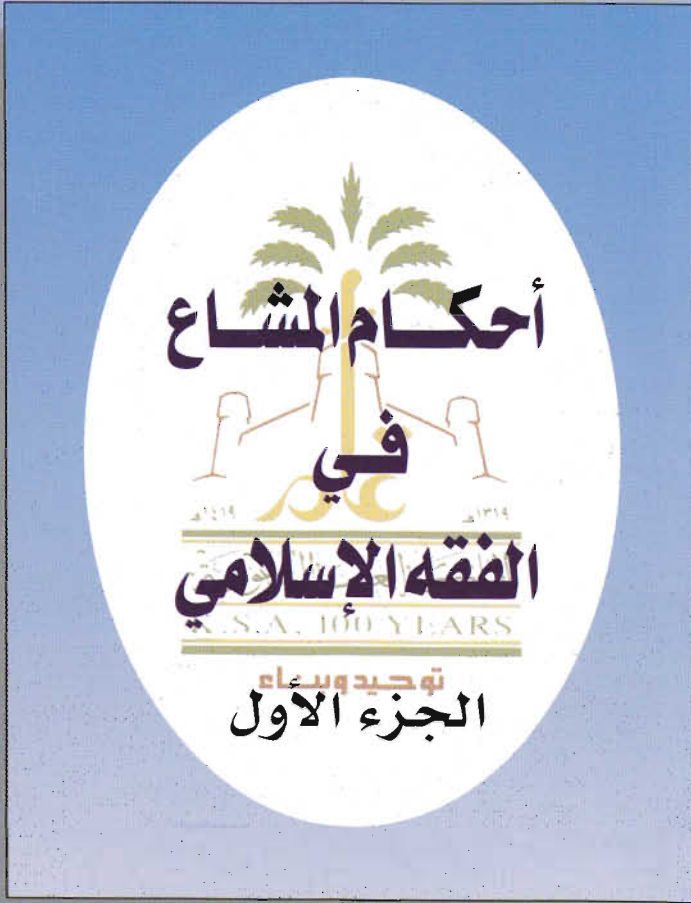


المملكة العربية السعودية
وزارة التعليم العالي
جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية



سلسلة مشروع وزارة التعليم العالي لنشر ألف رسالة علمية (٤٥)



إعداد

صالح بن محمد بن سليمان السلطان

١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٢ م



المملكة العربية السعودية
وزارة التعليم العالي
جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية



سلسلة مشروع وزارة التعليم العالي لنشر ألف رسالة علمية (٤٥)

أحكام المشاع في الفقه الإسلامي

الجزء الأول

إعداد

صالح بن محمد بن سليمان السلطان

١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٢

طبعت بمناسبة مرور مائة عام على تأسيس المملكة العربية السعودية
أشرفت على طباعتها ونشرها الإدارة العامة للثقافة والنشر

ح

جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ١٤٢٣هـ

فهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية أثناء النشر

السلطان، صالح بن محمد بن سليمان

أحكام المشاع في الفقه الإسلامي.. الرياض.

١٥٤٢ ص ١٧ X ٢٤ سم - (سلسلة ألف رسالة علمية؛ ٤٥)

ردمك: ٢ - ٤١٧ - ٠٤ - ٩٩٦٠ (مجموعة)

١ - ٤١٨ - ٠٤ - ٩٩٦٠ (ج ١)

١ - المشاع (فقه إسلامي) أ - العنوان ب - السلسلة

ديوي ٢٥٣,٩ ٢٣ / ٣١٤٩

رقم الإيداع: ٢٣ / ٣١٤٩

ردمك: ٢ - ٤١٧ - ٠٤ - ٩٩٦٠ (مجموعة)

١ - ٤١٨ - ٠٤ - ٩٩٦٠ (ج ١)



حقوق الطباعة والنشر محفوظة للجامعة

الطبعة الأولى

٢٠٠٢ هـ - ١٤٢٣

تقديم لمعالي مدير الجامعة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على خاتم المرسلين، نبينا محمد وعلي آله وصحابه والتابعين له بإحسان إلي يوم الدين، وبعد:

لقد أكرم الله هذه البلاد المباركة، بدولة اتخذت كلمة التوحيد « لا إله إلا الله محمد رسول الله» شعاراً ونبراساً، التزمت به في شؤونها كلها، وأكد على ذلك الملك عبد العزيز بن عبد الرحمن آل سعود منذ دخوله الرياض في الخامس من شوال سنة ١٣١٩هـ، استمرراً لمنهج آبائه وأجداده، المستمد من الكتاب والسنة.

لقد كان استرداد الملك عبد العزيز للرياض تأسيساً للمملكة العربية السعودية الحديثة التي أقيمت على المبادئ السامية، وما احتفاننا بمرور مائة عام على ذلك، إلا تذكير بنعمة الله، وفرح بنصره، واستذكار للجهود المباركة التي أداها الملك المؤسس رحمه الله، وفي سبيل توحيد البلاد، عرفاناً لفضله، ووفاء بحقه، وتسجيلاً لأبرز الإنجازات الرصينة التي تحققت في عهده وعهد أبنائه من بعده.

وإنه لشرف عظيم أن تسهم الجامعة بفعاليات هذه المناسبة الوطنية العزيزة بنتاج علمي، يتمثل برسائل علمية، وبحوث شرعية وتاريخية وجغرافية، ومنها رسالة الدكتوراه التي بين أيدينا الموسومة ب (أحكام المشاع في الفقه الإسلامي).

ويتم نشرها ضمن « سلسلة مشروع وزارة التعليم العالي لنشر ألف رسالة علمية» إسهاماً من الجامعة في خدمة الثقافة الإسلامية، والفكر

الإسلامي الذي تحمل لواءه بلادنا المباركة التي قامت منذ تأسيسها على
نصرة الدين الحنيف، والدعوة إليه.

وختاماً أسأل الله عز وجل أن يحفظ لهذه البلاد قادتها وسؤددها وأن
يجزي خادم الحرمين الشريفين الملك فهد، وصاحب السمو الملكي ولي
عهده الأمين، وصاحب السمو الملكي النائب الثاني خير الجزاء علي ما
قدموه لأمتهم من جهود مشكورة ومذكورة. والله الموفق....

د. محمد بن سعد السالم

المقدمة

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا... من يهده الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأشهد أن محمدا عبده ورسوله ﷺ وعلى آله وصحبه وسلم.

ويعد..

فإن الإسلام دين كامل ﴿... أَلْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ...﴾^(١) شامل بأحكامه وآدابه وتعاليمه جميع مناحي الحياة، فما من أمر من أمور الحياة إلا وتجد له في الشريعة الإسلامية حكما مبينا له.

سواء كان هذا الحكم ظاهرا من الأدلة الشرعية أو مندرجا تحت أصل أو قاعدة فقهية مبنية على دليل شرعي، وكان من هذه الأحكام التي تناولها فقهاء الشريعة بالبحث -أحكام المشاع- حيث أولاها فقهاء المذاهب عناية طيبة وأفردوها في مباحث مستقلة في كثير من أبواب الفقه، فبحثوا أثر الشيع في العبادات، كما بحثوا العقد على المال المشاع بالبيع ونحوه وبالتبرع به وبالنكاح به، وبحثوا أثره في الجنايات والحدود وفي القضاء به، وبحثوا أثره في الحقوق المالية وغيرها كما بحثوا الانتفاع به والإنفاق عليه وقسمته إلى غير ذلك.

ولهذا وغيره كان هذا الموضوع جديرا بالبحث والجمع والتمحيص والتدقيق والتحقيق.

(١) سورة المائدة: آية (٣).

أسباب اختيار الموضوع:

كان لاختياري موضوع -أحكام المشاع- لأتناوله بالجمع والبحث والتحقيق -أسباب عدة، منها:

١- ما أسلفت ذكره من سعة هذا البحث وشموله لكثير من أبواب الفقه - في العبادات والمعاملات والتبرعات والنكاح والحدود والجنابات والدعاوى والحقوق وقسمة المنافع والأعيان- فأثرت جمع شتاته في مبحث مستقل خاص بأحكامه بعد تحريرها وبيان الراجح فيها؛ ليسهل الحصول على أي حكم من أحكامه- حيث لم يكتب فيه كتابة مستقلة- فيما أعلم وإنما هي أحكام متناثرة في كتب الفقه والحديث والتفسير.

٢- أهمية مباحث هذا الموضوع في حياة الناس لكثرة الاشتراكات بالإرث أو بعقد من العقود ونحو ذلك، فتبرز الحاجة إلى تحرير أحكامه في بحث مستقل يسهل تناوله.

٣- محاولة إثراء المكتبة الإسلامية وإضافة بحث جديد إليها يسهم في سعتها وخدمة طلبة العلم، وهذا موجود في هذا الموضوع -حسب تقديري- إن شاء الله.

منهج البحث:

سلكت في إعداد هذا البحث المنهج التالي:

أولاً: جمعت المادة العلمية المتعلقة بالمشاع وأحكامه من كتب الفقه والتفسير والحديث واللغة والتاريخ.

ثانياً: بعد جمع المادة العلمية بدأت في تحرير المسائل، فإن لم يكن ثمت خلاف في المسألة ذكرت حكمها، ثم سقت الأدلة التي بني عليها الحكم.

وإن كان في المسألة خلاف فإني أسوق الخلاف فيها متبعاً الطريقة الآتية:

(أ) أذكر قول كل مذهب من المذاهب الأربعة مرتبة حسب تأريخها الزمني معتمداً في الإحالة على كتبهم الأصلية، كما أذكر المذهب الظاهري، وأحرص على ذكر من سبق هؤلاء الأئمة إلى القول بنفسه من التابعين وأتباعهم، وإذا لم أذكر مذهباً منها في مسألة ما فهذا يعني أنني لم أقف عليه في كتبهم التي رجعت إليها مع إكثاري من الرجوع إلى كتبهم.

وهذا الترتيب أعتمده إن كان رأي المذهب -في المسألة المبحوثة- هو المعتمد أو المشهور أو الصحيح أو الأصح أو المذهب ونحو ذلك، فإن كان قولاً لهم في المسألة فإني أؤخره بعد القول المعتمد للمذهب الذي يليه في الترتيب الزمني، وذلك تقديماً لمن يجعل القول مذهباً على من لا يجعله.

(ب) أذكر الأقوال في المسألة مبتدئاً بالقول الراجح -فيما يظهر لي- ثم الذي يليه وهكذا.

(ج) بعد ذكر الأقوال أتبعها بذكر أدلتها مبتدئاً بأدلة القول المرجوح مورداً المناقشات عليها والإجابة عنها إن كان ثمت إجابة، وردّ هذه الإجابة،

ثم أتبعها بأدلة القول الذي يليه في القوة، وهكذا حتى أنتهي بأدلة القول
الراجع مع ذكر المناقشات الواردة عليها والإجابة عنها. ثم أبين ما ترجح لي
من هذه الأقوال ذاكرا أسباب الترجيح.

وقد اعتمدت هذه الطريقة منهجا للبحث سرت عليه في معظم
مسائل البحث ولم أخرج عنها إلا في مواضع يسيرة جدا اقتضتها ظروف
البحث في المسألة المبحوثة، كصعوبة فصل الدليل عن القول لكثرة جزئيات
القول بما يستدعي التكرار.

وكعدم الدليل لأكثر الأقوال أو بعضها في مقابل قلة الأدلة للأقوال
الأخرى، وكبحث كل مذهب للمسألة من جانب لم يبحثها منه المذهب
الآخر، أو بحث جزئية في هذا الجانب دون سائر جزئياته.

(د) فيما يتعلق بالتوثيق: وثقت الأقوال بنصوص من كتب أصحابها -
وذلك في مواضع متعددة- مع عزو القول إلى كتب أصحابه.

(هـ) فيما يتعلق بالاستدلال:

١- أبدأ بذكر الأدلة من القرآن - إن وجدت - مبينا اسم السورة ورقم
الآية في الهامش.

٢- أذكر الأحاديث النبوية مع بيان وجهة الاستدلال بها إلا أن تكون
ظاهرة مع بيان درجة الحديث قدر المستطاع إلا أن يكون في
الصحيحين أو أحدهما، وأخرج الحديث في الهامش، فإن كان في
الصحيحين أو أحدهما اقتصررت عليه، وقد أذكر معه مصدر آخر
إن كان في أحدهما، وإن لم يكن فيهما أو في أحدهما حاولت
جاهدا تخريجه من معظم مظانه من كتب السنة مبينا اسم

الكتاب، واسم الباب، ورقم الجزء والصفحة، ورقم الحديث قدر
الإمكان.

٣- أذكر الآثار الواردة عن الصحابة مع بيان درجتها قدر الإمكان
وأخرجها من مظانها متبعا للطريقة المتقدمة في تخريج
الأحاديث.

٤- أذكر الأدلة المستدل بها من المعقول مع عزوها إلى مصادرها في
الهامش.

(و) بينت في الهامش معاني الكلمات الغريبة الواردة في صلب
البحث مع عزوها إلى مصادرها.

(ز) ترجمت في الهامش للأعلام الواردة في صلب البحث مع عزوها
إلى مصادرها.

ثالثا: وضعت في نهاية البحث خاتمة أجملت فيها أهم النتائج التي توصلت
إليها في هذا البحث.

رابعا: ذيلت الرسالة بفهارس تعين الباحث على الاستفادة من الرسالة
وتيسر الوصول إلى ما ورد فيها، وهي على النحو الآتي:

- ١- فهرس للآيات القرآنية الوارد ذكرها في الرسالة.
- ٢- فهرس للأحاديث النبوية.
- ٣- فهرس للآثار.
- ٤- فهر للأعلام.
- ٥- فهرس للمصادر والمراجع مبينا فيه الناشر والطبعة ومكان الطباعة.
- ٦- فهرس للموضوعات.

خطة البحث:

قسمت هذا البحث إلى تمهيد وخمسة أبواب وخاتمة:

التمهيد: وفيه مبحثان:

المبحث الأول: في تعريف المشاع.

المبحث الثاني: في أسباب الشيوخ.

الباب الأول: في آثار الشيوخ في العبادات:

وفيه ثلاثة فصول:

الفصل الأول: في آثاره في الطهارة والصلاة.

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: في ملكية الشركاء لماء لا يكفي إلا لطهارة أحدهم، وفيه مطلبان.

المبحث الثاني: في ملكية العراة لثوب لا يستر إلا أحدهم، وفيه مطلبان.

الفصل الثاني: في آثاره في الزكاة.

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: في أثر الشيوخ في زكاة الأموال، وفيه ثلاثة مطالب.

المبحث الثاني: في أثر الشيوخ في زكاة الفطر عن الرقيق المشاع، وفيه أربعة مطالب.

الفصل الثالث: في حكم آثار الشيوخ في الهدى والأضحية.

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: في حكم الاشتراك في الهدى والأضحية.

المبحث الثاني: في العدد الذي يجزئ عنه الجزور والبقرة.

المبحث الثالث: في اشتراك اثنين في نسكين على الشيوخ.

الباب الثاني: في آثار الشيوخ في العقود.

وفيه أربعة فصول:

الفصل الأول: في آثاره في عقود المعاملات.

وفيه اثنا عشر مبحثًا:

المبحث الأول: في آثاره في البيع، وفيه خمسة مطالب.

المبحث الثاني: في آثاره في القبض، وفيه مطلبان.

المبحث الثالث: في آثاره في القرض.

المبحث الرابع: في آثاره في الرهن، وفيه أربعة مطالب.

المبحث الخامس: في آثاره في الصلح، وفيه ثلاثة مطالب.

المبحث السادس: في آثاره في الشركات، وفيه ثلاثة مطالب.

المبحث السابع: في آثاره في المزارعة والمساقاة والمغارسة، وفيه ثلاثة

مطالب.

المبحث الثامن: في آثاره في الإجارة، وفيه أربعة مطالب.

المبحث التاسع: في آثاره في العارية، وفيه أربعة مطالب.

المبحث العاشر: في آثاره في الغصب، وفيه ثلاثة مطالب.

المبحث الحادي عشر: في آثاره في الشفعة، وفيه أحد عشر مطلباً.

المبحث الثاني عشر: في آثاره في الوديعة، وفيه ثلاثة مطالب.

الفصل الثاني: في آثاره في عقود التبرعات.

وفيه ستة مباحث:

المبحث الأول: في آثاره في الهبة والصدقة، وفيه ثلاثة مطالب.

المبحث الثاني: في آثاره في الوقف، وفيه ثلاثة مطالب.

المبحث الثالث: في آثاره في الوصية، وفيه أربعة مطالب.

المبحث الرابع: في آثاره في العتق، وفيه ثلاثة مطالب.

المبحث الخامس: في آثاره في الكتابة، وفيه ثلاثة مطالب.

المبحث السادس: في آثاره في التدبير، وفيه مطلبان.

الفصل الثالث: في آثار الشيوخ في عقد النكاح، وحلّه.

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: في عقد نكاح الجارية المملوكة على الشيوخ.

المبحث الثاني: في الصداق بالمشاع والخلع به.

الفصل الرابع: في آثار الشيوخ في الدين.

وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: في قبض أحد الشريكين نصيبه من الدين المشترك،

وفيه مطلبان.

المبحث الثاني: في تلف النصيب المقبوض أو التصرف فيه، وفيه
مطلبان.

المبحث الثالث: في تصرف أحد الشريكين بنصيبه قبل قبضه، وفيه
أربعة مطالب.

المبحث الرابع: في قسمة الدين بين الشركاء، وفيه مطلبان.

الباب الثالث: في آثار الشيوخ في الجنایات والحدود والدعاوى.
وفيه ثلاثة فصول:

الفصل الأول: في آثاره في الجنایات.

وفيه خمسة مباحث:

المبحث الأول: فيما يترتب على قتل العبد المشاع.

المبحث الثاني: فيما يترتب على عفو بعض الأولياء، وفيه مطلبان.

المبحث الثالث: فيما يترتب على غيبة أحد الأولياء أو صغره أو
جنونه. وفيه مطلبان.

المبحث الرابع: فيما يترتب على قتل الواحد للجماعة أو جنايته عليهم
بما دون النفس، وفيه مطلبان.

المبحث الخامس: فيما يترتب على سقوط الأملاك المشاعة، وفيه
ثلاثة مطالب.

الفصل الثاني: في آثاره في الحدود.

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: فيما يترتب على وطء أحد الشريكين للجارية المشتركة، وفيه مطلبان.

المبحث الثاني: في آثاره في حد القذف، وفيه مطلبان.

المبحث الثالث: في السرقة من المشاع، وفيه مطلبان.

الفصل الثالث: في آثاره في الدعاوى والإقرار.

وتحته قسمان:

القسم الأول: القضاء بالشيوع في العين المدعاة.

وفيه مباحث:

المبحث الأول: في تداعي اثنين عينا بأيديهما، وفيه مطلبان.

المبحث الثاني: في تداعي اثنين عينا بيد غيرهما، وفيه مطلبان.

المبحث الثالث: في تداعي اثنين عينا ليست بيد أحد، وفيه ثلاثة مطالب.

المبحث الرابع: في تداعي اثنين ودبعة عند شخص آخر، وفيه مطلبان.

المبحث الخامس: في تداعي اللقطة، وفيه مطلبان.

المبحث السادس: في تداعي الزوجين متاع البيت، وفيه مطلبان.

المبحث السابع: في تداعي السقف أو الحائط أو الدرجة أو العرصة، وفيه أربعة مطالب.

القسم الثاني: في الإقرار بالمشاع وعلى المشاع.

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: في إقرار المدعى عليه بالمشاع لأحد المدعين، وفيه مطلبان.

المبحث الثاني: في الإقرار بجزء مبهم، وفيه مطلبان.

المبحث الثالث: في الإقرار على المشاع، وفيه أربعة مطالب.

الباب الرابع: في آثار الشيوخ في الحقوق.

وفيه ثلاثة فصول:

الفصل الأول: في آثاره في حق الجوار.

وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: في التصرف في الجدار المشاع، وفيه مطلبان.

المبحث الثاني: في الإيجابار على عمارته، وفيه مطلبان.

المبحث الثالث: في الاتفاق على إعادة الحائط بشرط التفاضل في الملك فيه.

المبحث الرابع: في الإيجابار على البناء إذا انهدم السفلى، وفيه مطلبان.

الفصل الثاني: في آثاره في حق الارتفاق.

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: في آثاره في الطريق المشترك، وفيه خمسة مطالب.

المبحث الثاني: في آثاره في المجرى المشترك وما يتعلق به، وفيه سبعة مطالب.

الفصل الثالث: في آثاره في حق الرد والتصرف والحفظ.

وفيه خمسة مباحث:

المبحث الأول: في آثاره في الرد بخيار الشرط أو العيب، وفيه ثلاثة مطالب.

المبحث الثاني: في آثاره في حفظ الرهن.

المبحث الثالث: في آثاره في تصرف الوكيلين وحفظهما، وفيه مطلبان.

المبحث الرابع: في آثاره في تصرف ناظري الوقف، وفيه مطلبان.

المبحث الخامس: في آثاره في تصرف الوصييين وحفظهما، وفيه مطلبان.

الباب الخامس: في الإنفاق على المشاع والانتفاع به وقسمته.

وفيه ثلاثة فصول:

الفصل الأول: في الإنفاق على المشاع.

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: في الإيجابار علي الإنفاق.

المبحث الثاني: في رجوع المنفق بما أنفق.

المبحث الثالث: في الإيجابار علي ما فيه حفظ للأصل.

الفصل الثاني: في الانتفاع بالمشاع.

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: في انتفاع أحد الشريكين بالمشاع.

المبحث الثاني: في انتفاع الشريكين بالمشاع عن طريق المهايأة، وفيه أربعة مطالب.

الفصل الثالث: في قسمة الأعيان المشاعة.

وفيه سبعة مباحث:

المبحث الأول: في تعريف القسمة ومشروعيتها، وفيه مطلبان.

المبحث الثاني: في حقيقة القسمة «هل هي إفراز أو بيع»، وفيه مطلبان.

المبحث الثالث: في تقسيم قسمة الأعيان المشاعة من حيث الذات، وتحتها ثلاثة أقسام.

المبحث الرابع: في تقسيم قسمة الأعيان المشاعة من حيث الرضا والإجبار، وفيه تمهيد وأربعة مطالب.

المبحث الخامس: في تقسيم قسمة الأعيان المشاعة من حيث الجمع والتفريق، وفيه مطلبان.

المبحث السادس: في كيفية القسمة وحكمها من حيث اللزوم، وفيه مطلبان.

المبحث السابع: في الطوارئ على القسمة، وفيه خمسة مطالب.

الخاتمة: وفيها أهم النتائج.

وبعد فهذا منهج البحث والخطة التي سرت عليها فيه، فإن يكن عملي هذا صواباً فمن الله وله الحمد والشكر، وإن يكن غير ذلك فمني -والله يغفر لي- وحسبي أني كنت حريصاً على الحق جاهداً في تحصيله والوصول إليه.

هذا وأعتذر للقارئ الكريم عما يجد في هذا البحث من تقصير أو زلة قلم، لأن قدرة البشر محدودة، وهم مجبولون على النقص المستمر، إذ الكمال لله عز وجل.

قال المزني: «قرأت كتاب الرسالة على الشافعي ثمانين مرة فما من مرة إلا وكان يقف على خطأ، فقال الشافعي: هيه أبا الله أن يكون كتاب صحيح غير كتابه»^(١).

وإذا كان هذا حال الفحول من العلماء كالشافعي فما حال أمثالنا! وفي الختام أتوجه بالشكر لله الذي أنعم علي بالإسلام وجعلني من أتباع خيرة خلقه محمد ﷺ، ثم أتوجه بالشكر إلى المسؤولين بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية وبالأخص قسم الفقه بكلية الشريعة بالرياض على ما بذله أعضاؤه من نصح وتوجيه وإرشاد عند تسجيل هذا الموضوع.

كما أتقدم بالشكر والدعاء الخالص بالثوبة والمغفرة لشيخني وأستاذي فضيلة الدكتور/ عبدالكريم بن محمد اللاحم المشرف على هذه الرسالة والذي شملني بعطفه ورعايته وحسن استقباله، وفتح لي بيته، وشرح لي صدره، وأسدى إلي نصحه، ويسر لي الطريق بتوجيهاته، ونبهني إلى ما فاتني وغاب عني حتى ظهر هذا البحث بهذا المظهر، فجزاه الله عني خير الجزاء وأعظم أجره وأجزل مثوبته.

(١) كشف الأسرار عن أصول البزدوي ٤/١.

كما أتقدم بالشكر إلى فضيلة الدكتور حسن صبحي أحمد الذي عين مشرفاً على هذه الرسالة ثم سافر بعد فترة وجيزة من تسجيلها.

كما أتقدم بالشكر لكل من مد لي يد العون بنصح أو إرشاد أو دلني إلى كتاب أو أمر غائب عني.

هذا وأسأل الله جلت قدرته أن يجعل عملي هذا خالصاً لوجهه وأن يرفع به درجاتي، وإنه ولي ذلك والقادر عليه.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين، وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

التمهيد

في تعريف المشاع وأسباب الشيوخ

وفيه مبحثان :

المبحث الأول: في تعريف المشاع.

المبحث الثاني: في أسباب الشيوخ.

المبحث الأول في تعريف المشاع

المشاع في اللغة:

يطلق على المتفرق، أي غير المتميز من غيره وغير المقسوم، يقال سهم شائع: أي غير متميز ولا مقسوم ولا معزول، فإذا جمع في مكان معين ومميز من غيره وقسم زال شيوعه.

قال في تهذيب اللغة^(١): «قال الليث: شاع الشيء يشيع مشاعا وشيعوعة فهو شائع إذا ظهر وتفرق، وأجاز غيره شاع شيوعا، وتقول: تقطر قطرة من لبن في الماء فتشيع فيه، أي تفرق فيه، قال: ونصيب فلان شائع في جميع هذه الدار، ومشاع فيها، أي ليس بمقسوم ولا معزول».

وقال غيره: أشعت المال بين القوم، والقدر في الحي إذا فرقته فيهم».

وقال في القاموس المحيط^(٢): «شاع يشيع شيعا وشيوعا ومشاعا وشيعوعة كديمومة وشيعانا محركة ذاع وفشا، وسهم شائع وشاع ومشاع غير مقسوم».

وقال في معجم مقاييس اللغة عند الكلام على مادة شيع^(٣): «ومن الباب قولهم في ذلك: له سهم شائع، إذا كان غير مقسوم، وكأن من له

(١) ٦٠/٣-٦١، وانظر: المصباح المنير ص ٢٢٩.

(٢) ٤٩/٣، وانظر: مختار الصحاح ص ٢٦٢.

(٣) ٢٣٥-٢٣٦.

سهم ونصيب انتشر في السهم حتى أخذه، كما يشيع الحديث في الناس فيأخذ سمع كل أحد».

وقال في لسان العرب^(١): «ونصيبه في الشيء شائع وشاع، على القلب والحذف، ومشاع، كل ذلك غير معزول. أبو سعيد: هما متشايعان ومشتاغان، في دار أو أرض إذا كانا شريكين فيها، وهم شيعاء فيها وكل واحد منهم شيع لصاحبه، وهذه الدار شيعّة بينهم أي مشاعة».

المشاع في الاصطلاح:

لم يفرد الفقهاء لفظ المشاع بتعريف مستقل، وإنما ذكروا ما يدل على معناه في أثناء كلامهم على الشفعة وعلى الزكاة وعلى تعريف شركة الملك، وعلى تعريف القسمة، وما ذكروه لا يخرج عن معناه اللغوي - أي غير المتميز وغير المقسوم.

قال في المبسوط^(٢): «ثم القبض مع الشيوع ثابت من وجه دون وجه، لأن القبض عبارة عن الحيازة: وهو أن يصير الشيء في حيز القابض، والمشاع في حيزه من وجه وفي حيز شريكه من وجه، لأنه لا يمكن أن يشار إلى شيء منه بعينه فيقال إنه في يد هذا دون هذا».

وقال في نتائج الأفكار^(٣): «القسمة في الشريعة: جمع النصيب الشائع في مكان معين».

(١) ٢٣٧٩/٣.

(٢) ٦٥/١٢.

(٣) تكمله فتح القدير ٤٢٦/٩، وانظر معه: العناية شرح الهداية ٤٢٥/٩.

وقال في البهجة^(١): «فصل في القسمة، وهي كما لابن عرفة^(٢) تصيير مشاع من مملوك مالكين معيناً».

وقال في تحفة الطلاب^(٣): «باب القسمة: هي تمييز الحصص بعضها عن بعض».

وعرف في روضة الطالبين^(٤) خلطة الشيوخ فقال: «... أن لا يتميز نصيب أحد الرجلين أو الرجال عن نصيب غيره».

وجاء في حاشية الشرقاوي^(٥) في أثناء كلامه على خلطة الشيوخ: «كأن ملك أربعين شاة ستة أشهر ثم باع نصفها حال كون النصف مشاعاً: أي غير متميز».

وجاء في المبدع^(٦) في بيان شروط الشفعة: «... أن يكون المبيع شقصاً.. مشاعاً من عقار..»، ثم قال: «فالشقص يحترز به عن الكل.. وبالإشاعة عن المقسوم».

(١) ١٢٧/٢، وانظر: الخرشي على مختصر خليل ١٧٣/٦.

(٢) هو: أبو عبدالله محمد بن محمد بن عرفة الوردغمي التونسي الإمام العلامة المقرئ الفروع الأصيلي البياني المنطقي تخرج على يديه جماعة من العلماء والقضاة، توفي سنة ٨٠٢هـ، وكانت ولادته سنة ٧١٦هـ، من تصانيفه: «مختصر الفقه» و«الحدود الفقهية».

(٣) انظر: الديباج المذهب ص ٢٣٧-٢٤٠، شجرة النور الزكية ص (٢٢٧).

(٤) بهامش حاشية الشرقاوي ٤٩٧/٢.

(٥) ١٧٠/٢.

(٦) ٢٨٢/١.

(٦) ٢٠٦/٥، وانظر: الإنصاف ٢٥٥/٦، كشاف القناع ١٢٨/٤.

وقال البخاري^(١): «باب بيع الأرض والدور والعروض مشاعا غير مقسوم، ثم ذكر حديث: «قضى النبي ﷺ بالشفعة في كل ما لم يقسم»^(٢).
 وقال ابن بطال الركبي^(٣): «المشاع من قولك أشعت الخبر أي أذعته، فهو شائع في الناس لا يعلمه واحد دون واحد، كذلك الشيء المشاع بين الشركاء لا يختص به واحد دون الآخر»^(٤).
 وعرف المشاع في مجلة الأحكام العدلية في المادة (١٣٨) بأنه: «ما يحتوى على حصص شائعة»، ثم عرف الحصص الشائعة في المادة (١٣٩) بأنها: «السهم الساري إلى كل جزء من أجزاء المال المشترك»^(٥).

(١) هو: أبو عبدالله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة الجعفي مولاهم البخاري شيخ الإسلام وإمام الحفاظ الحافظ لحديث رسول الله ﷺ كان رأسا في الحفاظ والذكاء والعلم والورع والعبادة توفي سنة ٢٥٦هـ، من تصانيفه: «صحيح البخاري» الذي هو أصح كتاب بعد كتاب الله، والتاريخ.
 (انظر: تذكرة الحفاظ / ٥٥٥-٥٥٧، طبقات الحنابلة ١/ ٢٧١-٢٧٩، تهذيب التهذيب ٩/ ٤٧-٥٥).

(٢) صحيح البخاري ٣/ ٣٧.

(٣) هو: أبو عبدالله شمس الدين محمد بن أحمد بن محمد بن سليمان بن بطال الركبي اليميني، ونسبته إلى قبيلة الركب من الأشعريين في اليمن، كان مسكنه في بلدة، «ذي يعمد» إحدى قرى الدملة، ورحل إلى مكة ثم عاد إلى بلده، فبنى مدرسة وقف عليها كتبه وأرضه، وكان فاضلا ورعا، توفي سنة ٦٢٣هـ. له مصنفات منها: النظم المستعذب في شرح غريب المذهب.

(انظر: هدية العارفين ٢/ ١١٣، الأعلام ٥/ ٣٢٠، معجم المؤلفين ٩/ ٦).

(٤) انظر: تكملة المجموع للمطيعي ١٩/ ٢٤٤ نقلا عن الطراز المذهب.

(٥) شرح المجلة لسليم رستم باز ص / ٧١.

وهذا التعريف وإن كان لا يخرج عن المعنى اللغوي: وهو غير المتميز، إلا أنه جعل المشاع خاصا بالمال، والشيوخ يدخل فيه المال والمنافع والحقوق، كما يأتي بيان ذلك في أسباب الشيوخ.

المبحث الثاني في أسباب الشيوخ

بالنظر في تعريف المشاع نجد أن كل حق ثابت بين شخصين فأكثر على وجه غير متميز يقال: هو مشترك اشتراكا شائعا.
وإذا كان كذلك فإن أسباب الشيوخ يمكن أن تقسم إلى قسمين:

القسم الأول:

قسم لا يتعلق بالمال، وذلك كالتقصاص فإنه حق مشاع بين أولياء القتيل، وكحد القذف - إذا قذف جماعة بكلمة واحدة، وكمنفعة كلب الصيد ونحو ذلك.

القسم الثاني:

قسم يتعلق بالمال وهو إما عين مال ومنفعة، كما لو غنموا مالا أو ورثوه أو اشتروه أو وهب لهم أو أوصى به لهم أو تصدق به عليهم ونحو ذلك.
وإما مجرد العين كما لو ورثوا عبدا موصى بمنافعه.
وإما منفعة العين كمنفعة موصى بها لاثنين فأكثر.
وإما حق يتوصل به إلى المال كالشفعة الثابتة لجماعة، وكحق الرهن ومرافق الطرق، وحق الرد بالعيب، وحق خيار الشرط.
وهذه الشركة المشاعة قد تحدث باختيار الشركاء كالشراء، وقبول الهدية، والوصية، ونحو ذلك.

وقد تحدث بلا اختيار كالإرث ونحوه.

جاء في بدائع الصنائع^(١): «وشركة الأملاك نوعان: نوع يثبت بفعل الشريكين، ونوع يثبت بغير فعلهما، أما الذي يثبت بفعلهما فنحو أن يشتريا شيئاً أو يوهب لهما أو يوصى لهما أو يتصدق عليهما فيقبلاه؛ فيصير المشتري والموهوب والمتصدق به مشتركا بينهم شركة ملك، وأما الذي يثبت بغير فعلهما فالإيراث بأن ورثا شيئاً فيكون الموروث مشتركا بينهما شركة ملك».

وجاء في روضة الطالبين^(٢): «كل حق ثابت بين شخصين فصاعداً على الشيوع يقال هو مشترك، وذلك ينقسم إلى ما لا يتعلق بمال كالقصاص وحد القذف، ومنفعة كلب الصيد ونحوه، وإلى متعلق بمال، وذلك إما عين مال ومنفعة كما لو غنموا مالا أو ورثوه أو اشتروه، وإما مجرد العين كما لو ورثوا عبداً موصى بمنافعه، وإما حق يتوصل به إلى مال كالشفعة الثابتة لجماعة، والشركة قد تحدث بلا اختيار كالإرث، وباختيار كالشراء».

وجاء في شرح منتهى الإرادات^(٣): «وهي -أي الشركة- قسمان أحدهما: اجتماع في استحقاق، وهو أنواع، أحدها: في المنافع والرقاب كعبد ودار بين اثنين فأكثر بإرث أو بيع ونحوه، والثاني: في الرقاب كعبد موصى بنفعه، ورثة اثنان فأكثر، والثالث: في المنافع كمنفعة موصى بها لاثنتين فأكثر، الرابع: في حقوق الرقاب كحد قذف إذا قذف جماعة يتصور الزنا منهم عادة بكلمة واحدة، فإذا طالبوا كلهم وجب لهم حد واحد».

(١) ٥٦/٦، وانظر المبسوط ١١/١٥١، والشرح الصغير مع بلغة السالك ٣/٤٥٦، ومواهب الجليل ٥/١٤٨.

(٢) ٤/٢٧٥، وانظر شرح روض الطالب ٢/٢٥٢.

(٣) ٢/٣١٩، وانظر: الإنصاف ٥/٤٠٧، كشاف القناع ٣/٤٩٦.

الباب الأول

في آثار الشيوخ في العبادات

وفيه ثلاثة فصول:

الفصل الأول: في آثاره في الطهارة والصلاة.

الفصل الثاني: في آثاره في الزكاة.

الفصل الثالث: في آثاره في النسك «في الهدى والأضحية».

الفصل الأول

في آثار الشيوخ في الطهارة والصلاة

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: في ملكية الشركاء لماء لا يكفي إلا لطهارة أحدهم.

المبحث الثاني: في ملكية العراة ثوب لا يستر إلا أحدهم.

المبحث الأول

في ملكية الشركاء ماء لا يكفي إلا لطهارة أحدهم

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: في حكم بذل أحد الشركاء نصيبه.

المطلب الثاني: في وجوب القسمة إذا تشاحوا في عدم القبول.

المطلب الأول:

إذا كان بين شريكين ماء لا يكفي إلا لطهارة أحدهما فأراد أحدهما
بذل نصيبه لشريكه، فهل يجوز له ذلك أو لا؟

اختلف في ذلك على قولين:

القول الأول:

أنه يجوز له بذل نصيبه لشريكه.

وبه قال الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، وهو قول للشافعية^(٣)، ووجه عند
الحنابلة^(٤).

(١) انظر: الفتاوى الهندية ١/٣٠، الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه ١/٢٥٤.

(٢) الإشراف للقاضي عبدالوهاب ١/٣٥، الشرح الكبير للدردير ١/١٤٩.

(٣) المجموع شرح المذهب ١/٢٧٨، مغني المحتاج ١/٨٩-٩٠.

(٤) المغني ١/٢٣٨، ويلاحظ أن قول المالكية والشافعية والحنابلة هنا مبني على قولهم
إنه لا يجب على من عنده ماء لا يكفي لجميع طهره أن يستعمله.

القول الثاني:

أنه لا يجوز بذل نصيبه، وإنما يجب عليه استعماله:
وهو الأظهر عند الشافعية^(١)، والمذهب عند الحنابلة^(٢).

الأدلة^(٣):

أدلة القول الثاني:

١- قوله تعالى: ﴿.. فَلَمْ يَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا...﴾^(٤).

وجه الاستدلال: أن الآية تدل على أن التيمم يكون مع عدم الماء قليلا
كان أو كثيرا، لأن «ماء» نكرة في سياق النفي فتعم كل ماء^(٥).
ونوقش: بالمنع لأن النكرة، وإن كانت تعم في النفي، إلا أنه لا يمكن
إجراؤه على العموم، إذ وجود ما يحتاج إليه عند العطش غير مراد، فيراد
به أخص الخصوص^(٦).

(١) المجموع شرح المذهب ٢٧٨/١، روضة الطالبين ٩٦/١.

(٢) المغني ٢٣٧-٢٣٨/١، الإنصاف ٢٧٣/١، كشاف القناع ١٦٦/١-١٦٧، ويلاحظ أن
قول الشافعية والحنابلة مبني على قولهم: إنه لا يجوز لمن وجد ماء لا يكفي جميع
طهره أن يبذله لغيره، وإنما يجب عليه استعماله.

(٣) أدلة القولين هنا هي أدلتهم على حكم استعمال الشخص للماء الذي يكفي لبعض
طهره، لأنه إذا وجب عليه استعماله لم يجز له أن يبذله لغيره والعكس بالعكس.

(٤) سورة النساء: آية ٤٣، سورة المائدة: آية ٦.

(٥) البناية شرح الهداية ٥٢٨/١.

(٦) المرجع السابق.

٢- ما روى أبو هريرة^(١) رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم»^(٢).

وجه الاستدلال: أن المسلم مأمور باستعمال الماء في طهوره، فإذا كان معه ماء لا يكفي لجميع طهره فإنه يستعمله، لأن هذا غاية ما يستطيع. وقد يناقش: بأن الحديث محمول على إتيان ما في فائدة من فعله كما لو صلى قاعدا عند عدم القدرة على القيام بخلاف غسل بعض الأعضاء فإنه لا فائدة منه، بدليل أنه لو لم يتيمم لما صحت العبادات بهذا الغسل، ولما استفاد به شيئاً مما كان ممنوعاً قبله.

٣- ما روى أبو ذر^(٣) أن النبي ﷺ قال: «التراب كافيك ما لم تجد الماء»^(٤).

(١) هو ابن عامر بن عبد ذي الشرى بن طريف بن عتاب الدوسي، قيل سماه رسول الله ﷺ عبدالرحمن وكنيته أبو هريرة، كان من أحفظ أصحاب رسول الله ﷺ وألزمهم له، وكان إسلامه بين الحديبية وخيبر، قدم المدينة مهاجراً وسكن الصفة، توفي سنة ٥٧ وقيل ٥٨ وقيل ٥٩هـ.

(انظر: الاستيعاب ٢٠٢/٤ - ٢١٠، تذكرة الحفاظ ٢٢٢/١ - ٢٣٧).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه - كتاب الاعتصام - باب الاقتداء بسنن رسول الله ﷺ ١٤٢/٨ رقم ٧٢٨٨، وأخرجه، مسلم في صحيحه - كتاب الفضائل - باب توقيره ﷺ وترك إكثار سؤاله ١٨٢٠/٤ رقم ١٢٠.

(٣) هو الصحابي المشهور الزاهد الصادق اللهجة أبو ذر الغفاري، مختلف في اسمه واسم أبيه، والمشهور أنه جندب بن جنادة بن سكن، وقيل ابن عبدالله، وقيل غير ذلك، أسلم قديماً في مكة ثم رجع إلى قومه ولم تنهياً له الهجرة إلا بعد بدر وأحد، وكان عالماً ورعاً، توفي سنة ٣١هـ وقيل غير ذلك.

(انظر: أسد الغابة ٩٩/٥ - ١٠١، الاستيعاب ٦١/٤ - ٦٥، الإصابة ٦٢/٤ - ٦٣).

(٤) أخرجه أبو داود في سننه - كتاب الطهارة - باب الجنب يتيمم ٢٣٥/١، ٢٣٦، =

وجه الاستدلال: الحديث يدل على أن التيمم إنما يكون مع عدم الماء، وهذا واجد للماء فليزمه استعماله حتى يكون عادما للماء فيصح منه التيمم.

وقد يناقش: بما تقدم من أن المقصود بالماء هنا: الماء المفيد وهو المطهر دون ما لا تكمل به الطهارة.

٤- أنه وجد من الماء ما يمكنه استعماله في بعض جسده، فلزمه ذلك، كما لو كان أكثر بدنه صحيحا وباقية جريحا^(١).

وقد يناقش: بأن هذا قياس مع الفارق، لأن الجسد في المقيس عليه له حالتان، ولهذا لزم الماء في البعض ولم يلزم في البعض الآخر، بل يحرم استعماله مع الضرر بلا خلاف، بعكس مسألتنا فإن الجسد له حالة واحدة وهي الصحة ولا تقبل التجزئة فكان في الإلزام باستعمال ما وجد من الماء جمع بين الأصل والبدل والحالة واحدة.

٥- أنه قدر على بعض الشرط فلزمه كاسترة وإزالة النجاسة^(٢).

ونوقش: بأن هذا قياس مع الفارق، لأن المزال في المقيس عليه أمر حسي فاعتبر الزوال حالا وحكما -أي وجوبا- فثبت بقدر الماء الذي معه والثواب الذي معه، وأما ههنا فالطهارة حكمية، فلا يثبت شيء من الحكم

= رقم ٣٢٢، وأخرجه الترمذي في سننه -كتاب الطهارة- باب ما جاء في التيمم

للجنب إذا لم يجد الماء ٢١١/١-٢١٣ رقم ١٢٤، وأخرجه النسائي في سننه -كتاب

الغسل والتيمم- باب الصلوات بتيمم واحد ١٧٨/١ رقم ٣٢٢، وأخرجه الإمام

أحمد في مسنده ١٨٠/٥.

(١) المغني ٢٣٨/١، مغني المحتاج ٨٩/١.

(٢) المغني ٢٣٨/١.

ببعض العلة، لأن المطلق ينصرف إلى المتعارف وهو الكافي للوضوء أو الغسل^(١).

أدلة القول الأول:

١- قوله تعالى: ﴿... فَلَمْ يَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا...﴾^(٢).

وجه الاستدلال: أن المراد بالماء في الآية الذي يكفي للوضوء، وذلك لأن الآية سبقت لبيان الطهارة الحكيمة، وكان قوله تعالى: ﴿... فَلَمْ يَجِدُوا مَاءً﴾ أي طهورا محللا للصلاة باستعماله في هذه الأعضاء، وبوجود ما لا يكفي للوضوء لم يوجد ما يحلل الصلاة باستعمال هذا الماء فلم يثبت شيء من الحل، لأنه موقوف على الكمال فإنه الحكم، والعلة غسل جميع الأعضاء، وشيء من الحكم لا يثبت ببعض العلة كبعض النصاب في حق الزكاة^(٣).

وقد يناقش: بأن كلمة «ماء» نكرة في سياق النفي فتعم كل ماء فيلزمه استعمال ما عنده من الماء حتى يصدق عليه أنه عادم للماء ثم يتيمم.

وقد تقدم الجواب على ذلك عند مناقشة الدليل الأول من أدلة القول الثاني.

٢- أن استعمال قطرة أو قطرتين من الماء في بدن الجنب يعد عبثا^(٤).

وقد يناقش: بأن هذا ليس عبثا، لأنه لا يصدق عليه أنه عادم للماء

(١) البناية شرح الهداية ٥٢٨/١.

(٢) سورة النساء: آية ٤٢، سورة المائدة: آية ٦.

(٣) البناية شرح الهداية ٥٢٨/١.

(٤) البناية شرح الهداية ٥٢٨/١.

حتى يستعمل هذه القطرة أو القطرتين.

ويجاب: بأنه لا يشترط أن يكون عادما إذا كان لا يكفي لجميع طهره وذلك لما تقدم من مناقشات للأدلة التي استدلوها بها على هذا الشرط.

٣- أنه عجز عن بعض الأصل فيسقط الاعتداد به مع البدل في حالة واحدة كمن عجز عن بعض الرقبة في الكفارة فصار بمنزلة من لم يستطع شيئاً^(١).

ونوقش: بالفرق بين بعض الماء وبعض الرقبة في الكفارة من جهة النص والمعنى:

- أما النص فقولته تعالى: ﴿... فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ...﴾ **﴿٣﴾** **﴿فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامٌ شَهْرَيْنِ...﴾**^(٢) معناه لم يجد رقبة، وهذا لم يجدها، وقال تعالى في التيمم، **﴿فَلَمْ يَجِدْ وَأَمَّا﴾**، وهذا واجد للماء^(٣).

ويجاب بما تقدم من أن المراد ماء يكفي لوضوء، لأن الآية سيقت لبيان الطهارة الحكيمة^(٤).

- وأما من جهة المعنى فلأن إيجاب بعض الرقبة مع الشهرين جمع بين البدل والمبدل، وذلك غير لازم، في مسألتنا التيمم يقع عن العضو الذي لم يفسله لا عن المغسول، ولأن عتق بعضها لا يفيد شيئاً لا يفيد الصوم وغسل بعض الأعضاء يفيد ما لا يفيد التيمم وهو رفع الحدث

(١) المرجع السابق.

(٢) سورة المجادلة: آية ٣، ٤.

(٣) المجموع شرح المذهب ١/٢٧١-٢٧٢.

(٤) البناية شرح الهداية ١/٥٢٨.

عن العضو^(١).

ويجاب من وجهين:

أحدهما: أن التيمم رافع للحدث على الصحيح لقوله تعالى بعد آية التيمم: ﴿... وَلَٰكِن يُرِيدُ لِيُطَهِّرَكُمْ...﴾^(٢)، ولقوله ﷺ: «وجعلت تربتها لنا طهورا»^(٣)، ولأنه بدل عن الماء فيأخذ حكمه، وإذا كان التيمم رافعا للحدث فإن الوضوء لا يفيد شيئا لا يفيد التيمم.

الثاني: لا يسلم أن التيمم يقع عن العضو الذي لم يفسله فقط؛ وذلك لأن الحدث أمر حكمي لا يقبل التجزئة، فإذا رفع -مع عدم الماء أو نقصه عن كمال الطهارة- فإنما يرفع برافع واحد وهو التيمم.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه -والله أعلم- هو القول الأول؛ وذلك لقوة أدلته ودفع ما ورد عليها من مناقشات - في مقابل مناقشة أدلة القول الآخر.

المطلب الثاني: في وجوب القسمة إذا تشاحوا في عدم البذل:

إذا تشاح الشركاء في الماء الذي لا يكفي إلا لطهارة أحدهم وأبى كل واحد أن يبذل نصيبه لغيره فهل يقسم بينهم أو لا يقسم؟

الخلافاً في هذا المطلب مبني على الخلاف في المطلب الأول:

(١) المجموع شرح المهذب ٢٧٢/١.

(٢) سورة المائدة: آية ٦.

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه -كتاب المساجد ومواضع الصلاة ٢٧١/١ رقم ٤ من حديث حذيفة بن اليمان.

فأصحاب القول الأول هناك القائلون بجواز البذل يقولون لا يقسم؛
لأنه لا يلزمه استعمال ما لا يكفي في الطهارة فلا فائدة من القسمة.

وأصحاب القول الثاني: القائلون بعدم جواز البذل يقولون: تجب
قسمة بينهم، لأنها وسيلة إلى واجب -وهو استعمال كل واحد لنصيبه حتى
يكون عادما للماء.

الترجيح:

الترجيح في هذا المطلب مبني على الترجيح في المطلب الأول؛ لأن
حكم هذا المطلب مبني على حكم المطلب الأول -والله أعلم.

المبحث الثاني

في ملكية العراة لثوب واحد لا يستر إلا أحدهم

والكلام فيه على مطلبين:

المطلب الأول: أن يمكنهم الصلاة به قبل خروج الوقت.

المطلب الثاني: أن لا يمكنهم الصلاة به جميعا قبل خروج الوقت.

المطلب الأول:

إذا كان لعراة ثوب واحد يملكون ذاته أو منفعته بإجارة أو إعارة فأرادوا أن يصلوا به، وأمکنهم ذلك جميعا بأن صلوا بالثوب واحدا بعد واحد قبل خروج الوقت فإنه يلزمهم ذلك لأنهم قادرون على الستر.

فإن تشاحوا فيمن يصلي به أولا أقرع بينهم، وذلك لتساويهم في استحقاق التقديم، فمن خرجت القرعة له صلى أولا، وذلك لأن القرعة طريق شرعي لتقديم أحد المستحقين مع تساويهم في الاستحقاق^(١).

المطلب الثاني:

إذا خاف العراة ضيق الوقت بحيث لا يتمكن جميعهم من الصلاة بالثوب واحدا بعد واحد إلا مع خروج الوقت على بعضهم فهل يجوز تقديم أحدهم ويصلي الباقيون عراة، أو يصلون به واحدا بعد واحد، ولو خرج الوقت؟.

(١) انظر: الخرشي على مختصر خليل ٢٥٥/١، بلغة السالك مع الشرح الصغير ٢٩٢/١، روضة الطالبين ٩٦/١، المجموع شرح المذهب ٢٤٩/٢، المغني ٥٩٨/١، الإنصاف ٤٦٧/١.

اختلف في ذلك على قولين:

القول الأول:

أنه يقدم أحدهم بالقرعة ويصلي الباكون عراة في الوقت.
وبه قال المالكية^(١)، وهو الأظهر عند الشافعية^(٢)، والمذهب عند
الحنابلة^(٣).

القول الثاني:

أنهم يصلون واحدا بعد واحد بالقرعة ولو خرج الوقت.
وهو قول للشافعية^(٤)، وقول للحنابلة^(٥).

الأدلة:

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول: بأن كل واحد قادر على شرط الصلاة فلم
تصح صلاته بدونه كواجد الماء لا يتيمم وإن خاف فوت الوقت^(٦).

(١) انظر: الخرشني على خليل ٢٥٥/١، الشرح الكبير للدردير ٢٢٢/١، بلغة السالك
٢٩٢/١.

(٢) انظر: روضة الطالبين ٩٦/١، المجموع شرح المذهب ٢٤٩/٢، مغني المحتاج ٨٩/١.

(٣) انظر: المغني ٥٩٨/١، الإنصاف ٤٦٧/١، كشاف القناع ٢٧٣/١.

(٤) انظر: روضة الطالبين ٩٦/١، المجموع شرح المذهب ٢٤٩/٢.

(٥) انظر: المغني ٥٩٨/١، الإنصاف ٤٦٧/١-٤٦٨.

(٦) انظر: الشرح الكبير مع المغني ٤٦٩/١.

ويناقش من وجهين:

أحدهما: المنع، لأن قدرته على شرط الصلاة لم توجد إلا بعد خروج وقتها؛ إذ إنه عاجز عن السترة حال مطالبته بأداء الصلاة في وقتها الذي هو وقت الوجوب.

الثاني: أن الأصل المقيس عليه فيه خلاف، ومن أصحاب القول الأول من يرى أنه لا يجوز لواجد الماء التأخير إن خاف فوات الوقت^(١).

١- قوله تعالى: ﴿فَأَنْقُوا اللَّهَ مَا أَسْتَطَعْتُمْ...﴾^(٢).

وجه الاستدلال: أن الصلاة عاريا في وقت وجوبها عليه غاية ما يستطيعه، لأنه يترتب على انتظاره السترة خروج الوقت.

٢- أنه عاجز في الحال، والقدرة بعد الوقت لا تؤثر كما لو كان مريضا عاجزا عن القيام واستعمال الماء في الوقت ويغلب على ظنه القدرة بعده، فإنه يصلي في الوقت قاعدا وبالتيمم^(٣).

(١) انظر رأي المخالفين في روضة الطالبين ٩٦/١، الإنصاف ٣٠٥/١، الروض المربع مع حاشية ابن قاسم عليه ٣١٤/١.

(٢) سورة التغابن: آية ١٦.

(٣) انظر: المجموع شرح المهذب ٢٤٩/٢.

٢- أنهم لو كانوا في سفينة لا يمكن جميعهم الصلاة قياما صلوا واحدا بعد واحد، إلا أن يخافوا فوت الوقت فيصلي واحد قائما والباقون قعودا، كذلك ههنا^(١).

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه - والله أعلم - هو القول الأول - لقوة أدلته في مقابل مناقشة ما استدل به أصحاب القول الثاني.

(١) انظر: الشرح الكبير مع المغني ١/٤٦٩.

الفصل الثاني

في آثار الشيوخ في الزكاة

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: في أثر الشيوخ في زكاة الأموال.

المبحث الثاني: في أثر الشيوخ في زكاة الفطر عن الرقيق المشاع.

المبحث الأول

في أثر الشيوع في زكاة الأموال

وفيه مطالب:

المطلب الأول: في المقصود بالخلطة.

المطلب الثاني: في أثر الشيوع في زكاة السائمة.

المطلب الثالث: في أثر الشيوع في زكاة غير السائمة.

المطلب الأول:

اختلف الفقهاء في المقصود بالخلطة بناء على اختلافهم في المقصود بالخليط في قوله ﷺ: «وما كان من خليطين فإنهما يتراجعان بينهما بالسوية»^(١).

فذهب الجمهور إلى أن المقصود بالخليط الشريك وغيره، وهو المخالط في المرعي والراعي والمبيت والمسرح والدلو والفحل^(٢).

وبناء على هذا تكون الخلطة خلط المالين على وجه الشيوع، أو خلطهما خلطة أوصاف في المرعي ونحوه.

(١) أخرجه البخاري في صحيحه - كتاب الزكاة - باب ما كان من خليطين فإنهما يتراجعان بينهما بالسوية ١٢٣/٢ رقم ١٤٥١، وأخرجه الإمام أحمد في مسنده ١٢/١، وأخرجه أبو داود في سننه - كتاب الزكاة - باب زكاة السائمة ٢١٥/٢ - ٢٢٤ رقم ١٥٦٧، وأخرجه الترمذي في سننه - كتاب الزكاة - باب ما جاء في زكاة الإبل والغنم ٨/٣ - ١٠ رقم ٦٢١، وأخرجه النسائي في سننه / كتاب الزكاة / باب زكاة الإبل ١٧/٥ - ٢٢ رقم ٢٤٤٥.

(٢) انظر: التاج والإكليل بهامش مواهب الجليل ٢/٢٦٦، روضة الطالبين ٢/١٧٠، كشف القناع ٢/١٩٦.

جاء في النهاية في غريب الحديث^(١): «الخلاط مصدر خالطه يخالطه مخالطة وخلاطا، والمراد أن يخلط الرجل إبله بإبل غيره أو بقره أو غنمه». وذهب الحنفية: إلى أن المقصود بالخليط الشريك^(٢).

وبناء على هذا تكون الخلطة: خلط المالين على وجه الشيوخ.

واستدل الحنفية بأن الشريكين في اللغة التي خاطبنا بها رسول الله صلى الله عليه وسلم هما الشريكان اللذان اختلط مالهما ولم يتميز كالخليطين من النبيذ، قاله^(٣) ابن الأثير^(٤).

ويناقش: بأن هذه مجرد دعوى تحتاج إلى دليل، ولا دليل، بل الدليل بخلافه، وسيأتي في أدلة الجمهور.

واستدل الجمهور بالأدلة الآتية:

١- أن لفظ الخلطة أظهر في الخلطة نفسها منه في الشركة، ومما يدل على أن الخليط لا يستلزم أن يكون شريكا قوله تعالى:

(١) لابن الأثير: ٦٣/٢.

(٢) انظر: عمدة القاري شرح صحيح البخاري ١٠/٩، بدائع الصنائع ٢٩/٢-٣٠.

(٣) انظر: النهاية في غريب الحديث والأثر ٦٣/٢، عمدة القاري ١٠/٩.

(٤) هو: أبو السعادات المبارك بن محمد بن محمد بن عبدالكريم بن عبدالواحد الشيباني الجزري ثم الموصلية المعروف بابن الأثير، ولد سنة ٥٤٤هـ بجزيرة ابن عمر فوق الموصل ونشأ بها، ولما استوى يافعا انتقل إلى الموصل وأقبل على العلوم ينهل منها وتولى مناصب متعددة إلى أن توفي سنة ٦٠٦هـ. (انظر: طبقات الشافعية للسبكي ١٥٣/٥-١٥٤، وفيات الأعيان ٢٨٩/٣، شذرات الذهب ٢٢/٥).

﴿... وَإِنْ كَثُرَ مِنْ الْخَلَطِ...﴾^(١)، وقد بينه قبل ذلك بقوله: ﴿إِنَّ هَذَا أَخِي لَهُ تِسْعٌ وَتِسْعُونَ نَجْمَةً وَلِي نَجْمَةٌ وَاحِدَةٌ...﴾^(٢)، فأفاد أن المراد بالخلطة مطلق الاجتماع لا الشركة^(٣).

- ٢- قوله ﷺ: «وما كان من خليطين فإنهما يتراجعان بينهما بالسوية»^(٤).
وجه الاستدلال: أن في التراجع دليلاً على أن الخلطة تصح مع تمييز أعيان الأموال^(٥)، لأنه مطلق غير مقيد بخلطة الأعيان.
- ٣- أن أئمة اللغة كالأزهري^(٦)، وابن منظور^(٧) فسروا الخليطين بالنفر

(١) سورة ص: آية ٢٤.

(٢) سورة ص: آية ٢٣.

(٣) انظر: شرح الزرقاني على موطأ مالك ١١٩/٢.

(٤) سبق تخريجه ص ٥١.

(٥) النهاية في غريب الحديث والأثر ٦٣/٢.

(٦) هو العلامة أبو منصور محمد بن أحمد بن الأزهر بن طلحة الأزهري الهروي اللغوي الشافعي، كان رأساً في اللغة والفقه، ثقة، ثبتاً ديناً، توفي سنة ٣٧٠هـ، من تصانيفه: «تهذيب اللغة» و«التفسير» و«علل القراءات»، و«شرح ديوان أبي تمام». (انظر سير أعلام النبلاء ١٦/٣١٥-٣١٧، وفيات الأعيان ٤/٣٢٤، طبقات الإسنوي ٤٩/١).

(٧) هو أبو الفضل محمد بن مكرم بن علي بن أحمد الأنصاري الإفريقي ثم المصري، كان ينتسب إلى رويغ بن ثابت الأنصاري، وكان مغرباً باختصار كتب الأدب المطولة، وجمع في اللغة كتاباً سماه لسان العرب جمع فيه بين التهذيب والمحكم والصحاح والجمهرة، جوده ورتبه، توفي سنة ٧١١هـ.

يختلطون في المرعى ونحوه، ورجحوا شمول الخليط للمشارك والمخالط^(١).

الترجيح:

الراجح -عندي- هو القول الأول، لقوة أدلته في مقابل ضعف دليل القول الثاني بما ورد عليه من مناقشة -والله أعلم- .

المطلب الثاني: في أثر الشيع في زكاة السائمة:

وفيه مسائل:

المسألة الأولى: في أثر خلطة الشيع في قدر الواجب زيادة ونقصا.

المسألة الثانية: في اشتراط ملك النصاب لكل واحد من الخليطين.

المسألة الثالثة: في تأثير الخلطة أثناء الحول.

المسألة الرابعة: في اجتماع المختلط والمنفرد في ملك واحد.

المسألة الخامسة: في تعدد الخليط.

المسألة الأولى: في أثر خلطة الشيع في قدر الواجب زيادة ونقصا:

اختلف في تأثير خلطة الشيع في قدر الواجب زيادة ونقصا على

قولين:

القول الأول:

أنها تؤثر.

(١) انظر: تهذيب اللغة ٧/٢٣٥-٢٣٧، لسان العرب ٢/١٢٢٩-١٢٣٠، النهاية في

غريب الحديث والأثر ٢/٦٣.

وبه قال المالكية^(١)، والشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣)، وهو قول الأوزاعي^(٤)، وأبي ثور^(٥)، وأبي عبيد^(٦)، وأبي الحسن بن المغلس^(٧)

(١) انظر: مواهب الجليل ٢/٢٦٦، شرح زروق على الرسالة ١/٢٣٨، الخرشي على خليل ٢/١٥٦.

(٢) انظر: روضة الطالبين ٢/١٧٠، شرح روض الطالب ١/٢٤٧، نهاية المحتاج ٣/٥٨.

(٣) انظر: المبدع ٢/٣٢٦، الإنصاف ٣/٦٧، كشف القناع ٢/١٩٦.

(٤) هو الإمام أبو عمرو عبدالرحمن بن عمرو بن يحمى الأوزاعي نسبة إلى محلة الأوزاع بدمشق، شيخ الإسلام وعالم أهل الشام، قال مالك: الأوزاعي إمام يقتدى به، توفي سنة ١٥٧هـ وقيل غير ذلك.

(انظر: سير أعلام النبلاء ٧/١٠٧-١٣٤، تهذيب التهذيب ٦/٢٢٨-٢٤٢، العبر ١/٢٢٦-٢٢٧).

(٥) هو إبراهيم بن خالد بن أبي اليمان، أصله من بني كلب، عدو الشافعية من أصحاب الشافعي، كان أحد أئمة الدنيا فقهها وعلمها وورعا وفضلا، ولد سنة ١٧٠هـ، وتوفي ٢٤٠هـ، له كتب منها: كتاب ذكر فيه اختلاف مالك والشافعي.

(انظر: طبقات الفقهاء للشيرازي ١٠١-١٠٢، طبقات الشافعية للسبكي ١/٢٢٧-٢٢٩، تذكرة الحفاظ ٢/٥١٢-٥١٣).

(٦) هو القاسم بن سلام بن عبدالله، أبو عبيد الإمام الحافظ المجتهد ذو الفنون، ولد سنة ١٥٧هـ، وسمع من خلائق وقرأ القرآن على الكسائي، وكان مؤدبا صاحب نحو وعربية، وطلب للحديث والفقه، توفي سنة ٢٢٤هـ، من مصنفاته: «الأموال» و«الغريب» و«الناسخ والمنسوخ».

(انظر: الطبقات لابن سعد ٧/٣٥٥، سير أعلام النبلاء ١٠/٤٩٠-٥٠٩، وفيات الأعيان ٤/٦٠-٦٣).

(٧) هو عبدالله بن أحمد بن المغلس أبو الحسن، أخذ العلم عن أبي بكر بن داود، كان إماما في المذهب وعنه انتشر علم داود في البلاد، توفي سنة ٣٢٤هـ بسكتة=

من الظاهرية^(١)، وعطاء^(٢)، وطاووس^(٣)، وسفيان الثوري^(٤)،
والليث بن سعد^(٥). وأبي بكر بن داود الظاهري^(٦)،

=أصابته، له كتاب جليل يعرف بـ «الواضح» على كتاب المزني.

انظر: طبقات الفقهاء للشيرازي ١٧٧، تاريخ بغداد ٢٨٥/٩، العبر ٢/٢٠١).

(١) انظر: المحلي ٥٢/٦.

(٢) هو أبو محمد عطاء بن أسلم بن أبي رباح من خيار التابعين، ثقة فقيه فاضل،
روى عنه الأوزاعي وأبو حنيفة والزهري وغيرهم، وكان مفتي مكة، شهد له ابن
عباس وابن عمر بالفتيا، مات بمكة سنة ١١٤هـ وقيل ١١٥.

(انظر: تذكرة الحفاظ ٩٨/١، تهذيب التهذيب ١٩٩/٧، تقريب التهذيب ٢٢/٢).

(٣) هو الإمام الحافظ أبو عبدالرحمن طاووس بن كيسان الخولاني الهمداني بالولاء،
روى عن العبادة الأربعة وغيرهم، وروى عنه خلق كثير، كانت ولادته باليمن سنة
٢٣هـ، وبها نشأ، وكان من كبار التابعين في الفقه ورواية الحديث، وكان ذا جرأة
على وعظ الخلفاء والملوك، توفي سنة ١٠٦هـ وقيل غير ذلك.
(انظر: سير أعلام النبلاء ٣٨/٥، تهذيب الأسماء واللغات ٢٥١/١، تهذيب
التهذيب ٨/٥).

(٤) أبو عبدالله سفيان بن سعيد بن مسروق الثوري من بني ثور بن عبدمناة من
مضر، شيخ الإسلام وإمام الحفاظ وسيد أهل زمانه في علوم الدين والفتوى،
وكان يلقب أمير المؤمنين في الحديث، ولد سنة ٩٧هـ وتوفي سنة ١٦١هـ، من
تصانيفه: «الجامع الكبير»، و«الجامع الصغير» و«كتاب الفرائض».
(انظر: الطبقات لابن سعد ٣٧١/٦، سير أعلام النبلاء ٢٢٩/٧، شذرات الذهب
٢٥٠/١-٢٥١).

(٥) هو أبو الحارث الليث بن سعد بن عبدالرحمن الفهمي المصري الإمام الحافظ
الثقة الثابت شيخ الإسلام وعالم الديار المصرية، ولد سنة ٩٤هـ وكان سرية من
الرجال نبيلاً سخياً له ضيافة، وكان فقيهاً كثير الحديث، توفي سنة ١٦٥هـ.
(انظر: الطبقات لابن سعد ٥١٧/٧، صفوة الصفوة ٢٨١/٤، سير أعلام النبلاء
١٣٦/٨، تهذيب التهذيب ٤٥٩/٨).

(٦) هو محمد بن داود بن علي الظاهري كان فقيهاً أديباً شاعراً طريفاً وله بصر تام
بالحديث وبأقوال الصحابة، وكان يجتهد ولا يقلد أحداً، تصدر للفتيا بعد وفاة=

وابن المنذر^(١).

