذلك في أثناء مناقشتها، كما أن منها ما ليس عليه دليل أصلاً - فيما اطلعت عليه - وذلك يجعلها لا تقوى على معارضة القول الأول.

السبب الثالث: أن وضع حد أقصى لمدة الإجارة لم يأت به نص من قرآن، أو سنة صحيحة، وما جاء به الشرع مطلقاً، يبقى على إطلاقه، وما وسع فيه الشرع لا ينبغي تضييقه.

السبب الرابع: أن تقدير أقصى مدة الإجارة بسنة، أو ثلاث، أو

ثلاثين، ونحو ذلك، لا بدّ فيه من نصّ من الشارع، فلا يجوز المصير إليه برأى مجرد، سيما وليس له أصل يرد إليه، ولا نظير يقاس عليه، فليس هذا التقدير، أو ذاك، بأولى من التقدير بالزيادة عليه، أو النقصان منه.
والله تعالى أعلم...



المبحث الثاني

تصرف مالك العقار

في المنافع قبل انقضاء مدة الإجارة

عقد الإجارة يفيد ثبوت الملك في المنفعة للمستأجر، وثبوت الملك في الأجرة للمؤجر، لأنها عقد معاوضة؛ إذ هي بيع المنفعة، فيقتضي ثبوت الملك في العوضين^(١).

وبناء على أن المنافع في مدة الإجارة هي ملك للمستأجر، فقد بين «الخرقي» أن المؤجر لا يتصرف في منفعة العقار في مدة الإجارة فقال: «ولا يتصرف مالك العقار فيه إلا عند تقضي المدة»^(٢).

قال ابن قدامة شارحًا هذا النص:

«وجملته: أن المستأجر يملك المنافع بالعقد، كما يملك المشتري المبيع بالبيع، ويزول ملك المؤجر عنها، كما يزول ملك البائع عن المبيع، فلا يجوز له التصرف فيها؛ لأنها صارت مملوكة لغيره، كما لا يملك البائع التصرف في المبيع»^(٣).

(١) بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٢٠١.

(٢) مختصر الخرقي، ص ٦٤.

(٣) المغني، ج ٥، ص ٤٥٠.

ولأنه ما لم تنقضى المدة له حق الاستيفاء، فلا تصح تصرفات المالك في محبوس بحق؛ لأنه يتعذر التسليم المستحق بالعقد^(١).

هذا هو الأساس في هذه المسألة، لكن قد يحصل أن مالك العقار يتصرف في مدة الإجارة قبل تسليمه، وقد يتصرف فيه في أثناء المدة، وقد يخرج المالك المستأجر قبل انقضاء المدة، فما الحكم في هذه الحالات؟

الجواب عن ذلك فيما يلي:

الحالة الأولى: إذا تصرف المالك في العقار المستأجر قبل تسليمه، أو امتنع من التسليم حتى انقضت مدة الإجارة انفسخت الإجارة؛ لأن العاقد قد أتلّف المعقود عليه قبل تسليمه، فانفسخ العقد، كما لو باعه طعاماً فأتلّفه قبل تسليمه.

وإن سلمه إليه في أثناء المدة انفسخت فيما مضى، ويجب أجر الباقي بالحصّة، كالمبيع إذا سلم بعضه، وأتلّف بعضاً^(٢).

الحالة الثانية: إذا تصرف مالك العقار في مدة الإجارة، ويد المستأجر على العقار، وذلك مثل أن يكتري الدار سنة، فيسكنها شهراً، ويتركها، فيسكنها المالك بقية السنة، أو يؤجرها لغيره، فقد اختلف الفقهاء في عقد الإجارة هل ينفسخ فيما استوفاه المالك أو لا؟ على قولين:

(١) الفروع، ج ٤، ص ٤٣٩.

(٢) الهداية، ج ٧، ص ١٥٧ - ١٥٨، المختار للفتوى مع الاختيار المجلد الأول، ج ٢، ص ٥٥، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٣٧١، مختصر خليل، ج ٨، ص ٣٨، ٤١، الشرح الكبير، ج ٤، ص ٥٠ - ٥١، الفقه الواضح، ج ٣، ص ١٢١، ١٢٣، روضة الطالبين، ج ٥، ص ٢٤٨، المنهاج، ج ٢، ص ٣٥٩، تحفة المحتاج، ج ٦، ص ١٩٧، المغني، ج ٥، ص ٤٥١، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٣٤٩ - ٣٥٠، الإقناع، ج ٢، ص ٣٠٩، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٣٧١، كشف القناع، ج ٤، ص ٢٥.

القول الأول: لا يفسخ العقد، وبهذا قال الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، وأحد القولين عند الشافعية^(٣)، وهو المذهب عند الحنابلة^(٤).

وعلى هذا القول تكون جميع الأجرة على المستأجر، وله على المالك أجرة المثل لما سكنه، أو تصرف فيه^(٥)، فلو كان أجر المثل الواجب على المالك بقدر المسمى في العقد لم يجب على المستأجر شيء، وإن فضلت منه فضلة لزم المالك أداؤها إلى المستأجر^(٦).

وعلّلوا لعدم انفساخ العقد بأن:

المالك تصرف فيما ملكه المستأجر عليه بغير إذنه، فأشبهه ما لو تصرف في المبيع بعد قبض المشتري له، وقبض العقار ههنا قام مقام قبض المنافع، بدليل أن المستأجر يملك التصرف في المنافع بالسكنى والإجارة وغيرها^(٧).

القول الثاني: يفسخ العقد فيما استوفاه المالك، وهو قول عند الشافعية^(٨)، والحنابلة^(٩).

فعلى هذا القول إن تصرف المالك في بعض المدة دون بعض انفسخ العقد في قدر ما تصرف فيه، دون ما لم يتصرف فيه، ويكون على المستأجر

(١) مختصر الطحاوي، ص ١٢٨.

(٢) مختصر خليل، ج ٨، ص ٣٨، ٤١، الشرح الكبير، ج ٤، ص ٥٠ - ٥١، الشرح الصغير، ج ٣، ص ٣٦٩، حاشية الدسوقي، ج ٤، ص ٥٠ - ٥١.

(٣) روضة الطالبين، ج ٥، ص ٢٤٨.

(٤) الإنصاف، ج ٦، ص ٥٨، الإقناع، ج ٢، ص ٣٠٩، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٣٧١.

(٥) الشرح الكبير للدردير، ج ٤، ص ٥١، الإنصاف، ج ٦، ص ٥٨، الإقناع، ج ٢، ص ٣٠٩، كشاف القناع، ج ٤، ص ٢٤.

(٦) المغني، ج ٥، ص ٤٥١، الإنصاف، ج ٦، ص ٥٨.

(٧) المغني، ج ٥، ص ٤٥١، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٣٤٩، كشاف القناع، ج ٤، ص ٢٤ - ٢٥.

(٨) روضة الطالبين، ج ٥، ص ٢٤٨.

(٩) المغني، ج ٥، ص ٤٥٠، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٣٤٩.

ما بقي، فلو سكن المستأجر شهراً، وتركها شهراً، وسكن المالك عشرة أشهر لزم المستأجر أجر شهرين، وإن سكنها المستأجر شهراً، وتركها، وسكن المالك شهرين، ثم تركها، فعلى المستأجر أجره عشرة أشهر^(١).

وعلل ابن قدامة لانفساخ العقد فيما استوفاه المالك فقال:

«لأنه يتصرف فيه قبل قبض المكثري له، فأشبهه ما لو تلف المكيل قبل تسليمه، وسلم باقيه»^(٢).

ويمكن مناقشة ما ذكره ابن قدامة بأن:

المنافع في مدة الإجارة صارت مملوكة للمستأجر، فهي تحدث في ملكه، وزالت عنها ملكية المالك، كما لا يملك البائع التصرف في المبيع، إلا أن يوجد منهما ما يدل على الإقالة^(٣).

وعلى هذا يترجح القول الأول، لقوة ما علل به له. والله تعالى أعلم.

الحالة الثالثة: إذا استأجر عقاراً مدة معلومة، فاستغله بعض المدة، ثم أخرج المالك، ومنعه تمام الاستغلال، فقد اختلف الفقهاء في تصرف المالك في هذه الحالة هل يسقط الأجرة كاملة أو لا؟ على قولين:

القول الأول: أن على المستأجر أجره مدة استغلاله، وتسقط عنه الأجرة فيما منعه المالك، وبهذا قال الحنفية^(٤)، والمالكية^(٥)، والشافعية^(٦)، وهو احتمال عند الحنابلة^(٧).

(١) المغني، ج ٥، ص ٤٥١، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٣٤٩.

(٢) المغني، ج ٥، ص ٤٥٠ - ٤٥١.

(٣) كشف القناع، ج ٤، ص ٢٤.

(٤) مختصر الطحاوي، ص ١٢٨، العناية شرح الهداية، ج ٧، ص ١٥٧، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٣٧١.

(٥) مختصر خليل، ج ٨، ص ٤٠ - ٤١، الشرح الكبير، ج ٤، ص ٥١، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير نفس الجزء والصفحة.

(٦) روضة الطالبين، ج ٥، ص ٢٤٨، الأنوار لأعمال الأبرار، ج ١، ص ٦٢٢.

(٧) المقنع، ج ٢، ص ٢١١، الإنصاف، ج ٦، ص ٥٩، المبدع، ج ٥، ص ١٠٠.

وعلّلوا لذلك بأن:

الأجرة في مقابلة ما استوفاه المستأجر في تلك المدة، فتلزمه قياساً على البيع إذا استوفى المشتري بعض المبيع، ومنعه المالك من استيفاء الباقي، وجب عليه مقابل ما استوفاه من الثمن، فكذلك الإجارة^(١).

القول الثاني: أن الأجرة تسقط كاملة، وهذا هو المذهب عند الحنابلة^(٢).

وعلل لذلك ابن قدامة، ورد قياس المخالفين فقال:

«ولنا: أنه لم يسلم إليه ما عقد الإجارة عليه فلم يستحق شيئاً، كما لو استأجره ليحمل كتاباً فحمله بعض الطريق، أو استأجره ليحفر له عشرين ذراعاً فحفر له عشرة، وامتنع من حفر الباقي، وقياس الإجارة على الإجارة أولى من قياسها على البيع»^(٣). والله تعالى أعلم...

(١) المغني، ج ٥، ص ٤٥١، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٣٥٠، المبدع، ج ٥، ص ١٠٠.

(٢) المقنع، ج ٢، ص ٢١١، المغني، ج ٥، ص ٤٥١، الإنصاف، ج ٦، ص ٥٩، الإقناع، ج ٢، ص ٣٠٩، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٣٧١، كشف القناع، ج ٤، ص ٢٥، الروض المربع، ج ٥، ص ٣٢٧.

(٣) المغني، ج ٥، ص ٤٥٢.

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

الفصل الثالث

تأجير المستأجر للعقار

تأجير المستأجر للعقار

مستأجر العقار له أن يستوفي المنفعة بنفسه وبغيره، فإن اكرى داراً ليسكنها، فله أن يسكنها مثله، ومن هو دونه في الضرر، ولا يسكنها من هو أضر منه^(١)، لأن إطلاق العقد يقتضي المتعارف، والمتعارف كالمشروط^(٢). ولأن له استيفاء المنفعة بنفسه ونائبه، والذي يسكنه نائب عنه في استيفاء المعقود عليه فجاز، كما لو وكل وكيلاً في قبض المبيع، أو دين له، ولم يملك فعل ما يضر بالعقار؛ لأنه فوق المعقود عليه، فلم يكن له ذلك، كما لو اشترى شيئاً لم يملك أخذ أكثر منه^(٣).

إذا تقرر هذا، بقي الكلام عن تأجير المستأجر العقار المستأجر، لمن يقوم مقامه، أو دونه في الضرر، بأجرة مثل أجرته، أو أقل، أو أكثر، وتفصيل ذلك في مبحثين:

المبحث الأول: حكم تأجير المستأجر العقار.

المبحث الثاني: تأجير المستأجر العقار بأكثر من الأجرة.

(١) تحفة الفقهاء، ج ٢، ص ٣٤٩، المختار للفتوى المجلد الأول، ج ٢، ص ٥١، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٣٧٥، المدونة، ج ٤، ص ٥١٦، ٥١٧، الكافي في فقه أهل المدينة، ج ٢، ص ٧٤٧، المهذب، ج ١، ص ٤٠٨ - ٤٠٩، المنهاج، ج ٢، ص ٣٥٠، المغني، ج ٥، ص ٤٧٥، المحرر، ج ١، ص ٣٥٧.

(٢) المهذب، ج ١، ص ٤٠٨.

(٣) المغني، ج ٥، ص ٤٧٦.



المبحث الأول

حكم تأجير المستأجر العقار

إذا رغب المستأجر تأجير العقار الذي استأجره، فقد يؤجره بعد القبض، أو قبله، وقد يؤجره من غير المؤجر، أو منه؛ لذا ناسب تقسيم هذا المبحث إلى أربعة مطالب:

- المطلب الأول: تأجير العقار بعد قبضه من غير المؤجر.
- المطلب الثاني: تأجير العقار قبل قبضه من غير المؤجر.
- المطلب الثالث: تأجير العقار بعد قبضه من المؤجر.
- المطلب الرابع: تأجير العقار قبل قبضه من المؤجر.

المطلب الأول: تأجير العقار بعد قبضه من غير المؤجر:

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: له أن يؤجره، وبهذا قال: الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)،
والشافعية^(٣)، وهو المذهب عند الحنابلة^(٤).

وعللوا لذلك بأن:

الإجارة كالبيع، وبيع المبيع يجوز بعد القبض، فكذلك إجارة العقار
المستأجر^(٥).

القول الثاني: لا يصح له تأجيريه، وهو رواية عن الإمام أحمد^(٦).

-
- (١) مختصر الطحاوي، ص ١٢٩، الدر المختار، ج ٦، ص ٩١، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٤٠٤، وبهامشه الدر المنتقى الجزء نفسه، ص ٤٠٣، حاشية ابن عابدين، ج ٦، ص ٩١، الفتاوى الهندية، ج ٤، ص ٤٢٥.
- (٢) المدونة، ج ٤، ص ٥١٥، الكافي في فقه أهل المدينة، ج ٢، ص ٧٤٨، مختصر خليل، ج ٧، ص ٤٥٨، ٤٦١، الشرح الكبير، ج ٤، ص ٩ - ١٠، التاج والإكليل، ج ٥، ص ٤٠٧، منح الجليل، ج ٧، ص ٤٦١.
- (٣) المهذب، ج ١، ص ٤١٠، روضة الطالبين، ج ٥، ص ٢٥٦، تحفة المحتاج، ج ٦، ص ٢٠٠.
- (٤) المغني، ج ٥، ص ٤٧٨، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ٣٢٥، المحرر، ج ١، ص ٣٥٧، الفروع، ج ٤، ص ٤٤٥، الاختيارات الفقهية، ص ٢٦٣، الإقناع، ج ٢، ص ٢٩٤، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٣٦١، الروض المربع، ج ٥، ص ٣١٠، كشاف القناع، ج ٣، ص ٥٦٥.
- (٥) المهذب، ج ١، ص ٤١٠، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ٣٢٥.
- (٦) كتاب الروايتين والوجهين، ج ١، ص ٤٣٠، المغني، ج ٥، ص ٤٧٨، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٣٢٠، الفروع، ج ٤، ص ٤٤٥.

وعلّلوا له بأن:

المنافع ليست من ضمان المستأجر، فلا يصح له التصرف فيها، قياساً على بيع المكيل والموزون قبل قبضه^(١).

المناقشة:

ناقش ذلك ابن قدامة، فقال:

«والأول: أصح؛ لأن قبض العين قام مقام قبض المنافع، بدليل أنه يجوز التصرف فيها فجاز العقد عليها، كبيع الثمرة على الشجرة، ويبطل قياس الرواية الأخرى لهذا الأصل»^(٢).

كما يمكن مناقشته بأن: المنافع في حكم المقبوض بدليل أنه لو لم ينتفع بها حتى انقضت المدة كانت من ضمانه، فهي كالمبيع بعض القبض، فيصح له التصرف فيها بالإجارة^(٣).

الترجيح:

من خلال ما تقدم يظهر أن القول الأول هو الراجح، لقوة ما علّل به له، وأن القول الآخر لا يقوى على معارضته؛ حيث قد تمّ مناقشة ما علّل به له. ولأن المستأجر قد ملك المنافع بالعقد، فله التصرف فيها بالإجارة، وفي ذلك مصلحة ظاهرة، وقد يحتاج إلى ذلك، فإنه قد يستأجر العقار مدة طويلة، وتدعوه ظروفه لسفر ونحوه، وهو مطالب بالأجرة، فكان له تأجيره ممن يقوم مقامه، أو دونه في الضرر. والله تعالى أعلم.

(١) كتاب الروايتين والوجهين، ج ١، ص ٤٣١، المغني، ج ٥، ص ٤٧٨، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٣٢٠.

(٢) المغني، ج ٥، ص ٤٧٨.

(٣) كتاب الروايتين والوجهين، ج ١، ص ٤٣١.

المطلب الثاني: تأجير العقار قبل قبضه من غير المؤجر:

إذا أراد المستأجر تأجير العقار قبل قبضه لغير مؤجره، فقد اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: لا يصح له تأجيريه، وهو المذهب عند الحنفية^(١)، وأصح الوجهين عند الشافعية^(٢)، وأحد الوجهين عند الحنابلة^(٣).

وعلّلوا لذلك بأن:

المنافع في عقد الإجارة مملوكة بعقد معاوضة، فاعتبر في صحة العقد عليها: القبض، قياساً على بيع الطعام قبل قبضه^(٤).

المناقشة:

يمكن مناقشة هذا الاستدلال بأن قبض العين المؤجرة لا ينتقل به الضمان إلى المستأجر، فلم يقف جواز التصرف على القبض، بخلاف بيع المكيل ونحوه^(٥).

كما يمكن مناقشته بأن المنافع في عقد الإجارة في حكم المقبوض؛ لأنه يملكها المستأجر بالعقد، حتى أنه لو لم ينتفع بالعقار المؤجر حتى انقضت مدة الإجارة لزمته الأجرة، فصح تصرف مستأجر العقار فيه وإن لم يقبضه.

(١) مختصر الطحاوي، ص ١٢٩، الدر المختار، ج ٦، ص ٩١، حاشية ابن عابدين على الدر المختار، نفس الجزء والصفحة، الفتاوى الهندية، ج ٤، ص ٤٢٥.

(٢) المهذب، ج ١، ص ٤١٠، روضة الطالبين، ج ٥، ص ٢٥٦.

(٣) الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ٣٢٥، المغني، ج ٥، ص ٤٧٨، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٣٢٠، الفروع، ج ٤، ص ٤٤٥، تصحيح الفروع، نفس الجزء والصفحة.

(٤) المهذب، ج ١، ص ٤١٠، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ٣٢٥، المغني، ج ٥، ص ٤٧٨.

(٥) المغني، ج ٥، ص ٤٧٨، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٣٦١، كشاف القناع، ج ٣، ص ٥٦٦.

القول الثاني: يصح له تأجيره قبل قبضه، وهو قول عند الحنفية^(١)، وبه قال المالكية^(٢)، وأحد الوجهين عند الشافعية^(٣)، وأصح الوجهين عند الحنابلة^(٤).

وعلّلوا لذلك بأن:

«المعقود عليه هو المنافع، والمنافع لا تصير مقبوضة بقبض العين، فلم يؤثر فيها قبض العين»^(٥).

الترجيح:

لعلّ الراجح هو: القول الثاني، لوجاهة ما علّل به له، وما علّل به للقول الأول فقد أمكن مناقشته.

ولأن المنافع في عقد الإجارة تملك بالعقد، بدليل أن للمستأجر جواز التصرف فيها بالهبة والعارية، فكذلك بالإجارة. والله تعالى أعلم.

- (١) الدر المختار، ج ٦، ص ٩١، حاشية ابن عابدين على الدر المختار، نفس الجزء والصفحة، الفتاوى الهندية، ج ٤، ص ٤٢٥.
- (٢) الكافي في فقه أهل المدينة، ج ٢، ص ٧٤٨، منح الجليل، ج ٧، ص ٤٦١.
- (٣) المهذب، ج ١، ص ٤١٠، روضة الطالبين، ج ٥، ص ٢٥٦.
- (٤) المغني، ج ٥، ص ٤٧٨، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٣٢٠، الفروع، ج ٤، ص ٤٤٥، الإقناع، ج ٢، ص ٢٩٤، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٢٦١، كشف القناع، ج ٣، ص ٥٦٦.
- قال في تصحيح الفروع، ج ٤، ص ٤٤٦، عن هذا الوجه: «وهو ظاهر كلام الأكثر - والله أعلم - وهو الصواب..».
- (٥) المهذب، ج ١، ص ٤١٠، وينظر في المعنى نفسه: الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ٣٢٥.

المطلب الثالث: تأجير العقار بعد قبضه من المؤجر:

إذا أراد المستأجر أن يؤجر العقار بعد قبضه من المؤجر له، فقد اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: لا يصح له تأجيريه من مؤجره، وبهذا قال الحنفية^(١)، وبعض الشافعية^(٢).

وعللوا لذلك بأن:

تأجير ما استأجره من المؤجر، يؤدي إلى تناقض الأحكام؛ لأن التسليم مستحق على الكراء، فإذا اكترى المؤجر العقار الذي أجره، صار مستحقاً للكراء، فيصير مستحقاً لما يستحق عليه؛ حيث صار أجراً ومستأجراً، فاجتمع الملك والإجارة^(٣)، وهذا تناقض.

المناقشة:

نوقش ذلك بأن ما ذكروه لا يصح: «لأن التسليم قد حصل، وهذا المستحق له تسليم آخر، ثم يبطل بالبيع، فإنه يستحق عليه تسليم العين، فإذا اشتراها استحق تسليمها.

فإن قيل: التسليم ههنا مستحق في جميع المدة بخلاف البيع.

قلنا: المستحق تسليم العين، وقد حصل، وليس عليه تسليم آخر، غير

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص ٢٦٩، الدر المختار، ج ٦، ص ٩١، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٤٠٤، الدر المنتقى، ج ٢، ص ٣٠٣، حاشية ابن عابدين، ج ٦، ص ٩١، الفتاوى الهندية، ج ٤، ص ٤٢٥، غمز عيون البصائر، ج ٣، ص ١٢٠.

(٢) روضة الطالبين، ج ٥، ص ٢٥٣.

(٣) مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٤٠٤، حاشية ابن عابدين، ج ٦، ص ٩١، روضة الطالبين، ج ٥، ص ٢٥٣، المغني، ج ٥، ص ٤٧٩.

أن العين من ضمان المؤجر، فإذا تعذرت المنافع بتلف الدار وغصبها، رجع عليها؛ لأنها تعذرت بسبب كان في ضمانه»^(١).

القول الثاني: يصح تأجير العقار بعد قبضه من مؤجره، وبهذا قال: المالكية^(٢)، وهو الصحيح المنصوص عند الشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤).

وعللوا لذلك بأن:

كل عقد جاز من غير العاقد، جاز مع العاقد، قياساً على البيع، فكما يجوز بيع المبيع بعد قبضه من البائع، فكذلك يجوز للمستأجر بعد قبض ما استأجره، تأجيره من المؤجر^(٥).

الترجيح:

الراجح صحة تأجير العقار بعد قبضه من مؤجره لقوة ما علل به له ووجاهته، وأن ما علل به للقول الأول فقد تمت مناقشته، فلا يقوى على معارضة ما ذهب إليه الجمهور.

ولأن في صحة ذلك مصلحة ظاهرة، فقد يحتاج المستأجر إلى تأجير العقار الذي استأجره، وقد تدعو حاجة المؤجر إلى استئجار ما أجره، والأصل في عقود المعاوضات الحل، ما لم يرد نص بالمنع. والله تعالى أعلم...

(١) المغني، ج ٥، ص ٤٧٩.

(٢) الكافي في فقه أهل المدينة، ج ٢، ص ٧٤٨، مختصر خليل، ج ٧، ص ٤٥٨، الشرح الكبير، ج ٤، ص ٩، التاج والإكليل، ج ٥، ص ٤٠٦.

(٣) المهذب، ج ١، ص ٤١٠، روضة الطالبين، ج ٥، ص ٢٥٣.

(٤) الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ٣٢٥، المغني، ج ٥، ص ٤٧٩، الإقناع، ج ٢، ص ٢٩٤، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٣٦١.

(٥) المهذب، ج ١، ص ٤١٠، روضة الطالبين، ج ٥، ص ٢٥٣، المغني، ج ٥، ص ٤٧٩، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٣٦١.

المطلب الرابع: تأجير العقار قبل قبضه من المؤجر:

اختلف الفقهاء فيه على قولين:

القول الأول: لا يصح ذلك، وبه قال: الحنفية^(١)، وهو وجه عند الشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣).

وعللوا لذلك بأنه:

عقد الإجارة قبل قبض العين المؤجرة، فلم يصح، كما لا يصح بيع المبيع قبل قبضه^(٤).

المناقشة:

قد يناقش هذا الاستدلال بأن: القبض لا يتعذر عليه؛ لأنها في قبضته، فليس المؤجر كالأجنبي^(٥).

القول الثاني: يصح تأجيريه من المؤجر، وبهذا قال: المالكية^(٦)، وهو أصح الوجهين عند الشافعية^(٧)، والحنابلة^(٨).

(١) مختصر الطحاوي، ص ١٢٩، الدر المختار، ج ٦، ص ٩١، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٤٠٤، الدر المنتقى، ج ٢، ص ٣٠٣، حاشية ابن عابدين، ج ٦، ص ٩١، غمز عيون البصائر، ج ٣، ص ١٢٠.

(٢) روضة الطالبين، ج ٥، ص ٢٥٦.

(٣) المغني، ج ٥، ص ٤٧٨، الفروع، ج ٤، ص ٤٤٥، تصحيح الفروع بهامش الفروع نفس الجزء والصفحة.

(٤) الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ٣٢٥، المغني، ج ٥، ص ٤٧٨.

(٥) المغني، ج ٥، ص ٤٧٨.

(٦) الكافي في فقه أهل المدينة، ج ٢، ص ٧٤٨، الشرح الكبير، ج ٤، ص ٩، مواهب الجليل، ج ٥، ص ٤٠٦، منح الجليل، ج ٧، ص ٤٥٨.

(٧) المهذب، ج ١، ص ٤١٠، روضة الطالبين، ج ٥، ص ٢٥٦.

(٨) المغني، ج ٥، ص ٤٧٨، الفروع، ج ٤، ص ٤٤٥، تصحيح الفروع، ج ٤، ص ٤٤٦، الإقناع، ج ٢، ص ٢٩٤، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٣٦١.



وعللوا لذلك بأن:

المعقود عليه في الإجارة هو المنافع، والمنافع لا تصير مقبوضة بقبض العين، فلم يؤثر فيها قبض العين، فتصح الإجارة ولا تتوقف على القبض^(١).

الترجيح:

لعلّ الراجع هو القول بصحة تأجير العقار المستأجر من مؤجرة قبل قبضه منه، لوجاهة ما علّل به له، وما علّل به للقول الآخر قد أمكن مناقشته.

ولأنه إذا صح تأجيره قبل قبضه من غير المؤجر - على الراجع - فلأن يصح تأجيره من المؤجر، وهو في حوزته، أولى وأحرى؛ ولأن المنافع تملك بالعقد، حتى وإن مضت المدة ولم يسكن وجبت عليه الأجرة، وله التصرف فيها بالهبة والعارية، فكذلك له أن يؤجره من المالك ولم يقبضه منه، لأنه قد ملك منافع العقار بالعقد.

والله تعالى أعلم...

(١) المذهب، ج ١، ص ٤١٠.



المبحث الثاني

تأجير المستأجر العقار بأكثر من الأجرة

إذا أراد المستأجر تأجير العقار الذي استأجره، فقد يؤجره بأقل من الأجرة التي استأجره بها، وقد يؤجره بمثلها، وقد يؤجره بأكثر منها، فإن أجره بأقل من الأجرة أو مثلها، فقد اتفق الفقهاء القائلون بصحة تأجير المستأجر على صحة تأجيره.

أما إذا أجره بأكثر من الأجرة التي استأجره بها، فقد اختلف الفقهاء في ذلك على أقوال:

القول الأول: إن أحدث في العين زيادة، كبناء، أو أصلح أبوابها، أو شيئاً من حوائطها، جاز له أن يكرها بزيادة، وإلا لم تجز الزيادة، فإن فعل تصدق بالزيادة، وبهذا قال الحنفية^(١)، وهو رواية عن الإمام أحمد^(٢).

(١) مختصر الطحاوي، ص ١٢٩، الأشباه والنظائر، ص ٢٧٢، الدر المختار، ج ٦، ص ٢٩. حاشية ابن عابدين، عليه، نفس الجزء والصفحة، الدر المنتقى، ج ٢، ص ٤٠٣، غمز عيون البصائر، ج ٣، ص ١٤٢، وقد استثنى الحنفية حالة أخرى تجوز فيها الزيادة وهي: أن يؤجر بخلاف جنس ما استأجر، ينظر في ذلك: المصادر السابقة عدا مختصر الطحاوي.

(٢) مسائل أحمد لابن هانئ، ص ٣٣، كتاب الروايتين والوجهين، ج ١، ص ٤٣١، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ٣٢٥، المغني، ج ٥، ص ٤٧٩، الفروع، ج ٤، ص ٤٤٥.

وعللوا لذلك بأن:

المستأجر إذا أجره بأكثر من الأجرة، فقد ربح فيما لم يضمن؛ حيث إن المنافع غير مقبوضة، لأنها معدومة، والربح فيما لم يضمن غير جائز، كما لو ربح في الطعام قبل قبضه، وليس كذلك إذا كان قد أحدث فيها عملاً؛ لأن الزيادة في مقابلة العمل، فلهذا جاز^(١).

المناقشة:

يناقش هذا الاستدلال من وجوه:

أحدهما: أن المنافع قد دخلت في ضمان المشتري من حيث إنها لو فاتت من غير استيفائه كانت من ضمانه.

الثاني: القياس على بيع الطعام قبل قبضه غير مسلم؛ لأن بيع الطعام قبل قبضه ممنوع منه، سواء ربح فيه أو لم يربح.

الثالث: أن التعليل بأن الربح في مقابلة عمله ملغى بما إذا كنس الدار ونظفها، فإن ذلك يزيد في أجرها في العادة^(٢)، ومع ذلك لم يعتبروه من العمل الذي تطيب به الزيادة في الأجرة^(٣).

الرابع: أن العمل الذي إذا أحدثه المستأجر في العقار المؤجر طابت له الزيادة، مختلف من شخص لآخر، فما تراه عملاً يستحق الزيادة عليه، قد لا يراه غيرك كذلك، فلا يصلح ضابطاً للزيادة.

(١) كتاب الروايتين والوجهين، ج ١، ص ٤٣١، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ٣٢٥، المغني، ج ٥، ص ٤٧٩.

(٢) المغني، ج ٥، ص ٤٨٠، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٣٢١.

(٣) ينظر في ذلك: حاشية ابن عابدين، ج ٦، ص ٢٩، غمز عيون البصائر، ج ٣، ص ١٤٢.

القول الثاني: له تأجيره بأكثر من الأجرة، وإن لم يحدث في العين زيادة، وبهذا قال: المالكية^(١)، والشافعية^(٢)، وهو المذهب عند الحنابلة^(٣).

وعللوا لذلك بأن:

الإجارة نوع من البيع؛ حيث هي بيع المنافع، وبيع المبيع بعد قبضه يصح برأس المال، وبأقل منه، وبأكثر منه، فكذلك الإجارة^(٤)، وكما لو أحدث عمارة لا يقابلها جزء من الأجر^(٥).

القول الثالث: إن أذن له المالك في الزيادة جاز وإلا لم يجز، وبه قال: أحمد في رواية عنه^(٦).

ولم أرَ لهذا القول دليلاً، والذين ذكروه لم ينصوا على دليل له.

(١) المدونة، ج ٤، ص ٥١٥، الشرح الكبير، ج ٤، ص ٩، الكافي في فقه أهل المدينة، ج ٢، ص ٧٤٨، حاشية الدسوقي، ج ٤، ص ٩ - ١٠، مواهب الجليل، ج ٥، ص ٤٠٦، منح الجليل، ج ٧، ص ٤٥٨، وقد استثنى المالكية من ذلك: إذا وجدت تهمة، فلا يجوز كإجاره بعشرة لأجل واستجاره بثمانية نقداً.

(٢) المهذب، ج ١، ص ٤١٠، روضة الطالبين، ج ٥، ص ٢٥٦.

(٣) الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ٣٢٥، المغني، ج ٥، ص ٤٧٩، الاختيارات الفقهية، ص ٢٦٣، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ج ٣٠، ص ٢٧٧، الإقناع، ج ٢، ص ٢٩٤، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٣٦١، وقال فيه: «.. ولو بزيادة على ما أجرها به ما لم تكن حيلة كعينة بأن استأجرها بأجرة حالة نقداً ثم أجرها بأكثر منه مؤجلاً، فلا يصح حسماً لمادة ربا النسبئة».

(٤) المهذب، ج ١، ص ٤١٠، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ٣٢٥، المغني، ج ٥، ص ٤٧٩.

(٥) المغني، ج ٥، ص ٤٧٩.

(٦) الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ٣٢٥، المغني، ج ٥، ص ٤٧٩، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٣٢١، الفروع، ج ٤، ص ٤٤٥.

القول الرابع: لا يجوز تأجيريه بزيادة مطلقاً، سواء أحدث فيه عمارة، أم لا، وبه قال: أحمد في رواية عنه.

قال في «الشرح الكبير»^(١) في أثناء حديثه عن الروايات عن الإمام أحمد في هذه المسألة ما نصه:

«... وعنه لا تجوز بزيادة، تروى كراهة ذلك عن ابن المسيب، وأبي سلمة، وابن سيرين، ومجاهد، وعكرمة، والنخعي».

ويلاحظ: أن ابن قدامة في كتابه «المغني»^(٢) لم يذكر هذه الرواية عن الإمام أحمد، لكنه نقل عن هؤلاء أنهم قالوا: بالكراهة مطلقاً، واستدل لهم فقال:

«وكره ابن المسيب، وأبو سلمة، وابن سيرين، ومجاهد، وعكرمة، والشعبي، والنخعي: الزيادة مطلقاً، لدخولها في ربح ما لم يضمن».

الترجيح:

بعد عرض الأقوال في هذه المسألة، وما استدل به لها، وما أورد على بعضها من مناقشة، يظهر لي أن القول بأن المستأجر له أن يؤجر العقار بأكثر مما استأجره به، وإن لم يحدث زيادة هو الراجح، وذلك للأسباب التالية:

السبب الأول: قوة ما علل به لهذا القول، فقد سلم من المناقشة، مما يجعله أولى من غيره.

السبب الثاني: ضعف ما علل به للأقوال الأخرى، كما ظهر ذلك من مناقشتها، كما أن بعضها لم أر له دليلاً، مما يجعلها لا تقوى على المعارضة.

(١) ج ٣، ص ٣٢٠.

(٢) ج ٥، ص ٤٧٩.



السبب الثالث: أن المنافع في حكم المقبوض، بدليل جواز التصرف فيها بالهبة والعارية، وبدليل أنه لو لم ينتفع بها حتى انقضت المدة كانت من ضمانه، فصح التصرف فيها، كيف شاء بزيادة ونقصان^(١). والله تعالى أعلم.