جاء في الشرح الصغير مع بلغة السالك^(٢): «وخلطاء الماشية المتحدة النوع كمالك واحد، أي حكمهما أو حكمهم حكم المالك الواحد في الزكاة كثلاثة لكل واحد أربعون من الغنم فعليهم شاة واحدة على كل ثلثها، فالخلطة أثرت التخفيف».

وجاء في التاج والإكليل^(٣): «وخلطاء الماشية، ابن يونس: الخلطة في الغنم الذي لا يشارك صاحبه في الرقاب وهو يخالطه بالاجتماع والتعاون،

=والده، وكان يناظر أبا العباس بن سريج ولا يكاد ينقطع معه، توفي سنة ٢٩٧هـ، من تصانيفه «الإنذار والإعذار» و«التقصي» في الفقه.
(انظر: طبقات الفقهاء للشيرازي ١٧٥-١٧٦، تاريخ بغداد ٢٥٦/٥-٢٦٣، سير أعلام النبلاء ١٠٩/١٣-١١٦).

(١) هو أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري الحافظ العلامة الفقيه شيخ الحرم وصاحب الكتب التي لم يصنف مثلها ككتاب المبسوط في الفقه، وكتاب الإشراف في اختلاف العلماء، وكتاب الإجماع، وكان غاية في معرفة الاختلاف والدليل، وكان مجتهدا لا يقلد أحدا، وعده الشيرازي في طبقات الشافعية، توفي سنة ٣١٨هـ.

(انظر: طبقات الفقهاء للشيرازي ١٠٨، تذكرة الحفاظ ٧٨٢/٣-٧٨٣، شذرات الذهب ٢/٢٨٠، وانظر: أقوال هؤلاء الفقهاء في المحلي ٥٢/٦، المجموع شرح المهذب ٣٨٤/٥، صحيح البخاري مع فتح الباري ٣/٣١٥، الأموال لأبي عبيد ص ٤٠٦، صحيح البخاري ١٢٢/٢).

(٢) ٦٠٢/١

(٣) ٢٦٦/٢

قال مالك: وغنمه معروفة من غنم صاحبه، والشريك المشارك في الرقاب، ولا يعرف غنمه من غنم صاحبه، له حكم الخليط، وكل شريك خليط، وليس كل خليط شريك».

وجاء في المهذب^(١): «للخلطة تأثير في إيجاب الزكاة وهو أن يجعل مال الرجلين أو الجماعة كمال الرجل الواحد، فيجب فيه ما يجب في مال الرجل الواحد».

وجاء في المغني^(٢): «وجملته أن الخلطة في السائمة تجعل مال الرجلين كمال الرجل الواحد في الزكاة، سواء كانت خلطة أعيان: وهي أن تكون الماشية مشتركة بينهما لكل واحد منهما نصيب مشاع مثل أن يرثا نصابا أو يشترياه أو يوهب لهما فيبقياه بحاله».

القول الثاني:

أن الخلطة لا تأثير لها في الزكاة ويزكي كل من الخليطين كما لو كان منفردا.

وبه قال الحنفية^(٣)، وهو قول شريك بن عبد الله^(٤)،

(١) ٥٠٢-٢٠٤/١

(٢) ٦٠٧/٢

(٣) انظر: الأصل ٤٣/٢، بدائع الصنائع ٢٨/٢-٣٠، حاشية ابن عابدين ٢٨١/٢.

(٤) هو العلامة الحافظ القاضي أبو عبدالله شريك بن عبدالله النخعي الكوفي، أحد الأئمة الأعلام، كان إماما فقيها محدثا استشهد به البخاري، وخرج له مسلم متابعة، كانت ولادته سنة ٩٠هـ ووفاته سنة ١٧٧هـ.

(انظر: سير أعلام النبلاء ٨/٢٠٠، تذكرة الحفاظ ١/١٣٢، تهذيب التهذيب ٤/٣٣٣).

والحسن ابن حي^(١)، وابن حزم^(٢).
 جاء في مختصر الطحاوي^(٣): «والخليفة في المواشي كغير الخيلين
 لا يجب على واحد منهما فيما يملك منها شيء إلا مثل الذي يجب عليه لو
 كان غير خيل». وجاء في المحلى^(٤): «والخلطة في الماشية أو غيرها لا تحيل حكم
 الزكاة ولكل أحد حكمه في ماله خالط أو لم يخالط لا فرق بين شيء من
 ذلك».

الأدلة:

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:

- (١) هو الحسن بن صالح بن صالح بن حي، واسم حي حيان بن شفي بن هني بن رافع الإمام الكبير، أحد الأعلام أبو عبدالله الهمداني الثوري الكوفي، ولد سنة ١٠٠هـ، وتوفي سنة ١٦٩هـ، وكان ثقة فقيها عابدا وقد رمي بالتشيع.
 (انظر: سير أعلام النبلاء ٧/٣٦١-٣٧١، العبر ١/٢٤٩، تقريب التهذيب ١/١٦٧).
- (٢) هو الإمام البحر أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الفقيه الحافظ المتكلم الأديب الوزير الظاهري، ولد بقرطبة سنة ٢٨٤هـ وسمع من خلائق ونشأ في تعمر ورفاهية إذ كان والده من كبراء أهل قرطبة، وكان مذهبه نفي القياس والأخذ بظاهر الكتاب والسنة، توفي سنة ٤٥٦هـ، من تصنيفه «المحلى» و«الإحكام في أصول الأحكام».
 (انظر: سير أعلام النبلاء ١٨/٢١٢٠١٨٤، البداية والنهاية ١٢/٩١-٩٢، وفيات الأعيان ٣/٢٢٥-٢٣٠)، وانظر قول هؤلاء الفقهاء في المحلى ٦/٥١، ٥٢.
- (٣) ص ٤٤.
- (٤) ٥١/٦.

١- ما روى أنس بن مالك^(١) أن أبا بكر كتب له هذا الكتاب لما وجهه إلى البحرين: «بسم الله الرحمن الرحيم.. هذه فريضة الصدقة التي فرض رسول الله ﷺ، وفيه: «فإذا كانت سائمة الرجل ناقصة من أربعين شاة واحدة فليس فيها صدقة»^(٢).

٢- ما روى أبو سعيد الخدري^(٣) قال: قال رسول الله ﷺ: «ليس فيما دون خمس ذود صدقة»^(٤).

وجه الاستدلال: أن الرسول ﷺ نفى وجوب الزكاة فيما دون النصاب

(١) هو أنس بن مالك بن النضر بن مضمم بن زيد بن حرام الأنصاري الخزرجي خادم رسول الله ﷺ وأحد المكثرين من الرواية عنه، خدم رسول الله ﷺ عشر سنين، توفي سنة ٩١هـ وقيل غير ذلك، وقد دعا له الرسول ﷺ: فقال: «اللهم أكثر ماله وولده وأدخله الجنة».
(انظر: الطبقات لابن سعد ١٧/٧-٢٦، أسد الغابة ١/١٥١، الإصابة ١/١٢٦-١٢٩).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه - كتاب الزكاة - باب زكاة الغنم ١٢٤/٢ رقم ١٤٥٤ وهذا لفظه، وأخرجه أبو داود في سننه كتاب الزكاة/ باب في زكاة السائمة ٢/ ٢٢٢ رقم ١٥٦٧، وأخرجه النسائي في سننه - كتاب الزكاة - باب زكاة الإبل ٥/ ٢٢-٢٣ رقم ٢٤٤٧.

(٣) هو الصحابي الجليل سعد بن مالك بن سنان الأنصاري الخزرجي، كان من علماء الصحابة وممن شهد الخندق وبيعة الشجرة، وروى أحاديث كثيرة، وأفتى مدة، وحدث عنه ابن عمر وجابر وغيرهما من الصحابة توفي سنة ٧٤هـ.
(انظر: تذكرة الحفاظ ١/٤٤، سير أعلام النبلاء ٣/١٦٨، الإصابة ٢/٣٥).

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه - كتاب الزكاة - باب زكاة الورق ١٢١/٢ رقم ١٤٤٧، وأخرجه مسلم في صحيحه - كتاب الزكاة - ٦٧٤/٢ رقم ٥، وهذا لفظه.

وهو ما كان أقل من أربعين من الغنم أو خمسٍ من الإبل، وهو مطلق في حال الشركة أو الانفراد، فدل على أن كمال النصاب في حق كل واحد منهما شرط للوجوب^(١).

ويناقش: بأن الحديثين مخصصان بما يأتي من أدلة القول الأول.

٣- أن الشريك من نصيب شريكه أبعد من المكاتب من كسبه؛ فللمكاتب حق ملك في كسبه، وليس للشريك في نصيب شريكه حق الملك، فإذا لم تجب الزكاة على المكاتب باعتبار كسبه فلأن لا تجب على كل واحد من الشريكين باعتبار ملك صاحبه أولى^(٢).

ويناقش: بأن في هذا القياس نظرا للآتي:

أولا: أن المكاتب ملكه ناقص بخلاف الشريك، فإن ملكه تام ولكنه شائع في جميع المشترك، فلا يقال إنه ليس له حق في ملك شريكه، لأن حقه، أصلا، غير متميز، فملكهما كالمملك الواحد، فأخراج الزكاة مبني على هذا الاعتبار.

ثانيا: أن الزكاة إنما شرعت للمواساة، والمكاتب من أهل المواساة فهو أهل لأن يعطى منها لا أن تؤخذ منه بخلاف الشريك.

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:

١- ما روى أنس بن مالك رضي الله عنه أن أبا بكر رضي الله عنه كتب له التي

(١) بدائع الصنائع ٢/٢٩، وانظر: المحلى ٦/٥٤، المبسوط ٢/١٥٤، مجمع الأنهر ٢١٢/١.

(٢) انظر: المبسوط ٢/١٥٤.

فرض رسول الله ﷺ: «لا يجمع بين متفرق، ولا يفرق بين مجتمع خشية الصدقة، وما كان من خليطين فإنهما يتراجعان»^(١) بينهما بالسوية»^(٢).

وجه الاستدلال: أن النبي ﷺ نهى عن الجمع والتفريق خشية الصدقة، ولو كانت الخلطة لا تؤثر لم ينه عن ذلك، لأنه لا أثر له.

ونوقش من وجهين:

(١) فسر الحنفية التراجع بين الشريكين بأن تكون مائة وعشرين شاة بين رجلين لأحدهما ثمانون - أي ثلثاها - وللآخر أربعون، أي ثلثها وجبت على كل واحد منهما شاة، فإذا جاء المصدق وأخذ من عرض ذلك شاتين، كان لصاحب الثمانين أن يرجع على صاحب الأربعين بثلاث شاة، لأن المأخوذ من نصيب صاحب الأربعين ثلاث شاتين وبقي عليه ثلاث شاة أخذها من نصيب صاحب الثمانين فيرجع عليه. (انظر: بدائع الصنائع ٢/٢٩-٣٠، الباب في الجمع بين السنة والكتاب ١/٢٩٧-٣٩٨).

ونوقش: بأن في هذا التفسير بعداً وذلك لأن المائة وعشرين شاة مشاعة بينهما فإذا أخذ المصدق شاتين من هذا المشاع، ونصيب كل واحد شاة - على هذا الرأي لأنه لا أثر للخلطة فإنه لا تراجع بينهما، لأن المصدق كأنه أخذ من كل واحد شاة. وبين الشافعي كيفية التراجع في المشاع بيانا يظهر فيه أثر التراجع حقيقة، وذلك بأن يكون الجنس الواجب من غير جنس المال كالشاة فيما دون خمس وعشرين من الإبل، فإذا أخذ الساعي شاة من أحد الشريكين عن خمس من الإبل بينهما رجع المأخوذ منه على الآخر بنصف قيمتها. (انظر: الأم ٢/١٣، فتح العزيز مع المجموع ٥/٤٣٦).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه - كتاب الزكاة - باب لا يجمع بين متفرق ولا يفرق بين مجتمع، وباب ما كان من خليطين فإنهما يتراجعان بينهما بالسوية ٢/١٢٢ رقم ١٤٥٠، ١٤٥١.

أحدهما: أن المراد بالتفرق في الحديث: التفرق بالملك لا بالمكان^(١).

ويجاب عنه: بأن هذا تقييد للحديث من غير دليل.

الثاني: أن الحديث نهى للسعاة أن يقسموا ملك الرجل الواحد قسمة توجب عليه كثرة الصدقة مثل رجل يكون له مائة وعشرون شاة فيقسم عليه إلى أربعين ثلاث مرات، أو يجمع ملك رجل إلى ملك رجل آخر، حيث يوجب الجمع كثرة الصدقة، وإذا كان هذا الاحتمال في هذا الحديث وجب أن لا تخص به الأصول الثابتة^(٢).

ويجاب عنه: بأن النهي عن الجمع والتفريق فرارا لا تكثيرا، بدليل قوله ﷺ: «خشية الصدقة»، وإذا كان كذلك فإنه لا يصح جعل النهي متوجها للسعاة.

٢- ما روى بهز بن حكيم^(٣) عن أبيه عن جده أنه سمع رسول الله ﷺ يقول: «في كل إبل سائمة في كل أربعين ابنة لبون لا يفرق إبل

(١) انظر: بدائع الصنائع ٢/٢٩، الباب في الجمع بين السنة والكتاب ١/٣٩٧، بداية المجتهد ١/٢٢٥.

(٢) انظر: المراجع المتقدمة.

(٣) هو بهز بن حكيم بن معاوية بن حيدة أبو عبد الملك القشيري البصري الإمام المحدث، روى عنه جمع من المحدثين، ووثقه ابن معين وعلي وأبو داود والنسائي، وقال أبو داود: هو عندي حجة، توفي قبل الخمسين ومائة.
(انظر: الجرح والتعديل ٢/٤٣٠، سير أعلام النبلاء ٦/٢٥٣، تهذيب التهذيب ١/٤٩٨-٤٩٩).

عن حسابها»^(١).

قال أبو عبيد^(٢): «فإذا كانت هذه الأربعة من الإبل بين خلطاء ثمانية، لكل واحد منهم خمس فإن الذي يجب عليها في قول من نظر إلى الملك - ثمان من الغنم عن كل رجل شاة، وقد قال النبي ﷺ: «في كل أربعين بنت لبون لا تفرق عن حسابها»، فأبيّ تفريق أشد من نقلها من أسنان الإبل إلى أسنان الغنم؟ وهو - ﷺ - لم يشترط في حديثه: إذا كانت ملك واحد ولا أكثر منه، إنما ذكر عددها مجتمعة...».

٣- أن للخلطة تأثيرا في تخفيف المؤنة فجاز أن تؤثر في الزكاة قياسا على تأثير السوم فيها^(٣).

الترجيح:

بعد عرض أدلة القولين وما ورد عليها من مناقشات فإنه يترجح - فيما يظهر - القول الأول لقوة أدلته وسلامتها من المناقشات الواردة على بعضها - في مقابل مناقشة أدلة القول الثاني بحيث لم يبق منها ما يصلح متمسكا لهم - والله أعلم.

المسألة الثانية: في اشتراط ملك النصاب لكل واحد من الخليطين:

اختلف في هذا الاشتراط على قولين:

(١) أخرجه الإمام أحمد في مسنده ٢/٥، وأخرجه النسائي في سننه - كتاب الزكاة - باب عقوبة مانع الزكاة ١٥/٥ - ١٦ رقم ٢٤٤ وهذا لفظه، وأخرجه الدرامي في سننه - كتاب الزكاة - باب ليس في عوامل الإبل صدقة ١/٣٩٦.

(٢) انظر: كتاب الأموال ٤٠٣.

(٣) انظر: المهذب ١/٢٠٥، شرح منتهى الإرادات ١/٢٨٢.

القول الأول:

أنه لا يشترط ملك النصاب لكل واحد من الخليطين، وإنما المشروط ملك النصاب لهما جميعاً - كأن يكون لهما أربعون شاة - .

وبه قال الشافعية^(١)، والحنابلة^(٢)، والليث بن سعد، وأبو بكر بن داود الظاهري^(٣)، وأبو عبيد^(٤)، وابن وهب^(٥) من المالكية^(٦).

القول الثاني:

أنه يشترط ملك النصاب لكل واحد منهما - فلو كان لأحدهما - أربعون شاة وللآخر عشرون فلا أثر للخلطة، ويزكي صاحب الأربعين منفرداً فيخرج شاة.

وبه قال المالكية في مشهود عندهم^(٧)، وهو قول سفيان الثوري^(٨)،

(١) انظر: فتح العزيز مع المجموع ٣٩٢/٥، المجموع شرح المذهب ٢٨٦/٥.

(٢) انظر: المبدع ٣٢٦/٢، شرح منتهى الإرادات ٢٨٢/١.

(٣) انظر: المحلى ٥٢/٦.

(٤) انظر: كتاب الأموال ص ٤٠٥.

(٥) هو الإمام المحدث الفقيه أبو محمد عبدالله بن وهب بن مسلم الفهري مولاهم المصري الحافظ، ولد سنة ١٢٥هـ، وطلب العلم وله سبع عشرة سنة، وكان من أوعية العلم ومن كنوز العمل، توفي سنة ١٩٧هـ، من مصنفاته: «الجامع» و«البيعة»، و«المناسك».

(٦) انظر: ترتيب المدارك ٤٢١/٢، سير أعلام النبلاء ٢٢٣/٩-٢٣٤، الديباج المذهب (١٣٢).

(٧) انظر: شرح زروق على الرسالة ٣٣٩/١.

(٨) انظر: المدونة ٢٣١/١، المنتقى للباجي ١٣٨/٢، شرح زروق على الرسالة ٣٣٩/١.

(٩) انظر: فتح الباري ٣١٥/٣.

والأوزاعي، وأبي ثور، وأبي الحسن بن المغلس من الظاهرية^(١)، وابن المنذر^(٢).

الأدلة:

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:

- ١- ما روى أبو سعيد الخدري قال: قال رسول الله ﷺ: «ليس فيما دون خمس ذود صدقة»^(٣).
- ٢- ما روى أنس بن مالك في كتاب أبي بكر في فريضة الصدقة التي فرض رسول الله ﷺ: «في سائمة الغنم إذا بلغت أربعين شاة شاة»^(٤).
وجه الاستدلال: نفى الرسول ﷺ -في هذين الحديثين- وجوب الزكاة فيما دون النصاب، وهو ما كان أقل من خمس ذود من الإبل وأقل من أربعين شاة من الغنم، وهذا النفي عام في المختلط وغيره، فدل على أن كمال النصاب في حق كل واحد شرط لوجوب الزكاة سواء أكان المال خلطة أم منفردا.

(١) انظر: المحلي ٥٢/٦.

(٢) انظر: المغني ٦٠٧/٢.

(٣) سبق تخريجه ص: ٦٠.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه - كتاب الزكاة - باب زكاة الغنم ١٢٤/٢ رقم ١٤٥٤، وأخرجه أبو داود في سننه - كتاب الزكاة - باب زكاة السائمة ٢٢١/٢ رقم ١٥٦٧.

ويناقش من وجهين:

الوجه الأول:

منع دلالة الحديثين على الدعوى؛ لأنهما يدلان على وجوب الزكاة في هذا المقدار من غير تفريق بين كون المال لواحد أو أكثر فيكونان دليلاً على عدم اشتراط النصاب لكل واحد من الخلطاء لا على اشتراطه^(١).

ويجاب عنه: بأن في حديث ماشية الغنم تصريحاً بكونها لرجل لا لرجال مختلطين، ففيه: «فإذا كانت سائمة الرجل ناقصة من أربعين شاة واحدة فليس فيها صدقة إلا أن يشاء ربها»^(٢).

ويرد بأمرين:

أحدهما: أن الحديث مقيد بحديث الخلطة، فيحمل على مال الرجل إذا لم يكمل النصاب بمال رجل آخر جمعا بين الحديثين.
ثانيهما: أنه محمول على الغالب وليس قيماً.

الوجه الثاني:

أنهما مقيدان بحديث الخلطة.

٢- أن كل ما تجب فيه الصدقة إذا كان منفرداً لا تجب فيه إذا خالطه غيره قياساً على ما لو خالطه ذمي^(٣).

(١) انظر: شرح الزرقاني على موطأ مالك ٢/١٢٠.

(٢) سبق تخريجه ص ٦٠.

(٣) انظر: المنتقى للباقي ٢/١٣٨.

ويناقش من وجهين:

أحدهما: أن هذا القياس في مقابل النص -وهو حديث الخلطة- فلا يصح.

الثاني: أن المقيس عليه قد وقع الإجماع^(١) على المنع من أخذ الزكاة منه؛ لأن من ليس أهلاً لوجوبها عليه لا يمكن أن يصير ماله سبباً لتغير زكاة غيره^(٢)، بخلاف من كان أهلاً لوجوبها، فإن ماله يصير سبباً لتغير زكاة غيره إذا بلغا نصاباً.

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بقوله ﷺ: «لا يجمع بين متفرق ولا يفرق بين مجتمع خشية الصدقة»^(٣).

وجه الاستدلال: الحديث يدل دلالة واضحة على تأثير الخلطة وجعلها المالين كالمال الواحد؛ لأنه نهى عن جمع المتفرق وتفريق المجتمع خشية الصدق من غير تحديد بمقدار.

الترجيح:

الراجح هو القول الأول، لقوة دليله وظهوره في مقابل ضعف أدلة القول الثاني بما ورد عليها من مناقشات -والله أعلم-.

(١) انظر: الإفصاح لابن هبيرة ١/١٩٦.

(٢) انظر: شرح روض الطالب ١/٢٤٨.

(٣) سبق تخريجه ص: ٦٢.

المسألة الثالثة: في تأثير الخلطة أثناء الحول:

وصورتها: أن يملك شخص أربعين شاة -مثلا- ستة أشهر ثم يبيع نصفها مشاعا.

وقد اختلف في تأثير هذه المخالطة هل تقطع الحول في نصيب البائع أو لا؟ على قولين:

القول الأول:

أن حول البائع لا ينقطع و إذا مضى ستة أشهر^(١) من يوم الشراء لزمه أن يخرج نصف شاة.

وهو الصحيح عند الشافعية^(٢)، وقول ابن حامد^(٣) من الحنابلة^(٤).

القول الثاني:

أن حول البائع ينقطع ويستأنفان من حين البيع.

(١) المقصود بمضي ستة أشهر إنما هو بالنسبة للصورة السابقة في رأس المسألة.

(٢) انظر: فتح العزيز مع المجموع ٤٥٩/٥-٤٦٢، المجموع شرح المذهب ٣٩٦/٥-٣٩٧، شرح روض الطالب ٢٥١/١.

(٣) هو أبو عبدالله الحسن بن حامد بن علي بن مروان البغدادي، إمام الحنبلية في زمانه ومدرسهم ومفتيهم، له المصنفات في العلوم المختلفة، له الجامع في المذهب نحو من أربعمائة جزء، وله شرح مختصر الخرقى، وشرح أصول الدين، وأصول الفقه، وهو شيخ القاضي أبي يعلى، توفي سنة ٤٠٣ هـ.
(انظر: طبقات الحنابلة لأبي يعلى ١٧١/٢-١٧٧، شذرات الذهب ١٦٦/٣، المنهج الأحمد ٩٨/٢).

(٤) انظر: الروايتين والوجهين ٢٣٢/١، الهداية لأبي الخطاب ٦٧/١-٦٨، الكافي لابن قدامة ٢٩٨/٢.

وهو قول أبي بكر^(١) من الحنابلة، وهو المذهب عندهم^(٢)، وهو قول للشافعية^(٣).

الأدلة:

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بالآتي:

قالوا: إن النصف المشتري قد انقطع الحول فيه فكأنه لم يجر في حول الزكاة أصلاً فلزم من ذلك انقطاع الحول في النصف الآخر لنقصه عن النصاب^(٤).

وبناقش: بأن قطع الحول في النصف الآخر - غير المبيع - لانقطاعه في النصف المشتري بناء على أن النصف المشتري نزل منزلة من لم يجر في حول الزكاة أصلاً: غير مسلم، لأن النصف المشتري جرى في حول الزكاة ستة أشهر قبل البيع، والبيع لا يخرج عن كونه قد جرى في حول الزكاة هذه المدة؛ لأن هذا واقع بالفعل.

(١) هو الإمام العلامة شيخ الحنابلة عبدالعزيز بن جعفر بن أحمد بن يزداد بن معروف أبو بكر المعروف بعلام الخلال، ولد سنة ٢٨٥هـ، وكان كبير الشأن من بحور العلم، له الباع الأطول في الفقه، وكان موثقاً به في العلم مشهور الديانة، توفي سنة ٣٦٣هـ، من مصنفاته «الشافي» و«المقنع» و«تفسير القرآن».

(انظر: تاريخ بغداد ٤٥٩/١٠، طبقات الحنابلة ١١٩/٢-١٢٧، البداية والنهاية ١١/٢٧٨).

(٢) انظر: المغني ٦١٣/٢، المبدع ٢٣٠/٢، تصحيح الفروع ٢٨٧/٢-٢٨٨.

(٣) انظر: المجموع شرح المذهب ٣٩٦/٥.

(٤) انظر: المغني ٦١٣/٢، الكافي ٢٩٨/٢، الروايتين والوجهين ٢٣٢/١.

وإذا ثبت جريانه بالفعل فإنه لا ينقطع الحول في النصف الآخر، لأن حدوث الخلطة لا يمنع من استدامة الحول في هذا النصف الآخر كما لم يمنع من ابتداء الحول.

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:

١- أن النصاب لم يتبعض في أي وقت لاستمراره بصفة الانفراد ثم بصفة الاختلاط^(١)، فلا ينقطع الحول.

ويناقش: بأن النصاب قد تبعض عند البيع فنقص، وإذا نقص لم تجب فيه الزكاة لنقصانه.

ويجاب عن ذلك: بأن التبعض إنما هو في الظاهر، لكن الواقع انتفاء التبعض، لأن النصاب استمر ولم ينقطع لتأثير الخلطة في ذلك ولا خلاف في أصل تأثير الخلطة فيلزم أن تؤثر هنا -أيضا- فلا ينقطع الحول لتأثيرها فيه.

٢- القياس على مخالطة الغير في تأثير الخلطة، وبيان ذلك: أنه لو خالط غيره في جميع الحول وجبت الزكاة ولو نقص نصابه -لتأثير هذه الخلطة-، فإذا خالط في بعض الحول نفسه، وفي بعضه الآخر غيره كان أولى بالإيجاب^(٢).

ويناقش: بأن ما ذكرتموه لو كان صحيحا لما بطل الحول في النصف

المبيع.

(١) انظر: المجموع ٣٩٦/٥، شرح روض الطالب ٣٥١/١.

(٢) انظر: الروايتين والوجهين ٢٣٢/١، المغني ٦١٣/٢، المبدع ٢٣٠/٢.

ويجاب عن ذلك: بأن بطلان الحول فيه إنما هو لانتقال الملك فيه^(١).

الترجيح:

بعد عرض أدلة القولين وما جرى عليها من مناقشات فإنه يظهر أن الراجح هو القول الأول؛ وذلك لسلامة أدلته من المناقشات الواردة عليها ولقوة قياسهم الذي ذكروا، في مقابل مناقشة دليل المخالف، مع ما في القول الأول من الأخذ بحديث الخلطة مطلقا، حيث جعل الخلطة هي المؤثر سواء أكان المختلط قليلا أم كثيرا فلا تناقض فيه، بخلاف القول الثاني فإنه لم يطرد العمل بالحديث في جميع المسائل حيث اعتمد على الملك فيما دون النصاب واعتمد على المخالطة فيما إذا بلغت سائمة كل واحد نصابا -والله أعلم-.

تفريع على القول الراجح: فيما يلزم المشتري إذا تم حوله:

إذا أخرج البائع زكاة نصفه -أي نصف شاة- من عين المال فلا خلاف بين أصحاب هذا القول في أنه لا زكاة على المشتري لنقصان المجموع عن النصاب قبل تمام حوله^(٢).

وإن أخرجها من غير النصاب فإنه ينبني على أن الزكاة هل تتعلق بالعين أو بالذمة؟

فإن قيل تتعلق بالعين فقد اختلف في وجوبها على المشتري على

قولين:

(١) انظر: المراجع السابقة.

(٢) انظر: المجموع شرح المذهب ٣٩٦/٥، شرح روض الطالب ٣٥١/١، المبدع ٢٣٠/٢ - ٢٣١، الإنصاف ٧٥/٣.

القول الأول:

أنه لا زكاة على المشتري.

وهو الأصح عند الشافعية^(١)، وهو قول للحنابلة^(٢).

القول الثاني:

أن المشتري يزكي نصف شاة:

وهو الصحيح من المذهب عند الحنابلة^(٣)، وهو قول الشافعية^(٤).

الأدلة:

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:

١- أن التعلق بالعين لا يمنع الحول بالاتفاق، وإذا كان كذلك فإن الزكاة لا تسقط^(٥).

وقد يناقش: بأنه لا يسلم أن الزكاة لا تسقط وإن كان التعلق بالعين لا يمنع الحول بالاتفاق، وذلك لأن هذا الحول قد حال على ملك ناقص عن النصاب.

(١) انظر: المجموع ٣٩٧/٥.

(٢) انظر: المبدع ٢/٢٣١، الإنصاف ٣/٧٥.

(٣) انظر: المرجعين السابقين.

(٤) انظر: المجموع شرح المذهب ٣٩٧/٥.

(٥) انظر: المبدع ٢/٢٣١، الإنصاف ٣/٧٥.

٢- أنه إذا أخرج الزكاة من غير النصاب فإنه يتبين أنها لم تتعلق بالعين^(١).

وقد يناقش: بأن نظر الفقهاء إلى هذه العين وتعلق حقهم بها يرد هذه الدعوى.

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بأن النصاب قد نقص بمجرد دخول الحول؛ لأنه قد زال ملك البائع عن نصف شاة من نفس النصاب، وإذا نقص النصاب سقطت الزكاة لهذا النقصان^(٢).

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه -والله أعلم- هو القول الأول؛ لقوة دليله وسلامته من المناقشة في مقابل مناقشة أدلة القول الثاني -والله أعلم-.

وأما إن قيل إن الزكاة متعلقة بالذمة فإنه لا خلاف بين أصحاب القولين في أنه يجب على المشتري أن يخرج حصته من الزكاة إذا تم حوله^(٣).

المسألة الرابعة: في اجتماع المختلط والمنفرد في ملك واحد:

(١) انظر: المجموع شرح المذهب ٣٩٧/٥.

(٢) انظر: المرجع السابق.

(٣) روضة الطالبين ١٧٩/٢، المجموع شرح المذهب ٣٩٦/٥، الهداية لأبي الخطاب ٦٧/١، المحرر ٢١٦/١، المبدع ١٣٣/٢.

وتحتها فرعان: الفرع الأول: إذا خالط في بعض ملكه خلطة شيوع
وفي بعضه الآخر خلطة أوصاف.

الفرع الثاني: في مخالطته ببعض ملكه خلطة شيوع.

الفرع الأول:

صورته: أن يملك رجل ستين شاة مثلا فيخالط بعشرين منها عشرين
لغيره خلطة شيوع، ويخالط بالباقي خلطة أوصاف.

ولا خلاف بين القائلين بتأثير الخلطة -ولو لم يبلغ مال أحدهما
نصابا- أن عليهما شاة واحدة على صاحب العشرين ربعها وعلى صاحب
الستين ثلاثة أرباعها، لأن الخلطة صيرت المالين كالمال الواحد.

الفرع الثاني:

صورته: أن يخالط -في المثال المتقدم- عشرين منها بعشرين لغيره
خلطة شيوع ولا يخالط بالأربعين الباقية خلطة أوصاف.

وقد اختلف في مقدار الواجب على كل واحد منهما على قولين:

القول الأول:

أن الخلطة خلطة عين -أي يقصر حكمها على المختلط - فيجب على
صاحب العشرين نصف شاة، وعلى صاحب الستين شاة.

وهو قول للشافعية^(١).

(١) انظر: فتح العزيز مع المجموع ٥/٤٧٠، روضة الطالبين ٢/١٨١.

القول الثاني:

أن ماله كله يصير كالمختلط فيكون عليه ثلاثة أرباع شاة وعلى صاحبه ربع شاة.

وبه قال المالكية في المشهور^(١)، وهو الأظهر عند الشافعية^(٢)، وبه قال الحنابلة^(٣).

الأدلة:

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول:

بأن مال الواحد يضم بعضه إلى بعض، والخلطة تصير المالكين كالمال الواحد، فعلى هذا يصير صاحب الستين مخالطاً بجميع الستين لصاحب العشرين وواجب لثمانين شاة، على صاحب العشرين ربع شاة، وعلى صاحب الستين ثلاثة أرباعها^(٤).

ويناقش: بالمنع، لأن صاحب الستين لم يخالط بالأربعين الباقية خلطة أوصاف فيقتصر الحكم على محل الخلطة.

(١) انظر: التاج والإكليل ٢/٢٦٩، الشرح الكبير للدردير ١/٢٤٤، ويلاحظ أن المثال المصدر به لا يصح عند المالكية لأنهم يشترطون أن يبلغ نصيب كل واحد نصيباً وإنما رأيهم في أصل المسألة دون نظر إلى المثال ويمكن تصور رأيهم بأن يملك ثمانين فيخلط أربعين منها بأربعين لغيره.

(٢) انظر: فتح العزيز ٥/٤٦٩-٤٧٠، روضة الطالبين ٢/١٨١.

(٣) انظر: المغني ٢/٦٠٩-٦١٠، الإقناع للحجاوي ١/٢٥٦.

(٤) انظر: المجموع شرح المهذب ٥/٣٩٨.

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بأن الأربعين المشاعة بينهما هي المختلطة حقيقة فيجب على صاحب العشرين نصف شاة؛ لأنه خليط عشرين وعلى صاحب الستين شاة؛ لأن ماله يضم بعضه إلى بعض^(١).

ويناقش: بالمنع من إلزام صاحب العشرين بنصف شاة؛ لأن مال مخالطه واحد، بدليل ضم بعضه إلى بعض، وإذا كان كذلك فإنه يكون مخالطاً لستين لا لعشرين.

ويجاب بأن هذا ممنوع، لأنه لم يخالط بالباقي خلطة أوصاف.

الترجيح:

الراجع هو القول الأول لقوة دليله وسلامته من المناقشة الواردة عليه في مقابل مناقشة أدلة القول الثاني -والله أعلم - .
المسألة الخامسة: في تعدد الخليط:

إذا خالط شخص ببعض ماله رجلاً وبعضه الآخر رجلاً آخر، فإن تحت ذلك فرعين:

الأول: أن يختلط جميع المال خلطة أوصاف.

الثاني: أن لا يختلط خلطة أوصاف.

الفرع الأول:

إذا ملك رجل أربعين شاة فخالط عشرين منها بعشرين لمن لا يملك غيرها خلطة شيوع، وخالط العشرين الأخرى بعشرين لآخر لا يملك غيرها

(١) انظر: فتح العزيز ٤٧٠/٥.

خلطة شيوع وخلطوا الجميع خلطة أوصاف.

فإن الواجب فيها شاة على صاحب الأربعين نصفها، وعلى كل واحد من الآخرين ربع شاة، ولا خلاف في ذلك بين القائلين بتأثير الخلطة؛ لأن الخلطة تصير الأموال كالمال الواحد.

الفرع الثاني:

إذا لم يخالط أحد خليطي صاحب الأربعين خليطه الآخر، فقد اختلف في مقدار الواجب على كل واحد على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

أن على صاحب الأربعين شاة وعلى كل واحد من مخالطيه نصف شاة.

وهو وجه للشافعية^(١).

القول الثاني:

أن على صاحب الأربعين نصف شاة وعلى كل واحد من الآخرين نصف شاة.

وهو وجه للشافعية^(٢).

القول الثالث:

أن على صاحب الأربعين نصف شاة وعلى كل واحد من الآخرين ربع شاة.

(١) انظر: فتح العزيز مع المجموع ٤٧٧/٥، روضة الطالبين ١٨٢/٢.

(٢) انظر المرجعين السابقين.

وبه قال المالكية^(١)، وهو الأصح عند الشافعية^(٢)، وبه قال الحنابلة^(٣).

الأدلة:

أدلة القول الثالث:

استدل أصحاب هذا القول بالآتي:

أولا: دليلهم على أن على صاحب الأربعين نصف شاة.

استدلوا على ذلك: بأن صاحب الأربعين خليط لهما ومبلغ الأموال ثمانون وواجبها شاة فحصة الأربعين نصفها^(٤).

ويناقش: بأن خلطته لهما منفصلة؛ إذ إنه مخالط لكل واحد على حدة فيلزمه نصف شاة مع كل واحد.

ويجاب بالمنع، لأن ماله يضم بعضه إلى بعض فيلزم من ذلك اختلاط الخلطتين، ومجموع الخلطتين ثمانون ونصيبه النصف فيلزمه نصف شاة.

ويرد بأنه لا يلزم من ضم بعض ماله إلى بعض: اختلاط الخلطتين، لأن الخلطة خلطة عين فيقتصر على محلها، وإنما يصح الاختلاط لو كانتا مختلطتين خلطة أوصاف.

ثانيا: دليلهم على أن على كل واحد من الآخرين ربع شاة.

(١) انظر: التاج والإكليل مع مواهب الجليل ٢/٢٦٩، الخرشي على خليل ٢/١٦٠، ويلاحظ في هذه المسألة ما لوحظ في المسألة السابقة.

(٢) انظر: روضة الطالبين ١٢/١٨١، شرح روض الطالب ١/٣٥٢.

(٣) انظر: المغني ٢/٦١٠، الشرح الكبير مع المغني ٢/٥٤٥، منتهى الإرادات ١/١٨٥.

(٤) انظر: فتح العزيز مع المجموع ٥/٤٧٧.

استدلوا على ذلك: بأن الخلطة بينهما قائمة، لأن ملك صاحب الأربعين يضم بعضه إلى بعض فيلزم من ذلك الخلطة بينهما، والجميع ثمانون، ونصيب كل منهما عشرون، فيكون الواجب عليه ربع شاة أي ربع ما يجب عليهم^(١).

ويناقش: بالمنع من لزوم الخلطة بينهما بسبب ضم ملك صاحب الأربعين لانتهاء خلطة الشيوخ والأوصاف فيقتصر الحكم على محل الخلطة.

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بالآتي:

أولاً: دليلهم على أن على كل واحد من مخالطي صاحب الأربعين نصف شاة.

استدلوا على ذلك: بأن مبلغ مال كل واحد و ما خالطه أربعون، وله نصفها فيلزمه نصف الواجب فيها وهو نصف شاة^(٢).

ثانياً: دليلهم على أن على صاحب الأربعين نصف شاة.

استدلوا على ذلك: بأن إلزامه بنصف شاة تغليب للخلطة، فإنه لا بد من إثبات حكمها فيما وجدت فيه، ولا بد من ضم أحد ملكيه إلى الآخر للاجتماع في الملك وكل المال ثمانون فكأنه خلط أربعين بأربعين^(٣).

(١) انظر: فتح العزيز مع المجموع ٤٧٧/٥.

(٢) المرجع نفسه.

(٣) المرجع نفسه.

ويناقش من وجهين:

أحدهما: أنه يلزم على هذا التعليل أن يكون على كل واحد من الآخرين ربع شاة؛ لأنه يكون مخالطاً للآخر مع مخالطته لصاحب الأربعين. الثاني: أن تغليب الخلطة يترتب عليه إلزامه بشاة، لأن مخالطته لكل واحد خلطة عين لا علاقة لها بالأخرى فيثبت في حقه حكم كل خلطة.

أدلة القول الأول :

استدل أصحاب هذا القول بالآتي:

أولاً: دليلهم على أن على كل واحد من مخالطي صاحب الأربعين نصف شاة، استدلووا على ذلك بما استدل به أصحاب القول الثاني. ثانياً: دليلهم على أن على صاحب الأربعين شاة.

استدلوا على ذلك: بأنه مخالط لهما خلطة انفراد فيغلب الانفراد فيلزمه حكم كل خلطة، وإذا ضم ماله إلى بعض بلغ نصاباً تجب فيه شاة فتلزمه الشاة بمراعاة الانفراد بالخلطة أو بضم ماله إلى بعض^(١).

الترجيح:

الراجح فيما يظهر هو القول الأول لظهوره وقوة دليبه في مقابل مناقشة أدلة القولين الآخرين -والله أعلم -.

المطلب الثالث: في أثر الشيوخ في زكاة غير السائمة.

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: في التأثير وعدمه.

المسألة الثانية: في مجالات التأثير ومجالات عدم التأثير.

(١) انظر: فتح العزيز مع المجموع ٤٧٧/٥.

المسألة الأولى:

اختلف في تأثير الخلطة في غير بهيمة الأنعام من الأموال على ثلاثة

أقوال:

القول الأول:

إنها تؤثر في الأموال الظاهرة - كالحبوب والثمار - ولا تؤثر في الأموال غير الظاهرة.

وبه قال الأوزاعي، وإسحاق^(١) بن راهويه^(٢).

القول الثاني:

إنها لا تؤثر مطلقاً سواء كانت الأموال ظاهرة أو غير ظاهرة.

وبه قال الحنفية^(٣)، والمالكية^(٤)، وهو المذهب عند الحنابلة^(٥)، وقديم^(٦) قولي الشافعي^(٧).

(١) هو: الإمام الحافظ الكبير أبو يعقوب إسحاق بن إبراهيم بن مخلد التميمي الحنظلي المروزي نزيل نيسابور وعالمها وشيخ أهل المشرق، طاف البلاد لجمع الحديث حتى صار عالماً فيه وأخذ عنه أحمد والشيخان، توفي سنة ٢٣٨ وقيل ٢٣٧ وكانت ولادته ١٦١هـ.

(انظر: تذكرة الحفاظ ٢/٤٢٣-٤٣٥، تهذيب التهذيب ١/٢١٦).

(٢) انظر: المغني ٢/٦١٩.

(٣) انظر: مختصر الطحاوي ص ٤٤، الباب في الجمع بين السنة والكتاب ١/٣٩٧، الدر المختار وحاشية ابن عابدين ٢/٣٠٤.

(٤) انظر: المدونة ١/٣٤٣، الإشراف على مسائل الخلاف للقاضي عبدالوهاب ١/١٧٢، قوانين الأحكام الشرعية ص ١٢٦، بلغة السالك مع الشرح الصغير ١/٦٠٢.

(٥) انظر: المبدع ٢/٣٣٥، كشف القناع ٢/٢٠١، شرح منتهى الإيرادات ١/٣٨٦.

(٦) انظر: حلية العلماء للقفال ٣/٦٠-٦١، روضة الطالبين ٢/١٧٢.

(٧) هو: الإمام محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع المطليبي القرشي أبو عبدالله عالم عصره وناصر السنة وفقه الزمان، أحد أئمة المذاهب الأربعة، =

القول الثالث:

إنها تؤثر مطلقاً سواء كانت الأموال ظاهرة أو غير ظاهرة.

وهو جديد قولي الشافعي وهو الصحيح من المذهب عند الشافعية^(١)، ورواية عن الإمام أحمد^(٢) اختارها الآجري^(٣) وصححها ابن عقيل^(٤) من أصحابه^(٥).

= ولد سنة ١٥٠هـ، وتوفي سنة ٢٠٤هـ، من تصانيفه: «الأم» و«الرسالة» و«اختلاف الحديث».

(انظر: حلية الأولياء ٣٦/٩، تهذيب الأسماء واللغات ١/٤٤-٦٧، تذكرة الحفاظ ١/٣٦١-٣٦٢).

(١) انظر: حلية العلماء للقفال ٦٠/٣-٦١، فتح العزيز ٥/٤٠٤، روضة الطالبين ٢/١٧٢، شرح روض الطالب ١/٣٤٨.

(٢) هو: شيخ الإسلام وسيد المسلمين في عصره الحافظ الحجة أبو عبدالله أحمد ابن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الذهلي الشيباني المروزي ثم البغدادي، أحمد أئمة المذاهب الأربعة، ولد سنة ١٦٤هـ وتوفي ٢٤١هـ، من تصانيفه: «المسند» و«الأشربة» و«فضائل الصحابة» و«المسائل».

(انظر: حلية الأولياء ١٦١/٩، مناقب الإمام أحمد لابن الجوزي، طبقات الحنابلة ١/٣-١١، تذكرة الحفاظ ٢/٤٣١).

(٣) هو: محمد بن الحسين بن عبدالله بن أبي بكر الآجري البغدادي، جمع العلم والزهد وصنف تصانيف، وسكن مكة حتى توفي بها، من تصانيفه: «الشريعة» و«الأربعين».

(انظر: مناقب الإمام أحمد لابن الجوزي ص ٦٢١، تذكرة الحفاظ ٣/٩٢٦).

(٤) هو: أبو الوفاء علي بن عقيل بن محمد عقيل البغدادي الحنبلي المقرئ، الفقيه الأصولي الواعظ المتكلم، ولد سنة ٤٣١هـ، واشتغل بالطلب منذ صغره وقصر نفسه عليه وأفتى ودرس وناظر الفحول وصنف التصانيف العظيمة منها: «الفنون» وفي الفقه «الفصول» و«التذكرة»، توفي سنة ٥١٣هـ.

(انظر: مناقب الإمام أحمد لابن الجوزي ص ٦٣٤، الذيل على طبقات الحنابلة ١٤٢/١).

(٥) انظر: الهداية لأبي الخطاب ٦٨/١، الكافي لابن قدامة ١/٢٩٦، الإنصاف ٣/٨٣.

الأدلة:

أدلة القول الثالث:

أولاً: دليله على التأثير في الأموال الظاهرة:

يستدل له بما ورد أن الرسول ﷺ كان يبعث السعادة ولا يأمرهم بالسؤال عن الاشتراك وعدمه، وترك الاستفصال مع قيام الاحتمال ينزل منزلة العموم في المقال^(١).

ثانياً: دليله على التأثير في الأموال غير الظاهرة:

يستدل أصحاب هذا القول على ذلك بالآتي:

قوله ﷺ: «لا يجمع بين متفرق ولا يفرق بين مجتمع خشية الصدقة»^(٢).

ووجه الاستدلال: أنه عام فيشمل الأموال غير الظاهرة^(٣).

ويناقش: بأنه خاص في بهيمة الأنعام^(٤).

ويجاب عن هذه المناقشة من وجهين:

الوجه الأول: منع التخصيص لأنه يحتاج إلى دليل ولا دليل.

ويرد هذا الوجه بثلاثة أمور:

الأمر الأول: أن الحديث ورد في بهيمة الأنعام فيقصر على مورده.

(١) انظر: التمهيد في تخريج الفروع على الأصول للإسنوي ص ٣٢٧.

(٢) سبق تخريجه ص ٦٢.

(٣) انظر: فتح العزيز ٤٠٤، الكافي لابن قدامة ٢٩٦/١.

(٤) انظر: الإشراف على مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب ١٧٢/١، المبدع

٣٣٥/٢.

وأجيب: بأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب^(١).

الأمر الثاني: أن السائمة هي التي يظهر فيها أثر الجمع والتفريق لسقوط زكاة الوقص فيها، أما غير السائمة فلا أثر للجمع والتفريق فيها، لأن الوقص فيها يزكى بحسابه^(٢).

وأجيب: بأن التأثير ليس مقصورا على سقوط زكاة الوقص بل يوجد أيضا بسقوط الزكاة بنقصان النصاب بالتفريق، كما لو كان مال كل من الخليطين يبلغ النصاب بمجموعه، ومال كل واحد منهما منفردا لا يبلغه. ويرد: بأن هذا التأثير يسير فيبعد اعتباره في الحديث؛ وذلك لقلة النصاب وقلة العدد الواجب فيه، فيبعد تفريق المال إلى مبالغ أقل من النصاب خشية الصدقة.

الأمر الثالث: أنه ورد تفسير الخليطين بالمجتمعين في الحوض والفحل والراعي، وذلك فيما روى أن النبي ﷺ قال: «والخليطان ما اجتمعا في الحوض والفحل والراعي»^(٣). وهذا يقتضي حصر الخليطين في المجتمعين في هذه الأمور، فلا ينطبق على غير بهيمة الأنعام^(٤).

وأجيب: بأن هذا التفسير ضعيف؛ وذلك لضعف الحديث المستدل

(١) انظر: التمهيد في أصول الفقه لأبي الخطاب ١٦١/٢-١٦٧، روضة الناظر ص ٢٢٢، تنقيح الفصول ص ٢١٦، التبصرة في أصل الفقه للشيرازي ص ١٤٤-١٤٨.

(٢) انظر: الإشراف على مسائل الخلاف ١٧٢/١، المغني ٦١٩/٢.

(٣) أخرجه الدارقطني في سسنه - كتاب الزكاة - باب تفسير الخليطين ١٠٤/٢ رقم ١ وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى - كتاب الزكاة - باب صدقة الخلطاء ١٠٦/٤.

(٤) انظر: المغني ٦١٩/٢، فتح العزيز ٤٠٤/٥.

به عليه؛ لأنه من رواية عبدالله بن لهيعة^(١) عن سعيد بن السائب^(٢)،
وابن لهيعة ضعيف^(٣). قال البيهقي^(٤): أجمع أصحاب الحديث على ضعف
ابن لهيعة وترك الاحتجاج فيما ينفرد به، وقال ابن أبي حاتم^(٥): سألت أبي

(١) هو: الإمام الكبير عبدالله بن لهيعة بن عقبة بن فرعان الحضرمي الأعدولي أبو
عبدالرحمن المصري الفقيه القاضي، ولد سنة ٩٦هـ، وتولى قضاء مصر سنة
١٥٤ واحترقت كتبه سنة ١٦٩، وتوفي سنة ١٧٣هـ، وقيل سنة ١٧٤هـ.
(انظر: تذكرة الحفاظ لابن سعد ١/٢٢٧ - ٢٢٩، تهذيب التهذيب ٥/٣٧٣،
الكاشف ٢/١٠٩).

(٢) هو: سعيد بن السائب بن يسار وهو ابن أبي حفص الثقفي الطائفي، ثقة، عابد لا
تكاد تكف له دعة، مات سنة ١٧١هـ.
(انظر: الطبقات لابن سعد ٥/٥٢١، تقريب التهذيب ١/٢٩٦).

(٣) هذا الضعف إذا لم يرو عنه أحد العبادلة الأربعة: عبد الله بن وهب، وابن
المبارك، وابن المقرئ، وابن مسلمة القعبي. أما هؤلاء فسماعهم منه صحيح.
انظر ميزان الاعتدال ٢/٤٨٢، تهذيب التهذيب ٥/٣٧٧ - ٣٧٨. وفي التقريب
١/٤٤٤ «ورواية ابن المبارك وابن وهب عنه أعدل من غيرهما». وهذا الحديث
ليس من رواية العبادلة الأربعة.

(٤) هو: العلامة الثبت أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخسروجردي
الخراساني البيهقي، ولد سنة ٢٨٤هـ وسمع من خلائق ويورك في علمه وكان
فقيها حافظا أصوليا دينا ورعا، كتب الحديث وحفظه من صباه، توفي سنة
٤٥٨هـ، من تصانيفه «السنن الكبرى» و«الأسماء والصفات».
(انظر: سير أعلام النبلاء ١٨/١٦٣، تذكرة الحفاظ ٣/١١٢٢).

(٥) هو: الإمام الحافظ الناقد أبو محمد عبدالرحمن بن الحافظ الكبير أبي حاتم
محمد بن إدريس بن المنذر التميمي الحنظلي الرازي، ولد سنة ٢٤٠هـ، وارتحل به
أبوه فأدرك الأسانيد العالية وكان بحرا في العلل ومعرفة الرجال.
(انظر: تذكرة الحفاظ ٣/٨٢٩-٨٣٢، طبقات السبكي ٢/٢٣٧).

عنه فقال: هذا حديث باطل ولا أعلم أحد رواه غير بن لهيعة^(١).

الوجه الثاني:

من وجهي الجواب على مناقشة الدليل: لو سلم أنه خاص بيهيمة الأنعام فإن غيرها يقاس عليها بإحدى علتين.

العلة الأولى:

وجود الإرفاق في كل منهما: فكما يحصل الارتفاق في خلطة الماشية باجتماعهما على راع واحد وحوض ومحلب ومرعى واحد، ونحو ذلك، فكذا يحصل الارتفاق هنا باجتماعهما باتحاد الجرين والناطور والدكان والحارس والمتعهد وغيرها^(٢).

الأول: منع كون العلة في السائمة هي الإرفاق؛ لأن ذلك يحتاج إلى دليل ولا دليل؛ ولأنها غير مطردة لأن تأثيرها يتخلف عنها في مثل ما لو كان لكل أربعون شاة مختلطة فإن الواجب على كل منهما نصف شاة مع وجود الإرفاق باتحاد الراعي ونحوه، ولو كان الإرفاق هو العلة لزاد ما يجب على كل منهما.

الثاني: لو سلم بأن الإرفاق هو العلة فإنه قياس مع الفارق لقوة التأثير في السائمة وضعفه في غيرها.

(١) انظر: التلخيص الحبير ١٥٥/٢.

(٢) انظر: فتح العزيز ٤٠٤/٥، المغني ٦١٩/٢.

العلة الثانية:

أن كلا من السائمة وغيرها مال زكوي فتؤثر فيه الخلطة^(١).

ويرد على هذه العلة بالأمر الثاني مما رد به على العلة الأولى.

أدلة القول الثاني: القائل بعدم التأثير مطلقا.

يستدل لهذا القول بالأدلة الدالة على اشتراط النصاب، ومنها:

ما روى أبو سعيد الخدري عن النبي ﷺ قال: «ليس فيما أقل من خمسة أوسق صدقة، ولا في أقل من خمسة من الإبل الذود صدقة، ولا في أقل من خمس أواق من الورق صدقة»^(٢).

ووجه الاستدلال: أن فيها نفي وجوب الزكاة فيما لم يبلغ هذا المقدار فإذا لم يبلغ مال الشخص المقدار المحدد لم تجب الزكاة فيه، وهو مطلق فيشمل المخطوط وغيره.

ويناقش: بأن هذا الإطلاق مقيد بحديث: «لا يجمع بين متفرق ولا يفرق بين مجتمع خشية الصدقة»^(٣).

ويجاب: بأن هذا خاص في بهيمة الأنعام لأمرين:

أحدهما: أنها التي تؤثر فيها الخلطة لسقوط الزكاة في الوقص فيها، أما غير السائمة فلا أثر للجمع والتفريق فيه؛ لأن الوقص فيه يزكي بحسابه^(٤). ويرد هذا الأمر: بأن التأثير ليس مقصورا على سقوط زكاة

(١) انظر: فتح العزيز ٤٠٤/٥ ..

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه /كتاب الزكاة/ باب ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة ١٣٣/٢ رقم ١٤٨٤ وهذا لفظه، وأخرجه مسلم في صحيحه - كتاب الزكاة - رقم ١.

(٣) سبق تخريجه ص: ٦٢.

(٤) انظر: الإشراف للقاضي عبدالوهاب ١٧٢/١، المغني ٦١٩/٢.

الوقص بل يوجد أيضا في سقوط الزكاة بنقصان النصاب بالتفريق، كما لو كان كل من الخليطين يبلغ النصاب ومال كل واحد منهما منفردا لا يبلغه. ويجب: بأن هذا التأثير يسير فيستبعد اعتباره في الحديث؛ وذلك لقلة النصاب وقلة الواجب فيه فيبعد تفريق المال إلى مبالغ أقل من النصاب خشية الصدقة.

الأمر الثاني:

أنه ورد تفسير الخليطين بأنهما اللذان يجتمعان في الحوض والفحل والراعي، وذلك فيما روي أن النبي ﷺ قال: «والخليطان ما اجتمعا في الحوض والفحل والراعي»^(١).

وهذا لا يوجد في غير السائمة.

ويرد: بأن هذا التفسير ضعيف، لضعف الحديث المبني عليه كما تقدم^(٢).

أدلة القول الأول:

أولا: دليله على تأثير الخلطة في الأموال الظاهرة.

يستدل له بما استدل به للمذهب الثالث على ذلك.

ثانيا: دليله على عدم تأثير الخلطة في الأموال غير الظاهرة.

يستدل له بما استد به للمذهب الثاني.

(١) انظر: ص ٨٥.

(٢) انظر: ص ٨٥.

الترجيح:

الراجع - فيما يظهر - هو القول الأول، وذلك لقوة أدلته وسلامتها مما ورد عليها من المناقشة، في مقابل مناقشة أدلة القولين الثاني والثالث -والله أعلم -.

المسألة الثانية: في مجالات التأثير ومجالات عدم التأثير عند القائلين بتأثيرها.

وفيها أمران:

الأمر الأول: مجال التأثير.

الأمر الثاني: مجال عدم التأثير.

الأمر الأول:

يتصور تأثير الخلطة في غير السائمة في إيجاب الزكاة، وذلك في صورتين:

الصورة الأولى: إذا كان مال كل واحد من الخليطين لا يبلغ النصاب ويبلغ النصاب إذا جمع.

الصورة الثانية: إذا كان مال أحد الخليطين لا يبلغ نصابا ومال الآخر يبلغ النصاب.

الأمر الثاني:

وذلك في مقدار الواجب فإنه لا أثر للخلطة فيه، وذلك أن تأثير الخلطة في الماشية بسبب الأوقاص وهي غير موجودة في غير السائمة من الأموال.

المبحث الثاني

في أثر الشيوخ في زكاة الفطر عن الرقيق المشاع

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: في وجوب الزكاة عن الرقيق المشاع.

المطلب الثاني: في مقدار الواجب عند القائلين به.

المطلب الأول:

اختلف في وجوب زكاة الفطر عن الرقيق المشاع على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

أنه يجب على الشركاء إخراج الزكاة عنه.

وبه قال جمهور الفقهاء من المالكية^(١)، والشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣)، والظاهرية^(٤)، وهو قول إسحاق والليث والأوزاعي^(٥).

(١) انظر: التاج والإكليل بهامش مواهب الجليل ٢/٣٧٠، الخرشي على مختصر خليل ٢/٢٣١.

(٢) انظر: روضة الطالبين ٢/٢٩٦.

(٣) انظر: مسائل الإمام أحمد لابنه عبدالله بتحقيق: د. علي المهنا ٢/٥٧٧، الإنصاف ٣/١٦٩-١٧٠، كشف القناع ٢/٢٥٠.

(٤) انظر: المحلى ٦/١٣٤.

(٥) انظر: شرح الزرقاني على موطأ مالك ٢/١٤٦.

قال القاضي عبد الوهاب^(١): «إذا كان العبد بين شركاء لزمهم إخراج الفطرة عنه»^(٢).

وقال النووي^(٣): «لو كان بينهما عبد أو عبيد كثيرون مشتركون مناصفة وجب على كل عبد صاع يلزم كل واحد من الشريكين نصفه هذا مذهبا»^(٤).

وقال الشريف أبو جعفر^(٥): «مسئلة: تجب الفطرة عن

(١) هو: أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر بن أحمد الثعلبي البغدادي المالكي، فقيه أديب شاعر، ولد سنة ٣٦٢هـ ببغداد، وتوفي بمصر سنة ٤٢٢هـ، من تصانيفه: «عيون المسائل» و «شرح المدونة» و «الإشراف على مسائل الخلاف». (انظر: ترتيب المدارك ٢/٢٩١-٢٩٥، الديباج المذهب ١٥٩، شجرة النور الزكية ١٠٣، معجم المؤلفين ٦/٢٢٦).

(٢) انظر: الإشراف على مسائل الخلاف ١/١٨٧.

(٣) هو: محيي الدين أبو زكريا يحيى بن شرف بن مري الحزامي الحوراني الشافعي النووي الإمام الحافظ المحدث الفقيه الزاهد صاحب التصانيف النافعة، ولد سنة ٦٣١هـ، وقضى عمره في التصنيف والطلب إلى أن توفي سنة ٦٧٦هـ، من تصانيفه: «المجموع شرح المذهب» لم يكمله، و «المنهاج» و «شرح صحيح مسلم». (انظر: طبقات الشافعية للسبكي ٥/١٦٥، تذكرة الحفاظ ٤/١٤٧٠-١٤٧٤، البداية والنهاية ١٣/٢٧٨-٢٧٩).

(٤) انظر: المجموع شرح المذهب ٦/٨٢.

(٥) هو: عبد الخالق بن عيسى بن أحمد بن محمد بن عيسى بن أحمد وينتهي نسبه بالعباس بن عبد المطلب، ولد سنة ٤١١هـ، وسمع الحديث ودرس الفقه على أبي يعلى وبرع في المذهب ودرس وأفتى وكان من كبار فقهاء الحنابلة، توفي سنة ٤٧٠هـ، من تصانيفه: «رؤوس المسائل» و «شرح من المذهب الطهارة وبعض الصلاة».

(انظر: طبقات الحنابلة ٢/٢٣٧-٢٤١، مناقب الأمام أحمد لابن الجوزي ٦٢٩).

العبد المشترك^(١)».

وقال ابن حزم: «مسألة فإن كان عبد أو أمة بين اثنين فصاعدا فعلى سيديهما إخراج زكاة الفطر، يخرج عن كل واحد من مالكية بقدر حصته^(٢)».

القول الثاني:

لا يجب على الشركاء إخراج زكاة الفطر عنه إلا أن يكون متعددا فيخرج كل واحد عن واحد مثلا.

وبه قال محمد بن الحسن^(٣)، وهو رواية عن أبي يوسف^(٤) من الحنفية^(٥).

(١) انظر: رؤوس المسائل ص ١٥٦ - مخطوط مكتبة بريدة العامة.

(٢) المحلى ١٣٤/٦.

(٣) هو: أبو عبدالله محمد بن الحسن بن فرقد نسبته إلى شيبان بالولاء أصله من حرستا من قرى دمشق، تفقه بأبي حنيفة وأبي يوسف، وهو ثاني أصحاب أبي حنيفة، وناشر مذهبه، كانت ولادته سنة ١٢١هـ، ووفاته ١٨٩هـ، من تصانيفه «الجامع الكبير» و«الجامع الصغير»، و«الزيادات».

(انظر: الفوائد البهية ١٦٢، الجواهر المضية ١٢٢/٣-١٢٧، شذرات الذهب ٢٢١/١).

(٤) هو: يعقوب بن إبراهيم بن حبيب بن خبيش الأنصاري الكوفي البغدادي صاحب أبي حنيفة والمقدم من أصحابه وأول من نشر مذهبه، توفي سنة ١٨١هـ، من تصانيفه: «الخراج» و«أدب القاضي» و«الجوامع».

(انظر: الجواهر المضية ٦١١/٣-٦١٢، تاريخ بغداد ٢٤٢-٢٦٢، الفوائد البهية ٢٢٥).

(٥) البناية شرح الهداية ٢٤١/٣-٢٤٢، حاشية ابن عابدين ٣/٢٦٢.

القول الثالث:

لا يجب على الشركاء إخراج زكاة الفطر عنه مطلقا .

وبه قال أبو حنيفة^(١)، وهو الأصح عن أبي يوسف^(٢)، وقول الحسن البصري^(٣)، وعكرمة^(٤)، وسفيان الثوري^(٥).

(١) هو: فقيه الملة عالم العراق الإمام أبو حنيفة النعمان بن ثابت بن زوطي التيمي بالولاء الكوفي، ولد سنة ٨٠هـ، وهو أحد أئمة المذاهب الأربعة وإليه ينسب المذهب الحنفي، له مسند في الحديث، والمخارج في الفقه وإليه تنسب رسالة الفقه الأكبر.

(انظر: تاريخ بغداد ٢٢٣/١٣، سير أعلام النبلاء ٦/٣٩٠-٤٠٣، الجواهر المضية ١/٤٩-٦٣).

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٧١/٢، فتح القدير شرح الهداية ٢٨٧/٢.

(٣) هو: أبو سعيد الحسن بن أبي الحسن يسار البصري مولى الأنصار وأمه خيرة مولاة أم سلمة، ولد لستين بقيتا من خلافة عمر، وقد رأى عليا وجمعا من الصحابة وكان تابعيا جليل القدر من أفصح أهل البصرة وأعبدهم وأفقههم، توفي سنة ١١٠هـ.

(انظر: الطبقات لابن سعد ١٥٦٧، تهذيب الأسماء واللغات ١/١٦١، البداية والنهاية ٩/٢٦٦، تهذيب التهذيب ٢/٢٦٣).

(٤) هو: العلامة الحافظ المفسر أبو عبدالله عكرمة مولى ابن عباس الهاشمي المدني أصله بربري من أهل المغرب، وهو من كبار التابعين، كان كثير العلم بحرا من البحور، قال ابن حجر: «ثقة ثبت عالم بالتفسير لم يثبت تكذيبه عن ابن عمر ولا يثبت عنه بدعة»، مات سنة ١٠٧هـ، وقيل غير ذلك.

(انظر: الطبقات لابن سعد ٥/٢٨٧، تهذيب الأسماء واللغات ١/٣٤٠-١٤١، تقريب التهذيب ٢/٣٠).

(٥) انظر: البناية شرح الهداية ٣/٢٤٢.

قال في المبسوط^(١): «رجلان بينهما مملوك للخدمة لا يجب على واحد منهما صدقة الفطر عندنا».

وفي الهداية شرح بداية المبتدئ^(٢): «والعبد بين الشريكين لا فطرة على واحد منهما، وكذا العبيد بين اثنين عند أبي حنيفة، وقالوا على كل منهما ما يخصه من الرؤوس دون الأشقاص».

الأدلة:

أدلة القول الثالث:

استدل أصحاب هذا القول بالآتي:

ماروي أن النبي ﷺ قال: «أداوا صدقة الفطر عمن تمونون»^(٣).
وجه الاستدلال: أن وجوب الزكاة علق بوجوب المؤنة، وجميع المؤنة لا يجب على كل واحد، بل بعضها، فلا تجب الصدقة لقصور المؤنة والولاية^(٤).

ويناقش من وجوه:

أحدها: أن الحديث ضعيف؛ لأن بعض طرقه مرسله وضعيفة وبعضها الآخر منقطع^(٥).

(١) ١٠٦/٣.

(٢) ١١٦/١.

(٣) أخرجه الدارقطني في سننه -كتاب زكاة الفطر ١٤١/٢ رقم ١٢، وأخرجه البيهقي في سننه الكبرى -كتاب الزكاة - باب إخراج زكاة الفطر عن نفسه وعن غيره ١٦١/٤.

(٤) انظر: فتح القدير شرح الهداية ٢٨٧/٢.

(٥) انظر: التلخيص الحبير ١٨٣/٢-١٨٤، سنن الدارقطني ١٤١/٢، الجواهر النقي على سنن البيهقي ١٦٠/٤.

الثاني: أن هذا التوجيه مخالف لما ورد من الأدلة على وجوب الزكاة عن الرقيق كما سيأتي في أدلة القول الأول.

الثالث: أن الجارية بين شريكين إذا وطئها ثم جاءت بولد وألحق بهما فإنهما يخرجان عنه الفطرة فكذلك هنا إذا لا فرق^(١).

أدلة القول الثاني:

أولاً: دليلهم على عدم وجوب الزكاة إذا كان الرقيق واحداً:

استدلوا على ذلك: بما استدل به أصحاب القول الثالث.

وقد تقدم مع المناقشات الواردة عليه.

ثانياً: دليلهم على وجوبها إذا كان الرقيق متعدداً:

استدلوا على ذلك بأن الوجوب مبني على أن الرقيق يقسم قسمة جمع فيملك كل واحد من الشركاء عبداً تاماً من حيث المعنى كأنه انفرد به فيجب على كل واحد منهم كالزكاة في السوائم المشتركة^(٢).

ويناقش:

بأنه لا يسلم أن الوجوب مبني على إمكان القسمة لوروده من الشارع مطلقاً كما سيأتي.

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:

(١) انظر: رؤوس المسائل لأبي جعفر ص ١٥٦ مخطوط.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٧١/٢، البناية شرح الهداية ٢٤١/٣.