(١) كتاب الروايتين والوجهين، ج ١، ص ٤٣١.

الفصل الرابع

تأجير العمائر
قبل الانتهاء منها

تأجير العمائر قبل الانتهاء منها

قد يرغب مالك العمائر ونحوها من المحلات التجارية، أن يتعاقد على تأجيرها قبل الانتهاء منها، أو حتى قبل البدء في تعميمها، لمصلحة يراها، وقد يرغب المستأجر أن يتعاقد مع مالك العقار قبل الانتهاء، لمصلحة يراها، فهل يصح أن يعقد العقد بناء على وصف العقار المراد تأجيره، أو لا؟.

كما أنه يترتب على القول بالصحة: أن يعقد العقد على مدة زمنية مستقبلية يتأخر فيها تسليم العقار المراد تأجيره.

لذا ناسب تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: حكم تأجير العمائر قبل الانتهاء منها.

المبحث الثاني: تأجير العمائر مدة معينة منفصلة عن العقد.



المبحث الأول

حكم تأجير العمائر قبل الانتهاء منها

سبق في أثناء الكلام عن شروط صحة تأجير العقار: بيان أن رؤية العقار يحصل بها العلم بالعقار المؤجر، ولكن هل يصح تأجير العقار اعتمادًا على الوصف، وإن لم ير أو على اشتراط خيار الرؤية، أو لا بد من رؤيته؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: يصح القعد وإن لم ير، ويثبت للمستأجر خيار الرؤية، وبهذا قال الحنفية^(١)، والمالكية^(٢).

وقد أشار «الرافعي»^(٣)، و«النووي» إلى نحو هذا القول.

قال النووي في «روضة الطالبين»^(٤):

«وهذا الذي ذكرناه من اشتراط الرؤية في الحمام ونحوه، تفريع على

(١) مختصر الطحاوي، ص ١٢٨ - ١٢٩، المختار للفتوى، المجلد الأول، ج ٢، ص ٥١.

(٢) المدونة، ج ٤، ص ٥٥٥، الشرح الكبير، ج ٤، ص ٤٤، الشرح الصغير، ج ٣، ص ١٦١، التاج والإكليل، ج ٥، ص ٤٣٩، حاشية الدسوقي، ج ٤، ص ٤٤، بلغة السالك، ج ٣، مواهب الجليل، ج ٥، ص ٤٣٩، منح الجليل، ج ٨، ص ٢١.

(٣) ينظر: فتح العزيز، ج ١٢، ص ٣٠١ - ٣٠٢، ٣٣١.

(٤) ج ٥، ص ١٩٥.

منع إجارة الغائب، فإن جوزناها، لم تعتبر الرؤية، بل يكفي الوصف والبيان».

وخرج ابن قدامة في «المغني»^(١) للحنابلة مثل ذلك؛ حيث قال فيه في أثناء كلامه عن اشتراط الرؤية في العقار المؤجر ما نصه:

«وقال أصحاب الرأي: له خيار الرؤية، كقولهم في البيع، ويتخرج لنا مثل ذلك، بناء على البيع، والخلاف ههنا مبني على الخلاف في البيع».

وعللوا لذلك بأنه:

يصح عقد الإجارة على العقار، وإن لم ير قياساً على البيع، فكما يجوز بيعه وإن لم ير، فكذلك إجارته، ويثبت للمستأجر خيار الرؤية.

ولأن عقد الإجارة عقد معاوضة لا يلزم فيه القبض في المجلس، فجاز اشتراط الخيار كالبيع^(٢).

وبناء على هذا القول: يصح تأجيل العمائر قبل الانتهاء منها إذا وصفت، أو اشترط خيار الرؤية، فإن وجدها على الوصف لزم العقد، وإلا ثبت له الخيار.

القول الثاني: لا يصح تأجيل العقار إلا برؤيته، وهذا المذهب عند الشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤).

وبناء على هذا القول: لا يصح تأجيل العمائر قبل الانتهاء منها.

(١) ج ٥، ص ٤٤٩.

(٢) اللباب في شرح الكتاب، ج ٢، ص ١٠٥.

(٣) التنبيه، ص ١٢٣، المهذب، ج ١، ص ٤٠٣، الوجيز، ج ١، ص ٢٣٢، فتح العزيز، ج ٢، ص ٣٠١، ٣٣١، روضة الطالبين، ج ٥، ص ١٨٩، ١٩٥.

(٤) الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ٣٠٥، المغني، ج ٥، ص ٤٤٩، الإقناع، ج ٢، ص ٢٩٣، كشف القناع، ج ٣، ص ٥٦٤، الروض المربع، ج ٥، ص ٣٠٥.

وعلّلوا لذلك بأن:

العقار لا ينضبط بالوصف، فكان لا بدّ من رؤيته حتى ترتفع الجهالة المفضية إلى المنازعة^(١).

ويمكن مناقشة هذا الاستدلال بأنه:

إذا وصف العقار ارتفعت الجهالة الفاحشة المفضية إلى المنازعة فيصح العقد، وتبقى الجهالة اليسيرة التي لا تنافي صحة الإجارة، لارتفاعها بثبوت خيار الرؤية.

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - هو القول الأول، وعليه يصح تأجير العمائر قبل الانتهاء منها، إذا وصفت أو على خيار الرؤية، وفي الوصف إذا لم يجدها كما وصفت له فله حق الفسخ.

ولا بد في وصف العقار، من ذكر البلد، والموضع، والحدود، والمساحة، ووصف البناء، والمواد المستعملة فيه، وعدد غرف الدار، وهيئة مساكنها، وكل ما من شأنه ضبط العقار بالصفات التي تبعده عن الجهالة، وتجعله معلومًا على ما سبق بيانه عند الحديث عن بيع العقار بالصفة.

كما أن في القول بصحة تأجير العمائر قبل الانتهاء منها مصلحة ظاهرة للمؤجر والمستأجر.

فأما المؤجر فقد يكون محتاجًا إلى النقد فإذا قيل بصحة التأجير قبل الانتهاء من العمائر كان من حقه أن يتعاقد مع المستأجر ويقبض الأجرة أو بعضها مقدمًا.

(١) المغني، ج ٥، ص ٤٤٩.

وقد يكون له غرض في ضمان وجود المستأجر وعدم ذهابه منه، ونحو ذلك من المصالح.

وأما المستأجر: فقد يكون له مصلحة في التعاقد قبل الانتهاء من العمارة أو المحلات التجارية، بحيث يضمن المسكن المناسب، أو المتجر الواقع في المكان المرغوب، ونحو ذلك من المصالح.

على أن العقار - خاصة في هذا العصر - يمكن ضبطه ضبطًا دقيقًا، كاشفًا عن حقيقته، بواسطة المقاييس والمواصفات الدقيقة، والاطلاع على الخرائط المعدة لذلك، مما يرفع الجهالة المفضية إلى المنازعة.

وفي القول بصحة تأجير العمائر قبل الانتهاء منها توسعة على الناس، ومراعاة لجانب المتعاقدين، وصونًا للعقود عن الإلغاء، وفيه تشجيع على استغلال المال وتنمية له، وحفظه من وضعه فيما هو أقل فائدة.

والله تعالى أعلم...



المبحث الثاني

تأجير العمائر مدة معينة منفصلة عن العقد

إذا اتفق العاقدان في تأجير العمائر على أن تبدأ مدة الإجارة بعد العقد مباشرة، فهذه الإجارة تكون صحيحة، وتسمى هذه الإجارة «إجارة منجزة».

أما إذا اتفق العاقدان على أن مدة الإجارة تبدأ بعد إبرام العقد بمدة معينة - كما هو الحال في تأجير العمائر قبل الانتهاء منها - فهذه الإجارة تسمى «إجارة مضافة»؛ لأنها أضيفت إلى زمان مستقبل، فقد اختلف الفقهاء في صحتها على قولين:

القول الأول: تصح هذه الإجارة، وبهذا قال: الحنفية^(١)،
والمالكية^(٢)، والحنابلة^(٣).

القول الثاني: لا تصح هذه الإجارة، وبهذا قال الشافعية^(٤).

-
- (١) مختصر الطحاوي، ص ١٣١، تحفة الفقهاء، ج ٢، ص ٣٤٨، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٢٠٣، الدر المختار، ج ٦، ص ٩٣، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٣٦٩.
 - (٢) المدونة، ج ٤، ص ٥١٩، بداية المجتهد، ج ٢، ص ٢٢٦.
 - (٣) المقنع، ج ٢، ص ٢٠٥، المغني، ج ٥، ص ٤٣٦، الإنصاف، ج ٦، ص ٤١، التنقيح المشيع، ص ١٦٥، الإقناع، ج ٢، ص ٢٩٦، الروض المربع، ج ٥، ص ٣١٧.
 - (٤) التنبيه، ص ١٢٣، المهذب، ج ١، ص ٤٠٦، المنهاج، ج ٢، ص ٣٣٨، الأنوار لأعمال الأبرار، ج ١، ص ٥٩٥، فتح الوهاب، ج ١، ص ٢٤٨.

الأدلة

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب القول الأول بالأدلة التالية:

الدليل الأول: أن هذه مدة يجوز العقد عليها مع غيرها فجاز العقد عليها مفردة، كالتالي تلي العقد؛ إذ لا فرق بين كونها مضمومة مع غيرها، وكونها منفصلة^(١).

الدليل الثاني: أن الاتفاق بين المتعاقدين على بدء مدة الإجارة في زمن مستقبل ليس مخالفاً لمقتضى العقد، بل هو مقرر له، وذلك لأن المنافع في عقد الإجارة، تحدث شيئاً فشيئاً، فإضافة بدء العقد إلى زمن مستقبل هو مقرر لعقد الإجارة، فيصح العقد^(٢).

الدليل الثالث: تصح الإجارة المضافة إلى زمن مستقبل قياساً على الطلاق والعق، ونحوهما: فإنه يجوز إضافة ذلك إلى زمن مستقبل، فكذلك الإجارة^(٣).

أدلة القول الثاني:

استدل على عدم صحة عقد الإجارة إذا كانت المدة منفصلة في العقد بما يلي:

الدليل الأول: أن إجارة العين، كبيع العين، وبيع العين التي ستوجد لا

(١) المغني، ج ٥، ص ٤٣٦، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٣٢٤، كشاف القناع، ج ٤، ص ٦،

شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٣٦٤.

(٢) بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٢٠٣.

(٣) بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٢٠٣.

يصح، فكذلك إضافة عقد الإجارة إلى زمن مستقبل لا يصح، قياساً على البيع؛ لأنها بيع المنافع، والمنافع غير موجودة وقت العقد^(١).

المناقشة:

نوقش هذا القياس بأن إضافة عقد الإجارة إلى زمن مستقبل، جائز للضرورة لأن المنفعة المعقود عليها في الإجارة، لا يمكن عقد الإجارة عليها وقت وجودها؛ لأنها توجد شيئاً فشيئاً، ولا ضرورة في بيع العين، لإمكان إيقاع العقد عليها بعد وجودها، لكونها محتملة للبقاء، فلا ضرورة إلى إضافة البيع إلى زمن مستقبل^(٢).

الدليل الثاني: أن المؤجر في الإجارة المعقودة على زمن مستقبل لا يكون قادراً في الحال على تسليم المعقود عليه، والقدرة على التسليم شرط لصحة العقد^(٣).

المناقشة:

يناقش هذا الاستدلال بما يلي:

أولاً: أن اشتراط القدرة على التسليم، هو عند وجوب التسليم، كالمسلم فيه، ولا يشترط وجوده ولا القدرة عليه حال العقد^(٤).

ثانياً: أن الشافعية قد قالوا بصحة تأجير العقار لمدة مستقبلية، إذا كان من نفس المستأجر^(٥)، مع أن مدة العقد الثاني ليست متصلة بالعقد^(٦).

(١) المهذب، ج ١، ص ٤٠٦ - ٤٠٧، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٢٠٣.

(٢) بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٢٠٣.

(٣) تحفة المحتاج، ج ٦، ص ١٣٨، المغني، ج ٥، ص ٤٣٦، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٣٢٤.

(٤) المغني، ج ٥، ص ٤٣٦، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٣٢٤.

(٥) ينظر في ذلك: المنهاج، ج ٢، ص ٣٣٨، فتح الوهاب، ج ١، ص ٢٤٨.

(٦) المغني، ج ٥، ص ٤٣٦، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٣٢٤.

ثالثاً: أن الشافعية قد أجازوا تأجيل الدابة من اثنين ليركب عليها كل واحد منهما نصف الطريق^(١)، مع أن تسليم الدابة للراكب الثاني ليست متصلة بالعقد.

رابعاً: أن الشافعية قد أجازوا إجارة دار ببلد غير بلد العاقدين، ودار مشغولة بأمّعة، وأرض مزروعة^(٢)، وفي هذه المسائل قد تأخر التسليم مدة من الزمان، ومعنى هذا أنهم قالوا بجواز تأخير التسليم في بعض المسائل، فيلزمهم ذلك في الإجارة المنعقدة على زمن منفصل عن العقد؛ إذ لا يظهر فرق بين هذه المسائل.

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - هو قول جمهور الفقهاء، القائل بصحة الإجارة على مدة معينة منفصلة عن العقد، وذلك للأسباب التالية:

السبب الأول: قوة ما استدلوا به، ووجاهة تلك الأدلة، مما يجعلها صالحة لبناء الحكم عليها.

السبب الثاني: ضعف ما استدل به للقول الآخر، كما ظهر ذلك من مناقشتها.

السبب الثالث: ما ذكره شيخ الإسلام ابن تيمية - في أثناء كلام له - حيث قال: «.. على المشتري أن يقبض المبيع على الوجه المعروف المعتاد الذي اقتضاه العقد، سواء كان القبض مستعقباً للعقد، أو مستأخراً، وسواء كان جملة، أو شيئاً فشيئاً».

ونحن نطرد هذا الأصل في جميع العقود، فليس من شرط القبض أن

(١) ينظر في ذلك: المنهاج، ج ٢، ص ٣٣٩، منهج الطلاب، ج ١ ص ٢٤٨.

(٢) ينظر في ذلك: تحفة المحتاج، ج ٦، ص ١٣٨، نهاية المحتاج، ج ٥، ص ٢٧٤.

يستعقب العقد، بل القبض يجب وقوعه على حسب ما اقتضاه العقد، لفظاً، وعرفاً، ولهذا يجوز استثناء بعض منفعة المبيع مدة معينة، وإن تأخر بها القبض على الصحيح، كما يجوز بيع العين المؤجرة.. ويجوز عقد الإجارة لمدة لا تلي العقد.

وسر ذلك أن القبض هو: موجب العقد، فيجب في ذلك ما أوجبه العاقدان بحسب قصدهما الذي يظهر بلفظهما وعرفهما^(١).
وبالله التوفيق...

(١) مجموعة الرسائل والمسائل لابن تيمية، ج ٥، ص ٣٩٦ - ٣٩٧، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ج ٣٠، ص ٢٧٥.

الفصل الخامس

تعذر انتفاع
المستأجر بالعقار

تعذر انتفاع المستأجر بالعقار

تعذر انتفاع المستأجر بالعقار: قد يكون سببه تلف العين المؤجرة بالكلية، وقد يكون مردّه إلى نقص في منفعة العقار، وقد يكون مرجعه إلى غضب العقار المؤجر، وقد يكون مرجعه إلى وجود عذر خاص بأحد المتعاقدين أو عام.

لذا ناسب تقسيم هذا الفصل إلى أربعة مباحث:

المبحث الأول: تلف العقار المؤجر.

المبحث الثاني: حدوث ما يمنع منفعة العقار المؤجر أو بعضها.

المبحث الثالث: غضب العقار المؤجر.

المبحث الرابع: العذر العام أو الخاص بأحد المتعاقدين.



المبحث الأول

تلف العقار المؤجر

تلف العين المؤجرة - ومن ذلك العقار - قد يحدث ذلك قبل القبض، وقد يحدث بعد القبض بمدة ليس لمثلها أجرة، وقد يحدث بعد القبض بمدة لمثلها أجره، وتفصيل ذلك فيما يلي:

الحالة الأولى: تلف العقار المؤجر قبل القبض:

إذا تلف العقار المؤجر قبل قبضه: انفسخت الإجارة^(١).

قال ابن قدامة:

«بغير خلاف نعلمه»^(٢).

وقال شيخ الإسلام ابن تيمية:

«لا نزاع بين الأئمة أن منافع الإجارة إذا تعطلت قبل التمكن من

(١) بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٢٢٣، العناية شرح الهداية، ج ٧، ص ٢٠، مقدمات ابن رشد، ج ٢، ص ٦٦٤، بداية المجتهد، ج ٢، ص ٢٢٩، قوانين الأحكام الشرعية، ص ٣٠٤، المهذب، ج ١، ص ٤١٢، روضة الطالبين، ج ٥، ص ٢٤٠، الأنوار لأعمال الأبرار، ج ١، ص ٦١٨، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ٣١٦، الإقناع، ج ٢، ص ٣١١.

(٢) المغني، ج ٥، ص ٤٥٣.

استيفائها سقطت الأجرة، لم يتنازعا في ذلك... ولهذا نقل الإجماع على أن العين المؤجرة إذا تلفت قبل قبضها: بطلت الإجارة»^(١).

ولأن المعقود عليه تلف قبل قبضه، فأشبه ما لو تلف الطعام المبيع قبل قبضه.

الحالة الثانية: تلف العقار المؤجر بعد قبضه في مدة ليس لمثلها أجرة:

إذا تلف العقار المؤجر بعد قبضه ولم يمض من المدة ما له أجرة، فقد اختلف الفقهاء في انفساخ الإجارة على قولين:

القول الأول: تنفسخ الإجارة وتسقط الأجرة، وبه قال: الحنفية^(٢)، والمالكية^(٣)، والشافعية^(٤)، والحنابلة^(٥).

وعلّلوا لذلك بأن:

المعقود عليه هو المنافع، وقد تلفت قبل قبضها، فانفسخ العقد، قياساً على المبيع، إذا هلك قبل القبض^(٦).

-
- (١) مجموعة الرسائل والمسائل لابن تيمية، ج ٥، ص ٤٠٤ - ٤٠٥.
 - (٢) بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٢٢٣، العناية شرح الهداية، ج ٧، ص ٢٢٠، اللباب، ج ٢، ص ١٠٤ - ١٠٥.
 - (٣) مقدمات ابن رشد، ج ٢، ص ٦٦٤، بداية المجتهد، ج ٢، ص ٢٢٩، مجموعة الرسائل والمسائل لابن تيمية، ج ٥، ص ٤٠٥.
 - (٤) المهذب، ج ١، ص ٤١٢، روضة الطالبين، ج ٥، ص ٢٤٠، الأنوار لأعمال الأبرار، ج ١، ص ٦٢٠.
 - (٥) المهذب، ج ١، ص ٤١٢، المغني، ج ٥، ص ٤٥٣.
 - (٦) المهذب، ج ١، ص ٤١٢، المغني، ج ٥، ص ٤٥٣، مجموعة الرسائل والمسائل لابن تيمية، ج ٥، ص ٤٠٥.

القول الثاني: لا تنفسخ الإجارة بذلك، وتجب الأجرة على المستأجر،
وبه قال أبو ثور.

وعلل لذلك بأنه:

هلك بعد التسليم فلم يفسخ العقد، كما لو هلك المبيع بعد التسليم^(١).

المناقشة:

نوقش بأن: المعقود عليه في الإجارة هو المنفعة، وقبض المنفعة يكون
باستيفائها، أو التمكن من استيفائها، ولم يحصل ذلك، فصار تلف العين
المؤجرة بعد القبض، كتلفها قبل القبض^(٢).

وبهذا يعلم أن قول جماهير الفقهاء هو الراجح لقوة ما علل به له، وأن
ما علل به للقول الآخر قد نوقش، فلا يقوى على المعارضة.

الحالة الثالثة: تلف العقار بعد مضي شيء من المدة له أجرة:

إذا كان التلف بعد مضي مدة يكون لمثلها أجرة، فإن الإجارة تنفسخ
فيما بقي من المدة، دون ما مضى، ويكون للمؤجر من الأجر بقدر ما
استوفى من المنفعة^(٣).

(١) المهذب، ج ١، ص ٤١٢.

(٢) المهذب، ج ١، ص ٤١٢، المغني، ج ٥، ص ٤٥٣، مجموعة الرسائل والمسائل، ج ٥،
ص ٤٠٥.

(٣) بدائع الصنائع، ج ٤، ص ١٩٥، الكافي في فقه أهل المدينة، ج ٢، ص ٧٤٦ - ٧٤٧،
الأنوار لأعمال الأبرار، ج ١، ص ٦٢٠، المغني ج ٥، ص ٤٥٣.

وقد نقل بعض الشافعية: اختلافهم في انفساخ المدة الماضية، قال في المهذب، ج ١،
ص ٤١٢ ما نصه: «وإن مضى من المدة ما له أجر: انفسخ العقد فيما بقي بتلف المعقود
عليه، وفيما مضى طريقان: أحدهما لا يفسخ فيه العقد قولاً واحداً. والثاني: أنه على
قولين بناء على الطريقتين في الهلاك الطارئ في بعض المبيع قبل القبض، هل هو
كالهالك المقارن للعقد أم لا، لأن المنافع في الإجارة كالمبيع قبل القبض، وفي المبيع
قبل القبض طريقان، فكذا الإجارة».

لأن المعقود عليه المنافع، وقد تلف بعضها قبل قبضه فبطل العقد فيما تلف دون ما قبض، كما لو اشترى صبرتين فقبض إحداهما، وتلفت الأخرى قبل قبضها^(١).

كيفية حساب الأجرة:

إذا انفسخ عقد الإجارة، فإن الأجرة ينظر فيها:

فإن كان أجر المدة متساويًا: فعلى المستأجر بقدر ما مضى، إن كان قد مضى من المدة الثلث، فعليه ثلث الأجرة، وإن كان قد مضى من المدة النصف، فعليه من الأجرة النصف، وذلك كما يوزع الثمن على المبيع المتساوي الأجزاء.

وإن كانت الأجرة تختلف في بعض المدة:

وذلك كدار أجرتهما في الصيف أكثر من أجرتهما في الشتاء، أو أرض أجرتهما في الشتاء أكثر من أجرتهما في الصيف، أو دار لها موسم كدور مكة: رجع في تقويمه إلى أهل الخبرة، فتسقط الأجرة المسماة على حسب قيمة المنفعة، ويتحاسبان على قدر ما سكن من أيام النفاق، والكساد، وذلك كقسمة الثمن على الأعيان المختلفة في البيع^(٢).

= ومعنى هذا القول: أن الأجرة المسماة: تسقط، وتجب أجرة المثل لما مضى. (ينظر في ذلك: روضة الطالبين، ج ٥، ص ٢٤٠)، وقد نقل صاحب الإنصاف من الحنابلة: أن في المذهب قولاً مرجوحاً: يقول بانفساخ الإجارة فيما مضى. (ينظر في ذلك الإنصاف، ج ٦، ص ٦١).

(١) المغني، ج ٥، ص ٤٥٣.

(٢) المدونة، ج ٤، ص ٥٢٧، الكافي في فقه أهل المدينة، ج ٢، ص ٧٤٧، المهذب، ج ١، ص ٤١٣، روضة الطالبين، ج ٥، ص ٢٤١، المغني، ج ٥، ص ٤٥٣، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٣٧٢.



المبحث الثاني

حدوث ما يمنع منفعة العقار المؤجر أو بعضها

إذا حدث في العقار المؤجر ما يمنع نفعه، كدار انهدمت، وأرض للزرع غرقت، أو انقطع ماؤها، فإن لهذا أحوالاً:

أحدها: إن لم يبقَ في لعقار منفعة أصلاً، فهذا كالتالف سواء، لا فرق بينهما.

الثاني: إن كان الحادث في العقار لم يترتب عليه شيء من الضرر كغرق الأرض بماء ينحسر عنها قبل أن يحين وقت زرعها، أو انقطاع الماء عن الأرض في مدة لا تكون بحاجة إلى السقي فيها، ونحو ذلك فليس للمستأجر الفسخ؛ لأن هذا ليس بعيب.

الثالث: إذا زال بعض نفع العقار المقصود بالعقد، وبقي بعضه، ملك فسخ الإجارة، فإن ذلك كالعيب في البيع.

ومن أمثلة ذلك: أن يمكنه زرع الأرض بغير ماء، ويكون زرعاً ناقصاً، أو كان الماء ينحسر عن الأرض التي غرقت على وجه يمنع بعض الزراعة، أو نشوء الزرع^(١).

(١) المغني، ج ٥، ص ٤٥٤ - ٤٥٥، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٣٥٣ - ٣٥٤، مجموعة الرسائل والمسائل لابن تيمية، ج ٥، ص ٤٠٥ - ٤٠٦.

الرابع: إذا بقي في العقار نفع ليس هو المقصود بالعقد، مثل أن ينقطع الماء عن الأرض المستأجرة للزرع، ويمكن الانتفاع بها بوضع حطب، ونصب خيمة، وكذلك الدار المتهدمة يمكن نصب خيمة فيها، والأرض التي غرقت يمكن صيد السمك منها، فهل تبطل الإجارة أو يملك الفسخ أو يفرق بين الأرض والدار؟

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: يفسخ العقد فيما بقي من المدة، وهو المذهب عند الحنفية^(١)، وقول عند الشافعية^(٢)، وهو وجه عند الحنابلة^(٣)، قال عنه في الإنصاف^(٤): «وهو المذهب».

ونقل شيخ الإسلام ابن تيمية: أنه قول الإمام مالك^(٥).

وعللوا لذلك بأن:

المنفعة المعقود عليها، هي السكنى والزراعة، وقد فاتت، فانفسخ العقد بهلاك المعقود عليه، كما لو اكرت إنساناً للخدمة فمات^(٦).

(١) مختصر القدوري، ج ٢، ص ١٠٤، الهداية، ج ٧، ص ٢٢٠، الدر المختار، ج ٦، ص ٧٧، اللباب في شرح الكتاب، ج ٢، ص ١٠٤ - ١٠٥.

(٢) المهذب، ج ١، ص ٤١٢، التنبيه، ص ١٢٤، روضة الطالبين، ج ٥، ص ٢٤٢.

(٣) المقنع، ج ٢، ص ٢١٣، الكافي، ج ٢، ص ٣١٦، مجموعة الرسائل والمسائل لابن تيمية، ج ٥، ص ٤٠٦.

(٤) ج ٦، ص ٦٢.

(٥) مجموعة الرسائل والمسائل، ج ٥، ص ٤٠٦.

(٦) بدائع الصنائع، ج ٤، ص ١٩٦، الهداية، ج ٧، ص ٢٢٠، المهذب، ج ١، ص ٤١٢، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ٣١٦.

القول الثاني: لا يفسخ العقد، لكن يثبت حق الفسخ، وهو قول عند الحنفية^(١)، والشافعية^(٢)، ووجه عند الحنابلة^(٣).

وعلّلوا لذلك بأن:

العين باقية يمكن الانتفاع بها، وإنما نقصت منفعتها، فثبت له الخيار، كما لو حدث به عيب^(٤).

القول الثالث: إذا انهدمت الدار انفسخ العقد، وإن انقطع الماء من الأرض لم يفسخ العقد، وهو قول عند الشافعية^(٥).

وعلّلوا لذلك بأن:

الدار إذا انهدمت قد زال اسمها، وذهبت المنفعة التي تقصد منها، ولذلك لا يستأجر أحد عرصة دار ليسكنها، بخلاف الأرض فإن اسمها باقٍ، مع إمكان زرعها بغير الماء المنقطع، ويمكن الانتفاع بها بنصب خيمة، أو جمع حطب فيها، فأشبه ما لو نقص نفعها مع بقائه^(٦).

(١) الهداية، ج ٧، ص ٢٢٠، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ١٩٦، اللباب في شرح الكتاب، ج ٢، ص ١٠٤ - ١٠٥.

(٢) التنبية، ص ١٢٤، المهذب، ج ١، ص ٤١٢، روضة الطالبين، ج ٥، ص ٢٤٢.

(٣) المقنع، ج ٢، ص ٢١٣، الكافي، ج ٢، ص ٣١٦، مجموعة الرسائل والمسائل، ج ٥، ص ٤٠٦، الإنصاف، ج ٦، ص ٦٢ - ٦٣، المبدع، ج ٥، ص ١٠٣.

(٤) بدائع الصنائع، ج ٤، ص ١٩٦، المهذب، ج ١، ص ٤١٢، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ٣١٦.

(٥) المهذب، ج ١، ص ٤١٢، روضة الطالبين، ج ٥، ص ٢٤٢، قال النووي في المنهاج: «تفسخ بانهدام الدار، لا انقطاع ماء أرض استؤجرت لزراعة، بل يثبت الخيار، قال في «مغني المحتاج»، ج ٢، ص ٣٥٧: منبهاً على هذا النص: «الانفساخ في الأولى، وثبوت الخيار في الثانية، هو المنصوص عليه فيهما، ومنهم من نقل وخرج وجعل في المسألتين قولين».

(٦) روضة الطالبين، ج ٥، ص ٢٤٢، المهذب، ج ١، ص ٤١٢، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٣٥٧، نهاية المحتاج، ج ٥، ص ٣١٧ - ٣١٨، المغني، ج ٥، ص ٤٥٤ - ٤٥٥.

الترجيح :

لعلّ الراجح هو القول الأول لوجاهة ما علّل به له.

ولأن بقاء غير المعقود عليه لا يمنع انفساخ العقد بتلف المعقود عليه، كما في البيع^(١).

ولأن نصب الخيمة ونحوها في الأرض أو الدار ليس بمنفعة مطلوبة عادة، فلا يعتبر بقاؤه لبقاء العقد^(٢)، فيبطل العقد لزوال المنفعة المقصودة.

ولأن هذه المنفعة لما لم تكن هي المقصودة بالعقد كان وجودها وعدمها سواء^(٣). والله تعالى أعلم.

الخامس: إن حدث الغرق المضر، أو انقطاع الماء، على بعض الأرض دون بعض، أو انهدام بعض الدار دون بعض فلذلك البعض حكم نفسه في الفسخ، أو ثبوت الخيار، وللمكتري الخيار في تبقية العين؛ لأن الصفقة تبعضت عليه، فإن اختار الإمساك، أمسك بالحصة من الأجر، كما إذا تلف أحد القفيزين من الطعام^(٤).

وقد فصل الحنفية، والمالكية في انهدام بعض الدار:

فقال الكاساني من الحنفية:

إذا «انهدم بعض بناء الدار فالمستأجر بالخيار إن شاء مضى على الإجارة وإن شاء فسخ.. وإذا ثبت الخيار للمستأجر فإن لم يفسخ ومضى على ذلك

(١) المغني، ج ٥، ص ٤٥٤.

(٢) بدائع الصنائع، ج ٤، ص ١٩٦.

(٣) مجموعة الرسائل والمسائل لابن تيمية، ج ٥، ص ٤٠٦.

(٤) تحفة المحتاج، ج ٦، ص ١٩١، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٣٥٧، نهاية المحتاج، ج ٥،

ص ٣١٧، المغني، ج ٥، ص ٤٥٥، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٣٥٤، مجموعة الرسائل

والمسائل لابن تيمية، ج ٥، ص ٤٠٥، ٤١١، كشاف القناع، ج ٤، ص ٢٨، وينظر في

ذلك أيضًا: الشرح الصغير، ومعه بلغة السالك، ج ٣، ص ١٧٠.

إلى تمام المدة فعليه كمال الأجرة؛ لأنه رضي بالمعقود عليه مع العيب فيلزمه جميع البدل، كما في بيع العين إذا اطلع المشتري على عيب فرضي به.

وإن زال العيب قبل أن يفسخ بأن.. بنى المؤجر ما سقط من الدار بطل خيار المستأجر، لأن الموجب للخيار قد زال، والعقد قائم، فيزول الخيار. هذا إذا كان العيب مما يضر بالانتفاع بالمستأجر، فإن كان لا يضر بالانتفاع به بقي العقد لازماً، ولا خيار للمستأجر، كأن سقط من الدار المستأجرة حائط لا ينتفع به في سكنها؛ لأن العقد ورد على المنفعة لا على العين إذ الإجارة بيع المنفعة لا بيع العين، ولا نقصان من المنفعة، بل في العين. والعين غير معقود عليها في باب الإجارة، وتغير عين المعقود عليه، لا يوجب الخيار، بخلاف ما إذا كان العيب الحادث مما يضر بالانتفاع؛ لأنه إذا كان يضر بالانتفاع، فالنقصان يرجع إلى المعقود عليه، فوجب الخيار، فله أن يفسخ»^(١).

وقال ابن رشد من المالكية:

«ينتقض الكراء بين المتكاريين باستحقاق الدار منافعها المكتراه، أو انهدام جميع بنيانها، فإن انهدم بعض بنيانها، ففي ذلك تفصيل وتقسيم، وهو أن الهدم في الدار المكتراه ينقسم قسمين:

أحدهما: أن يكون يسيراً.

والثاني: أن يكون كثيراً.

فأما إن كان يسيراً، فإنه على ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يكون لا مضرة فيه على الساكن، ولا يسقط من قيمة كراء

(١) بدائع الصنائع، ج ٤، ص ١٩٥ - ١٩٦.

الدار شيئاً، كالشرفات ونحوها، فهذا لا خلاف فيه أن الكراء لازم ولا يحط عنه شيء.

والثاني: أن يكون لا مضرّة فيه على الساكن إلا أنه ينقص من قيمة كراء الدار، فهذا يلزمه السكنى ويحط عنه ما حط ذلك من قيمة الكراء، إن لم يصلحه ربُّ الدار، ولا يلزمه إصلاحه، فإن سكت وسكن لم يكن له شيء.

والثالث: أن يكون فيه مضرّة على الساكن من غير أن يبطل من منافع الدار شيئاً، يلزمه الإصلاح، كالبلاط، وشبهه، فهذا اختلف فيه على قولين:

أحدهما: قول ابن القاسم: أن ربَّ الدار لا إصلاح عليه إلا أن يشاء، فإن أبى كان المكتري بالخيار بين أن يسكن بجميع الكراء، أو يخرج، فإن سكت وسكن لزمه جميع الكراء.

والثاني: قول غيره: أن رب الدار عليه الإصلاح، فإن سكت وسكن لزمه الكراء.

وأما إن كان الهدم كثيراً فلا يلزم رب الدار الإصلاح بإجماع، وهو أيضاً على ثلاثة أوجه:

أحدهما: أن يعيب السكنى وينقص من قيمة الكراء ولا يبطل شيئاً من المنافع، مثل: أن تكون الدار مبلطة مجصصة فيذهب تليطها وتجسيصها، فهذا يكون للمكتري بالخيار من أن يسكن بجميع الكراء، أو يخرج إلا أن يصلح ذلك رب الدار، فإن سكت وسكن لزمه جميع الكراء على مذهب ابن القاسم في «المدونة»، وخلاف مذهبه في رواية: عيسى عنه، وقد قيل: إن الحكم في هذا الوجه كالبيت ينهدم من الدار ذوات البيوت، وهو بعيد.