- ١- ما روى أبو سعيد الخدري رضي الله عنه قال: «كنا نخرج زكاة الفطر ورسول الله ﷺ فينا عن كل صغير وكبير، حر ومملوك»^(١).
- ٢- ما روى ابن عمر^(٢) رضي الله عنهما: «أن رسول الله ﷺ فرض زكاة الفطر من رمضان على الناس صاعا من تمر أو صاعا من شعير على كل حر أو عبد ذكر، أو أنثى من المسلمين»^(٣).
- وجه الاستدلال منهما: أن هذين الحديثين عامان في المشترك وغيره فيبقيان على عمومهما لعدم المخصص لهما بغير المشترك.
- ٣- ما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبي ﷺ قال: «ليس على المسلم في عبده ولا فرسه صدقة إلا صدقة الفطر عن الرقيق»^(٤).
- ووجه الاستدلال منه هو وجه الاستدلال من الحديثين المتقدمين.

(١) أخرجه مسلم في صحيحه - كتاب الزكاة / باب زكاة الفطر على المسلمين من التمر والشعير ٦٧٩/٢ رقم (١٩).

(٢) هو: أبو عبد الرحمن عبد الله بن عمر بن الخطاب القرشي العدوي أسلم مع أبيه ولم يكن قد بلغ وهاجر معه وشهد مع الرسول ﷺ الخندق وما بعدها، وهو أحد الكثيرين عن رسول الله ﷺ، وروى عنه خلق كثير، غزا إفريقية مرتين وهو آخر من مات من الصحابة بمكة سنة ٧٣هـ.

(انظر: الطبقات لابن سعد ٤/١٢٤-١٨٨، الاستيعاب ٢/٢٣٣-٢٣٨، الإصابة ٢/٢٣٨، سير أعلام النبلاء ٣/٢٠٢-٢٣٩).

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه كتاب الزكاة / باب زكاة الفطر على المسلمين (٢/٦٧٧) رقم (١٢).

(٤) أخرجه أبو داود في سننه - كتاب الزكاة - باب صدقة الرقيق ٢/٢٥١، رقم ١٥٩٤.

ونوقش: بأن في سند الحديث بهذا اللفظ مجهولا فلا ينهض حجة^(١).
وأجيب من وجهين:

أحدهما: أن الحديث بهذا اللفظ روي من طريق ليس في إسناده
مجهول^(٢).

الثاني: أن الحديثين الصحيحين يشهدان له ويدلان على المعنى الذي
يدل عليه.

٤- أن الرقيق المشترك مملوك من أهل الطهارة بصدقة الفطر فوجب
إخراج الفطرة عنه كسائر من تلزمه نفقته قياسا على ما لو كان المالك
واحدا^(٣).

ويناقش: بأنه لا يلزم من وجوب النفقة على الشركاء إيجاب الصدقة
عليهم؛ لأن النفقة تجب باعتبار الملك كسائر الحيوانات بخلاف
الصدقة فإنها لا تجب إلا إذا تقرر سببها وهو أن يكون له ولاية تامة عليه
يمونه بها^(٤).

ويجاب: بأن اشتراط تمام الولاية لوجوب الصدقة مجرد دعوى تحتاج
إلى دليل، ولا دليل، بل الدليل بخلافها -وهو ما تقدم من عموم الأحاديث-

(١) انظر: مختصر سنن أبي داود للمنذري ٢/٢٠٦.

(٢) انظر: المحلى ٦/١٣٤.

(٣) انظر: الإشراف على مسائل الخلاف للقاضي عبدالوهاب ١/١٨٧، المنتقى
للبياجي ٢/١٨٢.

(٤) انظر: المبسوط ٣/١٠٦.

مع أن الولاية في المشترك ثابتة لكل واحد منهما .

الترجيح:

بعد عرض أدلة الأقوال وما جرى من مناقشات فإنه يترجح القول الأول لظهوره وقوة أدلته وسلامتها مما ورد على بعضها من المناقشات -في مقابل ضعف أدلة القولين الآخرين بما ورد عليها من مناقشات لم يبق معها ما يصلح متمسكا لأصحابها -والله أعلم - .

المطلب الثاني: في مقدار الواجب عند القائلين بوجوب الفطرة على الشركاء:

اختلف في مقدار الواجب عند القائلين به على أربعة أقوال:

القول الأول:

أن على كل واحد من الفطرة بقدر حصته من الرقيق .

وبه قال المالكية في المشهور^(١)، وهو قول الشافعية^(٢)، والمذهب عند

الحنابلة^(٣) .

(١) انظر: الإشراف للقاضي عبد الوهاب ١/١٨٧، التاج والإكليل ٢/٣٧٠، الخرشي على خليل ٢/٢٣١ .

(٢) انظر: الأم ٢/٦٥، روضة الطالبين ٢/٢٩٦، شرح روض الطالب ١/٢٨٩ .

(٣) انظر: الفروع ٢/٥٢٧، الإنصاف ٣/١٦٩-١٧٠، كشف القناع ٢/٢٥٠ .

القول الثاني:

أن على كل واحد من الشركاء فطرة كاملة.
وبه قال الإمام مالك^(١) في رواية^(٢)، وهو رواية عن الإمام أحمد
اختارها الخرقى^(٣)، وأبو بكر، وجمع من أصحاب الإمام أحمد^(٤).
القول الثالث:

أن الزكاة على عدد رؤوس المالكين دون نظر إلى حصصهم.
وهو قول عند المالكية^(٥) وهو ظاهر كلام ابن المواز^(٦).

-
- (١) هو: إمام دار الهجرة الإمام المحدث الفقيه، أحد أعلام الإسلام مالك بن أنس بن مالك الأصبحي الحميري المدني، أحد أئمة المذاهب الأربعة وإليه ينسب المذهب المالكي، ولد سنة ٩٢هـ، وأخذ العلم عن نافع والزهري وربيعة الرأي وغيرهم، توفي سنة ١٧٩هـ، من تصانيفه: «الموطأ» و«تفسير غريب القرآن».
(انظر: تاريخ ابن معين ٥٤٢/٢، سير أعلام النبلاء ٤٨/٨، الديباج المذهب ١٧-٢٩).
- (٢) انظر: المنتقى للباي ١٨٢/٢، شرح زروق على الرسالة ٢٤٢/١، شرح التنوخي على الرسالة ٢٤٣/١.
- (٣) هو: عمر بن الحسين بن عبدالله بن أحمد أبو القاسم الخرقى، من كبار فقهاء الحنابلة، له المصنفات الكثيرة في المذهب لم ينتشر منها إلا المختصر في الفقه لأنه خرج عن مدينة السلام لما ظهر سب الصحابة وأودع كتبه في درب سليمان فاحترقت الدار التي كانت فيها الكتب ولم تكن انتشرت لبعده عن البلد، توفي سنة ٣٣٤ ودفن بدمشق.
(انظر: طبقات الحنابلة ١١٨، ٧٥/٢، طبقات الفقهاء للشيرازي ١٧٢، العبر ٢٣٨/٢).
- (٤) انظر: الروايتين والوجهين ٢٤٧/١، الفروع ٥٢٧/٢، الإنصاف ١٧٠/٣.
- (٥) انظر: شرح التنوخي على الرسالة ٢٤٢/١، حاشية العدوي على الخرشي ٥٠٧/١، بلغة السالك مع الشرح الصغير ٦٧٤/١.
- (٦) هو: أبو عبدالله محمد بن إبراهيم بن زياد الإسكندراني المالكي الإمام العلامة فقيه الديار المصرية، ابن المواز، انتهت إليه رئاسة المذهب، والمعرفة بدقيقته =

القول الرابع:

أن على كل واحد من الشركاء ما ينوبه من الرؤوس دون الأشقاص.
وبه قال أبو يوسف ومحمد بن الحسن^(١).

وصورته: أن يكون بين شخصين خمسة عبید فيخرج كل واحد منهما ما ينوبه من الرؤوس دون الأشقاص، وما ينوب كل واحد اثنان.

الأدلة:

أما القول الرابع فلم يذكر أصحابه دليلاً على ما ذهبوا إليه.
ويناقش: بأنه إبطال العموم الأحاديث المتقدمة التي توجب صاعاً كاملاً على كل عبد.

كذلك القول الثالث لم يذكر أصحابه دليلاً على ما ذهبوا إليه.
ويناقش: بأن الزكاة على قدر النفقة والنفقة على قدر الانتفاع فجعل الزكاة على عدد الرؤوس مع تفاوتهم في الانتفاع به، ظلم ياباه الشارع الحكيم.

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:

١- أن صدقة الفطر لا تتبع بعض بدليل أنه لو ملك نصف صاع فاضلاً عن قوته لم يلزمه إخراجه فإذا لم تتبع بعض أشبهت الكفارات وقد ثبت أنه

= وجليله، توفي سنة ٢٦٩هـ، وقيل ٢٨١هـ، من مصنفاته: «الموازاة» وهو من أجل كتب المالكية.

(انظر: سير أعلام النبلاء ٦/١٢، الديباج المذهب ٢٢٢-٢٢٣، الوافي بالوفيات ٣٣٥/١، شجرة النور ٦٨).

(١) انظر: البناية شرح الهداية ٢/٢٤١، حاشية ابن عابدين ٣/٣٦٢.

لو اشترك نفسان في قتل نفس لزم كل واحد كفارة فكذلك هنا^(١).
ويناقش من وجوه:

أحدها: لا يسلم أن الذي لا يملك إلا نصف صاع فاضلا عن قوته لم يلزمه إخراجاه بل يلزم إخراجاه لعموم قوله تعالى: ﴿فَأَنْقُوا لِلَّهِ مَا اسْتَطَعْتُمْ...﴾^(٢)، وهذا غاية ما يستطيع كالعاجز عن الركوع أو السجود فإنه يعدل إلى الإيماء، ولا يقال يسقط عنه الركوع أو السجود ولا يعدل إلى الإيماء.

الثاني: أن التبعض ليس حقيقيا؛ لأن ما يخرج شريكه واجب كامل وهو صاع.

الثالث: أن قياسها على الكفارة قياس في مقابل النص كما سيأتي في أدلة القول الأول.

٢- قياس المالك المشترك على المالك المنفرد في إيجاب كامل الصدقة عليه بجامع الملك^(٣).

ويناقش: بأن هذا قياس مع الفارق؛ لأن المنفرد لو اقتصر على الجزء لبقيت الصدقة ناقصة بخلاف المشترك فإن الشريك يكملها.

٣- أن العبد محبوس في حق كل واحد منهما بدليل أنه محبوس بسببه في أحكام الرق إذا انفرد ملكه لحقه منه فكانت عليه فطرة كاملة

(١) انظر: الروايتين والوجهين ١/٢٤٧.

(٢) سورة التغابن، آية ١٦.

(٣) انظر: رؤوس المسائل لأبي جعفر ص ١٥٦ مخطوط.

قياسا على ما لو ملك جميعه^(١).

ويناقش: بأنه لا يسلم بكونه محبوسا في حق كل واحد منهما في وقت واحد؛ لأن هذا مستحيل، وإنما هو محبوس في حق كل واحد منهما في أوقات مختلفة بقدر حصصهم فيه بخلاف ما لو كان جميعه مملوكا لواحد فإنه يكون محبوسا في حقه وحده فتلزمه فطرته كاملة وحده، فافترقا.

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:

- ١- الأحاديث المتقدمة في وجوب الفطرة على الشركاء^(٢).
وجه الاستدلال منها: أن النبي ﷺ أوجب صاعاً واحداً عن كل عبد، وهذا عام في المشترك وغيره، وإذا لم يجب إلا صاع واحد فيما أن يلزم أحدهم أو جميعهم، وإلزام واحد ظلم فيلزم الجميع^(٣).
 - ٢- أنه عبد واحد فلا يجب عليه أكثر من صاع قياسا على سائر الناس^(٤).
- ويناقش: بأنه قياس مع الفارق، لأن المسؤول عن العبد المشترك متعدد بخلاف سائر الأفراد فالمسؤول متحد.
- ٣- أن صدقة الفطر طهرة فوجبت على سادته بالحصص قياسا على ماء طهارته من الجنابة إذا احتيج إليه^(٥).

(١) انظر: المنتقى للباقي ١٨٢/٢.

(٢) انظر: ص ٩٧.

(٣) انظر: المغني ٧٨/٣.

(٤) المرجع نفسه.

(٥) المرجع نفسه.

الترجيح:

الراجح هو القول الأول لقوة أدلته وسلامتها من المناقشة في مقابل ضعف القولين الثالث والرابع بالمناقشة الواردة عليهما ومناقشة أدلة القول الثاني -والله أعلم-.

تفريع على القول الراجح:

اختلف أصحاب القول الأول -فيمن تجب عليه فطرة العبد إذا تهاياه^(١) - على رأيين:

الرأي الأول:

أن الفطرة مشتركة بين المالكين ولا مدخل للمهاياة فيها . وهو المذهب عند الحنابلة^(٢)، وقول للشافعية^(٣) رجحه العراقيون والصيدلاني^(٤)، وإمام الحرمين^(٥).

(١) المقصود بالمهاياة: الانتفاع بالشيء المشترك على التناوب فيه كأن ينتفع به أحد الشريكين شهرا والآخر شهرا آخر وهكذا . وسيأتي مزيد بيان لمعنى المهاياة ص: ١١٩٩ وما بعدها.

(٢) انظر: الفروع ٥٢٧/٢، المدع ٣٩٠.

(٣) انظر: المجموع شرح المذهب ٥٦/٦.

(٤) هو: أبو بكر محمد بن داود الصيدلاني الشافعي، إمام جليل القدر عظيم الشأن من أئمة أصحاب الوجوه بخراسان، ومن عظماء تلامذة القفال المروزي، ومن كبار فقهاء الشافعية.
(انظر: طبقات السبكي ٣١/٤).

(٥) هو: أبو المعالي عبد الملك بن عبدالله بن يوسف بن عبدالله بن يوسف بن محمد ابن حيوية الجويني النيسابوري، الإمام الكبير شيخ الشافعية كانت ولادته سنة ٤١٩هـ، ووفاته ٤٧٨هـ، من تصانيفه: «البرهان في أصول الفقه»، و«الإرشاد في أصول الدين».

(انظر: سير أعلام النبلاء ٤٦٨/١٨-٤٧٧، طبقات الإسنوي ٤٠٩/١-٤١٢، وفيات الأعيان ١٦٧/٣-١٧٠).

الرأي الثاني:

أن الفطرة تجب على صاحب النوبة دون الآخر.
وبه قال الشافعية في الأصح عندهم^(١)، وهو قول للحنابلة^(٢).

الأدلة:

أدلة الرأي الثاني:

استدل أصحاب هذا الرأي بأن الفطرة من المؤن النادرة تدخل في
المهياة^(٣).

ويناقد من وجهين:

أحدهما: أن في دخول المؤن النادرة خلافاً^(٤).

الثاني: لو سلم بدخول المؤن النادرة في المهياة فإنه لا يسلم دخول الفطرة
فيها؛ لأن العلة في إيجابها على المالك الولاية والملكية، والانتفاع
المرتب عليهما، وكل منهما ينتفع به بإيجابها على صاحب النوبة فيه
ظلم له، كما لو كان لأحد الشريكين: عشر عبد وصادفت نوبته في
الانتفاع به في رمضان فإيجاب الصاع عليه إجحاف به.

أدلة الرأي الأول:

استدل أصحاب هذا الرأي بالأدلة الآتية:

١- أن الفطرة حق الله كالصلاة فلا تدخل في المهياة.

(١) مغني المحتاج ١/٤٠٣، حاشية الشرقاوي ١/٣٧٤.

(٢) الفروع ٢/٥٢٧، المبدع ٢/٣٩٠.

(٣) انظر: روضة الطالبين ٢/٢٩٦.

(٤) انظر هذا الخلاف في روضة الطالبين ٢/٢٩٦.

٢- أن في دخول الفطرة في المهاية ظلماً لصاحب النوبة الذي صادفت نوبته وقت الفطرة -كما تقدم بيان ذلك عند مناقشة دليل الرأي الثاني-.

الترجيح:

الراجح هو القول الأول لقوة أدلته في مقابل مناقشة دليل الرأي الثاني -والله أعلم-.

الفصل الثالث

في حكم الشيوع في الهدي والأضحية

وفيه ثلاثة مباحث:

- المبحث الأول: في حكم الاشتراك في الهدي والأضحية.
- المبحث الثاني: في العدد الذي يجزئ عنه الجزور والبقرة.
- المبحث الثالث: في اشتراك اثنين في نسكين على الشيوع.

المبحث الأول

في حكم الاشتراك في الهدى والأضحية

اختلف في حكم الاشتراك في الإبل والبقر في الهدى والأضحية على

قولين:

القول الأول:

جواز الاشتراك في الهدى والأضحية إذا كان بعيرا أو بقرة.

وبه قال الحنفية^(١)، والشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣)، وهو رواية عن مالك^(٤)، وبه قال سعيد بن المسيب^(٥)، وإسحاق^(٦)، وداود^(٧).

- (١) انظر: المبسوط ١٤٣/٤، تبيين الحقائق ٤٣/٢، حاشية ابن عابدين ٥٤٣/٢.
- (٢) انظر: شرح روض الطالب ٥٢٩/١-٥٣٠، نهاية المحتاج ٣١٥/٣، حاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب ٥٠٧/١.
- (٣) انظر: المحرر ٢٤٩/١، الفروع ٥٤١/٣، شرح منتهى الإرادات ٧٨/٢.
- (٤) انظر: شرح ابن العربي على سنن الترمذي ١٤٢/٤، الكافي لابن عبد البر ٣٧١/١، بداية المجتهد ٣٧١/١.
- (٥) هو: سعيد بن المسيب بن حزن بن أبي وهب بن عمرو القرشي المخزومي تابعي جليل القدر، روى عن عمر وعثمان وعلي وغيرهم، وهو أحد الفقهاء السبعة وممن جمع بين الحديث والفقه والزهد والورع، وكانت ولادته لسنتين مضتا من خلافة عمر، وتوفي سنة ٩٢هـ، وكان أحفظ الناس لأحكام عمر حتى سمي راوية عمر. (انظر: الطبقات لابن سعد ٣٧٩/٢، تهذيب التهذيب ٨٤-٨٨/٤، وفيات الأعيان ٣٧٥-٣٧٨/٢).
- (٦) انظر: فتح الباري ٥٣٥/٢.
- (٧) هو: داود بن علي بن خلف الأصبهاني البغدادي الحافظ الفقيه المجتهد أبو سليمان فقيه أهل الظاهر، ولد سنة ٢٠٠هـ وقيل ٢٠٢هـ، وقد منعه الإمام أحمد من الدخول إليه لكونه قال: القرآن محدث، توفي سنة ٢٧٠هـ. (انظر: تذكرة الحفاظ ٥٧٢/٢، ميزان الاعتدال ١٦-١٤/٢، الفهرست لابن النديم ٢١٦/١).

وابن حزم^(١)، وهو مروى عن جمع من الصحابة^(٢).

قال ابن الهمام^(٣): «كل من وجب عليه دم من المناسك جاز له أن يشارك ستة نفر قد وجب الدماء عليهم وإن اختلفت أجناسها من دم متعة وإحصار وجزاء صيد وغير ذلك»^(٤).

وقال النووي: «لو اشترك جماعة في ذبح بدنة أو بقرة أراد بعضهم الهدى وبعضهم الأضحية وبعضهم اللحم جاز»^(٥).

وقال البهوتي^(٦): «وتجزئ كل من البدنة والبقرة عن سبعة، وسواء أراد جميعهم - أي جميع الشركاء في البدنة أو البقرة القريبة - أو أراد بعضهم القريبة وأراد الباقيون اللحم»^(٧).

(١) انظر: المحلي ١٤٩/٧.

(٢) انظر: المرجع السابق ١٥١-١٥٢، وانظر: كشف القناع ٥٣٢/٢.

(٣) هو: كمال الدين محمد بن عبدالواحد بن عبدالحميد بن مسعود الشهير بابن الهمام، من فقهاء الحنفية عارف بأصول الديانات والتفسير والفرائض والفقهاء والحساب، وكانت ولادته بالإسكندرية سنة ٧٩٠هـ، ووفاته سنة ٨٦١هـ، من تصانيفه: «فتح القدير» و«التحرير» في أصول الفقه.
(انظر: الفوائد البهية ص ١٨٠-١٨١، الأعلام للزركلي ٢٥٥/٦).

(٤) فتح القدير شرح الهداية ١٦٧/٣.

(٥) المجموع شرح المهذب ٤١٤/٧.

(٦) هو: منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي شيخ الحنابلة بمصر في عصره، ولد سنة ١٠٠٠هـ وتوفي سنة ١٠٥١هـ، من تصانيفه كشف القناع عن متن الإقناع» و«الروض المربع شرح زاد المستتقع».
(انظر: مختصر طبقات الحنابلة لابن الشطي ص ١١٤-١١٦، الأعلام للزركلي ٣٠٧/٧).

(٧) كشف القناع ٥٣٢-٥٣٢/٢.

وقال ابن عبدالبر^(١): «وقد روي عن مالك أنه يشترك في هدي المعتمرين وفي التطوع دون الواجب»^(٢).

القول الثاني:

لا يجوز الاشتراك في الهدي والأضحية أيًا كان.

وبه قال المالكية في المشهور عندهم^(٣)، وهو مروى عن ابن عمر وابن عباس^(٤)، والحكم^(٥)، وحماد^(٦)،

(١) هو: أبو عمر يوسف بن عبدالله بن محمد بن عبدالبر النمري الأندلسي القرطبي المالكي، الإمام المحدث المؤرخ الفقيه، ولد بقرطبة سنة ٣٦٨هـ، وتوفي بشاطبة سنة ٤٦٢ هـ، من تصانيفه: «الاستذكار لمذاهب علماء الأمصار» و«التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد» و«الكافي».
(انظر: ترتيب المدارك ٤/٨٠٨-٨١٠، الديباج المذهب ص ٢٥٧، شجرة النور الزكية ص ١١٩).

(٢) الكافي في فقه أهل المدينة ١/٣٥٠.

(٣) انظر: المنتقى للباقي ٣/١٤، الخرشني على مختصر خليل ٢/٣٨٧، الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي ٢/٩٢.

(٤) هو: حبر الأمة وترجمان القرآن عبدالله بن عباس بن عبدالمطلب أبو العباس القرشي الهاشمي ابن عم رسول الله ﷺ فقيه العصر وإمام التفسير، ولد قبل الهجرة بثلاث سنين في شعب بن هاشم وصحب النبي ودعا له بالحكمة، وحدث عن النبي ﷺ، وغزا أفريقية مع ابن أبي سرح، توفي سنة ٦٨هـ وقيل ٦٧.
(انظر: الاستيعاب ٢/٣٥٠، سير أعلام النبلاء ٣/٢٣١-٢٥٩، الإصابة ٢/٢٣٠).

(٥) هو الحكم بن عتيبة أبو محمد الكندي مؤلاه الكوفي. الإمام الكبير عالم أهل الكوفة، كان ثقة ثبنا فقيها، إلا أنه ربما دلس وكان صاحب سنة واتباع، مات سنة ١١٥.

(انظر: طبقات الفقهاء للشيرازي ص ٨٢، سير أعلام النبلاء ٥/٢٠٨-٢١٣، العبر ١/١٤٣، تقريب التهذيب ١/١٩٢).

(٦) هو: حماد بن أبي سليمان، أبو إسماعيل بن مسلم الكوفي مولى الأشعريين أصله من أصبهان، العلامة الإمام فقيه العراق، تفقه بإبراهيم النخعي وهو من أنبل =

وابن سيرين^(١) ^(٢).

قال في التاج والإكليل^(٣): «ولا يشترك في الهدى»، وفي منح الجليل^(٤):
«ولا يشترك... في هدى تطوع أو واجب».

الأدلة:

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:

- ١- ما روي عن ابن عمر أنه قال: لا يشترك في شيء من النسك .
ويناقش: بأن ابن عمر رجوع عن ذلك لما بلغته السنة^(٥)، فقيده روى الإمام
أحمد بسنده عن الشعبي^(٦) قال : سألت ابن عمر، قلت: الجزور
والبقرة تجزئ عن سبعة؟ قال: يا شعبي، ولها سبعة أنفس؟ قال : قلت:

= أصحابه وأفقهم، وهو شيخ أبي حنيفة وكان أحد العلماء الأذكياء والكرام
الأسخياء. توفي سنة ١٢١هـ وقيل ١١٩هـ.

(انظر: سير أعلام النبلاء ٢٣١/٥-٢٣٩، العبر ١/١٥١، تهذيب التهذيب ١٦/٣).

- (١) هو: الإمام الكبير محمد بن سيرين الأنصاري البصري مولى أنس بن مالك ولد
لسنتين بقيتا من خلافة عثمان وسمع جمعا من الصحابة وروى عنه خلق كثير.
قال الشعبي: عليكم بذلك الأصم يعني محمد بن سيرين . توفي سنة ١١٠هـ.
(انظر: الطبقات لابن سعد ٧/١٩٣، تاريخ بغداد ٥/١٣٣، سير أعلام النبلاء
٦٠٦/٤-٦٢٢).

(٢) المحلي ١٥٠/٧.

(٣) ١٩٥/٣.

(٤) ٣٩١/٢.

(٥) انظر: فتح الباري ٣/٥٣٥.

- (٦) هو : عامر بن شراحيل بن عبد ذي - كبار، وذو - كبار قبيل من أقبال اليمن. أبو
عمرو الهمداني ثم الشعبي الإمام علامة العصر التابعي الثقة، حدث عن طائفة
من الصحابة. وكان فقيها بارزا. قال أبو مجلز: ما رأيت أحدا أفقه من الشعبي
«... توفي سنة ١٠٤هـ وقيل ١٠٣هـ».

(انظر: الطبقات لابن سعد ٦/٢٤٦-٢٥٦، تذكرة الحفاظ ١/٧٩-٨٨).

فإن أصحاب محمد يزعمون أن رسول الله ﷺ سن الجزور عن سبعة
والبقرة عن سبعة، قال: فقال ابن عمر لرجل: أكذاك يا فلان؟ قال:
نعم، قال: ما شعرت بهذا^(١).

قال في مجمع الزوائد^(٢): رجاله رجال الصحيح.

٢- ماروى محمد بن سيرين عن ابن عباس قال: ما كنت أرى دما واحدا
يقضي عن أكثر من واحد^(٣).

ويناقش من وجهين:

أحدهما: أن رواية محمد عن ابن عباس منقطعة^(٤).

الثاني: لو سلم باتصالها فإنه يحتمل أن يكون أخبر أنه كان لا يرى ذلك من
جهة الاجتهاد حتى صح عنده النقل بصحة الاشتراك فأفتى به أبا
جمرة^(٥) حينما سأله عن الهدى فقال له^(٦): فيها جزور أو بقرة أو شاة
أو شرك في دم^(٧).

(١) انظر: مسند الإمام أحمد ٤٠٩/٥.

(٢) ٢٢٦/٦.

(٣) انظر فتح الباري ٥٣٤/٣.

(٤) انظر: فتح الباري ٥٣٥/٣.

(٥) هو: نصر بن عمران بن عصام، وقيل ابن عاصم بن واسع أبو جمرة الضبيعي
البيصري، روى عن أبيه وابن عباس وابن عمر وغيرهم، وكان ثقة فاضلا، وكان
مقيما بنيسابور ثم خرج إلي مرو ثم إلي سرخس فمات بها قيل سنة ١٢٤هـ وقيل
غير ذلك.

(انظر: الطبقات لابن سعد ٢٣٥/٧، الكاشف ١٧٨/٣، تهذيب التهذيب ٤٣١/١٠-٤٣٢).

(٦) انظر: فتح الباري ٥٣٥/٣.

(٧) أخرجه البخاري في صحيحه/ كتاب الحج/ باب فمن تمتع بالعمرة إلى الحج=

ووجه الاستدال في قوله: أو شرك في دم حيث أثبت مشروعية الاشتراك في الدم.

٣- أن الاشتراك في الثمن يوجب أن يكون لكل واحد قسط من اللحم وذلك يوجب القسمة وهي بيع^(١).

٤- أنه حيوان يجزئ في الهدى كالشاة فيقاس عليها فلا يصح الاشتراك فيه^(٢).

٥- أن الاشتراك يؤدي إلي أن يكون الشريك في البدنة مخرجا لبعض لحمها فلا يصح كما لو اشترى لحما^(٣).

٦- أن الإهداء إزالة ملك عن حيوان على وجه الحتم والوجوب؛ فلم يصح الاشتراك فيه قياسا على كفارة العتق في القتل والظهار^(٤).

٧- أنه حيوان وجب عن جنابة لحق عباده فلم يجز الواحد فيه عن سبعة قياسا على الوطاء في رمضان^(٥).

وتناقش هذه الأدلة الخمسة بأنها تعليقات وأقيسة في مقابل السنة الثابتة عن النبي ﷺ في صحة الاشتراك^(٦).

=فما استيسر من الهدى ١٨٠/٢ رقم ١٦٨٨.

(١) الإشراف على مسائل الخلاف ٢٤٦/١.

(٢) المرجع نفسه.

(٣) المرجع نفسه.

(٤) المرجع نفسه.

(٥) المرجع نفسه.

(٦) ستاتي الأدلة على هذه السنة في أدلة القول الأول.

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:

١- ما روى أبو جمرة قال سألت ابن عباس رضي الله عنهما عن المتعة فأمرني بها، وسألته عن الهدى فقال: فيها جزور أو بقرة أو شاة أو شرك في دم، قال: وكان أناسا كرهوها، فتمت فرأيت في المنام كأن إنسانا ينادي: حج مبرور، ومتعة متقبلة. فأتيت ابن عباس رضي الله عنهما فحدثته، فقال: الله أكبر سنة أبي القاسم عليه السلام ^(١). وناقش القاضي إسماعيل ^(٢) هذا الحديث: بأنه قد خالف أبا جمرة ثقات أصحاب ابن عباس فرووا عنه، أن ما استيسر من الهدى (شاة) وليس ما ذكر أبو جمرة، ثم ساق ذلك بأسانيد صحيحة عنهم، عن ابن عباس.

قال القاضي إسماعيل: وقد روى ليث عن طاووس عن ابن عباس مثل رواية أبي جمرة، وليث ضعيف ^(٣).

وأجيب عن هذه المناقشة من وجوه:

أحدها: أن أبا جمرة لم يخالف غيره ولا منافاة بين روايته ورواية غيره؛ لأنه زاد عليهم ذكر الاشتراك ووافقهم على ذكر الشاة.

(١) سبق تخريجه: ص ١١٣ - ١١٤.

(٢) هو: أبو إسحاق إسماعيل بن إسحاق بن إسماعيل بن حماد بن زيد الجهضمي الأزدي مولى آل جرير بن حازم أصله من البصرة وبها نشأ ثم استوطن بغداد، ونشر مذهب مالك في العراق. توفي سنة ٢٨٢هـ له تأليف كثيرة منها: موطأه وكتاب في القراءات وكتاب أحكام القرآن.
(انظر: الديباج المذهب ص ٩٢-٩٥، سير أعلام النبلاء ١٣/٢٣٩، شجرة النور الزكية ص ٦٥).

(٣) انظر فتح الباري ٣/٥٢٤.

الثاني: لو سلم أن الزيادة مخالفة فإن أبا جمرة ثقة، والزيادة من الثقة مقبولة.

الثالث: أن ابن عباس أراد بالاختصار على الشاة- في رواية الأكثر- الرد على من زعم اختصاص الهدي بالإبل والبقر وذلك واضح ... وهو أولي من الطعن في رواية من أجمع العلماء على توثيقه والاحتجاج بروايته وهو أبو جمرة الضبيعي^(١).

٢- ما روى جابر بن عبد الله^(٢) رضي الله عنهما قال: نحرنا مع رسول الله ﷺ عام الحديبية، البدنة عن سبعة والبقرة عن سبعة^(٣).

ونوقش من وجهين:

الوجه الأول: أن الحديث وهم لذكره البقرة عن سبعة^(٤).

ويجاب عنه بأمرين:-

أحدهما: أن الحديث في صحيح مسلم.

الثاني: أن أحاديث جابر الأخرى تشهد له وستأتي^(٥).

(١) انظر: فتح الباري ٥٣٤/٣.

(٢) هو: أبو عبد الله جابر بن عبد الله بن عمرو بن حرام الأنصاري السلمي الخزرجي، من الكثيرين عن رسول الله ﷺ، شهد العقبة الثانية مع أبيه وهو صبي وغزا مع رسول الله سبع عشرة غزوة وشهد صفين مع علي، وعمي في آخر عمره وهو آخر من مات بالمدينة ممن شهد العقبة وكانت وفاته سنة ٧٤هـ وقيل ٧٧هـ.

(انظر: أسد الغابة ٣٠٧/١-٣٠٨، سير أعلام النبلاء ١٨٩/٣، الإصابة ٢١٣/١).

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه/ كتاب الحج/ باب الاشتراك في الهدي وإجزاء البقرة والبدنة عن سبعة ٩٥٥/٢ رقم ١٢١٨.

(٤) المنتقى للباقي ٩٦/٣.

(٥) انظر: هذه الأحاديث ص ١١٧ - ١١٩.

الوجه الثاني:

يحتمل أن يكون النبي ﷺ هو الذي نحر عنهم وكان الهدى، جميعه له، فكأن هذا كما يذبح الرجل عنه وعن أهله، لأن المسلمين كلهم أهل النبي ﷺ - هو أب لهم وأزواجه أمهاتهم، ولعل النبي ﷺ ساقها واشرك بينهم فيها ولم يخرج كل واحد جزءا من ثمنها^(١).

ويجاب: بأن الاشتراك واقع وهو المطلوب، وكونها من النبي أو منهم لا يؤثر، لأن دفع الرجل لقيمة نسكه أو دفعه من غيره لا أثر له.

٣- ماروى جابر قال: خرجنا مع رسول الله ﷺ مهلين بالحج فأمرنا رسول الله ﷺ أن نشترك في الإبل والبقر كل سبعة منا في بدنه.

وفي لفظ: حججنا مع رسول الله ﷺ فنحرننا البعير عن سبعة والبقرة عن سبعة.

وفي لفظ آخر له: اشتركنا مع النبي ﷺ في الحج والعمرة كل سبعة في بدنة.. فقال رجل لجابر: أيشترك في البدنة ما يشترك في الجزور؟ قال: ماهي إلا من البدن^(٢).

وفي لفظ: فقال له رجل: البقرة يشترك فيها؟ فقال: ما هي إلا من البدن^(٣).

(١) المنتقى للباجي ٩٦/٣ - ٩٧.

(٢) أخرج حديث جابر بهذه الألفاظ مسلم في صحيحه/ كتاب الحج/ بالب الاشتراك في الهدى وأجزاء البقرة والبدنة عن سبعة ٩٥٥/٢-٩٥٦ رقم ١٣١٨/٣٥٥-٣٥١.

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٢٥٩/٩.

وفي لفظ قال: كنا نتمتع مع رسول الله ﷺ فنذبح البقرة عن سبعة نشترك فيها^(١). وفي لفظ عند أبي داود^(٢) والجزور عن سبعة^(٣). وفي لفظ عند أبي داود أيضا: أن النبي ﷺ قال: البقرة عن سبعة والجزور عن سبعة^(٤).

وجه الاستدلال: هذه الأحاديث تدل دلالة ظاهرة على صحة الاشتراك في الإبل والبقر في الهدى.

٤- ما روى جابر وابن عباس أن النبي ﷺ أشرك عليا في هديه^(٥). وهذا الحديث نص صريح في صحة الاشتراك.

ونوقش: بأن هذا محمول على أنه ﷺ جعل عليا شريكا له في ثواب الهدى لا أنه ملكه له بعد أن جعله هديا^(٦).

(١) أخرجه مسلم فيما تقدم.

(٢) هو: سليمان بن الأشعث بن شداد بن عمرو بن عامر وقيل سليمان بن الأشعث ابن بشر بن شداد الأزدي السجستاني أبو داود الإمام الحافظ محدث البصرة، كان من أئمة الحديث، ارتحل في طلبه إلى الأقطار وكان من كبار أصحاب الإمام أحمد، روى عنه «المسائل» وله أيضاً «السنن» و«المراسيل» وغيرها. توفي سنة ٢٧٥هـ وكانت ولادته ٢٠٢هـ.

(انظر: طبقات الحنابلة ١/١٥٩-١٦٢، سير أعلام النبلاء ١٣/٢٠٢-٢٢١، المنتظم ٥/٩٧-٩٨، تهذيب التهذيب ٤/١٦٩-١٧٢).

(٣) انظر: سنن أبي داود/ كتاب الضحايا/ باب في البقرة والجزور عن كم تجزئ ٣/ ٢٣٩ رقم ٢٨٠٧.

(٤) المرجع السابق رقم ٢٨٠٨.

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه/ كتاب الشركة/ باب الاشتراك في الهدى والبدن وإذا أشرك الرجل في هديه بعدما أهدى ٢/١١٤ رقم ٢٥٠٥ - ٢٥٠٦.

(٦) انظر: فتح الباري ٥/١٢٨.

ويجاب عنه من وجهين:

أحدهما: أن المتبادر الإشراك بالعين لا بالثواب، ولا دليل على صرفه عن الإشراك في العين إلى الإشراك في الثواب.

الثاني: أن الإشراك بالثواب ليس خاصا بعلي، فتخصيص علي بالذكر يدل على أن المراد الإشراك بالجزء.

٥- ماروى جابر، قال: قال رسول الله ﷺ: «اشتركوا في الإبل والبقر كل سبعة في بدنة» رواه البرقاني^(١) على شرط الشيخين^(٢).

٦- ما ورد عن الصحابة من الآثار التي تدل على جواز الاشتراك في الإبل والبقر، ومنها:

(أ) ما روي عن علي بن أبي طالب^(٣) أنه قال: «البدنة عن سبعة والبقرة عن سبعة».

(١) هو: أحمد بن محمد بن أحمد بن غالب الخوارزمي ثم البرقاني الشافعي، الإمام العلامة شيخ الفقهاء والمحدثين صاحب التصانيف. قال الخطيب: كان البرقاني ثقة ورعا ثبتا فهما لم نر في شيوخوا أثبت منه، عارفا بالفقه .. ، توفي سنة ٤٢٥هـ. صنف مسندا ضمنه ما اشتمل عليه صحيح البخاري ومسلم.
(انظر: طبقات الفقهاء للشيرازي ص ١٢٧، تاريخ بغداد ٢٧٢/٤ - ٢٧٦، سير أعلام النبلاء ١٧/٤٦٤-٤٦٨).

(٢) انظر: عون المعبود شرح سنن أبي داود ٥١٢/٧.

(٣) هو: أمير المؤمنين أبو الحسن علي بن أبي طالب بن عبد المطلب الهاشمي القرشي ابن عم رسول الله ﷺ وزوج ابنته فاطمة ورابع الخلفاء الراشدين، شهد المشاهد كلها إلا تبوك، قال فيه النبي ﷺ: «من كنت مولاه فعلي مولاه» وكانت ولادته قبل البعثة بعشر سنين علي الصحيح وقتل سنة ٤٠هـ.
(انظر: الاستيعاب ٢٦/٣، الإصابة ٥٠٧/٢ - ٥١٠، أسد الغابة ٣/٥٨٨ - ٦٢٠).

(ب) ما روي عن أبي مسعود البديري^(١) أنه قال: «تتجر البدنة عن سبعة والبقرة عن سبعة».

(ج) ما روي عن ابن مسعود^(٢) أنه قال: «البقرة والجزور عن سبعة».

(د) ما روي عن أنس أنه قال: «الجزور والبقرة عن سبعة».

(هـ) ما روي عن عائشة^(٣) أنها قالت: «البقرة والجزور عن سبعة»^(٤).

(١) هو : عقبة بن عمرو بن ثعلبة بن أسيرة الخزرجي الأنصاري ويعرف بالبديري؛ لأنه سكن أو نزل ماء بيدر وشهد العقبة ولم يشهد بدرًا عند جمهور أهل العلم بالسيرة، وسكن الكوفة وابتنى بها وكان من أصحاب علي . توفي سنة ٤١هـ وقيل ٤٢هـ وقيل بعد الستين.

(انظر: الاستيعاب ٤/١٧٢-١٧٣، الإصابة ٢/٤٩٠-٤٩١، أسد الغابة ٥/٢٨٦-٢٨٧).

(٢) هو: أبو عبد الرحمن عبد الله بن مسعود بن غافل بن حبيب الهذلي من السابقين إلى الإسلام وممن هاجر الهجرتين إلى الحبشة وهو من أكابر الصحابة فضلاً وعقلاً وشهد المشاهد كلها مع الرسول ﷺ وبعثه عمر إلى الكوفة ليعلم أهلها. توفي سنة ٣٢ بالمدينة وقيل غير ذلك.

(انظر الطبقات لابن سعد ٣/١٥٠-١٦٠، الاستيعاب ٢/٣١٦، الإصابة ٢/٣٦٨).

(٣) هي : أم المؤمنين الصديقة الطاهرة بنت الصديق أبي بكر بن أبي قحافة ولدت بعد البعثة بأربع سنين أو خمس تزوجها رسول الله ﷺ - قبل الهجرة ودخل بها في السنة الأولى وقيل في السنة الثانية من الهجرة وكانت من أفقه نساء المسلمين، يراجعها الصحابة في كثير من أمور دينهم. توفيت سنة ٥٨هـ وقيل ٥٧هـ.

(انظر : الاستيعاب ٤/٣٥٦، الإصابة ٤/٣٥٩، أسد الغابة ٦/١٨٨-١٩٢).

(٤) أخرج هذه الآثار ابن حزم في المحلى ٧/١٥١-١٥٢.

الترجيح:

بعد سياق هذه الأحاديث والآثار الدالة علي صحة الاشتراك وضعف أدلة أصحاب القول الثاني، فإن الراجح هو القول الأول، وذلك لأن أدلته نص في محل النزاع وأكثرها مخرج في الصحيحين أو أحدهما- والله أعلم-.

المبحث الثاني

في العدد الذي تجزئ عنه الجزور والبقرة

اختلف القائلون بجواز الاشتراك في العدد الذي تجزئ عنه الجزور
والبقرة على ثلاثة أقوال:-

القول الأول:

أن البعير والبقرة كل منهما يجزئ عن سبعة.
وبه قال الحنفية^(١)، والشافعية^(٢)، وهو المذهب عند الحنابلة^(٣)، ورواية
عند المالكية^(٤)، وبه قال داود الظاهري^(٥).

القول الثاني:

أن البعير يجزئ عن عشرة والبقرة عن سبعة.
وبه قال سعيد بن المسيب في رواية، وإسحاق في رواية^(٦).

(١) انظر: المسبوط ١٤٣/٤، تبيين الحقائق ٤٣/٢، فتح القدير شرح الهداية ١٦٧/٣،
ويلاحظ أن الحنفية يشترطون إرادة جميع المشتركين القرية فإن أراد بعضهم
اللحم لم تجزئ عن أحد منهم .

(٢) انظر : روضة الطالبين ١٨٣/٣، المجموع شرح المذهب ٤١٤/٧، مغني المحتاج
٥١٥/١ .

(٣) انظر: الإنصاف ٧٦/٤، شرح منتهى الإرادات ٧٨/٢، كشاف القناع ٥٢٢/٢-٥٢٣ .

(٤) انظر: الكافي لابن عبد البر ٣٥٠/١، شرح ابن العربي على سنن الترمذي
١٤٢/٤ .

(٥) انظر: فتح الباري ٥٣٤/٣، ويلاحظ أن المالكية وداود يقولون بالاشتراك في هدي
التلوع دون الواجب .

(٦) انظر: سنن الترمذي ٢٣٩/٣، الشرح الكبير مع المغني ٥٣٩/٣ .

القول الثالث:

إن البعير والبقرة كل منهما يجزئ عن عشرة.

وبه قال أحمد في رواية^(١)، وإسحاق في رواية^(٢)، وهو قول^(٣) ابن خزيمة^(٤)، وابن حزم^(٥)، وهو مروى عن ابن عباس، ورواية عن سعيد بن المسيب^(٦).

الأدلة:

أدلة القول الثالث:

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:

١- ما روى رافع بن خديج^(٧) رضي الله عنه قال: «كنا مع النبي ﷺ بذي الحليفة

(١) انظر: تهذيب سنن أبي داود لابن القيم ٢/٢٨٩.

(٢) انظر: المحلى ٧/١٥٢، فتح الباري ٣/٥٣٥.

(٣) انظر: صحيح ابن خزيمة ٤/٢٩٠.

(٤) هو: الإمام الكبير الحافظ الفقيه أبو بكر محمد بن إسحاق بن خزيمة بن المغيرة السلمي النيسابوري. ولد سنة ٢٢٣هـ وعنى بدراسة الحديث فأكثر وجوده وصنف واشتهر اسمه وانتهت إليه الإمامة والحفظ في عصره بخراسان. توفي سنة ٣١١هـ، من مصنفاته كتاب «التوحيد» و«صحيح ابن خزيمة».

(٥) انظر: تذكرة الحفاظ ٢/٧٢٠-٧٢١، سير أعلام النبلاء ١٤/٣٦٥-٣٨٢، شذرات الذهب ٢/٢٦٢.

(٦) انظر: المحلى ٧/١٤٩، ١٥٢.

(٧) انظر: المرجع السابق ٧/١٥٢.

(٧) هو: رافع بن خديج بن رافع بن عدي بن زيد الأنصاري الأوسي الحارثي أبو عبد الله وقيل أبو خديج، شهد أحدا والخندق وأكثر المشاهد، وشهد صفين مع=

من تهامة فأصبنا غنما وإبلا فعجل القوم فأغلوا بها القدور، فجاء رسول الله ﷺ فأمر بها فأكفئت، ثم عدل عشرة من الغنم بجزور..^(١).
وجه الاستدلال: أن الرسول عدل عشرة من الغنم بجزور فدل ذلك على أن الجزور يجزئ في الهدى عن عشرة، لأن الشاة تجزئ في الهدى عن واحد.

ويناقش من وجوه :

أحدها: أن الحديث في القسمة. وقياس الهدى على القسمة قياس في مقابل النص وهي أحاديث جابر المتقدمة.

الثاني: لو سلم بصحة القياس فإنها واقعة عين يحتمل أنه روعي فيها قيمة الإبل والغنم إذ ذاك، ففعل الإبل كانت قليلة أو نفيسة والغنم كانت كثيرة أو هزيلة بحيث كانت قيمة البعير عشر شياه، وهذه القسمة لا تنافي التعديل الوارد في حديث جابر، لأن التعديل فيه بالنظر إلى الغالب في قيمة الشاة والبعير المعتدلين.

الثالث: لو سلم طردها فإنها^(٢) متقدمة فتكون منسوخة؛ لأن أحاديث الاشتراك كانت في حجة الوداع، ولم يكن بعدها غزو ولا مغنم.

=علي. توفي سنة ٧٤هـ وهو ابن ست وثمانين وكان عريف قومه.

(انظر: الاستيعاب ١/٤٩٥، الإصابة ١/٤٥١، أسد الغابة ٢/٢٨ - ٣٩).

(١) أخرجه البخاري في صحيحه / كتاب الشركة/ باب من عدل عشرا من الغنم بجزور في القسم ٣/١١٤ رقم ٢٥٠٧.

(٢) انظر: فتح الباري ٩/٦٢٧.

٢- ما روى المسور بن مخرمة^(١) ومروان بن الحكم^(٢) قالاً: «خرج رسول الله ﷺ عام الحديبية يريد زيارة البيت، لا يريد قتالا، وساق معه الهدى سبعين بدنة، وكان الناس سبعمائة رجل فكانت كل بدنة عن عشرة نفر»^(٣).

ويناقش: بأن الحديث ضعيف؛ لأن في سنده محمد بن إسحاق^(٤)،

(١) هو: أبو عبد الرحمن المسور بن مخرمة بن نوفل بن أهيب بن عبد مناف الزهري القرشي صحابي روى عن النبي ﷺ وعن عمر وعثمان وعلي وغيرهم، وكان ممن يلزم عمر بن الخطاب وكان من أهل الفضل والدين، توفي سنة ٦٤هـ وقيل قتل مع ابن الزبير سنة ٧٣هـ.
(انظر: جمهرة أنساب العرب ص ١٢٩، الإصابة ٤١٩/٣-٤٢٠، تهذيب التهذيب ١٥١/١٠).

(٢) هو: مروان بن الحكم بن أبي العاص بن أمية بن عبد شمس القرشي الأموي أبو عبد الملك، ولد على عهد النبي ﷺ واختلف في رؤيته للنبي، وتولى الخلافة بعد موت معاوية بن يزيد بن معاوية قدر نصف سنة ثم بغته الموت فعهد إلى ابنه عبد الملك، وكانت وفاته سنة ٦٥هـ.
(انظر: الإصابة ٤٧٧/٣-٤٧٨، أسد الغابة ٣٦٨/٤).

(٣) أخرجه الإمام أحمد في مسنده ٣٢٣/٤، وأخرجه الدارقطني في سننه- كتاب الحج / باب المواقيت ٢٤٣/٢، رقم ٣٢، وأخرجه ابن خزيمة في صحيحه - كتاب المناسك/ باب ذكر الدليل علي أنه لا حظر في أخبار جابر .. (٢٩٠/٤) وهذا لفظه، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى - كتاب المناسك/ باب الاشتراك في الهدى ٢٣٥/٥.

(٤) هو: أبو بكر محمد بن إسحاق بن يسار بن خيار العلامة الحافظ الإخباري، صاحب السيرة النبوية، ولد سنة ٨٠هـ، وهو أول من دون العلم بالمدينة، وتوفي ١٥١هـ. قال ابن حجر: «.. صدوق يدلس ورمي بالتشيع والقدر...»
(انظر: الطبقات لابن سعد ٣٢١، ٣٢٢، سير أعلام النبلاء ٣٣/٧-٤٧، تقريب التهذيب ١٤٤/٢).

وقد عنعنه^(١) مع تفرده به^(٢)، فلا يعارض به ما صح من كون البدنة عن سبعة لا عن عشرة كما سيأتي في أدلة القول الأول.

٢- ما روى سفيان عن أبي الزبير^(٣) عن جابر قال: «نحرننا يوم الحديدية سبعين بدنة، البدنة عن عشرة، وقال رسول الله ليشارك البقر في الهدى»^(٤).

قال الحاكم^(٥): صحيح علي شرط مسلم^(٦) ولم يخرجاه^(٧).

-
- (١) انظر: إرواء الغليل ٢٥٥/٤.
- (٢) السنن الكبرى للبيهقي ٢٣٦/٥.
- (٣) هو: محمد بن مسلم بن تدرس المكي مولى حكيم بن حزام حافظ مكثر، حدث عن جابر وابن عباس وابن عمر وعائشة وغيرهم، وروى عنه خلق كثير منهم: عطاء ومالك والليث، توفي سنة ١٢٨هـ.
- (٤) انظر: تذكرة الحافظ ١٢٦/١، تهذيب التهذيب ٤٤٠/٩.
- (٥) أخرجه الحاكم في المستدرک ٢٣٠/٤.
- (٦) هو أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه بن نعيم الضبي الطهماني النيسابوري الحاكم المعروف بابن البيع الحافظ الكبير إمام المحدثين، طلب الحديث من صغره وطاف البلاد في طلبه وكان ثقة واسع العلم، توفي سنة ٤٠٥هـ، من تصانيفه: «المستدرک» و«معرفة علوم الحديث».
- (٧) انظر: تاريخ بغداد ٤٧٣/٥، البداية والنهاية ٣٥٥/١١، تذكرة الحافظ ١٠٣٩/٣-١٠٤٥.
- (٨) هو: الإمام الحافظ مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري أبو الحسين النيسابوري صاحب الصحيح. ولد بنيسابور سنة ٢٠٤هـ وارتحل في طلب الحديث حتى صار إماماً في الحديث، وصنف كتابه الصحيح الذي هو أصح كتاب بعد صحيح البخاري، وله مصنفات منها: «الطبقات»، و«الكنى». توفي سنة ٢٦١هـ.
- (٩) انظر: تاريخ بغداد ١٣/١٠٠-١٠٤، المنتظم ٣٢/٥، تهذيب التهذيب ١٠/١٢٦-١٢٨.
- (١٠) انظر: المستدرک ٢٣٠/٤.

ونوقش من وجهين:

أحدهما: أن في إسناده ضعفاً، لأن فيه عنفة أبي الزبير عن جابر، وهو مدلس^(١).

الثاني: أنه شاذ^(٢)، وقد أشار إلى ذلك الذهبي^(٣) حيث قال: «وخالفه ابن جريج^(٤) ومالك وزهير^(٥) عن أبي الزبير فقالوا: «البدنة عن سبعة»

(١) انظر: تقريب التهذيب ٢/٢٠٧، إتحاف ذوي الرسوخ بمن رمي بالتدليس من الشيوخ ٤٧/٤.

(٢) انظر: إرواء الغليل ٤/٢٥٣.

(٣) هو: محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز بن عبد الله التركماني الأصل ثم الدمشقي أبو عبد الله شمس الدين الذهبي الإمام المحدث الحافظ المؤرخ صاحب التصانيف السائرة في الأقطار. مهر في فن الحديث وجمع فيه المجاميع الكثيرة المفيدة، وكان علامة زمانه في الرجال. توفي سنة ٧٤٨هـ. من تصانيفه «تاريخ الإسلام» و«الميزان في نقد الرجال».

(٤) انظر: الدرر الكامنة ٣/٤٢٦-٤٢٧، طبقات السبكي ٥/٢١٦، البدر الطالع ١١٠/٢-١١٢).

(٥) هو: عبد الملك بن عبد العزيز بن جريج الإمام العلامة الحافظ شيخ الحرم، أبو خالد وأبو الوليد القرشي الأموي المكي مولى أمية بن خالد، وهو أول من دون العلم بمكة، وكان صاحب تعبد وتهجد، وما زال يطلب العلم حتي كبر وشاخ، توفي سنة ١٥٠هـ.

(انظر: طبقات المفسرين ١/٣٥٢، تاريخ بغداد ١٠/٤٠٠، سير أعلام النبلاء ٦/٣٢٥-٣٢٦).

(٥) هو: أبو خيثمة زهير بن معاوية بن حديج بن الرحيل بن زهير بن خيثمة الجعفي الكوفي الحافظ الحجة الثقة الثبت محدث الجزيرة. قال ابن عيينة لطالب: عليك بزهير بن معاوية فما بالكوفة مثله. توفي سنة ١٧٣هـ وقيل غير ذلك.

(انظر: تذكرة الحفاظ ١/٢٣٣، ميزان الاعتدال ٢/٨٦، تهذيب التهذيب ٣/٣٥١، تقريب التهذيب ١/٢٦٥).

وجاء عن سفيان أيضا كذلك^(١).

أدلة القول الثاني: القائل بأن البعير عن عشرة والبقرة عن سبعة.

استدل أصحاب هذا القول:

بما روى ابن عباس قال: «كنا مع رسول الله ﷺ في سفر فحضر

الأضحى فاشتركنا في البقرة سبعة وفي البعير عشرة»^(٢).

قال الترمذي^(٣): حديث حسن غريب^(٤)، وصححه^(٥) ابن حبان^(٦)

(١) انظر: التلخيص بذييل المستدرک ٢٣٠/٤.

(٢) أخرجه الترمذي في سننه - كتاب الحج/ باب ماجاء في الاشتراك في البدنة والبقرة ٢٤٠/٣ رقم ٩٠٥ وهذا لفظه، وأخرجه النسائي في سننه كتاب الضحايا/ باب ما يجزئ عنه البدنة في الضحايا ٢٢٢/٧ رقم ٤٣٩٢ وأخرجه ابن ماجه في سننه - كتاب الأضاحي- باب عن كم تجزئ البدنة والبقرة ٢/ ١٠٤٧ رقم ٣١٣١، وأخرجه ابن خزيمة في صحيحه ٢/٢٩١، وأخرجه الحاكم في المستدرک ٢٣٠/٤.

(٣) هو: أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة السلمي الترمذي الضرير الإمام الحافظ مصنف الجامع وكتاب العلل، كان ورعا زاهدا، وقد تفقه في الحديث علي البخاري وكان يضرب به المثل في الحفظ. صنف كتابه الجامع وعرضه على علماء الحجاز والعراق وخراسان فرضوا به. توفي سنة ٢٧٩هـ.
(انظر: تذكرة الحفاظ ٢/٦٢٣-٦٣٥، وفيات الأعيان ٤/٢٧٨، تهذيب التهذيب ٢٨٧/٩-٣٨٩).

(٤) انظر: سنن الترمذي ٢/٢٤٠.

(٥) انظر: فتح الباري ٩/٦٢٧.

(٦) هو: الإمام الحافظ العلامة أبو حاتم محمد بن حبان بن أحمد بن حبان التميمي البستي ارتحل في طلب العلم والسمع من العلماء وتولي قضاء سمرقند زمانا، وكان من أوعية العلم في الفقه واللغة والحديث والوعظ توفي سنة ٣٥٤هـ. له تصانيف كثيرة منها مسنده المعروف بصحيح ابن حبان ومنها «الثقات».
(انظر: تذكرة الحفاظ ٣/٩٢٠-٩٢٤، سير أعلام النبلاء ١٦/٩٢-١٠٤، شذرات الذهب ٣/١٦).

والحاكم وقال على شرط البخاري ومسلم ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي^(١).
أقول : والصحيح أنه على شرط مسلم لا على شرط البخاري؛ لأن في
إسناده الحسين بن واقد^(٢) وليس هو من رجال البخاري.

وجه الاستدلال به: الحديث ظاهر في إجزاء البقرة عن سبعة والبعير
عن عشرة في الأضحية.

ونوقش من وجهين:

أحدهما: أن الحديث من رواية الحسين بن واقد عن علباء^(٣)، وقد
تفرد به، والحسين متكلم فيه^(٤).

وقد يجاب: بأن الحسين بن واقد صدوق حسن الحديث، وإنما أنكر

(١) المستدرک ومعه التلخیص ٢٣٠/٤.

(٢) هو: الإمام الكبير قاضي مرو وشيخها أبو عبد الله الحسين بن واقد القرشي
المروزي مولى الأمير عبد الله بن عامر بن كريز، ثقة له أوهام، مات سنة ١٥٩هـ،
وقيل ١٥٧هـ.

(انظر: سير أعلام النبلاء ١٠٤/٧، ميزان الاعتدال ١/٥٤٩، تقريب التهذيب
٢٤١/١، شذرات الذهب ١/٢٤١).

(٣) هو: علباء بن أحمد اليشكري البصري، روي عن عكرمة وغيره، وعنه الحسين بن
واقد وغيره. وهو أحد القراء له اختيار. قال الإمام أحمد: لا بأس به لا أعلم إلا
خيرا.

(انظر: تهذيب التهذيب ٧/٢٧٣-٢٧٤، الكاشف ٢/٢٤١).

(٤) انظر: السنن الكبرى للبيهقي ٥/٢٣٦، تهذيب التهذيب ٢/٣٧٣-٣٧٤، إرواء الغليل
٢٥٤/٤.

الإمام أحمد^(١) من حديثه ما كان من طريق ابن بريدة^(٢) وهذا ليس منه، وقد ذكر ابن حجر^(٣) في الفتح^(٤) تحسين الترمذي وتصحيح ابن حبان للحديث ولم يعله بشيء، وكذلك سكت عليه ابن القيم^(٥) في الهدى^(٦). فالله أعلم.

الثاني: أنه معارض بأحاديث جابر في الحديبية وحجة الوداع

(١) انظر: تاريخ ابن معين رواية الدوري ٣٥٥/٤، رواية الدارمي/١٠٢، طبقات ابن سعد ٣٧١/٧، العلل للإمام أحمد ٨٥/١، الجرح والتعديل لابن أبي حاتم ٦٦/٢، الثقات لابن حبان ٢٠٩/٦، تاريخ أسماء الثقات لابن شاهين/٦٢، سير أعلام النبلاء ١٠٤/٧، الميزان ٥٤٩/١، الكاشف ٢٣٥/١، المغني للذهبي ٧٦/١، التهذيب ٢٧٢/٢، التقريب ١٨٠/١.

(٢) هو: الحافظ أبو سهل عبد الله بن بريدة بن الحصيب الأسلمي المروزي قاضي مرو وعالم خراسان حدث عن أبيه وعائشة وسمرة بن جندب وغيرهم، وعنه خلق كثير، وهو متفق على الاحتجاج به، وقد عاش مائة سنة توفي سنة خمس عشرة ومائة وقد نشر علما كثيراً.
(انظر: تذكرة الحفاظ ١٠٢/١، الكاشف ٦٦/٢، تهذيب التهذيب ١٥٧/٥).

(٣) هو: الحافظ أحمد بن علي بن محمد بن محمد بن علي بن أحمد الشهاب أبو الفضل الكناني العسقلاني المعروف بابن حجر، إمام حافظ فقيه منفرد بمعرفة الحديث وعلله في الأزمنة المتأخرة. كانت ولادته سنة ٧٧٢هـ. ووفاته ٨٥٢هـ. من تصانيفه: «فتح الباري» شرح صحيح البخاري و«لسان الميزان».
(انظر: البدر الطالع ٨٧/١-٩٢، الضوء اللامع ٢٦/٢، شذرات الذهب ٢٧٠/٧).

(٤) انظر: فتح الباري ٦٢٧/٩.

(٥) هو: شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد بن جرير الزرعي ثم الدمشقي الحنبلي المشهور بابن قيم الجوزية المحدث الفقيه الأصولي المفسر النحوي العارف. ولد سنة ٦٩١ ولزم شيخ الإسلام ابن تيمية وأخذ عنه وتفنن في علوم الإسلام. له تصانيف كثيرة جداً في أنواع العلوم، توفي سنة ٧٥١.
(انظر: الذيل علي طبقات الحنابلة ٤٤٧/٢-٤٥٢، الدرر الكامنة ٢١/٤-٢٣، شذرات الذهب ١٦٨/٦-١٧٠).

(٦) انظر: زاد المعاد ٢٦٦/٢.

وهي أكثر وأصح^(١).

ويجاب عنه: بأن هذه المعارضة إن صحت في الهدى فإنها لا تصح في الأضحية، لأن أحاديث جابر في الهدى، وهذا الحديث في الأضحية.

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:

١- ما روى جابر رضي الله عنه عن النبي ﷺ في إجزاء كل من البقرة والبعير عن سبعة - وقد تقدم بالفاظه^(٢).

وتناقش: بأن هذه الأحاديث في الهدى فلا دلالة فيها على الأضحية.

ويجاب: بأن الإجزاء في الأضحية مقيس على الهدى.

ويرد: بأنه قياس في مقابل النص - وهو حديث ابن عباس المتقدم^(٣).

٢- ما روى ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ أتاه رجل فقال: إن علي بدنة وأنا موسر بها ولا أجدها فأشترتها فأمره النبي ﷺ أن يبتاع سبع شياه فيذبهن^(٤).

(١) المرجع نفسه.

(٢) انظر: ص ١١٧ - ١١٩.

(٣) انظر: ص ١٢٩.

(٤) أخرجه الإمام أحمد في مسنده ١/٣١١، ٣١٢، وأخرجه ابن ماجه في سننه - كتاب الأضاحي / باب كم تجزئ من الغنم عن البدنة ١٠٤٨/٢ رقم ٣١٢٦.

وجه الاستدلال: أن النبي ﷺ عدلها بسبع شياه، والشاة لا تجزئ إلا عن واحد، فلو كانت البدنة تجزئ عن أكثر من سبعة لما عدلتها سبع شياه.

ونوقش: بأن الحديث ضعيف، لأنه من رواية عطاء الخراساني^(١) عن ابن عباس وهو منقطع؛ لأن عطاء لم يسمع من ابن عباس، كما قاله الإمام أحمد وغيره، ولم يدركه، كما قاله البيهقي وابن حجر وغيرهما^(٢)، ولأن فيه ابن جريج وهو مدلس وقد رواه بالغنعة^(٣). وأجاب الشوكاني^(٤): بأن أحاديث جابر تشهد لصحته^(٥) -فأله أعلم-.

(١) هو: عطاء بن أبي مسلم الخراساني، المحدث الواعظ نزيل دمشق والقدس، ولد سنة ٥٠هـ، أرسل عن أبي الدرداء وابن عباس والمغيرة وطائفة، وروى عن ابن المسيب وعروة وعطاء وغيرهم، وعنه معمر وشعبة ومالك وغيرهم، وثقة كثير من المحدثين، وكان يفزو فيحیی الليل ويحث على التهجد، توفي سنة ١٢٥هـ. (انظر: سير أعلام النبلاء ٦/١٤٠-١٤٢، تهذيب التهذيب ٧/٢١٢-٢١٥، شذرات الذهب ١/١٩٢-١٩٣).

(٢) انظر: ميزان الاعتدال ٣/٧٢-٧٥، تهذيب التهذيب ٧/٢١٢-٢١٥، إرواء الغليل ٤/٢٥٥.

(٣) انظر: الزوائد للبوصيري مع سنن ابن ماجه ٢/١٠٤.

(٤) هو: أبو عبد الله محمد بن علي بن عبد الله الشوكاني، الفقيه المجتهد المفسر المحدث الأصولي المؤرخ الأديب، من كبار علماء اليمن، ولد بهجرة شوكان سنة ١١٧٢هـ، وتوفي بصنعاء ١٢٥٠هـ. من تصانيفه: «نيل الأوطار» و«فتح القدير» و«السييل الجرار» و«إرشاد الفحول».

(٥) انظر: البدر الطالع ٢/٢١٤-٢٢٥، الأعلام للزركلي ٦/٢٩٨، معجم المؤلفين ١١/٥٣).

(٥) انظر: نيل الأوطار ٦/٢١٧.

وأما تدليس ابن جريج فإنه يزول بمتابعة ابن وهب قال أخبرني
إسماعيل بن عياش^(١)، عن عطاء الخراساني به^(٢).

٣- ما روى حذيفة^(٣) قال: شرك رسول الله ﷺ في حجته بين المسلمين
في البقرة عن سبعة^(٤). قال الهيثمي^(٥): رجاله ثقات^(٦).

(١) هو: الحافظ الإمام محدث الشام أبو عتبة إسماعيل بن عياش بن سليم
الحمصي العنسي مولا هم صدوق في روايته عن الشاميين ، مخلط في روايته
عن غيرهم، مات سنة ١٨١ أو ١٨٢ وله بضع وتسعون سنة، وكان من بحور العلم،
صادق للهجة، متين الديانة، صاحب سنة واتباع وجملة ووقار.
(انظر: سير أعلام النبلاء ٢١٢/٨، تذكرة الحفاظ ٢٥٢/١-٢٥٥، تقريب التهذيب
٧٣/١).

(٢) انظر: إرواء الغليل ٢٥٥/٤.

(٣) هو: أبو عبد الله حذيفة بن اليمان وهو حذيفة بن حسل ويقال: حُسَيْل بن جابر
ابن عمرو حليف بني عبد الأشهل من الأنصار، وحذيفة صاحب رسول الله ﷺ -
في المناقنين لم يعلمهم أحد إلا حذيفة أعلمه بهم رسول الله. وقد استعمله عمر
على المدائن توفي سنة ٢٦هـ.
(انظر: حلية الأولياء ٢٧٠/١-٢٨٣، الطبقات لابن سعد ١٥/٦، أسد الغابة
٤٦٩/١).

(٤) أخرجه الإمام أحمد في مسنده ٤٠٦،٤٠٥/٥.

(٥) هو: أبو الحسن نور الدين علي بن أبي بكر بن سليمان الهيثمي الشافعي المحدث
الحافظ الذي رافق العراقي في السماع ولازمه. وكانت ولادته سنة ٧٣٥ ووفاته
٨٠٧هـ. من تصانيفه «موارد الظمآن في زوائد ابن حبان» و «مجمع الزوائد
ومنبع الفوائد».