والثاني: أن يبطل اليسير من منافع الدار، كالبيت ينهدم منها، وهي

ذوات بيوت، فهذا يلزمه السكنى، ويحط عنه ما ناب البيت المنهدم من الكراء.

الثالث: أن يبطل أكثر منافع الدار، أو منفعة البيت الذي هو وجهها، أو يكشفها بانهدام حائطها، وما أشبه ذلك، فهذا يكون المكتري فيه مخيراً بين أن يسكن بجميع الكراء، أو يخرج، فإن أراد أن يسكن على أن يحط عنه ما ينوب ما انهدم من الكراء لم يكن ذلك له، إلا أن يرضى بذلك رب الدار، فإن رضي بذلك، جرى جوازه على الاختلاف في جواز جمع الرجلين سلعتهما في البيع، فإن بنى المكري الدار قبل أن يخرج المكتري منها لزمه الكراء، ولم يكن له أن يخرج، وإن بناها بعد أن خرج لم يكن عليه الرجوع إليها إلا أن يشاء، وإن سكت وسكن الدار مهدومة، لزمه جميع الكراء على مذهب ابن القاسم في «المدونة» خلاف رواية عيسى عنه في «العتبية».

وبالله سبحانه وتعالى التوفيق^(١).

(١) مقدمات ابن رشد، ج ٢، ص ٦٦٤ - ٦٦٥، وينظر في ذلك أيضاً: البيان والتحصيل، ج ٩، ص ٣٨، التاج والإكليل، ج ٥، ص ٤٤٤، منح الجليل، ج ٨، ص ٤٠.



المبحث الثالث

غصب العقار المؤجر

إذا غصب العقار المؤجر، فقد اختلف الفقهاء في عقد الإجارة، هل يفسخ، أو يثبت الخيار للمستأجر؟ وإذا انفسخ العقد تلقائياً، أو فسخه المستأجر فكيف العمل في الأجرة؟
للفقهاء في ذلك ثلاثة أقوال:

القول الأول: تنفسخ الإجارة، وهو المذهب عند الحنفية^(١)، وبه قال بعض الحنابلة^(٢).

وعللوا لذلك بأن:

تسليم المحل إنما أقيم مقام تسليم المنفعة، للتمكن من الانتفاع فإذا فات التمكن بالغصب، فات التسليم، وانفسخ العقد، فسقط الأجر، وإن وجد الغصب في بعض المدة: سقط الأجر بقدره؛ إذ الانفساخ في بعضها^(٣).

(١) مختصر القدوري، ج ٢، ص ١٠٤، الهداية، ج ٧، ص ١٥٨، الاختيار لتعليل المختار، المجلد الأول، ج ٢، ص ٥٥، الدر المختار، ج ٦، ص ١٢، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٣٧١، حاشية ابن عابدين، ج ٦، ص ١٢، اللباب في شرح الكتاب، ج ٢، ص ١٠٤.

(٢) المغني، ج ٥، ص ٤٥٥، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٣٥٥، الفروع، ج ٤، ص ٤٤١، الإنصاف، ج ٦، ص ٦٥، المبدع، ج ٥، ص ١٠٥.

(٣) الهداية، ج ٧، ص ١٥٨، الاختيار لتعليل المختار، المجلد الأول، ج ٢، ص ٥٥، حاشية ابن عابدين، ج ٦، ص ١٢.

القول الثاني: لا تنفسخ الإجارة بالغصب، لكن يثبت الخيار للمستأجر، وبهذا قال:

بعض الحنفية^(١)، وهو قول المالكية^(٢)، وهو المذهب عند الحنابلة^(٣).

وعلّلوا لذلك بأن:

المعقود عليه لم يفت مطلقاً، بل إلى بدل، وهو أجرة المثل، أشبه ما لو تلف الثمرة المباعة آدمي.

وعلى هذا: إذا اختار المستأجر الفسخ في أثناء المدة، فعليه أجرة ما مضى قبل الفسخ من المسمى، لاستقراره عليه.

وإن لم يفسخ: فإن ردّ العقار المغصوب في أثناء مدة الإجارة استوفى المستأجر ما بقي من مدته، وخير في المدة التي مضت حين كان العقار بيد الغاصب.

وإن لم يفسخ حتى انقضت مدة الإجارة، فله الخيار بين الفسخ والرجوع بالمسمى على المؤجر، وبين البقاء على العقد ومطالبة الغاصب بأجرة المثل^(٤).

القول الثالث: إذا غصب العقار فللمستأجر أن يفسخ العقد.

- (١) الدر المختار، ج ٦، ص ١٢، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٣٧١، الدر المنتقى بهامش مجمع الأنهر، نفس الجزء والصفحة، حاشية ابن عابدين، ج ٦، ص ١٢.
- (٢) حاشية الدسوقي، ج ٤، ص ٣١، بلغة السالك، ج ٣، ص ١٥٤.
- (٣) المقنع، ج ٢، ص ٢١٤، الكافي، ج ٢، ص ٣١٧، المغني، ج ٥، ص ٤٥٥، الفروع، ج ٤، ص ٤٤١، الإنصاف، ج ٦، ص ٦٥، الإقناع، ج ٢، ص ٣١٢، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٣٧٤، كشاف القناع، ج ٤، ص ٢٩.
- (٤) الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ٣١٧، المغني، ج ٥، ص ٤٥٥، الإنصاف، ج ٦، ص ٦٥، كشاف القناع، ج ٤، ص ٢٩، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٣٧٤ - ٣٧٥.

لأنه تأخر حقه فثبت له الفسخ، كما لو ابتاع دابة فغصبت، فإن كان ذلك في أثناء المدة، فاختار الفسخ فله ذلك.

فإن لم يفسخ حتى انقضت مدة الإجارة ففيه قولان:

أحدهما: يفسخ العقد، فيرجع المستأجر على المؤجر بالمسمّى، ويرجع المؤجر على الغاصب بأجرة المثل.

والثاني: لا يفسخ العقد، بل يخير المستأجر بين أن يفسخ ويرجع على المؤجر بالمسمّى، ثم يرجع المؤجر على الغاصب بأجرة المثل، وأن يقر العقد ويرجع على الغاصب بأجرة المثل.

لأن المنافع تلفت في يد الغاصب، فصار كالمبيع إذا أتلفه الأجنبي، وفي المبيع قولان إذا أتلفه الأجنبي، فكذلك ههنا. وبهذا قال الشافعية^(١).

(١) المهذب، ج ١، ص ٤١٣، روضة الطالبين، ج ٥، ص ٢٤٢ - ٢٤٣.



المبحث الرابع

العدر العام أو الخاص بأحد المتعاقدين

المراد بالعدر هنا - كما عرفه الحنفية - هو: أن يعجز العاقد عن المضي على موجب العقد، إلا بتحمل ضرر غير مستحق بعقد الإجارة^(١).

والعدر - بهذا المعنى - قد يكون متعلقاً بالعقار، كتلفه كله، أو بعضه، أو غصبه، وقد مضى الكلام عنه في المباحث السابقة، وقد يكون العذر متعلقاً بالمستأجر، ومن أمثلته:

أن يستأجر دكاناً ليتجر فيه، فيذهب ماله ويفلس، أو ينوي الانتقال من مهنة إلى أخرى، أو يستأجر العقار ثم يعرض له عارض فينوي السفر، أو يسجن، أو يصاب بمرض لا يستطيع معه استغلال العقار، ونحو ذلك من الأعدار.

وقد يكون العذر متعلقاً بالمؤجر، ومن أمثلته:

أن يلحقه دين لا يجد قضاءه إلا أن يبيع العقار المؤجر.

وقد يكون العذر عامًا يشمل المؤجر، والمستأجر، وغيرهما، ومن أمثلته أن يحدث خوف عام يمنع من سكن ذلك المكان الذي فيه العين

(١) الهداية، ج٧، ص٢٢٢، مجمع الأنهر، ج٢، ص٣٩٩، الدر المختار، ج٦، ص٨٠.

المستأجرة، أو تحصر البلد فيمتنع الخروج إلى الأرض المستأجرة للزرع، ونحو ذلك.

فهذه الأعذار قد اختلف الفقهاء في جواز فسخ الإجارة بها على قولين:

القول الأول: تفسخ الإجارة بالأعذار، سواء أكانت عامة أم خاصة بالمستأجر، أو المؤجر، وبهذا قال: الحنفية^(١)، والظاهرية^(٢).

القول الثاني: لا تفسخ الإجارة بالأعذار، في غير المعقود عليه، وبهذا قال المالكية^(٣)، والشافعية^(٤)، والحنابلة^(٥).

(١) مختصر القدوري، ج ٢، ص ١٠٥، تحفة الفقهاء، ج ٢، ص ٣٦٠، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ١٩٧، الهداية، ج ٧، ص ٢٢، المختار للفتوى المجلد الأول، ج ٢، ص ٦١، الدر المختار، ج ٦، ص ٨٠، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٣٩٩.

(٢) المحلي، ج ٩، ص ١١.

فائدة: رأيت لشيخ الإسلام ابن تيمية كلامًا يفهم منه أنه إذا تعذر على المستأجر استيفاء المنفعة في الإجارة، فله الفسخ؛ حيث جاء في «الاختيارات» الفقهية في فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ص ٢٦٣، قوله: «إن شرط المؤجر على المستأجر أن لا يستوفي المنفعة إلا بنفسه، أو أن لا يؤجرها إلا لعدل.. أو لا يؤجرها لزيد، قال أبو العباس: فقياس المذهب، فيما أراه: أنها شروط صحيحة، لكن لو تعذر على المستأجر الاستيفاء بنفسه لمرض أو تلف مال، أو إرادة سفر، ونحو ذلك فينبغي أن يثبت له الفسخ، كما لو تعذر تسليم المنفعة».

(٣) المدونة، ج ٤، ص ٥٤٢، بداية المجتهد، ج ٢، ص ٢٢٩، قوانين الأحكام الشرعية، ص ٣٠٥.

(٤) الإقناع في الفقه الشافعي، ص ١٠١، روضة الطالبين، ج ٥، ص ٢٣٩، المنهاج، ج ٢، ص ٣٥٥، الأنوار لأعمال الأبرار، ج ١، ص ٦١٨، شرح جلال الدين المحلي على المنهاج، ج ٣، ص ٨٣.

(٥) الإفصاح، ج ٢، ص ٤١، المقنع، ج ٢، ص ٢١٣، المغني، ج ٥، ص ٤٤٨، الإقناع، ج ٢، ص ٣١١، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٣٧٣، الروض المربع، ج ٥، ص ٣٣١.

إلا أن المالكية، والحنابلة استثنوا: العذر العام فللمستأجر الفسخ به بناء على ما فهمته من كتب المالكية^(١)، والحنابلة^(٢).

الأدلة

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب القول الأول بالأدلة التالية:

- (١) جاء في «الشرح الكبير» لأحمد الدردير، ج ٤، ص ٥٠ قوله: «ولزم الكراء بالتمكن من التصرف في العين التي اكتراها من دار، أو أرض، أو غير ذلك، وإن لم يستعمل، ثم محل لزومه بالتمكن ما لم يكن عدم استعماله خوفًا على زرعه من أكل فأر ونحوه أبان الزرع لو زرع، فلا يلزمه الكراء إن امتنع لذلك». قال في حاشية الدسوقي عليه: «قوله: (ما لم يكن عدم استعماله خوفًا على زرعه)، أي: أو كان عدم استعماله لفتنة أو لخوف من لا تناله الأحكام».
- وجاء في «مواهب الجليل» ج ٥، ص ٤٤٣ - ٤٤٤ عند قول خليل: «أو عدمه بذراً أو سجنه» ما نصه: «قال اللخمي: محل قوله في البذر على أن المكتري وحده عجز عنه، لأنه قادر على أن يكرهها، ولو كانت شدة فلم يجد أهل الموضوع بذراً سقط عنه الكراء، وكذلك إذا قصد السلطان أن يحبس ليحول بينه وبين زراعتها وكرائها فلا شيء عليه، وإن لم يقصد ذلك، وإنما طلبه السلطان بأمر فكان ذلك السبب في امتناع حرثها كان عليه كراؤها».
- (٢) جاء في مختصر الخرقى، ص ٦٤ - ٦٥ قوله: «فإن جاء أمر غالب يحجز المستأجرين عن منفعة ما وقع عليه العقد لزمه من الأجرة بمقدار مدة انتفاعه». وجاء في «المغني» ج ٥، ص ٤٥٦، قوله: «.. أن يحدث خوف عام يمنع من سكنى ذلك المكان الذي فيه العين المستأجرة، أو تحصر البلد فيمتنع الخروج إلى الأرض المستأجرة للزرع، ونحو ذلك، فهذا يثبت للمستأجر خيار الفسخ». وجاء في الإقناع، ج ٢، ص ٣١١ - ٣١٢ قوله: «ولا تنفسخ بموت المكتري، أو بأحدهما، ولا بعذر لأحدهما.. ولو حدث خوف عام يمنع من سكنى المكان الذي فيه المستأجرة، أو حصر البلد، فامتنع خروج المستأجر إلى الأرض، فله الفسخ، وإن كان الخوف خاصاً فالمستأجر، كمن خاف وحده لقرب أعدائه من الموضوع المأجور، أو حلولهم في طريقه، أو مرض، أو حبس لم يملك الفسخ».

الدليل الأول: قوله تعالى:

﴿وَقَدْ فَصَلَ لَكُمْ مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾^(١).

وقال تعالى:

﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾^(٢).

وجه الدلالة:

أن الآية الأولى أباحت الممنوع في حالة الاضطرار، والآية الثانية صريحة في نفي الحرج في الدين، ولا شك أن المستأجر إذا حصل له أحد الأعدار السابقة وما في معناها، ومنع من الفسخ، فإنه يكون في حرج ظاهر، وضرر واضح؛ لأنه يكون ملزماً إما بدفع الأجرة من غير استيفاء المنفعة، وإما يترك ما عرض له من سفر ونحوه، وفي ذلك إلحاق الضرر به. وكذلك الحال إذا لحق المؤجر دين لا يستطيع تسديده إلا أن يبيع العقار المؤجر، فلو ألزمناه بالعقد للحقه بذلك الضرر؛ حيث يحبس لأجله^(٣).

المناقشة:

يمكن مناقشة هذا الاستدلال بأنه: لا ضرر على المستأجر بتلك الأعدار، لأن له أن يتسوفي المنفعة بنفسه، وبمن يقوم مقامه، فيؤجر العقار إذا حدثت له ظروف طوارئ، أو أمور شواغل، فلا ضرر في إلزامه بموجب العقد.

وكذلك المؤجر إذا حلَّ به دين لا يستطيع تسديده إلا أن يبيع العقار

(١) سورة الأنعام، آية: ١١٩.

(٢) سورة الحج، آية: ٧٨.

(٣) بدائع الصنائع، ج ٤، ص ١٩٧، المحلى، ج ٩، ص ١١.

المؤجر، فإنه يكون مفلسًا، وينظر القاضي في أمره، فقد يكون له مال يوفي دينه منه.

ولو سلمنا وجود ضرر عليهما، فلا يعذران بذلك؛ لأنهما قد التزما بالعقد ورضيا به، فسقط حق خيارهما في الفسخ. والله أعلم.

الدليل الثاني: أن العذر في الإجارة يحدث قبل قبض المنفعة المعقود عليها؛ حيث إن المنفعة تحدث شيئًا فشيئًا، فهو شبيه بالعيب الذي يوجد في المبيع قبل القبض، فتفسخ به الإجارة كالبيع^(١).

المناقشة:

يمكن مناقشة هذا الاستدلال بأن العيب في المبيع يثبت به الفسخ قبل القبض وبعده، لأنه عيب في المعقود عليه، بخلاف العذر الذي يكون في جانب المستأجر أو المؤجر، فهو خارج عن المعقود عليه، فافترقا.

الدليل الثالث: أنه يجوز الفسخ بالعذر إذا كان في جانب المستأجر أو المؤجر قياسًا على حق الفسخ إذا كان العذر في العقار المؤجر، وقياسًا على من استأجر طبيعيًا ليقلع له سنًا، ثم وجد الوجود قد سكن، فله فسخ الإجارة، فكذلك إذا كان العذر في جانب المؤجر أو المستأجر^(٢).

المناقشة:

يمكن مناقشة هذا الاستدلال بأن هذا قياس محل نظر؛ لأن ثبوت حق الفسخ إذا وجد العذر في العقار المؤجر هو لفوات المعقود عليه، وكذلك في السن إذا ذهب الوجود، بخلاف العذر الذي يكون في جانب المؤجر أو المستأجر فهو خارج عن المعقود عليه، فافترقا فلا يصح القياس.

(١) الهداية، ج٧، ص٢٢٢، بداية المجتهد، ج٢، ص٢٣٠.

(٢) بدائع الصنائع، ج٤، ص١٩٧.

أدلة القول الثاني :

استدلَّ جمهور الفقهاء على أن عقد الإجارة لا يفسخ بالأعذار في غير المعقود عليه بالأدلة التالية :

الدليل الأول : قوله تعالى :

﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١).

وجه الدلالة من الآية :

أن الله سبحانه وتعالى قد أمر بالوفاء بالعقود، وتأجير العقار عقد من العقود، فيجب الوفاء به، وليس من الوفاء به أن يفسخ بعذر في جانب أحد العقادين.

الدليل الثاني : أنه عقد لا يجوز فسخه مع استيفاء المنفعة المعقود عليها لغير عذر، فلم يجز فسخه لعذر في غير المعقود عليه قياساً على البيع، فكما أن من اشترى عقاراً ليتخذه متجراً، فعنَّ له أن يترك التجارة إلى الزراعة لم يكن هذا عذراً يبيح له الفسخ، فكذلك بيع المنافع الذي هو «الإجارة» لا يجوز فسخه بعذر لأحد المتعاقدين^(٢).

الدليل الثالث : أن الإجارة عقد على المنافع، فأشبهه عقد النكاح، وعقد النكاح لا يفسخ بالعذر، فكذلك الإجارة، بجامع أن كلا منهما عقد على منفعة^(٣).

الدليل الرابع : أن الإجارة عقد لازم فلا تنفسخ بالأعذار، لأنه لم يرد نص، ولا إجماع، ولا قول صحابي، يدل على فسخها بذلك، ولا زالت

(١) سورة المائدة، آية : ١، وقد ورد الاستدلال بالآية في بداية المجتهد، ج ٢، ص ٢٣٠.

(٢) المغني، ج ٥، ص ٤٤٨.

(٣) بداية المجتهد، ج ٢، ص ٤٤٨.

الأعذار تحدث في عقود الإجازات، ولم ينقل عن الصحابة الفسخ بذلك، ولو كانت الإجارة تقبل الفسخ بتلك الأعذار، لنقل لتوفر الهمم على نقل مثله، لاحتياج الناس إليه، وقد نقل عنهم ما هو دون ذلك^(١).

المناقشة:

نوقش هذا الاستدلال بأنه لا يلزم لإثبات الحكم الشرعي أن يوجد نص، أو إجماع، أو قول صحابي، بل يكفي القياس لإثباته؛ إذ القياس أحد الأدلة الشرعية المعتبرة على ما تقرر في علم أصول الفقه، وهذا متحقق في فسخ الإجارة بالأعذار، وذلك بالقياس على فسخ البيع بالعيب^(٢).

دفع هذه المناقشة:

يمكن الإجابة عن هذه المناقشة بأن الاعتماد على فسخ الإجارة بالأعذار التي تكون في جانب المستأجر أو المؤجر بقياسها على فسخ العقد بالعيب هو محل نظر؛ وذلك لأن الفسخ بالعيب لوجود خلل في المعقود عليه، بخلاف وجد العذر في جانب المؤجر أو المستأجر، فهو خارج عن المعقود عليه فافترقا، فلم يسلم هذا القياس حتى يعتمد عليه في إثبات فسخ الإجارة بالأعذار التي تكون في جانب المؤجر أو المستأجر.

كما أن هذا القياس قد عارضه أقيسة أخرى - كما سبق في أدلة الجمهور - وتلك الأقيسة أولى من هذا القياس لموافققتها للعموم في الأمر بالوفاء بالعقود.

الدليل على استثناء العذر العام عند من قال به:

أما إذا كان العذر عامًا يشمل المؤجر والمستأجر وغيرهما، كحدوث

(١) نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار، ج٧، ص٢٢٢.

(٢) المصدر السابق، نفس الجزء والصفحة.

خوف عام أو تحصر البلد، ونحو ذلك، فقد استدل ابن قدامة لاستثنائه فقال: «لأنه أمر غالب يمنع المستأجر استيفاء المنفعة، فأثبت الخيار، كغصب العين».

الترجيح:

لعلَّ الراجح - والله أعلم - هو قول الجمهور، وهو أن الإجارة لا تفسخ بعذر لأحد العاقدين، وذلك للأسباب التالية:

السبب الأول: قوة ما استدل به لهذا القول، فقد سلم بعضها من المناقشة، وما أورد على أحدهما فقد أمكن الإجابة عنه.

السبب الثاني: ضعف استدلال القول الآخر، حيث قد تم مناقشة ما استدل به له، فلا تقوى على إثبات ما ذهبوا إليه.

السبب الثالث: عموم قوله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾^(١)، وقوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَانُوا عَاهِدُوا اللَّهَ مِنْ قَبْلِ أَنْ يُؤْتُوا الْآدْبُرَ وَكَانَ عَهْدُ اللَّهِ مَسْئُولًا﴾^(٢). فقد دخل في ذلك ما عقده المرء على نفسه، بدليل قوله: ﴿وَلَقَدْ كَانُوا عَاهِدُوا اللَّهَ مِنْ قَبْلِ أَنْ يُؤْتُوا الْآدْبُرَ وَكَانَ عَهْدُ اللَّهِ مَسْئُولًا﴾^(٣). فإذا كانت رعاية العهد واجبة، فرعايته هي الوفاء به^(٣).

السبب الرابع: أن العقد وقع صحيحًا فترتب عليه أثره، وحصل به مقصوده، ومقصود العقد هو الوفاء به، وفي القول بفسخ عقد الإجارة بالعذر الخاص إبطال لمقتضى العقد.

على أن في القول بفسخ عقد الإجارة بعذر لأحدهما فتح باب الحيلة لإبطال ما التزمه بالعقد، ويفضي إلى المنازعة والمخاصمة، فهذا يدعي

(١) سورة الإسراء، آية: ٣٤.

(٢) سورة الأحزاب، آية: ١٥.

(٣) ينظر في ذلك: القواعد النورانية الفقهية، ص ١٩٢، وما بعدها.

عذرًا وذاك ينفيه، وما يصلح عند البعض عذرًا مجوزًا لفسخ عقد إجارة العقار، قد لا يراه الآخرون كذلك، فيوصد هذا الباب حسمًا للمنازعة بين المتعاقدين، وصيانة للعقود عن الإلغاء.
وبالله التوفيق...

الفصل السادس

تأجير
العقار المشترك

تأجير العقار المشترك

إذا اتفق الشريكان في العقار المشترك على تأجيره لواحد آخر صحَّ ذلك^(١)؛ لأن المنافع تدخل في يد المستأجر جملة واحدة^(٢).

أما إذا أراد أحد الشريكين أن يؤجر نصيبه مفردًا؛ فقد اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: ليس له تأجيره، لا من شريكه، ولا من غيره، وبهذا قال: أبو حنيفة في رواية عنه^(٣)، ونقل ذلك ابن هبيرة في «الإفصاح»^(٤) عن أحمد حيث قال - بعد أن ذكر أن من العلماء من أجاز تأجيره من الشريك دون غيره، ومنهم من أجازَه مطلقًا - ما نصه:

«وعن أحمد روايتان: أظهرهما: أنها لا تصح على الإطلاق...».

القول الثاني: لا تصح إجارته إلا من الشريك، وهذه الرواية المشهورة عن أبي حنيفة^(٥)، وهو المذهب عند الحنابلة^(٦).

(١) بدائع الصنائع، ج ٤، ص ١٨٨، الإقناع، ج ٢، ص ٢٩٤.

(٢) بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٢٩٤.

(٣) بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٢٩٣، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٣٨٥.

(٤) ج ٢، ص ٤٠.

(٥) مختصر الطحاوي، ص ١٣١، مختصر القدوري، ج ٢، ص ١٠٠، تحفة الفقهاء، ج ٢،

ص ٣٥٧، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ١٨٧، الهداية، ج ٧، ص ١٨٠، البحر الرائق، ج ٨،

ص ٢٣، الدر المختار، ج ٦، ص ٤٧، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٣٨٥، وقال فيه:

«اختلف المشايخ على قول الإمام، قيل: لا ينعقد حتى لا يجب الأجر أصلًا، وقيل:

ينعقد فاسدًا حتى يجب أجر المثل، وهو الصحيح».

(٦) المقنع، ج ٢، ص ٢٠٢، المغني، ج ٥، ص ٥٥٣، المحرر، ج ١، ص ٣٥٧، الفروع، =

القول الثالث: يصح مطلقاً، من الشريك، أو من غيره، وبه قال: صاحبان^(١)، وهو قول المالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، وبه قال: أحمد في رواية عنه^(٤)، اختارها جمع من

=ج ٤، ص ٤٣٣، الإنصاف، ج ٦، ص ٣٣، الإقناع، ج ٢، ص ٢٩٤، وقال فيه: «ولا إجارة مشاع مفرد لغير شريكه.. إلا أن يؤجر الشريكان معاً، أو بإذنه، قاله في الفائق، وهو مقتضى تعليلهم».

قال في كشاف القناع ج ٣، ص ٥٦٤ - ٥٦٥ عند قول المصنف: «وهو مقتضى تعليلهم» ما نصه: «وهو مقتضى تعليلهم بكونه لا يقدر على تسليمه؛ لأنه إذا أذن له فقد قدر على التسليم، وقد يمنع؛ إذ لا يلزم من الإذن في الإجارة الإذن في التسليم، وأيضاً الإذن ليس بلازم، فإذا أذن ثم رجع صحَّ رجوعه، فلا يتأتى التسليم، ومقتضى التعليل: أن العين لو كانت لجمع فأجر أحدهم نصيبه لواحد منهم بغير إذن الباقيين لم تصح، قال في الرعاية الكبرى: لا تصح إلا لشريكه بالباقي، أو معه لثالث».

(١) مختصر الطحاوي، ص ١٣١، مختصر القدوري، ج ٢، ص ١٠٠، تحفة الفقهاء، ج ٢، ص ٣٥٧، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ١٨٧، الهداية، ج ٧، ص ١٨٠، البحر الرائق، ج ٨، ص ٢٣، الدر المختار، ج ٦، ص ٤٧، الدر المنتقى، ج ٢، ص ٣٨٥، وقال فيه: «.. وعندهما تصح مطلقاً، وعليه الفتوى، كما في «القهستاني»، وعزاه البرجندي والزيلعي، وغيرهما، للمغني، لكن ردّه العلامة قاسم في تصحيحه بأن ما في «المغني» شاذ مجهول القائل فلا يعول عليه، وأقره في «المنح»، وقال في «مجمع الأنهر»، ج ٢، ص ٣٨٦: وفي «المغني» الفتوى في إجارة المشاع على قولهما، لكن في «الخانية»، وغيرها: الفتوى على قول الإمام، وبه جزم أصحاب المتون، والشروح، فكان هو المذهب، كما في «المنح».

(٢) المدونة، ج ٤، ص ٥٠٩ - ٥١٠، بداية المجتهد، ج ٢، ص ٢٢٧، مختصر خليل، ج ٨، ص ٢١، الشرح الكبير، ج ٤، ص ٤٤، الشرح الصغير، ج ٣، ص ١٦٢، مواهب الجليل، ج ٥، ص ٤٢٢، حاشية الدسوقي، ج ٤، ص ٤٤، بلغة السالك، ج ٣، ص ١٦١ - ١٦٢، منح الجليل، ج ٨، ص ٢١.

(٣) المهذب، ج ١، ص ٤٠٢، الأنوار لأعمال الأبرار، ج ١، ص ٥٩٥، رحمة الأمة في اختلاف الأئمة، ص ١٨٦.

(٤) الإفصاح، ج ٢، ص ٤٠، المقنع، ج ٢، ص ٢٠٢، المحرر، ج ١، ص ٣٥٧، الفروع، ج ٤، ص ٤٣٣، الإنصاف، ج ٦، ص ٣٣، الإقناع، ج ٢، ص ٢٩٤.

أصحابه^(١)، وهو قول الظاهرية^(٢).

الأدلة

دليل القول الأول:

أن المعقود عليه مجهول، لجهالة محله؛ إذ الشائع اسم لجزء من الجملة، غير معين، فهو غير معلوم، فأشبهه إجارة دابة من دابتين، فلا يصح العقد^(٣).

وقد يناقش هذا الاستدلال بأن: تأجير المشاع ليس مجهولاً جهالة تفضي إلى المنازعة؛ لأن نصيب الشريك معلوم كربع العقار أو نصفه، فيصح تأجيره قياساً على بيعه.

دليل القول الثاني:

استدل أصحاب القول الثاني على عدم صحة تأجير العقار المشترك من غير الشريك بأن:

المؤجر لا يقدر على تسليم نصيبه المشاع، فلم تصح إجارته، كالمغصوب؛ وذلك لأنه لا يقدر على تسليمه، إلا بتسليم نصيب شريكه، ولا ولاية له على نصيب شريكه^(٤).

(١) قال في التنقيح، ص ١٦٤، «اختاره: أبو حفص، وأبو الخطاب، والحلوني، وصاحب الفائق، وابن عبد الهادي، وهو أظهر، وعليه العمل»، وقال في الإنصاف، ج ٦، ص ٣٣، بعد نقله الكلام السابق: «وهو الصواب»، وقد ورد في كشف القناع، ج ٣، ص ٥٦٥، مثل ذلك.

(٢) المحلى، ج ٩، ص ٣٤.

(٣) بدائع الصنائع، ج ٤، ص ١٨٠.

(٤) المغني، ج ٥، ص ٥٥٣، المبدع، ج ٥، ص ٧٩، كشف القناع، ج ٣، ص ٥٦٤.

أما إذا أجّره من شريكه فيصح:

لأن المعقود عليه مقدور الاستيفاء؛ حيث إن منفعة العقار تحدث على ملك المستأجر، لكن بسببين مختلفين، بعضهما بسبب الملك، وبعضهما بسبب الإجارة^(١).

المناقشة:

يناقش بأن: العقار المشاع له منفعة، والتسليم ممكن، وذلك بالتهايؤ^(٢)، بأن ينتفع كل واحد من المستأجر والشريك بالعقار المؤجر مدة مساوية لمدة انتفاع الآخر، كأن يسكن أحدهما الدار شهراً، ويسكنها الآخر شهراً^(٣).

وكذلك يمكن أن ينتفع المستأجر بجزء من العقار، وينتفع الشريك بالجزء الآخر، أو يتفق المستأجر والشريك على تأجير العقار لآخر^(٤).
وإذا صحَّ التأجير من الشريك، فينبغي القول بصحته من الأجنبي قياساً على البيع.

أدلة القول الثالث:

استدلَّ من قال بصحة تأجير العقار المشترك مطلقاً من الشريك ومن غيره بالأدلة التالية:

- (١) بدائع الصنائع، ج ٤، ص ١٨٧، البحر الرائق، ج ٨، ص ٢٤.
- (٢) المهياة: مفاعلة من الهيئة، وهي الحالة الظاهرة للشيء، فكلُّ من الشريكين يرضى بهيئة واحدة، ويختارها، أو أن الشريك الثاني ينتفع بالعين على الهيئة التي ينتفع بها الشريك الأول، وهي عند الفقهاء: عبارة عن قسمة المنافع. (العناية شرح الهداية، ج ٨، ص ٢٧).
- (٣) المدونة، ج ٤، ص ٥١٠.
- (٤) مواهب الجليل، ج ٥، ص ٤٢٢.

الدليل الأول: ما رواه عبدالله بن السائب قال: «دخلنا على عبدالله بن معقل فسألناه عن المزارعة، فقال: زعم ثابت أن رسول الله ﷺ: نهى عن المزارعة، وأمر بالمؤاجرة، وقال: لا بأس بها» أخرجه مسلم^(١).

وجه الدلالة من الحديث:

ما ذكره ابن حزم؛ حيث قال:

«أمر النبي ﷺ بالمؤاجرة، ولم يخص مشاعاً من غير مشاع»^(٢).

الدليل الثاني: أن بيع النصيب المشاع من غير الشريك جائز، فتجوز إجارته قياساً على البيع؛ لأن الإجارة نوع من البيع؛ إذ هي بيع المنافع^(٣).

الدليل الثالث: أنه يصح رهن النصيب المشاع، فصحت إجارته قياساً على رهنه^(٤).

الدليل الرابع: أن إجارة المشاع تصح من الشريك، فتصح من غير الشريك قياساً على الشريك^(٥).

الدليل الخامس: أن العقار المشترك إذا أجره الشريكان معاً صح ذلك، فينبغي إذا أجر أحدهما نصيبه مفرداً، أن يصح ذلك قياساً على صحة الإجارة منهما معاً^(٦).

(١) صحيح مسلم، كتاب: البيوع، باب: كراء الأرض، ج ١٠، ص ٢٠٧، صحيح مسلم بشرح النووي.

(٢) المحلى، ج ٩، ص ٣٥.

(٣) بدائع الصنائع، ج ٤، ص ١٨٧، الهداية، ج ٧، ص ١٨٠، المدونة، ج ٤، ص ٥١٠، المغني، ج ٥، ص ٥٥٣، المبدع، ج ٥، ص ٧٩.

(٤) الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ٣٠٤.

(٥) بدائع الصنائع، ج ٤، ص ١٨٧، الهداية، ج ٧، ص ١٨٠، البحر الرائق، ج ٨، ص ٢٣ - ٢٤، المغني، ج ٥، ص ٥٥٣، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٣١٨.

(٦) بدائع الصنائع، ج ٤، ص ١٨٧، المغني، ج ٥، ص ٥٥٢، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٣١٨.

المناقشة:

ذكر ابن قدامة أن من نصر منع تأجير المشاع قد ناقش القياسين: الرابع والخامس بالفرق بينهما وبين محل النزاع فقال:

«ومن نصر الأول، فرق بين محل النزاع، وبين ما إذا أجره الشريك، أو أجره لشريكه، بأنه: يمكن التسليم إلى المستأجر، فأشبهه إجارة المغصوب، من غاصبه دون غيره»^(١).

دفع هذه المناقشة:

يمكن أن يجاب عن هذه المناقشة بأنه لا يتعذر التسليم في تأجير المشاع؛ لأنه ممكن بالتخلية والتهايؤ كما سبق بيانه.

على أن الانتفاع به غير متعذر، بل هو ممكن كما كان ينتفع به المؤجر مع شريكه قبل تأجيريه.

قال ابن رشد في «بداية المجتهد»^(٢) في هذا المعنى في أثناء كلامه عن إجارة المشاع:

«الانتفاع بها ممكن مع شريكه، كانتفاع المكري بها مع شريكه، أعني رب المال».

الدليل السادس: ما ذكره ابن نجيم؛ حيث قال:

«إذا جاز إجارة المشاع فأولى أن تجوز إجارته، فإن تأثير المشاع في منع التبرع أقوى من تأثيره في منع المعاوضة، ألا ترى أن هبة المشاع لا تجوز وبيع المشاع جائز»^(٣).

(١) المغني، ج ٥، ص ٥٥٣.

(٢) ج ٢، ص ٢٢٧.

(٣) البحر الرائق، ج ٤، ص ٢٤.

المناقشة:

ناقش ابن نجيم هذا القياس بعد ذكره له، فقال:

«العارية ليست بلازمة، فلا يجب التسليم، وعند التسليم جاز الانتفاع بجميعة لوجود إذنه في ذلك، فصار كله عارية، ولا شيوع»^(١).

دفع هذه المناقشة:

يمكن أن يجاب عن هذه المناقشة بأن العبرة في ذلك بوقت العقد، ووقت إنشاء العارية الشيوع موجود، وكذلك الإجارة وقت إنشاء العقد الشيوع موجود، فيصح القياس.

الدليل السابع: أن الشيوع الطارئ لا يفسد الإجارة، فكذلك المقارن؛ لأن الطارئ في باب الإجارة مقارن، لأن المعقود عليه المنفعة، وأنها تحدث شيئاً فشيئاً، فكان كل جزء معقوداً عليه مبتدأ^(٢).

وقد نوقش بأن:

عدم الشيوع شرط جواز العقد، وليس كل ما يشترط لابتداء العقد يشترط لبقائه^(٣).

الترجيح:

بعد عرض الأقوال في هذه المسألة، وما استدل به لكل قول، وما أورد عليها من مناقشة، يظهر لي أن القول بصحة تأجير العقار المشترك مطلقاً هو الراجح للأسباب التالية:

(١) البحر الرائق، ج ٨، ص ١٤.

(٢) بدائع الصنائع، ج ٤، ص ١٨٧.

(٣) بدائع الصنائع، ج ٤، ص ١٨٨.

السبب الأول: قوة ما استدل به لهذا القول في الجملة، فقد سلم بعضها من المناقشة وقد أمكن الإجابة عن مناقشة بعضها وهي في مجموعها يقوي بعضها بعضاً، مما يجعلها صالحة لبناء الحكم عليها.

السبب الثاني: ضعف ما استدل به للقولين الآخرين؛ حيث قد أمكن مناقشة ذلك، فلا تقوى على المعارضة.

السبب الثالث: أن القول بصحة تأجيل المشاع مطلقاً فيه مصلحة ظاهرة، فهو مما تمس الحاجة إليه، وفي منعه تضيق على الناس، وخرج كبير ومشقة ظاهرة، وقد رفع الله عن هذه الأمة الحرج والمشقة، كما قال تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي آلِيَيْنِ مِنْ حَرْجٍ﴾^(١).

وقال تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمْ الْعُسْرَ﴾^(٢).

فالقول بصحة تأجيل العقار المشترك من الشريك، ومن غيره يتناسب مع سماحة الشريعة الإسلامية. والله تعالى أعلم.

بقي الكلام عن فروع نصّ عليها بعض الفقهاء الذين منعوا إجارة المشاع إلا من الشريك، يحسن إيرادها، لعلاقتها بإجارة العقار المشترك من بعض الوجوه، فقد تحدثوا عن حكم الشيوع الطارئ على العقد، كما تحدثوا عن تأجيل المالك نصف عقاره مشاعاً لواحد، ثم أجر النصف الآخر بعد ذلك، وتحدثوا عن تأجيل الشخص الواحد عقاره لاثنتين أو أكثر.

ولإيضاح ذلك أورد ما ذكره الحنفية من هذه المسائل، وأتبع ذلك بما ذكره الحنابلة منها:

قال الكاساني في «بدائع الصنائع»^(٣):

(١) سورة الحج، آية: ٧٨.

(٢) سورة البقرة، آية ١٨٥.

(٣) ج ٤، ص ١٨٧ - ١٨٨.

«الشيوع الطارئ فيه روايتان عن أبي حنيفة:

في رواية: تفسد الإجارة كالمقارن.

وفي رواية: لا تفسد، وهي الرواية المشهورة عنه.

ووجهها: أن عدم الشيوع عنده شرط جواز هذا العقد، وليس كل ما يشترط لابتداء العقد يشترط لبقائه، كالخلو من العدة، فإن العدة تمنع ابتداء العقد ولا تمنع البقاء كذا هذا.

وسواء كانت الدار كلها لرجل فأجر نصفها من رجل، أو كانت بين اثنين فأجر أحدهما نصيبه من رجل، كذا ذكر الكرخي في «جامعه» نصًا عن أبي حنيفة: أن الإجارة لا تجوز في الوجهين جميعًا.

ذكر أبو طاهر الدباس: أن إجارة المشاع إنما لا تجوز عند أبي حنيفة: إذا أجر الرجل بعض ملكه، فأما إذا أجر أحد الشريكين نصيبه فالعقد جائز بلا خلاف؛ لأن في الصورة الأولى تقع المهايأة بين المستأجر، والمؤجر، فتكون الدار في يد المستأجر مدة، وفي يد المؤجر مدة، ولا يجوز أن يستحق المؤجر الأجر مع كون الدار في يده، والمهايأة في الصورة الثانية إنما تقع بين المستأجر، وبين غير المؤجر، وهذا لا يمنع استحقاق الأجر لجواز أن تكون الدار في يد غير المستأجر، وأجرتها عليه كما لو أعارها، ثم أجرها.

والصحيح: ما ذكره الكرخي، لأن ما ذكرنا^(١) من المانع يعم الوجهين جميعًا...

وكذا تجوز إجارة الواحد من الاثنين؛ لأن المنافع تخرج من ملك

(١) يشير إلى ما ذكره قبل ذلك عند الكلام عن تأجير المشاع للشريك أو لغيره، وأنه لغير الشريك غير مقدور على تسليمه.

الأجر جملة واحدة من غير شياع، ثم ثبت الشياع لضرورة تفرق ملكيهما في المنفعة، وأنه يوجب قسمة المنفعة بالتهائي، فينعدم الشيوع».

وقال ابن قدامة في «المغني»^(١) : - بعد كلامه عن إجارة المشاع - ما

نصه :

«وإن كانت الدار لواحد فأجر نصفها صحّ؛ لأنه يمكنه تسليمه، ثم إن أجر نصفها الآخر للمستأجر الأول صح، فإنه يمكنه تسليمه إليه.

وإن أجره لغيره ففيه وجهان بناء على المسألة التي قبلها؛ لأنه لا يمكنه تسليم ما أجره إليه.

وإن أجر الدار الاثنین لكل واحد منهما نصفها، فكذلك؛ لأنه لا يمكنه تسليم نصيب كل واحد منهما إليه».

وبالله التوفيق.

الفصل السابع

تأجير الأرض للزراعة

- يشتمل هذا الفصل على المباحث التالية:
- المبحث الأول: حكم تأجير الأرض للزراعة.
 - المبحث الثاني: ما يصلح أن يكون أجرة.
 - المبحث الثالث: مدى أحقية المستأجر في اختيار نوع الزرع.
 - المبحث الرابع: انقضاء مدة الإجارة قبل حصاد الزرع.



المبحث الأول

حكم تأجير الأرض للزراعة

اختلف الفقهاء في حكم تأجير الأرض للزراعة على قولين:

القول الأول: يصح تأجير الأرض للزراعة في الجملة، وبهذا قال الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤).

القول الثاني: لا يصح تأجير الأرض للزراعة، وبهذا قال طاووس^(٥)، والحسن البصري^(٦)، وابن حزم^(٧)، ونقله عن مجاهد، ومسروق، والشعبي، وابن سيرين، والقاسم بن محمد.

(١) مختصر القدوري، ج ٢، ص ٨٩، الهداية، ج ٧، ص ١٦٦، البحر الرائق، ج ٧، ص ٣٠٤.

(٢) المدونة، ج ٤، ص ٥٢٨، بداية المجتهد، ج ٢، ص ٢٢١، قوانين الأحكام الشرعية، ص ٣٠٤، البهجة في شرح التحفة، ج ٢، ص ١٦٣.

(٣) الأم، ج ٤، ص ١٤ - ١٥، روضة الطالبين، ج ٥، ص ١٩٨، الأنوار لأعمال الأبرار، ج ١، ص ٥٩٢، شرح الجلال المحلي على المنهاج، ج ٣، ص ٧٤.

(٤) العمدة لابن قدامة، ص ٢٦٩، المغني، ج ٥، ص ٤٢٩، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٣٥٢، كشاف القناع، ج ٤، ص ١٥.

(٥) فتح الباري، ج ٥، ص ٢٥.

(٦) شرح النووي لصحيح مسلم، ج ١٠، ص ١٩٨، القواعد النورانية، ص ١٦٠.

(٧) المحلي، ج ٩، ص ٥٣، ٥٧.

الأدلة

أدلة القول الأول:

استدلَّ أصحاب القول الأول بأدلة منها:

الدليل الأول: ما رواه حنظلة بن قيس عن رافع بن خديج قال: «حدثني عمّاي أنهم كانوا يكرون الأرض على عهد النبي ﷺ بما ينبت على الأربعاء^(١)، أو شيء يستثنيه صاحب الأرض، فنهى النبي ﷺ، فقلت لرافع: فكيف هي بالدينار والدرهم؟ فقال رافع: ليس بها بأس بالدينار والدرهم». أخرجه البخاري^(٢).

وأخرجه مسلم عن حنظلة بن قيس: أنه سأل رافع بن خديج عن كراء الأرض، فقال: «نهى رسول الله ﷺ عن كراء الأرض، قال فقلت: أبالذهب والورق فقال: أمّا بالذهب والورق فلا بأس».

وأخرجه مسلم عن حنظلة بن قيس قال: «سألت رافع بن خديج عن كراء الأرض بالذهب والورق فقال: لا بأس به، إنما كان الناس يؤاجرون على عهد النبي ﷺ على الماذيانات وأقبال الجداول، وأشياء من الزرع فيهلك هذا، ويسلم هذا، ويسلم هذا ويهلك هذا، فلم يكن للناس كراء إلا هذا، فلذلك زجر عنه، فأما شيء معلوم مضمون فلا بأس به»^(٣).

(١) الأربعاء: جمع ربيع، وهو: الشهر الصغير، والمعنى: أنهم كانوا يكرون الأرض ويشترطون لأنفسهم ما ينبت على الأنهار. (فتح الباري، ج ٥، ص ٢٣).

(٢) صحيح البخاري، كتاب الحرث والمزارعة، باب: كراء الأرض بالذهب والفضة، ج ٣، ص ١٤٢.

(٣) سبق تخريجه في أول هذا الباب، ص ٧٤٦.

وجه الدلالة:

دلّت الروايات السابقة على صحة تأجير الأرض للزراعة إذا كانت الأجرة معلومة^(١).

الدليل الثاني: عن سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه قال: «إن أصحاب المزارع في زمن النبي صلى الله عليه وسلم كانوا يكرون بما يكون على السواقي، وما سعد بالماء مما حول النبت، فجاءوا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاختصموا في بعض ذلك فنهاهم أن يكروا بذلك، وقال: «اكرؤا بالذهب والفضة». أخرجه أحمد وغيره^(٢).

وجه الدلالة من الحديث:

دلّ الحديث على صحة تأجير الأرض للزراعة إذا كانت الأجرة معلومة^(٣).

الدليل الثالث: ما رواه عبدالله بن السائب قال: «دخلنا على عبدالله بن معقل فسألناه عن المزارعة، فقال: زعم ثابت بن الضحاك: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المزارعة وأمر بالمؤاجرة، وقال: لا بأس بها». أخرجه مسلم^(٤).

فقد أمر صلى الله عليه وسلم بالمؤاجرة، وقال: لا بأس بها، وأقل ما يحمل عليه ذلك الإباحة.

الدليل الرابع: ما رواه رافع بن خديج رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم في حديث جاء فيه: «إنما يزرع ثلاثة: رجل له أرض فهو يزرعها، ورجل منح أرضاً فهو

(١) المهذب، ج ١، ص ٤٠١، شرح السنّة للبيهقي، ج ٨، ص ٢٦٣، فتح الباري، ج ٥، ص ٢٥٠، نيل الأوطار، ج ٥، ص ٢٨٠.

(٢) سبق تخريجه، ص ٧٤٥.

(٣) المغني، ج ٥، ص ٤٣٠، فتح الباري، ج ٥، ص ٢٥٠، نيل الأوطار، ج ٥، ص ٢٨٠.

(٤) سبق تخريجه، ص ٨٧٣.

يزرع ما منح، ورجل استكرى أرضًا بذهب أو فضة». أخرجه النسائي، وابن ماجه^(١).

وجه الدلالة من الحديث:

أنه ﷺ قد بيّن أن الأرض الزراعية لها أحوال، ومن تلك الأحوال أن يستأجرها الشخص بذهب أو فضة ليقوم بزراعتها، فدلّ الحديث على صحة تأجير الأرض للزراعة.

الدليل الخامس: أن الأرض الزراعية عين يمكن استيفاء المنفعة المباحة منها مع بقائه فصحت إجارتها قياسًا على الدور^(٢).

أدلة القول الثاني:

استدلوا بأدلة منها:

الدليل الأول: ما روى رافع بن خديج رضي الله عنه أن النبي ﷺ: «نهى عن كراء المزارع». متفق عليه^(٣).

وجه الدلالة من الحديث:

أن هذا نهى صريح عن تأجير الأرض للزراعة، والنهي يقتضي التحريم.

(١) سنن النسائي، كتاب المزارعة، باب ذكر الأحاديث المختلفة في النهي عن كراء الأرض بالثلث والرابع واختلاف ألفاظ الناقلين للخبر، ج ٧، ص ٤٠، وأخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب الرهون، باب المزارعة بالثلث والرابع، ج ٢، ص ٨١٩، حديث رقم: ٢٤٤٩.

(٢) المغني، ج ٥، ص ٤٣٠.

(٣) صحيح البخاري، كتاب الحرث والمزارعة، باب ما كان من أصحاب النبي ﷺ يواسي بعضهم بعضًا في الزراعة والثمر، ج ٣، ص ١٤١، ومسلم في صحيحه، كتاب البيوع، باب: كراء الأرض، ج ١٠، ص ٢٠٢ (صحيح مسلم بشرح النووي).



الدليل الثاني: عن جابر رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «من كانت له أرض فليزرعها، أو ليمنحها فإن أبي فليمسك أرضه». متفق عليه^(١).
وفي لفظ عنه: «نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يؤخذ للأرض أجر أو حظ». أخرجه مسلم^(٢).

وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «من كانت له أرض فليزرعها، أو ليمنحها أخاه، فإن أبي فليمسك أرضه». متفق عليه^(٣).
وجه الدلالة من هذه الأحاديث:

ما ذكره ابن حزم بعد أن أورد هذه الأحاديث، وما في معناها حيث قال:

«فهؤلاء.. كلهم يروي عن النبي صلى الله عليه وسلم النهي عن كراء الأرض جملة، وأنه ليس إلا أن يزرعها صاحبها، أو يمنحها غيره، أو يمسك أرضه فقط»^(٤).

مناقشة الأدلة التي ورد فيها النهي عن كراء الأرض:

أجاب جمهور العلماء عن الأدلة التي ورد فيها النهي عن كراء الأرض بجوابين:

أحدهما: أنها محمولة على ما إذا أكرت بشيء مجهول، كما دلت على ذلك الروايات الأخرى التي استدلت بها الجمهور، وغيرها.

والثاني: أن النهي الوارد فيها محمول على التنزيه، وقد دلَّ على ذلك الأمر بإعارتها، والعارية ليست بواجبة، وكما دلَّ على ذلك ما أخرجه

(١) سبق تخريجه، ص ٤٠.

(٢) صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب كراء الأرض، ج ١٠، ص ١٩٧.

(٣) سبق تخريجه، ص ٤٠.

(٤) المحلى، ج ٩، ص ٥٥.

البخاري ومسلم^(١) عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: «إن النبي صلى الله عليه وسلم لم ينه عنه، ولكن قال: أن يمنح أحدكم أخاه خيراً له من أن يأخذ شيئاً معلوماً». قال النووي موضحاً هذا المعنى - بعد أن ذكر قول الجمهور - ما نصه: «وتأولوا أحاديث النهي تأويلين:

أحدهما: حملها على إجارتها بما على الماذيانات، أو بزرع قطعة معينة، أو بالثلث والرابع، ونحو ذلك، كما فسّره الرواة في هذه الأحاديث التي ذكرناها.

والثاني: حملها على كراهة التنزيه، والإرشاد إلى إعارتها، كما نهى عن بيع الغرر نهى تنزيه، بل يتواهبونه، ونحو ذلك، وهذان التأويلان لا بدّ منهما، أو من أحدهما للجمع بين الأحاديث، وقد أشار إلى هذا التأويل الثاني البخاري، وغيره، ومعناه عن ابن عباس. والله أعلم^(٢).

وقال المجد ابن تيمية في هذا المعنى:

«وما ورد من النهي المطلق... يحمل على ما فيه مفسدة، كما بينته هذه الأحاديث، أو يحمل على اجتنابها ندباً، أو استحباباً فقد جاء ما يدل على ذلك... وبالإجماع: تجوز الإجارة، ولا تجب الإعارة، فعلم أنه أراد الندب^(٣)».

وقال ابن حجر:

- (١) صحيح البخاري، كتاب الحرث والزراعة، باب ما كان من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم يواصي بعضهم بعضاً في الزراعة والثمر، ج ٣، ص ١٤١، صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب كراء الأرض، ج ١٠، ص ٢٠٧ (صحيح مسلم شرح النووي).
- (٢) شرح النووي على صحيح مسلم، ج ١٠، ص ١٩٨ - ١٩٩.
- (٣) المنتقى من أخبار المصطفى، ج ٢، ص ٣٨١ - ٣٨٢.

«النهي الوارد عن كراء الأرض محمول على ما إذا أكرت بشيء مجهول، وهو قول الجمهور»^(١).

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - هو قول الجمهور، أن تأجير الأرض للزراعة يصح، وذلك للأسباب التالية:

السبب الأول: قوة ما استدلوا به، فهي أحاديث صحيحة، وكثيرة، أورد بعض منها واستغنى بذلك عن الباقي اختصاراً، وهي في مجموعها صريحة واضحة دالة على صحة تأجير الأرض للزراعة.

السبب الثاني: أن أدلة المخالفين قد نوقشت من جمهور العلماء، وأجيب عنها بإجابة قوية، فيها جمع بين الأدلة، والجمع أولى من العمل ببعض الأدلة، وترك بعضها الآخر.

السبب الثالث: أنه قد نقل عن جماعة من الصحابة تأجير الأرض للزراعة والاستمرار عليه، ومن ذلك:

١ - ما أخرجه ابن ماجه: أن معاذ بن جبل رضي الله عنه أكرى الأرض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم، على الثلث والربع، فهو يعمل به إلى يومك هذا^(٢).

٢ - عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: «إن أمثل ما أنتم صانعون أن تستأجروا الأرض البيضاء من السنة إلى السنة». أخرجه البخاري معلقاً^(٣).

(١) فتح الباري، ج ٥، ص ٢٥.

(٢) سنن ابن ماجه، كتاب الرهون، باب الرخصة في المزارعة بالثلث والربع، ج ٢، ص ٨٢٣، حديث رقم: ٢٤٦٣، قال في الزوائد: إسناده صحيح ورجاله موثقون.

(٣) صحيح البخاري، كتاب الحرث والمزارعة، باب: كراء الأرض بالذهب والفضة، =

وأخرجه النسائي بلفظ: «إن خير ما أنتم صانعون أن يؤاجر أحدكم أرضه بالذهب والورق»^(١).

٣ - عن حنظلة بن قيس رضي الله عنه قال: «سألت رافع بن خديج عن كراء الأرض البيضاء بالذهب والفضة؟ فقال: حلال لا بأس به، ذلك فرض الأرض». أخرجه النسائي^(٢).

السبب الرابع: أن في الأخذ بما ذهب إليه الجمهور رفعًا للخرج عن الناس وتسهيلاً عليهم؛ حيث إن من الناس من يملك الأرض الزراعية، لكنه لا يستطيع أن يقوم بزراعتها بنفسه، كما يوجد فئة من الناس يستطيعون زراعة الأرض، لكن ليست لديهم الأراضي الزراعية، فكان في إباحة تأجير الأرض للزراعة مصلحة ظاهرة للمؤجر والمستأجر. والله تعالى أعلم.

=ج٣، ص١٤٢، قال ابن حجر في فتح الباري، ج٥، ص٢٥: «وصله الثوري في جامعه. قال أخبرني عبد الحكم هو الجزري عن سعيد بن جبير عنه، ولفظه: «إن أمثل ما أنتم صانعون أن تستأجروا الأرض البيضاء ليس فيها شجر»، يعني من السنة إلى السنة، وإسناده صحيح، وأخرجه البيهقي من طريق عبدالله بن الوليد العدني عن سفيان به».

(١) سنن النسائي، كتاب المزارعة، باب ذكر اختلاف الألفاظ المأثورة في الزراعة، ج٧، ص٥٣.

(٢) سنن النسائي، كتاب المزارعة، باب: النهي عن كراء الأرض بالثلث والربع، ج٧، ص٤٤، قال: عبد القادر الأرناؤوط في تحقيق كتاب جامع الأصول في أحاديث الرسول، ج١١، ص٢٩: «إسناده صحيح».



المبحث الثاني

ما يصلح أن يكون أجرة

ذهب جمهور الفقهاء إلى صحة تأجير الأرض للزراعة - كما سبق بيانه في المبحث الأول - لكنهم اختلفوا فيما يصلح أن يكون أجرة للأرض الزراعية، ولهم في ذلك خمسة أقوال:

القول الأول: لا يصح تأجير الأرض للزراعة إلا بالذهب والفضة، وبهذا قال: ربيعة وسعيد بن المسيب^(١).

القول الثاني: يصح تأجيرها بكل شيء معلوم، ما عدا الطعام، سواء كان ذلك بالطعام الخارج منها، أو لم يكن، وما عدا ما ينبت فيها كان طعامًا، أو غيره، وبهذا قال: مالك، وأكثر أصحابه^(٢).

القول الثالث: يصح تأجيرها بكل شيء معلوم، ما عدا الطعام خاصة. ورد هذا القول في «بداية المجتهد»^(٣)، وفي «البهجة في شرح التحفة»^(٤)، ولم ينصَّ على قائله، وحكاه النووي في «شرح مسلم»^(٥) عن مالك حيث قال:

-
- (١) بداية المجتهد، ج ٢، ص ٢٣١، ونقله في فتح الباري، ج ٥، ص ٢٥، عن ربيعة.
 - (٢) المدونة، ج ٤، ص ٥٤٣ - ٥٤٥، بداية المجتهد، ج ٢، ص ٢٢١، البهجة في شرح التحفة، ج ٢، ص ١٦٣، وبالهامش حلى المعاصم، نفس الجزء والصفحة.
 - (٣) ج ٢، ص ٢٢١.
 - (٤) ج ٢، ص ١٦٣.
 - (٥) ج ١٠، ص ١٩٨.

«وقال مالك: يجوز بالذهب والفضة وغيرهما إلا الطعام».

القول الرابع: يصح تأجيريه بكل شيء معلوم، ما لم يكن بجزء مما يخرج منها، فلا يصح، وبهذا قال: أبو حنيفة^(١)، وهو ظاهر قول مالك في «الموطأ» على ما نقله ابن رشد في «بداية المجتهد»^(٢)، وبه قال: الشافعي^(٣).

القول الخامس: يصح تأجيرها بكل شيء معلوم، ويصح بجزء معلوم خارج منها، وبهذا قال: الصحابيان^(٤)، وأحمد^(٥)، وبعض المالكية^(٦)، وبعض الشافعية.

قال النووي في «شرح مسلم»^(٧) بعد نقله هذا القول: «وبهذا قال: ابن شريح، وابن خزيمة، والخطابي، وغيرهم من محققي أصحابنا، وهو الراجح المختار».

وممن قال بهذا القول: الثوري، والليث، وابن أبي ليلى، والأوزاعي^(٨).

-
- (١) مختصر القدوري، ج ٢، ص ٨٨، ٢٢٨، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٣٦٩، ٤٩٩، بداية المجتهد، ج ٢، ص ٢٢١، شرح النووي على مسلم، ج ١٠، ص ١٩٨.
- (٢) ج ٢، ص ٢٢١.
- (٣) الأم، ج ٤، ص ١٥، شرح النووي على مسلم، ج ١٠، ص ١٩٨.
- (٤) مختصر القدوري، ج ٢، ص ٨٨، ٢٢٨، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٣٦٩، ٤٩٩، بداية المجتهد، ج ٢، ص ٢٢١، شرح النووي على مسلم، ج ١٠، ص ١٩٨.
- (٥) المقنع، ج ٢، ص ١٨٧، المغني، ج ٥، ص ٤٣٠ - ٤٣١، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٣٠٠، القواعد التورانية الفقهية، ص ١٧٩.
- (٦) البهجة في شرح التحفة، ج ٢، ص ١٦٣، شرح النووي على مسلم، ج ١٠، ص ١٩٨.
- (٧) ج ١٠، ص ١٩٨.
- (٨) بداية المجتهد، ج ٢، ص ٢٢١.



الأدلة

دليل القول الأول:

استدلّ على أنه لا يصح تأجير الأرض للزراعة إلا بالذهب والفضة بالأحاديث التي ورد فيها التنصيص على ذلك، وقد سبقت في المبحث الأول، ومنها: حديث رافع بن خديج رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم الذي جاء فيه: «إنما يزرع ثلاثة: رجل له أرض فهو يزرعها، ورجل منح أرضاً فهو يزرع ما منح، ورجل استكرى أرضاً بذهب أو فضة». أخرجه النسائي وابن ماجه.

وجه الدلالة:

أن هذا الحديث صريح في أن كراء الأرض يكون بالذهب والفضة، فهو مقيد، والأحاديث الأخرى مطلقة، والمطلق يحمل على المقيد^(١).

المناقشة:

يناقش هذا الاستدلال بأن التنصيص على الذهب والفضة ليس معناه أنه لا تصح إجارة الأرض للزراعة إلا بهما، فإنه قد ثبت عن رافع بن خديج نفسه أنه قال: «فأما شيء معلوم مضمون فلا بأس به»، كما سبق إيراد الحديث بتمامه، وقد نصّ فيه على الذهب والفضة.

على أنه يمكن أن يلحق بالذهب والفضة غيرهما قياساً عليهما؛ لأن كل ما صلح أن يكون ثمنًا في البيع صلح أن يكون أجرة في الإجارة، كما سبق إيضاحه.

أدلة القول الثاني:

أصحاب القول الثاني أجازوا إجارة الأرض للزراعة بكل أجرة معلومة

(١) بداية المجتهد، ج ٢، ٢٢٢.

ما عدا الطعام سواء كان خارجاً منها أو لم يكن، وما عدا ما ينبت فيها وإن لم يكن طعاماً، وقد استدلوا على كل واحد من هذين الاستثنائين بأدلة:

ما استدلوا به على عدم صحة تأجيرها بالطعام خارجاً منها أو غير خارج:

الدليل الأول: عن رافع بن خديج رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «من كانت له أرض فليزرعها، أو ليزرعها أخاه، ولا يكرها بثلث ولا ربع، ولا بطعام مسمى»^(١). أخرجه مسلم وغيره^(٢).

وجه الدلالة من الحديث:

أن النبي ﷺ نهى عن كراء الأرض بالثلث والربع، وهما خارجان من الأرض، كما نهى أيضاً عن كرائها بالطعام المعين، وهذا نهى، والنهى يقتضي التحريم.

الدليل الثاني: ما رواه رافع بن خديج عن عمه ظهير بن رافع، قال: قال ظهير: «لقد نهى رسول الله ﷺ عن أمر كان بنا رافقاً، فقلت: وما ذلك، ما قال رسول الله ﷺ فهو حق، قال: سألني: كيف تصنعون بمحاقلكم»^(٣)، فقلت: نؤاجرها يا رسول الله على الربيع، أو الأوسق من التمر، أو الشعير، قال أزرعوها، أو أزرعوها، أو أمسكوها»^(٤). متفق عليه^(٥).

(١) ورد الاستدلال به في بداية المجتهد، ج ٢، ص ٢٢٢.

(٢) صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب: كراء الأرض، ج ١٠، ص ٢٠٤ (صحيح مسلم بشرح النووي)، وأخرجه النسائي في سننه، كتاب المزارعة، باب ذكر الأحاديث المختلفة في النهي عن كراء الأرض بالثلث، ج ٧، ص ٤١ - ٤٢، وأخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب الرهون باب استكراء الأرض بالطعام، ج ٢، ص ٨٢٣، حديث رقم: ٢٤٦٥.

(٣) محاقلكم: مزارعكم، والحقل الزرع، وقيل: ما دام أخضر، والمحاقل: المزارعة بجزء مما يخرج من الأرض، وقيل: هو بيع الزرع بالحنطة، وقيل: غير ذلك. (فتح الباري، ج ٥، ص ٢٣).

(٤) ورد الاستدلال به في بداية المجتهد، ج ٢، ص ٢٢٣.

(٥) صحيح البخاري، كتاب: الحرث والمزارعة، باب ما كان من أصحاب النبي ﷺ =

وجه الدلالة من الحديث:

أنه ﷺ قد نهى عن استئجار الأرض للزراعة، وهذا النهي محمول على ما إذا وقع كراؤها بالطعام^(١).

الدليل الثالث: أنه إذا أجزت الأرض الزراعية بالطعام فإن ذلك يؤدي إلى بيع الطعام بالطعام إلى أجل، فيكون ربا نساء، وهو محرم^(٢).

ما استدلوا به على منع تأجير الأرض بما ينبت فيها:

قال ابن رشد مستدلاً لهم:

«أما حجتهم على منع كرائها مما تنبت، فهو ما ورد من نهيه ﷺ عن المخابرة، قالوا: وهي كراء الأرض بما يخرج منها»^(٣).

أدلة القول الثالث:

استدل من منع إجارة الأرض للزراعة بالطعام خاصة، بذات الأدلة التي استدل بها أصحاب المذهب الثاني^(٤) على منع تأجيرها بالطعام، فلا داعي لتكرارها.

أدلة القول الرابع:

استدل أصحاب القول الرابع على صحة تأجير الأرض للزراعة بالذهب

=يواسي بعضهم بعضاً في الزراعة والثمر، ج ٣، ص ١٤١، ومسلم في صحيحه، كتاب البيوع، باب: كراء الأرض، ج ١٠، ص ٢٠٥. (صحيح مسلم بشرح النووي).

(١) فتح الباري، ج ٥، ص ٢٦.

(٢) بداية المجتهد، ج ٢، ص ٢٢٢، فتح الباري، ج ٥، ص ٢٦.

(٣) بداية المجتهد، ج ٢، ص ٢٢٢.

(٤) ينظر في ذلك: بداية المجتهد، ج ٢، ص ٢٢٢.

والفضة والطعام وسائر الأشياء بأنه كراء منفعة معلومة بشيء معلوم، فجاز قياسًا على إجارة سائر المنافع^(١).

وأما منع إجارتها إذا كانت بجزء من الخارج منها فقد استدلوا عليه بالأحاديث الواردة في النهي عن ذلك، ومنها ما تقدم في أدلة القول الثاني، فحملوا الأحاديث التي وردت بالنهي عن تأجير الأرض للزراعة على تأجيرها بجزء مما يخرج منها^(٢).

أدلة القول الخامس :

أصحاب القول الخامس قالوا: يصح تأجير الأرض للزراعة بكل أجرة معلومة، كما يصح أن تكون الأجرة جزءًا معلومًا مما يخرج من الأرض، واستدلوا على ذلك بأدلة منها :

الدليل الأول: عن حنظلة بن قيس قال: «سألت رافع بن خديج عن كراء الأرض بالذهب والفضة، فقال: لا بأس به، إنما كان الناس يؤاجرون على عهد النبي ﷺ على الماذيانات، وأقبال الجداول، وأشياء من الزرع فيهلك هذا، ويسلم هذا، ويسلم هذا، ويهلك هذا، فلم يكن للناس كراء إلا هذا، فلذلك زجر عنه، فأما شيء معلوم مضمون فلا بأس به». أخرجه مسلم^(٣).

وجه الدلالة :

أنه صريح في أن كل شيء معلوم مضمون يصلح أن يكون أجرة للأرض الزراعية، وهو يشمل بعمومه أن تكون الأجرة بذهب أو فضة، أو طعام، أو خارج من الأرض، وغير ذلك مما هو معلوم مضمون، كما دلَّ على أن

(١) الأم، ج ٤، ص ١٥، شرح السنة للبغوي، ج ٨، ص ٢٦٣، المغني، ج ٥، ص ٤٣١.

(٢) الأم، ج ٤، ص ١٥، المغني، ج ٥، ص ٤٣١.

(٣) سبق تخريجه، ص ٧٤٦.

النهي عن تأجيرها للزراعة هو: إذا اشتمل العقد على ما يفضي إلى الغرر والجهالة^(١).

الدليل الثاني: عن ابن عمر رضي الله عنهما: «أن النبي صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر بشرط ما يخرج من ثمر أو زرع». متفق عليه^(٢).
وجه الدلالة من الحديث:

دَلَّ الحديث على صحة كراء الأرض بجزء معلوم مما يخرج منها^(٣).

الدليل الثالث: أن الأرض الزراعية عين يمكن استيفاء المنفعة منها مع بقائها، فصحت إيجارها بكل شيء معلوم قياساً على الدور^(٤).

مناقشة الأدلة التي ورد فيها النهي عن كراء الأرض عمومًا، أو عن كرائها بجزء معلوم مما يخرج منها:

أجاب أصحاب القول الخامس عن الأدلة التي ورد فيها النهي عن تأجير الأرض للزراعة مطلقًا، أو عن النهي عن تأجيرها بجزء معلوم مما يخرج منها بجوابين:

أحدهما: أنها محمولة على ما إذا أكرت بشيء مجهول، أو جعل العوض قطعة زراعية معينة، كما دلت على ذلك الروايات الأخرى التي ورد فيها بيان سبب النهي.

والثاني: أو أن النهي الوارد فيها محمول على التنزيه جمعًا بين الأدلة.

كما سبق إيضاح ذلك في المبحث الأول من هذا الفصل.

(١) نيل الأوطار، ج ٥، ص ٢٧٦.

(٢) صحيح البخاري، كتاب الحرث والمزارعة، باب المزارعة بالشرط ونحوه، ج ٣، ص ١٣٧، صحيح مسلم، كتاب المساقاة والمزارعة، ج ١٠، ص ٢٠٨، (صحيح مسلم بشرح النووي).

(٣) بداية المجتهد، ج ٢، ص ٢٢٣.

(٤) بداية المجتهد، ج ٢، ٢٢٢، المغني، ج ٥، ص ٤٣٠.

الترجيح:

لعلّ الراجح - والله أعلم - هو القول الخامس، القائل بصحة تأجير الأرض للزراعة بكل أجرة معلومة، حتى وإن كان بجزء معلوم مما يخرج منها، وذلك لقوة ما استدل به لهذا القول، ولأن أدلة الأقوال الأخرى قد أمكن الإجابة عنها، إما بحملها على أن الكراء وقع بشيء مجهول، أو أن النهي فيها للتنزيه كما دلّت عليه روايات أخرى.

وبالله التوفيق...