(انظر: شذرات الذهب ٧٠/٧، حسن المحاضرة ٣٦٢/١، الأعلام ٢٦٦/٤).

(٦) انظر: مجمع الزوائد ٢٢٦/٣.

ونوقش: بأن في سنده إسماعيل بن خليفة العبسي^(١) وهو سيئ الحفظ^(٢).

وأجيب: بأن حديث جابر يشهد له فيتقوى به^(٣).

٤- ما روي عن علي وابن مسعود وأبي مسعود البدري وأنس وعائشة من الآثار الدالة على إجزاء كل من البعير والبقرة عن سبعة. وقد تقدمت^(٤).

الترجيح:

بعد عرض أدلة الأقوال الثلاثة وما جرى عليها من مناقشات، فإن الراجح هو القول الأول إن كان الاشتراك في الهدي- وذلك لقوة أدلته وسلامتها من المناقشات الواردة عليها- في مقابل ضعف أدلة القولين الآخرين بما ورد عليها من مناقشات.

وإن كان الاشتراك في الأضحية فإنه لم يتبين لي الراجح من القولين الأول والثاني، لأن المدار فيه على حديث الحسين بن واقد ولم يظهر لي بعد جزم بدرجته - والله أعلم-.

(١) هو : أبو إسرائيل إسماعيل بن خليفة العبسي الملائتي الكوفي. معروف بكنيته، وقيل اسمه عبدالعزيز : صدوق سيئ الحفظ نسب إلى الغلو في التشيع ، مات سنة ١٦٩هـ وله أكثر من ثمانين سنة.

(انظر: ميزان الاعتدال ٤/٤٩٠، تقريب التهذيب ١/٦٩).

(٢) انظر: تقريب التهذيب ١/٦٩.

(٣) انظر: نيل الأوطار ٦/٢١٧.

(٤) انظر: ص ١١٩- ١٢١.

تفريعات علي القول الراجح:

التفريع الأول:

اشترط الحنفية - كما تقدم - لصحة الاشتراك في الهدى في البدن إرادة جميع الشركاء القرية^(١)، فلو أراد بعضهم القرية، وأراد بعضهم اللحم لم تجز عن الباقيين^(٢).

واستدلوا على ذلك بأن الذبح في المحل ذبح واحد، فلا يمكن أن يتجزأ بعضه عن اللحم وبعضه عن القرية، وخروج بعضه عن القرية يبطل القرية في الباقي^(٣).

ويناقش: بأن هذا الدليل يحتاج إلى دليل يدل على عدم التجزيء ويدل على أنه يلزم من خروج البعض عن القرية بطلان القرية في الباقي، بل الدليل بخلافه وهو قوله ﷺ: «البقرة عن سبعة والجزور عن سبعة»^(٤). فإنه مطلق غير مقيد بإرادة الجميع القرية.

وكذلك ما ورد عن الصحابة من الآثار فإنها مطلقة غير مقيدة بشيء^(٥).

(١) المقصود بالقرية هنا: أن يكون دم يتقرب به كالهدي والأضحية ونحو ذلك.

(٢) انظر: فتح القدير لابن الهمام ١٦٧/٣، تبين الحقائق ٤٣/٢، اللباب في شرح الكتاب ٢٢٣/١.

(٣) انظر: أوجز المسالك شرح موطأ مالك ٢٥٦/٧-٢٥٧، نقلا عن البرهان.

(٤) سبق تخريجه ص: ١١٨.

(٥) انظر: ص: ١١٩ - ١٢٠.

وقد قال ﷺ: « إنما لكل امرئ ما نوى »^(١). فمن أراد القرية حصلت له القرية، ومن أراد اللحم حصل له اللحم، فحكم كل جزء منها ما نواه مالكة، وقد قال تعالى: ﴿ .. وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا .. ﴾^(٢). ولأنها إذا اتفقت أغراضهم فقد يقبل الله من بعضهم ولا يقبل من بعضهم الآخر ولا يقدر ذلك في حصة المتقبل منه^(٣).

التفريع الثاني:

خص المالكية- في الرواية التي عن مالك- جواز الاشتراك في هدي التطوع^(٤).

واستدلوا: بأن الاشتراك لم يرد في الحديث إلا في هدي التطوع^(٥). ويناقدش: بأن دعوى التخصيص بهدي التطوع غير مسلمة لما تقدم من الأدلة الصريحة في الهدي الواجب كحديث جابر: «فأمرنا إذا أحللتنا أن نهدي ويجتمع نفر منا في الهدية، وذلك حين أمرهم أن يحلوا من

(١) أخرجه البخاري في صحيحه - كتاب بدء الوحي/ باب كيف بدأ الوحي إلي رسول الله ﷺ ٢/١ رقم، وأخرجه مسلم في صحيحه/ كتاب الإمارة/ باب قوله ﷺ: إنما الأعمال بالنية ٣/١٥١٥-١٥١٦ رقم ١٥٥.

(٢) سورة الأنعام: آية : ١٦٤.

(٣) انظر: المحلى ٧/٢١٢-٢١٣.

(٤) انظر: الكافي لابن عبد البر ١/٣٥٠، بداية المجتهد ١/٣٧١، شرح ابن العربي على الترمذي ٤/١٤٢.

(٥) شرح ابن العربي على الترمذي ٤/١٤٢.

حجهم في هذا الحديث^(١) - لأنه عن دم التمتع بالعمرة إلى الحج وهو واجب^(٢).

الترجيح:

بعد مناقشة أدلة هذين التفرعيين، فإن الراجح هو ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة من جواز الاشتراك في البدن في الهدى والأضحية مطلقا سواء أكان الهدى تطوعا أم واجبا، وسواء أراد جميعهم القرية أو أراد بعضهم القرية وأراد بعضهم الآخر اللحم، وذلك لما ورد على أدلة المفرقين من المناقشات. - والله أعلم. -

(١) أخرجه مسلم في صحيحه/ كتاب الحج/ باب الاشتراك في الهدى ٩٥٦/٢ رقم ٣٥٤.

(٢) شرح النووي على صحيح مسلم ٦٨/٩.

المبحث الثالث

في اشتراك اثنين في نسكين على الشيوخ

صورته: أن يشترك اثنان في شاتين على الشيوخ في الهدى أو الأضحية ونحو ذلك.

اختلف في جواز هذا الاشتراك على قولين:-

القول الأول:

أن هذا الاشتراك جائز.

وبه قال الحنفية^(١)، وهو الصحيح من المذهب عند الحنابلة^(٢).

القول الثاني:

أن هذا الاشتراك لا يجوز .

وبه قال الشافعية^(٣)، وهو قول للحنابلة^(٤).

الأدلة:

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول : بأن الانفراد ممكن، وإذا كان الانفراد ممكناً لم يجز الاشتراك^(٥).

(١) انظر: بدائع الصنائع ٧١/٥، الفتاوى الهندية ٣٠٦/٥.

(٢) انظر: كشف القناع ٥٣٣/٢، شرح منتهى الإرادات ٧٨/٢.

(٣) انظر: المجموع شرح المذهب ٧١/٥، شرح روض الطالب ٥٣٠/١.

(٤) انظر: الإنصاف ٧٧/٤.

(٥) انظر: المجموع شرح المذهب ٤١٤/٧، روضة الطالبين ١٨٣/٢.

ويناقش: بأن جعل إمكانية الانفراد، دليلاً على منع الاشتراك يحتاج إلى دليل، ولا دليل.

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:

١- حديث ابن عباس المتقدم^(١) وفيه سألت ابن عباس عن المتعة فأمرني بها ، وسألته عن الهدي فقال: فيها جزور أو بقرة أو شاة أو شرك في دم .. الحديث.

وجه الاستدلال: أن ابن عباس أخبر عن سنة النبي ﷺ في الهدي فذكر منها الشرك في الدم وهو عام في كل دم.
ويناقش: بأنه في غير محل النزاع، لأنه في الدم الواحد، والنزاع في الدمين.

ويجاب: بأنه إذا جاز الاشتراك في الواحد جاز في الأكثر من واحد من باب أولى.

٢- ما روى جابر وابن عباس أن النبي ﷺ أشرك علياً في هديه لما قدم من اليمن^(٢).

الترجيح:

الراجح هو القول الأول لقوة أدلته وسلامتها من المناقشات الواردة عليها- مع عموم أحاديث الاشتراك السابقة- في مقابل ضعف دليل القول الثاني -بما ورد عليه من مناقشة - والله أعلم.-

(١) سبق تخريجه: ص ١١٢ - ١١٤.

(٢) سبق تخريجه: ص ١١٨.

الباب الثاني في آثار الشيوخ في العقود

وفيه أربعة فصول :

الفصل الأول: في آثاره في عقود المعاملات.

الفصل الثاني: في آثاره في عقود التبرعات.

الفصل الثالث: في آثاره في عقد النكاح وحلّه.

الفصل الرابع: في آثاره في الدين.

الفصل الأول

في آثار الشيوخ في عقود المعاملات

وفيه مباحث :

- المبحث الأول: في آثاره في البيع.
- المبحث الثاني: في آثاره في القبض.
- المبحث الثالث: في آثاره في القرض.
- المبحث الرابع: في آثاره في الرهن.
- المبحث الخامس: في آثاره في الصلح.
- المبحث السادس: في آثاره في الشركات.
- المبحث السابع: في آثاره في المزارعة والمساقاة والمغارسة.
- المبحث الثامن: في آثاره في الإجارة.
- المبحث التاسع: في آثاره في العارية.
- المبحث العاشر: في آثاره في الغصب.
- المبحث الحادي عشر: في آثاره في الشفعة.
- المبحث الثاني عشر: في آثاره في الوديعة.

المبحث الأول

في آثار الشيوخ في البيع

وفيه مطالب:

المطلب الأول: في بيع المشاع كاملاً.

المطلب الثاني: في بيع جزء من المشاع.

المطلب الثالث: في استثناء جزء مشاع.

المطلب الرابع: في مسائل متفرقة في بيع المشاع.

المطلب الخامس: في ضمان نصيب الشريك.

المطلب الأول:

صورته: أن يبيع مشتركا بينه وبين غيره كأرض أو دار أو سيارة ونحو

ذلك. وفي ثلاثة مسائل:-

المسألة الأولى: في حكم بيع نصيبه إذا باع المشاع كاملاً.

المسألة الثانية: في ثبوت الخيار للمشتري.

المسألة الثالثة: في حكم بيع نصيب شريكه.

المسألة الأولى:

إذا باع مشتركا بينه وبين غيره كأرض مثلاً، فقد اختلف في صحة

بيعه لنصيبه على قولين:

القول الأول:

أن هذا البيع صحيح.

وبه قال الجمهور من الحنفية^(١)، والمالكية^(٢) وهو الصحيح عند الشافعية^(٣)، والمذهب عند الحنابلة^(٤).

- جاء في الفتاوى الهندية^(٥): «قربة مشتركة بينهما باع أحدهما منها دورا أو قراحين^(٦) أو ثلاثة جاز في النصف».
- وجاء في الإشراف^(٧): «إذا جمعت الصفقة حلالا وحراما لم يجز

-
- (١) انظر: الفتاوى الهندية ١٥٥/٣، فتاوى قاضيخان بهامش الفتاوى الهندية ١٧٥/٢، البناية ٤٤١/٦.
 - (٢) انظر: البهجة في شرح التحفة وحلي المعاصم بهامشها ٦٨/٢، المعيار المعرب ١٢٥/٨، ١١٣/٦-١١٤.
 - (٣) انظر: فتح العزيز ٨/ ٢٥١-٢٥٢، روضة الطالبين ٣/٢٢٣-٤٢٤، مغني المحتاج ٤٠/٢.
 - (٤) انظر: الكافي لابن قدامة ٢/٣١-٣٢، الشرح الكبير مع المغني ٤/٣٨، غاية المنتهى ١٥/٢.
 - (٥) ١٥٥/٣.
 - (٦) القراح من الأرضين: كل قطعة على حيالها من منابت النخل وغير ذلك، والجمع أقرحة كقذال وأقذلة. وقال أبو حنيفة القراح: الأرض المخلصة لزرع أو لغرس، وقيل القراح المزرعة التي ليس عليها بناء ولا فيها شجر، وقال الأزهري: القراح من الأرض البارز الظاهر الذي لا شجر فيه، وقيل: القراح من الأرض: التي ليس فيها شجر ولم تختلط بشيء.
 - (٧) لسان العرب ٥/٣٥٧٤، وانظر: تهذيب اللغة ٤/٤٢، المصباح المنير ص ٤٩٦.
 - (٧) للقاضي عبد الوهاب ١/٢٧٦-٢٧٧.

شيئاً^(١) منها أصلاً إذا كان المنع لحق الله عز وجل، فإذا جمعت ما يجوز وما لا يجوز لحق الغير جاز منها الجائز ووقف حق الغير على إجازته».

- وجاء في المجموع شرح المذهب^(٢): «ولو باع شيئاً يتوزع الثمن على أجزائه بعضه له وبعضه لغيره كعبد أو صاع حنطة له نصفها .. ففيه خلاف مرتب على ما إذا باع عبدين له أحدهما؛ فإن قلنا يصح هناك في ملكه فهنا أولى وإلا فقولان».

- وجاء في موضع آخر^(٣): «... فالصحيح صحة البيع»، وعبر عنه في المنهاج^(٤) بالأظهر.

- وجاء في المغني^(٥) في معرض كلامه على أقسام تفريق الصفقة: «الثاني: أن يكون المبيعان مما ينقسم الثمن عليهما بالأجزاء كعبد مشترك بينه وبين غيره باعه كله بغير إذن شريكه .. ففيه وجهان : أحدهما: يصح في ملكه بقسطه من الثمن ويفسد فيما لا يملكه - وهذا ظاهر المذهب، والثاني: لا يصح فيهما».

القول الثاني:

أن هذا البيع لا يصح في قسطه ولا في قسط غيره.

وهو قول للشافعية^(٦)، ورواية للحنابلة، وقيل وجه^(٧)، وهو قول

(١) هكذا في الكتاب والصواب لم يجز شيء.

(٢) ٣٧٨/٩.

(٣) ٣٧٩/٩.

(٤) المنهاج مع مغني المحتاج ٤٠/٢، ومع نهاية المحتاج ٤٦١/٣.

(٥) ٢٦١/٤.

(٦) انظر: روضة الطالبين ٤٢٤/٣، نهاية المحتاج ٤٦٣/٣.

(٧) انظر المغني ٢٦١/٤، الفروع ٣٢/٤، المبدع ٣٩/٤.

أبي ثور^(١)، وابن المنذر^(٢)، وبه قال الظاهرية^(٣).

جاء في المحلى^(٤): «وكل صفقة جمعت حلالا وحراما فهي باطل كلها لا يصح منها شيء، مثل أن يكون بعض المبيع مفسوبا أو لا يحل ملكه أو عقدا فاسدا ... وهو قول أصحابنا».

الأدلة:

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:

١ - قوله تعالى: ﴿... لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ بِحَكْرَةٍ عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ...﴾^(٥).

وجه الاستدلال: أن المتعاقدين لم يتراضيا ببعض الصفقة دون بعض وإنما تراضيا بجميعها فمن ألزمهما بعضها دون بعض فقد ألزمهما ما لم يتراضيا به حين العقد فخالف أمر الله تعالى وحكم بأكل المال بالباطل وهو حرام بالقرآن^(٦).

وبناقش: بأن هذا العقد ليس فيه أكل لأموال الناس بالباطل، لأن المشتري إذا لم يرض بتفريق الصفقة عليه فإن له الخيار بفسخ العقد،

(١) انظر: المغني ٤/٢٦١.

(٢) انظر: الإقناع لابن المنذر ١/٢٦٥.

(٣) انظر: المحلى ٩/١٦-١٧.

(٤) ٩/١٦-١٧.

(٥) سورة النساء: آية ٢٩. واستدل بها في المحلى ٩/١٦.

(٦) المحلى ٩/١٦-١٧.

وبالتالي فلا يكون فيه مخالفة لأمر الله تعالى.

وأجيب عن هذه المناقشة:

بأن تراضيهما بعد ذلك لا يعود على العقد الباطل بالتصحيح، لأن العقد قد وقع باطلا من أصله^(١).

ويرد : بأن بطلان العقد أو تصحيحه - هو محل النزاع- فيحتاج إلى دليل على البطلان.

٢- أن الصفقة جمعت حلالا وحراما فغلب التحريم^(٢).

ويناقد من جهتين:

إحدهما: لا يسلم أن الصفقة جمعت حلالا وحراما، لأننا نقول إن العقد على ملك الغير بغير إذنه فيه خلاف والراجح صحته، وبناء على ذلك فإذا أجاز المالك فإن الصفقة لا تكون قد جمعت حلالا وحراما.

الثانية: لو سلم ما ذكر فإنه لا يغلب التحريم؛ لأن ما يجوز له بيعه قد صدر فيه البيع من أهله في محله بشرطه فيصح كما لو انفرد^(٣).

٣- أن الصفقة: إذا لم يمكن تصحيحها في جميع العقود عليه فإنها تبطل في الكل قياسا على الجمع بين الأختين وبيع درهم بدرهمين^(٤).

(١) المحلي ١٧/٩.

(٢) انظر: المغني ٤/٦٦١-٦٦٢، روضة الطالبين ٤/٤٢٤، نهاية المحتاج ٣/٤٦٣.

(٣) انظر: المغني ٤/٢٦٢.

(٤) المرجع نفسه، المبدع ٤/٣٩.

ونوقش: بأن الدرهمين والأختين ليس واحد منهما أولى بالفساد من الآخر فلذلك فسد فيهما، وههنا بخلافه^(١).

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:

١- قوله تعالى: ﴿... وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا...﴾^(٢)، وقوله: ﴿... لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبُطْلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ...﴾^(٣).

وجه الاستدلال: هذه الآيات عامة في حل كل بيع لا مدخل للربا فيه ولا يتضمن أكل أموال الناس بالباطل- وهذا البيع منه.

وقد يناقش: بأن في هذا البيع أكلا لأموال الناس بالباطل- كما تقدم في استدلال ابن حزم بالآية.

ويجاب عن هذه المناقشة بما نوقش به الدليل هناك.

٢- أن لكل واحد منهما حكما لو كان منفردا، فإذا جمع بينهما ثبت لكل واحد حكمه قياسا على ما إذا باع شقصا وسيفا، فإن الشفعة تثبت في الشقص دون السيف مع أنهما بيعا في صفقة واحدة^(٤).

٣- أن البيع سبب اقتضى الحكم في محلين، وامتنع حكمه في أحد المحلين لثبوته عن قبوله فيصاح في الآخر كما لو أوصى بشيء لأدمي

(١) انظر: المغني ٤/٦٢٢، الشرح الكبير مع المغني ٤/٣٨.

(٢) سورة البقرة: آية (٢٧٥).

(٣) سورة النساء: آية (٢٩).

(٤) انظر: المغني ٤/٦٢٢، الشرح الكبير مع المغني ٤/٣٨.

وبهيمة فإنه يصح للأدعي دون البهيمة مع أن الوصية واحدة^(١).

الترجيح:

الراجح - فيما يظهر- هو القول الأول لدخول البيع في هذه المسألة في عموم الآيات التي استدلوا بها، ولقوة أقيستهم على الشفعة والوصية، ولأن في تصحيحه في نصيب البائع صيانة لكلامه من اللغو واختصارا لهما من العقد على هذا النصيب مرة أخرى في مقابل ضعف أدلة القول الثاني بالمناقشات الواردة عليها -والله أعلم-.

فرع:

استثنى الحنفية من صحة البيع في المسألة السابقة: صورة الخلط والاختلاط، وهي ما إذا حصلت الشركة بينهما بالخلط أو الاختلاط، كما لو خلطا حنطة أو اختلطت فإنه لا يجوز البيع في هذه الصورة إلا من الشريك، ولا يجوز من الأجنبي. وعللوا لذلك بأن كل حبة مملوكة بجميع أجزائها لأحدهما ليس للأخر فيها شركة.

فإذا باع نصيبه من غير الشريك لا يقدر على تسليمه إلا مخلوطا بنصيب الشريك فيتوقف على إذنه بخلاف بيعه من الشريك للقدرة على التسليم والتسلم^(٢).

والذي يظهر -أنه لا فرق بين هذه الصورة وغيرها من صور بيع المشاع، لأنه إذا اختلط الحب ونحوه على وجه لا يتميز فقد صار مشاعا بينهما ضرورة، وإذا كان مشاعا بينهما جاز بيعه للشريك وغيره كسائر

(١) المرجعان السابقان.

(٢) تبين الحقائق ٣/٣١٢، فتح القدير شرح الهداية ٦/١٥٤.

أنواع المشاع وتسليم ملك الغير إنما عفي عنه لضرورة الاختلاط ولبقاء ما هو من جنسه عوضاً عنه. والله أعلم.

المسألة الثانية: في ثبوت الخيار للمشتري:

وتحتها فرعان: الأول: في مدى ثبوت الخيار.

الثاني: في صفة هذا الخيار.

الفرع الأول:

اختلف المصححون للبيع في نصيب الشريك: في ثبوت الخيار للمشتري على قولين:

القول الأول:

ثبوت الخيار للمشتري بين الفسخ والإمسك إن كان جاهلاً بالحال. وبه قال الحنفية^(١)، والشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣)، وبه قال المالكية في المشاع الذي لا ينقسم، وبه قالوا أيضاً في المشاع الذي ينقسم إن كان المستحق وجه الصفقة بأن كان الثلث فأكثر^(٤).

القول الثاني:

أن الخيار لا يثبت للمشتري ويجب عليه أن يتسّمك بالباقي إن كان المشاع مما يمكن قسمته والمستحق دون الثلث.

(١) انظر: المبسوط ٧٦/١٣، فتاوى قاضيخان بهامش الفتاوى الهندية ١٧٥/٢.

(٢) انظر: المجموع شرح المهذب ٢٧٩/٩-٣٨٠، مغني المحتاج ٤٠/٢-٤١.

(٣) انظر: المغني ٢٦٤/٤، المبدع ٣٩/٤.

(٤) انظر: الكافي لابن عبد البر ٢٠١/٢-٢٠٢، حاشية الدسوقي ٤٦٩/٣.

وبه قال المالكية^(١).

ولم يذكر أصحاب هذا القول دليلا على ما ذكروه ولعلمهم يعللون بأن وجه الصفقة هو المراد والمقصود من العقد فإذا استحق ثبت الخيار، وإن لم يستحق فلا خيار^(٢).

وأقول: إن هذا التعليل ليس بوجيه، لأن المشتري أقدم على الشراء وهو يريد العقود عليه كاملا فالإزامه بالعقد مع نقص العقود عليه فيه ضرر وتبعيض للصفقة عليه مع عدم تحقق رضاه، والعقود مبناها على التراضي.

ثم إنه يلزمهم الدليل على مراعاة وجه الصفقة فيما يمكن قسمته دون ما لا يمكن قسمته.

واستدل أصحاب القول الأول بالأدلة الآتية:

- ١- أن الشركة، عيب، ولهذا تثبت الشفعة في المبيع خوفا من سوء المشاركة فإثبات الخيار له إنما هو لإزالة هذا العيب^(٣).
- ٢- أن الصفقة تبعضت عليه وقد يكون له غرض في جميع الصفقة فيفوت بهذا التبعض^(٤).

(١) المرجعان السابقان.

(٢) هذا الدليل استشففته من جعلهم ثبوت الخيار وعدمه قائما على استحقاق وجه الصفقة.

(٣) انظر: المبدع ٣٩/٤.

(٤) انظر: الشرح الكبير مع المغني ٣٨/٤.

الترجيح:

الراجع -فيما يظهر - هو القول الأول، لأنه القول الذي تصان فيه حقوق العاقد وتحقق له أغراضه التي تعاهد من أجلها - في مقابل ضعف القول الثاني لما فيه من إهدار حقوق المشتري وعدم مراعاة رضاه -والله أعلم-.

الفرع الثاني: في صفة الخيار.

اختلف القائلون بثبوت الخيار للمشتري في الصفة التي يثبت عليها هذا الخيار على قولين:-

القول الأول:

أن الخيار يثبت للمشتري بين فسخ العقد في الجميع وبين إمساك نصيب الشريك البائع بقسطه من الثمن.
وبه قال الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، والحنابلة^(٣)، وهو القول الأصح عند الشافعية^(٤).

القول الثاني:

أن الخيار يثبت للمشتري بين فسخ العقد في الجميع وبين إمساك نصيب الشريك البائع بجميع الثمن.

(١) انظر: فتاوى قاضيخان بهامش الفتاوى الهندية ١٧٥/٢، الفتاوى الهندية ١٥٥/٣.

(٢) انظر: الكافي لابن عبد البر ٢٠١/٢-٢٠٢، حاشية الدسوقي ٤٦٩/٣.

(٣) انظر: الشرح الكبير مع المغني ٢٣٨/٤، المبدع ٣٩/٤.

(٤) انظر: المجموع شرح المذهب ٢٨٠/٩، روضة الطالبين ٤٢٥/٣.

وهو قول للشافعية^(١).

الأدلة:

استدل أصحاب القول الثاني: بأن العقد لا يتوجه إلا إلى ما يجوز بيعه فكان الآخر كالمعدوم^(٢).

ويناقد من وجوه :

أحدها: المنع بأن في العقد ما لا يجوز بيعه، بل الجميع يجوز بيعه وإنما يوقف نصيب الشريك على إجازته^(٣).

الثاني: لو سلم بأن في العقد ما لا يجوز بيعه فإن قصر توجه العقد إلى ما يجوز بيعه غير مسلم؛ لأن العاقدين قصدا من هذا العقد جميع المعقود عليه لا بعضه.

الثالث: أن تشبيههم نصيب الشريك بالمعدوم: ضعيف جدا إذ كيف يشبه موجود له حقه من الثمن في نظر العقلاء، بمعدوم لا يلحقه ثمن لعدميته.

واستدل أصحاب القول الأول: بأن المشتري لم يبذل جميع الثمن إلا في مقابله جميع المبيع فلا يؤخذ منه جميعه في مقابلة أحدهما^(٤).

الترجيح:

القول الأول ظاهر الرجحان؛ لأنه القول الذي يحقق العدل ويرفع

(١) المرجعان السابقان.

(٢) انظر: المجموع شرح المذهب ٢٨٠/٩، مغني المحتاج ٤٠/٢.

(٣) هذا الوجه يرد ممن يجيز تصرف الفضولي وسيأتي.

(٤) انظر: فتح العزيز ٢٥٤/٨-٢٥٥، المجموع شرح المذهب ٢٨٠/٩.

الظلم عن المتعاقد إذ كيف يؤخذ من المشتري جميع الثمن في مقابل بعض الصفقة وما هو الأمر الذي دعى إلى مراعاة البائع حتى يفرض له جميع الثمن مع أن شريكه لو باع معه لما حصل له إلا نصف الثمن، وهو يعلم أنه لن يحصل له إلا ما يقابل نصيبه من المبيع؛ فكيف يراعى البائع بإعطائه ما لا يستحق ويظلم المشتري بإلزامه بما لا يلزمه شرعاً؟^{١٩}.

المسألة الثالثة: في حكم بيع نصيب شريكه «تصرف الفضولي»:

بعد بيان حكم بيع الشريك للمشاع تبين أن الجمهور يصححون بيع الشريك للمشاع ويقصرون النفاذ على بيعه لنصيبه وتكميل بحث هذا الموضوع فإنه لا بد من بيان حكم بيعه لجزء شريكه في هذه الصفقة. وقد اختلف الفقهاء في حكم بيعه لنصيب شريكه على قولين:-

القول الأول:

أن البيع ينعقد موقوفاً على إجازة المالك فإن شاء أجاز البيع، وإن شاء فسخ.

وبه قال الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، وهو القول القديم للشافعي^(٣)، وقول في الجديد^(٤)، وهو رواية عن الإمام أحمد، وبه قال إسحاق^(٥).

(١) انظر: المبسوط ١٤/١٥٤، بدائع الصنائع ٥/١٤٨، البحر الرائق ٦/١٦٠.

(٢) انظر: مواهب الجليل ٤/٢٦٩-٢٧٠، التاج والإكليل بهامش مواهب الجليل ٤/٢٦٩، قوانين الأحكام الشرعية ص ٢٧١.

(٣) انظر: المجموع ٩/٢٤٧-٢٤٨، حاشية عميرة ٢/١٦٠، حاشية الشرقاوي ٢/٢١.

(٤) انظر: الفروع ٤/٣٦، المحرر ١/٣١٠، الهداية لأبي الخطاب ١/١٢٢.

(٥) انظر: المغني ٤/٢٢٧، الشرح الكبير مع المغني ٤/١٦.

قال في الهداية^(١): «ومن باع ملك غيره بغير أمره فالمالك بالخيار إن شاء أجاز البيع وإن شاء فسخ».

- وقال في الشرح الصغير^(٢): «وصح بيع غير المالك للسلعة وهو المسمى بالفضولي».

- وقال في منهاج الطالبين^(٣): «فبيع الفضولي باطل .. وفي القديم هو موقوف إن أجازة مالكة أو وليه نفذ .. وإلا فلا ينفذ».

- وقال في المقنع^(٤): «.. فإن باع ملك غيره بغير إذنه أو اشترى بعين ماله شيئاً بغير إذنه لم يصح، وعنه يصح ويقف على إجازة المالك».

القول الثاني:

أن هذا البيع باطل.

وبه قال الشافعية في الجديد وهو الأظهر عندهم^(٥)، وهو المذهب عند الحنابلة^(٦)، وبه قال الظاهرية^(٧)، وأبو ثور، وابن المنذر^(٨).

(١) للمرخيني ٦٨/٣.

(٢) للدريد ٢٦/٣.

(٣) بهامش حاشيتي قليوبي وعميرة ١٦٠/٢.

(٤) مع المبدع ١٦/٤.

(٥) انظر: المجموع شرح المذهب ٢٤٨/٩، روضة الطالبين ٣٥٢/٢، حاشية عميرة ١٦٠/٢.

(٦) انظر: الإنصاف ٢٨٢/٤، كشف القناع ١٥٧/٣، شرح منتهى الإرادات ١٤٤/٢.

(٧) انظر: المحلى ٤٣٤/٨، ٤٣٨.

(٨) انظر الإقناع لابن المنذر ٢٦٥/١، المغني ٢٢٧/٤.

قال ابن حزم: «ولا يحل أن يبيع مال غيره بغير إذن صاحب المال له في بيعه، فإن وقع فسخ أبدا»^(١).

الأدلة:

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:

١- قوله تعالى: ﴿... وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا...﴾^(٢).

قال القرطبي^(٣): استدل بعض العلماء من المخالفين أن بيع الفضولي لا يصح^(٤).

ووجه الاستدلال بها: أن الله تعالى أخبر أن أحكام أفعال كل نفس متعلقة بها دون غيرها فيحتاج بعمومه أن الشخص إنما يتصرف فيما هو ملك نفسه دون غيرها^(٥).

ونوقش: بأن المراد من الآية تحمل الثواب والعقاب دون أحكام الدنيا

(١) المحلى ٤٣٤/٨.

(٢) سورة الأنعام: آية ١٦٤. وقد استدل بها ابن حزم في المحلى ٤٣٥/٨.

(٣) هو: محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي الأندلسي القرطبي المالكي، إمام من أئمة التفسير كان عابدا صالحا ورعا زاهدا في الدنيا. توفي سنة ٦٧١. من تصانيفه «الجامع لأحكام القرآن» و«التذكرة بأحوال الآخرة».

(انظر: الديباج المذهب ص ٣١٧، شذرات الذهب ٥/٣٣٥، شجرة النور ص ١٩٧).

(٤) انظر: الجامع لأحكام القرآن ١٥٦/٧، أحكام القرآن لابن العربي ٧٧٢/٢، وأحكام القرآن للكنيا الهراسي ١٣٠/٢.

(٥) انظر: أحكام القرآن للجصاص ٤/٢٠٠، فتح القدير للشوكاني ١٨٦/٢.

بدليل قوله تعالى: ﴿... وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ...﴾، أي لا تحمل حامله ثقل أخرى، أي لا تؤاخذ نفس بذنب غيرها، بل كل نفس مأخوذة بجرمها ومعاقبة بإثمها^(١).

وقال ابن العربي: يحتمل أن يكون المراد بذلك كسب الإلزام والالتزام، لا كسب المؤنة والاستخدام فقد يتعاون المسلمون ويتعاملون بحكم العادة والمروءة والمشاركة^(٢).

٢- ما روى أبو بكر^(٣) أن النبي ﷺ قال: «فإن دماءكم وأموالكم وأعراضكم حرام عليكم كحرمة يومكم هذا في بلدكم هذا في شهركم هذا»^(٤).

ووجه الاستدلال به: أن فيه دلالة على أنه ليس لأحد أن يحل ما حرم

(١) انظر: أحكام القرآن لابن العربي ٧٧٢/٢، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ١٥٦/٧-١٥٧.

(٢) انظر: أحكام القرآن ٧٧٣/٢.

(٣) هو: أبو بكر نفع بن مروح وقيل نفع بن الحارث بن كلدة بن عمرو الثقفي وأمه سمية جارية الحارث بن كلدة، نزل يوم الطائف من حصن الطائف إلى رسول الله ﷺ فأسلم في غلمان من غلمان الطائف فأعتقهم رسول الله فكان يقول أنا مولى رسول الله، وكان من فضلاء الصحابة وعبادهم، توفي سنة ٥١ وقيل سنة ٥٢ بالبصرة.

(4) انظر: الاستيعاب ٢٣/٤، الإصابة ٥٧١/٣-٥٧٢، أسد الغابة ٣٨-٣٩/٥.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه/ كتاب العلم / الباب السابع والثلاثون: ليبلغ الشاهد الغائب ٢٨/١ رقم ١٠٥، وأخرجه مسلم في صحيحه كتاب القسامة/ الباب التاسع تغليظ تحريم الدماء والأعراض والأموال ١٢٠٥/٢-١٢٠٦ رقم ١٦٧٩.

الله تعالى من ماله ولا من بشرته ولا من عرضه ولا من دمه إلا بالوجه الذي أباحه به نص القرآن أو السنة، ومن فعل ذلك فهو مردود لقول النبي ﷺ: «من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد»^(١).

ويناقد من وجهين:

أحدهما: أن تصرف الفضولي وقبول صاحب الملك ليس فيه إحلال لما حرم الله حتى يستدل بهذا الحديث على بطلان عقد الفضولي، بل إن قبول صاحب الملك للبيع موافق لقواعد الشرع وأصوله التي تراعى صيانة ألقاظ المكلفين.

الثاني: أن هذا التصرف عليه أمر الرسول ﷺ - وسيأتي -.

فالأستدلال بحديث: «من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد» إنما يرد عليهم لأنهم يبطلون هذا التصرف - فيدخلون فيمن عمل عملا ليس عليه أمر الرسول ﷺ.

٣- ما روى حكيم بن حزام^(٢) أنه قال: يارسول الله يأتيني الرجل فيريد

(١) الحديث استدلال به في المحلى ٤٣٥/٨، وأخرجه مسلم في صحيحه/كتاب الأفضية / باب ما ورد من الأحكام الباطلة ونقض محدثات الأمور ٣/١٣٤٣-١٣٤٤ رقم ١٨، وأخرجه البخاري في صحيحه معلقا بصيغة الجزم / كتاب البيوع/ باب النجش ٣/٢٤، ووصله في كتاب الصلح ٣/١٦٧ بلفظ : من أحدث في أمرنا... من حديث عائشة.

(٢) هو: حكيم بن حزام بن خويلد بن أسد بن عبد العزى بن قصي القرشي الأسدي وهو ابن أخي خديجة بنت خويلد أم المؤمنين، وابن عم الزبير بن العوام، ولد في الكعبة وأسلم يوم الفتح وكان من أشرف قريش ووجهها في الجاهلية والإسلام وكان جوادا سخيا، قيل إنه عاش مائة وعشرين سنة وتوفي في أيام معاوية سنة ٥٤هـ وقيل ٥٨.

(انظر: أسد الغابة ١/٥٢٢-٥٢٣، الإصابة ١/٣٤٩).

مني البيع ليس عندي أفأبتاعه له من السوق؟ فقال : لا تبع ما ليس عندك^(١) . وإسناده صحيح^(٢) .

وجه الاستدلال: أن بيع غير المالك للسلعة إنما هو بيع لما ليس عنده أي لما ليس في ملكه فيدخل في النهي عنه في هذا الحديث .

ونوقش: بأن هذا ليس معني الحديث، بل معناه لا تبع ما ليس عندك أصلاً أي لا تملكه لا أصله ولا يدا، ولو كان معناه ما ذكره لما صح بيع الوكيل ، مع أن بيع الوكيل يصح بالإجماع، ولا يقال له إنه بائع ما ليس عنده ولا فرق بينه وبين الفضولي في نفس البيع؛ لأن كل واحد منهما بائع ملك غيره، والفرق إنما هو في الإذن وعدمه وهو غير مؤثر فلا يكون بيع الفضولي داخلاً فيه .

واجيب : بأن الإذن للوكيل يجعل المبيع مقدور التسليم فلا يكون الفضولي مثله؛ لأنه لا يقدر على التسليم .

ويرد عليه من وجهين:

أحدهما : المنع؛ لأنه يقدر عليه لكون المبيع بيده وإنما لا يقدر على تنفيذ العقد وتصحيحه، وليس في الأثر ما يدل على المنع من بيع ما لا

(١) استدل به في فتح العزيز ٢٢٢/٨، وقد أخرجه أبو داود في سننه / كتاب البيوع / باب في الرجل يبيع ما ليس عنده ٧٦٨/٣ رقم ٣٥٠، وأخرجه الترمذي في سننه / كتاب البيوع / باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك ٥٢٥/٣ رقم ١٢٣٢، وأخرجه النسائي في سننه / كتاب البيوع / باب بيع ما ليس عند البائع ٢٨٩/٧ رقم ٤٦١٢، وأخرجه ابن ماجه في سننه / كتاب التجارات / باب النهي عن بيع ما ليس عندك ٧٢٧/٢ رقم ٢١٨٧ .

(٢) انظر: سنن أبي داود / تعليق عزت الدعاس وعادل السيد ٧٦٩/٣، والتلخيص الحبير ٥/٣ .

يقدر البائع على تنفيذ العقد فيه، ومن ادعى فعلية البيان.

الثاني: لو سلم ما ذكره فإن القدرة على التسليم تجب بحسب البيع فإن كان البيع باتا فإنه يجب أن تكون القدرة باتة أيضا، وإن كان البيع موقوفا فإنه يجب أن تكون القدرة أيضا كذلك، والقدرة الموقوفة موجودة هنا فلم يصح الفرق، بخلاف من يبيع ما ليس عنده؛ لأن يبيعه بيع بات ولا قدرة هناك فلا يصح^(١).

وقد نوقش الاستدلال بحديث: «لا تبع ما ليس عندك» بمناقشة أخرى، وذلك بحمل الحديث على يبيعه لنفسه لا لغيره، والدليل على ذلك أن النهي إنما ورد في حكيم بن حزام وقضيته مشهورة، وذلك أنه كان يبيع لنفسه^(٢).

وقد يجاب عن ذلك بأن في هذا الحمل قصراً للحديث على بعض ما يدل عليه من غير دليل فلا يصح.

واستدل لهم بأن النهي إنما ورد في حكيم بن حزام غير مسلم؛ لأن الحديث رواه أيضا عبد الله بن عمرو^(٣) بلفظ: «لا يحل سلف وبيع، ولا

(١) انظر: إعلاء السنن ١٤/١٥١.

(٢) انظر: بداية المجتهد ٢/١٥٠.

(٣) هو الصحابي الزاهد أبو عبد الرحمن عبد الله بن عمرو العاص بن وائل السهمي القرشي. أسلم قبل أبيه واستأذن النبي ﷺ في أن يكتب حديثه فأذن له، وكان فاضلا حافظا عالما قرأ القرآن والكتب القديمة. توفي سنة ٦٥هـ وقيل غير ذلك.

(انظر: الإصابة ٢/٣٥١-٣٥٢، الاستيعاب ٢/٣٤٧، أسد الغابة ٤/٢٤٥-٢٤٧).

شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك»^(١). وهذا عام ليس فيه تعرض لبيع حكيم.

٤- ماروى عمرو بن شعيب^(٢) عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال : «لا طلاق إلا فيما تملك ولا عتق إلا فيما تملك ولا بيع إلا فيما تملك»^(٣). رواه أبو داود وسكت عليه، وحسنه^(٤) الخطابي^(٥)، وقال النووي حسن

(١) أخرجه أحمد في مسنده ١٧٩/٢، وأخرجه أبو داود في سننه / كتاب البيوع / باب الرجل يبيع ما ليس عنده ٧٦٩/٣ رقم ٣٥٠٤، وأخرجه الترمذي في سننه وصححه واللفظ له / كتاب البيوع / باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك ٥٢٦/٣ رقم ١٢٢٤، وأخرجه النسائي في سننه / كتاب البيوع / باب بيع ما ليس عندك ٢٨٨/٧ رقم ٤٦١٢ وقال في إرواء الغليل ١٤٦/٥ : حسن.

(٢) هو : الإمام المحدث أبو إبراهيم عمرو بن شعيب بن محمد بن عبد الله بن عمرو بن العاص . فقيه أهل الطائف ومحدثهم . كان يتردد كثيرا إلى مكة وينشر العلم . قال البخاري : « رأيت أحمد بن حنبل وعامة أصحابنا يحتجون بحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده » توفي سنة ١١٨ بالطائف .
(انظر : سير أعلام النبلاء ١٦٥/٥ ، تهذيب التهذيب ٤٨/٨ - ٥٥ ، شذرات الذهب (١٥٥/١).

(٣) أخرجه أحمد في مسنده ١٨٩/٢ ، وأخرجه أبو داود في سننه واللفظ له / كتاب الطلاق / باب في الطلاق قبل النكاح ٦٤٠/٢ رقم ٢١٩٠ ، والحديث استدل به في المجموع ٢٥١/٦ ، وفي شرح روض الطالب ١٠/٢ .

(٤) معالم السنن مع سنن أبي داود بتحقيق الدعاس ٦٤١/٢ .

(٥) هو : أبو سليمان حمّد بن محمد بن إبراهيم بن خطاب البستي الخطابي الإمام العلامة الحافظ، عنى بالحديث متنا وإسنادا، وأخذ الفقه على مذهب الشافعي عن القفال وابن أبي هريرة، توفي سنة ٢٨٨ . من تصانيفه : « غريب الحديث » و« شرح الأسماء الحسنی » .

(انظر: سير أعلام النبلاء ٢٣/١٧ - ٢٨ ، البداية والنهاية ٢٣٦/١١ ، طبقات السبكي ٢١٨/٢).

أو صحيح^(١).

وجه الاستدلال: في الحديث دلالة ظاهرة على عدم وقوع البيع على ما لا يملكه الشخص.

ونوقش: بأن الحديث إن أريد أنه لا شيء من الثلاثة لازم فيما لا يملك فإننا نقول بموجبه ، وإن أريد به لا شيء منها صحيح فيما لا يملك حملناه على ما قبل الإجازة؛ لأن العام في الأشخاص مطلق في الأحوال سلمنا عمومه في الأحوال لكنه معارض بحديث عروة^(٢).

٥- أنه باع ما لا يقدر على تسليمه فيجب أن لا يصح قياسا على بيع العبد الآبق والجمل الشارد^(٣).

ويناقش: بأن هذا قياس مع الفارق؛ لأن العبد الآبق والجمل الشارد غير مقدور على تسليمهما بخلاف من يبيع ملك غيره، فإنه يقدر على تسليمه وإنما لا يقدر على تنفيذ العقد وتصحيحه. وقد^(٤) بينا أن القدرة على التسليم تجب بحسب البيع.

٦- أن هذا العقد غرر؛ لأنه لا يدري هل يجيزه أو لا^(٥).

ويناقش: بأن عدم العلم بما يقرره المالك من الإجازة أو عدمها لا

(١) انظر: المجموع شرح المذهب ٢٥١/٩.

(٢) انظر: الفروق للقرافي ٢٤٣/٣، تهذيب الفروق لمحمد علي حسين بهامش الفروق ٢٤١/٣.

(٣) الروايتان والوجهان لأبي يعلى ٣٥٢/١، فتح العزيز ١٢٢/٨.

(٤) سبق بيان ذلك في مناقشة الدليل الثالث ص: ١٦١ - ١٦٢.

(٥) انظر: معالم السنن للخطابي مع سنن أبي داود ٦٧٨/٣.

يسمى غرراً وإلا لكان البيع بشرط الخيار غرراً؛ لأنه لا يدري هل يجيز من له الخيار أم لا. وإنما الغرر أن يعقد له عقداً يأخذ فيه ماله ويبقى العوض الذي يطلبه على مخاطرة، فإن لم يحصل كان قد أكل ماله بالباطل، فهذا هو الغرر الذي يدخل بيعه في معنى القمار والميسر الذي حرمه الله ورسوله ﷺ أما كون العقد جائزاً يجوز أن يلزم إن وجد شرط لزومه ويجوز أن لا يلزم إن لم يوجد شرط لزومه فليس مما دخل في نهيهِ ﷺ^(١).

٧- أنه لم يصدر عن ولاية شرعية؛ لأنها لا تكون إلا بالملك أو بإذن المالك وقد فقدا، ولا انعقاد إلا بالقدرة الشرعية^(٢).

ونوقش: بأن قوله لا انعقاد إلا بالقدرة الشرعية: إن أريد به لا انعقاد على وجه النفاذ فهو مسلم ولا يضر، وإن أراد به الانعقاد نفسه على جهة التوقف إلي أن يرى المالك مصلحة في الإجازة فيجيز فعله، أو يرى عدم المصلحة فيبطل هذا الفعل فإنه ممنوع ولا دليل عليه، بل الدليل دل على ثبوته، وهو تحقق الحاجة والمصلحة لكل من العاقد والمالك والمشتري من غير ضرر ولا مانع شرعي فيدخل ثبوته في العمومات^(٣)، أما تحقق ما ذكرنا فإن المالك يكفي مؤنة طلب المشتري ووفور الثمن وقراره ونفاق سلعته وراحته منها ووصوله إلى البديل المحبوب له، والمشتري يصل إلي حاجته ويندفع ألم فقدها إذا كان مهماً له، والعاقد يصون كلامه عن الإلغاء

(١) انظر: رسالة العقود لابن تيمية «نظرية العقد» ص ٢٢٧-٢٢٨.

(٢) انظر: شرح روض الطالب ١٠/٢، الهداية للمرغيناني ٦٨/٣.

(٣) انتفاء المانع الشرعي مبني على إبطال أدلة المانعين، أما العمومات فستأتي في أدلة القول الأول.

والإهدار، فلما كان هذا التصرف فيه الخير للجميع من غير ضرر كان الإذن في هذا العقد ثابتا دلالة ، وهذا هو الجواب عن قولهم في الدليل - إن الولاية الشرعية باذن المالك وقد فقد الإذن.

واعترض عليه: بأن الإذن لو كان ثابتا دلالة فيما هو نافع فإن الرضى من المالك يكون متحققا دلالة فينبغي أن لا يثبت له الخيار. وأجيب عنه: بأن الإذن ثابت دلالة فيما هو نافع لا فيما هو ضار وفي الانعقاد نفع فيثبت من وجه، وفي انعقاده بغير اختياره ضرر فلا يثبت الإذن في حقه؛ فلذلك يخير^(١).

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:

١- قوله تعالى: ﴿.. وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا..﴾^(٢) وقوله: ﴿.. لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾^(٣) وقوله: ﴿فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ...﴾^(٤).

وجه الاستدلال: أن الله تعالى شرع البيع والشراء في التجارة وابتغاء الفضل من غير فصل بين ما إذا وجد من المالك بطريق الأصالة وبين ما إذا وجد من الوكيل في الابتداء، أو بين ما إذا وجدت الإجازة من المالك في الانتهاء وبين وجود الرضا في التجارة عند العقد أو بعده، فيجب العمل

(١) انظر: فتح القدير لابن الهمام ٥٢/٧-٥٣، البناية ٥٨٧/٦-٥٨٨.

(٢) سورة البقرة: آية ٢٧٥.

(٣) سورة النساء: آية ٢٩.

(٤) سورة الجمعة: آية ١٠.

بإطلاقها إلا ما خص بدليل^(١).

وقد يناقش الاستدلال بهذه الآيات بأنه قد ورد الدليل بالتفريق بين من يتصرف في ملكه وبين من يتصرف في ملك غيره بغير إذنه بإبطال التصرف في ملك الغير بغير إذنه بقوله تعالى: ﴿... وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا...﴾^(٢)، وحديث: « لا تبيع ما ليس عندك » وغيرهما من الأدلة.

ويجاب عن هذه المناقشة بالمناقشة المتقدمة عند الاستدلال بهذه الأدلة.

٢- قوله تعالى: ﴿... وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ...﴾^(٣)، وقوله: ﴿... وَأَحْسِنُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ﴾^(٤).

وجه الاستدلال: أن في تصرف العاقد « الفضولي » إعانة لأخيه المسلم لأنه يكفيه نعت البيع إذا كان مختاراً له^(٥).

ونوقش: بأن هذا لا إعانة فيه وليس هو من البر والتقوى، بل هو من الإثم والعدوان^(٦).

ويجاب عن ذلك بالمنع لأمرين:

-
- (١) انظر: بدائع الصنائع ١٤٩/٥.
 - (٢) سورة الأنعام: آية ١٦٤.
 - (٣) سورة المائدة: آية ٢.
 - (٤) سورة البقرة: آية ١٩٥. وقد استدل بهما في بدائع الصنائع ١٤٩/٥، الفروق ٢٤٣/٣.
 - (٥) انظر: المجموع شرح المذهب ٢٥٠/٩، بدائع الصنائع ١٤٩/٥.
 - (٦) انظر: المجموع شرح المذهب ٢٥١/٩.

أحدهما: أنه لا ضرر على صاحب السلعة من هذا التصرف.

الثاني: أنه قد يكون في علم هذا المتصرف في ملك غيره- رغبة صاحبها في بيعها لحاجته إلي ثمنها، فأقدم على هذا الفعل لراحة صديقه وتوفير الثمن الذي يحتاجه، وإذا كان كذلك فإنه يكون محسنا بارا به متعاوننا معه لا آثما ولا معتديا عليه - وهذا ظاهر.

٣- ما روى شبيب بن غرقدة^(١) حدثني الحي عن عروة البارقي^(٢) قال: أعطاه النبي ﷺ دينارا لشيتري به أضحية أو شاة، فاشتري شاتين فباع إحداهما بدينار فأتاه بشاة ودينار فدعا له بالبركة في بيعه فكان لو اشترى ترابا ربح فيه^(٣).

وجه الاستدلال: أن عروة باع إحدى الشاتين بغير إذن النبي ﷺ وأقره النبي على ذلك، ولو كان هذا التصرف باطلا لما أقره عليه.

(١) هو: شبيب بن غرقدة السلمي ويقال البارقي الكوفي. روى عن عروة البارقي وغيره، وعنه شعبة ومنصور بن المعتمر وزائدة وقيس بن الربيع وغيرهم. وثقه المحدثون.

(انظر: تهذيب التهذيب ٤/٣٠٩، تقريب التهذيب ١/٣٤٦).

(٢) هو: عروة بن الجعد البارقي وقيل الأزدي. صحابي له رواية عن رسول الله ﷺ وكان مرابطا ببرز الخروز- موضع شرقي بغداد- ومعه عدة أفراس. قال شبيب بن غرقدة: رأيت في دار عروة بن الجعد سبعين فرسا مربوطة للجهد في سبيل الله.

(انظر: الطبقات لابن سعد ٦/٣٤، الإصابة ٢/٤٧٦، أسد الغابة ٣/٥٢٣-٥٢٤).

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه/ الباب الثامن والعشرون/ حدثني محمد بن المشي ٤/١٨٧ رقم ٣٦٤٢، وأخرجه أبو داود في سننه واللفظ له / كتاب البيوع/ باب المضارب يخالف ٢/٦٧٧ رقم ٣٣٨٤.

ونوقش من وجهين:

الوجه الأول:

أنه غير متصل^(١). قال البيهقي: إنما ضعف حديث البارقي، لأن شبيب ابن غرقدة رواه عن الحي وهم غير معروفين^(٢).
وأجيب عنه من وجوه:

أحدها: ما ذكر الكرمانى^(٣) بقوله: فإن قلت فالحديث من رواية المجاهيل، إذ الحي مجهول.

(١) انظر: معالم السنن للخطابي بتحقيق الدعاس ٦٧٨/٣، مختصر سنن أبي داود للمنذري ٥٠/٥.

وقد رد ابن حجر القول بأنه غير متصل: بأن هذا على طريقة بعض أهل الحديث يسمون ما في إسناده مبهم مرسلًا أو منقطعًا، والتحقيق: أنه إذا وقع في التصريح بالسماع: أنه متصل في إسناده مبهم إذ لا فرق فيما يتعلق بالاتصال والانقطاع بين رواية المجهول والمعروف، فالمبهم نظير المجهول في ذلك، ومع ذلك لا يقال في إسناد صرح كل من فيه بالسماع من شيخه: أنه منقطع وإن كانوا أو بعضهم غير معروفين.

انظر: فتح الباري ٦٣٤/٦. وهذا رد للقول بأنه غير متصل من جهة الاصطلاح عند المحدثين.

(٢) انظر: مختصر سنن أبي داود للمنذري ٥٠/٥، تهذيب السنن لابن القيم ٤٩/٥.

(٣) هو: محمد بن يوسف بن علي بن سعيد الكرمانى البغدادي شمس الدين. ولد سنة ٧١٧ وارتحل في طلب العلم. وكان عالماً متواضعاً فقيهاً أصولياً محدثاً قانعاً من الدنيا باليسير. توفي سنة ٧٨٦ هـ. من مصنفاته: «الكواكب الدراري» شرح صحيح البخاري و«السبعة السيارة» شرح مختصر ابن الحاجب.
(انظر: الدرر الكامنة ٧٧/٥، البدر الطالع ٢٩٢/٢).

قلت : إذا علم أن شبيبا لا يروي إلا عن عدل فلا بأس به، أو لما كان ذلك ثابتا بالطريق المعين المعلوم اعتمد على ذلك فلم يبال بهذا الإبهام، أو أراد نقله بوجه أكد، إذ فيه إشعار بأنه لم يسمع من رجل واحد فقط، بل من جماعة متعددة ربما يفيد خبرهم القطع به^(١).

الثاني: أن الحديث في صحيح البخاري الذي التزم أن لا يخرج فيه إلا ما هو صحيح على شرطه.

ويرد عليه: بأن الحديث لو كان على شرطه لأخرجه في البيوع والوكالة كما جرت عادته في الحديث الذي يشتمل على أحكام أن يذكره في الأبواب التي تصلح له، ولم يخرجها إلا هنا وذكر بعده حديث الخيل من رواية ابن عمر وأنس وأبي هريرة، فدل ذلك على أن مراده حديث الخيل فقط، إذ هو على شرطه^(٢).

واعترض عليه: بأن القول إن مراده حديث الخيل فقط، إذ هو على شرطه: فيه نظر؛ لأنه لو كان الأمر كما ذكر فإنه يعكس عليه ذكره بين أبواب علامات النبوة لعدم المناسبة من كل وجه^(٣).

الثالث: لو سلم ما ذكر فإنه ورد من طريق آخر متصل ليس فيه مبهم وهو ما روى سعيد بن زيد، ثنا الزبير بن الخريت عن أبي لبيد عن عروة^(٤).

(١) انظر: عمدة القاري ١٦/١٦٦.

(٢) انظر: فتح الباري ٦/٦٣٤.

(٣) انظر: فتح الباري ٦/٦٣٤.

(٤) أخرجه من هذا الطريق أبو داود في سننه / كتاب البيوع / باب المضارب يخالف ٦٧٩/٣ رقم ٣٣٨٥، وأخرجه الترمذي في سننه / كتاب البيوع / الباب الرابع والثلاثون ٣/٥٥٠ رقم ١٢٥٨، وأخرجه ابن ماجه في سننه كتاب الصدقات / باب الأمين يتجر فيربح ٢/٨٠٢ رقم ٢٤٠٢.

ويرد عليه : بأن سعيد بن زيد ضعيف^(١)، وقال فيه البيهقي: ليس بالقوي^(٢).

وفيه أبو لبيد وهو لمأزة بن زبار وليس بمعروف العدالة^(٣).

واعترض عليه من وجهين:

أحدهما: أن سعيد بن زيد قد احتج به مسلم واستشهد به البخاري ووثقه يحيى بن معين^(٤) وغيره^(٥). وأبو لبيد: ثقة روى له أصحاب السنن، وذكره ابن حبان في الثقات، وقال حرب^(٦): سمعت أحمد أثنى عليه^(٧).

(١) انظر: المحلى ٤٢٧/٨، تهذيب التهذيب ٣٢/٤.

(٢) انظر السنن الكبرى ١١٢/٦.

(٣) انظر: المحلى ٤٢٧/٨.

(٤) هو: أبو زكريا يحيى بن معين بن عون بن زياد بن بسطام المري الغطفاني مولاهم، محدث متقن إمام من أئمة الجرح والتعديل، روى عنه البخاري ومسلم وغيرهما، خلف له والده ألف ألف درهم فأنفقها على جمع الحديث، قال الإمام أحمد: السماع من يحيى شفاء لما في الصدور. من تصانيفه: «التاريخ والعلل». (انظر: تهذيب الأسماء واللغات ١٥٦/٢-١٥٩، وفيات الأعيان ١٢٩/٦-١٤٢، تهذيب التهذيب ٢٨٠/١-٢٨٨).

(٥) انظر: الجوهر النقي مع السنن الكبرى ١١٢/٦، عمدة القاري ١١٦/١٦.

(٦) هو: الإمام العلامة أبو محمد حرب بن إسماعيل بن خلف الحنظلي الكرمانى الفقيه، تلميذ الإمام أحمد، رحل وطلب العلم وأخذ عن الحميدي وأبي عبيد وأحمد وإسحاق. قال الذهبي: مسائل حرب من أنفس كتب الحنابلة وهو كبير في مجلدين. توفي سنة ٢٨٠هـ.

(٧) انظر: طبقات الحنابلة ١/١٤٥، سير أعلام النبلاء ١٣/٢٤٤، شذرات الذهب (١٧٦/٢).

(٧) انظر: التخليص الحبير ٥/٣.

الثاني: أن هارون بن موسى الأعور تابع سعيد بن زيد على رواية هذا الحديث، قال الترمذي^(١): حدثنا أحمد بن سعيد الدارمي، ثنا حبان بن هلال ثنا هارون الأعور، ثنا الزبير بن خريت فذكره، وهذا السند على شرط الشيخين فظهر بهذا أنه حديث ثابت متصل روي من وجوه^(٢).
وقد حسنه^(٣) المنذري^(٤)، وصححه^(٥) ابن العربي^(٦)، وقال النووي: إسناد الترمذي صحيح وإسناد الآخرين حسن فهو حديث صحيح^(٧).

(١) سنن الترمذي ٥٥٠/٣.

(٢) انظر: الجوهر النقي ١١٢/٦.

(٣) انظر: مختصر سنن أبي داود ٥١/٥.

(٤) هو: شيخ الإسلام زكي الدين أبو محمد عبد العظيم بن عبد القوي بن عبد الله ابن سلامة المنذري الشافعي. الإمام الحافظ الفقيه المحدث، ولد سنة ٥٨١ هـ وتوفي سنة ٦٥٦ هـ. من تصانيفه: «مختصر سنن أبي داود» و«شرح التبيه» للشيرازي.

(انظر: سير أعلام النبلاء ٣٢٤-٣١٩/٢٣، تذكرة الحفاظ ٤/١٤٣٦-١٤٣٨).

(٥) انظر: شرح ابن العربي على سنن الترمذي ١٧/٦.

(٦) هو: أبو بكر محمد بن عبد الله بن محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي المعافري الإشبيلي الإمام العلامة الحافظ، رحل في طلب العلم ثم عاد إلى الأندلس بعلم كثير لم يأت به أحد قبله ممن رحل إلى المشرق. من تصانيفه: «أحكام القرآن» و«القواصم والعواصم» وغير ذلك. توفي سنة ٥٤٣ هـ.
(انظر: الديباج المذهب ص ٢٨١-٢٨٤، وفيات الأعيان ٤/٢٦٩، شجرة النور الزكية ص ١٣٦).

(٧) انظر: المجموع شرح المهذب ٢٥٠/٩.

الوجه الثاني: من وجهي المناقشة: من جهة الاستدلال بالحديث،
وذلك بأمرين:-

الأمر الأول: لو سلم بصحة الحديث فإنه يحمل على أن النبي ﷺ وكل
عروة توكيلا مطلقا، وللوكيل وكالة مطلقة أن يتصرف بالبيع والشراء
بمقتضى هذا التوكيل^(١)

وأجيب عنه: بأن هذا احتمال ناشئ عن غير دليل، ويمكن أن يقال عن
كل فضولي مثل ذلك إنه وكيل لأنه فهم ذلك منه بقريئة؛ لأن الذي يتصرف
لغيره من غير إذنه إنما يتصرف له لأنه مفيد له عنده، ولا يرد عاقل
تصرفا مفيدا له، فإن كان هذا القدر كافيا للوكالة فكل فضولي وكيل، وإن
لم يكن ذلك كافيا فلا يقال إن عروة كان وكيفا؛ لأن بناء تصرفه كان كذلك
فحيث حسب أن هذا التصرف مفيد تصرف، ولم يكن عند النبي ﷺ شيء
من ذلك حين أمره بشراء الأضحية كما لا يخفى على من تأمل سياق
التحديث^(٢).

الأمر الثاني: أن عروة اشترى لنفسه وليس للرسول؛ لأنه اشترى كما
أراد لا كما أمره الرسول ﷺ^(٣).

وأجيب عنه بثلاثة أجوبة:

أحدها: أن هذه المناقشة بعيدة جدا، إذ إن النبي ﷺ أعطاه الدينار

(١) انظر: فتح القدير لابن الهمام ٥٤/٧، إعلاء السنن ١٤/٣٩٧-٣٩٨.

(٢) انظر: المرجعين السابقين.

(٣) انظر: المحلى ٨/٤٣٧.

ليشتري له أضحية لا ليشتري لنفسه وإنما تصرف لما رأى أن ذلك فيه نفع للنبي ﷺ، يؤيد ذلك بعض ألفاظ الحديث وفيها: «فأعطاني دينارا وقال: أي عروة إئت الجلب فاشتر لنا شاة بهذا الدينار»^(١).

الثاني: أنه رد الدينار على النبي ﷺ ولو كان لنفسه لا كتفي باعطاء النبي ﷺ الشاة، وأخذ الدينار لنفسه.

الثالث: أن النبي ﷺ دعا له ، ولو كان شراؤه لنفسه لما استحق ذلك.

٤- عن أبي الحصين^(٢) عن شيخ من أهل المدينة عن حكيم بن حزام أن رسول الله ﷺ بعث معه بدينار ليشتري له أضحية فاشتراها بدينار وباعها بدينارين فرجع فاشترى له أضحية بدينار وجاء بدينار إلى النبي ﷺ فتصدق به النبي ﷺ ودعا له أن يبارك له في تجارته»^(٣).

وروى من وجه آخر عن أبي حصين عن حبيب بن أبي ثابت^(٤) عن

(١) أخرجه الدار قطني في سننه / كتاب البيوع / ١٠ / ٣ رقم ٣٠ .

(٢) هو : عثمان بن عاصم بن حصين، وقيل بدل حصين زيد بن كثير الأسدي الكوفي، الإمام الحافظ المتقن، كان رجلا صالحا ثقة ثبتا في الحديث. توفي سنة ١٢٧هـ.

(انظر: الطبقات لابن سعد ٢٢١/٦، سير أعلام النبلاء ٤١٢/٥-٤١٧، تهذيب التهذيب ١٢٦/٧).

(٣) أخرجه أبو داود في سننه / كتاب البيوع / باب في المضارب يخالف ٦٧٩/٣ رقم ٢٣٨٩، وأخرجه الدارقطني في سننه / كتاب البيوع ٩/٣ رقم ٢٨، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى / كتاب القراض / باب المضارب يخالف ١١٢/٦-١١٣ .

(٤) هو : الإمام الحافظ حبيب بن أبي ثابت ، فقيه الكوفة أبو يحيى القرشي الأسدي مولاهم واسم أبيه قيس بن دينار وقيل قيس بن هند وقيل هند ثقة فقيه جليل، وكان كثير الإرسال والتدليس. مات سنة ١١٩هـ .

حكيم بن حزام^(١).

قال الترمذي: حديث حكيم بن حزام لا نعرفه إلا من هذا الوجه
وحبيب بن أبي ثابت لم يسمع عندي من حكيم بن حزام^(٢).

المناقشات الواردة على الاستدلال بهذا الحديث:

أولاً: من جهة السند:

نوقش الاستدلال بهذا الحديث بأنه غير متصل؛ لأن في سنده رجلاً
مجهولاً لا يدري من هو^(٣).

وأجيب من وجهين:

أحدهما: أن الحديث روي من وجهين، أحدهما: قال الترمذي: ثنا
أبو كريب، ثنا أبو بكر بن عياش عن أبي حصين، عن حبيب بن أبي ثابت
عن حكيم ابن حزام فذكره ورجال هذا السند على شرط البخاري^(٤).
ويرد: أن الترمذي قال بعد إخرجه لهذا الحديث وحبيب بن أبي ثابت

= (انظر: الطبقات لابن سعد ٢٢٠/٦، سير أعلام النبلاء ٢٨٨/٥، تقريب التهذيب
١٤٨/١).

(١) أخرجه الترمذي في سننه/ كتاب البيوع/ الباب الرابع والثلاثون ٥٤٩/٣، حديث
رقم ١٢٥٧.

(٢) سنن الترمذي ٥٤٩/٣.

(٣) انظر: المحلى ٤٢٧/٨، معالم السنن للخطابي ٦٧٨/٣، المجموع شرح المهذب
٢٥١/٩.

(٤) انظر: الجوهر النقي مع السنن الكبرى ١١٣/٦.

لم يسمع عندي من حكيم بن حزام^(١).

الوجه الثاني: أن المرسل إذا تعدد مخرجه فهو حجة عند الكل، وهذا يرويه أبو حصين عن شيخ من أهل المدينة، وعن حبيب بن أبي ثابت وليس من أهل المدينة بل هو من أهل الكوفة كلاهما عن حكيم بن حزام^(٢).

ثانياً: لو سلم بصحة الحديث فإنه يناقش بالمناقشات الواردة على حديث عروة^(٣). ويجاب عنها بما أجيب به هناك.

٥- ماروى عبد الله بن عمر رضي عنهما قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من استطاع منكم أن يكون مثل صاحب فرق الأرز فليكن مثله، قالوا: ومن صاحب فرق الأرز يارسول الله؟ فذكر حديث الفار حين سقط عليهم الجبل، فقال كل واحد منهم: اذكروا أحسن عملكم، قال: وقال الثالث: اللهم إنك تعلم أني استأجرت أجييراً بفرق^(٤) أرز، فلما أمسيت عرضت عليه حقه فأبى أن يأخذه وذهب، فثمرته له حتى جمعت له بقراً ورعاءها، فلقيني، فقال: أعطني حقي فقلت: اذهب إلى تلك البقر ورعائها فخذها، فاستاقها»^(٥).

(١) انظر: سنن الترمذي ٥٤٩/٣.