المبحث الثالث

مدى أحقية المستأجر

في اختيار نوع الزرع

قد يتفق المؤجر والمستأجر على تأجير الأرض للزرع مطلقاً، وقد يتفقان على نوع معين من الزرع، وقد يقع العقد على أن يزرع المستأجر نوعاً معيناً مع اشتراط عدم زرع غيره، ولتوضيح حكم هذه المسائل تبحث كل مسألة منها في مطلب مستقل على النحو التالي:

المطلب الأول: تأجير الأرض للزرع مطلقاً.

المطلب الثاني: تأجير الأرض لزرع معين.

المطلب الثالث: تأجير الأرض لزرع معين مع اشتراط عدم زرع غيره.

المطلب الأول: تأجير الأرض للزرع مطلقاً:

إذا تمّ الاتفاق بين المؤجر والمستأجر على إبرام العقد لتأجير الأرض للزرع مطلقاً، من غير تسمية ما يزرع فيها، كأن يقول أجزتها للزراعة، ولم يذكر ما يزرع، فقد اختلف الفقهاء في صحة هذا العقد على قولين:

القول الأول: لا يصح العقد إلا إذا سمى ما يزرع فيها، وبهذا قال: الحنفية^(١)، وبعض المالكية^(٢)، وهو أحد الوجهين عند الشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤).

وعلّلوا لذلك بأن:

ضرر الزرع بالأرض يتفاوت، فلا بد من التعيين قطعاً للمنازعة^(٥)، وقياساً على ما لو لم يذكر ما يكترى له من زرع، أو غرس، أو بناء^(٦).

القول الثاني: يصح العقد، وله أن يزرع ما شاء، وبهذا قال ابن القاسم من المالكية^(٧)، والشافعية في الأصح^(٨)، وهو المذهب عند الحنابلة^(٩).

-
- (١) مختصر القدوري، ج ٢، ٢٨٩، تحفة الفقهاء، ج ٢، ص ٣٤٩، العناية شرح الهداية، ج ٧، ص ١٦٦، البحر الرائق، ج ٧، ص ٣٠٤.
- (٢) بلغة السالك، ج ٣، ص ١٦٥، حاشية الدسوقي، ج ٤، ص ٤٨، منح الجليل، ج ٨، ص ٣٥.
- (٣) فتح العزيز، ج ١٢، ص ٣٥٧، روضة الطالبين، ج ٥، ص ٢٠٠، المنهاج، ج ٢، ص ٣٤٢.
- (٤) الإنصاف، ج ٦، ص ٧.
- (٥) العناية شرح الهداية، ج ٧، ص ١٦٦، البحر الرائق، ج ٧، ص ٣٠٤، المهذب، ج ١، ص ٤٠٣، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٣٤٢، المغني، ج ٥، ص ٤٨٣.
- (٦) المغني، ج ٥، ص ٤٨٣.
- (٧) حاشية الدسوقي، ج ٤، ص ٤٨، منح الجليل، ج ٨، ص ٣٥، ويلاحظ أن المالكية قالوا: يصح العقد ولا يزرع فيها إلا ما يشبه أن يزرع في مثلها. (البهجة في شرح التحفة، ج ٢، ص ١٦٦).
- (٨) فتح العزيز، ج ٢، ص ٣٥٧، روضة الطالبين، ج ٥، ص ٢٠٠، المنهاج، ج ٢، ص ٣٤٢، الأنوار لأعمال الأبرار، ج ١، ص ٦٠١، شرح جلال الدين المحلي على المنهاج، ج ٣، ص ٧٤.
- (٩) الكافي، ج ٢، ص ٣٠٥، المغني، ج ٥، ص ٤٨٢، الإنصاف، ج ٦، ص ٧، الإقناع، ج ٢، ص ٣٠٥، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٣٥٢.

وعللوا لذلك بأنه:

يصح استئجار الأرض لأعظم الأنواع ضرراً، فإذا أطلق تناول الأكثر وكان له ما دونه^(١).

وردوا على تعليل القول الأول بأن:

التفاوت بين أنواع الزرع قليل، فلا يؤثر في صحة العقد^(٢)، وبخلاف الأجناس المختلفة، فإنه لا يدخل بعضها في بعض^(٣).

الترجيح:

لعلّ الراجح هو: القول الثاني لوجاهة ما علّل به له، ولأن ما علّل به للقول الأول قد أمكن مناقشته، ولأن المؤجر إذا أطلق العقد فقد رضي بأكثر الزرع ضرراً، ولأن في القول بصحة العقد صوتاً لكلام العاقدين عن الإلغاء، وما عقده مطلقاً فلا ينبغي تقييده، وما وسع فيه المؤجر على المستأجر فلا يحسن تضييقه. والله تعالى أعلم.

وأما إذا وقع العقد على أن يزرع ما يشاء:

فهل يكون حكمه حكم العقد المطلق، أو لا؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: يصح العقد، وله أن يزرع ما يشاء، وبهذا قال: الحنفية^(٤)، وهو قول عند المالكية^(٥)،

(١) الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ٣٠٥، المغني، ج ٥، ص ٤٨٣.

(٢) شرح جلال الدين المحلي على المنهاج، ج ٣، ص ٧٤، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٣٤٢.

(٣) المغني، ج ٥، ص ٤٨٣.

(٤) مختصر القدوري، ج ٢، ص ٨٩، الهداية، ج ٧، ص ١٦٦، البحر الرائق، ج ٧، ص ٣٠٤.

(٥) حاشية الدسوقي، ج ٤، ص ٤٨، بلغة السالك، ج ٣، ص ١٦٥، البهجة في شرح التحفة،

ج ٢، ص ١٦٦.

وهو المذهب عند الشافعية^(١)، وبه قال الحنابلة^(٢).

وعلّلوا لذلك بأنه:

يصح أن يستأجر الأرض لزراع أعظم الأنواع ضرراً، فإذا فوض المؤجر إلى المستأجر أن يزرع ما يشاء فقد أطلق له اختيار الأضر، فصَحَّ، كما لو أجرها للزراعة وسكت عند من قال بالجواز، بل هو أولى^(٣).

ولأن المؤجر لما فوض الاختيار إلى المستأجر ارتفعت الجهالة المفضية إلى النزاع^(٤).

ولأن المؤجر قد رضي بالأضر^(٥).

القول الثاني: لا يصح العقد، وهو قول عند المالكية^(٦)، ووجه عند الشافعية^(٧).

وعلّلوا لذلك بأنه:

لم يبين نوع الزرع فلم يصح، كما لو قال: بعثك من هؤلاء العبيد من شئت^(٨).

(١) المهذب، ج ١، ص ٤٠٣، فتح العزيز، ج ١٢، ص ٣٥٧، روضة الطالبين، ج ٥، ص ٢٠٠.

(٢) الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ٣٠٥، المغني، ج ٥، ص ٤٨٣، الإنصاف، ج ٢، ص ٧، الإقناع، ج ٢، ص ٣٠٥، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٣٥٢.

(٣) الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ٣٠٥، المغني، ج ٥، ص ٤٨٣.

(٤) العناية شرح الهداية، ج ٧، ص ١٦٦، اللباب في شرح الكتاب، ج ٢، ص ٨٩.

(٥) حاشية الدسوقي، ج ٤، ص ٤٨، بلغة السالك، ج ٣، ص ١٦٥.

(٦) حاشية الدسوقي، ج ٤، ص ٤٨، بلغة السالك، ج ٣، ص ١٦٥.

(٧) فتح العزيز، ج ١٢، ص ٣٥٧، روضة الطالبين، ج ٥، ص ٢٠٠.

(٨) فتح العزيز، ج ١٢، ص ٣٥٧، روضة الطالبين، ج ٥، ص ٢٠٠.

الترجيح:

الراجح هو القول الأول، لقوة ما علّل به له.

ولأن العقد وقع على أن يزرع الأرض ما يشاء من أصناف الزرع، وأصناف الزرع متقاربة، وقد رضي المؤجر بأكثرها ضرراً، فلا جهالة في ذلك، فإن العقد صريح في اختيار أي أنواع الزرع شاء.

المطلب الثاني: تأجير الأرض لزرع معين:

إذا وقع العقد على أن يزرع الأرض نوعاً معيناً، كأن قال: أجرتكها لتزرعها حنطة، فهل للمستأجر أن يزرع ما ضرره مثل الحنطة أو أقل، أو أنه لا يزرعها إلا النوع المتفق عليه؟
للفقهاء في ذلك قولان:

القول الأول: له أن يزرع النوع المتفق عليه، وله أن يزرع ما ضرره مثل ضرره أو دونه، وبهذا قال: الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، وهو المذهب عند الشافعية^(٣)، وبه قال الحنابلة^(٤).

(١) مختصر القدوري، ج٢، ص٩١، الهداية، ج٧، ص١٦٨، رحمة الأمة في اختلاف الأئمة، ص١٨٨.

(٢) المدونة، ج٤، ص٥٣٨، بداية المجتهد، ج٢، ص٢٢٩، البهجة في شرح التحفة، ج٢، ص١٦٦.

(٣) المهذب، ج١، ص٤٠٩، روضة الطالبين، ج٥، ص٢١٦، الأنوار لأعمال الأبرار، ج١، ص٦٠٩.

(٤) العمدة، ص٢٦٩، المقنع، ج٢، ص٢١٠، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج٢، ص٣٠٥، المغني، ج٥، ص٤٨٤، الفروع، ج٤، ص٤٤٧، الإقناع، ج٢، ص٣٠٣.

وعلّلوا لذلك بأن:

المعقود عليه منفعة الأرض، دون النوع المعين، ولهذا تستقر عليه الأجرة، إذا تسلم الأرض وإن لم يزرعها، وإنما ذكر النوع المعين لتقدر به المنفعة فلم يتعين، قياساً على ما لو استأجر داراً ليسكنها، كان له أن يسكنها غيره^(١).

ولأنه إذا استوفى مثل المنفعة فقد استوفى حقه، وإذا استوفى دون المنفعة المتفق عليها فقد استوفى بعض حقه^(٢).

القول الثاني: لا يجوز له أن يزرع غير النوع المعين، وبهذا قال: بعض الشافعية^(٣)، وهو قول الظاهرية^(٤).

وعلّلوا لذلك بأنه:

عيّن النوع المراد زراعته فلم يجز العدول عنه، كما لو عيّن المركوب، أو عيّن الدراهم في الثمن^(٥).

المناقشة:

نوقش هذا الاستدلال بأن:

المعقود عليه هو منفعة الأرض دون النوع المعين، وذكر النوع المعين في العقد لتقدر به المنفعة، بخلاف المركوب والدراهم في الثمن، فإنهما معقود عليهما فتعيّن^(٦).

(١) المغني، ج ٥، ص ٤٨٤، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٣٣٨.

(٢) المهذب، ج ١، ص ٤٠٩.

(٣) روضة الطالبين، ج ٥، ص ٢١٦.

(٤) المغني، ج ٥، ص ٤٨٤، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٣٣٧، رحمة الأمة في اختلاف الأئمة، ص ١٨٨.

(٥) المغني، ج ٥، ص ٤٨٤، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٣٣٧.

(٦) المغني، ج ٥، ص ٤٨٤، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٣٣٧ - ٣٣٨.

الترجيح:

لعلّ الراجح هو قول جمهور الفقهاء لقوة ما علّل به له، وأن ما علّل به للقول الآخر قد نوقش. والله أعلم.

* * *

المطلب الثالث: تأجير الأرض لزراع معين مع اشتراط عدم زرع غيره:

إذا وقع العقد على أن يزرع المؤجر الأرض زرعًا معينًا، كالحنطة، ولا يزرع غير ذلك النوع، فقد اختلف الفقهاء في صحة العقد والشرط على ثلاثة أقوال:

القول الأول: يصح العقد ويبطل الشرط، وبهذا قال الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، وهو وجه عند الشافعية^(٣)، وهو المذهب عند الحنابلة^(٤).

وعلى هذا القول للمستأجر أن يزرع النوع المتفق عليه، ومثله، وأقل منه ضررًا.

وعلّلوا لذلك بأن:

العقد يصح؛ لأنه لا ضرر فيه، ولا غرض لأحد المتعاقدين؛ لأن ما ضرره مثله لا يختلف في غير المؤجر فلم يؤثر في العقد، فأشبه شرط استيفاء المبيع أو الثمن بنفسه.

(١) مختصر القدوري، ج ٢، ص ٩١، الهداية، ج ٧، ص ١٦٨، كشف الحقائق، ج ٢، ص ١٥٥.

(٢) المدونة، ج ٤، ص ٥٣٨، البهجة في شرح التحفة، ج ٢، ص ١٦٦.

(٣) روضة الطالبين، ج ٥، ص ٢١٧.

(٤) المغني، ج ٥، ص ٤٨٤، الفروع، ج ٤، ص ٤٤٥، الإنصاف، ج ٦، ص ٤٩، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٣٦٧، كشف القناع، ج ٤، ص ١٥.

وأما الشرط فيبطل ، لأنه ينافي مقتضى العقد ؛ لأن العقد يقتضي استيفاء المنفعة كيف شاء ، فلم يصح الشرط ، كما لو شرط عليه استيفاء المبيع بنفسه^(١) .
القول الثاني: يصح العقد والشرط ، وهو وجه عند الشافعية^(٢) ، والحنابلة^(٣) .

وعلى هذا القول : ليس للمستأجر أن يزرع غير النوع المتفق عليه .
وعللوا لذلك بأن :

المستأجر يملك المنفعة من جهة المؤجر ، فلا يملك ما لم يرض به المؤجر^(٤) . ولأنه قد يكون له غرض في تعيين هذا النوع من الزرع^(٥) .

القول الثالث: يفسد العقد ، وهو وجه عند الشافعية ، وقال عنه الروياني : «هو المذهب» ، وقواه النووي^(٦) ، وهو وجه عند الحنابلة^(٧) .
وعللوا لذلك بأن :

هذا الشرط ينافي مقتضى العقد ، فأشبهه ما لو شرط أن لا يستوفي المنافع^(٨) .
الترجيح :

لعلّ الراجح هو القول الثاني ؛ لقوة ما علّل به له ، ولأن المسلمين على شروطهم . والله تعالى أعلم .

(١) المغني ، ج ٥ ، ص ٤٨٤ .

(٢) روضة الطالبين ، ج ٥ ، ص ٢١٧ .

(٣) المغني ، ج ٥ ، ص ٤٧٧ ، ٤٨٤ ، الفروع ، ج ٤ ، ص ٤٤٥ ، الإنصاف ، ج ٦ ، ص ٤٩ .

(٤) روضة الطالبين ، ج ٥ ، ص ٢١٧ ، المغني ، ج ٥ ، ص ٤٧٧ .

(٥) المغني ، ج ٥ ، ص ٤٧٧ .

(٦) روضة الطالبين ، ج ٥ ، ص ٢١٧ .

(٧) المغني ، ج ٥ ، ص ٤٧٧ ، ٤٨٤ ، الفروع ، ج ٤ ، ص ٤٤٥ ، الإنصاف ، ج ٦ ، ص ٤٩ .

(٨) روضة الطالبين ، ج ٥ ، ص ٢١٧ ، المغني ، ج ٥ ، ص ٤٧٨ .



المبحث الرابع

انقضاء مدة الإجارة قبل حصاد الزرع

إذا انقضت مدة الإجارة وفي الأرض زرع لم يبلغ حصاده، فقد يكون سبب ذلك: تفريط المستأجر في تأخير الزراعة، وقد يكون بغرض تفريط المستأجر، وقد يكون سببه وقوع العقد على زرع معين لا يكمل في نفس المدة المتفق عليها.

لذا ناسب تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: أن يكون بقاء الزرع لتفريط من المستأجر.

المطلب الثاني: أن يكون بقاء الزرع من غير تفريط من المستأجر.

المطلب الثالث: تأجير الأرض للزرع مدة لا يكمل فيها.

المطلب الأول: أن يكون بقاء الزرع لتفريط من المستأجر:

إذا كان بقاء الزرع في الأرض المستأجرة له، سببه تفريط المستأجر وتقصيره في الزراعة، ومن أمثلة ذلك: أن يزرع زرعاً لم تجر العادة بكامله قبل انقضاء المدة، أو يؤخر الزراعة حتى ضاق الوقت، أو يبدل الزرع المعين بما هو أبطأ منه، فقد اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: يجب إبقاء الزرع إلى حين حصاده بأجرة المثل، ولا

يجبر المستأجر على قلعه إذا طلب المؤجر منه ذلك، وبهذا قال: الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، إلا أن بعض المالكية قال: «إن زرع وهو يعلم أو يظن تأخره من مدة الكراء بأمد كثير فلربها قلعه، أو تركه بالأكثر من الزائد على حساب المسمّى، وكراء مثله في حد ذاته، وأما إن كان يعلم أو يظن تأخره عن أمد الكراء بأمد قليل فلرب الأرض كراء الزائد فقط، وليس له قلعه»^(٣).

وعلل أصحاب هذا القول لإجبار المؤجر على تبقيّة الزرع بأجرة المثل بأن:

الزرع له نهاية معلومة فأمكن رعاية الجانبيين، وذلك لأنه لو أمر بقلعه تضرر المستأجر، ولو تركت الأرض بيده بلا أجر تضرر المؤجر، وفي تركه بأجرة المثل رعاية الجانبيين فصير إليه^(٤).

القول الثاني: يجب على المستأجر قلع الزرع إذا طلب المؤجر منه ذلك مجاناً، وبهذا قال الشافعية^(٥)، وبعض الحنابلة^(٦).

وعللوا لهذا القول: أن مدة الإجارة قد انقضت فيجب عليه تفرّغ ملك المؤجر، ولا يراعى جانب المستأجر، لأنه فرط فوجب عليه التسليم فوراً^(٧).

(١) بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٢٢٣، الهداية، ج ٧، ص ١٦٧، البحر الرائق، ج ٧، ص ٣٠٧.

مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٣٧٧، اللباب في شرح الكتاب، ج ٢، ص ٩٠.

(٢) المدونة، ج ٤، ص ٥٣٤، ٥٣٨، مختصر خليل، ج ٧، ص ٣٦، الشرح الكبير، ج ٤، ص ٤٩، الشرح الصغير، ج ٣، ص ١٦٩، البهجة في شرح التحفة، ج ٢، ص ١٦٧.

(٣) حاشية الدسوقي، ج ٤، ص ٤٩.

(٤) العناية، ج ٧، ص ١٦٧.

(٥) الأم، ج ٤، ص ١٦، المهذب، ج ١، ص ٤١٠، الوجيز، ج ١، ص ٢٣٥، روضة الطالبين، ج ٥، ص ٢١٣.

(٦) المغني، ج ٥، ص ٤٨٨، القواعد لابن رجب، ص ١٥٣، الإنصاف، ج ٦، ص ٨٦.

(٧) المهذب، ج ١، ص ٤١٠.

القول الثالث: ليس للمؤجر إجبار المستأجر على قلع الزرع بعد انقضاء
المدة لكن يتخير المؤجر بين أمرين:
أحدهما: أن يأخذ الزرع بقيمته.
والثاني: أن يتركه بأجرة المثل.

لكن لو أراد المستأجر قلع زرعه في الحال، وتفريغ الأرض: فله ذلك.
وهذا هو المذهب عند الحنابلة^(١).

ومنهم من قال: يأخذه المالك: بالقيمة، أو بنفخته، أو يتركه بالأجرة.
ومنهم من قال: يخير المالك بين ثلاثة أشياء: أخذه بالقيمة، أو تركه
بالأجرة، أو قلعه مجاناً^(٢).

وعللوا لذلك بأن:

المستأجر قد فرط في الزراعة، فحكم زرعه، حكم زرع الغاصب،
فيخير المالك بعد المدة بين أخذه بالقيمة، أو تركه بالأجر لما زاد على
المدة، لأنه أبقى زرعه في أرض غيره بعدوانه.

وإن اختار المستأجر قطع زرعه في الحال وتفريغ الأرض: فله ذلك،
لأنه يزيل الضرر، ويسلم الأرض على الوجه الذي اقتضاه العقد^(٣).

الترجيح:

لعلّ الراجح - والله أعلم - مذهب الحنابلة، وذلك لأن فيه مراعاة

(١) المقنع، ج ٢، ص ٢٢٠، المغني، ج ٥، ص ٤٨٨، الإنصاف، ج ٦، ص ٨٦، الإقناع،

ج ٢، ص ٣٢٠، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٣٨٢.

(٢) الإنصاف، ج ٦، ص ٨٦.

(٣) المغني، ج ٥، ص ٤٨٨.

لجانب المؤجر، وجانب المستأجر أكثر من القولين الآخرين؛ حيث إن القول الأول ألزم المؤجر بإبقاء زرع المستأجر بالأجرة، والقول الثاني جعل للمؤجر إجبار المستأجر على القلع في الحال مجاناً.

أما القول الثالث فقد راعى الجانبين، جانب المؤجر فمنحه أكثر من خيار، وجانب المستأجر فله قلع زرعه إن أراد، وإن لم يرد كان للمؤجر أن يأخذه بالقيمة، أو يتركه بأجرة المثل.

ولأن القول الأول قد يشجع المستأجر على تأخير الزرع في الأرض المستأجرة إلى قبيل انتهاء المدة ليظل زرعه بعد انتهائها، فيفوت على المؤجر استغلال أرضه في وقت الزراعة المعتاد.

وفي القول الثاني - وهو إجبار المستأجر على قلع زرعه مجاناً - إلحاق الضرر بالمستأجر، لأنه قد لا يستفيد من حصد ذلك الزرع قبل أوانه فيضيع مال المستأجر، أما القول الثالث فقد راعى مصلحة المتعاقدين بقدر الإمكان فكان أولى بالترجيح.

المطلب الثاني: أن يكون بقاء الزرع من غير تفريط من المستأجر:

إذا انقضت مدة الإجارة وفي الأرض زرع لم يبلغ حصاده، وكان بقاءه بغير تفريط من المستأجر، ومن أمثلة ذلك: أن يزرع زرعاً ينتهي في المدة عادة فتأخر انتهاء الزرع لبرد، أو كثرة المطر، ونحو ذلك، فقد اختلف الفقهاء في هذه الحالة على قولين:

القول الأول: يجب على المؤجر ترك الزرع في الأرض إلى وقت

حصاده، وله المسمى، وأجر المثل لما زاد، وبهذا قال: الحنفية^(١)،
والمالكية^(٢)، وهو المذهب عند الشافعية^(٣)، وبه قال الحنابلة^(٤).

وعلّلوا لذلك بأن:

زرع المستأجر حصل في أرض المؤجر بإذنه من غير تفريط من جانب
المستأجر، فلزم تركه كما لو أعاره أرضاً فزرعها، ثم رجع المالك قبل
كمال الزرع^(٥).

وعلى المستأجر الأجر المسمّى إلى انقضاء المدة بحكم العقد، وأجرة
المثل لما زاد، لأنه كما لا يجوز الإضرار بالمستأجر في نقل زرعه، لا
يجوز الإضرار بالمؤجر في تفويت منفعة أرضه^(٦).

القول الثاني: يجبر المستأجر على نقل زرعه، وهو وجه عند
الشافعية^(٧).

وعلّلوا لذلك بأنه:

كان يمكن المستأجر أن يحتاط بالزيادة في مدة الإجارة عند العقد، فإذا

-
- (١) بدائع الصنائع، ج٤، ص٢٢٣، الهداية، ج٧، ص١٦٧، البحر الرائق، ج٧، ص٣٠٧،
مجمع الأنهر، ج٢، ص٣٧٧، اللباب في شرح الكتاب، ج٢، ص٩٠.
 - (٢) المدونة، ج٤، ص٥٣٤، ٥٣٨، مختصر خليل، ج٧، ص٣٦، الشرح الكبير، ج٤،
ص٤٩، الشرح الصغير، ج٣، ص١٦٩، البهجة في شرح التحفة، ج٢، ص١٦٧.
 - (٣) المهذب، ج١، ص٤١٠، الوجيز، ج١، ص٢٣٥، روضة الطالبين، ج٥، ص٢١٣ -
٢١٤، الأنوار لأعمال الأبرار، ج١، ص٦٠٨.
 - (٤) المقنع، ج٢، ص٢٢٠، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج٢، ص٣٢٧، المغني، ج٢،
ص٤٨٨، الإنصاف، ج٦، ص٨٦، الإقناع، ج٢، ص٣٢٠، شرح منتهى الإرادات،
ج٢، ص٣٨٢.
 - (٥) المغني، ج٥، ص٤٨٨، المبدع، ج٥، ص١١٨، كشاف القناع، ج٤، ص٤٥.
 - (٦) المهذب، ج١، ص٤١٠.
 - (٧) المهذب، ج١، ص٤١٠، روضة الطالبين، ج٥، ص٢١٤.

لم يفعل لم يلزم المؤجر أن يستدرك له ما تركه، فقد فرط في حق نفسه فيتحمل تبعة ذلك^(١).

المناقشة:

ناقش ابن قدامة هذا الاستدلال فقال:

قولهم: إنه مفراط غير صحيح؛ لأن هذه المدة التي جرت العادة بكمال الزرع فيها، وفي زيادة المدة تفويت زيادة الأجر بغير فائدة، وتضييع زيادة متيقنة لتحصيل شيء متوهم على خلاف العادة هو التفريط فلم يكن تركه تفريطاً^(٢).

الترجيح:

الراجح هو قول جمهور الفقهاء، لقوة ما علل به له؛ حيث قد سلم من المناقشة.

ولأن ما علل به للقول الآخر قد نوقش، فلا يقوى على إثبات ما ذهبوا إليه.

ولأن في القول الثاني إلحاق الضرر بالمستأجر، ولا ضرر ولا ضرار في الإسلام.

ولأن قول الجمهور فيه رعاية لجانب المؤجر والمستأجر معاً؛ حيث أُلزموا المستأجر بدفع أجره المثل للمدة الزائدة، ولم يؤمر المستأجر بنقل زرعه؛ لأنه يلحقه بذلك الضرر. والله تعالى أعلم.

* * *

(١) المهذب، ج ١، ص ٤١٠، روضة الطالبين، ج ٥، ص ٢١٤، المغني، ج ٥، ص ٤٨٨.

(٢) المغني، ج ٥، ص ٤٨٨.

المطلب الثالث: تأجير الأرض للزراعة مدة لا يكمل فيها:

إذا استأجر الأرض لزراعة معين مدة معلومة، لا يكمل الزرع فيها، مثل أن يستأجر الأرض أربعة أشهر لزراعة لا يكمل إلا في سبعة أشهر؛ فينظر في ذلك:

١ - إن شرط المؤجر على المستأجر تفريغ الأرض عند انقضاء المدة، ونقل زراعته عنها: صح العقد والشرط^(١).

لأنه لا يفضي إلى الزيادة على مدة الإجارة، وقد يكون له غرض في ذلك، لأخذه إياه قصيلاً، أو غيره، ويلزمه ما التزم^(٢).

٢ - وإن شرط المستأجر تبقية حتى يكمل الزرع: فالعقد فاسد^(٣).

لأنه شرط ينافي مقتضى العقد فأفسده^(٤)، وذلك أنه جمع بين متضادين، فإن تقدير المدة يقتضي النقل بعد انقضائها، وشرط التبقية يخالفه. ولأن مدة بقاء الزرع مجهولة^(٥).

(١) المهذب، ج ١، ص ٤١١، روضة الطالبين، ج ٥، ص ٢١٤، المغني، ج ٥، ص ٤٨٩، الإنصاف، ج ٦، ص ٨٧، الإقناع، ج ٢، ص ٣٢٠، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٣٨٣.

(٢) المغني، ج ٥، ص ٤٨٩، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٣٨٣، كشاف القناع، ج ٤، ص ٤٥.

(٣) المهذب، ج ١، ص ٤٢٢، الوجيز، ج ١، ص ٢٣٥، روضة الطالبين، ج ٥، ص ٢١٤، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ٣٢٧، المغني، ج ٥، ص ٤٨٩، الإنصاف، ج ٦، ص ٨٧، المبدع، ج ٥، ص ١١٩، الإقناع، ج ٢، ص ٣٢٠، جاء في روضة الطالبين ما يدل على صحة العقد عند بعض الشافعية حيث قال فيها: «فإن شرطاً الإبقاء، فسد العقد... وإن أطلقا العقد... صح العقد على الأصح.. وإن أراد المالك إجباره على القلع، لم يكن له على الأصح.. وقال أبو الفرج السرخسي: إذا قلنا: لا يقلع بعد المدة، لزم تصحيح العقد إذا شرط الإبقاء بعد المدة، وكأنه صرح بمقتضى الإطلاق، وهذا حسن».

(٤) المهذب، ج ١، ص ٤١١.

(٥) الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ٣٢٧، المغني، ج ٥، ص ٤٨٩، كشاف القناع، ج ٤، ص ٤٦.

فإن لم يزرع كان لصاحب الأرض أن يمنعه من الزراعة؛ لأنها زراعة في عقد فاسد^(١).

ولأنه سبب لوجود زرع المؤجر في أرضه بغير حق فملك منعه منه^(٢).

وإن بادر المستأجر وزرع لم يجبر على القلع:

لأنه زرع مأذون فيه، وعليه أجرة المثل؛ لأنه استوفى منفعة الأرض بإجارة فاسدة^(٣).

٣ - وإن أطلق العقد ولم يشترط التبقية ولا القلع فقد اختلف في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: يصح العقد، وبه قال الشافعية في الأصح^(٤)، وهو قول عند الحنابلة^(٥).

وعلّلوا لذلك بأن:

الانتفاع بالزرع في هذه المدة ممكن^(٦).

القول الثاني: إن أمكن الانتفاع بالأرض في زرع ضرره كضرر الزرع المشروط، أو دونه صح العقد، وإلا فلا، وهو احتمال عند الحنابلة^(٧).

وعلّلوا لذلك بأن:

الانتفاع بالأرض في بعض ما اقتضاه العقد ممكن، فصح العقد^(٨).

(١) المهذب، ج ١، ص ٤١١، روضة الطالبين، ج ٥، ص ٢١٤.

(٢) المغني، ج ٥، ص ٤٨٩.

(٣) المهذب، ج ١، ص ٤١١، روضة الطالبين، ج ٥، ص ٢١٤، المغني، ج ٥، ص ٤٨٩.

(٤) المهذب، ج ١، ص ٤١١، الوجيز، ج ١، ص ٢٣٥، روضة الطالبين، ج ٥، ص ٢١٤.

(٥) الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ٣٢٧، المغني، ج ٥، ص ٤٨٩، الإنصاف، ج ٦، ص ٨٧.

(٦) الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ٣٢٧، المغني، ج ٥، ص ٤٨٩.

(٧) المغني، ج ٥، ص ٤٨٩، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٣٧٢، الإنصاف، ج ٦، ص ٨٧.

(٨) المغني، ج ٥، ص ٤٨٩، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٣٧٢.

القول الثالث: لا يصح العقد، وهو وجه عند الشافعية^(١)، والصحيح من المذهب عند الحنابلة^(٢).

وعلّلوا لذلك بأنه:

استأجر الأرض لزرع معيّن لا ينتفع به في مدة الإجارة، أشبه إجارة الأرض السبخة للزرع.

ويناقش هذا الاستدلال بأنه يمكن الانتفاع بالأرض في زرع ضرره كضرر الزرع المشروط أو أقل، بخلاف الأرض السبخة فلا يمكن الانتفاع بها بالكلية، وعلى القول بصحة العقد إذا انقضت المدة، والزرع باق. ففيه وجهان:

أحدهما: يجبر المستأجر على قلع زرعه؛ لأن العقد إلى مدة، وقد انقضت، فأجبر على قلعه، كالزرع المطلق.

والثاني: لا يجبر على القلع؛ لأن المؤجر عقد مع المستأجر، وهو يعلم بحال الزرع، وأن العادة فيه الترك إلى الحصاد، فلزمه الصبر عليه، كما لو باع ثمرة بعد بدو الصلاح، وقبل الإدراك، ويخالف هذا إذا اکتري لزرع مطلق؛ لأن هناك يمكنه أن يزرع ما يستحصد في المدة، فإذا ترك كان ذلك بتفريط منه فأجبر على قلعه، وههنا زرع مع علم المؤجر، أنه لا يستحصد في تلك المدة^(٣).

(١) الوجيز، ج ١، ص ٢٣٥، روضة الطالبين، ج ٥، ص ٢١٤.

(٢) المغني، ج ٥، ص ٤٨٩، الإنصاف، ج ٦، ص ٨٧، الإقناع، ج ٢، ص ٣٢٠، المبدع، ج ٥، ص ١١٩، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٣٨٣، كشف القناع، ج ٤، ص ٤٥.

(٣) المهذب، ج ١، ص ٤١١، روضة الطالبين، ج ٥، ص ٢١٤، المغني، ج ٥، ص ٤٨٩، ولم أر - بجهدي المتواضع - نصًا صريحًا للحنفية والمالكية في هذه المسألة، لكن من خلال ما تقدم في هذا المبحث يعلم أن الحنفية، والمالكية يطلقون القول، أن الأرض إذا انقضت مدة الإجارة، والزرع لم يبلغ حصاده، أنه يبقى بالأجرة، ولا يلزم عندهم =

الترجيح:

لعلّ الراجح - والله أعلم - صحة العقد، وذلك للأسباب التالية:

السبب الأول: قوة ما علّل به له، ووجاهة ذلك، فقد سلّم من المناقشة مما يجعله صالحًا لبناء الحكم عليه.

السبب الثاني: ضعف ما استدل به للقول ببطلان العقد؛ حيث قد نوقش، مما يجعل غيره أولى منه.

السبب الثالث: أن المؤجر والمستأجر قد عقدا العقد مع العلم بأن المدة لا تكفي لكمال الزرع فيها فكان ذلك دليلاً على رضاهما بما يجب على كل منهما بعد انقضاء مدة الإجارة المتفق عليها.

=التقيد بالزرع المعين، بل للمستأجر أن يزرع مثله أو دونه في الضرر، على أنني رأيت في البحر الرائق، ج ٧، ص ٣٠٥ فرعاً منقولاً عن «القنية» قد يفهم منه رأي الحنفية في هذه المسألة؛ حيث جاء فيه قوله: «وفي «القنية» ولو استأجرها ولا يمكنه الزراعة في الحال لاحتياجها إلى السقي، أو كرى الأنهار أو مجيء الماء، فإن كان بحال تمكن الزراعة في مدة العقد جاز، وإلا فلا، كما لو استأجرها في الشتاء تسعة أشهر، ولا يمكن زراعتها في الشتاء جاز لما أمكن في المدة، أما إذا لم يمكن الانتفاع بها أصلاً بأن كانت سبخة فالإجارة فاسدة».

كما أنه قد يفهم أن من المالكية من لاحظ كون المستأجر يعلم بانقضاء الزرع في المدة أو لا، ولاحظ التفريق بين التأخر اليسير والكثير - كما سبق نقله - حيث جاء في حاشية الدسوقي، ج ٣، ص ٤٩، عند قول الشارح: «وظاهر قول المصنف أن عليه كراء المثل مطلقاً، سواء ظن الزارع تمامه بعد مدة يسيرة أو كثيرة وهو الراجح». قال في الحاشية: «قوله وهو الراجح: أي وهو قول ابن القاسم، وقال ابن حبيب: إن زرع وهو يعلم أو يظن تأخره من مدة الكراء بأمد كثير فلربها قلعه، أو تركه بالأكثر من كراء الزائد على حساب المسمّى، وكراء مثله في حدّ ذاته، وأما إن كان يعلم أو يظن تأخره عن أمد الكراء بأمد قليل فلربّ الأرض كراء الزائد فقط».