(٢) انظر: إعلاء السنن ١٥٣/١٤، وانظر: الرسالة للشافعي ص ٤٦١-٤٦٢، والمسودة لآل تيمية ص ٢٥٠-٢٥٩.

(٣) انظر: معالم السنن للخطابي مع سنن أبي داود ٦٧٨/٣، إعلاء السنن ١٥٣/١٤.

(٤) الفرق: بفتح الفاء والراء بعدها قاف وقد تسكن الراء: مكيال يسع ثلاثة أصع.

انظر: تهذيب اللغة للأزهري ١٠٨/٣، لسان العرب ٣٤٠١/٥.

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه/ كتاب البيوع/ الباب الثامن والتسعون/ إذا اشترى شيئاً لغيره بغير إذنه فرضي ٣٧/٣ رقم ٢٢١٥، وأخرجه مسلم في صحيحه/ كتاب الذكر/ باب قصة أصحاب الفار ٢٠٩٩/٤ رقم ٢٧٤٢، وأخرجه أبو داود=

وجه الاستدلال: أن المستأجر تصرف في مال الأجير بغير إذنه فثمره له ونمائه، وقد ساقه الرسول ﷺ مساق المدح والإقرار، ولو كان تصرفه غير صحيح لا ستحق الذم لا المدح^(١).

المناقشات الواردة على الاستدلال بهذا الحديث من وجهين:

الوجه الأول: أن الاستدلال بهذا الحديث ينبني على أن شرع من قبلنا شرع لنا والجمهور على خلافه^(٢).

وأجيب عنه من وجوه:

أحدها: لا يسلم أن الاستدلال به ينبني على أن شرع من قبلنا شرع لنا، بل الاستدلال به مبني على أمر الرسول بفعل مثل فعله بقوله: «من استطاع منكم أن يكون مثل صاحب فرق الأرز فليفعل».

الثاني: لو سلم بأن الاستدلال به مبني على أن شرع من قبلنا شرع لنا: فإنه يتقرر بأن النبي ﷺ ساقه مساق المدح والثناء على فاعله وأقره على ذلك، ولو كان لا يجوز لبينه^(٣).

الثالث: لا يسلم أن مذهب الجمهور: أن شرع من قبلنا ليس شرعا

= في سننه واللفظ له / كتاب البيوع/ باب في الرجل يتجر في مال غيره بغير إذنه
٦٧٩/٣ رقم ٢٣٨٧.

(١) انظر: فتح الباري ٤/٤٠٩.

(٢) انظر: المجموع شرح المذهب ٩/٢٥١، فتح الباري ٤/٤٠٩.

(٣) انظر: عمدة القاري ١٢/٢٥، فتح الباري ٤/٤٠٩.

لنا، بل الجمهور على أنه شرع لنا ما لم يثبت نسخه^(١).

الوجه الثاني: أنه يحتمل أنه استأجره بفرق في الذمة، ولما عرض عليه الفرق فلم يقبضه استمر في ذمة المستأجر، لأن الذي في الذمة لا يتعين إلا بالقبض فلما تصرف فيه المالك صح تصرفه سواء اعتقده لنفسه أم لأجيره، ثم إنه تبرع بما اجتمع منه على الأجير برضا منه^(٢).

وأجيب عن ذلك من وجهين:

أحدهما: المنع من عدم القبض، إذ إن القبض قد وجد منه، ويدل على ذلك قوله: «فأعطيه»، وفي رواية: «عرضت عليه حقه»، وأصرح منه ما وقع في حديث النعمان بن بشير ولفظه: «كان لي أجرا يعملون فاستأجرت كل رجل منهم بأجر معلوم، فجاءني رجل نصف النهار فاستأجرته بشرط أصحابه، فعمل في نصف نهاره كما عمل رجل منهم في نهاره كله، فرأيت على الذمام أن لا أنقصه مما استأجرت به أصحابه لما جهد في عمله، فقال رجل منهم: تعطي هذا مثل ما أعطيتني؟ فقلت: يا عبد الله لم أبخسك شيئا من شرطك وإنما هو مالي أحكم فيه مما شئت، قال: فغضب وذهب وترك أجره»^(٣)، ففيه دلالة على أنه تركه بعد ما أخذه وقبضه، وفي هذه الروايات دلالة أيضا على تعيين حقه وأنه لم يكن في الذمة إذ إنه عرضه عليه فتركه.

(١) انظر: المسودة لآل تيمية ص ١٧٤، فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت ١٨٤/٢، تيسير التحرير ١٣١/٣.

(٢) انظر: معالم السنن للخطابي ٦٨٠/٣، المجموع شرح المهذب ٢٥١/٩، فتح الباري ٤٠٩/٤.

(٣) انظر: فتح الباري ٥٠٧/٦، إعلاء السنن ١٤/١٥٤.

الثاني: أن هذا مبني على أن القبض لا يتم إلا بالأخذ باليد، وهذه المسألة فيها خلاف وأبو حنيفة وأحمد في رواية يقولون القبض يحصل بالتخلية^(١)، وقد وجدت هنا فلا يسلم أن الأجير لم يقبضه.

٦- أن هذا عقد له مجيز في الحال - أي في حال وقوعه - فجاز أن يقف على إجازته قياسا على الوصية لأجنبي بأكثر من الثلث حيث يقف على إجازة الورثة^(٢).

ونوقش: بأن هذا قياس مع الفارق، لأن الوصية تحتل الفرر وتصح بالمجهول والمعدوم^(٣).

وأجيب عن ذلك: بأن علة الإلحاق هي التصرف فيما لا ولاية له عليه ولا ملك له فيه وهي موجوده فيهما، وحيث جاز وقف الوصية على الإجازة فإنه يجوز أيضا وقف البيع لتحقيق هذه العلة - دون ما ذكره: فإنه لا مدخل له في القياس ولا يقدر فيه.

٧- أن البيع بشرط الخيار ثلاثة أيام يجوز بالاتفاق وهو بيع موقوف على الإجازة^(٤).

ونوقش: بأن البيع مجزوم به منعقد في الحال، وإنما المنتظر فسخه، ولهذا إذا مضت المدة ولم يفسخ لزم البيع.

٨- أنه تصرف تمليك وقد صدر من أهله - وهو كونه ممن يصح تعاقده -

(١) انظر: بدائع الصنائع ٥/٢٤٤، المغني ٤/١٢٥، إعلاء السنن ١٤/١٥٤.

(٢) انظر: المغني ٤/٢٢٧، الشرح الكبير ٤/١٦، المجموع شرح المهذب ٩/٢٥٠.

(٣) انظر: المجموع شرح المهذب ٩/٢٥٢.

(٤) انظر: المجموع شرح المهذب ٩/٢٥٠.

في محل العقد- وهو كونه مالا متقوما فوجب القول بانعقاده إذ لا ضرر فيه على المالك مع تخييره، بل في هذا العقد نفعة حيث يكفي مؤنة طلب المشتري وقرار الثمن وغيره، وفيه نفع العاقد لصون كلامه عن الإلغاء وفيه نفع للمشتري، لأنه أقدم عليه طائعا ولولا النفع لما أقدم عليه فثبت للقدرة الشرعية^(١).

وقد يناقش: بأن القدرة الشرعية إنما تكون بالملك أو بالإذن ولم يوجد^(٢).

ويجاب عن ذلك بالمناقشة الواردة على الدليل السابع من أدلة القول الثاني^(٣).

الترجيح :

بعد عرض أدلة الفريقين وما جرى عليها من مناقشات فإنه يظهر أن أدلة القول الثاني لم يبق منها ما يصلح مستمسكا على ما ذهبوا إليه. أما أدلة القول الأول فإنه قد سلم أكثرها بعد المناقشات الواردة عليها وأمكن دفع هذه المناقشات.

وبناء على ذلك فالراجع- والله أعلم- هو القول الأول.

المطلب الثاني: في بيع جزء من المشاع:

إذا باع أحد الشريكين جزءا من الملك المشاع بينه وبين شريكه فلا

(١) انظر: الهداية شرح بداية المبتدى ٦٨/٣، البناية شرح الهداية ٥٨٦/٦-٥٨٧.

(٢) انظر: البناية ٥٨٧/٦.

(٣) انظر: ص ١٦٥ - ١٦٦.

يخلو هذا الجزء المباع من حالتين:-

الحالة الأولى: أن يكون أكثر من نصيبه.

ففيه التفصيل المتقدم في بيع المشاع^(١).

الحالة الثانية: أن يكون الجزء المباع قدر نصيبه أو أقل منه.

وقد ذكر شيخ الإسلام ابن تيمية^(٢) أن هذا البيع صحيح بالاتفاق بين المسلمين^(٣).

(١) انظر: ص ١٤٥ - ١٨٠.

(٢) هو: أبو العباس تقي الدين أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام بن تيمية الحراني الدمشقي الحنبلي، شيخ الإسلام ولد بحران سنة ٦٦١ وتحول به أبوه إلى دمشق فسمع ونظر في الرجال والعلل وتفقه وتمهر وتميز وتقدم وصنف ودرس وأفتى وفاق الأقران وصار عجبا في سرعة الاستحضار وقوة الجنان والتوسع في المنقول والمعقول والإطالة على مذاهب السلف والخلف. له المصنفات العظيمة . توفي سنة ٧٢٨هـ بقلعة دمشق.
(انظر: البداية والنهاية ١٤/١٣٥-١٣٨، الذيل علي طبقات الحنابلة ٢/٣٨٧-٤٠٨، الدرر الكامنة ١/١٥٤-١٧٠).

(٣) مجموع الفتاوى ٢٩/٢٣٣-٢٣٤ وانظر القول بالصحة من كتب المذاهب في المبسوط ١٣/٧٦، فتاوى قاضيخان ٢/١٧٥، جامع الفصولين ٢/٨٢، الفتاوى الهندية ٣/١٥٥، الإشراف علي مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب ١/٢٧٦-٢٧٧، ٢/٢، البهجة شرح التحفة ٢/٦٨، حلي المعاصم مع البهجة ٢/٦٨، المعيار العرب ٨/١٢٤، حاشية الدسوقي ٣/٤٦٩، المجموع شرح المهذب ٩/٢٧٩-٢٨٠، روضة الطالبين ٣/٤٢٥، شرح روض الطالب ٢/٤٢، مغني المحتاج ٢/٤٠، المغني ٤/٢٦٢، الشرح الكبير مع المغني ٤/٣٨، الفروع ٤/٣٢، كشاف القناع ٣/١٧٧.

جاء في مجموع الفتاوى^(١): يجوز بيع المشاع باتفاق المسلمين كما مضت بذلك سنة رسول الله ﷺ مثل قوله الذي في صحيح مسلم: «أيما رجل كان له شرك في أرض أو ربة أو حائط فلا يحل أن يبيعه حتى يؤذن شريكه، فإن شاء أخذ وإن شاء ترك، فإن باع قبل أن يؤذنه فهو أحق به بالثمن».

وما ذكره شيخ الإسلام - رحمه الله - من الصحة بالاتفاق ، إنما هو من حيث الجملة وإلا فقد وجد خلاف في بعض الصور منها:

بيع أحد الشريكين نصيبه من شقة من عمارة ذات شقق من غير إذن شريكه.

صورته: أن تكون عمارة ذات شقق أو ذات بيوت مشتركة بين شريكين فأكثر فيبيع أحد الشريكين نصيبه من شقة من شقق هذه العمارة أو نصيبه من بيت من بيوت هذه الدار.

وقد اختلف في صحة هذا البيع على قولين:-

القول الأول: أن هذا البيع صحيح.

وبه قال الشافعية^(٢)، وهو المذهب عند الحنابلة^(٣)، وبه قال أبو يوسف^(٤).

القول الثاني: أن هذا البيع لا يصح.

(١) ٢٣٣/٢٩ - ٢٣٤.

(٢) انظر: روضة الطالبين ٢٨/٤، شرح روض الطالب ١٤٥/٢.

(٣) انظر: المغني ٢٧٥/٤، الإنصاف ١٤٢/٥.

(٤) انظر: المبسوط ٥٦/١٨، جامع الفصولين ٨٢/٢.

وبه قال الحنفية^(١)، وهو المنصوص عن الإمام أحمد^(٢).

الأدلة:

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بقوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»^(٣).

ووجه الاستدلال به: أن في هذا البيع ضرراً فيكون منفيًا، وبيان هذا الضرر من وجهين:-

أحدهما: أن المشتري لا يمكنه الانتفاع ببعض البيت إلا بالانتفاع بغيره

(١) انظر: مختصر الطحاوي/١٤٧، الفتاوى الخيرية ١/١٢٢.

(٢) انظر: الفروع ٤/٢١٣ نقلاً عن الانتصار، الإنصاف ٥/١٤١.

(٣) أخرجه مالك في الموطأ ٧٤٥/٢ مرسلًا، وأخرجه الإمام أحمد في مسنده ١/٣١٢، من حديث ابن عباس، ومن حديث عبادة ٥/٣٢٦، وأخرجه ابن ماجه في سننه من حديث عبادة/ كتاب الأحكام/ باب من بنى في حقه ما يضر بجاره ٢/٧٨٤ وهو بهذا الإسناد منقطع، لأن فيه إسحاق بن الوليد وهو لم يلق عبادة بن الصامت. انظر: الزوائد على سنن ابن ماجه ٢/٧٨٤، وأخرجه الحاكم في مستدركه ٥٧/٢-٥٨ من حديث أبي سعيد الخدري، وقال الحاكم: هذا صحيح الإسناد على شرط مسلم ولم يخرجاه ووافقه عليه الذهبي. وهو وهم منهما لأن فيه عثمان بن محمد وهو مع ضعفه لم يخرج له مسلم أصلاً. وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى من حديث أبي سعيد ٦/٦٩ وأعله بعثمان، وأخرجه الدارقطني من حديث أبي سعيد ومن حديث أبي هريرة/ في سننه ٤/٢٢٨ ومن حديث عائشة ٤/٢٢٧. والحديث يروى من طرق أخرى يرتقي بها إلى درجة الصحة أو الحسن المحتج به، كما قال ذلك العلائي والمناوي والألباني وحسنه من قبل النووي.

(انظر: إرواء الغليل ٣/٤٠٨-٤١٤، فيض القدير ٦/٤٣١-٤٣٢).

من الأرض المشتركة، وإنما يملك الانتفاع من كان شريكا في البيوت كلها^(١).

ونوقش من وجوه:

أحدها: لا يسلم بوجود الضرر.

الثاني: لو سلم بوجود الضرر فإنه موجود باستعمال الشريك الأول

وهذا حل محله، وتخصيص الاستعمال بالأول ممنوع؛ لأن

للجزء المبيع حقه من الانتفاع بمرافق الملك.

الثالث: أن هذا الضرر يندفع بأخذه بالشفعة.

الرابع: أن هذا الضرر يعارضه ضرر البائع أيضا من حرمانه من ثمن

جزء من ملكه.

الوجه الثاني من وجهي الاستدلال:

أن الضرر يلحق الشريك عند القسمة؛ لأنه يبيع موضعا آخر من شقة

أخرى وهكذا حتي يجعل له عشرين شريكا فيحتاج إلى القسمة مع كل

واحد فيتفرق عليه نصيبه، ولا يمكن جمعه في مكان واحد^(٢).

ويناقش من وجوه:

أحدها: ما تقدم في مناقشة الوجه الأول.

الثاني: أن هذا وارد أيضا في تعدد الشركاء في الأصل ولم يمنع

صحة الاشتراك.

(١) انظر: أنكت على مشكل المحرر ٢٩٦/١.

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ٤١٧، المبسوط ٥٦/١٨، الفتاوى الخيرية ١٢٢/١.

الثالث: أن له طلب قسمة الجميع إذا علم بأن شريكه ينوي بيع نصيبه من عدد من الشقق.

أدلة القول الأول: يستدل لهذا القول بالأدلة الآتية:

١- قوله ﷺ: «... ولا يبيع إلا فيما تملك»^(١).

ووجه الاستدلال به: أنه مطلق في كل ما يملكه الشخص فيشمل المشاع وهذا الشريك باع ما يملك فيكون هذا البيع صحيحا.

ويناقش: بأن في هذا البيع إضراراً بالشريك فلا يصح لحديث: «لا ضرر ولا ضرار»^(٢).

ويجاب بأمرين:

أحدها: أن هذا الضرر يندفع بالشفعة.

الثاني: أن في إبطال البيع ومنعه إضراراً بمن باع أو احتاج إلى البيع.

٢- أن يبيع الكل جائز فكذا بيع الجزء.

ويناقش: بأنه قياس مع الفارق؛ لأن بيع الجزء مضر بالشريك باستعمال جزء من نصيبه المشترك.

ويجاب عنه بالمناقشات الواردة على الوجه الأول لدليل القول الثاني.

٣- أنه لو باع الكل لجماعة لجاز، فكذا بيع الجزء الواحد.

ويناقش: بما نوقش به الدليل الثاني، ويجاب عنه بما أجيب به عنه.

(١) سبق تخريجه: ص ١٦٣.

(٢) سبق تخريجه: ص ١٨٢.

الترجيح:

الراجح هو القول الأول لظهوره وقوة أدلته وسلامتها من المناقشات الواردة عليها، في مقابل ضعف دليل القول الثاني بما ورد عليه من مناقشات - والله أعلم -.

المطلب الثالث: في استثناء جزء شائع:

وصورته: أن يبيع جملة معلومة من أرض أو حائط أو دار ونحو ذلك ويستثنى منه جزءا شائعا كالثالث أو الربع ونحو ذلك.

وقد اتفق الأئمة الأربعة - رحمهم الله - على صحة هذا الاستثناء^(١).

لما روى جابر أن النبي ﷺ: « نهى عن الثيا إلا أن تعلم »^(٢).

قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح غريب من هذا الوجه^(٣).

(١) الحجة على أهل المدينة ٥٦١/٢، حاشية الشلبي علي تبين الحقائق ٥٨/٤، فتح القدير لابن الهمام ٤٤٨-٤٤٩، المنتقى للباجي ٢٢٧/٤، البهجة في شرح التحفة ٢٢/٢، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ١٨/٢، الأم ٨٤، ٦٠/٣، فتح العزيز مع المجموع ١٣٥/٨، روضة الطالبين ٣٥٩/٢، الشرح الكبير مع المغني ٤/٣٠ الإنصاف ٣٠٧/٤، كشاف القناع ١٦٩/٢.

(٢) أخرجه الترمذي في سننه / كتاب البيوع / باب ما جاء في النهي عن الثيا ٣/ ٥٧٦ رقم ١٢٩٠ وتكلمته: «نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة والمزابنة والمخابرة والثيا إلا أن تعلم»، وأخرجه أبو داود في سننه/ كتاب البيوع/ باب في المخابرة ٦٩٤/٣ - ٦٩٥ رقم ٣٤٠٥، وأخرجه النسائي في سننه/ كتاب البيوع/ باب النهي عن بيع الثيا حتى تعلم ٢٩٦/٧، رقم ٤٦٣٢.

(٣) سنن الترمذي ٥٧٦/٣.

وقال النووي: إسناده صحيح^(١).

وجه الاستدلال: أن الجزء الشائع معلوم فيدخل في عموم قوله ﷺ،
«إلا أن تعلم».

المطلب الرابع: في مسائل متفرقة في بيع المشاع:

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: في بيع سلعتين لاثنتين على وجه الشيوخ.

المسألة الثانية: في بيع جزء مشاع من الثمرة قبل بدو الصلاح.

المسألة الأولى: في بيع سلعتين لاثنتين على وجه الشيوخ:

صورته: أن يبيع سلعتين كعبددين أو أرضين أو سيارتين أو أرض

وسيارة على شخصين بسعر واحد على وجه الشيوخ بينهما.

وتحتته أمران:

الأمر الأول: أن يعلم نصيب كل واحد منهما.

الأمر الثاني: أن لا يعلم نصيب كل واحد منهما.

أما الأمر الأول:

فلا خلاف في صحة البيع فيه^(٢).

(١) شرح النووي على صحيح مسلم ١٠/١٩٥.

(٢) انظر: تبين الحقائق ٤/٢٢، مجمع الأنهر ٢/٣١، مواهب الجليل ٤/٢٧٩،

الخرشي علي خليل ٥/٢٢-٢٣، روضة الطالبين ٣/٤٣٠-٤٣١، شرح روض

الطالب ٢/٤٤، الفروع ٤/٣٥، شرح منتهى الإرادات ٢/١٥٤.

لأن حصة كل واحد منهما معلومة؛ لأنها بحسب نصيبه منهما وهو معلوم^(١). ولا ضرر فيه فلا يؤدي إلى غرر ولا إلى منازعة.

وأما الأمر الثاني:

فلا يصح البيع فيه؛ لعدم معرفة نصيب كل واحد منهما فيؤدي إلى الخصومة والنزاع.

المسألة الثانية: في بيع جزء مشاع من الثمرة قبل بدو الصلاح:

وصورته: أن يبيع شخص نصف ثمرة بستانه أو ثلثها - مثلاً على الشيوخ.

وتحتة أمران:

الأمر الأول: البيع بشرط التيقية.

الأمر الثاني: البيع بشرط القطع.

أما الأمر الأول:

فلا خلاف في عدم صحته^(٢) لنهي النبي ﷺ عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها^(٣).

(١) انظر: شرح روض الطالب ٤٤/٢.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ١٧٣/٥، مواهب الجليل ٥٠٠/٤، المهذب ٣٧٢/١، المغني ٩٢/٤.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه / كتاب البيوع/ باب بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها ٣٢-٣٤، رقم ٢١٩٤، وأخرجه مسلم في صحيحه/ كتاب البيوع/ باب النهي عن بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها ٣/١١٦٥ رقم ١٥٣٤.

الأمر الثاني: البيع بشرط القطع:

اختلف فيه على قولين:

القول الأول: أن البيع صحيح. وبه قال الشافعية^(١).

القول الثاني: أن هذا البيع لا يصح. وبه قال المالكية^(٢)، والحنابلة^(٣).

الأدلة:

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول: بأن شرط القطع لازم له - لنهي النبي ﷺ عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها - ولا يمكنه قطع ما يملكه إلا بقطع ما لا يملكه فيتضرر البائع بقطع غير المبيع^(٤).

ونوقش: بأنه لا يلزم من قطع ما يملكه قطع ما لا يملكه لإمكان تمييزه بالقسمة.

وأجيب بأن القسمة بيع فلا تجوز قبل بدو الصلاح.

ورد: بأن القسمة إفراز وليست بيعاً - كما سيأتي^(٥) - فلا تدخل في

النهي.

(١) انظر: روضة الطالبين ٣/٥٥٧، شرح روض الطالب ٢/١٠٥، ويلاحظ أن مذهب الشافعية هذا مبني على القول بأن القسمة إفراز وإلا فهم كأصحاب القول الثاني على القول بأن القسمة بيع.

(٢) انظر فتح العلي المالك ٢/١٠٢-١٠٣.

(٣) انظر: الشرح الكبير مع المغني ٤/٢٠٠، شرح منتهى الإرادات ٢/٢١١.

(٤) انظر: شرح روض الطالب ٢/١٠٥، المبدع ٤/١٦٦، كشاف القناع ٣/٢٨٢.

(٥) انظر: ص ١٢٢٣ - ١٢٣٠.

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول: بأن الأصل الجواز ولا دليل على المنع.
ويناقش: بأن الدليل على المنع ما تقدم في الاستدلال للقول الثاني.
وأجيب: بأن علة النهي خوف الضرر على المشتري بتلف الثمر قبل بدء صلاحه^(١) وهي غير موجودة في المبيع بشرط القطع- لأنه يقطع في الحال- فلا يدخل في النهي.

ورد: بأن القطع غير ممكن في الجزء المبيع دون الجزء الباقي لعدم تميزه فيلزم إبقاؤه إلى الصلاح لرفع الضرر عن الشريك فيدخل في النهي.

وأجيب: بأن التمييز ممكن بالقسمة ولا محذور في ذلك.
واعترض: بالمنع؛ لأن القسمة بيع فتدخل في النهي.
ويدفع: بأن القسمة إفراز وليست بيعا كما سيأتي^(٢).

الترجيح:

الراجح هو القول الأول لظهوره وسلامة دليله من المناقشات الواردة عليه في مقابل ضعف دليل القول الثاني بما ورد عليها من مناقشات.
المطلب الخامس: في ضمان نصيب الشريك إذا سلم البائع الجميع للمشتري:

(١) يدل علي هذه العلة قوله ﷺ: «أرأيت إذا منع الله الثمرة بما يأخذ أحدكم مال أخيه» أخرجه البخاري في صحيحه / كتاب البيوع/ باب إذا باع الثمار قبل أن يبدو صلاحها .. (٣٤/٣) رقم ٢١٩٨، وأخرجه مسلم في صحيحه / كتاب المساقاة/ باب وضع الجوائح ١١٩٠/٣ رقم ١٥٥٥.

(٢) انظر: ص ١٢٢٣ - ١٢٣٠.

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: إذا تعذر رده والانتفاع به مع بقائه.

المسألة الثانية: إذا تلف.

المسألة الأولى:

إذا باع أحد الشريكين - في المشاع - نصيبه فسلم جميع المشاع للمشتري وتعذر على شريكه رده أو الانتفاع به في يد المشتري - كما لو كان المشتري ذا نفوذ لا يمكن تخليص النصيب منه.

فإن حق الشريك الآخر مضمون له لوجود التعدي من شريكه بتسليم نصيبه من غير إذنه، ولتعذر الانتفاع به على شريكه أو رده بسبب سطوة المشتري^(١).

المسألة الثانية: إذا تلف:

وفيه أمران:

الأمر الأول: إذا كان التلف بتعد من المشتري.

الأمر الثاني: إذا كان من غير تعد منه.

الأمر الأول: إذا كان التلف بتعد من المشتري فالضمان عليه كسائر المتلفات.

(١) انظر: حاشية ابن عابدين ١٧٩/٦، فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب مالك ١٤٧/٢، حاشية الشيخ سليمان الجمل على شرح المنهج ٣٢٩/٣، مجموع الفتاوى لشيخ الإسلام ابن تيمية ٢٣٥/٢٩، الإنصاف ٤٧١/٤.

الأمر الثاني: إذا تلفت العين عند المشتري فقد اختلف فيمن يضمنها؟ على ثلاثة أقوال:-

القول الأول:

أن المشتري إن كان عالماً بعدم إذن الشريك الآخر في قبض حقه فإن للشريك الآخر تضمين أيهما شاء لوجود التعدي منهما وقرار الضمان على المشتري لأنها تلفت في يده.

وإن لم يعلم المشتري عدم إذن الشريك أو جهل الشركة، أو علمها وجهل وجوب الإذن، ومثله يجهل، فقرار الضمان على البائع لأنه غره. وهذا هو المذهب عند الحنابلة^(١)، وهو قول بعض الشافعية^(٢).

القول الثاني:

أن الشريك الآخر بالخيار إن شاء ضمن شريكه ، وإن شاء ضمن المشتري، وقرار الضمان على المشتري سواء كان عالماً بعدم إذن الشريك الآخر أو جاهلاً به، لأن يد المشتري في أصلها يد ضمان. وهو المذهب عند الشافعية^(٣)، واحتمال عند الحنابلة^(٤).

القول الثالث:

أن الضمان على البائع؛ لأنه كالغاصب لنصيب شريكه.

(١) انظر: الإنصاف ٤/٤٧١، كشف القناع ٣/٢٤٨.

(٢) انظر: نهاية المحتاج ٤/٩٤.

(٣) انظر: المرجع السابق، حاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب ٢/٥١.

(٤) انظر: الإنصاف ٤/٤٧١.

وبه قال الحنفية^(١)، والمالكية^(٢).

الترجيح:

الراجح هو القول الأول؛ وذلك لوجاهة تفصيلاته وقوة أدلته وسلامتها من المناقشة، في مقابل ضعف القولين الآخرين، أما القول الثالث فلضعف دليhle؛ وذلك لأن المشتري إذا قبض العين مع علمه بعدم إذن الشريك الآخر فإنه يكون مشاركا للشريك في الغصب، فإن كان التلف حصل بتعديه وتفريطه فإنه يكون متعديا بالقبض ومتعديا ومفرضا حتى تلفت فلا معنى لتضمين البائع والحالة هذه.

وأما القول الثاني:

فإن في دليhle نظرا كذلك، إذ لا يسلم أن يد المشتري في أصلها يد ضمان؛ لأنه إذا قبض العين مع جهله بالشركة أو جهله بوجود الإذن فإنه لا يكون متعديا بالقبض ومن ثم لا تكون يده في أصلها يد ضمان؛ لأن نصيب الآخر -مع جهله بالحال أو الوجوب- يكون أمانة في يده، والأمين لا يضمن، وإنما يضمن من غره وهو البائع بعكس ما لو كان عالما وتلفت بتعديه وتفريطه. والله أعلم.

(١) انظر: حاشية ابن عابدين ١٧٩/٦، شرح المجلة لسليم رستم باز ص ٦٠٢.

(٢) انظر: فتح العلي المالك ١٤٧/٢.

المبحث الثاني

في آثار الشيوخ في القبض

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: في إمكان قبض المشاع.

المطلب الثاني: في كيفية قبضه.

المطلب الأول:

اختلف في إمكان قبض المشاع على قولين:

القول الأول:

أن قبض النصيب الشائع ممكن.

وبه قال الجمهور من المالكية^(١)، والشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣)،
والظاهرية^(٤).

(١) انظر: البهجة شرح التحفة ١/١٧٨، ٢/٢٣٥، شرح ميارة على التحفة ١/١١٦،

١٤٦/٢، الشرح الصغير وبلغه السالك عليه ٢/٣٠٧.

(٢) انظر: الأم ٣/١٩٠-١٩١، المجموع شرح المذهب ٩/٢٧٠، روضة الطالبين ٣/٥٢٢،

٣٩/٤، شرح روض الطالب ٢/٨٩، ١٤٥، حاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج

٤/٩٤.

(٣) انظر: المغني ٤/٣٦٩، المبدع ٥/٣٦٦، الإنصاف ٤/٤٧٠، شرح منتهى الإرادات

٢/١٩٢، ٢٢٩، كشاف القناع ٣/٢٤٨.

(٤) انظر: المحلى ٨/٨٩.

القول الثاني:

أن قبض النصيب الشائع غير ممكن.

وبه قال الحنفية^(١).

الأدلة:

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بأن معنى القبض هو التمكن من التصرف في المقبوض، والتصرف في النصف الشائع وحده لا يتصور فإن سكنى نصف الدار شائعاً ولبس نصف الثوب شائعاً محال، ولا يتمكن من التصرف إلا بالتصرف في الكل والعقد لم يتناول الكل^(٢).

ويناقش: بأن هذا الدليل مبني على أن القبض لا يكون إلا بالحيازة والحيازة غير ممكنة؛ لأن العقد لم يتناول الكل: وهو غير مسلم؛ لأن

(١) انظر: بدائع الصنائع ٦/١٢٠، ١٣٨ مع ملاحظة أن عدم إمكان القبض في المشاع عند الحنفية فيما عدا القرض والبيع والوصية. أما هذه الأمور فقالوا يكتفى فيها بالقبض القاصر وهو أن يخلى بينه وبين المشتري فيخرج من ضمان البائع ويدخل في ضمان المشتري ويملكه بخلاف الهبة ونحوها فإن القبض منصوص عليه فيما يشترط كماله، والمشاع لا يقبله.

(انظر: العناية شرح الهداية ٩/٢٨، البناية ٧/٨٠٩-٨١٢).

وسياتي عند الكلام على هبة المشاع عدم صحة النص على القبض.

انظر: ص (٥١٣ - ٥١٧) وإذا كان كذلك فإنه يتصور فيها ما يتصور في البيع، ولو سلم بصحة النص على القبض فإن القبض فيها متصور كما سياتي في المطلب الثاني.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٦/١٢٠.

القبض يكون بغير الحيابة كالبض في الببع اذ لا فرق بين المبيع والمشاع وبين الموهوب أو المرهون المشاع، فلا يصح ما ذكر من عدم إمكان التصرف بالنصيب إلا بالتصرف بجميع المشاع.

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بالآتي:

أن القبض في المشاع لو كان غير ممكن ولا يصح لكان الشريكان فيه غير قابضين له، ولو كانا غير قابضين له لكان مهملاً لا يد لأحد عليه، وهذا أمر يكذبه الدين والعيان، أما الدين فتصرفهما فيه تصرف ذى الملك في ملكه، وأما العيان فكونه عند كل واحد مدة يتفقان عليها^(١).

الترجيح:

الراجح هو القول الأول لظهوره وقوة دليله وسلامته من المناقشة في مقابل ضعف دليل القول الثاني بما ورد عليه من المناقشة. والله أعلم.

المطلب الثاني: في كيفية قبض المشاع:

إذا باع أو وهب -مثلاً- أحد الشريكين -في عين من عقار أو منقول- نصيبه منه، فقد اختلف القائلون بإمكان قبض المشاع في كيفية قبضه على قولين:

القول الأول:

التفريق بين مالا ينقل وما ينقل، فما لا ينقل كالعقار يكون القبض فيه بالتخلية، وما ينقل كالدواب والسيارات والجواهر ونحوها يكون قبضه بتأوله.

(١) انظر: المحلى ٨/١٩٨.

وبه قال الشافعية^(١)، والحنابلة^(٢).

القول الثاني:

أن قبض الحصاة الشائعة يكون بوضع اليد عليه من غير تفريق بين المنقول وغيره.

وبه قال المالكية^(٣)، والظاهرية^(٤).

لم يذكر أصحاب القول الثاني دليلا على ما ذهبوا إليه فيما اطلعت عليه من كتبهم.

ويناقش قولهم: بأن وضع اليد كما كان يضعها الشريك قد لا يكون ممكنا كما لو كانت العين بيد الشريك الذي لم يبيع أو لم يهب ونحو ذلك ولم يرض المشتري أو الموهوب له بحياسة الشريك لها، ولم يرض الشريك بأن يحوزها المشتري وإنما كان وضع اليد غير ممكن كما كان يضعها الشريك البائع لتفاوتهما في الرضى بحياسة الآخر لها، وقد يكون وضع اليد - كما كان يضعها الشريك البائع ونحوه - ممكنا لكن مع وجود محذور شرعي، وذلك كما لو كانت العين بيد الشريك البائع فسلمها للمشتري،

(١) انظر: المجموع شرح المذهب ٢٧٠/٩، روضة الطالبين ٥٢٢/٣، ٣٩/٤، نهاية المحتاج وحاشية الشبراملسي عليها ٩٤/٤.

(٢) انظر: الإنصاف ٤٧٠-٤٧١، المبدع ٣٦٦/٥، كشاف القناع ٢٨٤/٣، شرح منتهى الإرادات ١٩٢/٢، ٢٢٩.

(٣) انظر: شرح ميارة على التحفة ١١٦/١، ١٤٦/٢، البهجة شرح التحفة وبهامشه حلي المعاصم ١٧٨/١.

(٤) انظر: المحلى ٨٩/٨.

فإنه يكون قد سلم نصيب شريكه بغير إذنه؛ لأن الشريك إنما رضي بحفظ شريكه البائع أو الانتفاع به، فإذا كان غيره فقد لا يرضى بحفظه أو لا يرضى بالمهاياة على الانتفاع معه فلا يصح تسليم نصيبه بغير رضاه.

أدلة القول الأول:

أولاً: أدلتهم على أن قبض مالا ينقل يكون بالتخلية:

استدلوا على ذلك: بأن تقدم التخلية على غيرها في العين التي لا تنقل لعدم تضرر الشريك بهذا القبض^(١).

ثانياً: أدلتهم على أن قبض مالا ينقل يكون بتناوله :

استدلوا على ذلك بالأدلة الآتية:

١- ماروى عثمان^(٢) رضي الله عنه: أن رسول الله ﷺ قال: «إذا بعث فاكتل»^(٣). قال الألباني: حديث صحيح^(٤).

(١) انظر: كشف القناع ٢٤٨/٣، حاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج ٩٤/٤.

(٢) هو: أبو عبدالله عثمان بن عفان بن أبي العاص بن أمية بن عبدشمس القرشي أمير المؤمنين وثالث الخلفاء الراشدين وممن هاجر الهجرتين إلى الحبشة، ولد بعد الفيل بست سنين وتزوج بنتي الرسول ﷺ رقية وأم كلثوم وكان من أجود الصحابة وأكثرهم إنفاقاً في سبيل الله. قتل سنة ٢٥هـ.
(انظر: الطبقات لابن سعد ٥٢-٨٤، الاستيعاب ٦٩/٣، الإصابة ٤٦٢/٢-٤٦٣).

(٣) أخرجه الإمام أحمد في مسنده ٦٢/١، وأخرجه ابن ماجه في سننه/ كتاب التجارات/ باب بيع المجازفة ٧٥٠/٢ رقم ٢٢٣٠ بلفظ: «إذا سميت الكيل فكله».

(٤) انظر: إرواء الغليل ١٧٩/٥-١٨١.

٢- ماروى جابر قال: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع الطعام حتى يجرى فيه الصاعان. صاع البائع وصاع المشتري»^(١).

ونوقش: بأنه ضعيف؛ لأن في إسناده محمد بن عبدالرحمن بن أبي ليلى أبا عبد الرحمن الأنصاري وهو ضعيف^(٢).

٣- ما روى ابن عمر قال: «لقد رأيت الناس في عهد رسول الله ﷺ يبتاعون جزافا - يعني الطعام - يضربون أن يبيعه في مكانهم حتى يؤوه إلى رحالهم»^(٣).

ووجه الاستدلال: هذه الأحاديث عامة في قبض ما ينقل بتناوله فيدخل فيه المشاع.

الترجيح:

بعد عرض أدلة القولين وما جرى على بعضها من المناقشات فإنه يترجح القول الأول لظهوره وسلامة أكثر أدلته من المناقشات، سيما وأنهم ربطوا التناول فيما ينقل بإذنهما - كما سيأتي - في مقابل ضعف دليل القول الثاني بما ورد عليه من المناقشة - والله أعلم -.

تفريع على القول الراجح: في اشتراط إذن الشريك أو المشتري:

ذكر أصحاب القول -الراجح - أن القبض فيما لا ينقل يكون بالتخلية

(١) أخرجه ابن ماجه في سننه/ كتاب التجارات/ باب النهي عن بيع الطعام قبل ما لم يقبض ٧٥٠/٢ رقم ٢٢٢٨.

(٢) انظر: الزوائد للبوصيري مع سنن ابن ماجه ٧٥٠/٢.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه/ كتاب البيوع/ باب ما يكره في بيع الطعام والحكرة ٢٢/٣ رقم ٢١٣١، وأخرجه مسلم في صحيحه/ كتاب البيوع/ باب بطلان بيع المبيع قبل القبض ١١٦١/٣ رقم ٣٨/١٥٢٧.

ولا يعتبر فيه إذن الشريك لعدم تضرره بهذا القبض.

أما ما ينقل: فإنه لا يمكن تناوله إلا بإذن الشريك ورضاه، فإن رضي الشريك تناولها المشتري أو الموهوب له ونحوهما ويكون سهم شريكه أمانة في يده.

وإن امتنع الشريك من الإذن قيل للمشتري ونحوه وكل الشريك في القبض فإن أبي نصب الحاكم من يقبض الكل^(١).

واستدلوا على ذلك: بأن قبض أحدهما نصيب غيره من غير إذنه لا يجوز؛ لأنه تصرف في مال الغير بغير إذنه وهو حرام فإن تراضيا على قبض أحدهما صح؛ لأن الحق لهما فكيفما تراضيا عليه جاز، وإن لم يتراضيا نصب الحاكم من يقبض لهما جمعا بين الحقين^(٢).

ثم بعد ذلك إن اتفقا على التناوب في حفظه فذاك وإلا استمر بيد أمين الحاكم، وإن اتفقا على الانتفاع به مهايأة فذاك وإلا أجبرهما الحاكم عليها أو على البيع كما يأتي بيان ذلك في الباب الخامس.

(١) انظر: مراجعهم المتقدمة.

(٢) انظر: كشاف القناع ٢/٢٤٨، حاشية الشيراملسي على نهاية المحتاج ٤/٩٤.

المبحث الثالث

في آثار الشيوخ في القرض

إذا أقرض شخص آخر جزءا مشاعا من ملكه- كما لو أقرضه نصف ثمرة عنبه- أو أقرضه نصيبه من ثمرة مشتركة أو من حيوان مشترك فإن ذلك جائز.

- جاء في المبسوط^(١): «والشيوخ لا يمنع صحة الوصية.. ولا يمنع القرض أيضا».

- وجاء في حاشية الشلبي على تبين الحقائق^(٢): «وقرض المشاع جائز بالإجماع».

- وجاء في الإشراف^(٣) في معرض تعليقه لصحة قرض الحيوان: «و لأن كل عين صح أن تثبت في الذمة مهرا صح أن تثبت في الذمة قرضا كالثياب».

- وجاء في روضة الطالبين^(٤): «لو أقرضه شقصا، قال المتولى: القرض صحيح».

(١) ٦٤/١٢، وانظر: الفتاوى الخيرية ١/٢٤١، وتكملة حاشية ابن عابدين ٨/٢٨٢.

(٢) ١٢٦/٥.

(٣) للقاضي عبد الوهاب ١/٢٧٨، وانظر: الشرح الصغير وبلغه السالك عليه ٣/٢٩٢.

(٤) ٧٨/٥، وانظر: فتح العزيز شرح الوجيز مع المجموع ١١/٤٢٩، مغني المحتاج ٢/١١٨-١١٩، ٣٠١.

- وجاء في الكافي^(١): «فإن أقرضه نصف دينار فأتاه بدينار صحيح، وقال خذ نصفه وفاء ونصفه وديعة أو سلما جاز».
- وإذا جاز الوفاء بالمشاع جاز القرض به.
- وجاء في الإقناع^(٢): «ويصح - أي القرض - في كل عين يجوز بيعها إلا الرقيق فقط».
- وجاء في المحلى^(٣): «والقرض جائز في كل ما يحل تملكه وتمليكه بهبة أو غيرها سواء جاز بيعه أو لم يجز».

(١) لابن قدامة ١٢٧/٢-١٢٨.

(٢) للحجاوي ١٤٧/٢، وانظر: الإنصاف ١٢٣/٥-١٢٥.

(٣) ٧٧/٨.

المبحث الرابع في آثار الشيوع في الرهن

وفيه مطالب:

المطلب الأول: في حكم رهن المشاع.

المطلب الثاني: في رهن جزء من المشاع.

المطلب الثالث: فيما يترتب على توفية أحد الراهنين ما عليه.

المطلب الرابع: فيما يترتب على توفية الراهن لأحد المرتهنين.

المطلب الأول:

اختلف في صحة رهن المشاع على قولين:

القول الأول :

صحة رهن المشاع سواء رهنه عند شريكه أو غيره قَبْلَ القسمة أم لم يقبلها. وهو قول جمهور العلماء من المالكية^(١)، والشافعية^(٢) والحنابلة^(٣)،

(١) انظر: المدونة ٢٩٦/٥، الإشراف للقاضي عبدالوهاب ٢/٢، المنتقى للباجي ٢٤٩/٥، جواهر الدرر في شرح المختصر «مخطوط» ورقة ١٠/٩.

(٢) انظر: الأم ١٩٠/٣، المهذب ٤٠٧/١، فتح العزيز ٢/١٠، نهاية المحتاج ٢٣٤/٤.

(٣) انظر: الهداية لأبي الخطاب ١٥١/١، المغني ٣٧٤/٤، الفروع ٢١٢/٤، كشف القناع ٣٢٦/٣.

وهو قول ابن أبي ليلى^(١)، والنخعي^(٢)، وعثمان البتي^(٣)، وسوار^(٤)، والعنبري، وأبو ثور^(٥)، وابن المنذر^(٦)، وابن حزم^(٧).

(١) هو: محمد بن عبدالرحمن بن أبي ليلى العلامة الإمام مفتي الكوفة وقاضياها أبو عبدالرحمن الأنصاري الكوفي، ولد سنة نيف وسبعين وكان نظيرا للإمام أبي حنيفة في الفقه وكان قارئا للقرآن عالما به قرأ عليه حمزة الزيات، وكان صاحب سنة، توفي سنة ٤٨١هـ.

(انظر: طبقات الفقهاء للشيرازي ص ٨٤، سير أعلام النبلاء ٦/٣١٠-٣١٦).

(٢) هو: الإمام الحافظ فقيه العراق أبو عمران إبراهيم بن يزيد بن قيس النخعي اليماني ثم الكوفي، أحد الأعلام كان مفتي الكوفة هو والشعبي في زمانهما وكان رجلا صالحا فقيها متوقيا قليل التكلف وكان يختمي من الحجاج مات سنة ٩٦هـ. (انظر: الطبقات لابن سعد ٦/٢٧٠-٢٨٤، حلية الأولياء ٤/٢١٩-٢٤٠، سير أعلام النبلاء ٤/٥٢٠).

(٣) هو: أبو عمرو عثمان بن مسلم البتي البصري. بياع البتوت وهي الأكسية الغليظة فقيل البتي. فقيه البصرة وأصله من الكوفة فانتقل إلى البصرة فنزلها وكان مولى لبني زهرة، وقد حدث عن أنس والشعبي والحسن وغيرهم، وعنه شعبة وسفيان وهشيم وغيرهم. توفي سنة ١٤٣هـ.

(انظر: الطبقات لابن سعد ٧/٢١، سير أعلام النبلاء ٦/١٤٨، تهذيب التهذيب ٧/١٥٣-١٥٤).

(٤) هو: القاضي أبو عبدالله سوار بن عبدالله التميمي العنبري البصري، الإمام العلامة قاضي الرصافة من بغداد، من بيت العلم والقضاء كان جده قاضي البصرة، حدث عنه أبو داود والترمذي والنسائي وغيرهم، وكان من فحول الشعراء فصيحاً مفوهاً وكان وافر اللحية، توفي سنة ٢٤٥هـ.

(انظر: تاريخ الطبري ٩/٢١٣، المغني ٤/٣٧٦، الشرح الكبير مع المغني ٤/٣٧٣).

(٥) انظر: المحلى ٨/٨٨، المغني ٤/٣٧٤، الشرح الكبير مع المغني ٤/٣٧٣.

(٦) انظر: الإقناع لابن المنذر ١/٢٦٩، تفسير القرطبي ٣/٤١١.

(٧) انظر: المحلى ٨/٨٨.

واختاره العيني^(١) من الحنفية^(٢).

- قال المواقي^(٣): «من المدونة قال مالك: لا بأس برهن جزء مشاع غير مقسوم من ربع أو حيوان أو عرض»^(٤).
- وقال النووي: «ويصح رهن المشاع سواء رهنه عند شريكه أو غيره قبل القسمة أم لم يقبلها»^(٥).

(١) هو: بدر الدين محمود بن موسى أبو أحمد العيني الحنفي، ولد في عينتاب سنة ٧٦٢ هـ، وتوفي سنة ٨٥٥ هـ، وكان فقيها أصوليا محدثا مفسرا مؤرخا. من تصانيفه: «عمدة القارئ»، «شرح صحيح البخاري» و«البنية في شرح الهداية» و«رمز الحقائق شرح كنز الدقائق».

(انظر: الفوائد البهية ص ٢٠٧-٢٠٨، الضوء اللامع ١٠/١٣١، البدر الطالع ٢/٢٩٤، شذرات الذهب ٧/٢٨٧).

(٢) انظر: البنية شرح الهداية ٧/٨١١.

(٣) هو: أبو عبدالله محمد بن يوسف بن أبي القاسم الفرناطي المالكي المعروف بالمواقي. كان عالم غرناطة وإمامها وصالحها في وقته. توفي سنة ٨٩٧ هـ. من تصانيفه: «التاج والإكليل شرح مختصر خليل»، و«سنن المهتدين في مقامات الدين».

(انظر: الضوء اللامع ١٠/٩٨، شجرة النور ص ٢٦٢، الأعلام ٧/١٥٤).

(٤) انظر: التاج والإكليل مع مواهب الجليل ٥/٤.

(٥) روضة الطالبين ٤/٢٨.

- وقال المرادوي^(١): «ويجوز رهن المشاع، هذا المذهب نص عليه»^(٢).
- وقال ابن حزم: «ورهن المرء حصته من شيء مشاع مما ينقسم أو لا ينقسم عند الشريك فيه وعند غيره جائز»^(٣).

القول الثاني:

أن رهن المشاع لا يصح.

وبه قال الحنفية^(٤)، وهو قول أشهب^(٥) من المالكية إذا لم يأذن الشريك^(٦).

(١) هو: أبو الحسن علاء الدين علي بن سليمان بن أحمد بن محمد المرادوي نسبة إلى مرزا إحدى قرى نابلس بفلسطين من فقهاء الحنابلة، ولد سنة ٨١٧ هـ وتوفي سنة ٨٨٥ هـ بدمشق. من تصانيفه: «الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف» و«التتقيح المشبع في تحرير أحكام المقنع».

(انظر: الضوء اللامع / ٢٢٥، البدر الطالع / ٤٤٦، شذرات الذهب / ٣٤٠-٣٤٢).

(٢) الإنصاف / ١٤١/٥.

(٣) المحلى / ٨٨/٨.

(٤) انظر: مختصر الطحاوي ص ٩٢، بدائع الصنائع / ٦/١٢٨، ١٤٢، الفتاوى البزازية بهامش الفتاوى الهندية / ٥/٢٨-٢٩، اللباب في شرح الكتاب / ٥٦/٢.

(٥) هو: أبو عمر أشهب بن عبدالعزيز بن داود القيسي العامري الجعدي، فقيه الديار المصرية في عهده وهو من كبار أصحاب الإمام مالك، قيل اسمه مسكين وأشهب لقب له. كانت ولادته سنة ١٤٥ هـ وقيل ١٤٠ هـ، وتوفي سنة ٢٠٤ هـ بمصر. صنّف كتاباً في الفقه.

(انظر: ترتيب المدارك / ٢/٤٤٧-٥٥٢، الديباج المذهب ص ٩٨-٩٩، تهذيب التهذيب / ١/٣٥٩).

(٦) انظر: المنتقى للباي / ٥/٢٤٩، التاج والإكليل / ٥/٥. وقد حُكي عن الإمام مالك

قال المرغيناني^(١): «قال: ولا يجوز رهن المشاع»^(٢).

الأدلة:

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:

١- أن حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء على ما تناوله العقد؛ لأنه وثيقة لجانب الاستيفاء، وثبوت جانب الاستيفاء فيما يتناوله العقد - وهو المشاع - غير متصور: لأن اليد تثبت على معين والمرهون من المشاع غير معين، والمعين ليس هو غير المعين فتكون اليد ثابتة على غير المرهون وفيه فوات الحكمة^(٣).

ويناقش من وجهين:-

أحدهما: لا يسلم لهم ذلك؛ لأن ثبوت اليد على المرهون المشاع ممكن بأحد أمرين، إما أن يرضى الشريك بوضعه في يد المرتهن، وإما أن يضعه

(١) هو: برهان الدين أبو الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل المرغيناني نسبة إلى مرغينان من نواحي فرغانة بفارس وهو من أكابر فقهاء الحنفية. كانت ولادته سنة ٥٣٠ هـ ووفاته سنة ٥٩٣ هـ. من تصانيفه: «الهداية شرح بداية المبتدي» و«مختارات النوازل» و«كفاية المنتهى».

(انظر: الجواهر المضية ٦٢٧/٢-٦٢٩، الفوائد البهية ص ١٤١).

(٢) الهداية شرح بداية المبتدي ١٣٢/٤.

(٣) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ١٣٢/٤، أحكام القرآن للجصاص ٢/٢٦٠، البنائة شرح الهدية ٦٨٢/٩-٦٨٣.

الحاكم - عند التنازع عليه - في يد عدل^(١). وبالتالي تثبت يد كل منهما عليه ويحصل القبض ويحل المرتهن محل الراهن.

الثاني: أن القول بأن المشاع غير معين ليس على إطلاقه بل عدم التعيين فيه أمر نسبي وذلك أن المشاع معين في هذه الأرض المشتركة مثلا - وإن كان غير معين في جزء منها بعينه ولو صح إطلاق عدم التعيين في المشاع للزم من ذلك أن يكون كل واحد من الشريكين - غير قابض له ولو كانا غير قابضين له لكان مهما لا يد لأحد عليه وهذا أمر يكذبه الدين والعيان، أما الدين فتصرفهما فيه تصرف ذى الملك في ملكه، وأما العيان فكونه عند كل واحد مدة يتفقان فيها أو عند أمين يتفقان على كونه عنده^(٢).

٢- أن موجب الرهن هو الحبس الدائم؛ لأنه لم يشرع إلا مقبوضا بالنص وهو قوله تعالى: ﴿... فَرِهْنِ مَقْبُوضَةً...﴾^(٣) أو بالنظر إلى المقصود منه - وهو الاستيثاق - ليكون عاجزا عن الانتفاع به فيسارع إلى قضاء الدين لحاجته أو لضجره، وكل ذلك من الحبس الدائم ويد الاستيفاء والاستيثاق يتعلق بدوام اليد ولا يفضي إلى دوام الحبس إلا استحقاق الحبس الدائم ولو جوزناه في المشاع يفوت الدوام؛ لأنه لا بد من المهايأة فيصير كما إذا قال رهنك يوما ويوما لا ولهذا لا يجوز فيما يحتمل القسمة وما لا يحتملها^(٤).

(١) انظر: الأم ١٤١/٣، حاشية الشرقاوي ١٢٣/٢-١٢٤، التاج والإكليل مع مواهب الجليل ٤/٥، المغني ٤/٣٦٩، شرح منتهى الإرادات ٢/٢٢٩.

(٢) انظر: المحلى ٨/٨٩.

(٣) سورة البقرة: آية (٢٨٣).

(٤) انظر: الهداية ٤/١٣٢، وشروحها البنائية ٩/٦٨٣-٦٨٤، العناية ١٠/١٥٤، بدائع=

ويناقش من وجوه:

أحدها: المنع من أن القبض في الرهن شرط لصحته؛ لأن الله تعالى ذكر أعلى أنواع الاستيثاق - وهو القبض - لأنهم في حالة السفر، وقد لا يحصل غير ذلك، ولذلك قال تعالى قبل ذلك: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا...﴾^(١).

الثاني: لو سلم باشتراطه فإنه يمنع من أن موجب الرهن الحبس الدائم، بل موجب ومقصوده استيفاء الدين من ثمنه عند تعذره من غيره والمشاع قابل لذلك^(٢).

الثالث: أن ما ذكر من اشتراط استدامه القبض : منقوض بإجازة رهن القاتل والمرتد والمغصوب ورهن ملك الغير بغير إذنه من غير ولاية . وهذه كلها تمنع استدامة القبض^(٣).

الرابع: تعليلهم المنع من رهن المشاع؛ لأنه يؤدي الى المهايأة، والمهايأة تمنع من استدامة القبض غير صحيح؛ لأنه لا يسلم لهم لزوم المهايأة، ولو سلم فهو منقوض بإجازتهم المهايأة فيما إذا رهن شخص عينا من رجلين بدين لكل منهما ويعتبرون تهايو كل واحد منهما في حق صاحبه كالعدل الذي يوضع عنده الرهن^(٤)، وهذا رهن المشاع وقد تهاياً فيه فيلزم عليهم اعتبار المهايأة في سائر صور رهن المشاع

= الصنائع ١٤٢/٦، أحكام القرآن للجصاص ٢٦٠/٢ .

(١) سورة البقرة: آية (٢٨٢). وقد ذكر لي هذا الوجه الشيخ محمد بن صالح العثيمين.

(٢) انظر المغني ٢٧٤/٤، الشرح الكبير مع المغني ٢٧٤/٤

(٣) انظر المرجعين السابقين.

(٤) انظر: الاختيار لتعليل المختار ٦٨ / ٢، مجمع الأنهر ٢ / ٥٩٨ - ٥٩٩ .

قياسا على هذه الصورة وبالتالي تصحيح رهن المشاع^(١).

ويجاب عن الوجه الرابع: بالفرق بين ما أجازوه وما لم يجيزوه، ففيما أجازوه لا يخرج الرهن عن يد أحد المرتهنين بخلاف ما ذكر. ويرد: بأن الرهن هنا لا يخرج إلى الراهن وإنما يخرج إلى شريكه وهو مسؤول عنه في وقت خروجه عنده فكأن القبض مستدام؛ لأن الغرض من الرهن الاستيثاق وهو حاصل بمسؤولية الشريك الآخر عن الرهن في وقت خروجه عنده.

الخامس: ما ذكره الشافعي -رحمه الله- من مناقشة لأصحاب القول الثاني في تعليلهم المنع بعدم إمكانية قبض المشاع وإلزامه لهم بما يلزمهم القول بصحة رهن المشاع بقوله: «وقال بعض الناس لا يجوز الرهن إلا مقبوضا مقسوما لا يخالطه غيره، واحتج بقوله تعالى: ﴿رَهْنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾».

قال الشافعي: قلنا فلم يجز الرهن إلا مقبوضا مقسوما وقد يكون مقبوضا وهو مشاع غير مقسوم؟ قال قائل: فكيف يكون مقبوضا وأنت لا تدري أى الناحيتين هو؟ وكيف يكون مقبوضا في العبد وهو لا يتبعض؟ فقلت: كأن القبض إذا كان اسما واحدا لا يقع عندك إلا بمعنى واحد وقد يقع على معان مختلفة، قال: بل هو بمعنى واحد قلت: أو ما تقبض الدنانير والدرهم وما صغر باليد؟ وتقبض الدور بدفع المفاتيح والأرض بالتسليم؟ قال: بلى، فقلت: فهذا مختلف قال: يجمعه كله أنه منفصل لا يخالطه شيء. قلت: فقد تركت القول الأول وقلت آخر وستتركه إن شاء الله تعالى، وقلت: فكأن القبض عندك لا

(١) انظر: الإشراف للقاضي عبدالوهاب ٢ / ٢، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٤١١ / ٣.

يقع أبدا إلا على منفصل لا يخالطه شيء، قال: نعم، فماذا تقول في نصف دار ونصف أرض ونصف عبد ونصف سيف اشتريته منك بثمن معلوم؟ قال: جائز وليس على دفع الثمن حتى تدفع إلي ما اشترت فأقبضه، قال: نعم، قلت: فإني لما اشترت أردت نقض البيع، فقلت: باعني نصف دار مشاعا لا أدري أشرفي الدار يقع أم غربيها، ونصف عبد لا ينفصل أبدا ولا ينقسم وأنت لا تجيزني على قسمه؛ لأن فيه ضررا فأنا أفسخ البيع بيني وبينك، قال: ليس ذلك لك، وقبض نصف الدار ونصف الأرض ونصف العبد ونصف السيف أن يسلمه ولا يكون دونه حائل. قلت: أنت لا تجيز البيع إلا معلوما وهذا غير معلوم، قال: هو وإن لم يكن معلوما بعينه منفصلا فالكل معلوم ونصيبك من الكل محسوب، قلت: وإن كان محسوبا فإني لا أدري أين يقع، قال: أنت شريك في الكل. قلت: فهو غير مقبوض لأنه ليس بمنفصل وأنت تقول فيما ليس بمنفصل لا يكون مقبوضا فيبطل به الرهن، وتقول القبض أن يكون منفصلا. قال: قد يكون منفصلا وغير منفصل، قلت: وكيف يكون مقبوضا وهو غير منفصل؟ قال: لأن الكل معلوم وإذا كان الكل معلوما فالبيع بالحساب معلوم. قلت: فقد تركت قولك الأول وتركت قولك الثاني فلم إذا كان هذا كما وصفته يجوز البيع فيه والبيع لا يجوز إلا معلوما فجعلته معلوما ويتم بالقبض لأن البيع عندك لا يتم حتى يقضي على صاحبه بدفع الثمن إلا مقبوضا فكان هذا عندك قبضا زعمت أنه في الرهن غير قبض فلا يعدو أن تكون أخطأت بقولك لا يكون في الرهن قبضا أو بقولك يكون في البيع قبضا.

قال الشافعي: فالقبض اسم جامع وهو يقع بمعان مختلفة كيف ما كان

الشيء معلوماً أو كان الكل معلوماً، والشيء من الكل جزء معلوم من أجزاء وسلم حتى لا يكون دونه حائل فهو قبض، فقبض الذهب والفضة والثياب في مجلس الرجل، والأرض أن يؤتى في مكانها فتسلم لا تحويها يد ولا يحيط بها جدار، والقبض في كثير من الدور والأرضين تسليمها بإغلاقها، والعبيد تسليمهم بحضرة القابض، 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 هذا فهو مقبوض، والذي يكون في البيع قبضاً يكون في الرهن قبضاً لا يختلف ذلك^(١).

رد على رأيهم:

باستقراء كتب الحنفية نجد أنهم يجيزون الرهن في بعض الصور وهي لا تخرج في الواقع عن رهن المشاع:

فمن هذه الصور: إذا كان عبد بين رجلين رهناه عند رجل بدين له على كل واحد منهما رهناً واحداً. ويعللون بأنهما إذا رهنا العبد إليه جميعاً وسلماه إليه تسليمًا واحداً فلا شيع بخلاف ما لو رهن كل واحد نصيبه من العبد^(٢)

وأقول: إن الشيع ظاهر في هذه الصورة؛ لأن كل واحد منهما يملك نصفه مشاعاً وتسليمه إلى المرتهن تسليمًا واحداً لا يمنع الشيع.

ومن هذه الصور: ما استثنوه لثبوت الشيع فيه ضرورة: كما لو جاء

(١) انظر: الأم ٣ / ١٩٠ - ١٩١.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٦ / ١٢٨، فتاوى قاضيخان ٣ / ٥٩٩، حاشية ابن عابدين ٦ / ٤٨٩.

بثوبين وقال خذ أحدهما رهنا والآخر بضاعة عندك فإن نصف كل واحد منهما يصير رهنا بالدين؛ لأن أحدهما ليس بأولى من الآخر من كونه رهنا فيشيع الرهن فيهما، وهذا الشيع يثبت ضرورة فلا يمنع الجواز كذا في الولوالجية^(١)

أقول: وإذا أجازوا رهن المشاع في هاتين الصورتين فإنه يلزمهم أن يجيزوا رهن المشاع في جميع صوره إذ لا فرق؛ لأن ما عللوا به لإبطال رهن المشاع متحقق في هاتين الصورتين فكان يلزم إبطال الرهن في هاتين الصورتين لتحقق ما عللوا به لإبطال رهن المشاع فيهما. وقد سبق رد تعليلاتهم.

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:-

١- قوله تعالى: ﴿ .. فَرِهْنَنَّ مَّقْبُوضَةٌ .. ﴾^(٢)

وجه الاستدلال: أن قوله تعالى: ﴿ فَرِهْنَنَّ مَّقْبُوضَةٌ ﴾ يقتضي بظاهره ومطلقه جواز رهن المشاع، لأنه تعالى لم يخص مشاعاً من مقسوم^(٣). وقد يناقش: بأن موجب الرهن الحبس الدائم والمشاع لا يتصور قبضه^(٤).

ويجاب عنه بالمناقشات الواردة على أدلة القول الثاني لا سيما مناقشة

(١) انظر: حاشية ابن عابدين ٦ / ٤٩١ - ٤٩٢ و (الولوالجية) أحد كتب الحنفية.

(٢) سورة البقرة: آية (٢٨٣).

(٣) انظر: أحكام القرآن لابن العربي ١ / ٢٦١، المحلى ٨ / ٨٨.

(٤) انظر: الهداية ٤ / ١٣٢.

الشافعي - رحمه الله - لعدم إمكانية القبض.

٢- أن المشاع عين يجوز بيعه في محل الحق - أي زمن حلوله - فيصح رهنه قياساً على المفرز^(١)

٣- أن الإشاعة لا تمنع صحة الرهن قياساً على ما إذا رهن داراً من رجلين أو ارتتها منها^(٢).

ويناقش: بأن الأصل المقيس عليه لا شيوع فيه؛ لأن كل واحد منهما رهن كل العين بما عليه من الدين لا نصفه وإن كان المملوك لكل واحد منهما النصف، فكان كله رهناً بكل الدين حتى أن للمرتهن أن يمسكه حتى يستوفي كل الدين وإذا قضى أحدهما دينه لم يكن له أن يأخذ نصيبه من الرهن^(٣).

ويجاب عنه من وجهين:

أحدهما: قولكم إن كل واحد منهما رهن كل العبد بما عليه من الدين لا نصفه: هذا غير مسلم بل هو مستحيل؛ إذ كيف تكون العين الواحدة كلين بل العين الواحدة كل واحد وإذا رهنتها أحد الشخصين لم يبق للآخر منها شيء يرهنه - وإذا قلت إنهما جميعاً رهناً العين تبين لنا أن كلا منهما رهن نصف العين، وهذا هو بعينه رهن المشاع - هذا ما تقرره العقول والفطر السليمة، فالشيء الواحد لا يكون شيئاً إلا بالتجزئ.

(١) انظر: المغني ٤/ ٣٧٤، المبدع ٤/ ٢١٦، المهذب ١/ ٤٠٧، وانظر: أحكام القرآن لابن العربي ١/ ٢٦١.

(٢) انظر: الإشراف للقاضي عبد الوهاب ٢/ ٢.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٦/ ١٣٨ - ١٣٩.

الثاني: لا يسلم القول بأنه إذا قضى أحدهما دينه لم يكن له أن يأخذ نصيبه من الرهن؛ لأن في هذا القول خلافاً ومذهب الجمهور على أن أحدهما إذا قضى دينه ينفك نصيبه من الرهن^(١).

الترجيح:

بعد موازنة الأدلة فإنه يظهر أن الراجح هو قول الجمهور لسلامة بعض أدلته من المناقشة ودفع المناقشة الواردة على بعضها الآخر في مقابل ضعف أدلة الحنفية بالمناقشات الواردة عليها والتي لم يسبق معهادليل واحد يصلح متمسكا لهم - والله أعلم - .

المطلب الثاني: في رهن جزء من المشاع:

إذا رهن شخص جزءاً من مشترك بينه وبين غيره، فإن هذا الرهن صحيح.

هذا هو الأصل عند القائلين بصحة رهن المشاع، إلا أن هذا الأصل ليس على إطلاقه بل خرج عليه صورة اختلف في صحتها القائلون بصحة رهن المشاع، وهي:

رهن أحد الشريكين نصيبه من شقة من عمارة مشتركة بغير إذن شريكه.

وصورة هذا الرهن: أن يرهن أحد الشريكين - في عمارة ذات شقق - نصيبه من شقة معينة بدين عليه.

وقد اختلف في صحة هذا الرهن على قولين:

(١) سيأتي الخلاف في هذه المسألة في المطلب الثالث ص: ٢٢٢ - ٢٢٥.

القول الأول:

أن هذا الرهن صحيح.
وبه قال المالكية^(١)، وهو الصحيح عند الشافعية^(٢)، والصحيح من
المذهب عند الحنابلة^(٣).

القول الثاني:

أن هذا الرهن لا يصح.
وهو وجه للشافعية^(٤)، واحتمال للقاضي^(٥) من الحنابلة فيما يمكن
قسمته^(٦).

الأدلة:

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بالآتي:

- (١) أخذ مذهبهم من تصحيحهم أصل رهن المشاع مطلقا - انظر: الكافي لابن
عبدالبر ٢ / ١٤٦، التاج والإكليل ٥ / ٥.
- (٢) انظر: شرح روض الطالب ٢ / ١٤٥، نهاية المحتاج ٤ / ٢٣٤.
- (٣) انظر: المغني ٤ / ٣٧٤، الإنصاف ٥ / ١٤١.
- (٤) انظر: روضة الطالبين ٤ / ٣٨، فتح العزيز ٤ / ١٠.
- (٥) هو: القاضي أبو يعلى محمد بن الحسين بن محمد بن خلف بن أحمد بن الفراء
البغدادي شيخ الحنابلة في وقته وعالم عصره في الأصول والفروع وأنواع
الفنون، توفي سنة ٤٥٨ هـ وكانت ولادته سنة ٣٨٠ هـ من تصانيفه: «أحكام
القرآن» و«الأحكام السلطانية» و«العدة».
(انظر: طبقات الحنابلة ٢ / ١٩٣ - ٢٣٠، تاريخ بغداد ٢ / ٢٥٦، شذرات الذهب
٣ / ٣٠٦ - ٣٠٧)
- (٦) انظر: المغني ٤ / ٣٧٤، الإنصاف ٥ / ١٤١.