والله تعالى أعلم...

السبب الرابع: أن في القول بصحة العقد رعاية لكلام المتعاقدين،
وصوناً لعقدهما عن الإلغاء، وذلك مما يحسن المحافظة عليه.
وبالله التوفيق...



الخاتمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، والصلاة والسلام على من ختم الله به الرسالات وبعد:

إلى هنا أكون قد وصلت إلى نهاية البحث، وخاتمته، ولا ادّعي أنني قد بلغت الكمال، فالكمال لله وحده، وإنما هذا غاية طاقتي، وقصارى جهدي. ولقد توصلت من خلال هذه الجولة في رياض الفقه الإسلامي إلى جملة من النتائج سأورد خلاصة لأهمها، فأقول:

لقد تطلبت دراسة موضوع (بيع العقار وتأجيريه في الفقه الإسلامي) أن أمهد له بباب عن تعريف العقار وتملكه وأقسامه، وأتناول في الباب الأول بيع العقار، وأما الباب الثاني فقد خصصته للحديث عن تأجير العقار.

١ - أما الباب التمهيدي فقسمته إلى فصلين، تعرضت في الفصل الأول منه إلى تعريف العقار وتملكه، فبيّنت تعريفه في اللغة وفي الاصطلاح، وأوضحت أن الأرض تملك ملكاً خاصاً في الشريعة الإسلامية، وأوردت رأي من زعم أن الشريعة لا تبيح الملكية الخاصة للأرض، والرد عليه.

٢ - وفي الفصل الثاني من هذا الباب تحدثت عن أنواع العقار وأقسامه، وذكرت تقسيم الفقهاء للأراضي باعتبار أصل حيازتها إلى أراضٍ أسلم أهلها عليها، فهي ملك لهم، وإلى أراضٍ صولح عليها أهلها، وأراضٍ جلى عنها أهلها، وأراضٍ فتحت عنوة، وأراضٍ موات، وقد فصلت القول في أراضٍ

العنوة، وبينت أقوال الفقهاء فيها، وانتهت إلى ترجيح أن للإمام أن يختار ما يراه أصلح للمسلمين.

وأوضحت أنواع الأراضي الموات، وحكم كل نوع منها وتناولت تقسيم الأراضي باعتبار نوع ما يفرض عليها إلى أراضٍ عشرية، وأراضٍ خراجية.

٣ - وفي الفصل الأول من الباب الأول تحدثت عن حكم بيع العقار، وذكرت اتفاق الفقهاء على صحة بيع العقار.

ثم تناول البحث شروط صحة البيع تفصيلاً، فكان الكلام في الشرط الأول عن التراضي بالبيع، وانتهى البحث فيه إلى أن نزع ملكية العقار للمنفعة العامة أمر مشروع، وأوردت الأدلة على ذلك، وفي الكلام على الإيجابار على نزع الملكية، بينت أن للفقهاء مسلكين في ذلك، مسلك من يرى أن ذلك من الإكراه بحق، فهو جائز، ومسلك من يرى أن ولي الأمر بما له من ولاية عامة يقوم مقام المالك في هذا العقد، ويغني رضا ولي الأمر عن رضاه.

وتحدثت عن الحكم إذا حصل التقويم وتأخر تسليم القيمة مدة حدث فيها تغير في الأسعار زيادة أو نقصاناً، وانتهى البحث في ذلك إلى ترجيح وجوب إعادة التقويم.

وفي شرط كون المبيع مالاً كان الحديث عن حقوق الارتفاق، وقد انتهى البحث إلى صحة أخذ المعاوضة عليها منفردة.

وفي شرط كون البائع مالكاً للمبيع أو مأذوناً له فيه تناول الكلام تفصيل حكم بيع الأراضي المفتوحة عنوة والمسكن التي بها، وقد كانت النتيجة التي انتهى إليها البحث - بعد عرض أقوال الفقهاء وأدلتهم ومناقشة الأدلة - هي صحة البيع.

ثم بين بعد ذلك حكم بيع الأراضي غير أرض العنوة، وتم تفصيل القول



في حكم بيع أرض مكة وبنائها، وكانت النتيجة التي انتهى إليها البحث صحة بيع أرض مكة وبنائها.

وفي حكم بيع أرض المناسك وأرض الحرم عدا مكة بيّن أن حكم أرض بقية الحرم حكم أرض مكة، وأما بقاع المناسك، فلا يصح بيعها، وأوردت قرار هيئة كبار العلماء بالمملكة بشأن إزالة المباني المنشأة بمنى القاضي بمنع البناء في أراضي منى، وإزالة جميع المباني القديمة وتعويض أصحابها عن الأنقاض.

وفي شرط كون المبيع مقدورًا على تسليمه كان الكلام على بيع العقار المغصوب أو المؤجر، فأوضحت أنه يتصور غصب العقار، ثم أوردت بعد ذلك حكم بيعه تفصيلاً، وفي بيع العقار المؤجر أوضحت صحة بيعه على المستأجر، وأوردت اختلاف الفقهاء في حكم بيعه على غير المستأجر، وكانت النتيجة التي انتهى إليها البحث هي صحة البيع.

وفي شرط كون المبيع معلومًا أوردت الدليل على اشتراط ذلك، وذكرت أنه يحصل العلم بالمبيع برؤية مقارنة للعقد، أو برؤية لبعضه إن دلت على بقيته، أو برؤية متقدمة على العقد بزمن لا يتغير فيه المبيع، ثم فصلت الكلام عن ما يتحقق به رؤية العقار المبيع وأقوال الفقهاء في ذلك وخلصت إلى ترجيح أنه لا بد من رؤية داخل العقار ولا يكتفى برؤية خارجه.

وفي الكلام على بيع العقار بالصفة أوردت نصوص الفقهاء فيه، وكانت النتيجة التي انتهى إليها البحث هي صحة بيع العقار بالصفة، فإن وجدته أدنى مما وصف له فله الخيار.

وفي كون العقار معلوم القدر ذكرت صور ذلك، وحكم كل صورة منها.

٤ - وفي الفصل الثاني من هذا الباب عرضت لزيادة العقار المبيع أو نقصه عمّا عقد عليه، فذكرت أولاً زيادة العقار المبيع، فتحدثت في المسألة

الأولى منه عن تسمية جملة العقار المبيع ومقابلة كل جزء منه بثمن، وبعد عرض أقوال الفقهاء كان النتيجة التي انتهى إليها البحث رجحان القول بأن البيع صحيح، فإذا أعطى الزائد مجاناً فلا فسخ للمشتريين، وإلا ثبت الخيار لكل منهما، وفي المسألة الثانية كان الكلام عن تسمية جملة العقار المبيع ومقابلته بجملة الثمن، وبعد عرض أقوال الفقهاء وما علّل به لمن فرق بينها وبين المسألة الأولى، انتهى البحث إلى أن حكمها كحكم المسألة الأولى.

ثم بيّنت ثانياً نقص العقار المبيع فأوضحت في المسألة الأولى منه حكم تسمية جملة العقار المبيع ومقابلة كل جزء منه بثمن، وبعد عرض أقوال الفقهاء وما علّل به لها، كانت النتيجة التي انتهى إليها البحث صحة البيع، والنقص على البائع وللمشتري الخيار بين الفسخ وأخذ المبيع بقسطه من الثمن، فإن أخذه المشتري بقسطه من الثمن فللبائع الخيار بين الرضا والفسخ، وفي المسألة الثانية تناول البحث تسمية جملة العقار المبيع ومقابلته بجملة الثمن، وانتهى البحث فيها إلى ترجيح ما ترجّح في سابقتها.

٥ - وفي الفصل الثالث تكلمت عن قبض العقار في البيع، وأن القبض في الاصطلاح هو كون المقبوض في حيز القابض وتمكينه من التصرف فيه من غير مانع، وأن قبض العقار يحصل بالتخلية والتمكين من التصرف من غير مانع، كما ظهر لي أن للقبض شروطاً لم أرَ فيها خلافاً، وهي صدوره من أهل له، تكون له ولاية عليه، وشروطاً فيها خلاف كشرط كون المقبوض غير مشغول - بحق لغير المشتري، وانتهى البحث فيه إلى صحة بيع العقار المشغول بحق لغير المشتري وصحة قبضه، واختلافهم في اشتراط ألا يكون المقبوض حصة شائعة، وأن الراجح في ذلك صحة قبض المشاع.



٦ - ثم تكلمت في الفصل الرابع عن حكم بيع العقار المشتري قبل قبضه، وقد ظهر لي رجحان صحة بيعه قبل القبض.

٧ - وأما الفصل الخامس فقد خُصِّصَ لبيان ما يتبع العقار في البيع وما لا يتبعه، فأوردت القواعد التي يبني عليها كثير من فروع هذا الفصل، ثم أوضحت ما يدخل في بيع الدار ونحوها، وما يدخل في بيع الأرض، وأن البناء والشجر يدخلان في بيع الأرض عند الإطلاق على الراجح، وأن الزرع إذا كان لا يحصد إلا مرة فهو للبائع عند الإطلاق، وإن كان يجز مرة بعد أخرى، فالجزة الظاهرة عند البيع للبائع، وأما الأصول فيترجح فيها أنها للمشتري.

ثم تحدثت عن حكم دخول المعادن في بيع الأرض، وبعد تعريف المعادن، وبيان أنواعها، فصلت القول في حكم دخولها في البيع، وانتهى البحث إلى رجحان أن المعادن في الأرض المملوكة لا تكون ملكاً لصاحب الأرض، بل أمرها للإمام يفعل فيها ما يراه مصلحة للأمة، وبالتالي فهي لا تدخل في عقد بيع الأرض.

ثم انتقلت للحديث عما يدخل في بيع البستان والقرية، وظهر لي رجحان دخول البناء في بيع البستان، والقرية، وأما المزارع التي حول القرية فلا تدخل في البيع على الراجح.

ثم ذكرت دخول الثمر في بيع العقار إذا كان فيه شجر مثمر، فتحدثت عن بيع العقار وفيه نخل ذات ثمر، فأوردت اختلاف الفقهاء لمن يكون الثمر عند الإطلاق، وبعد عرض أدلتهم والمناقشة ظهر لي رجحان كون الثمر قبل التأبير للمشتري، وبعده للبائع، وإذا اشترط أحد المتبايعين ثمرة النخل كلها أو جزءاً معلوماً منها صحَّ ذلك على الراجح من قولي الفقهاء، وإذا أبر بعض ثمر النخل دون بعض، فالراجح من أقوال الفقهاء أن الثمرة

المؤبرة للبائع وغير المؤبرة للمشتري، وإذا اختلف المتبايعان في التأبير، فالقول قول البائع مع يمينه.

ثم بينت حكم ما عدا النخل من الشجر، وأوردت نصوص الفقهاء في ذلك، وأن منهم من يجمل القول فيجعل حكم ثمار سائر الأشجار مثل ثمر النخل الذي وردت فيه السنة، ومنهم من يفصل في ذلك، وقد ظهر لي أنه لو قال قائل: إن الحكم الذي وردت به السنة في ثمر النخل هو خاص بالنخل، وأما ثمار سائر الأشجار فهي للمشتري لكان هذا متجهًا، وقد أوردت ثمانية أسباب تؤيد ذلك.

٨ - وفي الفصل السادس من هذا الباب تحدثت عن الاستثناء في بيع العقار، وأنه يشمل استثناء قدر معلوم من العقار المبيع، ويشمل استثناء منفعة العقار المبيع مدة معلومة، فإذا استثنى قدر معلوم من العقار المبيع صحَّ البيع باتفاق الفقهاء، وإذا استثنى منفعته مدة معلومة؛ فقد اختلف الفقهاء، وبعد عرض الأقوال والأدلة، والمناقشة، ترجَّح من خلال البحث صحة البيع مع استثناء منفعة المبيع مدة معلومة، ولا فرق بين استثناء المنفعة للبائع أو لغيره.

ثم بيّنت ما يترتب على استثناء منفعة العقار المبيع مدة معلومة، فأوضحت حكم تصرف البائع في منفعة العقار المستثناة، وأن له ذلك بشرط أن يكون الشخص الذي يقوم مقامه مماثلاً له في الانتفاع، أو أدنى منه، وأن المشتري في العقار المستثنى منفعته له بيعه، ويكون في يد المشتري الثاني مستثنى المنفعة أيضًا حتى انقضاء المدة المستثناة للبائع الأول، وأوضحت حكم تقديم بدل عن العقار المبيع المستثنى نفعه، أو عوض عن المنفعة، وذكرت حكم هلاك العقار المبيع قبل استيفاء المنفعة المستثناة.



٩ - ثم جاء الفصل السابع في بيع عقار المحجور عليه، وبعد تعريف الحجر، وبيان أقسامه، كان الكلام على بيع عقار المفلس، فبيّنت ما يبدأ الحاكم ببيعه من مال المفلس، فذكرت نصوص الفقهاء في ذلك، وما يستنتج منها، وخلاصة الأقوال في ذلك، وترجّح من خلال البحث وجوب تأخير بيع عقار المفلس عن سائر أمواله إلا إذا دعت المصلحة إلى تقديمه.

ثم بيّنت ما يباع من عقار المفلس، واختلاف الفقهاء في ذلك، وبعد عرض الأدلة والمناقشة ترجّح أنه يترك للمفلس من ماله عند بيعه المسكن الذي لا غنى له عنه.

ثم كان الكلام بعد ذلك عن بيع عقار المحجور عليه لحظّ نفسه، فأوردت نصوص الفقهاء في بيع الأب عقار ولده المحجور عليه، وانتهى البحث فيه إلى ترجيح أن للأب بيع عقار ولده المحجور عليه إذا كان في بيعه مصلحة له من غير تحديد مصلحة معينة.

أما بيع الولي غير الأب عقار المحجور عليه، فقد ذكرت نصوص الفقهاء وخلصت إلى أن له بيع العقار من غير تحديد مواضع معينة إذا كان في البيع مصلحة.

١٠ - وفي الفصل الثامن تناولت الحديث عن بيع العقار المرهون أو الموقوف، ففي بيع العقار المرهون بدأت ببيان بيع الرهن العقار المرهون، وبعد عرض أقوال الفقهاء والأدلة ترجّح من خلال البحث أن البيع موقوف على إجازة المرتهن.

ثم أعقبت ذلك ببيان بيع المرتهن العقار المرهون، وتفصيل أقوال الفقهاء في ذلك، وأن مرجعه إلى وجود الإذن من الرهن في البيع، أو عدمه ففي حالة الإذن له البيع، وأما إذا لم يأذن فليس له البيع، وإنما له

مطالبة الراهن بالوفاء عند الحاكم، فإن امتنع من وفاء الدين، فللحاكم أن يبيع المرهون في وفاء الدين على ما ترجح من خلال البحث.

وأما بيع العقار الموقوف فقد تَضَمَّنَ حكم بيع المسجد إذا خرب أو كان في البيع مصلحة، فأوردت نصوص الفقهاء في ذلك وتفصيلاتهم، وانتهى البحث إلى ترجيح صحة بيع المسجد إذا خرب أو خرب ما حوله، أو كان في بيعه مصلحة ظاهرة.

وفي بيع العقار الموقوف غير المسجد، وبعد عرض مفصل لكل مذهب من المذاهب الأربعة ترجَّح من خلال البحث صحة بيع العقار الموقوف إذا تعطل نفعه بالكلية، أو كان في بيعه مصلحة ظاهرة، اشترط الواقف عدم البيع، أو لم يشترطه، وإذا بيع فأى شيء اشترى بثمنه مما فيه مصلحة لأهل الوقف جاز.

١١ - وفي الفصل التاسع من باب بيع العقار، فقد خصص لبيع العقارات المشاعة، فأوردت نصوص الفقهاء في بيع العقار المشاع، وأوردت أدلة ذلك، ثم تناول الحديث بيع الأسهم في العقار، وأن للشخص بيع أسهمه إذا كانت معلومة ويقوم المشتري مقام البائع، ويترتب عليه ما يترتب على البائع.

ثم تناول البحث حكم تصرفات المشتري في العقار قبل ثبوت الشفعة، وأنه إذا تصرف فتصرفه صحيح، وعليه إذا تصرف بالبيع قبل الأخذ بالشفعة فللشفيع الخيار بين أن يفسخ البيع الثاني وأخذه بالبيع الأول، وله أن يمضي تصرف المشتري ويأخذ بالشفعة من المشتري الثاني، وإذا تصرف المشتري برهن العقار أو إجارته، فقد اختلف الفقهاء في سقوط الشفعة بذلك، وترجَّح من خلال البحث أن الشفعة لا تسقط بذلك، وإذا تصرف المشتري بوقف العقار، أو هبته، أو برد، أو إقالة، أو تحالف، فقد اختلف الفقهاء



في كل ذلك، وانتهى البحث إلى أن الشفعة لا تسقط بتلك التصرفات وإذا تصرف المشتري بالزيادة في العقار قبل الأخذ بالشفعة بأن زرع أو غرس أو بنى، ففي حالة الزرع اتفق الفقهاء على أن للشفيع الأخذ بالشفعة، ويكون الزرع للمشتري على أن يبقى في الأرض إلى الحصاد، وفي حالة البناء والغراس فالشفيع الأخذ بالشفعة، لكن اختلف الفقهاء فيما يجب عليه من دفع قيمة البناء والغراس، وبعد عرض أقوالهم في ذلك والأدلة ترجّح من خلال البحث أن المشتري إن اختار قلع البناء والغراس فله ذلك، وإن لم يختر القلع فالشفيع بالخيار بين دفع قيمة البناء والغراس مستحق البقاء، وترك الشفعة، وإذا تصرف المشتري بالنقص في العقار قبل الأخذ بالشفعة بأن هدم البناء، أو قطع الشجر، ونحو ذلك فللفقهاء في ذلك تفصيلات، انتهى البحث إلى أن للشفيع أخذ الباقي بحصته من ثمن جميع الشقص، وفي الكلام عن الاحتيال على إسقاط الشفعة تضمن بيان أقوال الفقهاء في ذلك، وترجّح من خلال البحث القول بتحريم الاحتيال لإسقاط الشفعة، وإن فعل لم تسقط.

١٢ - وخصص الفصل الأخير من هذا الباب للكلام عن بيع العلو والسفل، وبعد إيراد نصوص الفقهاء في ملكيتها، كانت النتيجة التي انتهى إليها البحث أن من ملك أرضاً أو بناء، ملك علو ذلك الملك، فله أن يبني وأن يعلي بنيانه ما يشاء ما لم يضر بغيره، وأن له أن يحفر فيه ما يشاء، ما لم يضر بغيره.

ثم تناول البحث الكلام على بيع العلو والسفل وأجزائهما، وأنه يصح أن يمتلك العلو واحد والسفل آخر، ويصح بيع العلو دون السفل، وليس مفهوم العلو والسفل في الفقه الإسلامي مقصوراً على البناء المكوّن من طابقين، بل يتعداه إلى البناء المكوّن من ثلاثة طوابق فأكثر، وهذا ما يعرف

اليوم بملكية الطبقات والشقق، وختم هذا الفصل ببحث حكم بيع حق التعلّي، وبعد عرض أقوال الفقهاء فيه ترجح من خلال البحث صحة بيع حق التعلّي.

١٣ - أمّا الباب الثاني فتناول تأجير العقار، وفي الفصل الأول منه تحدّث عن حكم تأجير العقار وشروط صحته وأن الفقهاء قد اتفقوا على صحة تأجير العقار، ثم سقت الأدلة على ذلك.

وفي الشرط الأول من شروط صحة التأجير، وهو كون المنفعة معلومة، بين دليل ذلك، وأنه يحصل العلم بالمنفعة العقار المؤجر بالمشاهدة، وأن العقار يستأجر لأغراض منها السكنى، فإذا استأجر داراً وجب معرفة موضعها، وكيفية أبنيتها، ولا يحتاج إلى ذكر السكنى ولا صفتها، وإذا استأجر الأرض، وهي صالحة للبناء والغراس والزراعة، فقد اختلف الفقهاء عند الإطلاق، وقد ترجّح من خلال البحث صحة العقد.

وفي الشرط الثاني، وهو معرفة الأجرة، سقت الأدلة الدالة على اشتراطه، ثم تناول الكلام حكم جعل إصلاح العقار أجرة له، وبعد بيان خلاف الفقهاء فيه، كانت النتيجة أنه إذا جعل الإصلاح هو الأجرة، أو شرط خارجاً عن الأجرة لم يصح العقد، وإن أجره بمعلوم على أن ما يحتاج إليه ينفقه المستأجر محتسباً به من الأجرة صحّ العقد، وفي هذا الشرط أوضح الحكم إذا جعل أجرة العقار منفعة عقار آخر، وانتهى البحث فيه إلى ترجيح قول الجمهور، وهو صحة العقد مطلقاً سواء اتحد جنس المنفعة، أو اختلف، وختم هذا الشرط ببيان حكم تعيين الأجرة، وأنه قد تدعو الحاجة إلى أن يكون عقد الإجارة مبهماً غير معين، كأن يقول: أجزرتك هذه الدار شهراً بخمسة، أو هذه الدار الأخرى بعشرة، وبعد إيراد اختلاف الفقهاء في ذلك وأدلتهم ترجّح من خلال البحث صحة العقد.

وفي الشرط الثالث، وهو أن تكون المنفعة مباحة يمكن استيفائها مع بقاء العين، تحدث عن تأجير العقار ليتخذ مسجداً، وانتهى البحث فيه إلى صحة تأجير العقار لذلك، أما تأجير العقار لمنفعة محرمة، فقد كانت النتيجة التي انتهى إليها البحث تحريم تأجير العقار لذلك، وسقت الأدلة الدالة على تحريم التأجير لكل ما يقصد به الحرام، وختم هذا الشرط بتفصيل القول عن تأجير العقار المشتمل على شجر، وبعد سياق أقوال الفقهاء والأدلة كانت النتيجة صحة تأجير العقار المشتمل على شجر، ويدخل الشجر في الإجارة سواء قلّ أو كثر.

١٤ - وفي الفصل الثاني من هذا الباب كان الحديث عن تأجير العقار مدة طويلة وتصرف المالك قبل انقضائها، وانتهى البحث في تأجيره مدة طويلة إلى صحة الإجارة بشرط أن يغلب على الظن بقاء العين فيها، ثم بين بعد ذلك أن المنافع في مدة الإجارة هي ملك للمستأجر، فليس للمؤجر التصرف فيها، فإن خالف المؤجر فتصرف في المنافع فإن كان قبل تسليمه العقار إلى المستأجر انفسخت الإجارة، وإن سلّمه في أثناء المدة انفسخت فيما مضى، وإن تصرف ويد المستأجر على العقار فقد ترجّح من قولي العلماء أن العقد لا يفسخ.

وإذا أخرج المؤجر المستأجر في أثناء المدة فقد ترجّح من خلال البحث أن الأجرة تسقط كاملة.

١٥ - أما الفصل الثالث من هذا الباب، فقد خصص لبيان حكم تأجير المستأجر للعقار، وكانت النتيجة التي انتهى إليها البحث في كل مسأله هي: أنه يصح للمستأجر تأجير العقار بعد قبضه، أو قبله من المؤجر أو من غيره، بمثل الأجرة، أو أقل أو أكثر، أحدث فيه زيادة أو لم يحدث فيه زيادة.

١٦ - وفي الفصل الرابع تناول البحث حكم تأجير العمائر قبل الانتهاء

منها، وانتهى البحث إلى صحة تأجير العمائر قبل الانتهاء منها، إذا وصفت أو على خيار الرؤية، وفي الوصف إذا لم يجدها كما وصفت له فله حق الفسخ، كما انتهى البحث إلى صحة تأجير العمائر مدة معينة منفصلة عن العقد.

١٧ - أما الفصل الخامس من هذا الباب فقد كان الكلام فيه عن تعذر انتفاع المستأجر بالعقار، وانتهى البحث فيه إلى أنه إذا تلف العقار قبل القبض انفسخت الإجارة، وإذا تلف بعد قبضه ولم يمض من المدة ما له أجرة انفسخت الإجارة وتسقط الأجرة، أما إذا تلف بعد مضي شيء من المدة له أجرة، فقد تبين من خلال البحث أن الإجارة تنفسخ فيما بقي من المدة دون ما مضى، ثم تناول الكلام بعد ذلك حدوث ما يمنع منفعة العقار المؤجر أو بعضها، وانتهى البحث فيه إلى أنه إذا بقي فيه نفع ليس هو المقصود بالعقد فإن الإجارة تنفسخ فيما بقي من المدة. وختم الكلام في هذا الفصل بذكر أقوال الفقهاء في العذر العام أو الخاص بأحد المتعاقدين وكانت نتيجة البحث فيه ترجيح قول الجمهور، وهو أن الإجارة لا تنفسخ بعذر لأحد العاقدين.

١٨ - وخصّص الفصل السادس للحديث عن تأجير العقار المشترك، وأنه إذا أراد أحد الشريكين أن يؤجر نصيبه مفردًا فقد اختلف الفقهاء في ذلك، وكانت النتيجة التي انتهى إليها البحث صحة تأجير العقار المشترك مطلقًا، من الشريك أو من غيره.

١٩ - أما الفصل الأخير من هذا الباب فكان عن تأجير الأرض للزراعة، عرض فيه أقوال الفقهاء في حكم تأجيريه لذلك، وقد ترجّح من خلال البحث قول جمهور الفقهاء بصحة تأجير الأرض للزراعة، ثم تناول البحث ما يصلح أن يكون أجرة للأرض الزراعية، وبعد إيراد الأقوال في

ذلك والأدلة كانت النتيجة صحة تأجير الأرض للزراعة بكل أجرة معلومة، حتى وإن كان بجزء معلوم مما يخرج منها، وفي أحقية المستأجر في اختيار نوع الزرع تحدث عن تأجير الأرض للزرع مطلقاً، وظهر من خلال البحث صحة العقد، وللمستأجر أن يزرع ما شاء، وإذا أُجّر الأرض لزرع معين، فقد ترجح من خلال البحث أن للمستأجر أن يزرع النوع المتفق عليه، وله أن يزرع ما ضرره مثل ضرره أو دونه، وإذا أُجّر لها لزرع معين مع اشتراط عدم زرع غيره، انتهى البحث فيه إلى صحة العقد والشرط، وإذا انقضت مدة الإجارة قبل حصاد الزرع فإن كان لتفريط من المستأجر، فقد انتهى البحث فيه إلى تخيير المؤجر بين أخذ الزرع بقيمته، وتركه بأجرة المثل. وإن كان من غير تفريط من المستأجر فقد كانت النتيجة التي انتهى إليها البحث هي وجوب ترك الزرع في الأرض إلى الحصاد، وله المسمى، وأجر المثل لما زاد.

وإذا استأجر الأرض لزرع مدة لا يكمل فيها، فإن شرط تفريغ الأرض عند انقضاء المدة: صح العقد والشرط، وإن شرط المستأجر تبقيته حتى يكمل الزرع: فالعقد فاسد، وإن أطلق العقد فقد كانت النتيجة من خلال البحث هي: صحة العقد.

تلك أهم النتائج التي توصلت إليها من خلال الموضوعات المطروقة في هذا البحث. والحمد لله الذي بنعته تتم الصالحات، والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء والمرسلين نبينا محمد، وعلى آله وأصحابه أجمعين. وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com



المصادر والمراجع

تشمل ما يأتي :

- ١ - القرآن الكريم ، وعلومه.
- ٢ - كتب الحديث ، وعلومه.
- ٣ - كتب اللغة.
- ٤ - كتب أصول الفقه والقواعد الفقهية.
- ٥ - كتب الفقه الحنفي.
- ٦ - كتب الفقه المالكي.
- ٧ - كتب الفقه الشافعي.
- ٨ - كتب الفقه الحنبلي.
- ٩ - كتب الفقه الظاهري.
- ١٠ - كتب الفقه العام.
- ١١ - كتب متنوعة.

أولاً : القرآن وعلومه

- ١ - القرآن الكريم.
- ٢ - أحكام القرآن : لأبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص المتوفى سنة ٣٧٠هـ - الناشر : دار الكتاب العربي - بيروت - لبنان.
- ٣ - أحكام القرآن : لأبي بكر محمد بن عبدالله المعروف بابن العربي - تحقيق علي محمد البجاوي - دار المعرفة ، بيروت - لبنان.

- ٤ - أحكام القرآن: لعماد الدين بن محمد الطبري، المعروف بالكنيا الهراسي المتوفى سنة ٥٠٤هـ، الطبعة الأولى سنة ١٤٠٣هـ، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان.
- ٥ - أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن: تأليف محمد الأمين بن محمد المختار الجكني الشنقيطي المتوفى سنة ١٣٩٣هـ، المطابع الأهلية للأوفست - الرياض سنة ١٤٠٣هـ.
- ٦ - تفسير القرآن الكريم: لعماد الدين أبي الفداء إسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي المتوفى سنة ٧٧٤هـ، الطبعة الثانية، بيروت سنة ١٣٨٩هـ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.
- ٧ - تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان: تأليف الشيخ عبد الرحمن بن ناصر السعدي المتوفى سنة ١٣٧٦هـ. حققه: محمد زهري النجار، المطابع الأهلية للأوفست - الرياض ١٤٠٤هـ.
- ٨ - الجامع لأحكام القرآن: لأبي عبدالله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، أعاد طبعه: دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان - ١٤٠٥هـ.
- ٩ - جامع البيان عن تأويل آي القرآن: لأبي جعفر محمد بن جرير الطبري المتوفى سنة ٣١٠هـ، الطبعة الثالثة، مصطفى الحلبي ١٣٨٨هـ.
- ١٠ - الجامع لمواضيع آيات القرآن الكريم: عني بجمعه وتفصيله: محمد فارس بركات، الطبعة الرابعة ١٤٠٥هـ، دار قتيبة للطباعة والنشر والتوزيع - بيروت.
- ١١ - فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير، تأليف: محمد بن علي بن محمد الشوكاني المتوفى سنة ١٢٥٠هـ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة سنة ١٣٩٣هـ.
- ١٢ - المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم: وضعه: محمد فؤاد عبد الباقي، دار مطابع الشعب.



ثانياً: كتب الحديث وعلومه

- ١٣ - إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، تأليف محمد ناصر الدين الألباني، الطبعة الأولى ١٣٩٩هـ المكتب الإسلامي.
- ١٤ - الأموال: للإمام أبي عبيد القاسم بن سلام المتوفى سنة ٢٢٤هـ تحقيق وتعليق: محمد خليل هراس، الناشر مكتبة الكليات الأزهرية، الطبعة الثانية.
- ١٥ - بلوغ الأمان من أسرار الفتح الرباني، تأليف: أحمد عبد الرحمن البنا، دار الشهاب بالقاهرة.
- ١٦ - بلوغ المرام من أدلة الأحكام، للحافظ شهاب الدين أبي الفضل أحمد بن علي ابن محمد بن حجر العسقلاني، المتوفى سنة ٨٥٢هـ، مطبوع مع سبل السلام، دار الفكر.
- ١٧ - تحفة المحتاج إلى أدلة المنهاج، تأليف: عمر بن علي بن أحمد المشتهر بابن الملتن، تحقيق ودراسة: عبدالله بن سعاف اللحياني، الطبعة الأولى، ١٤٠٦هـ، دار حراء للنشر والتوزيع، مكة المكرمة.
- ١٨ - التعليق المغني على الدارقطني: تأليف أبي الطيب محمد شمس الحق العظيم، آبادي، مطبوع بذييل سنن الدارقطني، عالم الكتب - بيروت - الطبعة الثانية ١٤٠٣هـ.
- ١٩ - تقريب التهذيب: للحافظ أحمد بن علي بن محمد بن حجر العسقلاني، المتوفى سنة ٨٥٢هـ، تحقيق: عبد الوهاب عبد اللطيف، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت - لبنان، الطبعة الثانية ١٣٩٥هـ.
- ٢٠ - تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، لابن حجر العسقلاني. صححه وعلّق عليه السيد عبدالله هاشم اليماني المدني عام ١٣٨٤هـ.
- ٢١ - التلخيص: للحافظ أبي عبدالله محمد بن أحمد الذهبي المتوفى سنة ٨٤٨هـ - مطبوع بذييل المستدرک، الناشر دار الكتاب العربي - بيروت.
- ٢٢ - تهذيب ابن قيم الجوزية لمختصر سنن أبي داود للمنذري. مطبوع مع مختصر سنن أبي داود للحافظ المنذري، ومعالم السنن للخطابي تحقيق: أحمد محمد شاكر، ومحمد حامد الفقي، مطبعة السنة المحمدية ١٣٦٦هـ.