أن في هذا الرهن ضررا على الشريك؛ لأنهما قد يقتسمان فتقع هذه الشقة في حق شريكه فيكون قد رهن ملك غيره بغير إذنه.^(١)

ويناقد من وجهين:

أحدهما: أن في هذا الكلام نظرا؛ لأن الشريك الراهن حينما رهن نصف الشقة فهو إنما رهن نصيبه؛ لأن شائع في جميع العمارة، غير معين بشقة معينة حتى يقال إنه رهن ملك غيره بغير إذنه - والعبرة في ملكية الرهن: عند إيقاعه لا عند قسمته؛ لأن قسمته إن كان من الراهن فإنه لا يصح، لأنه ممنوع من التصرف في الرهن بما يضر بالمرتهن فيمنع من القسمة المضرة كما يمنع من بيعه.

وإن كان طلب القسمة من الشريك فإن في الزام الراهن ببدل الرهن تحقيقا لمقصود المرتهن.

الثاني: أن الرهن قد يؤول إلى البيع - عند تعذر الاستيفاء، فيرد عليه ما ورد على البيع كما تقدم.^(٢)

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:

١- قياس الرهن على البيع فكما يصح بيعه يصح رهنه.^(٣)

(١) انظر: فتح العزيز ١٠ / ٤، المهذب ١ / ٤٠٧، المغني ٤ / ٣٧٥.

(٢) انظر: ص ١٨٤ - ١٨٥.

(٣) انظر: المهذب ١ / ٤٠٧، المغني ٤ / ٣٧٥.

٢- قياس رهن بعض نصيبه على رهن جميع نصيبه بجامع الشيوخ
في كل^(١).

ويناقش: بأنه قياس مع الفارق لما تقدم في بيع نصيبه من شقة؛ -
لأنه قد يباع فيرد عليه ما ورد على البيع^(٢)

ويجاب: بأن الراجح صحة البيع في مثل هذه الصورة كما تقدم^(٣).

الترجيح:

الراجح - فيما يظهر - هو القول الأول لضعف دليل القول الثاني
بالمناقشات الواردة عليه في مقابل إلحاق هذه الصورة بأصل رهن المشاع
عند أصحاب القول الأول وقد تقدم أن الراجح صحة رهن المشاع فكذا ما
ألحق به. والله أعلم.

تفريع على القول بالصحة:

يتفرع على القول بالصحة في هذه المسألة: ما يلزم الراهن عند
قسمة العين المرهون جزء منها إذا وقع الجزء المرهون في نصيب الشريك.
هل يلزمه بدله أو قيمته أو رهنه لشريكه ؟

اختلف في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

أنه يلزمه بدله.

(١) انظر: الشرح الكبير مع المغني ٤ / ٣٧٥.

(٢) انظر: ص ١٨٥ وما بعدها.

(٣) انظر: ص ١٨٥ وما بعدها.

وهو وجه للحنابلة^(١)، صوبه في تصحيح الفروع، وهو ظاهر كلام
القاضي^(٢).

القول الثاني:

أنه يلزمه رهن ما صار عند الشريك على ما بيد المرتهن، ويبقى
الرهن على حاله.

وهو وجه للحنابلة^(٣).

القول الثالث:

أنه يلزمه قيمته.

وبه قال الشافعية^(٤).

الأدلة:

أدلة القول الثالث:

استدل أصحاب هذا القول بأن الرهن خرج عن ملك الراهن فلا
يصح استمراره، وبدله غير معين فلا يصح بدلاً عنه فلزمت القيمة^(٥).

ويناقش من وجهين:

أحدهما: لا يسلم أن البدل غير معين بل هو معين، إذ إنه يحصل له

(١) انظر: الإنصاف ٥ / ١٤١، الفروع ٤ / ٢١٢ - ٢١٣.

(٢) انظر: تصحيح الفروع ٤ / ٢١٣.

(٣) انظر: الإنصاف ٥ / ١٤١، الفروع ٤ / ٢١٢ - ٢١٣.

(٤) انظر: شرح روض الطالب ٢ / ١٤٥، حاشية الشرفاوي ٢ / ١٢٤.

(٥) انظر: المرجعين السابقين.

شقة مقابل الشقة التي حصلت لشريكه، وبالتالي فلا يعدل إلى جنس غير جنس الرهن مع وجود ما يماثله.

الثاني: أن القيمة قد يستهلكها من هي في يده.
ولم يذكر أصحاب القول الثاني دليلاً على ما ذهبوا إليه.
ولعلمهم يعللون بأن في ذلك إبقاء للعين المرهونة على رهنها.

ويناقش: بأن الشريك قد لا يرضى بذلك، وإن رضى ففي إلتزام الشريك الراهن بالرهن لشريكه نظر مع إمكان أن يرهن من ملكه ما يماثل العين المرهونة.

واستدل أصحاب القول الأول: بأن العين المرهونة انتقلت إلى ملك الشريك فيلزمه بدلها قياساً على ما لو خرجت العين المرهونة مستحقة^(١).

الترجيح:

الذي يظهر أن الراجح هو القول الأول لمناقشة أدلة القولين الثاني والثالث في مقابل سلامة دليل القول الأول، وتحقيقه لغرض الرهن والمرتهن من غير إضرار بأحدهما - والله أعلم -.

المطلب الثالث: ما يترتب على توفية أحد الراهنيين ما عليه:

إذا رهن رجلان دارهما عند رجل بدين عليهما، فوفاه أحدهما حصته من الدين فهل ينفك الرهن في نصيبه أو أن للمرتهن أن يمسك الرهن حتى يستوفى جميع الدين ؟.

(١) انظر: تصحيح الفروع ٤ / ٢١٤.

اختلف في ذلك على قولين:

القول الأول:

أن الرهن ينفك في نصيبه.

وبه قال المالكية^(١)، والشافعية^(٢)، وهو المذهب عند الحنابلة^(٣).

القول الثاني:

أن الرهن لا ينفك في نصيبه وإنما تبقى الدار رهنا على ما بقى.

وبه قال الحنفية^(٤)، وهو رواية عن الإمام أحمد^(٥).

-
- (١) انظر: المدونة ٥ / ٣٣٥، البيهجة شرح التحفة ١ / ١٧٩ - ١٨٠.
 - (٢) انظر: روضة الطالبين ٤ / ١٠٨، مغني المحتاج ٢ / ١٤١، نهاية المحتاج ٤ / ٢٨٧.
 - (٣) انظر: الإنصاف ٥ / ١٦١، الإقناع ٢ / ١٦٣، المنتهى ١ / ٤٠٥.
 - (٤) انظر: الهداية ٤ / ١٤٠، مجمع الأنهر ٢ / ٥٩٩، الدر المختار ٦ / ٤٩٨.
 - (٥) انظر: الشرح الكبير مع المغني ٤ / ٤١٣، الفروع ٤ / ٢٢٧، القواعد الفقهية ص ٢٥٢. وقد قال ابن قدامة: إن هذا من كلام أحمد محمول على أنه ليس للراهن مقاسمة المرتهن لما عليه من الضرر لا بمعنى أن العين كلها تكون رهنا، إذ لا يجوز أن يقال إنه رهن نصف العبد عند رجل فصار جميعه رهنا. المغني ٤ / ٤٤٥، وبمثل هذا تأول القاضي في المجرد، وابن عقيل. انظر: القواعد الفقهية ص ٢٥٢.
- وقد ضعف ابن رجب هذا التأويل من وجهين:-
أحدهما: أن أحمد نص على أن الدار رهن على ما بقى.
الثاني: أن انفكك أحد النصيبين وقبض صاحبه له لا يتوقف على المقاسمة، فإن الشريك يقبض نصيبه المشترك من غير اقتسام ويكون قبضا صحيحا إذ القبض يتأتى في المشاع. القواعد الفقهية ص ٢٥٢.

الأدلة:

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بأن كل واحد منهما رهن كل الدار بما عليه من الدين، لا نصفها وإن كان المملوك لكل واحد منهما النصف، فكانت كلها رهنا بكل الدين^(١).

ويناقش: بأن قولهم إن كل واحد منهما رهن الدار بما عليه من الدين: غير مسلم؛ لأن العين الواحدة لا تكون كلين، حتى يقال إن كل واحد منهما رهنا بما عليه من الدين، وإنما هي كل واحد فإذا رهنا أحدهما لم يبق للآخر شيء منها، ولما كانا قد رهناها بدينهما علمنا أن نصيب كل واحد من الدين مقابل بجزء من العين المرهونة.

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:

١- أن الراهن متعدد فتعلق ما على كل منهما بنصيبه؛ لأن الرهن لا يتعلق بملك الغير إلا إذا كان مأذونا فيه ولم يوجد^(٢)

وقد يناقش: بأن الراهن وإن كان متعددًا إلا أن كل واحد منهما قد رهن جميع العين فإذا أدى نصيبه من الدين لم ينفك بعض الرهن لأن الآخر قد رهن جميعه^(٣).

ويجاب عنه: بما تقدم من أن كل واحد إنما رهن بعض العين لا جميعها.

(١) انظر: المبسوط ٢١ / ١٦٥، بدائع الصنائع ٦ / ١٣٨، القواعد الفقهية ص ٢٥٢.

(٢) انظر: المبدع ٤ / ٢٢٩، القواعد الفقهية ص ٢٥٢، مغني المحتاج ٢ / ١٤١.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٦ / ١٣٨ - ١٣٩.

٢- أن على من قضى نصيبه من الدين ولم يفك نصيبه من الرهن حجرا من غير سبب يوجب دوامه.

الترجيح؛

الراجح - فيما يظهر - هو القول الأول - لقوة أدلته وسلامتها من المناقشة - في مقابل ضعف دليل القول الثاني بما ورد عليه من مناقشة - والله أعلم - .

المطلب الرابع؛ فيما يترتب على توفية الراهن لأحد المرتهنين:

إذا رهن رجل عينا عند رجلين بدين لهما عليه فوفى أحدهما فهل تنفك حصته من الرهن أو لا تنفك حتى يوفى الآخر نصيبه ؟
اختلف في ذلك على قولين: -

القول الأول:

أنه ينفك من الرهن بقدر حصة من أوفاه.

وهو الأصح عند الشافعية^(١)، والمذهب عند الحنابلة^(٢).

القول الثاني:

أنه لا ينفك شيء من الرهن حتى يؤدي جميع الدين.

(١) انظر: فتح العزيز مع المجموع ١٠ / ١٥٩، روضة الطالبين ٤ / ١٠٨، شرح روض الطالب ٢ / ١٧٦.

(٢) انظر: المغني ٤ / ٤٤٤ - ٤٤٥، الفروع ٤ / ٢٢٧، الإقناع ٢ / ١٦٣، المنتهى ١ / ٤٠٥.

وبه قال الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، وهو وجه للشافعية^(٣)، وقول للحنابلة^(٤).

الأدلة:

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول:

١- أن هذا عقد واحد فلا يتجزأ الرهن^(٥).

ويناقش: بأن هذا وإن كان عقدا واحدا إلا أنه بمنزلة عقدين؛ لأنه مع شخصين فكأنه رهن كل واحد منهما النصف منفردا.

٢- أنه رهن كل العين بدين كل واحد منهما، وكل العين تصلح رهنا بدين كل واحد منهما على الكمال كأنه ليس معه غيره؛ لأن الرهن حبس وليس يتمتع أن يكون الشيء الواحد محبوبا لكل الدين وإذا كان كله مرهونا بدين كل واحد فإنه لا ينفك بتوفية أحدهما.

ويناقش: بأن العين الواحدة لا تكون كلين حتى يقال إنه رهنا بدين كل واحد منهما على الكمال، وإنما هي كل واحد فإذا رهنا بدين أحدهما لم يبق للأخر شيء يتوثق به منها، ولما كان الراهن قد رهنا

(١) انظر: الهداية ٤ / ١٤٠، المبسوط ٢١ / ١٦٤ - ١٦٥، بدائع الصنائع ٦ / ١٣٩، تبين الحقائق ٦ / ٧٨ - ٧٩.

(٢) انظر: المدونة ٥ / ٣٣٥، المنتقى ٥ / ٢٥٧ - ٢٥٨، البهجة شرح التحفة ١ / ١٨٠.

(٣) انظر: فتح العزيز ١٠ / ١٥٩، روضة الطالبين ٤ / ١٠٨.

(٤) انظر: الشرح الكبير مع المغني ٤ / ٤١٣، المبدع ٤ / ٢٢٩، الإنصاف ٥ / ١٦١.

(٥) انظر: المبدع ٤ / ٢٢٩.

بدينهما عليه فإننا نعلم قطعاً أن نصف العين يكون رهنا بنصف الدين، والنصف الآخر يكون رهنا بنصف الدين الآخر، وإذا كان كذلك فإنه إذا أدى نصف الدين انفق نصف الرهن.

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول: بأن عقد الواحد مع الاثني بمنزلة عقدين فكأنه رهن كل واحد منهما النصف منفرداً^(١)،

وقد يناقش: بأنه لا يسلم أن عقد الواحد مع الاثني بمنزلة عقدين وإنما هو عقد واحد.

وقد يجاب: بأن الصحيح أنه بمنزلة عقدين؛ لأن العاقد متعدد ويلزم من تعدد العاقد تعدد العقد وإلا لم يكن هناك فرق بين كون العاقد واحداً وبين كونه متعدداً، مع وجود فرق في الواقع.

الترجيح:

الراجح - فيما يظهر - هو القول الأول لقوة دليله وسلامته مما أورد عليه من المناقشة في مقابل مناقشة أدلة القول الثاني - والله أعلم -.

تفريع على القول الراجح:

إذا وفي الراهن أحدهما نصيبه وأراد مقاسمة المرتهن الآخر وأخذ مقابل نصيب من وفاه وكان الرهن مما لا تنقصه القسمة كالمكيل والموزون لزم ذلك، وإن كان مما تنقصه القسمة لم تجب قسمته؛ لأن على المرتهن ضرراً في قسمته^(٢).

(١) انظر: المغني ٤ / ٤٤٥، الشرح الكبير مع المغني ٤ / ٤١٢.

(٢) انظر: المرجعين السابقين، شرح روض الطالب ٢ / ١٧٧.

المبحث الخامس

في آثار الشيوع في الصلح^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: في الصلح عن المشاع.

المطلب الثاني: في الصلح بالمشاع.

المطلب الثالث: في الصلح عن الشفعة بالمشاع.

المطلب الأول:

صورته: أن تكون عين مشتركة بين شخصين فأكثر فيدعي شخص جزءاً منها فيصالحه الشريك أو أحدهما عن دعواه في هذا الجزء الشائع، أو تكون عين لشخص واحد فيدعي شخص نصفها مثلاً فيصالحه عنه، أو يصالح بعض الشركاء بعضهم الآخر عن نصيبه.

ولا خلاف بين الفقهاء في صحة الصلح عن المشاع^(٢).

قال في الهداية شرح بداية المبتدي^(٣): «وإن كانت الشركة بين ورثة فأخرجوا أحدهم منها بمال أو أعطوه إياه والتركة عقار أو عروض جاز

(١) البحث هنا في مسائل الصلح التي صححها أصحاب كل مذهب دون نظر إلى ما لم يصححوه فإن بحثه في أحكام الصلح.

(٢) انظر: تبين الحقائق ٥/ ٤٦، المبسوط ٢٠/ ١٥٠، مجمع الأنهر ٢/ ٣٠٨، ٣١٧، مواهب الجليل ٥/ ٨٠، التاج والإكليل معه ٥/ ٨٤ - ٨٥، المنهج مع حاشية الجمل ٣/ ٣٥٢، حاشية الشرقاوي على التحرير ٢/ ٦٥، المغني ٤/ ٥٣٨، الشرح الكبير مع المغني ٥/ ٧.

(٣) ٢/ ٢٠٠.

قليلا كان ما أعطوه إياه أو كثيرا لأن تصحيحه بيع».

وفي البناية^(١): «والصلح جائز عن دعوى الأموال، لأنه في معنى البيع فما جاز بيعه جاز الصلح عنه».

وقال في الكافي^(٢): «والصلح كالبيع فما جاز في البيع جاز في الصلح، وما امتنع في البيع امتنع في الصلح».

وفي الشرح الصغير^(٣): «وجاز صلح بعض الورثة عن إرث يخصه كزوجة مات زوجها فاستحقت الربع أو الثمن من عرض وورق وذهب فصالحت الابن مثلا بذهب...».

وقال في تكملة المجموع^(٤): «قال الشافعي رحمته الله فإن صالح من مورثه فإن عرفا ما صالحه عليه بشيء يجوز في البيع جاز، وهذا كما قال إذا ورث اثنان من أبيهما أو أخيهما مالا فصالح أحدهما الآخر عن نصيبه فإن هذا فرع للبيع فإذا شاهد التركة وعرف العوض صح كما لو اشتراه بلفظ الشراء».

وفي شرح روض الطالب: «وإن صالح عن المقر أجنبي عن بعض العين المدعاة أو عن كلها بعين للمدعى عليه صح»^(٥).

(١) ٦١١ / ٦ .

(٢) لابن عبد البر ٢ / ١٩٨ .

(٣) للدردير ٣ / ٤١٥ .

(٤) للمطيعي ١٢ / ٣٩١ .

(٥) ٢ / ٢١٧ .

وقال في الهداية^(١): فإذا كان الصلح عن شقص في دار لم تجب فيه الشفعة .»

وفي المغني^(٢): «ويصح الصلح عن كل ما يجوز أخذ العوض عنه سواء كان مما يجوز بيعه أو لا يجوز .»

وقد استدلوا لصحة الصلح عن المشاع: بأثر عثمان رضي الله عنه: «فإنه صالح تماضر الأشجعية^(٣) امرأة عبدالرحمن بن عوف^(٤) عن ربع ثمنها على ثمانين ألف دينار^(٥) .»

(١) لأبي الخطاب ١ / ١٥٨ .

(٢) ٤ / ٥٤٥ .

(٣) هي: تماضر بنت الأصبع بن عمر بن ثعلبة الكلبية الأشجعية، تزوجها عبدالرحمن بن عوف بوصية من النبي ﷺ حينما بعته وقال له: إن استجابوا لك فتزوج ابنة ملكهم أو سيدهم فاستجابوا له فتزوجها، وهي أم أبي سلمة بن عبدالرحمن.
(انظر: الإصابة ٤ / ٢٥٥).

(٤) هو: أبو محمد عبدالرحمن بن عوف بن عبد عوف بن الحارث القرشي الزهري من كبار الصحابة وأحد العشرة المبشرين بالجنة، أسلم قديما وهاجر الهجرة وشهد المشاهد كلها، وكان اسمه عبد الكعبة وقيل: عبد عمرو فغيره النبي ﷺ إلى عبدالرحمن وكانت ولادته بعد الفيل بعشر سنين ووفاته سنة ٣١ هـ وقيل سنة ٣٢ هـ.

(انظر: الاستعاب ٢ / ٣٩٢، الإصابة ٢ / ٤١٦، تهذيب التهذيب ٦ / ٢٤٤).

(٥) ذكره المرغيناني في الهداية ٣ / ٢٠٠. بهذا اللفظ ولم أقف عليه في كتب الحديث.

قال^(١) الزيلعي^(٢) والعيني^(٣): غريب بهذا اللفظ.

وقال ابن حجر: لم أجده هكذا^(٤).

ورواه عبد الرزاق^(٥) قال: أخبرنا ابن عيينة^(٦) عن عمرو

(١) نصيب الراية في تخريج أحاديث الهداية ٤ / ١١٢.

(٢) هو: أبو محمد جمال الدين عبدالله بن يوسف بن محمد الزيلعي الحنفي، أصله من الزيلع في الصومال كان فقيها عالما بالحديث، توفي بالقاهرة سنة ٧٦٢هـ. من مصنفاته: «نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية» و «تخريج أحاديث الكشاف».

(انظر: الدرر الكامنة ٢ / ٤١٧، حسن المحاضرة ١ / ٢٠٢).

(٣) البناية ٧ / ٦٤٨.

(٤) الدراية في تخريج أحاديث الهداية ٢ / ١٨٠.

(٥) هو: الإمام الكبير الحافظ عالم اليمن أبو بكر عبدالرزاق بن همام بن نافع الحميري بالولاء الصنعاني، ارتحل إلى الحجاز والشام والعراق في طلب الحديث وروى عن الأوزاعي وابن جريج ومالك وغيرهم وعنه أحمد ووكيع وابن المديني وغيرهم. توفي سنة ٢١١هـ وكانت ولادته ٢٦هـ من تصانيفه: «كتاب في تفسير القرآن».

(انظر: تذكرة الحفاظ ١ / ٣٦٤، سير أعلام النبلاء ٩ / ٥٦٣، طبقات الحفاظ للسيوطي ص ١٥٥).

(٦) هو: سفيان بن عيينة بن أبي عمران ميمون مولى محمد بن مزاحم. محدث الحرم، الإمام الكبير، حافظ العصر أبو محمد الهلالي الكوفي ثم المكي، ولد سنة ١٠٧هـ بالكوفة وطلب الحديث وهو غلام ولقي الكبار وحمل عنهم علما جما وأتقن وجود وجمع وصنف وانتهى إليه علو الإسناد واتفقت الأمة على الاحتجاج به. توفي سنة ١٩٨هـ.

(انظر: تاريخ الطبري ١ / ١٠ - ١٢، صفوة الصفوة ٢ / ١٢٠، سير أعلام النبلاء ٨ / ٤٥٤).

ابن دينار^(١) أن امرأة عبدالرحمن بن عوف أخرجها أهله من الثمن بثلاثة
وثمانين ألف درهم»^(٢).

وذكره ابن سعد^(٣) بألفاظ أخرى^(٤).

(١) هو: الإمام الكبير الحافظ أبو محمد عمرو بن دينار الجمحي بالولاء المكي
الأثرم عالم الحرم. ولد سنة ٤٦هـ وسمع ابن عباس وابن عمر وجابر وأنس
وغيرهم. وكان يجزئ الليل أثلاثاً فينام ثلثاً ويدرس حديثه ثلثاً ويصلى ثلثاً. وثقه
المحدثون وأتوا عليه، توفي سنة ١٢٦هـ.

(انظر: الطبقات لابن سعد ٥/ ٤٧٩، تذكرة الحفاظ ١/ ١١٢، تهذيب التهذيب
٢٨/ ٨).

(٢) مصنف عبدالرزاق / كتاب البيوع/ باب المرأة تصالح على ثمنها ٨/ ٢٨٩ رقم
١٥٢٥٥.

وأخرجه البيهقي من حديث عمرو بن سلمة عن أبيه قال: «صولحت امرأة
عبدالرحمن بن عوف من نصيبها ربع الثمن على ثمانين ألفاً» / كتاب الصلح/
باب صلح المعاوضة وأنه بمنزلة البيع.. (٦/ ٦٥).

(٣) هو: أبو عبدالله محمد بن سعد بن منيع الهاشمي (بالولاء) البصري نزيل بغداد
وكاتب الواقدي، وصاحب الطبقات وأحد الحفاظ الكبار الثقات المتحررين، ولد
سنة ١٦٨هـ، وتوفي سنة ٢٣٠هـ وقيل غير ذلك. من تصانيفه: كتابه «الطبقات».
(انظر: تذكرة الحفاظ ٢/ ٤٢٥، سير أعلام النبلاء ١٠/ ٦٦٤ - ٦٦٦، تهذيب
التهذيب ٩/ ١٨٢ - ١٨٣).

(٤) فرواه عن عارم بن الفضل ثنا حماد بن زيد عن أيوب عن محمد أن عبدالرحمن
ابن عوف، توفي وكان فيما ترك ذهب قطع بالفؤوس حتى مجلت منه أيدي
الرجال وترك أربع نسوة فأخرجت منهن امرأة من ثمنها بثمانين ألفاً، الطبقات
٣/ ١٣٦.

وقال أيضا: أخبرنا محمد بن عمر قال: أخبرنا أسامة بن زيد الليثي عن صالح
ابن إبراهيم بن عبد الرحمن بن عوف قال: أصاب تماضر بنت الأصمغ ربع =

واستدلوا بأن المشاع عين يجوز بيعه فيجوز الصلح عنه، لأن ما جاز بيعه جاز الصلح عنه^(١).

المطلب الثاني: الصلح بالمشاع:

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: الصلح عن العين بجزء من غيرها.

المسألة الثانية: الصلح عن العين بجزء منها.

المسألة الأولى:

صورته: أن يدعى شخص علي آخر دارا فيقرر له بها ويصالحه منها علي نصف دار أخرى أو نصف عبد ونحو ذلك.

=الثلث فأخرجت بمائة ألف، وهي إحدى الأربع، «الطبقات ٣ / ١٣٦، وقال: أخبرنا الفضل بن دكين. أبو نعيم قال: أخبرنا قال: أخبرنا كامل أبو العلاء قال: سمعت أبا صالح قال: مات عبدالرحمن بن عوف وترك ثلاث نسوة فأصاب كل واحدة مما ترك ثمانون ألفا ثمانون ألفا». الطبقات ٣ / ١٣٧. وقال أخبرنا عارم بن الفضل حدثنا حماد بن زيد عن أيوب عن نافع وسعد بن إبراهيم أنه أطلقها ثلاثا يعني عبد الرحمن بن عوف لتماضر فورثها عثمان منه بعد انقضاء العدة». (انظر: الطبقات ٨ / ٢٩٩، نصب الراية ٤ / ١١٣، الدراية في تخريج أحاديث الهداية ٢ / ١٨٠ - ١٨١).

(١) انظر: الهداية للمرغيناني ٣ / ٢٠٠، البنائة ٦ / ٦١١، الكافي لابن عبد البر ٢ / ١٩٨.

ولا خلاف بين الفقهاء في صحة هذا الصلح^(١).

قال في الاختيار^(٢): «ولو ادعى دارا فصالحه على قدر معلوم منها جاز ويصير كأنه أخذ بعض حقه وأبرأه عن دعوى الباقي»، ومن باب أولى لو صالحه على جزء من غيرها.

وقال في حاشية الدسوقي^(٣): «لو أعمرت زيدا دارك مدة حياته ثم صالحته على شقص معين من عقار آخر فرده عليك بعيب أو استحق من يده.. فإن زيد يرجع عليك بقيمته...».

وقال في روضة الطالبين^(٤): «الصلح عن العين وهو صنفان أحدهما: صلح المعارضة وهو الذى يجرى على غير العين المدعاة بأن ادعى عليه دارا فأقر له بها وصالحه منها على عبد أو ثوب فهذا الصنف حكمه حكم البيع وإن عقد بلفظ الصلح...».

وقال في كشاف القناع^(٥): «وإن كان ما أخذه المدعى عوضا عن دعواه شقصا مشفوعا ثبتت فيه الشفعة لشريك المدعى عليه لأنه بيع».

واستدلوا على صحة الصلح بجزء مشاع من غير العين: بأنه في معنى

(١) انظر: بدائع الصنائع ٦ / ٥٣، حاشية الشرنبلالي على درر الحكام ٢ / ٣٩٨، المنتقى للباجي ٦ / ٢٠٧، الخرشي على مختصر خليل ٥ / ١٥، فتح العزيز ١٠ / ٢٩٥، مغني المحتاج ٢ / ١٧٧، الشرح الكبير مع المغني ٥ / ١١، المبدع ٤ / ٢٨٦.

(٢) ٦ / ٣.

(٣) ٣ / ٣١٨.

(٤) ٤ / ١٩٣.

(٥) ٢ / ٣٩٧.

البيع، والجزء المشاع يصح بيعه فكذا الصلح به لأنه بمعنى المعاوضة^(١).

المسألة الثانية: الصلح عن العين بجزء مشاع منها.

وصورته: أن يدعي شخص على آخر دارا أو عبدا ونحو ذلك فيصالحه من الدار على نصفها أو من العبد على نصفه.

وقد اختلف في ذلك على قولين:

القول الأول:

صحة هذا الصلح.

وبه قال الجمهور^(٢) من الحنفية^(٣)، والمالكية^(٤)، والحنابلة^(٥)، وهو الأصح عند الشافعية^(٦).

قال في روضة الطالبين^(٧): الصنف الثاني صلح الحطيطة وهو الجاري على بعض العين المدعاة، كمن صالح من الدار المدعاة على نصفها أو ثلثها... وفي صحته بلفظ الصلح، وجهان، أحدهما لا، وأصحهما: الصحة».

(١) انظر: روضة الطالبين ٤ / ١٩٣، كشاف القناع ٣ / ٢٩٧.

(٢) سبقت نصوصهم في المسألة الأولى لأنهم لا يفرقون بين النوعين وإنما التفريق عند الشافعية فقط.

(٣) انظر: مراجعهم في المسألة الأولى.

(٤) انظر: مراجعهم في المسألة الأولى.

(٥) انظر: مراجعهم في المسألة الأولى.

(٦) انظر: فتح العزيز ١٠ / ٢٩٥، نهاية المحتاج ٤ / ٢٧٢.

(٧) ٤ / ١٩٣ - ١٩٤.

القول الثاني:

عدم صحة هذا الصلح.

وبه قال الشافعية في وجهه^(١).

الأدلة:

استدل أصحاب القول الثاني: بأن الصلح يتضمن المعاوضة ومحال أن يقابل ملكه ببعضه^(٢).

ونوقش: بأن حقيقة هذا الصلح تنازل عن بعض الحق وليس معاوضة، والتنازل عن الحق أو بعضه لا خلاف فيه، ووقوعه بلفظ الصلح لا يغير حقيقته.

واستدل الجمهور: بأن الخاصية التي يفتقر إليها لفظ الصلح، هي سبق الخصومة وقد وجدت^(٣).

الترجيح:

الذي يظهر أن الراجح صحة هذا الصلح وهو ما ذهب إليه الجمهور، لأن هذا الصلح بمعنى هبة الجزء المصالح عليه وأصحاب القول الثاني يجيزونه إذا كان بلفظ الهبة^(٤). وهذا بمعناه - والله أعلم -.

(١) انظر: روضة الطالبين ٤ / ١٩٤، نهاية المحتاج ٤ / ٣٧٢.

(٢) انظر: المرجعين السابقين.

(٣) انظر: روضة الطالبين ٤ / ١٩٤، نهاية المحتاج ٤ / ٣٧٢.

(٤) فتح العزيز ١٠ / ٢٩٥، روضة الطالبين ٤ / ١٩٣.

المطلب الثالث: في الصلح عن الشفعة بالمشاع:

وصورته: أن يبيع أحد الشريكين في أرض ونحوها نصيبه منها فيستحق شريكه الأخذ بالشفعة فيصالحه المشتري أو يصالح المشتري على إسقاط شفعته على عوض معين.

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: في حكم هذا الصلح.

المسألة الثانية: في حكم سقوط الشفعة عند القائلين بعدم صحة هذا الصلح.

المسألة الأولى:

اختلف في صحة الصلح عن حق الشفعة على قولين:

القول الأول:

صحة هذا الصلح.

وهو قول المالكية^(١)، وبه قال أبو إسحاق المروزي^(٢) من الشافعية^(٣)،

(١) انظر: الإشراف للقاضي عبد الوهاب ٥٢/٢، المعيار المعرب ٥/٤٧، الخرشي على خليل وحاشية العدوي عليه ٦/١٦٧.

(٢) هو: الإمام الكبير وفقهه بغداد أبو إسحاق إبراهيم بن أحمد المروزي صاحب أبي العباس بن سريج وأكبر تلامذته، شرح مذهب الشافعي ولخصه، وانتهت إليه رئاسة المذهب، توفي سنة ٣٤٠هـ. وصنف كتابا في الفقه وشرح المختصر.
(انظر: طبقات الفقهاء للشيرازي ص ١١٢، تاريخ بغداد ٦/١١، سير أعلام النبلاء ١٥/٤٢٩).

(٣) انظر: فتح العزيز ١١/٤٩٨، روضة الطالبين ٥/١١١.

وهو اختيار^(١) الشيخ عبدالرحمن السعدي^(٢).

- قال الخرشي^(٣): «.. بخلاف مالو أخذ المستحق للشفعة مالا بعد عقد الشراء من المشتري ليسقط حقه من الشفعة فإنه جائز وتسقط شفعته^(٤)»، وعلق العدوي^(٥) على ذلك بقوله: «..ولا فرق بين أن يأخذ ذلك المال من المشتري أو من أجنبي»^(٦).

(١) انظر: المختارات الجلية ص ١١٦.

(٢) هو: الشيخ عبدالرحمن بن ناصر السعدي النجدي الفقيه المحدث الأصولي المفسر الواعظ، طلب العلم على علماء نجد وغيرهم وكانت ولادته سنة ١٢٠٧هـ ووفاته سنة ١٢٧٦هـ من تصانيفه: «تيسير اللطيف المنان في تفسير القرآن» و«طريق الوصول إلى العلم المأمول من الأصول». (انظر: معجم المؤلفين ١٤ / ٣٩٦ - ٣٩٧).

(٣) هو: أبو عبدالله محمد بن عبدالله الخرشي، ويقال: الخراشي المالكي الفقيه العلامة القدوة الفهامة، انتهت إليه رئاسة المالكية بمصر توفي سنة ١١٠١هـ . من تصانيفه: «شرح كبير على المختصر» شرح صغير عليه وغير ذلك. (انظر: شجرة النور ص ٣١٧، الأعلام للزركلي ٦ / ٢٤١).

(٤) شرح الخرشي على مختصر خليل ٦ / ١٦٧.

(٥) هو: أبو الحسن علي بن أحمد بن مكرم العدوي الصعيدي المالكي كان فقيها محدثاً أصولياً. أخذ عنه البناني والدسوقي والدردير كانت ولادته سنة ١١١٢هـ. ووفاته سنة ١١٨٩هـ. من تصانيفه: «حاشية على كفاية الطالب الرياني لرسالة ابن أبي زيد القيرواني».

(انظر: شجرة النور الزكية ص ٣٤١ - ٣٤٢، الأعلام ٤ / ٢٦٠، معجم المؤلفين ٧ / ٢٩ - ٣٠).

(٦) حاشية العدوي على الخرشي ٦ / ١٦٧.

- وقال في فتح العزيز^(١): «لو صالح على حق الشفعة على مال فهو على ما ذكرنا في الصلح عن الرد بالعيب واختار أبو إسحاق المروزي صحته».
- وقال الشيخ عبدالرحمن السعدي: «والصحيح: صحة الصلح عن حق الشفعة وعن الخيار»^(٢).

القول الثاني:

- عدم صحة هذا الصلح.
- وبه قال الحنفية^(٣)، والشافعية^(٤)، والحنابلة^(٥).
- قال في الهداية^(٦): «وإن صالح من شفيعته على عوض بطلت شفيعته ورد العوض».
- وقال في شرح روض الطالب^(٧): «الصلح عنها بمال كالصلح عن الرد بالعيب فلا يصح وتبطل شفيعته إن علم بفساده».

(١) ٤٩٨ / ١١ .

(٢) المختارات الجليلة ص ١١٦ .

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٦ / ٤٩، كشف الحقائق شرح الكنز ٢ / ٢٠٦، ذرر الحكام ٢ / ٣٩٥ .

(٤) انظر: فتح العزيز ١١ / ٤٩٨، روضة الطالبين ٥ / ١١١، شرح روض الطالب ٢ / ٣٧٨ .

(٥) انظر: المحرر ١ / ٣٤٢، كشف القناع ٣ / ٤٠١، شرح منتهى الإيرادات ٢ / ٢٦٦ .

(٦) للمرغيناني ٤ / ٣٧ .

(٧) ٢ / ٣٧٨ - ٣٧٩ .

وقال في الفروع^(١): «ولا يصح صلح بعوض عن خيار . وشفعة».

الأدلة:

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:

١- أن الشفعة تثبت لإزالة الضرر فإذا رضي بالعوض تبينا أن لا ضرر فلا استحقاق فيبطل العوض لبطلان معوضه.^(٢)

ويناقش: بأن الضرر لفظ عام تتدرج تحته صور متعددة ومن هذه الصور حرمانه من النظر أي الأمرين أحظ له من جهة المال - الأخذ بالشفعة أو إسقاطها بعوض عنها -؛ لأن الإنسان قد يرضى بإسقاط حقه من الشفعة إذا بذل له مال ولا يرضى بدون ذلك ولم تشرع في الأصل إلا لأجل أن ينظر صاحبها أي الأمرين أحظ له من جهة المال فإذا ترجح الإسقاط بالمال المبذول فيه فهذا موافق للقواعد والأصول^(٣).

٢- أن حق الشفعة ليس بمتقرر في المحل بمعنى أن الشفيع ليس له ملك في المحل وإنما له مجرد حق التملك أي حق التعرض بالملك فلا يجوز

(١) ٢٧١ / ٤ .

(٢) انظر: المبدع / ٤ ، ٢٩١ ، كشف القناع ٣ / ٤٠١ .

(٣) انظر: المختارات الجليلة ص ١١٦ - ١١٧ .

الاعتياض عنه^(١).

ويناقش: بأن استحقاق الأخذ بالشفعة في معنى ملكه للشقص المُشْتَرَى لأنه يستطيع أخذه لو أراد، فأخذه العوض إنما هو في مقابل تركه لما يمكنه تملكه - والعقود مبناها على التراضي - والشريك لا يرضى بإسقاط حقه إلا بمقابل ما بذل له، فإذا تراضيا على ذلك جاز. فالقول بأنه لا يجوز الاعتياض عنه يحتاج إلى دليل يدل عليه ولا دليل، بل الدليل بخلافه - وهو أدلة القول الأول.

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:

١- ما روى كثير بن زيد^(٢) عن الوليد بن رباح^(٣) عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلالا

(١) انظر: الهداية للمرغيناني ٤ / ٢٧ - ٢٨، تبين الحقائق ٥ / ٢٥٧، البناية ٥٧٢ / ٨.

(٢) هو: كثير بن زيد الأسلمي ثم السهمي مولاهم أبو محمد المدني، يقال له ابن صافنه وهي أمه، روى عن سالم بن عبدالله وغيره وعنه مالك والدراوردي وحماد بن زيد وغيرهم. صدوق يخطئ، مات في خلافة المنصور.
(انظر: تهذيب التهذيب ٨ / ٤١٣ - ٤١٥، ميزان الاعتدال ٣ / ٤٠٤، تقريب التهذيب ٢ / ١٣١ - ١٣٢).

(٣) هو: الوليد بن رباح الدوسي المدني مولى ابن أبي ذياب روى عن أبي وسهل بن حنيف وسلمان الأغر وعنه كثير بن زيد وغيره. قال فيه البخاري: حسن الحديث، توفي سنة ١١٧هـ.
(انظر: تهذيب التهذيب ١١ / ١٣٣، الكاشف ٣ / ٢٠٩).

أو أحل حراماً»^(١). صححه ابن حبان والحاكم^(٢).

وجه الاستدلال: أن هذا الحديث عام يدخل فيه كل صلح لا محذور فيه ولا يدخل فيه ربا، ولا يسقط واجبا والصلح عن حق الشفعة كذلك^(٣).
وقد يناقش: بأن الصلح عن حق الشفعة فيه إحلال للحرام، لأنه يتضمن أكل مال المشتري في مقابل إسقاط حق الشفعة وهذا الحق مما لا يجوز الاعتياض عنه.

ويجاب عنه: بما سبق من مناقشات لأدلة القول الثاني.

٢- أن هذا العوض المأخوذ إنما هو عوض عن إزالة ملك في تمليك فيجوز له أخذه قياسا على أخذ العوض عن تمليك زوجته أمرها والخلع به^(٤).

(١) أخرجه الترمذى في سننه/ كتاب الأحكام/ باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح بين الناس ٢/ ٦٢٥ رقم ١٣٥٢ من طريق كثير بن عبدالله بن عمرو بن عوف وكذلك أخرجه البيهقي في السنن الكبرى من هذا الطريق في كتاب الصلح/ باب صلح المعاوضة... (٦/ ٨٠) وأخرجه أبو داود في سننه/ كتاب القضاء/ باب الصلح ٤/ ١٩ - ٢٠ رقم ٣٥٤٩ من طريق كثير بن زيد، وأخرجه الحاكم في المستدرک/ كتاب البيوع/ المسلمون على شروطهم والصلح جائز ٢/ ٤٩، وأخرجه أيضا من طريق عبدالله بن الحسن المصيصي وقال على شرط الشيخين وتعقبه الذهبي بقوله. قلت: قال ابن حبان: عبدالله بن الحسن المصيصي يسرق الحديث ٢/ ٥٠. وكذلك أخرجه الدارقطني من هذا الطريق - في سننه/ كتاب البيوع ٣/ ٢٧ رقم ٩٧، وأخرجه أيضا من طريق كثير بن زيد ٣/ ٢٧ رقم ٩٦ وكذلك أخرجه البيهقي من طريق كثير بن زيد في السنن الكبرى/ كتاب الصلح/ باب صلح المعارضة... (٦/ ٧٩ - ٨٠).

(٢) انظر: الدراية في تخريج أحاديث الهداية ٢/ ١٨٠.

(٣) انظر: المختارات الجليلة ص ١١٦.

(٤) انظر: الإشراف للقاضي عبدالوهاب ٢/ ٥٢.

الترجيح:

الذي يظهر - رجحانه هو القول الأول لقوة أدلته وسلامة بعضها من المناقشة وسلامة البعض الآخر مما ورد عليه من المناقشة، في مقابل ضعف أدلة القول الثاني بالمناقشة الواردة عليها. والله أعلم.

المسألة الثانية: في حكم سقوط الشفعة عند القائلين بعدم الصحة:

اختلف القائلون بعدم صحة الصلح عن الشفعة: في سقوطها بطلب الشريك للصلح على قولين:-

القول الأول:

أنها لا تسقط .

وبه قال الحنابلة في وجه^(١).

القول الثاني:

أنها تسقط.

وبه قال الحنفية^(٢)، والشافعية^(٣)، وهو المذهب عند الحنابلة^(٤).

(١) انظر: الفروع ٤ / ٢٧١، الإنصاف ٥ / ٢٤٧.

(٢) انظر: الهداية للمرغيناني ٤ / ٣٧، العناية ٦ / ٤٩، البناية ٧ / ٦١٤.

(٣) انظر: فتح العزيز ١١ / ٤٩٨، شرح روض الطالب ٢ / ٣٧٨ - ٣٧٩.

(٤) انظر: المبدع ٤ / ٢٩١، الإنصاف ٥ / ٢٤٧، شرح منتهى الإرادات ٢ / ٢٦٦.

الأدلة:

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما سبق أن استدلووا به على عدم صحة الصلح: من أنها تثبت لإزالة الضرر، فإذا رضي بالعرض تبينا أن لا ضرر فتسقط الشفعة لعدم الحاجة إليها.

ويناقش: بأن طلب العوض في مقابل تحمل الضرر وليس لا نفاء الضرر فلا تبطل به الشفعة.

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول: بأن في الشفعة حقا لله فلا تسقط^(١). ويستدل لهم: بأن طلب العوض في مقابل إسقاط حق الشفعة وطلب العوض عن الحق لا يسقطه.

ويناقش: بأن الشفعة ليست حقا ثابتا، فلا يستحق العوض بإسقاطها. ويجب بما تقدم من مناقشة لدليل القائلين بعدم أخذ العوض عنها.

الترجيح:

الراجح هو القول الأول لقوة أدلته وسلامتها مما ورد عليها من المناقشة في مقابل ضعف دليل القول الثاني بالمناقشة الواردة عليه. والله أعلم.

(١) انظر: المبدع ٤ / ٢٩١.

المبحث السادس في آثار الشيوخ في الشركات

وفيه مطالب:

المطلب الأول: في اشتراط الشيوخ في ربح الشركة.

المطلب الثاني: في مدى اشتراط التفاضل في الجزء المشاع من الربح.

المطلب الثالث: في التساوي في الجزء المشاع من الخسارة.

المطلب الأول:

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: في مدى اشتراط الشيوخ.

المسألة الثانية: في اشتراط معين غير شائع.

المسألة الأولى:

لا خلاف بين الفقهاء في اشتراط الشيوخ في ربح الشركة، وأنه متى شرط دراهم معينة فسد العقد^(١).

قال في فتح القدير^(٢): «ولا تجوز الشركة إذا شرط لأحدهما دراهم

(١) انظر: مجمع الأنهر ١/ ٧١٦، شرح صدر الشريعة على متن الوقاية ١/ ٣٣٥، فروع ابن الحاجب خ ق ١٨٠، مواهب الجليل ٥/ ٣٥٨، روضة الطالبين ٤/ ٢٨٤، مواهب الصمد في حل ألفاظ الزيد ص ٢٠٦، الإنصاف ٥/ ٤٢٣، شرح المنتهى ٢/ ٣٢١، المحلى ٨/ ١٢٤ - ١٢٥، ٢٤٧ - ٢٤٨.

(٢) لابن الهمام ٦/ ١٨٣.

مسماة من الربح. قال ابن المنذر: لا خلاف في هذا لأحد من أهل العلم». وقال في بدائع الصنائع^(١) في معرض حديثه على الشرائط العامة للشركة: «ومنها أن يكون الربح جزءا شائعا في الجملة لا معيناً فإن عينا عشرة أو مائة أو نحو ذلك كانت الشركة فاسدة».

وفي فروع ابن الحاجب^(٢) في معرض حديثه عن الشركة قال: «الربح وشرطه على الجزئية».

وفي زاد المنهاج^(٣): «ولو شرط لأحدهما مالك أو عامل عشرة.. من الربح والباقي للآخر، أو شرط لأحدهما ربح صنف من مال القراض فسد القراض لانتفاء العلم بالجزئية»

وقال في المبدع^(٤) في معرض كلامه على شروط شركة العنان: «الثاني أن يشترطاً لكل واحد جزءاً مشاعاً معلوماً كالثلث والربع».

الأدلة:

١- أنه لو عين دراهم معلومة فإنه يحتمل أن لا يربح غيرها فيأخذ جميع الربح ويحتمل أن لا يربح فيأخذ من رأس المال جزءاً وقد يربح كثيراً فسيتضر من شرطت له، فاشتراط الشيوع تحقيقاً للعدل بين المتعاقدين ودفعاً للضرر عنهما^(٥).

(١) ٥٩/٦ .

(٢) مخطوط ق/ ١٨٠ .

(٣) ٣٤٥ / ٢ .

(٤) ٦ / ٥ .

(٥) انظر: بدائع الصنائع ٥٩ / ٦، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ٩ / ٢، المبدع ٦ / ٥ .

٢- أن حصة العامل ينبغي أن تكون معلومة بالأجزاء لما تعذر كونها معلومة بالقدر، فإذا جهلت الأجزاء فسدت كما لو جهل القدر فيما يشترط أن يكون معلوماً به.

٣- أن العامل متى شرط لنفسه دراهم معلومة ربما توانى في طلب الربح لعدم فائدته فيه وحصول نفعه لغيره بخلاف ما إذا كان له جزء من الربح^(١).

المسألة الثانية: في اشتراط معين غير شائع.

ويتضمن أمرين:

الأمر الأول: في حكم العقد مع هذا الاشتراط.

الأمر الثاني: فيما يستحقه العامل في هذه الحالة.

الأمر الأول:

إذا اتفق الشريكان على أن يكون لأحدهما شيء معين كدراهم مسماة، فإن العقد يفسد؛ لأن هذا الاشتراط يؤدي إلى جهالة الربح، وكل ما يعود بجهالة الربح يفسد العقد^(٢).

الأمر الثاني: فيما يستحقه العامل في هذه الحالة.

وتحتة فروع:

(١) انظر: المغني ٥ / ٣٨.

(٢) انظر: مجمع الأنهر ١ / ٧١٦، شرح صدر الشريعة على متن الوقاية ١ / ٣٣٥، فروع ابن الحاجب ورقة ١٨٠، مواهب الجليل ٥ / ٢٥٨، روضة الطالبين ٤ / ٨٤، مواهب الصمد في حل ألفاظ الزيد / ٢٠٦، الإنصاف ٥ / ٤٢٣، شرح منتهى الإيرادات ٢ / ٣٢١، المحلى ٨ / ١٢٤ - ١٢٥، ٢٤٧ - ٢٤٨.

الفرع الأول: إذا فسد العقد في شركة المضاربة.

الفرع الثاني: إذا فسد العقد في شركة العنان.

الفرع الثالث: إذا فسد العقد في شركة الوجوه.

الفرع الرابع: إذا فسد العقد في شركة الأبدان.

الفرع الأول:

إذا فسد العقد في شركة المضاربة فإن العامل يستحق أجره المثل؛

لأنه لا يستحق شيئاً بالعقد لفساده فيرجع إلى أجره المثل^(١).

الفرع الثاني:

إذا فسد العقد في شركة العنان^(٢)، فإن الربح يقسم على قدر المالكين

مطلقاً سواء وافق الشرط أم لا؛ لفساد الشرط، وما عمله كل منهما في

الشركة فله أجرته؛ لأنه عمل في نصيب شريكه فيرجع به لأنه عقد بيتغي

الفضل فيه في ثاني الحال فوجب أن يقابل العمل فيه عوضاً كالمضاربة^(٣).

الفرع الثالث: إذا فسد العقد في شركة الوجوه^(٤).

(١) انظر: درر الحكام لمن لا خسرو ٢ / ٣١١، البهجة شرح التحفة ٢ / ٢١٨، روضة

الطالبين ٥ / ١٢٢، ١٢٥، المبدع ٥ / ١٦، ٢٠، ٢١، كشف القناع ٥ / ٥٠٨.

(٢) شركة العنان: هي أن يشترك اثنان بماليهما ليعملا فيه ببدنيهما وربحه لهما.

انظر: المقنع مع المبدع ٥ / ٣ - ٤.

(٣) انظر: الهداية للمرغيناني ٣ / ١٢، البحر الرائق ٥ / ١٨٤، التاج والإكليل ٥ / ١٢٩،

كفاية الطالب الرباني ٢ / ١٨٨، روضة الطالبين ٤ / ٢٨٤، زاد المحتاج ٢ / ٢٤٢ -

٢٤٢، المبدع ٥ / ١٦، كشف القناع ٣ / ٥٠٥.

(٤) شركة الوجوه: هي أن يشتريا في ذمتيهما بجاهيهما شيئاً يشتركان في ربحه =

الكلام في هذا الفرع كالكلام في شركة العنان^(١).

الفرع الرابع: إذا فسد العقد في شركة الأبدان^(٢).

إذا فسد العقد في شركة الأبدان فإنه يقسم ما تحمله بينهما بالسوية. وهو مذهب الحنابلة^(٣)، ولم أقف لغيرهم على حكم هذا الفرع.
المطلب الثاني: في مدى اشتراط التفاضل في الجزء المشاع من الربح.

وفيه مسائل:

المسألة الأولى: في اشتراطه في شركة المضاربة.

المسألة الثانية: في اشتراطه في شركة العنان.

المسألة الثالثة: في اشتراطه في شركة الأبدان.

المسألة الرابعة: في اشتراطه في شركة المفاوضة.

المسألة الخامسة: في اشتراطه في شركة الوجوه.

المسألة الأولى:

لا خلاف بين الفقهاء في صحة اشتراط التفاضل في الجزء المشاع من الربح في شركة المضاربة^(٤).

=من غير أن يكون لهما رأس مال على أن ما اشترياه. فهو بينهما نصفين أو
أثلاثاً أو نحو ذلك. انظر: الإقناع للحجاوي ٢ / ٢٧٠.

(١) انظر: الهداية للمرغيناني ٣ / ١٢، المبدع ٥ / ١٦، كشاف القناع ٣ / ٥٠٥.

(٢) شركة الأبدان: هي أن يشترك اثنان أو أكثر فيما يكتسبونه بأيديهم، انظر: المغني
٥ / ٥.

(٣) انظر: المبدع ٥ / ١٦، كشاف القناع ٣ / ٥٠٥.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٦ / ٨٥، المبسوط ٢١ / ٢٢، الكافي لابن عبد البر ٢ / ١١١ =

قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أن للعامل أن يشترط على رب المال ثلث الربح أو نصفه أو ما يجمعان عليه بعد أن يكون ذلك معلوما جزءا من أجزاء^(١).

قال في المبسوط^(٢): «.. لو شرط للمضارب عشر الربح والباقي لرب المال فهو جائز؛ لأن المشروط للمضارب جزء شائع معلوم وهذا الشرط لا يؤدي إلى قطع الشركة بينهما في الربح مع حصوله».

وفي قوانين الأحكام الشرعية^(٣): «ويكون الربح بينهما حسبما يتفقان عليه من النصف أو الثلث أو الربع أو غير ذلك».

وفي تحفة الطلاب^(٤): «والربح مشترك بينهما بحسب الشرط».

وفي المبدع^(٥): «والربح بينهما على ما شرطاه».

وفي المحلى^(٦): «ولا يجوز القراض إلا بأن يسميا السهم الذي يتقارضان عليه من الربح كسدس أو ربع أو ثلث أو نصف أو نحو ذلك».

=المنتقى للباجي ٥ / ١٥٢، شرح روض الطالب ٢ / ٣٨٣، أنوار المسالك ص ١٨٢ -
١٨٣، غاية البيان ص ٢١٦، المغني ٥ / ٣٠، المحرر ١ / ٣٥٤، شرح منتهى الإرادات
٢ / ٣٢٧، المحلى ٨ / ٢٤٧ - ٢٤٨.

(١) الإقناع لابن المنذر ١ / ٢٧٠، وانظر: المغني ٥ / ٣٠ - ٣١.

(٢) ٢٢ / ٢٢.

(٣) لابن جزى ص / ٣٠٩.

(٤) بهامش حاشية الشرقاوي على التحرير ٢ / ١٠٣.

(٥) ٥ / ١٨.

(٦) ٨ / ٢٤٧ - ٢٤٨.

الأدلة:

استدل على ذلك بالأدلة الآتية:

- ١- الإجماع، فقد انعقد الإجماع على ذلك كما حكاه ابن المنذر^(١).
- ٢- أن استحقاق المضارب الربح بعمله فجاز ما يتفقان عليه من قليل أو كثير كأجرة في الإجارة وكالجزء من الثمرة في المساقاة والمزارعة^(٢).

المسألة الثانية: في اشتراطه في شركة العنان:

اختلف في اشتراط التفاضل في الجزء المشاع من الربح في شركة العنان على قولين:-

القول الأول:

أنه لا يشترط التساوي في الجزء المشاع من الربح، بل يجوز التفاضل فيه.

وبه قال الحنفية^(٣)، والحنابلة^(٤).

- قال في الهداية^(٥) في معرض كلامه على شركة العنان: «ويصح أن يتساويا في المال ويتفاضلا في الربح».

(١) انظر: الإقناع ١/ ٢٧٠، المغني ٥/ ٣٠ - ٣١.

(٢) انظر: المغني ٥/ ٣١.

(٣) انظر: تبيين الحقائق ٣/ ٣١٨، البحر الرائق ٥/ ١٧٤.

(٤) انظر: المبدع ٥/ ٢٦، الهداية لأبي الخطاب ٢/ ١٧١.

(٥) للمرغيناني ٣/ ٧.

- وقال في الفروع^(١): «وربح كل شركة على ما شرطوا ولو تفاضلا ومالهما سواء نص عليه.».

القول الثاني:

أن الربح على قدر المالمين ولا يجوز شرط زيادة في الربح على قدر المالم.

- وبه قال المالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والظاهرية^(٤)، وهو قول زفر^(٥) من الحنفية^(٦).

- قال في الإشراف^(٧): «الربح في الشركة يتقسط على قدر رأس المال أو العمل، فإن تفاضلا في رأس المال وشرطا التساوي في الربح أو تساويا في رأس المال وشرط التفاضل في الربح لم تصح».

- قال في التهذيب^(٨): «فلو اشترط التفاوت في الربح مع الاستواء في

(١) ٤٠٣ / ٤.

(٢) انظر: البهجة شرح التحفة ٢ / ٢١٠، كفاية الطالب الرياني ٢ / ١٨٨.

(٣) انظر: منهاج الطالبين بحاشية قليوبي وعميرة ٢ / ٢٢٦، فتح المعين ص ٢٤٩.

(٤) انظر: المحلى ٨ / ١٢٤ - ١٢٥.

(٥) هو: أبو الهذيل زفر بن الهذيل بن قيس العنبري البصري الفقيه المجتهد الرياني العلامة، من كبار أصحاب أبي حنيفة وكان ممن جمع بين العلم والعمل، وكان يدري الحديث ويتقنه، ولد سنة ١١٠هـ، وتوفي سنة ١٥٨هـ.

(انظر: الطبقات لابن سعد ٦ / ٢٨٧، الجواهر المضية ١ / ٢٠٧، سير أعلام النبلاء ٨ / ٢٨).

(٦) انظر: الهداية للمرغيناني ٢ / ٧.

(٧) للقاضي عبد الوهاب ٢ / ٢٥.

(٨) للبيهقي مخطوط ٢ / ورقة ١٢٩.

المال لا تصح الشركة».

- وقال في المحلى^(١): «ولا يحل للشريكين فصاعدا أن يشترطا أن يكون لأحدهما من الربح زيادة على مقدار ماله.

الأدلة:

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:

١- أن اشتراط التفاضل في تساوى المالين شرط ليس في كتاب الله فيكون مردودا؛ لأن كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل^(٢)؛ لقوله ﷺ: «ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط»^(٣).

وبناقش: بأن هذا الشرط في كتاب الله؛ لأن المقصود بكتاب الله شرعه وحكمه، وليس المراد بكتاب الله القرآن قطعا فإن أكثر الشروط الصحيحة ليست في القرآن بل علمت من السنة. فعلم أن المراد بكتاب الله حكمه بدليل قوله ﷺ: «قضاء الله أحق وشرط الله أوثق»، أي قضاء الله أحق من هذا الشرط وشرط الله أوثق منه، وهذا إنما يكون إذا خالف ذلك الشرط كتاب الله وشرطه بأن يكون المشروط مما حرمه الله كاشتراط

(١) ٨ / ١٢٤ - ١٢٥.

(٢) انظر: المحلى ٨ / ١٢٥.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه/ كتاب البيوع/ باب إذا اشترط شروطا في البيع لا تحل ٣ / ٢٩ رقم ٢١٦٨، وأخرجه مسلم في صحيحه/ كتاب العتق/ باب إنما الولاء لمن أعتق ٢ / ١١٤١ رقم ٦.

الولاء لغير المعتق، وأما إذا كان المشروط مما لم يحرمه الله، فإنه لم يخالف كتاب الله وشرطه حتى يقال كتاب الله أحق وشرط الله أوثق فنحن ننظر إلى المشروط إن كان فعلاً أو حكماً، فإن كان الله أباحه جاز اشتراطه ووجب الوفاء به، وإن كان الله تعالى لم يبحه لم يجز اشتراطه^(١). وسيأتي في أدلة القول الأول أن هذا الشرط مما أباحه الله.

٢- أن الربح ثمرة المالكين فكان على قدرهما قياساً على ما لو كان بينهما شجرة فأثمرت أو شاة فنتجت^(٢).

ويناقش: بأن هذا قياس مع الفارق وبيان ذلك: أن هذا قياس لشركة العقد على شركة الملك وبينهما فروق كثيرة من هذه الفروق أن نتاج الشاة والثمرة ليس من عملهما بخلاف ربح شركة العقد فإنه من عملهما ومكانتهما عند الناس، ولا شك أن الناس يختلفون في هذه الصفات فقد يكون أحدهما أحق من الآخر في التجارة وأوثق عند الناس، فإذا شرط له ربح زائد على قدر ماله فإنما هو في مقابل هذه الصفات.

٣- تشبيه الربح بالخسران، فكما أنه لو اشتراط تحمل أحدهما جزءاً من الخسران أكثر من قدر ماله لم يجز فكذلك إذا اشترط جزءاً من الربح خارجاً عن ماله^(٣).

ويناقش: بأن هذا قياس مع الفارق؛ لأن الربح في مقابل العمل، بخلاف الخسارة، فإنها تلف جزء من المال، وتضمن أحد الشريكين له لا

(١) انظر: مجموع الفتاوى ٢٩ / ١٦٠ - ١٦١، إعلام الموقعين ١ / ٣٤٨.

(٢) انظر: زاد المحتاج بشرح المنهاج ٢ / ٢٤٢ - ٢٤٣، التهذيب خ ٢ / ق ١٣٩.

(٣) انظر: بداية المجتهد ٢ / ٢١٩.

يجوز؛ لأنه أمين والأمين لا يضمن.

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:

١- قوله ﷺ: «المسلمون على شروطهم»^(١).

وجه الاستدلال: أن هذا الحديث أوجب الوفاء بالشروط التي يشترطها المسلمون فيما بينهم ما لم يكن فيها تحليل لحرام أو تحريم لحلال. وهذا الشرط ليس فيه تحليل لحرام أو تحريم لحلال فيجب الوفاء به.

ويناقد الاستدلال بالحديث من وجهين:

الوجه الأول:

من حيث السند: ذكر ابن حزم أن جميع الطرق التي روي بها الحديث لا يصح منها شيء^(٢).

ويجاب عن هذه المناقشة بأن الحديث روي من طريق كثير بن زيد،

(١) أخرجه البخاري في صحيحه معلقاً بصيغة الجزم/ كتاب الإجارة/ باب أجر السمسة ٥٢/٣، وأخرجه الدارقطني في سننه/ كتاب البيوع ٢٧/٣ رقم ٩٦، وأخرجه الحاكم في المستدرک/ كتاب البيوع/ المسلمون على شروطهم والصلح جائز ٤٩/٢، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى كتاب الشركة/ باب الشرط في الشركة ٧٩/٦، كل هؤلاء الثلاثة من طريق كثير بن زيد وأخرجه الترمذي من طريق كثير بن عبدالله بن عمرو بن عوف/ في سننه - كتاب الأحكام/ باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ - في الصلح بين الناس ٣/ ٦٢٥ حديث رقم ١٣٥٢.

(٢) انظر: المحلى ٨/ ٤١٤.

وروي من طريق كثير بن عبد الله^(١)، وقد أشار ابن حجر إلى أن ابن حزم ظن أن كثير بن زيد وكثير بن عبد الله: واحد، والحق أنهما اثنان؛ فكثير بن عبد الله ضعفه الجمهور وضرب أحمد على حديثه في المسند، وأما كثير ابن زيد فهو قوي عند جمهور المحدثين^(٢). وقد علق البخاري هذا الحديث جازماً به^(٣).

قال الشوكاني: «ولا يخفى أن الأحاديث المذكورة والطرق يشهد بعضها لبعض فأقل أحوالها أن يكون المتن الذي اجتمعت عليه حسناً»^(٤).

وقال في إرواء الغليل^(٥): «وجملة القول: أن الحديث بمجموع هذه الطرق يرتقي إلى درجة الصحيح لغيره، وهي وإن كان في بعضها ضعف شديد فسائرهما مما يصلح للاستشهاد به».

الوجه الثاني:

لو صح ما ذكر فإن الحديث حجة عليهم؛ لأن شروط المسلمين هي

(١) هو: كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف بن زيد المزني اليشكري المدني. يروي عن أبيه عن جده، وعن محمد بن كعب، وعن معن وغيرهم وهو ضعيف ومتروك حديثه عند المحدثين.

(انظر: ميزان الاعتدال ٣ / ٤٠٦ - ٤٠٨، تهذيب التهذيب ٨ / ٤٢١ - ٤٢٣).

(٢) انظر: تهذيب التهذيب ٨ / ٤١٣ - ٤١٥، ٤٢٢، المستدرک وبذيله التلخيص ٢ / ٤٩، مجموع الفتاوى ١٦ / ١٤٧.

(٣) صحيح البخاري ٣ / ٥٢.

(٤) انظر: نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار ٦ / ٤٢٩.

(٥) ٥ / ١٤٥ - ١٤٦.

التي جاءت في كتاب الله^(١).

ويجاب عنه: بأن الحديث عام فيشمل ما نص عليه وما لم ينص عليه وقصره على ما نص عليه تخصيص للحديث ببعض أفراده، والتخصيص لا يجوز إلا بدليل ولا دليل.

وقد يرد ذلك: بأن القصر على ما نص عليه إنما هو بقول الرسول ﷺ: «ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل». ويجاب عن ذلك بما سبق من المناقشة للاستدلال بهذا الحديث.

٢- أن العمل يستحق به الربح كالمضاربة وقد يتفاضلان فيه لقوة حذق أحدهما وثقة الناس فيه وإقبالهم عليه فكان الزائد من الربح في مقابل حذقه وسائر ما يمتاز به عن شريكه من الصفات، فالمنع من التفاضل فيه حجر وتضييق على الناس فيما هم بحاجة إليه.^(٢)

الترجيح:

الراجح فيما يظهر - هو القول الأول للآتي:

قوة أدلته وسلامتها من المناقشة الواردة عليها في مقابل ضعف أدلة القول الثاني بما ورد عليها من مناقشات. والله أعلم.

المسألة الثالثة: في اشتراط التفاضل في شركة الأبدان «الصنائع»:

اختلف في اشتراط التفاضل في الجزء المشاع من الربح في شركة الأبدان على قولين:-

(١) انظر: المحلى ٨ / ٤١٤ - ٤١٥.

(٢) انظر: المبسوط ١١ / ١٥٧، المغني ٥ / ٣١، المبدع ٥ / ٦.

القول الأول:

صحة التفاضل في الجزء المشاع من الربح ولا يشترط التساوي فيه.
وبه قال الحنفية^(١)، والحنابلة^(٢).

قال في الهداية^(٣): «ولو شرطا العمل نصفين والمال أثلاثا جاز».
وقال في كشف القناع^(٤): «والكسب بينهما على ما شرطاه».

القول الثاني:

أن الربح على قدر العمل ولا يصح أخذ الزيادة عن قدر عمله.
وبه قال المالكية^(٥).

قال في التاج والإكليل^(٦) - من المدونة - : «اشترك ذوا صنعة على عمل أيديهما ولا يحتاجان إلى رأس مال على أحدهما ثلث العمل وله ثلث الكسب وعليه ثلث الضياع، وثلثا ذلك على صاحبه وله ثلث الكسب فذلك جائز».

(١) انظر: تبيين الحقائق ٣ / ٣٢١ - ٣٢٢، شرح صدر الشريعة ١ / ٢٢٨، فتح القدير ١٨٧ / ٦.

(٢) انظر: الهداية لأبي الخطاب ٢ / ١٧٢، المغني ٥ / ٧، شرح منتهى الإرادات ٣٤٠ / ٢.

(٣) للمرغيناني ٣ / ١٠.

(٤) ٥٢٨ / ٣.

(٥) انظر: كفاية الطالب الرياني ٢ / ١٨٦، الشرح الكبير للدردير ٣ / ٣٦١، الفواكه الدواني ٢ / ١٧٢.

(٦) ١٣٦ / ٥.

الأدلة:

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول: بأن التفاوت في الجزء المشروط مع التساوي في العمل يؤدي إلى ربح مالم يضمن؛ لأن الضمان بقدر العمل، فالزيادة عليه زيادة ربح مالم يضمن، وقد نهى النبي ﷺ «عن ربح مالم يضمن»^(١).

ونوقش: بأن ما يأخذه لا يأخذه ربحاً؛ لأن الربح عند اتحاد الجنس وقد اختلف لأن رأس المال عمل والربح مال فكان بدل العمل، والعمل يتقوم بالتقويم فيتقدر بقدر ما قوم به فلا يحرم^(٢)؛ لأن الأعمال تختلف باختلاف الناس في الحدق وغيره.

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول: بأن الربح - الأجابة - إنما يستحق بالعمل، ويجوز تفاضلهما في العمل فجاز تفاضلهما في الربح الحاصل به^(٣).

الترجيح:

الذي يظهر أن الراجح هو القول الأول؛ لأنه القول الذي يتمشى مع سعة الفقه الإسلامي ووفائه بحاجات الناس، إذ إن القول بعدم صحة اشتراط التفاضل يسبب للناس الحرج والضيق لحاجة بعضهم إلى بعض،

(١) سبق تخريجه: ص ١٦٣.

(٢) انظر: الهداية ٢ / ١٠، دررالحكام ٢ / ٣٢٣.

(٣) انظر: المغني ٥ / ٧، مجمع الأنهر ١ / ٧٢٦.

ولا يرضى الحاذق في الصنعة مشاركة غير الحاذق مع التساوي في الناتج من الربح فكان في تصحيح اشتراط التفاضل في الربح توسعة للناس وإعطاء كل ذي حق حقه. - والله أعلم - .

المسألة الرابعة: في اشتراط التفاضل في الربح في شركة المفاوضة^(١).

اختلف في اشتراط التفاضل في الجزء المشاع من الربح على قولين:

القول الأول:

صحة اشتراط التفاضل في الجزء المشروط من الربح.

وبه قال الحنابلة^(٢).

قال في الإنصاف^(٣) في شركة المفاوضة: «والربح على ما شرطاه».

القول الثاني:

لا يصح اشتراط التفاضل في الجزء المشروط من الربح، بل يجب

التساوي فيه.

(١) شركة المفاوضة: هي تفويض كل منهما إلى صاحبه شراء وبيعا ومضاربة وتوكيلا واشتراء في الذمة ومسافرة وارتهانا وضمنا ما يرى من الأعمال. كشاف القناع ٥٣١ / ٣.

(٢) انظر: الفروع ٣ / ٤٠٣، المحرر ١ / ٣٥٤.

(٣) ٤٦٥ / ٥.

وبه قال الحنفية^(١)، والمالكية^(٢).

قال في بدائع الصنائع^(٣): «ومنها المساواة في الربح في المفاوضة فإن شرطاً التفاضل في الربح لم تكن مفاوضة لعدم المساواة». وفي مختصر خليل^(٤): «والربح والخسر بقدر المالين وتفسد بشرط التفاوت».

الأدلة:

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول: بأن المساواة متحققة من جميع الوجوه فلزم تحقق المساواة في الربح^(٥).
ويناقش: بالمنع لا اختلاف الناس في الصفات المرغوبة في التجارة فقد يكون أحدهما أحق وأدرى بالتجارة من الآخر، فدعت الحاجة إلى التفاضل.

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول: بأن هذه الشركة إنما هي اشتراك في جميع أنواع الشركة فيصح فيها التفاضل، لأنه إذا صح في كل نوع على

(١) انظر: مجمع الأنهر / ١ / ٧١٧، بدائع الصنائع / ٦ / ٦١.

(٢) انظر: الإشراف / ٢ / ٢٥، الشرح الصغير / ٣ / ٤٦٨.

(٣) ٦١ / ٦

(٤) ص ٢١٣.

(٥) انظر: مجمع الأنهر / ١ / ٧١٧.

انفراده صح مع غيره^(١).

الترجيح:

الراجح - فيما يظهر - هو القول الأول، لقوة دليله وسلامته من المناقشة في مقابل مناقشة دليل القول الثاني. والله أعلم.

المسألة الخامسة: في اشتراط التفاضل في الربح في شركة الوجوه.

اختلف في اشتراط التفاضل في الجزء المشاع من الربح على قولين:

القول الأول:

صحة التفاضل في الجزء المشروط ولا يشترط التساوي فيه.

وهو المذهب عند الحنابلة^(٢).

قال في المبدع^(٣) في معرض كلامه على شركة الوجوه: «والربح بينهما

على ما شرطاه».

القول الثاني:

يشترط التساوي في الجزء المشروط ولا يصح التفاضل فيه.

وبه قال الحنفية^(٤)، وهو قول القاضي، وابن عقيل من الحنابلة^(٥).

(١) انظر: المغني ٥ / ٢٩ .

(٢) انظر: الإنصاف ٥ / ٤٥٩، كشاف القناع ٣ / ٥٢٦ .

(٣) ٣٨ / ٥ .

(٤) انظر: العناية شرح الهداية ٦ / ١٩٠، دررالحكام ٢ / ٣٢٣ .

(٥) انظر: المغني ٥ / ٣٢، الفروع ٤ / ٤٠٣ .

قال في الهداية^(١) في معرض كلامه على شركة الوجوه: «فإن شرطا أن المشتري بينهما نصفان والربح كذلك. يجوز، ولا يجوز أن يتفاضلا فيه، وإن شرطا أن يكون المشتري بينهما أثلاثا فالربح كذلك».

الأدلة:

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب القول الثاني: بأن الربح لا يستحق إلا بالمال أو العمل أو بالضمان فرب المال يستحقه بالمال، والمضارب يستحقه بالعمل، والمعلم الذى يلقي العمل على التلميذ بالنصف يستحقه بالضمان ولا يستحق بما سواها، واستحقاق الربح في شركة الوجوه بالضمان، والضمان على قدر الملك في المشتري فكان الربح الزائد عليه ربح ما لم يضمن^(٢).

ويناقد قولهم إن استحقاق الربح في شركة الوجوه بالضمان: بال منع إذ إنه يستحق بالعمل أيضا؛ لأن العمل إنما يكون فيما يأتي كسائر الشركات، وإذا كان يستحق بالعمل فإنه يجوز التفاضل فيه؛ لأن الناس يختلفون فيه بالحدافة وغيرها.

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:

(١) للمرغيناني ١١ / ٢ .

(٢) انظر: الهداية ٣ / ١١، العناية شرح الهداية ٦ / ١٢٧ - ١٢٨، شرح صدر الشريعة ١ / ٣٣٨ - ٣٣٩ .

- ١- قوله ﷺ: «المسلمون على شروطهم»^(١).
- ٢- أن الربح في سائر الشركات على ما يتفقان عليه فتقاس عليها هذه الشركة^(٢).
- وقد يناقش: بأن تلك الشركات يستحق فيها الربح بالمال أو العمل بخلاف هذه الشركة، فإن الربح فيها يستحق بالضمان والضمان على قدر الملك.
- ويجاب بما سبق أن نوقش به دليل القول الثاني.
- ٣- أن شركة الوجوه تتعقد على العمل وغيره فجاز ما يتفقان عليه كشركة العنان^(٣).
- ٤- أن الحاجة تدعو إلى صحة اشتراط التفاضل؛ لأنه لو لم يصح لما رضي الحاذق بالعمل المعروف عند الناس بمشاركة من هو دونه، وقد لا يستطيع تحمل أعباء الشركة وحده، فكان في تصحيح التفاضل في الربح مراعاة لحاجة الناس.

الترجيح:

الراجح - فيما يظهر - هو القول الأول لقوة أدلتهم في مقابل ضعف دليل المانعين بما ورد عليه من مناقشة - والله أعلم - .

(١) سبق تخريجه ص: ٢٥٦.

(٢) انظر: المغني ٥/ ٣٢.

(٣) انظر: المرجع السابق.

المطلب الثالث: في التساوي في الجزء المشاع من الخسارة:

لا خلاف بين الفقهاء في اشتراط التساوي في الخسارة في جميع أنواع الشركة إلا المضاربة، فإن الخسارة على رب المال^(١).

قال في الفتاوى الهندية^(٢): «والوضيعة أبدا على قدر رؤوس أموالهما، كذا في السراج الوهاج».

وقال في الاختيار^(٣): «واشتراط الوضيعة على المضارب باطل».

وقال في مختصر خليل^(٤): «والريح والخسر بقدر المالكين وتقسد بشرط التفاوت».

وفي مواهب الجليل^(٥): «ولا يجوز أن يكون رأس المال ديناً على العامل»، ثم قال: «فإن وقع ذلك وأحضر الدين قبل التجربة وأشهد على وزنه وزال عنه ضمانه وقبضه منه كان الريح بينهما والخسارة على رب المال».

وفي زاد المحتاج^(٦): «والريح والخسران على قدر المالكين».

(١) انظر: بدائع الصنائع ٦/ ٦٢، المبسوط ١١/ ١٥٨، مواهب الجليل ٥/ ٣٥٩، قوانين الأحكام الشرعية ص ٣١٠، المهذب ١/ ٥٠٨، التهذيب خ ٢/ ق ٢١٢، ٢١٥، المغني ٥/ ٣٨، كشاف القناع ٣/ ٥٠٤.

(٢) ٢/ ٣٢٠.

(٣) ٣/ ٢٠.

(٤) ص ٢١٣.

(٥) ٥/ ٣٥٩.

(٦) ٢/ ٢٤٢.

وفي شرح الزركشي^(١): «الوضيعة تختص بالمال وتتقدر به بلا خلاف نعلمه، ففي شركة العنان على قدر المالكين، وفي شركة الوجوه على قدر ملكي المشتري، وفي المضاربة تختص بالمالك لا تتعداه إلى العامل».

الأدلة:

استدل على ذلك بالأدلة الآتية:

- ١- الإجماع، فقد ذكر ابن قدامة^(٢)، والزركشي^(٣) أنه لا يعلم في هذا خلاف بين أهل العلم^(٤).
- ٢- أن الوضعية عبارة عن نقصان رأس المال وهو مختص بالقدر فيكون

(١) على مختصر الخرقى بتحقيق فضيلة الشيخ عبدالله الجبرين ٥ / ٢٣١٠.

(٢) هو: موفق الدين أبو محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي ثم الدمشقي الصالحي الفقيه الزاهد الإمام شيخ الإسلام وأحد الأعلام، ولد سنة ٥٤١هـ وقدم دمشق مع أهله وله عشر سنين فقرأ القرآن وحفظ مختصر الخرقى، ثم رحل إلى بغداد وسمع فيها ثم رجع إلى دمشق واشتغل بتصنيف كتاب «المغني» وله أيضا «كتاب القدر» و«ذم التأويل».

(انظر: الذيل على طبقات الحنابلة ٢ / ١٣٣ - ١٤٩، شذرات الذهب ٥ / ٨٨).

(٣) هو: أبو عبدالله شمس الدين محمد بن عبدالله بن محمد الزركشي المصري الإمام العلامة الفقيه الحنبلي، توفي سنة ٧٧٢هـ بالقاهرة. من آثاره: شرح قطعة من المحرر، شرح الخرقى، شرح قطعة من الوجيز.

(انظر: شذرات الذهب ٦ / ٢٢٤، معجم المؤلفين ١٠ / ٢٣٩).

(٤) انظر: المغني ٥ / ٣٧، شرح الزركشي ٥ / ٢٣١٠.

النقص منه دون غيره^(١). أو هو مختص بملاكه فوزع بينهما على قدر
حصصهما^(٢).

واستدل للمضاربة بأن الوضعية عبارة عن نقصان رأس المال. وهو
مختص بملك ربه، لا شيء للعامل فيه فيكون نقصه من ماله دون غيره^(٣).

(١) انظر: المبدع ٥ / ٨.

(٢) انظر: كشف القناع ٣ / ٥٢٦ - ٥٢٧.

(٣) انظر: المغني ٥ / ٣٨.

المبحث السابع

في آثار الشيوع في المزارعة والمساقاة والمغارسة

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: في آثاره في المزارعة.

المطلب الثاني: في آثاره في المساقاة.

المطلب الثالث: في آثاره في المغارسة.

المطلب الأول

في آثاره في المزارعة^(١)

وفيه مسائل:

المسألة الأولى: في حكم المزارعة بجزء شائع.

المسألة الثانية: فيما يترتب على اشتراط معين غير شائع.

المسألة الثالثة: في مزارعة أحد الشريكين شريكه.

المسألة الرابعة: في الزرع في الأرض المشاعة.

المسألة الأولى:

اختلف في صحة المزارعة بجزء شائع على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

صحة المزارعة بجزء شائع.

وبه قال الحنابلة^(٢)، وبه قال أبو يوسف ومحمد بن الحسن من الحنفية^(٣)، وهو قول بعض المالكية^(٤)، وطائفة من أصحاب الشافعي كابن خزيمة والخطابي والنووي وهو اختبار ابن المنذر^(٥)، وقول ابن حزم^(٦).

(١) المقصود بالمزارعة هنا: هي دفع الأرض إلى من يزرعها أو يعمل عليها والزرع بينهما، انظر المغني ٥ / ٤١٦.

(٢) انظر: الكافي لابن قدامة ٢ / ٢٩٢، المحرر ١ / ٣٥٤، شرح الزركشي ٥ / ٢٣٩١.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٦ / ١٧٥، تبيين الحقائق ٥ / ٢٧٨، البناية ٨ / ٧٠٠.

(٤) انظر: قوانين الأحكام الشرعية ص ٣٠٤، حاشية الدسوقي ٣ / ٣٧٣.

(٥) انظر: معالم السنن مع سنن أبي داود ٣ / ٦٨٣، روضة الطالبين ٥ / ١٦٨.

(٦) انظر: المحلى ٨ / ٢١٣.

وبه قال جمهور الصحابة والتابعين^(١).

- قال في المحرر^(٢): «وتصح المزارعة بجزء من الزرع».
- قال في الهداية شرح بداية المبتدي^(٣): «قال أبو حنيفة رحمه الله المزارعة بالثلث والربع باطلة.. وقالوا هي جائزة».
- وقال في روضة الطالبين^(٤): «والمخابرة والمزارعة باطلتان، وقال ابن سريج: تجوز المزارعة. قلت: قد قال بجواز المزارعة والمخابرة من كبار أصحابنا أيضا ابن خزيمة، وابن المنذر، والخطابي»، ثم قال: «والمختار جواز المزارعة والمخابرة».

القول الثاني:

- بطلان المزارعة بجزء شائع .
- وبه قال أبو حنيفة وزفر^(٥).

القول الثالث:

بطلان المزارعة إذا عقد عليها منفردة وضحتها تبعا للمساقاة.

(١) انظر: صحيح البخاري ٦٨ / ٣، المحلى ٨ / ٢١٢ - ٢١٧، المغني ٥ / ٤١٦ .
(٢) لأبي البركات ١ / ٣٥٤ .
(٣) ٤ / ٥٣ .
(٤) ٥ / ١٦٨ .
(٥) انظر: المبسوط ٢٣ / ١٧، بدائع الصنائع ٦ / ١٧٥، العناية شرح الهداية ٩ / ٤٦٢ .

وبه قال المالكية^(١)، والشافعية^(٢).

- قال في الاشراف على مسائل الخلاف^(٣): « ولا تجوز المزارعة ».
- وقال في المنتقى شرح الموطأ^(٤): « إن البياض مع النخيل في المساقاة إنما يصح إذا كان تبعاً للنخل وهو أن يكون الثلث من الجملة والنخل ثلثها فحينئذ يكون البياض تبعاً للنخل، فإن كان أكثر من الثلث لم يجز ».
- قال في التهذيب^(٥): « .. لو ساقى نخيلاً وبينها بياض لا يتوصل إلى سقى النخل إلا بسقيه فإنه يجوز أن يزارعه في البياض ويشترط له جزءاً معلوماً من الزرع تبعاً للمساقاة، أما إذا كان يتوصل إلى سقى النخيل دون البياض فإن المزارعة لا تصح ».

الأدلة:

أدلة القول الثالث:

استدل أصحاب هذا القول: بحمل أحاديث النهي عن المزارعة بالثلث

(١) هذا قول المالكية بشرط أن يكون البياض الثلث فأقل من قيمة الثمرة، وأن يكون البذر على العامل.

(انظر: الخرشي على خليل ٦ / ٢٣١، حاشية العدوي على شرح أبي الحسن ٢ / ١٩٥، حاشية الدسوقي ٣ / ٣٧٢).

(٢) هذا قول الشافعية بشرط أن يكون البياض بين النخيل ولا يتوصل إلى سقى النخيل إلا بسقيه وبشرط اتحاد العامل، واتحاد العقد، والبذر على رب الأرض. (انظر: فتح العزيز ١٢ / ١١١ - ١١٤، روضة الطالبين ٥ / ١٦٩ - ١٧٠، شرح روض الطالب ٢ / ٤٠١ - ٤٠٢).

(٣) ٦٣ / ٢.

(٤) ١٣٦ / ٥.

(٥) للبغوي خ ٢ / ٢١٩ق.

ونحوه: على مزارعة الأرض البيضاء، منفردة، وحمل أحاديث الجواز على مزارعة الأرض تبعا للمساواة.^(١)

ونوقش بأن هذا الحمل بعيد من وجوه:

أحدها: أنه يبعد أن تكون بلدة كبيرة يأتي منها أربعون ألف وسق^(٢) ليس فيها أرض بيضاء مستقلة وتبعد معاملتهم بعضهم على بعض لنقل الرواة القصة على العموم.

الثاني: أنه لا دليل على ما ذكرتم من التأويل، والقول بالجواز ورد مفسرا، وسيأتي بيانه في أدلة القول الأول.

الثالث: أن هذا الحمل يفضي إلى تقييد الأحاديث بما حملتموها عليه. أما القول بالجواز فإن فيه حمل أحدها على الآخر حيث تحمل أحاديث المنع على المزارعة المعهودة عندهم - كما سيأتي بيانه في أدلة القول الثاني - وتحمل أحاديث الجواز على المزارعة بالجزء الشائع.

الرابع: أن الصحابة لم يحملوه على ذلك وهم أقرب إلى فهم المراد بالنصوص^(٣).

(١) انظر: فتح العزيز ١٢ / ١١٤، شرح روض الطالب ٢ / ٤٠١ - ٤٠٢، مغني المحتاج ٢ / ٣٢٤.

(٢) الوسق: مكيلة معلومة وقيل هو حمل بغير وهو ستون صاعا بصاع النبي ﷺ والوسق ثلاثة أقدرة.

(انظر: تهذيب اللغة ٩ / ٢٣٦، لسان العرب ٦ / ٤٨٣٦، المطلع على المنع ص ١٢٩ - ١٣٠).

(٣) انظر: المبدع ٥ / ٥٦.

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:-

أولاً: ما ورد من النهي عن كراء الأرض بالجزء كالنصف والثلث والرابع. ومن ذلك:

١- ما روى سليمان بن يسار^(١) أن رافع بن خديج قال: كنا نخابر على عهد رسول الله ﷺ فذكر أن بعض عمومته أتاه فقال: نهى رسول الله ﷺ عن أمر كان لنا نافعاً، وطواعية الله ورسوله أنفع لنا وأنفع. قال: قلنا: وما ذلك؟ قال: قال رسول الله ﷺ: «من كانت له أرض فليزرعها أو فليزرعها أخاه ولا يكارها بثلث ولا بربع ولا بطعام مسمى»^(٢).

٢- ما روى زيد بن ثابت^(٣) قال: «نهى رسول الله ﷺ عن المخابرة. قلت:

(١) هو: سليمان بن يسار الفقيه الإمام عالم المدينة ومفتيها. أبو أيوب المدني مولى أم المؤمنين ميمونة الهلالية، وقيل: كان مكاتباً لأم سلمة. وهو أحد الفقهاء السبعة، كان ثقة فاضلاً عالماً رفيعاً فقيهاً كثير الحديث، توفي سنة ١٠٧ هـ وقيل غير ذلك.

(انظر: الطبقات لابن سعد ٥ / ١٧٤، حيلة الأولياء ٢ / ١٩٠، سير أعلام النبلاء ٤ / ٤٤٤ - ٤٤٨، وفيات الأعيان ٢ / ٣٩٩).

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه / كتاب البيوع / باب كراء الأرض بالطعام ٣ / ١١٨١ رقم ١٥٤٨، وأخرجه أبو داود في سننه - واللفظ له - كتاب البيوع / باب التشديد في ذلك ٣ / ٦٨٩ رقم ٣٣٩٥.

(٣) هو: أبو سعيد زيد بن ثابت بن الضحاك الأنصاري الخزرجي. صحابي جليل القدر، من كتاب الوحي في عهد الرسول ﷺ وهو الذي جمع القرآن في عهد أبي بكر وكان زيد من علماء الصحابة ومن أصحاب الفتوى. توفي سنة ٤٥ وقيل غير ذلك.

(انظر: الإصابة ٢ / ٥٩٢ - ٥٩٤، تذكرة الحفاظ ١ / ٣٠ - ٣١، سير أعلام النبلاء ٢ / ٤٢٦).

وما المخابرة ؟ قال: أن تأخذ الأرض بنصف أو ثلث أو ربع»^(١).

٣- ما روى جابر بن عبدالله قال: « نهى النبي ﷺ أن يؤخذ للأرض أجر أو حظ»^(٢).

وجه الاستدلال: نهت هذه الأحاديث عن كراء الأرض بالنصف أو الثلث أو الربع وهذا نص في محل النزاع.

ثانيا: ما ورد من النهي عن كراء الأرض مطلقا، ومن ذلك:

١- ما روى سالم^(٣) بن عبدالله بن عمر أن ابن عمر كان يكري أرضيه حتى بلغه أن رافع بن خديج الأنصاري حدث أن رسول الله ﷺ كان ينهى عن كراء الأرض فلقيه عبدالله فقال: يا ابن خديج ماذا تحدث عن رسول الله ﷺ في كراء الأرض ؟ قال رافع ابن خديج لعبدالله : سمعت عمي - وكانا قد شهدا بدرا - يحدثان أهل الدار أن رسول الله ﷺ نهى عن كراء الأرض، قال عبدالله: والله لقد كنت أعلم في عهد رسول الله ﷺ أن الأرض تكرى ، ثم خشى عبدالله أن يكون

(١) أخرجه أبو داود في سننه / كتاب البيوع / باب في المخابرة ٣ / ٦٩٥ رقم ٣٤٠٧ .

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه / كتاب البيوع / باب كراء الأرض ٣ / ١١٧٦ رقم ٩٠ .

(٣) هو: الإمام الزاهد الحافظ أبو عمر سالم بن عبدالله بن عمر بن الخطاب العدوي المدني الفقيه . ثقة، من سادات التابعين وعلمائهم، وهو أحد فقهاء المدينة السبعة، وقد روى عن أبيه وأبي هريرة وأبي رافع وغيرهم وروى عنه خلق كثير. توفي سنة ١٠٦هـ وقيل غير ذلك.

(انظر: تهذيب الأسماء واللغات ١ / ٢٠٧، وفيات الأعيان ٢ / ٣٤٩، تهذيب التهذيب ٣ / ٤٢٦).

رسول الله ﷺ أحدث في ذلك شيئاً لم يكن علمه فترك كراء الأرض»^(١).

٢- ما روى جابر بن عبدالله أن النبي ﷺ « نهى عن كراء الأرض»^(٢).

ثالثاً: ماورد من النهي عن المزارعة ومن ذلك:

١- ما روى ثابت بن الضحاك^(٣) أن رسول الله ﷺ نهى عن المزارعة.^(٤)

رابعاً: ما ورد من النهي عن المخابرة ومن ذلك:

١- ما روى جابر بن عبدالله أن النبي ﷺ: «نهى عن المخابرة»^(٥).

٢- ما روى جابر بن عبدالله قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: « من لم

يذر المخابرة فليأذن بحرب من الله ورسوله»^(٦).

(١) أخرجه البخاري في صحيحه / كتاب الحرث والمزارعة/ باب ما كان من أصحاب

النبي ﷺ يواسي بعضهم بعضاً ٢/ ٧٢ رقم ٢٣٤٥، وأخرجه مسلم في صحيحه - وهذا لفظه - كتاب البيوع/ باب كراء الأرض ٣/ ١١٨١ رقم ١١٢.

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه / كتاب البيوع/ باب كراء الأرض ٣/ ١١٧٦ رقم ٨٧، وأخرجه أبو داود في سننه - من حديث رافع - كتاب البيوع/ باب في المزارعة ٣/ ٦٨٦ رقم ٣٣٩٣.

(٣) هو: أبو زيد ثابت بن الضحاك بن خليفة بن ثعلبة بن عدي بن كعب بن عبد الأشهل، صحابي جليل ممن بايع رسول الله ﷺ تحت الشجرة. توفي سنة ٤٥، وقيل في فتنة ابن الزبير.
(انظر: أسد الغابة ١/ ٢٧١ - ٢٧٢، تهذيب التهذيب ٢/ ٨).

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه/ كتاب البيوع/ باب في المزارعة والمؤاجرة ٣/ ١١٨٤ رقم ١٥٤٩.

(٥) أخرجه مسلم في صحيحه/ كتاب البيوع/ باب كراء الأرض ٣/ ١١٧٧ رقم ٩٣.

(٦) أخرجه أبو داود في سننه/ كتاب البيوع/ باب في المخابرة ٣/ ٦٥٩، رقم ٣٤٠٦.

وجه الاستدلال: هذه الأحاديث اشتملت على النهي عن كراء الأرض وعن مزارعتها وعن المخابرة وهي مفسرة بالأحاديث الأخرى -المتقدمة- فتكون دالة على عدم جواز المزارعة بالجزء الشائع^(١).

ونوقش الاستدلال بهذه الأحاديث من وجوه:

الوجه الأول:

أن أحاديث رافع مضطربة. قال الإمام أحمد: أحاديث رافع كثير الألوان، فمرة يقول: سمعت رسول الله ﷺ، ومرة يقول: حدثني عمومي^(٢).

وأجيب عنه بجوابين:

أحدهما: أن البخاري استظهر لحديث رافع بحديث جابر^(٣) وأبي هريرة^(٤) ردا على من زعم أن حديث رافع فرد وأنه مضطرب وأشار إلى صحة الطريقتين عنه حيث روى عن النبي ﷺ وقد روى عن عمه عن

(١) انظر هذه الأدلة في: شرح معاني الآثار ٤ / ١٠٥ - ١٠٧، تهذيب السنن لابن القيم مع مختصر سنن أبي داود ٥ / ٥٦ - ٥٧، عمدة القاري ١٢ / ١٦٧، البناية شرح الهداية ٨ / ٧٠٢.

(٢) انظر: معالم السنن للخطابي مع سنن أبي داود ٣ / ٦٨٣، المغني ٥ / ٤١٩.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه/ كتاب الحرث والمزارعة باب ما كان أصحاب النبي ﷺ يواصي (٧٢ / ٣) رقم ٢٣٤٠ ولفظه: «عن جابر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ قال: كانوا يزرعونها بالثلث والربع والنصف فقال النبي ﷺ: من كانت له أرض فليزرعها أو ليمنحها فإن لم يفعل فليمسك أرضه.»

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه/ كتاب الحرث والمزارعة/ باب ما كان من أصحاب النبي ﷺ يواصي .. (٧٢ / ٣) رقم ٢٣٤٠ ولفظه «عن أبي هريرة رَضِيَ اللهُ عَنْهُ قال: قال رسول الله ﷺ: من كانت له أرض فليزرعها أو ليمنحها أخاه فإن أبي فليمسك أرضه.»

النبي ﷺ وأشار إلى أن روايته بغير واسطة مقتصرة على النهي عن كراء الأرض، وروايته عن عمه مفسرة للمراد^(١).

الثاني: لو سلم عدم صلاحية حديث رافع للاستدلال، فإن هناك غيره مما يصلح للاستدلال كما تقدم.

الوجه الثاني:

أن الأحاديث المتقدمة محمولة على ما فيه مفسدة وغرر يدل على ذلك الأحاديث الأخرى التي رواها رافع وغيره والتي فسرت المنهي عنه في تلك الأحاديث. فمن هذه الأحاديث: ما روى رافع بن خديج أن ظهير^(٢) بن رافع -وهو عمه- قال: أتاني ظهير فقال: لقد نهى رسول الله ﷺ عن أمر كان بنا رافقا. فقلت وما ذاك؟ ما قال رسول الله ﷺ فهو حق. قال: سألتني كيف تصنعون بمحافلكم؟ فقلت: نؤاجرها يا رسول الله على الربيع^(٣) أو الأوسق من التمر أو الشعير قال: لا تفعلوا إزرعوها أو أزرعوها أو أمسكوها^(٤).

(١) انظر: فتح الباري ٥/ ٢٤ - ٢٥.

(٢) هو: ظهير بن رافع بن عدي بن زيد بن جشم بن حارثة الأنصاري الأوسي، شهد العقبة الثانية، واختلف في شهوده بدرا وشهد أحدا وما بعدها من المشاهد وهو عم رافع بن خديج ووالد أسيد بن ظهير.

(انظر: الاستيعاب ٢/ ٢٤١، الإصابة ٢/ ٢٤١، أسد الغابة ٢/ ٤٨٦).

(٣) الربيع: هو النهر الصغير: أي بما على النهر. انظر: تهذيب اللغة ٢/ ٢٧٤، لسان العرب ٣/ ١٥٦٤، المصباح المنير ص ٢١٦، وقيل: الساقية الصغيرة. انظر: شرح النووي على مسلم ١٠/ ١٩٨.

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه/ كتاب البيوع/ باب كراء الأرض بالطعام ٣/ ١١٨٢ رقم ١١٤.

ومنها ما روى حنظلة بن قيس الأنصاري^(١) قال : سألت رافع بن خديج عن كراء الأرض بالذهب والورق فقال: لأبأس به . إنما كان الناس يؤاجرون على عهد النبي ﷺ على الماذينات^(٢) وأقبال الجداول^(٣) 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 «^(٤) .

ومنها : ما روى حنظلة بن قيس الأنصاري سمع رافع بن خديج قال : كنا أكثر أهل المدينة مزدرعاً كنا نكري الأرض بالناحية منها مسمى ذلك لسيد الأرض قال فمما يصاب ذلك وتسلم الأرض ومما يصاب الأرض ويسلم ذلك فنهينا ، وأما الذهب والورق فلم يكن يومئذ^(٥) .

(١) هو : حنظلة بن قيس بن عمرو بن حصن بن خلدة الأنصاري الزرقي المدني الثقة ، ولد على عهد رسول الله ﷺ وروى عن عمر وعثمان ورافع بن خديج ، وروى عنه ابن شهاب . قال الزهري : « ما رأيت من الأنصار أحزم ولا أجود رأياً من حنظلة بن قيس » .

(انظر : أسد الغابة ١ / ٥٤٥ ، تهذيب التهذيب ٣ / ٦٣ ، تقريب التهذيب ١ / ٢٠٦) .

(٢) الماذينات : هي مسايل المياه . وقيل ما ينبت على حافتي مسيل الماء . وقيل : ما ينبت حول السواقي . وهي لفظة معربة وليست عربية .
انظر : شرح النووي على صحيح مسلم ١٠ / ١٩٨ ، وقيل : النهر الكبير .
انظر : لسان العرب ٦ / ٤١٦٤ .

(٣) أقبال الجداول : الأقبال أي أوائلها ورؤوسها . والجداول جمع جدول وهو النهر الصغير كالساقية . انظر : شرح النووي على صحيح مسلم ١٠ / ١٩٨ .

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه / كتاب البيوع / باب كراء الأرض بالذهب والورق ٣ / ١١٨٣ رقم ١١٦ وهذا لفظه ، وأخرجه أبو داود في سننه / كتاب البيوع / باب في المزارعة ٣ / ٦٨٥ رقم ٣٢٩٢ .

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه / كتاب الحرث والمزارعة / الباب السابع ٣ / ٦٨ رقم ٢٣٢٧ .

ومنها : ما روى رافع قال: كنا أكثر أهل المدينة حقلا وكان أحدنا يكري أرضه فيقول هذه القطعة لي وهذه لك فريما أخرجت ذه ولم تخرج ذه فنهاهم النبي ﷺ^(١).

ومنها: ما روى عروة بن الزبير^(٢) قال: قال زيد بن ثابت: يغضر الله لرافع بن خديج أنا والله أعلم بالحديث منه إنما أتاه رجلان قد اقتتلا فقال رسول الله ﷺ: «إن كان هذا شأنكم فلا تكروا المزارع»، زاد مسدد^(٣): فسمع قوله لا تكروا المزارع^(٤).

(١) أخرجه البخاري في صحيحه/ كتاب الحرث والمزارعة/ الباب السابع ٣/ ٦٩ رقم ٢٣٢٢ وهذا لفظه. وأخرجه مسلم في صحيحه/ كتاب البيوع/ باب كراء الأرض بالذهب والورق ٣/ ١١٨٢ رقم ١١٧.

(٢) هو: أبو عبدالله عروة بن الزبير بن العوام الأسدي القرشي المدني، روى الحديث عن أبيه وعن علي وعائشة وغيرهم من الصحابة وهو أحد فقهاء المدينة السبعة. كان ثقة كثير الحديث فقيهاء عالما ثبتا مأمونا، ولد سنة ٢٣ وقيل غير ذلك وتوفي سنة ٩٤ وقيل غير ذلك.
(انظر: طبقات ابن سعد ٥/ ١٧٨، سير أعلام النبلاء ٤/ ٤٢١، تهذيب التهذيب ٧/ ١٨٤).

(٣) هو: الإمام الحافظ مسدد بن مسرهد بن مسربل بن مرعبل بن شريك الأسدي البصري أبو الحسن، أحد أئمة الحديث وأعلامه، ولد في حدود الخمسين ومائة، وحدث عنه البخاري وأبو داود وأبو زرعة وأبو حاتم وغيرهم. توفي سنة ٢٢٨ وكان ثقة حافظا.
(انظر: الطبقات لابن سعد ٧/ ٣٠٧، تهذيب التهذيب ١٠/ ١٠٧، العبر ١/ ٤٠٤).

(٤) أخرجه أبو داود في سننه/ كتاب البيوع/ باب في المزارعة ٣/ ٦٨٢، رقم ٣٣٩٠ وهذا لفظه. وأخرجه النسائي في كتاب المزارعة/ باب النهي عن كراء الأرض بالثلث والربع ٧/ ٥٠ رقم ٣٩٢٧، وأخرجه ابن ماجه في سننه/ كتاب الرهون/ باب ما يكره من المزارعة ٢/ ٨٢٢، رقم ٢٤٦١.

ومنها: «ما روى سعيد بن المسيب عن سعد^(١) قال: كنا نكري الأرض بما على السواقي من الزرع وما سَعِدَ^(٢) بالماء منها فنهاننا رسول الله ﷺ عن ذلك وأمرنا أن نكريها بذهب وفضة»^(٣).

ومنها: «ما روى جابر قال: كنا في زمن رسول الله ﷺ نأخذ الأرض بالثلث أو الربع بالمأذونات فنهى رسول الله ﷺ عن ذلك»^(٤).

وبهذا تبين نهى النبي ﷺ عن المزارعة لِمَ كان وما الذي نهى عنه من ذلك. وأنه إنما نهى عن الكراء المعهود بينهم.

قال الليث بن سعد الذي نهى عنه رسول الله ﷺ: أمر إذا نظر إليه ذو البصيرة بالحلال والحرام علم أنه لا يجوز^(٥).

وقال ابن المنذر: قد جاءت الأخبار عن رافع بعلى تدل على أن النهي

(١) هو: سعد بن أبي وقاص، واسم أبي وقاص مالك بن وهيب بن عبد مناف بن زهرة القرشي، أسلم بعد ستة وقيل بعد أربعة، وكان عمره لما أسلم سبع عشرة سنة، وهو أحد العشرة المبشرين بالجنة وأحد الستة أصحاب الشورى، وقد شهد بدرًا والمشاهد كلها، وتولى إمرة الجيوش التي هزمت الفرس بالقادسية، توفي سنة ٥٥ وقيل ٥٨ وقيل ٥٤.

(٢) ما سَعِدَ بالماء: أي ما جاء من الماء سيحًا لا يحتاج إلى دالية يجيئه الماء. انظر: لسان العرب ٣ / ٢٠١٣.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه / كتاب البيوع / باب في المزارعة ٣ / ٦٨٤، رقم ٣٣٩١ وهذا لفظه. وأخرجه النسائي في سننه / كتاب المزارعة باب النهي عن كراء الأرض بالثلث والربع ٧ / ٤١ رقم ٣٨٩٤.

(٤) أخرجه الطحاوي شرح معاني الآثار ٤ / ١٠٨.

(٥) انظر: مجموع الفتاوى ٣٠ / ١١٧، تهذيب سنن أبي داود ٥ / ٥٩.

كان لتلك العلة^(١).

ولم يثبت في شيء منها النهي عن مزارعة الأرض إذا كان جزءاً شائعاً في جميع المعقود عليه ثلثاً أو ربعاً أو ما أشبه ذلك. يؤيد ذلك:

أن ممن روى النهي عن كراء الأرض سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه - وقد بين علة النهي - وكان رضي الله عنه يزارع أرضه بالأجزاء الشائعة^(٢).

وكذلك ابن عمر رضي الله عنهما، فقد ترك كراء الأرض لما سمع ما يحدث به رافع، وهذا الكراء الذي كان يكارى عليه بينه بقوله: « قد علمت أنا كنا نكري مزارعنا على عهد رسول الله ﷺ بما على الأربعاء^(٣) وبشيء من التبن^(٤) ».

وكان رضي الله عنه يحدث بحديث معاملة النبي ﷺ لأهل خيبر بشرط ما يخرج منها، ويفتي بصحة المزارعة، ولو كان ذلك الكراء المقصود به المزارعة بالأجزاء الشائعة لما حدث بهذا الحديث، أو لما ترك ذلك الكراء فلما ثبت تركه لذلك الكراء وثبت تحديته بهذا الحديث علمنا أن المقصود

(١) انظر: تهذيب سنن أبي داود لابن القيم مع مختصر المنذري للسنن ٥ / ٦٠.

(٢) انظر: صحيح البخاري/ كتاب الحرث والمزارعة/ باب المزارعة بالشرط ونحوه ٦٨ / ٢.

(٣) الأربعاء: جمع ربيع وهو النهر الصغير. انظر: لسان العرب ٣ / ١٥٦٤، المصباح المنير ص ٢١٦.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه/ كتاب الحرث والمزارعة/ باب ما كان أصحاب النبي ﷺ يواسي بعضهم.. (٣ / ٧٢) رقم ٢٣٤٤. وأخرجه النسائي في سننه/ كتاب المزارعة/ اختلاف الألفاظ المأثورة في المزارعة ٧ / ٥٣ رقم ٣٩٣١.

بذلك الكراء غير المزارعة بالأجزاء الشائعة.

الوجه الثالث:

سلك بعض العلماء مسلكا آخر في الإجابة على أحاديث النهي - المتقدمة - فذكر بأن النهي فيها محمول على التنزيه، ويؤيد ذلك ما روى عمرو بن دينار أنه ذكر لطاووس حديث رافع، فقال طاووس يزرع، قال ابن عباس رضي الله عنهما: أن النبي ﷺ لم ينه عنه، ولكن قال أن يمنح أحدكم أخاه خير له من أن يأخذ شيئا معلوما^(١).

حيث بين ابن عباس رضي الله عنهما أن ما كان من النبي ﷺ - في ذلك - لم يكن للنهي وإنما أراد الرفق بهم^(٢).

الوجه الرابع:

لو امتنع تأويل أحاديث المنع على ما تقدم مما فيه غرر ومفسدة، وتعدر الجمع لوجب القول بأنها منسوخة بحديث معاملة النبي ﷺ - لأهل خيبر^(٣)؛ لأنه لا بد من نسخ المنع أو الجواز^(٤).

(١) أخرجه البخاري في صحيحه/ كتاب الحرث والمزارعة/ باب ما كان من أصحاب النبي ﷺ يواسي بعضهم بعضا . . (٧٢ / ٣) رقم ٢٣٤٢ . وانظر: فتح الباري ٢٦ / ٥ .

(٢) انظر: شرح معاني الآثار ٤ / ١١٠ ، معالم السنن للخطابي مع سنن أبي داود ٣ / ٦٨٢ ، فتح الباري ٥ / ٢٦ ، المنتقى مع نيل الأوطار ٧ / ٢٣ .

(٣) ستأتي الأحاديث الواردة في هذه القصة في أدلة القول الأول ص : ٢٩١ - ٢٩٢ .

(٤) انظر: المحلى ٨ / ٢١٤ ، المغني ٥ / ٤٢٠ .

وأجيب: بأن هذا يحتاج إلى دليل على تقدمها على حديث خيبر ولا دليل.

ورد: بأن حديث خيبر لم يزل معمولاً به إلى وفاة النبي ﷺ ثم عمل به بعده إلى عصر التابعين^(١).

ومن أدلة القول الثاني:

خامساً: أن المزارعة بجزء من الخارج استتجار ببعض ما يخرج من عمل العامل فيكون في معنى قفيز^(٢) الطحان^(٣)، وقد نهى النبي ﷺ عن قفيز الطحان^(٤).

ونوقش من وجهين :

(١) انظر: المرجعين السابقين.

(٢) القفيز: من المكابيل معروف، وهو ثمانية مكابيك عند أهل العراق وهو من الأرض قدر مائه وأربعة وأربعين ذراعاً. انظر: لسان العرب ٥ / ٣٧٠١، المصباح المنير / ٥١٠، مختار الصحاح / ٤٠٠. وقفيز الطحان: المقصود به: ما يأخذه الطحان أجرة عن طحنه.

(٣) انظر هذا الاستدلال في الهداية شرح بداية المبتدى ٤ / ٥٤، تبين الحقائق ٥ / ٢٧٨.

(٤) أخرجه الدار قطني في سننه / كتاب البيوع ٣ / ٤٧ رقم ١٩٥، وأخرجه البيهقي في سننه / كتاب البيوع / باب النهي عن عسب الفحل ٥ / ٣٣٩.

أحدهما:

أن الحديث ضعيف لا يصلح للاحتجاج به. قال ابن حجر: في إسناده ضعف^(١).

وقال شيخ الإسلام ابن تيمية: هذا الحديث باطل لا أصل له وليس هو في شيء من كتب الحديث المعتمدة ولا رواه إمام من الأئمة، والمدينة النبوية لم يكن بها طحان يطحن بالأجرة ولا خباز يخبز بالأجرة، وأيضا فأهل المدينة لم يكن لهم في عهد النبي ﷺ مكيال يسمى القفيز، وإنما حدث هذا المكيال لما فتحت العراق وضرب عليهم الخراج، فالعراق لم يفتح على عهد النبي ﷺ.

هذا وغيره مما يبين أن هذا ليس من كلام النبي ﷺ وإنما هو من كلام بعض العراقيين الذين لا يسوغون مثل هذا قولاً باجتهادهم.

الثاني:

لو سلم بصحة الحديث فإنه ليس فيه نهي عن اشتراط جزء مشاع من الدقيق، بل عن شيء مسمى: وهو القفيز، وهو من المزارعة لو شرط لأحدهما زرع بقعة معينة بعينها أو شيئاً مقدراً كانت المزارعة فاسدة، وهذا هو المزارعة التي نهى عنها النبي ﷺ في حديث رافع بن خديج^(٢).

(١) انظر: الدراية في تخريج أحاديث الهداية ٢ / ١٩٠.

(٢) انظر: مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ٢٠ / ١١٢ - ١١٤.

سادسا: أن الأجرة مجهولة أو معدومة.

ويناقش من وجهين:

أحدهما: لا يسلم أن المزارعة من الإجارة - حتى يقال إن الأجرة مجهولة أو معدومة - لأن المقصود في الإجارة العمل أو المنفعة، فمن استأجر لبناء أو خياطة أو شق الأرض أو بذرها أو حصاد أو نحو ذلك فإنه إذا وفاه ذلك العمل فقد استوفى المستأجر مقصوده بالعقد واستحق الأجير أجره، ولذلك يشترط في الإجارة اللازمة أن يكون العمل مضبوطا، كما يشترط في ذلك في المبيع، وهنا - في المزارعة بالجزء - منفعة بدن العامل وبقره وحديده: هو مثل منفعة أرض المالك وشجره، ليس مقصود واحد منهما استيفاء منفعة الآخر وإنما مقصودهما جميعا ما يتولد من اجتماع المنفعتين، فإن حصل نماء اشتركا فيه وإن لم يحصل نماء ذهب على كل واحد منهما منفعته، فيشتركان في المغنم والمغرم، كسائر المشتركين فيما يحدث من نماء الأصول التي لهم وهذا جنس من التصرفات يخالف في حقيقته ومقصوده وحكمه الإجارة المحضة، وما فيه من شوب المعارضة من جنس ما في الشركة من شوب المعاوضة، وإذا كانت التصرفات المبينة على المعادلة إما معارضة أو مشاركة. فمعلوم قطعا أن المساقاة والمزارعة والمضاربة ونحوها من جنس المشاركة، ليس من جنس المعارضة المحضة، والغرر إنما حرم بيعه في المعاوضة، لأنه أكل مال بالباطل. وهنا لا يأكل أحدهما مال الآخر إذ هو لم يستوفها ولا ملكها بالعقد ولا هي مقصودة، بل ذهب منفعة بدنه كما ذهبت منفعة أرض هذا، ورب الأرض لم يحصل له شيء حتى يكون قد أخذه والآخر لم يأخذ شيئا بخلاف بيوع الغرر وإجارة

الغرر، فإن أحد المتعاضين يأخذ شيئاً، والآخر يبقى تحت الخطر، فيفضي إلى ندم أحدهما وخصومتها، وهذا المعنى منتف في هذه المشاركات التي مبناها على المعادلة المحضة التي ليس فيها ظلم البتة، لا في غرر، ولا في غير غرر. وإنما وقع اللبس فيها على من حرّمها من الفقهاء: بُعد ما فهموه من الآثار من جهة أنهم اعتقدوا هذه إجارة على عمل مجهول لما فيها من عمل بعوض، وليس كل من عمل لينتفع بعمله يكون أجيراً، كعمل الشريكين في المال المشترك، نعم لو كان أحدهما يعمل بمال يضمنه له الآخر لا يتولد عن عمله: كان هذا إجارة. فلما لم يكن كذلك علمنا أنه ليس إجارة^(١).

الوجه الثاني:

لو سلم أنها من الإجارة : فإن لفظ الإجارة فيه عموم وخصوص، وذلك أن الإجارة على ثلاث مراتب:-
أحدها:

أن يقال لكل من بذل نفعاً بعوض. فيدخل في ذلك المهر كما في قوله تعالى: ﴿.. فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾^(٢). وسواء كان العمل هنا معلوماً أو مجهولاً، وكان الآخر معلوماً أو مجهولاً لازماً أو غير لازم.

(١) انظر: مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ٢٩ / ٩٨ - ١٠٠ إعلام الموقعين ٢٨٤ - ٢٨٥ / ١.

(٢) سورة النساء: آية / ٢٤.

المرتبة الثانية:

الإجارة التي هي جعالة وهو أن يكون النفع غير معلوم لكن العوض مضمون فيكون عقدا جائزا غير لازم مثل أن يقول من رد عبدي فله كذا .
وقد يُرد من بعيد أو قريب .

الثالثة:

الإجارة الخاصة وهي أن يستأجر عينا، أو يستأجره على عمل في الذمة، بحيث تكون المنفعة معلومة. فيكون الأجر معلوما والإجارة لازمة. وهذه الإجارة التي تشبه البيع في عامة أحكامه والفقهاء المتأخرون إذا أطلقوا الإجارة أو قالوا باب الإجارة أرادوا هذا المعنى.

فيقال: المساقاة والمزارعة والمضاربة ونحوهن من المشاركات على نماء يحصل، من قال: هي إجارة بالمعنى الأعم أو العام، فقد صدق. ومن قال هي إجارة بالمعنى الخاص فقد أخطأ. وإذا كانت إجارة بالمعنى العام التي هي الجعالة، فهناك إن كان العوض شيئا مضمونا من عين أو دين، فلا بد أن يكون معلوما، وأما إن كان العوض مما يحصل من العمل جاز أن يكون جزءاً شائعا فيه، كما لو قال الأمير في الغزو: من دلنا على حصن كذا فله منه كذا، فحصول الجعل هناك مشروط بحصول المال، مع أنه جعالة محضة لا شركة فيه. فالشركة أولى وأحرى.

فتحرير المسألة: أن المعتقد لكونها إجارة يستفسر عن مراده بالإجارة فإن أراد الخاصة: لم يصح، وإن أراد العامة: فأين الدليل على تحريمها إلا بعوض معلوم؟ فإن ذكر قياسا بيبن له الفرق الذي لا يخفى على غير فقيه، فضلا عن الفقيه، ولن يجد إلى أمر يشمل مثل هذه الإجارة سبيلا. فإذا

انتفت أدلة التحريم ثبت الحل^(١).

وبهذا العرض يتضح أن المزارعة بجزء شائع من جميع الزرع ليست هي الكراء المطلق بل هي شركة محضنة؛ إذ ليس جعل العامل مكتريا للأرض بجزء مشاع من الزرع بأولى من جعل المالك مكتريا للعامل بالجزء الآخر، وإن كان من الناس من يسمى هذا كراء أيضا فإنما هو كراء بالمعنى العام، فأما الكراء الخاص الذي تكلم به رافع وغيره فلا. ولهذا السبب بين رافع أحد نوعي الكراء الجائز، وبين النوع الآخر الذي نهوا عنه، ولم يتعرض للشركة لأنها جنس آخر^(٢).

سابعا: أن علة المنع من المزارعة بالجزء الشائع أن تحصيل منفعة الأرض ممكن بالإجارة، وإذا كان ذلك ممكنا فإنه لا يجوز مزارعتها بالجزء الشائع قياسا على المعاملة على المواشي ببعض ما يخرج منها من الأولاد والألبان^(٣).

ويناقش من وجهين:

أحدهما:

أن هذا قياس مع الفارق؛ لأن هذه الزوائد التي تخرج منها لا أثر لعمل الراعي فيها وإنما تحصل الزيادة بالعلف والسقي، والحيوان يباشر ذلك باختياره فليس لعمل العامل تأثير في تحصيل تلك الزيادة بخلاف

(١) انظر: مجموع الفتاوى ٢٩ / ١٠٣ - ١٠٥، القواعد النورانية ص ١٦٥ - ١٧٠.

(٢) انظر: القواعد النورانية ص ١٧٥.

(٣) انظر: شرح روض الطالب ٢ / ٤٠١.

ما يخرج في المزارعة فإن لعمل الزارع تأثيراً في تحصيله فهو شبيهه بالمضاربة^(١).

الثاني:

أن تحصيل المنفعة بالإجارة لا يمكن أن يجعل علة للمنع - من المزارعة بالجزء الشائع - من غير دليل يدل عليه، بل الأدلة بخلافه وهي: أدلة القول الأول.

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:

١- معاملة النبي ﷺ أهل خيبر، وقد رواها جمع من الصحابة فمن ذلك ما روى عبدالله بن عمر رضي الله عنهما - أن رسول الله ﷺ - عامل أهل خيبر بشرط ما يخرج منها من زرع أو ثمر^(٢).

ماروى مقسم عن عبدالله بن عباس رضي الله عنهما قال: «افتتح رسول الله ﷺ خيبر واشترط أن له الأرض وكل صفراء وبيضاء^(٣) قال أهل خيبر: نحن أعلم بالأرض منكم فأعطاناها على أن لكم نصف الثمرة ولنا نصف، فزعم أنه أعطاهم على ذلك...»^(٤).

(١) انظر: المبسوط ٢٣ / ١٨، المغني ٥ / ٤٤٢.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه/ كتاب الحرث والمزارعة/ باب المزارعة بالشرط ونحوه ٦٨ / ٣ رقم ٢٣٢٨، وأخرجه مسلم في صحيحه/ كتاب البيوع/ باب المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع ٣ / ١١٨٦ رقم ١٥٥١ وهذا لفظه.

(٣) الصفراء والبيضاء: الذهب والفضة. انظر: سنن أبي داود ٣ / ٦٩٨.

(٤) أخرجه أبو داود في سننه/ كتاب البيوع/ باب المساقاة ٣ / ٦٩٧ رقم ٣٤١٠=

وماروى جابر رضي الله عنه قال: أفاء الله على رسوله خيبر فأقرهم رسول الله ﷺ كما كانوا وجعلها بينه وبينهم فبعث عبدالله بن رواحة^(١) فخرصها عليهم^(٢).

وجه الاستدلال: هذه الأحاديث نص في محل النزاع، حيث عامل رسول الله ﷺ أهل خيبر بجزء مشاع مما يخرج منها.
ونوقش الاستدلال بهذه الأحاديث من وجوه:-

الوجه الأول:

أن النبي ﷺ حين افتتح خيبر استرقهم وتملك أراضيهم ونخيلهم ثم جعلها في أيديهم يعملون فيها للمسلمين ليتفرغوا للجهاد بأنفسهم، ولأنهم كانوا أبصر بذلك العمل من المسلمين^(٣).

وأجيب: بأنهم لو كانوا عبيدا لما شُرت لهم جزء من الثمر.

=وهذا لفظه، وأخرجه ابن ماجه في سننه/ كتاب الزكاة/ باب حرث النخيل والعنب / ١ / ٥٨٢ رقم ١٨٢٠. قال الألباني: حسن.
انظر: صحيح سنن ابن ماجه / ١ / ٣٠٥.

(١) هو: عبدالله بن رواحة بن ثعلبة بن امرئ القيس بن عمرو الأنصاري الخزرجي الحارثي. يكنى أبا محمد وقيل أبو رواحة، وكان ممن شهد العقبة، وكان نقيب بني الحارث، وشهد بدرا وأحدا والخندق والحديبية وخبير وعمرة القضاء، وهو أحد الأمراء في غزوة مؤتة، وكان من الشعراء الذين ناضلوا عن رسول الله.
(انظر: الاستيعاب ٢ / ٢٩٣، الإصابة ٢ / ٣٠٦، أسد الغابة ٣ / ١٢٠).

(٢) أخرجه أبو داود في سننه/ كتاب البيوع/ باب في الخرص ٣ / ٦٩٩، رقم ٣٤١٤ وهذا لفظه، وأخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ٤ / ١١٣.

(٣) انظر: المبسوط ٢٣ / ٢ - ٣.

ورد من وجهين:

أحدهما:

أن ما جعل لهم من الشرط إنما هو بطريق النفقة لهم فإنهم مماليك المسلمين يعملون لهم في نخيلهم فيستوجبون النفقة عليهم.

وأجيب عنه: بأن الفقة لا تحتاج إلى شرط ولا تحديد جزء.

ثانيهما: أن ما يأخذه المسلمون من باب الضريبة على معاملة العبد^(١).

وأجيب عنه: بأن الضريبة تكون من كسب العبد لا مما ينتجه من مال

سيده.

جواب عام عن هذه المناقشة:

أجيب بأنه لم ينقل عن أحد من الولاة أنه تصرف في رقابهم أو رقاب أولادهم كالتصرف في رقاب المماليك، وكذلك إجلاء عمر لهم، ولو كانوا عبيدا للمسلمين لما أجلاهم؛ لأن المسلم إذا كان له مملوك في أرض العرب يتمكن من إمساكه واستدامة الملك فيه^(٢).

الوجه الثاني من وجوه المناقشة:

أن معاملة النبي ﷺ لأهل خيبر كانت خراج مقاسمة بطريق المن والصلح؛ لأنه ﷺ ملكها غنيمة فلو كان أخذها جاز، وتركها في أيديهم بشرط ما يخرج منها فضلا^(٣).

(١) انظر: المرجع نفسه.

(٢) انظر: المبسوط ٢٢ / ٣، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ٢٩ / ٩٧.

(٣) انظر: الهداية للمرغيناني ٤ / ٥٤، المبسوط ٢٢ / ٣، عمدة القاري ١٢ / ١٦٨.

وأجيب عنه بالمنع من وجهين:

أحدهما:

أن المعروف في المعاملة: المساقاة والمزارعة، ولا دليل على صرفها عن هذا المعنى، بل الدليل بخلافه كحديث ابن عمر: «أن النبي ﷺ دفع إلى يهود خيبر وأرضها على أن يعتملوها من أموالهم وأن لرسول الله شطر ثمرتها»^(١).

والاستدلال به من وجهين:

أحدهما: في قوله دفع إلى يهود... ومعلوم أن الدفع إنما يكون من المالك ولا يكون من غير المالك. وخراج المقاسمة: ترك الأرض على ملكهم منا عليهم بجزء من الخارج^(٢).

ثانيهما: في قوله (يعتملوها): والمعروف من لفظ المعاملة: المساقاة والمزارعة، لا الخراج.

الوجه الثاني من وجهي الجواب:

ما ثبت أن النبي ﷺ قسم أراضي خيبر على ستة وثلاثين سهما^(٣)،

(١) أخرجه مسلم في صحيحه/ كتاب المساقاة/ باب المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع ٣/ ١١٨٧ رقم ٥، وأخرجه أبو داود في سننه كتاب البيوع/ باب في المساقاة ٢/ ٦٩٧ رقم ٣٤٠٩.

(٢) انظر في تعريف خراج المقاسمة عمدة القاري ١٢/ ١٦٨، البناية شرح الهداية ٨/ ٧٠٤.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه/ كتاب الإمارة والخراج والفيء/ باب ما جاء في حكم أرض خيبر ٣/ ٤١٢ رقم ٣٠١٢ وأخرجه أبو عبيد في كتاب الأموال ٦٢/ وانظر: كتاب الاستخراج لأحكام الخراج/ ٢٣ - ٢٤.

وهذا يدل على أنها ما كانت خراج مقاسمة.

ورد: بأنه يجوز أن النبي ﷺ قسم خراج الأرض بأن جعل خراج هذه الأرض لفلان، وخراج هذه لفلان^(١).

وأجيب: بأن عمر^(٢) رضي الله عنه أجلى أهل خيبر ولم يعطهم قيمة الأراضي فدل ذلك على عدم الملك^(٣).

واعترض: بأنه يجوز أنه ما أعطاهم زمان الإجماع وأعطاهم بعد ذلك.

ولدفع: بأن هذا بعيد جدا، إذ كيف لا يعطيهم وهم عنده، منحصرين معروفين ثم يقال إنه أعطاهم بعد تفرقهم في البلاد وبعدهم عنه وصعوبة حصرهم، فهذا بعيد على مثل عمر في عدله أن يجلبهم من أملاكهم ولا يعطيهم قيمها في الحال لا سيما أنه أجلاهم إجماعاً. يؤيد ذلك أن عمر خطب الناس وأمرهم أن يلحقوا بأموالهم فينظروا فيها لما أراد إجماع اليهود عنها والآثار بهذا متواترة متظاهرة كالمال الذي حصل لعمر بها فجعله صدقة، وكقول ابن عمر في سبب إجماع اليهود: «خرجنا إلى خيبر فتفرقنا في أموالنا، وكان عطاء أمهات المؤمنين بعضهن الأرض وبعضهن

(١) انظر: البناية شرح الهداية ٨ / ٧٠٤، عمدة القاري ١٢ / ١٦٨.

(٢) هو: أمير المؤمنين عمر بن الخطاب أبو حفص العدوي القرشي، أحد العشرة المبشرين بالجنة وثاني الخلفاء الراشدين، شهد المشاهد كلها مع رسول الله ﷺ وفتح الله البلاد على المسلمين في عهده قتل ﷺ سنة ٢٣ هـ.
(انظر: الطبقات لابن سعد ٣ / ٢٦٥، الاستيعاب ٢ / ٤٥٨، الإصابة ٢ / ٥١٨).

(٣) انظر: البناية شرح الهداية ٨ / ٧٠٤، عمدة القاري ١٢ / ١٦٨.

الأوساق وإن توارث أبناء المهاجرين لها يبطل أنها خراج^(١).

الوجه الثالث من وجوه المناقشة:

أن هذه الأحاديث منسوخة بالنهي عن كراء الأرض بما يخرج منها^(٢).

وأجيب من وجهين:

أحدهما: أن النسخ لا يصار إليه مع إمكان الجمع بين الأحاديث، وقد أمكن بحمل أحاديث النهي على ما فيه غرر - كما تقدم -^(٣).

الثاني: لو تعذر الجمع فإن دعوى النسخ تحتاج إلى دليل يدل على تأخر أحاديث النهي عن هذه الأحاديث ولا دليل بل الدليل يدل على جواز المزارعة وهو وفاة الرسول ﷺ - وهو على معاملته مع أهل خيبر، وإطباق أصحابه من بعده على هذه المعاملة.

الدليل الثاني:

عمل الصحابة والتابعين - وهو كثير جدا - فمن ذلك:

(١) انظر: المحلى ٨ / ٢٣١.

(٢) انظر: عمدة القاري ١٢ / ١٦٧.

(٣) انظر: ص ٢٧٩ - ٢٨٢.

ما روى قيس بن مسلم^(١) عن أبي جعفر^(٢) قال: ما بالمدينة أهل بيت هجرة إلا ويزرعون على الثلث والربع وزارع علي وسعد بن مالك وعبد الله ابن مسعود وعمر بن عبدالعزيز^(٣) والقاسم^(٤) وعروة بن الزبير وآل أبي بكر

(١) هو: قيس بن مسلم الحدلي العدواني أبو عمرو الكوفي من قيس عيلان، روى عن طارق بن شهاب ومحمد بن الحسن بن الحنفية ومجاهد وغيرهم وعنه الأعمش وشعبة والثوري وغيرهم. وهو ثقة رمي بالإرجاء مات سنة ١٢٠هـ. (انظر: الطبقات لابن سعد ٦ / ٣١٧، تهذيب التهذيب ٨ / ٤٠٣ - ٤٠٤، تقريب التهذيب ٢ / ١٣٠).

(٢) هو: السيد الإمام أبو جعفر محمد بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب المدني ابن زين العابدين، ولد سنة ٥٦هـ واشتهر بالباقر من بقر العلم أي شقه فعرف أصله وخفيه، وكان أبو جعفر إماما مجتهدا تاليا لكتاب الله كبير الشأن، توفي سنة ١١٤هـ. (انظر: الطبقات لابن سعد ٥ / ٣٢٠، سير أعلام النبلاء ٥ / ١١٤، تهذيب التهذيب ٧ / ٤٧٥ - ٤٧٨).

(٣) هو: الإمام الزاهد العابد الحافظ أبو حفص أمير المؤمنين عمر بن عبدالعزيز ابن مروان بن الحكم القرشي الأموي المدني ثم الدمشقي. أثنى عليه العلماء، وكان ثقة مأمونا فقيها عالما ورعا زاهدا وهو أول من منع سب علي المنابر، توفي سنة ١٠١هـ. (انظر: تذكرة الحفاظ ١ / ١١٨، سير أعلام النبلاء ٥ / ١١٤، تهذيب التهذيب ٧ / ٤٧٥ - ٤٧٨).

(٤) هو: أبو محمد القاسم بن محمد بن خليفة رسول الله ﷺ - أبي بكر الصديق القرشي المدني. الإمام القدوة الحافظ، ولد في خلافة علي، وترى في حجر عمته عائشة أم المؤمنين، وتفقه منها وأكثر عنها، وروى عن جماعة من الصحابة وكان من خيار التابعين وفقائهم. توفي سنة ١٤٨هـ وقيل غير ذلك. (انظر: تذكرة الحفاظ ١ / ٩٦، سير أعلام النبلاء ٥ / ٥٣، الطبقات لابن سعد ٥ / ١٨٧).

وآل عمر وآل علي وابن سيرين. وقال عبدالرحمن بن الأسود^(١): كنت أشارك عبدالرحمن بن يزيد^(٢) في الزرع.

وعامل عمر الناس على إن جاء عمر بالبذر من عنده فله الشطر، وإن جاءوا بالبذر فلهم كذا^(٣).

ومنها: ما روى موسى بن طلحة أن عثمان رضي الله عنه أقطع خبابا^(٤) أرضا

(١) هو: الإمام بن عبدالرحمن بن الأسود بن يزيد بن قيس أبو حفص النخعي الكوفي الثقة، حدث عن أبيه وعمه علقمة بن قيس وعائشة وابن الزبير وغيرهم وأدرك أيام عمر وكان من المهتدين العباد. مات سنة ثمان أو تسع وتسعين. (انظر: الطبقات لابن سعد ٦ / ٢٨٩، سير أعلام النبلاء ٥ / ١١ - ١٢، تقريب التهذيب ١ / ٤٧٣).

(٢) هو: الإمام الفقيه أبو بكر عبدالرحمن بن يزيد بن قيس النخعي، روى عن جماعة من الصحابة وروى عنه إبراهيم النخعي وأبو إسحاق السبيعي وعمارة بن عمير وغيرهم، وثقه يحيى بن معين وغيره، مات بعد الثمانين وقد شاخ. (انظر: الطبقات لابن سعد ٦ / ١٢١، سير أعلام النبلاء ٤ / ٧٨، تهذيب التهذيب ٦ / ٢٩٩).

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه معلقا بصيغة الجزم/ كتاب الحرث والمزارعة/ باب المزارعة بالشطر ٢ / ٦٨.

(٤) هو خباب بن الأرت بن جندلة بن سعد بن خزيمة التميمي يكنى أبا عبدالله وهو عربي لحقه سبأ في الجاهلية فبيع بمكة، وكان من السابقين الأولين إلى الإسلام وممن عذب في الله تعالى وشهد بدرًا والمشاهد كلها، مات سنة ٢٧ بالكوفة.

(انظر: الطبقات لابن سعد ٣ / ١٦٤ - ١٦٧، أسد الغابة ١ / ٥٩١ - ٥٩٤).

وعبد الله أرضا وسعدا أرضا وصهيبا^(١) أرضا فكلا جاريّ قد رأيته يعطي أرضه بالثلث والربع: عبدالله وسعد^(٢).

ومنها: أن حذيفة بن اليمان رضي الله عنه كان يكري الأرض على الثلث والربع^(٣).

ومنها: قول أبي جعفر: «آل أبي بكر وآل عمر وآل عثمان وآل علي يدفعون أراضيهم بالثلث والربع»^(٤).

ومنها: ما روى طاووس قال: جاءنا معاذ^(٥) ونحن نعطي أرضنا بالثلث

(١) هو: أبو يحيى صهيب بن سنان النمري بن النمر بن قاسط ويعرف بالرومي؛ لأنه أقام بالروم مدة وقد جلب من الروم إلى مكة وحالف ابن جدعان، وأسلم قديما وشهد المشاهد كلها واستخلفه عمر على الصلاة حين ظعن، وتوفي بالمدينة سنة ٣٨هـ.

(انظر: الاستيعاب ٢/ ١٧٤، الإصابة ٢/ ١٩٥، سير أعلام النبلاء ٢/ ١٧).

(٢) أخرجه عبدالرزاق في مصنفه/ كتاب البيوع/ باب المزارعة على الثلث والربع ٨/ ٩٩ رقم ١٤٤٧٠، وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه/ كتاب البيوع والأقضية/ باب من لم ير بالمزارعة بالنصف والثلث والربع بأسا ٦/ ٣٣٧ رقم ١٢٦٧ وهذا لفظه، وأخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار/ كتاب المزارعة والمساقاة ٤/ ١١٤.

(٣) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ٤/ ١١٤.

(٤) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه/ كتاب البيوع/ باب المزارعة على الثلث والرابع ٨/ ١٠٠ - ١٠١ رقم ١٤٤٧٧.

(٥) هو: أبو عبدالرحمن معاذ بن جبل بن عمرو بن أوس بن عائذ بن عدي الأنصاري الخزرجي. صحابي شهد العقبة شابا أمرد وشهد بدرا، وجمع القرآن في عهد النبي ﷺ وخلفه النبي في مكة يقرئ أهلها ويفقههم، وبعثه إلى اليمن، توفي =

والربع فلم يعب ذلك علينا^(١).

ومنها: ما روى أبو جعفر قال: عامل رسول الله ﷺ أهل خيبر على الشطر ثم أبو بكر وعثمان وعلي ثم أهلهم إلى اليوم يعطون الثلث والربع^(٢).