- ٢٣ - جامع الأصول في أحاديث الرسول، تأليف: الإمام مجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد: ابن الأثير المتوفى ٦٠٦هـ، تحقيق وتعليق: عبد القادر الأرناؤوط، نشر وتوزيع: مكتبة الحلواني، مطبعة الملاح، مكتبة دار البيان.
- ٢٤ - الجوهر النقي: لعلاء الدين علي بن عثمان المارديني الشهير بابن التركماني المتوفى سنة ٧٥٤هـ، مطبوع بذيال السنن الكبرى للبيهقي، الطبعة الأولى، الهند.
- ٢٥ - الخراج: تأليف: يحيى بن آدم القرشي المتوفى سنة ٢٠٣هـ، تحقيق: أحمد محمد شاكر، دار المعرفة للطباعة والنشر - بيروت.
- ٢٦ - زاد المعاد: في هدى خير العباد، لأبي عبدالله محمد بن أبي بكر المعروف: بابن قيم الجوزية المتوفى سنة ٧٥١هـ، دار الفكر - بيروت - الطبعة الثالثة ١٣٩٢هـ.
- ٢٧ - زهر الربى على المجتبى: لجلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، الناشر: دار الكتاب العربي - بيروت.
- ٢٨ - الزوائد: للحافظ أحمد بن أبي بكر البوصيري، مطبوع مع سنن ابن ماجه، بتحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي.
- ٢٩ - الدراية في تخريج أحاديث الهداية: لابن حجر العسقلاني، صححه وعلّق عليه: السيد عبدالله هاشم اليماني المادني، دار المعرفة - بيروت.
- ٣٠ - سبل السلام شرح بلوغ المرام، لمحمد بن إسماعيل الصنعاني المتوفى سنة ١١٨٢هـ، دار الفكر.
- ٣١ - سنن ابن ماجه: لأبي عبدالله محمد بن يزيد القزويني المعروف بابن ماجه المتوفى سنة ٢٧٣هـ، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، ١٣٩٥هـ.
- ٣٢ - سنن أبي داود: لأبي داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق الأزدي السجستاني المتوفى سنة ٢٧٥هـ، تحقيق: عزت عبيد الدعّاس، وعادل السيد، حمص، نشره: محمد علي السيد.
- ٣٣ - سنن الترمذي: لأبي عيسى محمد بن عيسى الترمذي المتوفى سنة ٢٧٩هـ،

- تحقيق أحمد محمد شاكر، ومحمد فؤاد عبد الباقي، بيروت، دار إحياء التراث.
- ٣٤ - سنن الدارقطني: لعلي بن عمر الدارقطني المتوفى سنة ٣٨٥هـ، عالم الكتب، بيروت، الطبعة الثانية ١٤٠٣هـ.
- ٣٥ - سنن الدارمي: لأبي محمد عبدالله بن عبد الرحمن بن الفضل الدارمي المتوفى سنة ٣٥٥هـ، نشرته: دار إحياء السنّة النبوية.
- ٣٦ - السنن الكبرى: لأبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي المتوفى سنة ٤٥٨هـ، الطبعة الأولى -.
- ٣٧ - سنن النسائي: لأبي عبدالله أحمد بن شعيب النسائي المتوفى سنة ٣٠٣هـ، الناشر: دار الكتاب العربي - بيروت.
- ٣٨ - شرح السنّة: لأبي محمد الحسين بن مسعود الفراء البغوي المتوفى سنة ٥١٦هـ. حقه وعلق عليه وخرّج أحاديثه: شعيب الأرنؤوط، ومحمد زهير الشاويش، المكتب الإسلامي.
- ٣٩ - شرح صحيح مسلم: لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي المتوفى سنة ٦٧٦هـ، دار إحياء التراث العربي - بيروت.
- ٤٠ - شرح معاني الآثار: لأبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي المتوفى سنة ٣٢١هـ، حقه وعلق عليه: محمد زهري النجار، دار الكتب العلمية - بيروت: الطبعة الأولى ١٣٩٩هـ.
- ٤١ - صحيح البخاري: لأبي عبدالله محمد بن إسماعيل البخاري المتوفى سنة ٢٥٦هـ، دار إحياء التراث العربي - بيروت.
- ٤٢ - صحيح مسلم: لأبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري المتوفى سنة ٢٦١هـ، مطبوع مع شرح النووي، دار إحياء التراث العربي - بيروت.
- ٤٣ - علل الحديث: لأبي محمد عبد الرحمن الرازي ابن أبي حاتم المتوفى سنة ٣٢٧هـ، دار السلام بحلب.
- ٤٤ - فتح الباري: شرح صحيح البخاري، لابن حجر العسقلاني، تصحيح وتحقيق سماحة الشيخ عبد العزيز بن عبدالله بن باز، نشر وتوزيع رئاسة

- إدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد بالمملكة العربية السعودية.
- ٤٥ - الفتح الرباني ترتيب مسند الإمام أحمد بن حنبل الشيباني: ترتيب أحمد عبد الرحمن البنا، دار الشهاب - القاهرة.
- ٤٦ - كتاب الثقات: للحافظ محمد بن حبان بن أحمد أبي حاتم البستي المتوفى سنة ٣٥٤هـ، الطبعة الأولى - الهند - ١٣٩٣هـ.
- ٤٧ - اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان، وضعه: محمد فؤاد عبد الباقي دار إحياء التراث العربي - بيروت - ١٤٠٦هـ.
- ٤٨ - المستدرك على الصحيحين: لأبي عبدالله محمد بن عبدالله المعروف بالحاكم النيسابوري المتوفى سنة ٤٠٥هـ، الناشر: دار الكتاب العربي - بيروت.
- ٤٩ - مسند الإمام أحمد بن محمد بن حنبل المتوفى سنة ٢٤١هـ، المكتب الإسلامي، ودار صادر - بيروت.
- ٥٠ - مسند الإمام محمد بن إدريس الشافعي المتوفى سنة ٣٠٤هـ، الطبعة الأولى، ١٤٠٠هـ، دار الكتب العلمية - بيروت.
- ٥١ - معالم السنن: لأبي سليمان حمد بن محمد الخطابي البستي المتوفى سنة ٣٨٨هـ، الطبعة الثانية ١٤٠١هـ، بيروت، منشورات المكتبة العلمية.
- ٥٢ - المعجم المفهرس لألفاظ الحديث النبوي: وضعه جماعة من المستشرقين بإشراف: أ.ي. فنسك، مكتبة بريل في مدينة ليدن، سنة ١٩٣٦م.
- ٥٣ - مفتاح كنوز السنة: وضعه: أ.ي. فنسك، ترجمة محمد فؤاد عبد الباقي، إدارة ترجمان السنّة - لاهور - ١٣٩٧هـ.
- ٥٤ - المنتقى من أخبار المصطفى ﷺ، لمجد الدين أبي البركات عبد السلام بن تيمية الحراني، المتوفى سنة ٦٥٢هـ. صححه وعلق هوامشه: محمد حامد الفقي، طبع ونشر الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية بالمملكة.
- ٥٥ - الموطأ: للإمام مالك بن أنس الأصبحي المتوفى سنة ١٧٩هـ، تصحيح وترقيم وتعليق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، عيسى البابي الحلبي وشركاه - ١٣٧٠هـ.

- ٥٦ - ميزان الاعتدال في نقد الرجال، لأبي عبدالله محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، تحقيق: علي محمد الجاوي، دار المعرفة - بيروت.
- ٥٧ - نصب الراية لأحاديث الهداية: لأبي محمد عبدالله بن يوسف الزيلعي المتوفى سنة ٧٦٢هـ، الطبعة الثانية.
- ٥٨ - النهاية في غريب الحديث والأثر، لأبي السعادات المبارك بن محمد الجزري المعروف بابن الأثير، تحقيق: طاهر الزاوي، ومحمود الطناحي، المكتبة العلمية - بيروت -.
- ٥٩ - نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، لمحمد بن علي بن محمد الشوكاني، دار الحديث القاهرة.
- ٦٠ - الهداية في تخريج أحاديث البداية، لأبي الفيض أحمد بن محمد بن الصديق الغماري الحسني، تحقيق: عدنان علي شلاق، عالم الكتب، الطبعة الأولى ١٤٠٧هـ.

ثالثاً: كتب اللغة

- ٦١ - الأشباه والنظائر، تأليف: عبد الملك بن محمد الثعالبي المتوفى سنة ٤٢٩هـ، تحقيق: محمد المصري، الطبعة الأولى ١٤٠٤هـ، الناشر: سعد الدين للطباعة والنشر والتوزيع.
- ٦٢ - أوضح المسالك إلى ألفية ابن مالك: تأليف أبي عبدالله جمال الدين بن يوسف ابن أحمد بن هشام المتوفى سنة ٧٦١هـ، دار الفكر.
- ٦٣ - الصحاح، تاج اللغة وصحاح العربية، لإسماعيل بن حماد الجوهري المتوفى سنة ٣٩٣هـ، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، مطابع دار الكتاب العربي بمصر.
- ٦٤ - الفروق اللغوية: لأبي هلال الحسن بن عبدالله بن سهل العسكري، ضبط وتحقيق: حسام الدين القدسي، دار الكتب العلمية - بيروت.
- ٦٥ - القاموس المحيط: لمجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أباذي الشيرازي المتوفى سنة ٨١٧هـ، دار العلم للجميع - بيروت.
- ٦٦ - كتاب معاني الحروف: تأليف أبي الحسن علي بن عيسى الرماني المتوفى

- سنة ٣٨٤هـ تحقيق: عبد الفتاح إسماعيل شلبي. الطبعة الثانية ١٤٠١هـ، دار الشروق للنشر والتوزيع والطباعة - جدة.
- ٦٧ - لسان العرب: لأبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور المتوفى سنة ٧١١هـ، دار صادر، ودار بيروت، ١٣٨٨هـ.
- ٦٨ - مختار الصحاح: لمحمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، دار القلم، بيروت - طبعة ١٩٧٩م.

رابعاً: كتب أصول الفقه والقواعد الفقهية

- ٦٩ - إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، تأليف: محمد بن علي الشوكاني، دار الفكر - بيروت.
- ٧٠ - إدرار الشروق على أنواء الفروق، المشهور بحاشية ابن الشاط لأبي القاسم قاسم بن عبدالله الأنصاري، المعروف بابن الشاط المتوفى سنة ٧٢٣هـ، مطبوع بذييل الفروق، عالم الكتب - بيروت.
- ٧١ - الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، لجلال الدين عبد الرحمن السيوطي المتوفى سنة ٩١١هـ، طبعة مصطفى الحلبي، ١٣٧٨هـ.
- ٧٢ - الأشباه والنظائر: تأليف الشيخ زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم المتوفى سنة ٩٧٠هـ، دار مكتبة الهلال، بيروت - ١٤٠٠هـ.
- ٧٣ - إعلام الموقعين عن رب العالمين لأبي عبدالله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية، تحقيق وتعليق: محمد محيي الدين عبد الحميد. دار الفكر بيروت، الطبعة الثانية، ١٣٩٧هـ.
- ٧٤ - تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية، تأليف الشيخ محمد علي حسين، مطبوع بهامش الفروق، عالم الكتب - بيروت.
- ٧٥ - السبب عند الأصوليين: تأليف: الدكتور عبد العزيز بن عبد الرحمن الربيعه مطابع جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ١٣٩٩هـ.
- ٧٦ - شرح القواعد الفقهية: تأليف الشيخ أحمد الزرقاء، نسقه وراجعه وصححه الدكتور عبد الستار أبو غدة، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، ١٤٠٣هـ.

- ٧٧ - الفروق: لشهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس المشهور بالقرافي المتوفى سنة ٦٨٤هـ، عالم الكتب - بيروت.
- ٧٨ - قواعد الأحكام في مصالح الأنام: لأبي محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام السلمي المتوفى سنة ٦٦٠هـ، الناشر مكتبة الكليات الأزهرية.
- ٧٩ - القواعد لأبي الفرج زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي المتوفى سنة ٧٩٥هـ، الناشر: دار المعرفة - بيروت.
- ٨٠ - القواعد النورانية الفقهية: لتقي الدين أبي العباس أحمد بن عبد الحلیم بن تيمية المتوفى سنة ٧٢٨هـ، تحقيق: محمد حامد الفقي. الطبعة الأولى: ١٣٧٠هـ، مطبعة السنة المحمدية.
- ٨١ - القياس في الشرع الإسلامي، يحتوي على: رسالة القياس لشيخ الإسلام ابن تيمية، وفصول في القياس لابن قيم الجوزية. منشورات دار الآفاق الجديدة - بيروت -.
- ٨٢ - المحصول في علم أصول الفقه، لفخر الدين محمد بن عمر بن الحسين الرازي المتوفى سنة ٦٠٦هـ، دراسة وتحقيق الدكتور طه جابر العلواني، الطبعة الأولى، ١٣٩٩هـ.
- ٨٣ - مراتب الإجماع: لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم المتوفى سنة ٤٥٦هـ، دار الكتب العلمية - بيروت -.
- ٨٤ - المسودة في أصول الفقه: لمجد الدين أبي البركات، وعبد الحميد بن عبد السلام، وشيخ الإسلام أحمد بن عبد الحلیم، جمعها: أحمد بن محمد بن أحمد الحراني المتوفى سنة ٧٤٥هـ، الناشر: دار الكتاب العربي.
- ٨٥ - الموافقات في أصول الشريعة، لأبي إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي المالكي المعروف بالشاطبي المتوفى سنة ٧٩٠هـ، دار المعرفة للطباعة والنشر - بيروت.
- ٨٦ - موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي، لسعدي أبو حبيب، الطبعة الثانية، ١٤٠٤هـ، دار الفكر بدمشق.
- ٨٧ - نقد مراتب الإجماع لشيخ الإسلام ابن تيمية، مطبوع مع مراتب الإجماع لابن حزم، دار الكتب العلمية - بيروت.

خامساً: كتب الفقه الحنفي

- ٨٨ - اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلي، لأبي يوسف يعقوب بن إبراهيم الأنصاري المتوفى سنة ١٨٢هـ، صححه وعلق عليه: أبو الوفاء الأفغاني، الطبعة الأولى، مطبعة الوفاء ١٣٥٧هـ.
- ٨٩ - الاختيار لتعليل المختار، تأليف: عبدالله بن محمود الموصللي، المتوفى سنة ٦٨٣هـ، الناشر: دار المعرفة - بيروت -، الطبعة الثالثة، ١٣٩٥هـ.
- ٩٠ - أحكام الأوقاف: لأبي بكر أحمد بن عمرو الخصاف، المتوفى سنة ٢٦١هـ، الطبعة الأولى، مطبعة الأوقاف المصرية، ١٣٢٢هـ.
- ٩١ - الإسعاف في أحكام الأوقاف، لبرهان الدين إبراهيم بن موسى بن أبي بكر الطرابلسي الحنفي، المتوفى سنة ٩٢٢هـ. دار الرائد العربي - بيروت ١٤٠١هـ.
- ٩٢ - أنفع الوسائل: لعلي بن إبراهيم الطرسوسي المتوفى سنة ٧٥٨هـ، مطبعة الشرق بمصر - ١٣٤٤هـ.
- ٩٣ - البحر الرائق: شرح كنز الدقائق، لزين الدين بن إبراهيم المشهور بابن نجيم، دار المعرفة للطباعة والنشر - بيروت.
- ٩٤ - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: لعلاء الدين أبي بكر بن مسعود المتوفى سنة ٥٨٧هـ، الطبعة الثانية - ١٤٠٢هـ، الناشر: دار الكتاب العربي - بيروت.
- ٩٥ - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق: لفخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، الطبعة الثانية، أعيد طبعه بالأوفست، دار المعرفة للطباعة والنشر - بيروت.
- ٩٦ - تحفة الفقهاء: لأبي منصور علاء الدين محمد بن أبي أحمد السمرقندي المتوفى سنة ٥٤٠هـ، دار الكتب العلمية - بيروت - الطبعة الأولى - ١٤٠٥هـ، توزيع: دار الباز - مكة المكرمة.
- ٩٧ - جامع الرموز شرح مختصر الوقاية: لشمس الدين محمد القهستاني، مطبعة الحاج محرم أفندي البوسنوي، طبعة سنة ١٣٠٠هـ.
- ٩٨ - جامع الفصولين: لمحمود بن إسرائيل الشهير بابن قاضي سماونة، المتوفى سنة ٨٢٤هـ. الطبعة الأولى، المطبعة الأميرية ببولاق، ١٣٠١هـ.
- ٩٩ - حاشية على العناية: لسعد الله بن عيسى المفتي الشهير بسعدي جليبي،

- المتوفى سنة ٩٤٥هـ، مطبوع بهامش العناية مع فتح القدير، الطبعة الأولى بالمطبعة المنيرية ببولاق سنة ١٣١٥هـ.
- ١٠٠ - الحجة على أهل المدينة، لأبي عبد الله محمد بن الحسن الشيباني، المتوفى سنة ١٨٩هـ، تصحيح وتعليق: السيد مهدي حسن الكيلاني، مطبعة المعارف الشرقية، بحيدر آباد - الهند - ١٣٩٠هـ.
- ١٠١ - الخراج: للقاضي أبي يوسف يعقوب بن إبراهيم، تحقيق وتعليق الدكتور محمد إبراهيم البنا، دار الإصلاح للطبع والنشر والتوزيع.
- ١٠٢ - الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام، للقاضي محمد بن فراموز الشهير بمنلا خسرو الحنفي المتوفى سنة ٨٨٥هـ، طبع في سنة ١٣٣٠هـ في مطبعة أحمد كامل، تركيا.
- ١٠٣ - الدر المختار: شرح تنوير الأبصار، لمحمد بن علي الحصكفي، المتوفى سنة ١٠٨٨هـ مطبوع مع حاشية ابن عابدين، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع - بيروت - ١٣٩٩هـ.
- ١٠٤ - الدر المنتقى في شرح الملتنقى لمحمد بن علي الحصكفي، مطبوع بهامش مجمع الأنهر، المطبعة العثمانية، سنة ١٣٢٨هـ.
- ١٠٥ - الدر اليتيم في حكم بيع مال اليتيم، للشيخ عبد الغني السادات، مخطوط بدار الكتب المصرية، فقه حنفي ١٠٧٩.
- ١٠٦ - رد المحتار على الدر المختار، وهو المعروف بحاشية ابن عابدين. لمحمد أمين الشهير بابن عابدين، المتوفى سنة ١٢٥٢هـ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع - بيروت - ١٣٩٩هـ.
- ١٠٧ - شرح صدر الشريعة على الوقاية، لعبيد الله بن مسعود المشهور بصدر الشريعة، المتوفى سنة ٧٤٥هـ، مطبوع بهامش: كشف الحقائق، الطبعة الأولى بمصر ١٣١٨هـ.
- ١٠٨ - شرح العناية على الهداية، لأكمل الدين محمد بن محمود البابر تي، المتوفى سنة ٧٨٦هـ، مطبوع بهامش فتح القدير. الطبعة الأولى بالمطبعة الأميرية ببولاق سنة ١٣١٥هـ.

- ١٠٩ - العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، لمحمد أمين الشهير بابن عابدين، دار المعرفة للطباعة والنشر - بيروت - .
- ١١٠ - غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر: لأحمد بن محمد الحموي، المتوفى سنة ١٠٩٨هـ، دار الكتب العلمية - بيروت - الطبعة الأولى ١٤٠٥هـ.
- ١١١ - فتح القدير: لكمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام، المتوفى سنة ٦٨١هـ، الطبعة الأولى بالمطبعة الأميرية ببولاق ١٣١٥هـ.
- ١١٢ - فتاوى ابن نجيم: لزين الدين بن إبراهيم بن محمد المشهور بابن نجيم. مطبوع بهامش الفتاوى الغياثية، الطبعة الأولى، بالمطبعة الأميرية ببولاق.
- ١١٣ - الفتاوى البزازية، وهي المسمّاة بالجامع الوجيز لمحمد بن محمد بن شهاب المعروف بابن البزاز الكردي، المتوفى سنة ٨٢٧هـ. مطبوع بهامش الفتاوى الهندية، دار إحياء التراث العربي للنشر والتوزيع بيروت - الطبعة الثانية ١٤٠٠هـ.
- ١١٤ - الفتاوى الغياثية: للشيخ داود بن يوسف الخطيب، الطبعة الأولى، بالمطبعة الأميرية ببولاق مصر.
- ١١٥ - فتاوى قاضيخان: لفخر الدين حسن بن منصور بن محمود الأوز جندي، المتوفى سنة ٢٩٥هـ، مطبوع بهامش الفتاوى الهندية، دار إحياء التراث العربي للنشر والتوزيع - بيروت.
- ١١٦ - الفتاوى الهندية: المسمّاة بالفتاوى العالمية، ألفها الشيخ نظام، وجماعة من علماء الهند، دار إحياء التراث العربي للنشر والتوزيع، بيروت - الطبعة الثانية ١٤٠٠هـ.
- ١١٧ - كتاب الأصل المعروف بالمبسوط، لأبي عبدالله محمد بن الحسن الشيباني، تصحيح وتعلق: أبو الوفاء الأفغاني من منشورات: إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، كراتشي - باكستان.
- ١١٨ - كشف الحقائق شرح كنز الدقائق، للشيخ عبد الحكيم الأفغاني نزيل دمشق، الطبعة الأولى، سنة ١٣١٧هـ، بالمطبعة الأدبية بمصر.

- ١١٩ - كنز الدقائق لعبدالله بن أحمد بن محمود النسفي، مطبوع مع كشف الحقائق، الطبعة الأولى ١٣١٨هـ بالمطبعة الأدبية بمصر.
- ١٢٠ - اللباب في شرح الكتاب للشيخ عبد الغني الغنيمي الدمشقي أحد علماء القرن الثالث عشر، دار الحديث للطباعة والنشر والتوزيع.
- ١٢١ - المبسوط: لأبي بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي المتوفى سنة ٤٨٣هـ، الطبعة الثانية، دار المعرفة للطباعة والنشر - بيروت.
- ١٢٢ - مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، لعبد الرحمن بن محمد بن سليمان المعروف بشيخ زاده، المتوفى ١٠٨٧هـ، المطبعة العثمانية، سنة ١٣٢٨هـ.
- ١٢٣ - مجموعة رسائل ابن عابدين، لمحمد أمين الشهير بابن عابدين. دار إحياء التراث العربي - بيروت.
- ١٢٤ - المختار للفتوى، لعبدالله بن محمود الموصلي، مطبوع مع الاختيار لتعليل المختار، الناشر: دار المعرفة، بيروت، الطبعة الثالثة ١٣٩٥هـ.
- ١٢٥ - مختصر الطحاوي، لأبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي، حققه وعلق عليه: أبو الوفاء الأفغاني. الطبعة الأولى ١٤٠٦هـ دار إحياء العلوم - بيروت.
- ١٢٦ - مختصر القدوري، المشهور باسم «الكتاب» لأبي الحسين أحمد بن محمد القدوري، المتوفى سنة ٤٢٨هـ، مطبوع مع اللباب في شرح الكتاب، دار الحديث للطباعة والنشر والتوزيع.
- ١٢٧ - منحة الخالق على البحر الرائق، لمحمد أمين الشهير بابن عابدين، مطبوع بهامش البحر الرائق، دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع - بيروت.
- ١٢٨ - نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار، لشمس الدين أحمد بن قودر، المعروف بقاضي زاده أفندي، المتوفى سنة ٩٨٨هـ، وهو تكملة فتح القدير. الطبعة الأولى بالمطبعة الأميرية ببولاق مصر ١٣١٧هـ.
- ١٢٩ - التنف في الفتاوى، لقاضي القضاة أبي الحسن علي بن الحسين بن محمد السعدي، المتوفى سنة ٤٦١هـ، حققه: الدكتور صلاح الدين الناهي، الطبعة الثانية ١٤٠٤هـ، مؤسسة الرسالة - بيروت.
- ١٣٠ - النصوص المرضية في تحقيق مذهب الحنفية في الأراضي المصرية. للشيخ

- محمد بن أحمد السحيمي الحسيني الحنفي، مخطوط بدار الكتب المصرية، فقه حنفي تحت رقم ٣٩٠ طلعت.
- ١٣١ - النور البادي في أحكام الأراضى، لعبدالله بن عبد الغني الحنفي، مخطوط بدار الكتب المصرية، فقه حنفي تحت رقم ٥٦٣.
- ١٣٢ - وقاية الرواية في مسائل الهداية، المشهور بمتن الوقاية، لمحمود بن تاج الشريعة، مطبوع مع شرح عبيد الله بن مسعود، بهامش كشف الحقائق، الطبعة الأولى ١٣١٨هـ، المطبعة الأدبية بمصر.
- ١٣٣ - واقعات المفتين لعبد القادر بن يوسف الحلبي الشهير بقدرى أفندي، المطبعة الأميرية ١٣٠٠هـ.
- ١٣٤ - الهداية شرح بداية المبتدئ لبرهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني، المتوفى سنة ٥٩٣هـ، مطبوع مع فتح القدير، الطبعة الأولى، بالمطبعة الأميرية ببولاق ١٣١٧هـ.

سادساً: كتب الفقه المالكي

- ١٣٥ - إرشاد السالك إلى أشرف المسالك في فقه الإمام مالك، تأليف شهاب الدين عبد الرحمن بن محمد بن عسكر المالكي البغدادي، المتوفى سنة ٧٣٢هـ، الشركة الإفريقية للطباعة والنشر.
- ١٣٦ - بداية المجتهد ونهاية المقتصد لمحمد بن أحمد بن محمد بن رشد، الشهير بابن رشد الحفيد المتوفى سنة ٥٩٥هـ، الطبعة الرابعة ١٣٩٨هـ الناشر دار المعرفة للطباعة والنشر - بيروت.
- ١٣٧ - بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير، لأحمد بن محمد الصاوي المالكي المتوفى سنة ١٢٤١هـ، مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه.
- ١٣٨ - البيان والتحصيل لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المتوفى سنة ٥٢٠هـ، دار الغرب الإسلامي، بيروت.
- ١٣٩ - البهجة في شرح التحفة، لعلي بن عبد السلام التسولي، المتوفى سنة ١٢٥٨هـ، الطبعة الثانية ١٣٧٠هـ، مطبعة مصطفى الحلبي بمصر.

- ١٤٠ - التاج والإكليل لمختصر خليل، لأبي عبدالله محمد بن يوسف العبدي الشهير بالمواق، المتوفى سنة ٨٩٧هـ. ملتزم الطبع والنشر مكتبة النجاح - ليبيا.
- ١٤١ - تسهيل منح الجليل، لمحمد بن أحمد بن محمد عليش المتوفى سنة ١٢٩٩هـ، مطبوع مع منح الجليل، الطبعة الأولى ١٤٠٤هـ، دار الفكر - بيروت.
- ١٤٢ - جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، للشيخ صالح عبد السميع الآبي الأزهري، طبع عيسى البابي الحلبي وشركاه.
- ١٤٣ - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، لمحمد بن عرفة الدسوقي المتوفى سنة ١٢٣٠هـ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.
- ١٤٤ - حاشية العدوي على الخرشي على مختصر خليل، لعلي الصعيدي العدوي، المتوفى سنة ١١٨٩هـ مطبوعة بهامش الخرشي، دار صادر - بيروت.
- ١٤٥ - حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني، لعلي الصعيدي العدوي، دار الفكر.
- ١٤٦ - حلى المعاصم شرح أرجوزة ابن عاصم لأبي عبدالله محمد التاودي المتوفى سنة ١٢٠٩هـ بهامش البهجة، الطبعة الثانية ١٣٧٠هـ، مطبعة مصطفى الحلبي.
- ١٤٧ - الخرشي على مختصر خليل، لمحمد بن عبدالله الخرشي المتوفى سنة ١١٠١هـ، دار صادر - بيروت.
- ١٤٨ - رسالة ابن أبي زيد القيرواني، لأبي محمد عبدالله بن أبي زيد عبد الرحمن القيرواني المتوفى سنة ٣٨٦هـ، مطبوعة مع الفواكه الدواني، المكتبة التجارية الكبرى، التوزيع، دار الفكر - بيروت.
- ١٤٩ - رسالة الحطاب: تتضمن الكلام على حكم بيع الحبس إذا خرب، جمع الشيخ أبي زكريا شرف الدين يحيى بن محمد الحطاب المالكي، مخطوط بدار الكتب المصرية، فقه مالك، تحت رقم ٤٢٧.

- ١٥٠ - سراج السالك شرح أسهل المسالك، لعثمان بن حسين بري الجعلي المالكي الطبعة الأخيرة، مطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر.
- ١٥١ - الشرح الصغير لأبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، المتوفى سنة ١٢٠١هـ، طبع بدار إحياء الكتب العربية، عيسى الحلبي وشركاه.
- ١٥٢ - الشرح الكبير لمختصر خليل، لأبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، مطبوع بهامش حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.
- ١٥٣ - فتاوى ابن رشد: لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد المتوفى سنة ٥٢٠هـ، الطبعة الأولى ١٤٠٧هـ، دار الغرب الإسلامي - بيروت.
- ١٥٤ - فتاوى الشاطبي: لأبي إسحاق إبراهيم بن موسى الأندلسي، المتوفى سنة ٧٩٠هـ، حققها وقدم لها: محمد أبو الأجنان، الطبعة الثانية ١٤٠٦هـ، تونس.
- ١٥٥ - الفقه الواضح في مذهب الإمام مالك، للشيخ يوسف عبد الرحمن المنيأوي الطبعة الأولى ١٣٧٤هـ.
- ١٥٦ - الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، لأحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النقراوي المالكي المتوفى سنة ١١٢٥هـ، المكتبة التجارية الكبرى، التوزيع: دار الفكر - بيروت.
- ١٥٧ - قرة العين: بفتاوى علماء الحرمين، يشتمل على فتاوى الشيخ حسين بن إبراهيم المغربي مفتي السادة المالكية بمكة المكرمة، وعلى فتاوى الشيخ محمد صالح الرئيس الزبيرى، أشرف على طبعه: محمد بن علي المالكي، الطبعة الأولى ١٣٥٦هـ.
- ١٥٨ - قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية، لمحمد بن أحمد بن جزئ الأندلسي، المتوفى سنة ٧٤١هـ، طبعة جديدة منقحة ١٩٧٩م، دار العلم للملايين، بيروت.
- ١٥٩ - الكافي في فقه أهل المدينة، لأبي عمر يوسف بن عبدالله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي، المتوفى سنة ٤٦٣هـ، تحقيق وتعليق: الدكتور محمد

محمد الموريتاني، الناشر: مكتبة الرياض الحديثة، الطبعة الأولى،
١٣٩٨هـ.

١٦٠ - كفاية الطالب الرباني لرسالة ابن أبي زيد القيرواني، لعلي أبي الحسن
المالكي الشاذلي، بهامش حاشية علي الصعيدي، دار الفكر.

١٦١ - مختصر خليل، لخليل بن إسحاق بن موسى، المتوفى سنة ٧٧٦هـ، مطبوع
مع منح الجليل، الطبعة الأولى ١٤٠٤هـ، دار الفكر - بيروت.

١٦٢ - المدونة الكبرى، رواية سحنون عن عبد الرحمن بن القاسم عن الإمام
مالك بن أنس، دار صادر - بيروت.

١٦٣ - المعيار المعرب: لأحمد بن يحيى الوئشريسي، المتوفى سنة ٩١٤هـ، دار
الغرب الإسلامي - بيروت - ١٤٠١هـ.

١٦٤ - المقدمات الممهديات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام
الشرعية، لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد، طبعة جديدة
بالأوفست، دار صادر بيروت.

١٦٥ - المقدمات الزكية في العقائد وفقه المالكية، لمحمد سعد بن عبدالله
الرباطي، الطبعة الأولى ١٣٨٣هـ، مطبعة مصطفى الحلبي.

١٦٦ - منح الجليل شرح على مختصر خليل، لأبي عبدالله محمد بن أحمد
عليش، المتوفى سنة ١٢٩٩هـ، الطبعة الأولى ١٤٠٤هـ، دار الفكر -
بيروت.

١٦٧ - مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، لأبي عبدالله محمد بن محمد بن عبد
الرحمن الطرابلسي المعروف بالحطاب، المتوفى سنة ٩٥٤هـ، مكتبة
النجاح - ليبيا.

سابعاً: كتب الفقه الشافعي

١٦٨ - الأحكام السلطانية والولايات الدينية، لأبي الحسن علي بن محمد بن
حبيب البغدادي الماوردي المتوفى سنة ٤٥٠هـ. دار الكتب العلمية،
بيروت - ١٤٠٢هـ.

١٦٩ - أدب القضاء: للقاضي شهاب الدين أبي إسحاق إبراهيم بن عبدالله،

المعروف بابن أبي الدم الحموي الشافعي المتوفى سنة ٦٤٢هـ، طبع دمشق.

١٧٠ - إعلام الساجد بأحكام المساجد، لمحمد بن عبدالله الزركشي المتوفى سنة ٧٩٤هـ، المجلس الأعلى للشئون الإسلامية بالقاهرة، ١٣٨٤هـ.

١٧١ - إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، للسيد أبي بكر المشهور بالسيد البكري، ابن محمد شطا الدمياطي نزيل مكة المتوفى سنة ١٣١٠هـ، الطبعة الرابعة، دار إحياء التراث العربي - بيروت.

١٧٢ - الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، للشيخ محمد الشربيني الخطيب، المتوفى سنة ٩٧٧هـ، مطبوع مع تحفة الحبيب على شرح الخطيب، الناشر: دار المعرفة للطباعة والنشر - بيروت: ١٣٩٨هـ.

١٧٣ - الإقناع في الفقه الشافعي، لأبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي، تحقيق وتعليق: خضر محمد خضر، الطبعة الأولى ١٤٠٢هـ، الناشر: مكتبة العروبة للنشر والتوزيع - الكويت.

١٧٤ - الأم: للإمام أبي عبدالله محمد بن إدريس الشافعي المتوفى سنة ٢٠٤هـ.

١٧٥ - الأنوار لأعمال الأبرار: ليوسف بن إبراهيم، جمال الدين الأردبيلي، المتوفى سنة ٧٩٩هـ، مؤسسة الحلبي، القاهرة، الطبعة الأخيرة ١٣٨٩هـ، ومعه حاشيتان: حاشية الكمثري، وحاشية الحاج إبراهيم، قد رجعت إليهما في بعض المواضع.

١٧٦ - تحفة الحبيب على شرح الخطيب: المعروف بحاشية بجيرمي على الخطيب، للشيخ سليمان البجيرمي، الناشر: دار المعرفة - بيروت - ١٣٩٨هـ.

١٧٧ - تحفة المحتاج بشرح المنهاج، لشهاب الدين أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، المتوفى سنة ٩٧٤هـ. مطبوع بهامش حواشي الشرواني والعبادي، دار الفكر - بيروت.

١٧٨ - تكملة السبكي للمجموع، لعلي بن عبد الكافي السبكي، ومعه التكملة الثانية للمطيعي، دار الفكر.

١٧٩ - التنبيه في الفقه الشافعي، لأبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز

- أبادي الشيرازي، المتوفى سنة ٤٧٦هـ، الطبعة الأولى ١٤٠٣هـ، عالم الكتب، بيروت.
- ١٨٠ - حاشية أبي الضياء على نهاية المحتاج، لأبي الضياء نور الدين علي بن علي الشبراملسي القاهري، المتوفى سنة ١٠٨٧هـ، مطبوعة مع نهاية المحتاج. دار إحياء التراث العربي - بيروت.
- ١٨١ - حاشية الشرواني على تحفة المحتاج للشيخ عبد الحميد الشرواني، مطبوعة مع حاشية أحمد بن قاسم العبادي، دار الفكر - بيروت.
- ١٨٢ - حاشية العبادي على تحفة المحتاج، لأحمد بن قاسم العبادي الأزهري، مطبوعة مع حاشية الشرواني، دار الفكر، بيروت.
- ١٨٣ - حاشية عميرة على شرح المحلي على المنهاج، للشيخ أحمد البرلسي الملقب بعميرة، المتوفى سنة ٩٥٧هـ، مطبعة عيسى الحلبي بمصر، مع حاشية قليوبي.
- ١٨٤ - حاشية قليوبي على شرح المحلي على المنهاج، للشيخ أحمد بن أحمد قليوبي، المتوفى سنة ١٠٦٩هـ، مطبعة عيسى الحلبي، مع حاشية عميرة.
- ١٨٥ - رحمة الأمة في اختلاف الأئمة، لأبي عبدالله محمد بن عبد الرحمن الشافعي، دار الكتب العلمية - بيروت - الطبعة الأولى ١٤٠٧هـ.
- ١٨٦ - روضة الطالبين وعمدة المفتين، لمحيي الدين يحيى بن شرف النووي، المتوفى سنة ٦٧٦هـ.
- ١٨٧ - سراج الوهاج على متن المنهاج، لمحمد الزهري الغمراوي، مطبعة مصطفى الحلبي بمصر ١٣٥٢هـ.
- ١٨٨ - شرح جلال الدين المحلي على المنهاج لجلال الدين المحلي، محمد بن أحمد بن محمد، المتوفى سنة ٨٦٤هـ، مطبوع مع حاشيتي قليوبي وعميرة، مطبعة عيسى الحلبي بمصر.
- ١٨٩ - الغاية القصوى في دراية الفتوى، لعبدالله بن عمر البيضاوي، المتوفى سنة ٦٨٥هـ، دراسة وتعليق وتحقيق: علي محيي الدين علي القرعة داغي.
- ١٩٠ - فتاوى ومسائل ابن الصلاح، لأبي عمر عثمان بن المفتي صلاح الدين عبد

- الرحمن بن عثمان الشافعي، حققه وعلّق عليه: الدكتور عبد المعطي أمين قلعجي، دار المعرفة - بيروت.
- ١٩١ - فتاوى السبكي، لعلي بن عبد الكافي السبكي، مكتبة القدسي بالقاهرة.
- ١٩٢ - الفتاوى الفقهية الكبرى لأحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي طبعة ١٣٥٧هـ - مصر.
- ١٩٣ - فتح العزيز، لأبي القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي القزويني، المتوفى سنة ٦٢٣هـ. مطبوع مع المجموع وتكملته، دار الفكر.
- ١٩٤ - فتح المعين بشرح قرة العين بمهمات الدين، لزين الدين عبد العزيز بن علي بن أحمد الشافعي، مطبوع بهامش إعانة الطالبين، دار إحياء التراث العربي - بيروت.
- ١٩٥ - فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، لأبي يحيى زكريا الأنصاري، المتوفى سنة ٩٢٥هـ، الناشر: دار المعرفة - بيروت.
- ١٩٦ - فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب، وهو المعروف بحاشية الجمل على شرح المنهج، للشيخ سليمان الجمل، المتوفى سنة ١٢٠٤هـ، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- ١٩٧ - المجموع شرح المذهب، لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي. مطبوع مع تكملته للسبكي، والمطيعي، دار الفكر.
- ١٩٨ - مختصر المزني، لأبي إبراهيم إسماعيل بن يحيى المزني، المتوفى سنة ٢٦٤هـ، مطبوع في آخر كتاب الأم، دار المعرفة، بيروت.
- ١٩٩ - مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، للشيخ محمد الشربيني الخطيب، المتوفى سنة ٩٩٧هـ. الناشر: دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- ٢٠٠ - المنهاج، لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي، مطبوع مع شرحه: مغني المحتاج، الناشر: دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- ٢٠١ - منهج الطلاب، لأبي يحيى زكريا الأنصاري، مطبوع بهامش فتح الوهاب، الناشر: دار المعرفة بيروت.
- ٢٠٢ - المذهب لأبي إسحاق إبراهيم بن يوسف الشيرازي، دار المعرفة - بيروت، الطبعة الثانية ١٣٧٩هـ.

- ٢٠٣ - نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، لمحمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة الرملي، الشهير بالشافعي الصغير، المتوفى سنة ١٠٠٤هـ، دار إحياء التراث العربي - بيروت.
- ٢٠٤ - الوجيز في فقه مذهب الإمام الشافعي، لمحمد بن محمد أبي حامد الغزالي، المتوفى سنة ٥٠٥هـ، الناشر: دار المعرفة - بيروت: ١٣٩٩هـ.

ثامناً : كتب الفقه الحنبلي

- ٢٠٥ - أحكام أهل الذمة، لشمس الدين أبي عبدالله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية، المتوفى سنة ٧٥١هـ. حققه وعلق حواشيه الدكتور صبحي الصالح، الطبعة الأولى، مطبعة جامعة دمشق ١٣٨١هـ.
- ٢٠٦ - الأحكام السلطانية للقاضي أبي يعلى محمد بن الحسين الفراء، المتوفى سنة ٤٥٨هـ، صححه وعلق عليه محمد حامد الفقي، دار الفكر، الطبعة الثالثة ١٣٩٤هـ.
- ٢٠٧ - الاختيارات العلمية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، رتبها أبو الحسن علي بن محمد بن عباس البجلي الدمشقي، من منشورات المؤسسة السعدية بالرياض.
- ٢٠٨ - الاستخراج لأحكام الخراج، لأبي الفرج زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي، المتوفى سنة ٧٩٥هـ. دار المعرفة - بيروت.
- ٢٠٩ - الإفصاح عن معاني الصحاح، لعون الدين أبي المظفر يحيى بن محمد بن هبيرة الحنبلي، المتوفى سنة ٥٦٠هـ. ملتزم الطبع والنشر: المؤسسة السعدية بالرياض.
- ٢١٠ - الإقناع في فقه الإمام أحمد، لأبي النجا شرف الدين موسى الحجواي المقدسي، المتوفى سنة ٩٦٨هـ. الناشر: دار المعرفة - بيروت.
- ٢١١ - الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، لعلاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي، المتوفى سنة ٨٨٥هـ، صححه وحققه محمد حامد الفقي. الطبعة الثانية، أعاد طبعه: دار إحياء التراث العربي ١٤٠٠هـ.

- ٢١٢ - بدائع الفوائد: لأبي عبدالله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية، الناشر: دار الكتاب العربي - بيروت.
- ٢١٣ - تصحيح الفروع: لعلاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي، مطبوع مع الفروع، الطبعة الرابعة ١٤٠٤هـ، عالم الكتب - بيروت.
- ٢١٤ - التنقيح المشبع في تحرير أحكام المقنع، لعلاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي، المطبعة السلفية ومكتبها.
- ٢١٥ - تهذيب الكلام في أرض مصر والشام وما يترتب عليها من الأحكام، للشيخ مرعي بن يوسف الحنبلي المقدسي، المتوفى سنة ١٠٣٣هـ، مخطوط بدار الكتب المصرية، فقه تيمورية تحت رقم ٤٣٠.
- (حُقِّق في بحث تكميلي لمرحلة الماجستير في قسم الفقه المقارن بالمعهد العالي للقضاء عام ١٤٢٩هـ، وطُبع بتحقيق: عبدالله محمد الكندي، دار غراس للنشر والتوزيع - الكويت، الطبعة الأولى عام ١٤٣٣هـ).
- ٢١٦ - حاشية الروض المربع، جمع: الشيخ عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي، المتوفى سنة ١٣٩٢هـ. الطبعة الثانية ١٤٠٣هـ.
- ٢١٧ - حاشية المقنع، منقول من خط الشيخ سليمان بن عبدالله بن محمد بن عبد الوهاب - وهي غير منسوبة لأحد. والظاهر أنه هو الذي جمعها، مطبوعة مع المقنع. من منشورات المؤسسة السعودية بالرياض، الطبعة الثالثة.
- ٢١٨ - دليل الطالب لنيل المطالب للشيخ مرعي بن يوسف الحنبلي، الطبعة الرابعة ١٤٠٠هـ، المكتب الإسلامي.
- ٢١٩ - الروض المربع شرح زاد المستقنع، للشيخ منصور بن يونس البهوتي، المتوفى سنة ١٠٥١هـ. مطبوع مع حاشية الروض لعبد الرحمن بن محمد بن قاسم، الطبعة الثانية ١٤٠٣هـ.
- ٢٢٠ - السلسبيل في معرفة الدليل، للشيخ صالح بن إبراهيم البليهي، الطبعة الثانية.
- ٢٢١ - شرح الزركشي على مختصر الخرقى، لشمس الدين محمد بن عبدالله الزركشي، المتوفى سنة ٧٧٢هـ، تحقيق وتخريج فضيلة الشيخ: عبدالله بن

- عبد الرحمن بن عبدالله الجبرين، رسالة دكتوراه مقدمة لجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية.
- ٢٢٢ - الشرح الكبير على متن المقنع، لأبي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر بن أحمد بن قدامة المقدسي، المتوفى سنة ٦٨٢هـ. جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية - كلية الشريعة بالرياض.
- ٢٢٣ - شرح منتهى الإرادات، للشيخ منصور بن يونس البهوتي، الناشر: المكتبة السلفية بالمدينة المنورة.
- ٢٢٤ - الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لأبي عبدالله محمد بن أبي بكر، المعروف بابن قيم الجوزية، مطبعة السنّة المحمدية.
- ٢٢٥ - العدة شرح العمدة: لبهاء الدين عبد الرحمن بن إبراهيم المقدسي المتوفى سنة ٦٢٤هـ، الناشر: مكتبة الرياض الحديثة بالرياض.
- ٢٢٦ - العدة، لأبي محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المتوفى سنة ٦٢٠هـ، مطبوعة مع العدة شرح العمدة. الناشر: مكتبة الرياض الحديثة بالرياض.
- ٢٢٧ - العمدة في فقه الشريعة الإسلامية، للشيخ أحمد بن عبد الرحمن بن محمد القاسم، الطبعة الأولى ١٤٠٥هـ.
- ٢٢٨ - الفروع، لأبي عبدالله محمد بن مفلح المقدسي، المتوفى سنة ٧٦٣هـ، الطبعة الرابعة ١٤٠٤هـ، عالم الكتب، بيروت.
- ٢٢٩ - الفواكه العديدة في المسائل المفيدة، للشيخ أحمد بن محمد المنقور النجدي، الطبعة الثانية ١٣٩٩هـ.
- ٢٣٠ - كتاب الروايتين والوجهين، للقاضي أبي يعلى محمد بن الحسين الفراء، تحقيق الدكتور عبد الكريم بن محمد اللاحم. الطبعة الأولى ١٤٠٥هـ، مكتبة المعارف - الرياض.
- ٢٣١ - الكافي في فقه الإمام أحمد لأبي محمد موفق الدين عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة، تحقيق: زهير الشاويش، الطبعة الثانية، المكتب الإسلامي.
- ٢٣٢ - كشاف القناع عن متن الإقناع، للشيخ منصور بن يونس بن إدريس

- البهوتي، راجعه وعلّق عليه، هلال مصيلحي مصطفى هلال، دار الباز للنشر والتوزيع، مكة المكرمة.
- ٢٣٣ - كشف المخدرات والرياض المزهرات شرح «أخصر المختصرات». لزين الدين عبد الرحمن بن عبدالله بن أحمد البعلي، المتوفى سنة ١١٩٢هـ. المطبعة السلفية ومكبتها.
- ٢٣٤ - المبدع في شرح المقنع، لأبي إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبدالله بن مفلح، المتوفى سنة ٨٨٤هـ. الناشر: المكتب الإسلامي.
- ٢٣٥ - مجموع الرسائل والمسائل، لتقي الدين ابن تيمية، الطبعة الأولى ١٤٠٣هـ، دار الكتب العلمية بيروت، توزيع: دار الباز - مكة المكرمة.
- ٢٣٦ - مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، جمع وترتيب: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم النجدي، تصوير الطبعة الأولى ١٣٩٨هـ.
- ٢٣٧ - المحرر في الفقه، لمجد الدين أبي البركات عبد السلام بن تيمية، المتوفى سنة ٦٥٢هـ، الناشر: دار الكتاب العربي - بيروت.
- ٢٣٨ - المختارات الجليلة من المسائل الفقهية: للشيخ عبد الرحمن بن ناصر السعدي، المتوفى سنة ١٣٧٦هـ. من منشورات المؤسسة السعودية بالرياض.
- ٢٣٩ - مختصر الخرقى في المذهب الحنبلي، لعمر بن الحسين الخرقى، المتوفى سنة ٣٣٤هـ، منشورات مؤسسة الخافقين ومكبتها، الطبعة الثالثة ١٤٠٢هـ.
- ٢٤٠ - مختصر الفتاوى المصرية لابن تيمية، تأليف: بدر الدين أبي عبدالله محمد بن علي البعلي، المتوفى سنة ٧٧٧هـ. صححه: محمد حامد الفقي، الطبعة الثانية ١٤٠٦هـ، دار ابن القيم - الدمام.
- ٢٤١ - مسائل الإمام أحمد بن حنبل، رواية إسحاق بن إبراهيم بن هانئ النيسابوري المتوفى سنة ٢٧٥هـ. تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي.
- ٢٤٢ - المغني، لأبي محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المتوفى سنة ٦٢٠هـ، الناشر: مكتبة الرياض الحديثة بالرياض.
- ٢٤٣ - المقنع، لأبي محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة، من منشورات المؤسسة السعودية بالرياض - الطبعة الثالثة.

- ٢٤٤ - منار السبيل في شرح الدليل، للشيخ إبراهيم بن محمد بن سالم بن ضويان، المتوفى سنة ١٣٥٣هـ الطبعة الخامسة ١٤٠٢هـ، المكتب الإسلامي.
- ٢٤٥ - نظرية العقد، لابن تيمية، بتحقيق: محمد حامد الفقي، مطبعة السنة المحمدية بالقاهرة.
- ٢٤٦ - النكت والفوائد السنية على مشكل المحرر، لشمس الدين محمد بن مفلح المقدسي، المتوفى سنة ٧٦٣هـ. مطبوع مع المحرر في الفقه، الناشر: دار الكتاب العربي، بيروت.

تاسعًا: كتب الفقه الظاهري

- ٢٤٧ - المحلى: لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المتوفى سنة ٤٥٦هـ، الناشر: مكتبة الجمهورية العربية - القاهرة - ١٣٨٧هـ - ١٣٩٢هـ.

عاشرًا: كتب الفقه العام

- ٢٤٨ - آثار الحرب في الفقه الإسلامي، للدكتور وهبة الزحيلي، دار الفكر بدمشق.
- ٢٤٩ - أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية، للدكتور محمد عبيد عبدالله الكيسي، مطبعة الإرشاد، بغداد - ١٣٩٧هـ.
- ٢٥٠ - الأموال المباحة وأحكام تملكها في الشريعة الإسلامية، للدكتور عبدالله بن عبد الرحمن الرشيد، الطبعة الأولى ١٤٠٤هـ.
- ٢٥١ - البنیان وأحكامه في الفقه الإسلامي، للدكتور إبراهيم بن محمد الفائز، رسالة دكتوراه قدمت إلى المعهد العالي للقضاء بالرياض، سنة ١٤٠٦هـ.
- ٢٥٢ - توثيق الديون في الفقه الإسلامي، للدكتور صالح بن عثمان الهليل، رسالة دكتوراه قدمت إلى كلية الشريعة بالرياض سنة ١٤٠٦هـ.
- ٢٥٣ - حق الارتفاق، دراسة مقارنة: للدكتور سليمان بن وائل التويجري، رسالة دكتوراه قدمت إلى كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة أم القرى سنة ١٤٠٢هـ.

- ٢٥٤ - الحيازة في العقود في الفقه الإسلامي، للدكتور نزيه حماد. مكتبة دار البيان - دمشق، الطبعة الأولى ١٣٩٨هـ.
- ٢٥٥ - شرح مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان لمحمد الأبياني ومحمد سلامة، الطبعة الثانية - بغداد - سنة ١٣٧٥هـ.
- ٢٥٦ - الشريعة الإسلامية، تاريخها ونظرية الملكية والعقود، للدكتور بدران أبو العينين بدران، الناشر: مؤسسة شباب الجامعة للطباعة والنشر - الإسكندرية - ١٩٨٦م.
- ٢٥٧ - الفقه الإسلامي وأدلته، للدكتور وهبة الزحيلي، دار الفكر - دمشق - الطبعة الثانية ١٤٠٥هـ.
- ٢٥٨ - الفقه على المذاهب الأربعة، لعبد الرحمن الجزيري، المكتبة التجارية الكبرى - مصر - ١٩٧٠م.
- ٢٥٩ - المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، للدكتور عبد الكريم زيدان. الطبعة السابعة، مكتبة القدس، مؤسسة الرسالة ١٤٠٢هـ.
- ٢٦٠ - المدخل الفقهي العام، لمصطفى أحمد الزرقاء، طبعة تاسعة ١٩٦٧ - ١٩٦٨م، دمشق.
- ٢٦١ - المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه - للأستاذ: محمد مصطفى شلبي، دار النهضة العربية - بيروت، ١٤٠٣هـ.
- ٢٦٢ - مرشد الحيران لمعرفة أحوال الإنسان، لمحمد قدرى باشا. المطبعة الأميرية، سنة ١٩٠٩م.
- ٢٦٣ - مصادر تملك الأرض بدون مقابل مالي في الشريعة الإسلامية. للدكتور الشافعي عبد الرحمن السيد عوض، رسالة دكتوراه قدمت إلى كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر - سنة ١٣٩٢هـ.
- ٢٦٤ - مسألة ملكية الأرض، أبو الأعلى المودودي، ترجمة: عاصم حداد. الناشر: مكتبة الشباب المسلم - دمشق.
- ٢٦٥ - المعدن والركاز في الشريعة الإسلامية، للدكتور يوسف عبد الهادي الشال، رسالة دكتوراه قدمت إلى كلية الشريعة والقانون - جامعة الأزهر.

- ٢٦٦ - المعاملات الشرعية المالية، للشيخ أحمد إبراهيم بك، دار الأنصار بالقاهرة.
- ٢٦٧ - المعاملات في الشريعة الإسلامية، والقوانين المصرية، تأليف أحمد أبو الفتوح، مطبعة النهضة بمصر، الطبعة الثانية سنة ١٣٤١هـ.
- ٢٦٨ - ملكية الأرض في الشريعة الإسلامية، للدكتور محمد بن علي السميح، الطبعة الأولى ١٤٠٣هـ.
- ٢٦٩ - الملكية ونظرية العقد، للشيخ محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي.
- ٢٧٠ - الملكية في الشريعة الإسلامية، طبيعتها ووظيفتها وقيودها، للدكتور عبد السلام داود العبادي، مكتبة الأقصى، عمان، الأردن.
- ٢٧١ - نزع ملكية العقار للمنفعة العامة على ضوء الشريعة الإسلامية للشيخ الدكتور عبد العزيز بن محمد العبد المنعم، رسالة دكتوراه قدمت إلى جامعة الأزهر - كلية الشريعة والقانون - سنة ١٣٩٧هـ.
- ٢٧٢ - نظام استغلال الأراضي الزراعية بين الشريعة والقانون، للدكتور أنور محمود يوسف دبور. رسالة دكتوراه قدمت إلى جامعة الأزهر - كلية الشريعة والقانون - سنة ١٣٩٢هـ.
- ٢٧٣ - نظام الضرائب في الإسلام، ومدى تطبيقه في المملكة العربية السعودية، للدكتور عبد العزيز العلي النعيم، الطبعة الثانية ١٩٧٥م.
- ٢٧٤ - نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، للدكتور حسن علي الشاذلي، دار الاتحاد العربي للطباعة - مصر.
- ٢٧٥ - نظرية الضمان، للدكتور وهبة الزحيلي - دار الفكر ١٤٠٢هـ.

أحد عشر: كتب متنوعة

- ٢٧٦ - الاتجاه الجماعي في التشريع الاقتصادي الإسلامي، للدكتور محمد فاروق النبهان، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثانية ١٤٠٤هـ.
- ٢٧٧ - أخبار مكة وما جاء فيها من الآثار، لأبي الوليد محمد بن عبد الله بن أحمد الأزرقى، تحقيق: رشدي الصالح ملحس، دار الأندلس.
- ٢٧٨ - أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، للشيخ قاسم

- القونوي، المتوفى سنة ٩٧٨هـ، تحقيق الدكتور أحمد بن عبد الرزاق الكبيسي، الناشر: دار الوفاء للنشر والتوزيع - جدة - الطبعة الأولى ١٤٠٦هـ.
- ٢٧٩ - التعريفات: لعلي بن محمد الشرف الجرجاني، المتوفى سنة ٨١٦هـ، مكتبة لبنان - بيروت - ١٩٧٨م.
- ٢٨٠ - كشاف اصطلاحات الفنون، لمحمد علي الفاروقي التهانوي، المتوفى سنة ١١٥٨هـ، دار الكتاب العربي.
- ٢٨١ - مراصد الاطلاع على أسماء الأمكنة والبقاع، لصفى الدين عبد المؤمن بن عبد الحق البغدادي، المتوفى سنة ٧٣٩هـ، تحقيق وتعليق: علي محمد البجاوي. دار إحياء الكتب العربية، الطبعة الأولى ١٣٧٤هـ.
- ٢٨٢ - المطلع على أبواب المقنع، لأبي عبدالله شمس الدين محمد بن أبي الفتح البعلي الحنبلي، المتوفى سنة ٧٠٩هـ، المكتب الإسلامي، الطبعة الأولى ١٣٨٥هـ.
- ٢٨٣ - معجم البلدان، لشهاب الدين أبي عبدالله ياقوت بن عبدالله الحموي، المتوفى سنة ٦٢٦هـ، دار صادر، ودار بيروت، ١٣٧٦هـ.
- ٢٨٤ - النظم المستعذب في شرح غريب المهذب، لمحمد بن أحمد بن بطال الركبي، مطبوع بذييل المهذب، دار المعرفة - بيروت - الطبعة الثانية ١٣٧٩هـ.
- ٢٨٥ - وفاء الوفاء بأخبار مدينة المصطفى، لعلي بن أحمد السمهودي. دار إحياء التراث العربي - بيروت.



فهرس الموضوعات

٥	تقديم الجمعية الفقهية
٧	ترجمة المؤلف <small>رحمته</small>
١٠	نتاجه العلمي
١١	وفاته
١٥	المقدمة
١٨	خطة الرسالة
٢٩	■ باب تمهيدي
٣١	الفصل الأول: تعريف العقار وتملكه
٣٣	المبحث الأول: تعريف العقار
٣٣	تعريفه في اللغة
٣٤	تعريف العقار في الاصطلاح
٣٩	المبحث الثاني: الأرض تملك ملكًا خاصًا في الشريعة الإسلامية
٤٧	الفصل الثاني: أنواع العقار وأقسامه
٤٩	المبحث الأول: أقسام الأراضي باعتبار أصل حيازتها
٥٠	المطلب الأول: الأراضي التي أسلم أهلها عليها

- ٥١ المطلب الثاني: الأراضي التي صولح عليها أهلها
- ٥٢ المطلب الثالث: الأراضي التي جلا عنها أهلها
- ٥٤ المطلب الرابع: الأراضي التي فتحت عنوة
- ٧٩ المطلب الخامس: الأراضي الموات
- ٨٠ النوع الأول: الأرض المملوكة العامرة
- ٨٠ النوع الثاني: الأرض المملوكة غير العامرة
- ٨٠ النوع الثالث: الأرض غير المملوكة
- ٩٤ القسم الأول: الأرض القريبة التي يتعلق بها حق الارتفاق
- ٩٥ القسم الثاني: الأرض القريبة من العمران، ولم يتعلق بها مصلحة
- ٩٩ القسم الثالث: الأرض البعيدة التي لم يتعلق بها مصلحة العمران
- ١٠١ المبحث الثاني: تقسيم الأراضي باعتبار نوع ما يفرض عليها
- ١٠٢ المطلب الأول: الأراضي العشرية
- ١٠٣ المطلب الثاني: الأراضي الخراجية
- ١٠٥ ■ الباب الأول: بيع العقار
- ١٠٧ الفصل الأول: حكم بيع العقار وشروطه
- ١٠٩ حكم بيع العقار
- ١١٠ شروط صحة بيع العقار
- ١١١ الشرط الأول: التراضي بالبيع
- ١١٢ المطلب الأول: حكم نزع ملكية العقار للمنفعة العامة
- ١١٨ المطلب الثاني: حقيقة نزع ملكية العقار
- ١٢٠ المطلب الثالث: إجراءات نزع ملكية العقار للمنفعة العامة
- ١٣٧ الشرط الثاني: أن يكون العاقد جائز التصرف

- الشرط الثالث: أن يكون المبيع مالا ١٣٩
- حكم بيع حقوق الارتفاق ١٣٩
- ١ - حق الشرب ١٤١
- ٢ - حق المجرى ١٥٣
- ٣ - حق المسيل ١٥٧
- ٤ - حق المرور ١٦٠
- الشرط الرابع: أن يكون مملوكًا للبائع أو مأذونًا له فيه ١٦٥
- المطلب الأول: حكم بيع الأراضي المفتوحة عنوة ١٦٦
- المطلب الثاني: حكم بيع المساكن التي بأرض العنوة ١٨٩
- المطلب الثالث: حكم بيع الأراضي غير أرض العنوة ١٩٤
- المطلب الرابع: حكم بيع أرض مكة وبنائها ١٩٧
- المطلب الخامس: حكم بيع أرض المناسك وأرض الحرم عدا مكة ٢١٩
- الشرط الخامس: أن يكون المبيع مقدورًا على تسليمه ٢٢٥
- المطلب الأول: حكم بيع العقار المغصوب ٢٢٥
- المطلب الثاني: حكم بيع العقار المؤجر ٢٢٨
- الشرط السادس: أن يكون المبيع معلومًا ٢٣٥
- المسألة الأولى: رؤية العقار المبيع ٢٣٨
- المسألة الثانية: بيع العقار اعتمادًا على رؤية سابقة ٢٤٢
- المسألة الثالثة: بيع العقار بالصفة ٢٤٥
- المسألة الرابعة: كون العقار معلوم القدر ٢٥١
- الشرط السابع: أن يكون الثمن معلومًا ٢٥٩
- المسألة الأولى: بعتك هذه الأرض كل ذراع بدرهم ٢٦٠

- المسألة الثانية: بعثك من هذه الأرض كل ذراع بدرهم ٢٦٤
- الفصل الثاني: زيادة العقار المبيع أو نقصه عمّا عقد عليه ٢٦٩
- المبحث الأول: زيادة العقار المبيع ٢٧١
- المسألة الأولى: تسمية جملة العقار المبيع ومقابلة كل جزء منه بثمن ٢٧١
- المسألة الثانية: تسمية جملة العقار المبيع ومقابلته بجملة الثمن ٢٧٨
- المبحث الثاني: نقص العقار المبيع ٢٨٥
- المسألة الأولى: تسمية جملة العقار المبيع ومقابلة كل جزء منه بثمن ٢٨٥
- المسألة الثانية: تسمية جملة العقار المبيع ومقابلته بجملة الثمن ٢٨٨
- الفصل الثالث: قبض العقار في البيع ٢٩٣
- المبحث الأول: معنى القبض لغة واصطلاحًا ٢٩٥
- معنى القبض في اللغة ٢٩٥
- معنى القبض في الاصطلاح ٢٩٦
- المبحث الثاني: كيفية قبض العقار ٢٩٩
- المبحث الثالث: شروط صحة القبض ٣٠٣
- الشرط الأول: أن يكون الشخص أهلاً للقبض ٣٠٣
- الشرط الثاني: صدور الإقباض ممن له الولاية ٣٠٤
- الشرط الثالث: أن يكون المقبوض غير مشغول بحق لغير المشتري ٣٠٥
- الشرط الرابع: أن لا يكون المقبوض حصة شائعة ٣٠٨
- الفصل الرابع: حكم بيع العقار المشتري قبل قبضه ٣١٥
- الفصل الخامس: ما يتبع العقار في البيع وما لا يتبعه ٣٤١
- المبحث الأول: ما يدخل في بيع الدار ونحوها ٣٤٥
- المبحث الثاني: ما يدخل في بيع الأرض ٣٥٩

- المطلب الأول: حكم دخول البناء والشجر في بيع الأرض ٣٥٩
- المطلب الثاني: حكم دخول الزرع في بيع الأرض ٣٦٧
- المطلب الثالث: حكم دخول البذر في بيع الأرض ٣٨١
- المطلب الرابع: بيع الأرض مع البذر ٣٨٧
- المطلب الخامس: حكم ثبوت الخيار عند عدم دخول الزرع والبذر في بيع الأرض ٣٩١
- المطلب السادس: حكم دخول الحجارة وما في حكمها في بيع الأرض ٣٩٢
- المطلب السابع: حكم دخول المعادن في بيع الأرض ٤٠١
- المبحث الثالث: ما يدخل في بيع البستان والقرية ٤١٣
- المطلب الأول: ما يدخل في بيع البستان ٤١٣
- المطلب الثاني: ما يدخل في بيع القرية ٤١٧
- المبحث الرابع: دخول الثمر في بيع العقار إذا كان فيه شجر مثمر ٤٢٣
- المطلب الأول: في ثمر النخيل ٤٢٤
- الفرع الأول: بيع العقار، وفيه نخل ذات ثمر ٤٢٤
- الفرع الثاني: اشتراط أحد المتبايعين ثمر النخل ٤٣٥
- الفرع الثالث: حكم بقاء الثمر في النخل إلى أوان أخذه ٤٤١
- الفرع الرابع: بيان الحكم إذا أبر بعض النخل دون بعض ٤٤٢
- الفرع الخامس: اختلاف المتبايعين في التأبير ٤٤٧
- المطلب الثاني: في بيان حكم ما عدا النخل من الشجر ٤٤٨
- الفصل السادس: الاستثناء في بيع العقار ٤٦١
- المبحث الأول: استثناء قدر معلوم من العقار المبيع ٤٦٥
- المبحث الثاني: استثناء منفعة العقار للبيع مدة معلومة ٤٦٧

- ٥١٧ الفصل السابع: بيع عقار المحجور عليه
- ٥١٩ تعريف الحَجْر وبيان أقسامه
- ٥٢١ المبحث الأول: بيع عقار المفلس
- ٥٢١ المفلس في اللغة
- ٥٢١ المُفلس عند الفقهاء
- ٥٢٢ المطلب الأول: ما يبدأ الحاكم ببيعه من مال المفلس والتأني فيه
- ٥٣٥ المطلب الثاني: ما يُباع من عقار المفلس
- ٥٤٩ المبحث الثاني: بيع عقار المحجور عليه لحظ نفسه
- ٥٤٩ المطلب الأول: بيع الأب عقار ولده المحجور عليه
- ٥٦١ المطلب الثاني: بيع الولي غير الأب عقار المحجور عليه
- ٥٦٧ المطلب الثالث: دعوى بيع عقار المحجور عليه بغير مسوغ
- ٥٧٣ الفصل الثامن: بيع العقار المرهون أو الموقوف
- ٥٧٥ المبحث الأول: بيع العقار المرهون
- ٥٧٥ المطلب الأول: بيع الراهن العقار المرهون
- ٥٨٦ المطلب الثاني: بيع المرتهن العقار المرهون
- ٥٩٣ المبحث الثاني: بيع العقار الموقوف
- ٥٩٣ المطلب الأول: بيع المسجد إذا خرب أو كان في البيع مصلحة
- ٦٠٦ المطلب الثاني: بيع العقار الموقوف غير المسجد
- ٦٥١ الفصل التاسع: بيع العقارات المشاعة
- ٦٥٣ المبحث الأول: حكم بيع العقار المشاع
- ٦٦١ المبحث الثاني: بيع الأسهم في العقار
- ٦٦٣ المبحث الثالث: تصرفات المشتري في العقار قبل ثبوت الشفعة

- ٦٦٤ المطلب الأول: تصرف المشتري بالبيع
- ٦٦٦ المطلب الثاني: تصرف المشتري برهن العقار أو إجارته
- ٦٧٢ المطلب الثالث: تصرف المشتري في العقار بوقفه أو هبته
- ٦٧٨ المطلب الرابع: تصرف المشتري بردّ أو إقالة أو تحالف
- ٦٨٦ المطلب الخامس: تصرف المشتري بالزيادة في العقار قبل الأخذ بالشفعة
- ٧٠١ المطلب السادس: تصرف المشتري بالنقص في العقار قبل الأخذ بالشفعة
- ٧١٣ المبحث الرابع: الاحتيال على إسقاط الشفعة
- ٧١٣ تعريف الحيلة
- ٧٢٥ الفصل العاشر: بيع العلو والسفل
- ٧٢٧ المبحث الأول: ملكية العلو والسفل
- ٧٣٣ المبحث الثاني: بيع العلو والسفل وأجزائهما
- ٧٣٩ ■ الباب الثاني: تأجير العقار
- ٧٤١ الفصل الأول: حكم تأجير العقار وشروطه
- ٧٤٣ المبحث الأول: حكم تأجير العقار
- ٧٤٧ المبحث الثاني: شروط صحة تأجير العقار
- ٧٤٧ الشرط الأول: أن تكون المنفعة معلومة
- ٧٥٣ الشرط الثاني: معرفة الأجرة
- ٧٥٥ المسألة الأولى: جعل إصلاح العقار أجرة له
- ٧٥٧ المسألة الثانية: جعل أجرة العقار منفعة عقار آخر
- ٧٦١ المسألة الثالثة: تعيين الأجرة
- ٧٦٤ الشرط الثالث: أن تكون المنفعة مباحة يمكن استيفائها مع بقاء العين
- ٧٦٥ المطلب الأول: تأجير العقار ليتخذ مسجداً

- ٧٦٨ المطلب الثاني: تأجير العقار لمنفعة محرمة
- ٧٧٤ المطلب الثالث: تأجير العقار المشتمل على شجر
- ٧٨٥ الفصل الثاني: تأجير العقار لمدة طويلة وتصرف المالك قبل انقضائها
- ٧٨٧ المبحث الأول: تأجير العقار مدة طويلة
- ٧٩٧ المبحث الثاني: تصرف مالك العقار في المنافع قبل انقضاء مدة الإجارة ..
- ٨٠٣ الفصل الثالث: تأجير المستأجر للعقار
- ٨٠٧ المبحث الأول: حكم تأجير المستأجر العقار
- ٨٠٨ المطلب الأول: تأجير العقار بعد قبضه من غير المؤجر
- ٨١٠ المطلب الثاني: تأجير العقار قبل قبضه من غير المؤجر
- ٨١٢ المطلب الثالث: تأجير العقار بعد قبضه من المؤجر
- ٨١٤ المطلب الرابع: تأجير العقار قبل قبضه من المؤجر
- ٨١٧ المبحث الثاني: تأجير المستأجر العقار بأكثر من الأجرة
- ٨٢٣ الفصل الرابع: تأجير العمائر قبل الانتهاء منها
- ٨٢٧ المبحث الأول: حكم تأجير العمائر قبل الانتهاء منها
- ٨٣١ المبحث الثاني: تأجير العمائر مدة معينة منفصلة عن العقد
- ٨٣٧ الفصل الخامس: تعذر انتفاع المستأجر بالعقار
- ٨٤١ المبحث الأول: تلف العقار المؤجر
- ٨٤١ الحالة الأولى: تلف العقار المؤجر قبل القبض
- ٨٤٢ الحالة الثانية: تلف العقار المؤجر بعد قبضه في مدة ليس لمثلها أجرة ...
- ٨٤٣ الحالة الثالثة: تلف العقار بعد مضي شيء من المدة له أجرة
- ٨٤٥ المبحث الثاني: حدوث ما يمنع منفعة العقار المؤجر أو بعضها
- ٨٥٣ المبحث الثالث: غصب العقار المؤجر

- ٨٥٧ المبحث الرابع: العذر العام أو الخاص بأحد المتعاقدين
- ٨٦٧ الفصل السادس: تأجير العقار المشترك
- ٨٧٩ الفصل السابع: تأجير الأرض للزراعة
- ٨٨١ المبحث الأول: حكم تأجير الأرض للزراعة
- ٨٨٩ المبحث الثاني: ما يصلح أن يكون أجرة
- ٨٩٧ المبحث الثالث: مدى أحقية المستأجر في اختيار نوع الزرع
- ٨٩٧ المطلب الأول: تأجير الأرض للزرع مطلقاً
- ٩٠١ المطلب الثاني: تأجير الأرض لزرع معين
- ٩٠٣ المطلب الثالث: تأجير الأرض لزرع معين مع اشتراط عدم زرع غيره
- ٩٠٥ المبحث الرابع: انقضاء مدة الإجارة قبل حصاد الزرع
- ٩٠٥ المطلب الأول: أن يكون بقاء الزرع لتفريط من المستأجر
- ٩٠٨ المطلب الثاني: أن يكون بقاء الزرع من غير تفريط من المستأجر
- ٩١١ المطلب الثالث: تأجير الأرض للزرع مدة لا يكمل فيها
- ٩١٧ الخاتمة
- ٩٣١ المصادر والمراجع
- ٩٥٩ فهرس الموضوعات

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com

www.moswarat.com

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com