ومنها: ما روى كليب بن وائل^(٣) قال: قلت لابن عمر: رجل له أرض وماء ليس له بذر ولا بقر، فأعطاني أرضه بالنصف فزرعتها ببذري وبقرتي ثم قاسمته على النصف. قال: حسن^(٤).

ومنها: ما روى عمرو بن صليح^(٥) عن علي أنه لم ير بأسا بالمزراعة

=سنة ١٨هـ، وقيل ١٧هـ.

(انظر: الطبقات لابن سعد ٢ / ١٢٠، أسد الغابة ٤ / ٤١٨، مشاهير علماء الأمصار / ٣٢١).

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه / كتاب البيوع والأقضية / باب من لم ير بالمزراعة بالنصف والثلث والربع بأسا ٦ / ٢٢٨ رقم ١٢٧٠، وأخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ٤ / ١١٤ - ١١٥.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه ٦ / ٢٢٨ رقم ١٢٧٢.

(٣) هو: كليب بن وائل بن هبار التميمي اليشكري المدني ثم الكوفي روى عن عمه قيس بن هبار وابن عمر وغيرها، وعنه الثوري وغيره. قال ابن حجر: صدوق من الرابعة.

(انظر: تهذيب التهذيب ٨ / ٤٤٦ - ٤٤٧، تقريب التهذيب ٢ / ١٣٦).

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة - في مصنفه ٦ / ٢٢٩ رقم ١٢٧٤، وأخرجه ابن حزم في المحلى ٨ / ٢١٥.

(٥) هو: عمرو بن صليح المحاربي من محارب خصفه. له صحبة.
(انظر: أسد الغابة ٢ / ٧٤٠، الإصابة ٢ / ٥٤٤، تقريب التهذيب ٢ / ٧٢).

على النصف^(١).

وجه الاستدلال: أن أكثر الصحابة والتابعين عملوا بالمزارعة من غير نكير، وهذا إجماع على جوازها^(٢).

الدليل الثالث:

أن الحاجة تدعو إلى المزارعة، والمصلحة تقتضى إباحتها؛ لأن صاحب الأرض قد لا يستطيع زرعها، وصاحب المال، أو القادر على العمل قد لا يجد أرضاً يزرعها فيتعطل إنتاجها مع حاجة الناس إليها.

ونوقش: بأن الشارع نهى عنها، مع هذه المنفعة التي فيها، ولهذا قال رافع «نهانا عن أمر كان لنا نافعاً».

وأجيب: بأن الشارع لا ينهى عن المنافع والمصالح وإنما ينهى عن المفسد والمضار، وهم ظنوا أنه قد كان لهم في ذلك المنهي عنه منفعة، وإنما كان فيه عليهم مضرة ومفسدة مقتضيه للنهي، وما تخيلوه من المنفعة فهي منفعة جزئية لرب الأرض لا اختصاصه بخيار الزرع وما يسعد منه بالماء وما على أقبال الجداول فهذا وإن كان فيه منفعة له - فهو مضرة على المزارع.

وأما المزارعة العادلة التي يستوى فيها رب الأرض والعامل: فهي منفعة لهما ولا مضرة فيها على أحد فلم ينه عنها، فالذي نهى عنه مشتمل

(١) أخرجه عبدالرزاق في مصنفه ٨ / ٩٩ رقم ١٤٤٧١، وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه ٦ / ٣٣٩ رقم ١٢٧٥، وأخرجه ابن حزم في المحلى ٨ / ٢١٥.

(٢) انظر: المحلى ٨ / ٢١٦، المغني ٥ / ٣٩١ - ٣٩٢، ٤١٦، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ٢٩ / ٩٧.

على مضرة ومفسدة راجحة في ضمنها منفعة مرجوحة جزئية، والذي فعله
ﷺ وأصحابه من هذه مصلحة ومنفعة راجحة لا مضرة فيها على واحد
منهما، فالتسوية بين هذا وهذا تسوية بين متباينين لا يستويان عند الله ولا
عند رسوله ولا عند الناس^(١).

الدليل الرابع:

قياس المزارعة على المضاربة، فإنها عين تنمو بالعمل عليها فجاز
العمل عليها ببعض نمائها كالدرهم والدنانير^(٢).

ونوقش: بأن الريح في المضاربة ليس من عين الأصل، بل الأصل
يذهب ويجيء بدله، فالمال المقسم حصل بنفس العمل، بخلاف الثمر والزرع
فإنه من نفس الأصل^(٣).

وأجيب من وجهين:

أحدهما:

أن هذا الفرق فرق في الصورة، وليس له تأثير شرعي، فإننا نعلم
بالاضطرار أن المال المستفاد إنما حصل بمجموع منفعة بدن العامل ومنفعة
رأس المال، ولهذا يرد إلى رب المال مثل رأس ماله ويقتسمان الريح، كما أن
العامل يبقى بنفسه التي هي نظير الدراهم. وليست إضافة الريح إلى عمل
بدن هذا بأولى من إضافته إلى منفعة مال هذا.

(١) انظر: تهذيب سنن أبي داود لابن القيم مع مختصر سنن أبي داود ٥ / ٦١ - ٦٢ .

(٢) انظر: مجموع فتاوى شيخ الإسلام ٢٩ / ١٠١ .

(٣) انظر: المرجع السابق.

الوجه الثاني:

لو كان ما ذكره من الفرق مؤثرا لكان اقتضاؤه لتجويد المزارعة دون المضاربة أولى من العكس؛ لأن النماء إذا حصل مع بقاء الأصليين كأن أولى بالمصلحة من حصوله مع ذهاب أحدهما. وإن قيل الزرع نماء الأرض دون البدن فقد يقال: والرياح نماء العامل، دون الدراهم أو بالعكس. وكل هذا باطل، بل الزرع يحصل بمنفعة الأرض المشتملة على التراب والماء والهواء ومنفعة بدن العامل والبقر والحديد^(١).

الترجيح:

بعد عرض أدلة الأقوال الثلاثة وما جرى عليها من مناقشات، فإن الذي يظهر أن الراجح هو القول الأول لقوة أدلته وصراحتها في محل النزاع وسلامتها من المناقشة الواردة عليها، في مقابل ضعف أدلة القولين الثاني والثالث بالمناقشات الواردة عليها - والله أعلم -.

المسألة الثانية: فيما يترتب على اشتراط معين غير شائع.

وفيهما فرعان:

الفرع الأول: حكم المزارعة في هذا الاشتراط.

الفرع الثاني: ما يترتب على هذا الحكم.

الفرع الأول:

صورته: أن يزاع شخص آخر ويشترط ما ينبت في قطعة معينة وما

(١) انظر: مجموع فتاوى شيخ الإسلام ٢٩ / ١٠١ - ١٠٣، القواعد النورانية ص ١٦٧ - ١٦٩، المبسوط ٢٣ / ١٧، المبدع ٥ / ٥٦.

ينبت على السواقي أو يشترط أصعا معلومه من الخارج، أو يشترط المزارع ذلك. ولا خلاف بين أهل العلم في فساد هذه المزارعة^(١).

الأدلة:

استدل على فساد هذه المزارعة بالأدلة الآتية:

١- ماروى رافع وغيره من الصحابة من أحاديث النهي عن ذلك - وقد تقدمت^(٢).

وهذه الأخبار صريحة في النهي غير معارضة ولا منسوخة^(٣).

٢- أنه إذا شرط لأحدهما زرع موضع معين - مثلا - فإن ذلك يؤدي إلى قطع الشركة في الخارج؛ لأن الأرض ربما لا تخرج إلا في هذا الموضع المعين أو لا تخرج إلا القدر المعين، ونحو ذلك فينفرد أحدهما بالغلة دون صاحبه، ولا يخفى ما في هذا من الغرر وأكل أموال الناس بالباطل^(٤).

الفرع الثاني: فيما يترتب على هذا الحكم.

(١) انظر: الهداية ٤ / ٥٥، بدائع الصنائع ٦ / ١٧٧، العناية شرح الهداية ٩ / ٤٦٢، الإشراف للقاضي عبدالوهاب ٢ / ٦٣، قوانين الأحكام الشرعية ص ٣٠٤، روضة الطالبين ٥ / ١٦٨، شرح روض الطالب ٢ / ٤٠١، المغني ٥ / ٤٢٦، الشرح الكبير مع المغني ٥ / ٥٩٠، المحلى ٨ / ٢٢٦، وقد ذكر في المغني والعناية إجماع العلماء على ذلك.

(٢) انظر: ص ٢٧٥ - ٢٧٨.

(٣) انظر: المغني ٥ / ٤٢٦، الشرح الكبير ٥ / ٥٩٠.

(٤) انظر: المبسوط ٢٣ / ١٩، الشرح الكبير مع المغني ٥ / ٥٩٠، المبدع ٥ / ٥٨.

إذا فسد عقد المزارعة باشتراط معين غير شائع فقد اختلف في
الخارج لمن يكون وما يلزم من أجره المثل، أو نصيب المثل على قولين:
القول الأول:

أن الثمرة لرب الأرض وإن كان البذر من غيره، وعليه للعامل نصيب
المثل - وهو ما جرت به العادة في مثل ذلك.
وهذا قول شيخ الإسلام ابن تيمية^(١).
القول الثاني:

أن الخارج يكون لصاحب البذر وللآخر أجره المثل.
وبه قال الحنفية^(٢)، والحنابلة^(٣).

الأدلة:

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول على أن الخارج لصاحب البذر: بأنه نماء
ملكه أو هو عين ماله ينقلب من حال إلى حال^(٤).
ويناقش: بالمنع؛ لأن الخارج ليس نماء ملكه فقط بل للأرض أثر كبير

(١) انظر: مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ٢٨ / ٨٤، الاختيارات الفقهية
ص ١٥١.

(٢) انظر: الهداية للمرغيناني ٤ / ٥٦، تبين الحقائق ٥ / ٢٨٠.

(٣) انظر: المغني ٥ / ٤٢٦، المحرر ١ / ٣٥٥.

(٤) انظر: الشرح الكبير مع المغني ٥ / ٥٩١، المبدع ٥ / ٥٨.

في نمائه، ولذلك قضى النبي ﷺ به لرب الأرض بقوله: «من زرع في أرض قوم بغير إذنهم فليس له من الزرع شيء وله نفقته»^(١). وبيان تأثير الأرض في الحب: أن إلقاء الحب في الأرض بمنزلة إلقاء المني في الرحم سواء، ولهذا سمى الله النساء حرثاً في قوله تعالى: ﴿ نِسَاؤُكُمْ حَرْثُ لَكُمْ... ﴾^(٢) كما سمى الأرض المزروعة حرثاً، والمغلب في ملك الحيوان إنما هو جانب الأم ولهذا تبع الولد الأدمي أمه في الحرية والرق دون أبيه، ويكون جنين البهيمة لمالك الأم دون مالك الفحل، وذلك لأن الأجزاء التي استمدها من الأم أضعاف الأجزاء التي استمدها من الأب وإنما للأب حق الابتداء فقط، ولا ريب أنه مخلوق منهما جميعاً، وكذلك الحب والنوى، فإن الأجزاء التي خلق منها الشجر والزرع أكثرها من التراب والماء والهواء، وقد يؤثر ذلك في الأرض فتضعف بالزرع فيها، لكن لما كانت هذه الأجزاء تستخلف دائماً فإن الله سبحانه لا يزال يمد الأرض بالماء والهواء وبالتراب إما مستحילה من غيره وإما بالموجود.. ولهذا صار يظهر أن أجزاء الأرض في معنى المنافع، بخلاف الحب والنوى الملقى فيها، فإنه عين ذاهبة غير مستخلفة ولا يعوض عنها، لكن هذا القدر لا يوجب أن يكون البذر هو الأصل لأنه امتص منفعة الأرض وماءها وهواءها^(٣).

(١) أخرجه أبو داود في سننه / كتاب البيوع والإجازات/ باب في زرع الأرض بغير إذن أصحابها ٣ / ٦٩٢ رقم ٣٤٠٣، وأخرجه الترمذي في سننه كتاب الأحكام/ باب ماجاء فيمن زرع في أرض قوم بغير إذنهم ٣ / ٦٣٩ رقم ١٣٦٦، وأخرجه ابن ماجه في سننه/ كتاب الرهون/ باب من زرع في أرض قوم بغير إذنهم ٢ / ٨٢٤ رقم ٢٤٦٦.

(٢) سورة البقرة: آية ٢٢٣.

(٣) انظر: مجموع فتاوى شيخ الإسلام ٢٩ / ١٢٣ - ١٢٥.

واستدلوا على أن للأجر أجره المثل: بأن البذر إن كان من العامل فالأجرة عليه؛ لأن ربها إنما بذلها بعوض لم يسلم له فرجع إلى عوض منافعتها الفائته بزرعها- على الزرع.

ويناقش: بأنه إذا ترجح ملك صاحب الأرض للخارج مطلقا فلا أثر لهذا الاستدلال؛ لأن الأجرة للعامل مطلقا.

وقالوا: إن كان البذر من رب الأرض فعليه أجره المثل للعامل، لأنه عمل بعوض لم يسلم له فإذا فات رجع إلى بدله لكونه لم يرض بالعمل مجاناً^(١).

ويناقش: بأن الرجوع بالعوض عن العمل مسلم، لكن نوعية هذا العوض الذي يرجع فيه - وهو أجر المثل - غير مسلمة، لأنها قد تلحق الضرر بمن وجبت عليه، إذ قد تستغرق المال كله - وفي هذا ظلم له - في مقابل نفع العامل، والعقود الشرعية قائمة على تحقيق العدالة بين المتعاقدين.

أدلة القول الأول:

استدل شيخ الاسلام - رحمه الله - بأنه إذا أعطي نصيب المثل كما جرت العادة، فإن أحدهما لا يستأثر بالمال دون الآخر، فإذا كان نصيب مثله النصف أو الثلث فإنه لا يستغرق المال - ولا يخفى ما في هذا من صيانة حق المالك والعامل على السواء^(٢).

(١) انظر: الهداية للمرغيناني ٤ / ٥٦، الشرح الكبير مع المغني ٥ / ٥٩١، المبدع ٥ / ٥٨.

(٢) انظر: مجموع الفتاوى ٢٨ / ٨٤.

الترجيح:

الذى يظهر: رجحان ما ذهب إليه شيخ الإسلام لقوة تعليقه في مقابل ضعف أدلة القول الثاني بما ورد عليها من المناقشات - والله أعلم - .

المسألة الثالثة: مزارعة أحد الشريكين شريكه .

إذا زارع أحد الشريكين شريكه في نصيبه، فقد اختلف في صحة هذه المزارعة على قولين:

القول الأول:

صحة هذه المزارعة بشرط أن يجعل له من الزرع أكثر من نصيبه .
وبه قال الحنفية^(١)، وهو المذهب عند الحنابلة^(٢) .

قال في بدائع الصنائع^(٣): «الأرض إذا كانت مشتركة بين اثنين دفعها أحدهما إلى صاحبه مزارعة على أن يزرعها ببذره وله ثلثا الخارج أنه تجوز المزارعة» .

وقال في الإ نصاب^(٤): «وإن زارع شريكه في نصيبه صح هذا المذهب .. وقيل: لا يصح» .

(١) انظر: المبسوط ٢٣ / ٢٨ ، فتاوى قاضيخان ٣ / ١٧٨ ، الفتاوى البزازية ٢ / ١٠٥ .

(٢) انظر: الشرح الكبير مع المغني ٥ / ٥٩٤ - ٥٩٥ ، المبدع ٥ / ٦٠ ، كشاف القناع ٣ / ٥٤٥ .

(٣) ١٨٦ / ٦ .

(٤) ٤٨٧ / ٥ .

القول الثاني:

لا تصح هذه المزارعة.

وهو قول للحنابلة اختاره القاضي.^(١)

الأدلة:

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب القول الثاني: بأن النصف للمزارع ولا يصح أن يزارع الإنسان نفسه فإذا فسد في نصيبه فسد في الجميع، كما لو جمع بين ما يجوز بيعه وبين ما لا يجوز بيعه.^(٢)

ويناقش: بأن الشريك لا يزارع نفسه وإنما يزارع في نصيب شريكه المشاع في الجزء المزروع، ولو سلم هذا القول لأدى إلى إبطال العقد على المشاع والانتفاع به؛ لأنه يترتب عليه أن يشتري ملك نفسه، لأن نصيبه شائع في الجميع. ولم يقل بذلك أحد.

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:

- ١- أن هذا بمنزلة شراء الشريك نصيب شريكه^(٣)، وإذا صح هنالك صح هنا بجامع الإشاعة في كل.
- ٢- قياس الجزء المشاع على الجزء المتميز في جواز مزارعته بجامع أن كلا منهما ليس ملكا للعامل.

(١) انظر: الإنصاف ٥ / ٤٨٧، المبدع ٥ / ٦٠، الهداية لأبي الخطاب ١ / ١٧٩.

(٢) انظر: الشرح الكبير مع المغني ٥ / ٥٩٥، المبدع ٥ / ٦٠.

(٣) انظر: المبدع ٥ / ٦٠.

ويناقش: بأن هذا قياس مع الفارق؛ لأن المزارعة في المتميز لا تؤدي إلى مزارعة الإنسان في نصيب نفسه.

ويجاب: بأن الشيوع لا يؤدي إلى ذلك؛ لأن المزارعة تقع على نصيب الشريك وما يأخذه زائداً عن حصته في مقابل عمله في نصيب شريكه - كما تقدم - في مناقشة دليل المانعين.

الترجيح:

القول الأول ظاهر الرجحان؛ لقوة أدلته في مقابل ضعف دليل القول الثاني بالمناقشة الواردة عليه - والله أعلم - .
المسألة الرابعة: في الزرع في الأرض المشاعة^(١).

وتحتها أمران:

الأمر الأول: زرع أحد أحد الشريكين مقدار حصته من الأرض المشاعة.

الأمر الثاني: زرع أحد الشريكين جميع الأرض المشاعة.

الأمر الأول:

وتحته فرعان:

الفرع الأول: إن كان بإذن الحاكم.

الفرع الثاني: إن كان بغير إذن الحاكم.

(١) أدرجت هذه المسألة في مسائل المزارعة؛ لأن زرع أحد الشريكين للأرض قد يكون بنفسه، وقد يكون مزارعة مع غيره.

الضرع الأول: إن كان بإذن الحاكم.

إذا طلب أحد الشريكين زراعة الأرض المشتركة فامتتع شريكه منها ومن مزارعته ومن الإذن له بزراعة مقدار نصيبه فرفع الشريك -الطالب- الأمر إلى الحاكم فأذن له بزراعة مقدار نصيبه، فإنه يختص بما زرع ولا أجرة عليه لشريكه؛ لأن الحاكم لا يأذن إلا بما يحقق المصلحة ويرفع الضرر والشريك الممتنع مضار فلا يمكن من الإضرار بشريكه.

الضرع الثاني: إن كان بغير إذن الحاكم.

إذا زرع أحد الشريكين مقدار حصته من الأرض المشاعة من غير أن يستأذن الإمام في ذلك فقد اختلف فيما يترتب على هذا الزرع على ثلاثة أقوال: -

القول الأول:

أنه إذا زرع الأرض وردها بعد أخذ الزرع فعليه أجرتها، وإن أدركها والزرع قائم خير بين تركه إلى الحصاد بأجرته، وبين أخذه بعوضه. وهذا الصحيح من المذهب عند الحنابلة^(١).

(١) أخذ مذهب الحنابلة تخريج من قولهم لو غرس أو بنى أحد الشريكين من غير إذن فهو كالغاصب لما روى جعفر بن محمد أن الإمام أحمد سئل عن رجل غرس نخلا في أرض بينه وبين قوم مشاعا قال: إن كان بغير إذنهم قلع نخله». فقد جعله في حكم الغاصب فيخرج عليه لو زرع بغير إذنهم فيأخذ حكم الغاصب وهو ما أثبتته مذهبا لهم.

(انظر: الإنصاف ٦/ ١٢٥، ثم ٦/ ١٢٩ - ١٣١، المبدع ٥/ ١٥٥ - ١٥٦).

القول الثاني:

أن الزرع له ولا أجره عليه لشريكه إن طلب من شريكه أن يزرع معه أو يهائئه فامتنع.

وبه قال شيخ الإسلام ابن تيمية^(١)، وصوبه في الإنصاف^(٢).

القول الثالث:

أن الزرع له ولا أجره عليه لشريكه مطلقا.

وبه قال المالكية^(٣)، وهو قول للحنفية^(٤).

القول الرابع:

أنه ليس له أن يزرع قدر حصته.

وبه قال أبو حنيفة^(٥).

الأدلة:

لم يذكر أبو حنيفة - رحمه الله - دليلا على ما ذهب إليه. ولعله منع الشريك من زرع مقدار حصته؛ لأن حصته غير متعينة، بل هي شائعة في الجميع، فإذا زرع في أي ناحية فإنه يكون قد زرع في ملك

(١) انظر: مجموع الفتاوى ٣٠ / ١٤٤ - ١٤٥، الإنصاف ٦ / ١٣٢.

(٢) ٦ / ١٣٢.

(٣) انظر: المعيار المعرب ٨ / ١٣٩.

(٤) انظر: الفتاوى الهندية ٥ / ٢٥٦ نقلًا عن خزانة المفتين.

(٥) انظر: فتاوى قاضيخان ٣ / ١١٨.

غيره، والتعدي على ملك الغير لا يجوز.

وقد يقال: بأن هذا التعليل قوي، إذا لم يأذن الشريك ولم يستأذن الحاكم لما فيه من قطع النزاع ولكن إن زرع الشريك بالفعل من غير إذن أحد فما الحكم؟ هذا ما لم يذكره أبو حنيفة - رحمه الله - .
أدلة القول الثالث:

استدل أصحاب هذا القول: بأنه إنما زرع قدر حصته فيكون الزرع له^(١).

ويناقش: بالمنع؛ لأن حصته غير متعينة بل هي شائعة في جميع الأرض، وإذا كان كذلك فإنه لا يختص بالزرع لأنه نماء الأرض المشتركة وقد انتفع بها من غير إذن شريكه ولا إذن الحاكم فلا يستقل به، إذ الاستقلال به قول تأباه أصول الشريعة القائمة على العدل.

أما القول الثاني فلم أقف له على دليل.

ولعل شيخ الإسلام - رحمه الله - يعلل بأن الشريك لما امتنع من الزرع مع شريكه أو مهايأته، فقد أبطل حقه من الانتفاع بالمشاع وكان للآخر أن ينتفع بمقدار نصيبه، ولا أثر للشروع مع ضرورة الانتفاع.

وقد يناقش: بالمنع من إبطال حقه من الانتفاع بامتناعه لأمرين:

أحدهما: أن استغلال الشريك لمقدار نصيبه يؤدي إلى النزاع لأن أجزاء الأرض تتفاوت في الرغبة فيها، والناس تختلف رغباتهم، فقد يكون ما استغله الشريك مرغوباً عند الآخر، وإن كان - في حقيقة الأمر - ليس

(١) انظر: المعيار العرب ٨ / ١٢٩.

أفضل الأرض مع كون الشريك الآخر له ملك في كل جزء من الأرض.
الثاني: أن في استئذان الحاكم دفعا لهذا النزاع الغالب وقوعه،
والحاكم يجبر الشريك الممتنع على المهابة فإن رفض الشريك أذن للآخر
بالانتفاع بجزء منها تحدده هيئة النظر.

أدلة القول الأول:

أولا: أدلتهم على أن عليه الأجرة إذا لم يدرك الشريك الثمرة.
استدلوا على ذلك: بأنه استوفى منفعة أرض الشريك فوجب عليه
عوضها كما لو استوفىها بالإجارة^(١).
ويناقش: بالمنع؛ لأنه استوفى مقدار نصيبه عند امتناع شريكه من
الزرع معه.

ويجاب: بأنه وإن استوفى قدر نصيبه، فإنه يلزم من ذلك انتفاعه
بملك شريكه لشيوع الملك.

ويرد: بأنه لا أثر للشيوع مع ضرورة الانتفاع.

ويجاب: بالمنع من الضرورة لإمكانه رفع الأمر إلى الحاكم فيحكم له
بما يراه الأصلح.

ثانيا: أدلتهم على إثبات الخيار للشريك بين أخذ الأجرة وترك الزرع إلى
الحصاد وبين أخذه بعوضه.

استدلوا على ذلك: بأن كل واحد من الأمرين يحصل به غرضه فملك
الخيرة بينهما تحصيلا لغرضه^(٢).

(١) انظر: المبدع ٥ / ١٥٥ .

(٢) انظر: المرجع السابق ٥ / ١٥٦ .

ويناقش: بأن في تختياره مراعاة له مع كونه مضارا بامتناعه من الزرع معه أو مهايأته.

ويجاب: بالمنع من مراعاته، بل هو إثبات حق له بسبب ملكه لكل جزء من الأرض مشاعا. والإضرار يمكن دفعه بالرجوع إلى الحاكم كما تقدم.

ثالثا: أدلتهم على عدم الإجبار على القلع:

استدلوا على ذلك بالأدلة الآتية:

١- ما روى رافع بن خديج أن النبي ﷺ قال: «من زرع في أرض قوم بغير إذنه فليس له من الزرع شيء وله نفقته»^(١).

قال الترمذي: هذا حديث حسن غريب... وقال: سألت محمد بن إسماعيل فقال: هو حديث حسن^(٢).

٢- أنه زرع حصل في ملك غيره فلم يجبر على قلعه على وجه يضر به، كما لو كانت الأرض مستعارة أو مشفوعة^(٣).

الترجيح:

بعد عرض الأقوال وأدلتها وما جرى عليها من مناقشات فإنه يظهر قوة القول الأول وظهوره لسلامة أدلته من المناقشات الواردة عليها في مقابل مناقشة أدلة الأقوال الأخرى - والله أعلم -.

(١) سبق تخريجه ص: ٢٠٦.

(٢) انظر: سنن الترمذي ٣ / ٦٣٩ - ٦٤٠.

(٣) انظر: هذه الأدلة في: الشرح الكبير مع المغني ٥ / ٢٨٤ - ٢٨٥، المبدع ٥ / ١٥٥ - ١٥٦.

الأمر الثاني: زرع أحد الشريكين جميع الأرض المشاعة.

إذا زرع أحد الشريكين الأرض المشتركة من غير إذن شريكه فإن تحت ذلك فرعين:

الفرع الأول: أن يكون للبلد عادة أن من زرع فله نصيب معلوم.

الفرع الثاني: أن لا يكون لهم عادة.

الفرع الأول: أن يكون للبلد عادة أن من زرع فله نصيب معلوم.

إذا زرع أحد الشريكين جميع الأرض المشاعة من غير إذن شريكه، وكانت عادة بلدهم أن من زرع فيها له نصيب معلوم، ولربها نصيب كذلك. فقد اختلف في هذا الزرع على ثلاثة أقوال:-

القول الأول:

أن ما زرعه في نصيب شريكه يقسم بحسب عادة البلد.

وبه قال شيخ الإسلام ابن تيمية^(١).

القول الثاني:

إنه إذا زرع وردها بعد أخذ الزرع فعليه أجرتها، وإن أدركها والزرع قائم خير بين تركه إلى الحصاد بأجرته وبين أخذه بعوضه.

وبه قال الحنابلة في الصحيح من المذهب^(٢).

(١) انظر: الاختيارات الفقهية/ ١٦٤ - ١٦٥، الإنصاف/ ٦/ ١٣٢.

(٢) أخذ مذهب الحنابلة في هذا الفرع كأخذ مذهبهم فيما إذا زرع قدر نصيبه. انظر ص: ٣١١.

القول الثالث:

أن للشريك الآخر المقاسمة إن لم يدرك الزرع فما وقع في حصته، له أن يأمره بالقلع، وإن كان الزرع قد أدرك فإنه يغرم نقصان الأرض للشريك.

وبه قال الحنفية^(١)

الأدلة:

أدلة القول الثالث:

استدل أصحاب هذا القول بأن الزارع غاصب لنصيب شريكه فلزمه ما ذكر^(٢).

ويناقش من وجهين:

أحدهما: المنع من كونه غاصباً؛ لأنه بنى تصرفه على ما اعتاده أهل بلده من غير نكير ولا نزاع، والعادة تقوم مقام الإذن.

الثاني: لو سلم بكونه غاصباً فإن في إلزامه بما ذكر خلافًا، إذ إن بعض الفقهاء يرى أن رب الأرض إذا أدركها والزرع قائم، فإن له الخيار بين تركه إلى الحصاد بأجرته وبين أخذه بعوضه^(٣).

ثم إن الحنفية لم يبينوا حكم الزرع إذا لم يطلب الشريك المقاسمة.

(١) انظر: فتاوى قاضيخان ٣ / ١٨٩، الفتاوى البزازية ٦ / ٩٩، حاشية ابن عابدين ٣٠٤ / ٤.

(٢) انظر: المراجع السابقة.

(٣) انظر: المبدع ٥ / ١٥٥ - ١٥٦.

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة - المتقدمة - فيما إذا زرع قدر نصيبه^(١).

وتناقش: بأن تلك الأدلة مبنية على كونه غاصبا، وهو غير مسلم لأنه بنى تصرفه على ما اعتاده أهل بلده وهو يقوم مقام الإذن كما تقدم.

أدلة القول الأول:

استدل شيخ الإسلام رحمه الله بأن العادة محكمة، وإذا كانت محكمة فإن الإنسان إذا عمل عملا اعتاده أهل بلده فإنه يأخذ حكم ما اعتادوه ولا يكون مستكرا.

الترجيح:

الراجح هو ما ذهب إليه شيخ الإسلام - رحمه الله - لقوة دليله وظهوره في مقابل مناقشة أدلة المخالفين - والله أعلم -.

الفرع الثاني: ان لا يكون لأهل البلد عادة.

إذا زرع أحد الشريكين جميع الأرض المشاعة ولم يكن للبلد عادة أن من زرع في الأرض المشتركة يكون له نصيب معلوم ولربها نصيب معلوم كذلك.

فقد اختلف في حكم هذا الزرع على قولين:

(١) انظر: ص ٣١٤ - ٣١٥.

القول الأول:

أنه إذا زرع الأرض وردها بعد أخذ الزرع فعليه أجرتها، وإن أدركها الشريك والزرع قائم خير بين تركه إلى الحصاد بأجرته وبين أخذه بعوضه.

وبه قال الحنابلة^(١).

القول الثاني:

أن للشريك الآخر المقاسمة إن لم يدرك الزرع فما وقع في حصته، له أن يأمره بالقلع، وإن كان الزرع قد أدرك فإنه يغرم نقصان الأرض للشريك.

وبه قال الحنفية^(٢).

الأدلة:

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بأن الزارع غاصب لنصيب شريكه فلزمه ما ذكر^(٣).

(١) أخذ مذهب الحنابلة هنا كأخذ مذهبهم فيما إذا زرع قدر نصيبه. انظر: ص ٣١١.

(٢) انظر: فتاوى قاضيخان ٣/ ١٨٩، الفتاوى البزازية ٦/ ٩٩، حاشية ابن عابدين ٤/ ٣٠٤، ويلاحظ أن الحنفية لم يبينوا حكم هذا الزرع إذا لم يطالب الشريك المقاسمة.

(٣) انظر: المراجع السابقة.

ويناقش: بأن في إلزامه ما ذكر نظرا، وبيان ذلك:

أن قلع الزرع إذا لم يدرك إضرار به مع إمكان دفع الضرر عنه، إما بأخذ الزرع بعوضه أو تركه إلى الحصاد وأخذ أجره عنه.

كذلك فإن تغريم الشريك الزارع عن نقصان الأرض -إذا أدرك الزرع- لا يكفي لدفع الضرر، بل لا بد من أجره عن الانتفاع بنصيب غيره.

أدلة القول الأول:

أولا: أدلته على أن عليه الأجره إذا لم يدرك شريكه الثمرة:

استدل أصحاب هذا القول على ذلك بالآتي:

١- أنه استوفى منفعة أرض الشريك فوجب عليه عوضها، كما لو استوفىها بالإجارة.

٢- أن المنفعة مال فوجب أن يضمن كالعين.

ثانيا: أدلتهم على إثبات الخيار للشريك بين أخذ الأجره وترك الزرع إلى الحصاد وبين أخذه بعوضه إذا أدرك الزرع قائما.

استدلوا على ذلك: بأن كل واحد من الأمرين يحصل به غرضه؛ فملك الخيرة بينهما تحصيلاً لغرضه.

ثالثا: أدلتهم على عدم إجباره على القلع.

استدلوا على ذلك بالأدلة الآتية:

١- ما روى رافع بن خديج أن النبي ﷺ قال: «من زرع في أرض قوم بغير

إذنههم فليس له من الزرع شيء وله نفقته»^(١).

والحديث ظاهر في إثبات النفقة له من غير إلزامه بالقلع.

٢- أنه زرع حصل في ملك غيره فلم يجبر على قلعه على وجه يضر به، كما لو كانت الأرض مستعارة أو مشفوعة^(٢).

الترجيح؛

الراجع هو القول الأول لظهوره وقوة أدلته وسلامتها من المناقشة في

مقابل ضعف دليل المخالف بما ورد عليه من مناقشات. والله أعلم.

(١) سبق تخريجه ص: ٢٠٦.

(٢) انظر: الشرح الكبير مع المغني ٥/ ٣٨٤ - ٣٨٥، المبدع ٥/ ١٥٥ - ١٥٦.

المطلب الثاني

في آثار الشيوخ في المساقاة^(١)

وفية مسائل:

المسألة الأولى: في حكم المساقاة بالجزء الشائع.

المسألة الثانية: فيما يترتب على اشتراط معين غير شائع.

المسألة الثالثة: في مساقاة المشاع.

المسألة الرابعة: في اختلاف الجزء المأخوذ عند تعدد الجوائط.

المسألة الخامسة: في اختلاف الجزء المأخوذ باختلاف أصناف الثمر.

المسألة الأولى:

اختلف في صحة المساقاة بجزء من الثمر على قولين:

القول الأول:

صحة المساقاة بجزء شائع.

وبه قال الملكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤)، وهو قول أبي يوسف

(١) المساقاة: هي أن يدفع الرجل شجرة إلى آخر ليقوم بسقيه وعمل سائر ما يحتاج إليه بجزء معلوم له من ثمره. انظر المغني ٣٩١/٥.

(٢) انظر: الكافي لابن عبد البر ١٠٦/٢، شرح زروق على الرسالة ١٦١/٢.

(٣) انظر: المهذب ٥١٣/١، فتح الوهاب ٢٤٤/٢.

(٤) انظر: الهدية لأبي الخطاب ١٧٨/١، الفروع ٤٠٦/٤.

ومحمد بن الحسن من الحنفية^(١)، وهو قول الظاهرية^(٢).

وبه قال جمهور الصحابة والتابعين^(٣).

- قال في كفاية الطالب الرياني^(٤): «ولها شروط .. منها أن يساقي على جزء شائع معلوم سواء كان كثيراً أو قليلاً».
- وقال في التهذيب^(٥): «ولا تصح المساقاة حتى يجعل للعامل جزءاً معلوماً من الثمار فيقول ساقيتك على أن لك نصف الثمرة أو ثلثها...».
- وفي شرح الزركشي على مختصر الخرقى^(٦): «.. ويشترط أن يكون بجزء شائع معلوم كالثلث والربع ونحو ذلك للحديث، لا على صاع أو أصع أو ثمرة نخلة بعينها».
- وفي الهداية شرح بداية المبتدي^(٧) «قال أبو حنيفة رحمه الله: المساقاة بجزء من الثمرة باطلة، وقالوا جائزه إذا ذكر مدة معلومة وسمى جزءاً من الثمرة مشاعاً».
- وقال في المحلى^(٨): «المعاملة .. وهي أن يدفع المرء أشجاره - أي شجر

(١) انظر: البناية ٧٤١/٨ - ٧٤٢، دور الحكام ٢/٢٢٨.

(٢) انظر: المحلى ٨/٢٢٩.

(٣) انظر: صحيح البخاري ٦٨/٣، المحلى ٨/٢٢٩، المغني ٥/٣٩١.

(٤) ١٩٢/٢ وعليه حاشية العدوي.

(٥) للبغوي خ ٢/٢٢٠.

(٦) ٢٣٩٠/٥.

(٧) ٥٩/٤.

(٨) ٢٢٩/٨.

كان - لمن يحفرها ويزيلها ويسقيها .. على سهم مسمى من ذلك الثمر
أو مما تحمله الأصول كنصف أو ثلث أو ربع...».

القول الثاني:

بطلان المساقاة بالجزء الشائع.

وبه قال أبو حنيفة^(١).

الأدلة:

استدل أبو حنيفة بما استدل به في إبطال المزارعة؛ لأن المساقاة
كالمزارعة عنده^(٢)، وقد تقدمت مناقشتها^(٣).

واستدل أصحاب القول الأول بالأدلة الآتية:-

- ١- ما استدلووا به^(٤) على صحة المزارعة بالجزء الشائع وقد تقدمت^(٥).
- ٢- ما روى ابن عمر أن النبي ﷺ دفع إلى يهود خيبر نخل خيبر وأرضها
على أن يعتملوها من أموالهم وأن لرسول الله ﷺ شطر ثمرتها^(٦).
- ٣- ما روى ابن عمر قال: أعطى رسول الله ﷺ خيبر بشطر ما يخرج من

(١) انظر: بدائع الصنائع ٦/١٨٥، البناية ٨/٧٤١، تبين الحقائق ٥/٢٨٤.

(٢) انظر: المراجع السابقة.

(٣) انظر: ص ٢٧٥ - ٢٩١.

(٤) انظر: المغني ٥/٢٩١ - ٢٩٢، مجموع الفتاوى ٢٩/٩٤ وما بعدها، الإشراف
للقاضي عبد الوهاب ٢/٦٢، فتح العزيز ١٢/١٠٠ - ١٠١، بدائع الصنائع
٦/١٨٥، المحلى ٨/٢٢٩.

(٥) انظر: ص ٢٩٠ - ٣٠٣.

(٦) سبق تخريجه ص ٢٩٤.

ثمر أو زرع فكان يعطي أزواجه كل سنة مائة وسق: ثمانين وسقا من تمر، وعشرين وسقا من شعير... الحديث^(١).

ولا يخفي ما في هذه الأحاديث من معاملة النبي ﷺ لهم على النخل والأرض بشرط ما يخرج منها من ثمر أو زرع.

٤- ما روى أبوهريرة رَضِيَ اللهُ عَنْهُ قال: قالت الأنصار للنبي ﷺ: اقسم بيننا وبين إخواننا^(٢) النخيل. قال: لا، فقالوا^(٣): تكفونا^(٤) المؤنة ونشركم في الثمرة، قالوا: سمعنا وأطعنا^(٥).

وجه الاستدلال: أنهم شاركوهم في الثمرة مقابل كفايتهم المؤنة^(٦).

ونوقش: بأن المهاجرين كانوا ملكوا من الأنصار نصيباً من الأرض والمال باشتراط النبي ﷺ على الأنصار مواساة المهاجرين ليلة العقبة^(٧).

وأجيب عنه من وجهين:-

أحدهما: أن هذه دعوى لا دليل عليها.

(١) أخرجه البخاري في صحيحه / كتاب الحرث والمزراعة / باب المزارعة بالشرط ٦٨/٣ رقم ٢٢٢٨، وأخرجه مسلم في صحيحه - وهذا لفظه - كتاب المساقاة / باب المساقاة والمعاملة بجزء من الثمرة والزرع ١١٨٦/٣ رقم ١٥٥١.

(٢) المقصود بقولهم إخواننا: أي المهاجرين.

(٣) قالوا: أي الأنصار.

(٤) تكفونا: يريدون المهاجرين.

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه / كتاب الحرث والمزراعة / باب إذا قال اكفني مؤنة النخل وغيره وتشركني في الثمر ٦٧/٣ رقم ٢٣٢٥.

(٦) انظر: فتح الباري شرح صحيح البخاري ٩/٥.

(٧) انظر: المرجع السابق.

ورد: بأن الدليل اشتراط النبي ﷺ على الأنصار مواساة المهاجرين.

وأجيب: بأنه لايلزم من اشتراط المواساة ثبوت الاشتراك.

الثاني: أنه لو كان كذلك لكان ما يأخذونه من الثمر مقابل مشاركتهم في الأصل، لا مقابل العمل الذي جعل شرطاً في الاستحقاق.

الترجيح:

الترجيح في هذه المسألة مبني على الترجيح في مسألة المزارعة بجزء شائع. وقد تقدم هناك أن الراجح هو القول الأول لقوة أدلته وسلامتها من المناقشة الواردة عليها في مقابل مناقشة أدلة الأقوال الأخرى. وبناء على ذلك فالراجح هنا القول الأول - والله أعلم -.

المسألة الثانية: فيما يترتب على اشتراط معين غير شائع.

وفيهما فرعان:

الفرع الأول: حكم المساقاة مع هذا الاشتراط.

الفرع الثاني: ما يترتب على هذا الحكم.

الفرع الأول:

صورته: أن يساقي رجل رجلاً آخر ويشترط ما يخرج من نخل معين أو يشترط جزءاً معلوماً وأصعاً معلوماً أو يشترط أصعاً معلوماً ونحو ذلك. ولا خلاف بين أهل العلم في فساد هذه المساقاة^(١).

(١) انظر: بدائع الصنائع ١٨٦/٦، البناية ٧٤٨/٨، الكافي لابن عبد البر ١٠٨/٢، الشرح الصغير ٧١٦/٣، التهذيب للبيهقي خ ٢/٢٢٠، المهذب ٥١٣/١، المغني ٣٩٥/٥، الهداية ١٧٨/١، المحلى ٢٢٩/٨.

وعلى لهذا الفساد بأمرين:

أحدهما: أن في هذا الاشتراط إلحاق ضرر إما بالمالك أو بالعامل وهذا لا يجوز، وبيان ذلك: أنه إذا ساقاه على أصع معلومة فإنه قد لا يحصل غيرها فيتضرر المالك وربما كثر الحاصل فيتضرر العامل، وإن شرط له ثمر نخلات معينة فقد لا تحمل ويحمل غيرها فتكون الثمرة كلها لرب المال، وقد لا يحمل غيرها فتكون كلها للعامل ولا يخفى ما في هذا من الضرر ولهذا العلة نهى النبي ﷺ عن المزارعة التي يجعل فيها لرب الأرض مكان معين وللعامل مكان معين^(١).

قال رافع بن خديج: «كنا أكثر أهل المدينة حقلا وكان أحدنا يكري أرضه فيقول هذه القطعة لي وهذه لك فريما أخرجت ذه ولم تخرج ذه فنهاهم النبي ﷺ»^(٢).

الثاني: أن العامل إذا شرط له أصع معلومة أو ثمرة نخلة بعينها فريما لا يحصل منه الاهتمام التام بسائر شجر البستان فينشأ عن ذلك النزاع والخصام.

الفرع الثاني: ما يترتب على هذا الحكم.

إذا فسد عقد المساقاة باشتراط معين غير شائع فإن الثمرة لرب الشجر، واختلف في ما يلزمه للعامل، هل هي أجرة المثل، أو نصيب المثل على قولين:

(١) انظر: المدونة ٥/٥، المهذب ١/٥١٣-٥١٤، المغني ٥/٣٩٥-٣٩٦، الشرح الكبير مع المغني ٥/٥٦١-٥٦٢.

(٢) سبق تخريجه ص: ٢٨١.

القول الأول:

أن للعامل نصيب المثل.

وبه قال الإمام مالك في رواية اختارها ابن الماجشون^(١) من المالكية^(٢).
وهو اختيار ابن تيمية^(٣).

القول الثاني:

أن للعامل أجره المثل.

وبه قال الحنفية^(٤)، والشافعية^(٥)، والحنابلة^(٦)، وهو رواية عن مالك^(٧)
اختارها ابن القاسم^(٨).

(١) هو: عبد الملك بن عبد العزيز بن عبد الله بن أبي سلمة الماجشون التيمي بالولاء أبو مروان المدني المالكي الفقيه، أخذ عن مالك وغيره، أثنى عليه ابن حبيب وكان يرفعه على أكثر أصحاب مالك. من آثاره: كتاب كبير في الفقه. توفي سنة ٢١٢هـ وقيل غير ذلك.

(انظر: الديباج المذهب ص ١٥٣، تهذيب التهذيب ٦/٤٠٧-٤٠٨، شجرة النور الزكية ص ٥٦).

(٢) انظر: بداية المجتهد ٢/٢١٧، قوانين الأحكام الشرعية ص ٣٠٧.

(٣) انظر: مجموع الفتاوى ٣٠/٨٤، الاختيارات الفقهية ص ١٥١.

(٤) انظر: المبسوط ٢٣/٥٩، تكملة البحر الرائق ٨/١٦٤.

(٥) انظر: المهذب ١/٥١٥، حاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج ٥/٢٤٩.

(٦) انظر: الشرح الكبير مع المغني ٥/٣٦٢، كشاف القناع ٢/٥٤٤.

(٧) انظر: بداية المجتهد ٢/٢١٧، الخرشي على مختصر خليل ٦/٢٣٦، قوانين الأحكام الشرعية ص ٣٠٧.

(٨) هو: عبد الرحمن بن القاسم بن خالد بن جنادة العتقي المصري، صاحب الإمام=

الأدلة:

أدلة القولين في هذا الفرع هي أدلتهم في ما يترتب على فساد العقد -في المزارعة- باشتراط معين غير شائع، والراجح هنا هو الراجح هناك لما تقدم هناك^(١). والله أعلم.

المسألة الثالثة: في مساقاة المشاع.

وفيها فروع:

الفرع الأول: في مساقاة الشريكين للمشاع.

الفرع الثاني: في مساقاة أحد الشريكين شريكه.

الفرع الثالث: في مساقاة أحد الشريكين في نصيبه أجنبياً.

الفرع الأول:

صورته: أن يكون حائط بين شريكين فيساقيان عليه رجلاً بجزء معلوم من ثمرته كالنصف أو الربع ونحو ذلك.

ولا خلاف بين القائلين بصحة المساقاة في صحة مساقاة الشريكين

=مالك، ولد سنة ١٣٢هـ وقيل ١٢٨، وتوفي سنة ١٩١. وكان رجلاً فقيهاً صالحاً زاهداً لم يرو أحد الموطأ عن مالك أثبت منه، وروى عن مالك المدونة وهي من أجل كتب المالكية.

(انظر: ترتيب المدارك ١/٤٣٣ - ٤٤٦، الديباج المذهب ص ١٤٦ - ١٤٧، تهذيب التهذيب ٦/٢٥٢ - ٢٥٤).

(١) انظر: ص ٢٠٥ - ٢٠٨. والأدلة في شرح منتهى الإرادات ٣/٣٤٩. كشف القناع ٣/٥٤٤.

للمشاع^(١). والأدلة عليها هي الأدلة على المساقاة بجزء شائع^(٢)، إذ لا فرق بين أن يكون الشجر لشخصين أو لأكثر.

الفرع الثاني: في مساقاة أحد الشريكين شريكه.

صورتها: أن يكون بستان بين شريكين فيساقى أحد الشريكين شريكه.

وقد اختلف في صحة هذه المساقاة على قولين:-

القول الأول:

صحة هذه المساقاة بشرط أن يكون للشريك المساقى أكثر من حصته.

وبه قال المالكية^(٣)، والشافعية^(٤)، والحنابلة^(٥).

القول الثاني:

أن هذه المساقاة فاسدة ولو عمل فإنه لا يستحق شيئاً.

وبه قال الحنفية^(٦).

الأدلة:

استدل أصحاب القول الثاني: بأن في المعاملة معنى الإجارة، ولا يجوز

(١) انظر: الفتاوى الهندية ٢٧٩/٥، المدونة ١٧/٥، نهاية المحتاج ٢٥٢/٥، حاشية الجمل على المنهج ٥٢٥/٣، المغني ٣٩٧/٥، كشاف القناع ٥٢٦/٣.

(٢) انظر: ص ٣٢٥ - ٣٢٧.

(٣) انظر: المدونة ١٦/٥.

(٤) انظر: المنهج مع حاشية الجمل ٥٢٥/٣، الغاية القصوى ٦٥١/٢.

(٥) انظر: المغني ٣٩٩/٥، كشاف القناع ٥٤٢/٣.

(٦) انظر: المبسوط ١٠٩/١٢، بدائع الصنائع ١٨٦/٦.

الاستئجار لعمل فيه الأجير شريك المستأجر^(١).

ويناقش من وجهين:

أحدهما: لا يسلم أن في المعاملة معنى الإجارة، وقد تقدم بيان ذلك^(٢).

الثاني: لو سلم بأن في المعاملة معنى الإجارة، فإنه لا يسلم المنع من الاستئجار لعمل فيه الأجير شريك المستأجر، إذ لا دليل على ذلك، بل الدليل عام في صحة المساقاة بالجزء الشائع سواء أكان المساقى شريكا أم غيره، وعلى من يدعي تقيد الصحة بالأجنبي أن يذكر الدليل على ذلك.

ويجاب: بأن الدليل على المنع: أن هذا العمل يؤدي إلى مؤاجرة الإنسان نفسه وهو لا يجوز^(٣).

ويرد: بأنه لا يؤدي إلى ذلك، لأن المؤاجرة تقع على نصيب الشريك لا على نصيب المستأجر.

ويعترض: بأن نصيب المؤجر غير متميز فيقع العمل على النصيبين معا.

ويدفع: بأنه وإن وقع على النصيبين فإنه لا يلزم أن يكون العمل في نصيب المستأجر على سبيل الإجارة.

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:

١- ما استدلووا به على صحة المساقاة بالجزء الشائع لعدم الفرق بين أن

(١) انظر المرجعين السابقين.

(٢) انظر: ص ٢٨٧ - ٢٩٠.

(٣) هذا ما علل به المانعون لمزارعة الشريك شريكه. انظر: ص ٣٠٩.

يكون المساقى شريكا أو أجنبيا .

٢- أن البيع يجوز فيه أن يشتري الشريك نصيب شريكه بلا خلاف
فكذلك المساقاة في نصيبه .

الترجيح:

الراجح هو القول الأول؛ لعدم الفرق بين مساقاة الشريك ومساقاة
الأجنبي في مقابل ضعف ما استدل به أصحاب القول الثاني بالمناقشة
الواردة عليه . والله أعلم .

الضرع الثالث: في مساقاة أحد الشريكين في نصيبه أجنبيا بغير إذن
الشريك .

وصورته: أن يكون بستان مشترك بين شخصين فيساقى أحدهما في
نصيبه أجنبيا .

وقد اختلف في صحة هذه المساقاة على قولين:

القول الأول:

صحة هذه المساقاة .

وهو قول للحنفية^(١)، وقول للشافعية^(٢)، استظهره زكريا الأنصاري^(٣) .

(١) انظر: حاشية ابن عابدين ٢٩٢/٦ .

(٢) انظر: شرح روض الطالب ٢/٣٩٤ - ٣٩٥، مفني المحتاج ٢/٣٢٧ .

(٣) هو: زين الدين أبو يحيى زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري الشافعي، ولد سنة
٨٢٣هـ، وكان رجلا صالحا عالما بالفقه والفرائض والتفسير والحديث والقراءات .
توفي سنة ٩٢٦هـ . من مصنفاته: «الفرع البهية في شرح البهجة الوردية» و«منهج
الطلاب» .

(انظر: البدر الطالع ١/٢٥٢، الأعلام للزركلي ٣/٤٦) .

القول الثاني:

أن هذه المساقاة لاتصح.

وهو قول للحنفية^(١) رجحه ابن عابدين^(٢)، وقول للشافعية^(٣) اختاره السبكي^(٤) وابن المقري^(٥).

(١) انظر: حاشية ابن عابدين ٢٩٢/٦.

(٢) هو: محمد أمين بن عمر بن عبدالعزيز عابدين الدمشقي، فقيه الديار الشامية وإمام الحنفية في عصره، ولد سنة ١١٩٨، وتوفي سنة ١٢٥٢هـ. من تصانيفه: «رد المحتار على الدر المختار» و«العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية». (انظر: هدية العارفين ٢/٣٦٧، الأعلام للزركلي ٦/٤٢، معجم المؤلفين ٩/٧٧).

(٣) انظر: حاشية الرملي الكبير على شرح روض الطالب ٢/٣٩٤ - ٣٩٥، نهاية المحتاج ٥/٢٥٢.

(٤) هو: علي بن عبد الكافي بن علي بن تمام بن يوسف بن موسى السبكي تقي الدين أبو الحسن، من فقهاء الشافعية، توفي سنة ٧٥٦هـ. من مصنفاته: «الابتهاج بشرح المنهاج» و«الفتاوى» جمعها ولده تاج الدين في ثلاث مجلدات.

(انظر: طبقات السبكي ٦/١٤٦ - ٢٢٧، الدرر الكامنة ٣/١٣٤ - ١٤٢، شذرات الذهب ٦/١٨٠ - ١٨١).

(٥) هو: شريف الدين أبو محمد إسماعيل بن أبي بكر بن عبدالله بن إبراهيم الشرجي اليماني المعروف بابن المقري الشافعي، ولد سنة ٧٥٤ وقرأ في عدة فنون وبرز في جميعها وفاق أهل عصره وطال صيته واشتهر ذكره. توفي سنة ٨٢٧. من مصنفاته: «الروض» مختصر الروضة، و«الإرشاد» في فروع الشافعية.

(انظر: الضوء اللامع ٢/٢٩٢ - ٢٩٥، بغية الوعاة ص ١٩٣ - ١٩٤، البدر الطالع ١/١٤٢ - ١٤٥).

الأدلة:

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:

١- أن العمل مجهول إذ يتعذر تخصيص عمله بما سوقي عليه من المشاع^(١).

ويناقش: بالمنع من جهالة العمل، إذ يمكن معرفة العمل بأحد أمرين:
الأمر الأول: بالمهياة - بأن يهائى الشريك شريكه مهياة مكانية أو زمانية فيعمل المساقى الأجنبي في زمان الذي هياه أو في المكان الذي حصل له.

الأمر الثاني: أن يعمل الأجنبي في محل الذي ساقاة مع الشريك الآخر كما كان يعمل مساقيه.

٢- أن العمل في المشترك يتوقف على إذن المالك وحينئذ فلا يصح إلزام العامل ما لا يقدر على العمل فيه^(٢).

ويناقش: بأنه لا أثر لإذن المالك إذا ساقى الآخر في زمن نوبته أو مكانها من المهياة أو حل محل الآخر في العمل كما لو مرض الشريك في التجارة فأقام آخر مكانه.

أدلة القول الأول:

يستدل لهذا القول: بأن المصلحة تقتضي صحة هذه المساقاة، لأن أحد الشريكين قد لا يستطيع العمل في حصته، ويرفض مساقاته فيؤدي

(١) انظر: حاشية الرملي الكبير على شرح روض الطالب ٢/٣٩٥.

(٢) انظر: المرجع السابق.

إلى تعطيل الملك، أو أن يستغل القادر نصيب العاجز من غير مقابل.

الترجيح:

الراجع هو القول الأول؛ لظهوره وقوة دليله وسلامته من المناقشة في مقابل مناقشة أدلة القول الثاني - والله أعلم - .

المسألة الرابعة: في اختلاف الجزء المأخوذ عند تعدد الحوائط.

وفية فرعان:

الفرع الأول: إذا تعدد العقد.

الفرع الثاني: إذا كان العقد صفقة واحدة.

الفرع الأول:

صورته: أن يكون لشخص حائطان أو أكثر فيساقى عليهما رجلا أحدهما على النصف والآخر على الثلث، وكل حائط في عقد مستقل. وهذا لاختلاف فيه عند القائلين بجواز المساقاة؛ لأن كل عقد يعتبر مساقاة مستقلة.

الفرع الثاني:

وفيه أمران:

الأمر الأول: إذا لم يسم الجزء المساقى عليه في كل حائط.

الأمر الثاني: إذا سمي ذلك.

الأمر الأول:

وصورته: أن يساقى شخص على حائطيه رجلا ولا يسمى الجزء المساقى عليه.

وهذه المساقاة لا تصح ولم أر في ذلك خلافا؛ لأنها قد تقسد المساقاة في بعضها أو يتلف الثمر فيؤدي إلى الغرر والنزاع.

الأمر الثاني:

وصورته: أن يساقي على حائطيه رجلا أحدهما على النصف - مثلا- والآخر على الثلث في عقد واحد ويبين المساقي عليه بالنصف من المساقي عليه بالثلث.

وقد اختلف في صحة هذه المساقاة على قولين:-

القول الأول:

صحة هذه المساقاة.

وبه قال الحنفية^(١)، والشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣).

القول الثاني:

أن هذه المساقاة لا تصح.

وبه قال المالكية^(٤).

(١) أخذ مذهب الحنفية تخريج على قولهم بصحة المساقاة مع اختلاف الجزء المشروط باختلاف أصناف الثمر. ومن تجويزهم لمزارعة الأرض ثلاث سنين، السنة الأولى على النصف، والسنة الثانية على الثلث، والسنة الثالثة على الربع. (انظر: المبسوط ٤١/٢٣، ٦٤، فتاوى قاضيخان ١٧١/٣، ١٧٢، بدائع الصنائع ١٨٦/٦).

(٢) انظر: التهذيب للبيهقي خ ٢/ ق ٢٢١.

(٣) انظر: المغني ٣٩٦/٥، الشرح الكبير مع المغني ٥٦٣/٥.

(٤) انظر: الكافي لابن عبد البر ١٠٩/٢، مواهب الجليل ٣٧٤/٥.

الأدلة:

استدل أصحاب القول الثاني: بأن النبي ﷺ عامل خيبر كلها على جزء واحد، وهو النصف مع أن خيبر فيها الجيد وفيها الرديء^(١).

ويناقش من وجهين :

أحدهما: أن معاملة النبي ﷺ خيبر كلها على النصف ليس فيه دلالة على محل النزاع؛ لأنه لا يلزم من معاملة النبي جميع خيبر بجزء واحد: امتناع التفاوت في الجزء عند تعدد الحوائط، وإلا للزم عدم صحة المساقاة إلا بالنصف؛ لأن النبي ﷺ لم يعامل بغير هذا الجزء. وطريقة الاستدلال واحدة. فإذا كانت المساقاة تصح بالنصف وغيره من الأجزاء الشائعة، فإنه يلزم أن تصح بالأجزاء الشائعة، وإن اختلفت الحوائط؛ لأن علة صحة المساقاة: شيوع الجزء دون نظر إلى مقداره ولا يخفى ما في الاستدلال بمعاملة النبي ﷺ على هذه الطريقة من إخلائها من الفائدة.

الثاني: أن أصحاب هذا القول يجيزون التفاوت عند تعدد الحوائط إذا كان كل حائط قد عقد عليه منفردا عن الآخر^(٢)، وما الفرق بين العقد عليهما في صفقة واحدة أو صفقتين؟!

وإذا لم يبق لهم مستمسك فإنه يرجع إلى الأصل وهو صحة المساقاة بالجزء الشائع دون نظر إلى مقداره أو اختلافه.

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:

١- قياس المساقات بالأجزاء المتعددة - إذا سمي الجزء المساقى عليه في

(١) انظر: التاج والإكليل مع مواهب الجليل ٣٧٩/٥.

(٢) انظر: التاج والإكليل ٣٧٩/٥، الخرشي على مختصر خليل ٢٣٢/٦.

كل حائط على المساقاة بالجزء الواحد في الصحة بجامع أن كلا منهما عقد على جزء شائع معلوم.

٢- قياس المساقاة على الحوائط المتعددة صفقة واحدة على المساقاة عليها صفقات متعددة بجامع أن كلا منهما عقد على جزء شائع معلوم.

٣- قياس هذه المعاملة على البيع - في قوله بعتك دارى هاتين هذه بألف وهذه بمائة - بجامع أن كلا منهما عقد على متعدد صفقة واحدة بمقدار مختلف^(١).

٤- أن الحاجة تدعو إلى هذه المعاملة؛ لأن الخيطان تختلف فيما تحتاجه من جهد وعناء، فالاختلاف في الجزء المشروط إنما هو لهذا الاختلاف؛ لأن المالك لا يرضى بإعطاء الحائط الذي لا يحتاج إلى جهد كبير بنفس الجزء الذي يعطى به ما يحتاج إلى جهد أقل، والعامل عكس ذلك.

ويناقش: بأن دفع الحاجة لا يتوقف على كون العقد صفقة واحدة.

الترجيح:

الراجح هو القول الأول لقوة أدلته وسلامة أكثرها من المناقشة في مقابل ضعف دليل القول الثاني بالمناقشة الواردة عليه - والله أعلم -.

المسألة الخامسة: في اختلاف الجزء المأخوذ باختلاف أصناف الثمر.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: إذا تعدد العقد.

(١) انظر: الشرح الكبير مع المفني ٥/٥٦٣.

الفرع الثاني: إذا كان العقد صفقة واحدة.

الفرع الأول:

صورتته: أن يكون في البستان أصناف من الشجر كعنب ونخل وغيرهما، فيساقيه على أن له نصف العنب وربع التمر، ونحو ذلك، وكل مساقاة في عقد مستقل.

ولا خلاف في جواز هذه المساقاة عند المجوزين للمساقاة في الأصل؛ لأن كل عقد يعتبر مساقاة مستقلة.

الفرع الثاني:

وفيه أمران:

الأمر الأول: إذا لم يسم الجزء المساقى عليه في كل نوع.

الأمر الثاني: إذا سمي ذلك.

الأمر الأول:

وصورته: أن يساقى رجل على أصناف الثمر الذي في بستانه رجلا ولا يسمى الجزء المساقى عليه.

وهذه المساقاة غير صحيحة ولم أر خلافا في ذلك؛ لأن الثمر قد يتلف في بعض ما وقع عليه العقد فيؤدي إلى الفرر والنزاع.

الأمر الثاني:

وصورته: أن يساقى على أصناف الثمر الذي في بستانه ويسمي لكل صنف جزءا، كأن يساقيه على أن له نصف العنب وربع التمر ويكون ذلك في صفقة واحدة.

وقد اختلف في صحة هذه المساقاة على قولين:-

القول الأول:

صحة هذه المساقاة.

وبه قال الحنفية^(١)، والشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣).

القول الثاني:

أن هذه المسألة لا تصح.

وبه قال المالكية^(٤).

الأدلة:

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول: بأنه إذا حصل له النصف في التمر والربع في الزيتون أو العنب - مثلاً - كان كل من الجزأين غير شائع في جميع الحائط^(٥).

ويناقش: بأن عدم شيوع كل جزء في جميع أنواع الشجر لا يؤثر؛ لأن عدمه لا يؤدي إلى غرر ولا نزاع ولا ضرر فيه، وإنما المؤثر عدم علم الجزء المشروط وهو منتف هنا.

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:

(١) انظر: المبسوط ٤١/٢٢، فتاوى قاضيخان ١٧١/٢.

(٢) انظر: الغاية القصوى ٦١٥/٢، شرح روض الطالب ٣٩٤/٢.

(٣) انظر: الشرح الكبير مع المغني ٥٦٣/٥، المبدع ٥٥/٥.

(٤) انظر: مواهب الجليل ٢٧٤/٥، حاشية العدوي على شرح أبي الحسن ١٩٣/٢.

(٥) انظر: حاشية الدسوقي على شرح الكبير ٥٤٠/٣.

١- قياس اختلاف الجزء المشروط في الأنواع إذا بين مقدار كل جزء في كل نوع صفقة واحدة على جوازه إذا تعددت الصفقة بجامع أن كلا منهما عقد على أجزاء مشاعة معلومة.

٢- أن المساقاة مع اختلاف الجزء المأخوذ: بمنزلة ما لو ساقاه على بستانين أو أكثر كل بستان بقدر مخالف للقدر المشروط من الآخر^(١).
ويناقش: بمنع الأصل المقيس عليه.

ويجاب: بأنه لا يسلم منع الأصل المقيس عليه؛ لأن الراجح -كما تقدم^(٢)- صحة المساقاة عند تعدد الحوائط واختلاف الجزء المأخوذ من كل حائط.

٣- أن الحاجة تدعو إلى التفاوت في الجزء المشروط؛ لأن الأشجار تختلف فيما تحتاجه من سقي وإصلاح ونحو ذلك، وقد لا يرضى العامل بأن يأخذ الربع -مثلا- في الجميع، لأن الأشجار التي تحتاج إلى جهد كبير -هي أكثر ما في البستان وقد لا يرضى المالك بإعطائه الثلث -مثلا-؛ لأن في البستان من الأشجار ما لا يحتاج إلى جهد كبير فكان في تصحيح المساقاة مع اختلاف الجزء باختلاف أصناف الثمر: تحقيق للعدل بين المتعاقدين وتلبية رغبتهما.
ويناقش: بأن الحاجة تدفع بالعقد على كل نوع منفردا.

الترجيح:

الراجح ، هو القول الأول لظهوره وسلامة أكثر أدلته من المناقشة الوارد عليها في مقابل ضعف دليل المخالف بما ورد عليه من مناقشة. والله أعلم.

(١) انظر: المغني ٢٩٦/٥، كشف القناع ٥٣٦/٣.

(٢) انظر: ص ٣٢٨ - ٣٢٩.

المطلب الثالث

في آثار الشيوع في المغارسة

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: في حكم المغارسة بجزء شائع.

المسألة الثانية: في الفرس في الأرض المشاعة.

المسألة الأولى:

وفيها فرعان:

الفرع الأول: إذا كان للعامل نصيب من الأرض.

الفرع الثاني: إذا لم يكن له نصيب منها.

الفرع الأول:

صورته: أن يدفع شخص أرضه لمن يفرس فيها نخلا وشجرا بجزء مشاع من الأرض والشجر.

وقد اختلف في صحة هذه المغارسة على قولين:-

القول الأول:

أن هذه المغارسة صحيحة.

وبه قال المالكية^(١)، وقال شيخ الإسلام ابن تيمية إنه قياس المذهب^(٢).

(١) انظر: الكافي لابن عبد البر ١٠٢/٢، البهجة شرح التحفة ١٩٦/٢-١٩٧، الشرح الكبير للدردير ٥٤٧/٣، بلغة السالك ٧٢٨/٣.

(٢) انظر: الإنصاف ٤٧١/٥، وقال في الاختيارات ص ١٤٨: هو مقتضى قول أبي حفص.

القول الثاني:

أن هذه مغارسة لا تصح.

وبه قال الحنفية^(١)، والحنابلة^(٢).

الأدلة:

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول: بأن اشتراط جزء من الأرض يؤدي إلى اشتراكهما في الأصل وهو فاسد، قياساً على ما لو دفع إليه الشجر والنخيل ليكون الأصل والثمرة بينهما، أو شرط في المزارعة كون الأرض والزرع بينهما^(٣).

ويناقش من وجهين:

أحدهما: منع الأصل المقيس عليه؛ لأنه خلاف الأصل ولا دليل عليه.
الثاني: هذه العلة غير مانعة؛ لأنها لم تمنع من صحة دفع الشجر لمن يفرسه بجزء منه. وهو أخذ جزء من الأصل.

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:

١- قياس أخذ جزء من الأرض في المغارسة على أخذ جزء من الغزل

(١) انظر: تكملة البحر الرائق ١٦٥/٨، الفتاوى الهندية ٢٧٩/٥، بدر المتقي شرح ملتقى الأبحر ٥٠٦/٢.

(٢) انظر: المغني ٤١٥/٥، المبدع ٤٨/٥، الإنصاف ٤٧٠/٥، شرح منتهى الإرادات ٣٤٣/٢.

(٣) انظر: المغني ٤١٥/٥.

المنسوج في النسيج في الصحة بجامع أن كلا منهما جزء من محل العمل^(١).

ويناقش: بأنه قياس مع الفارق؛ لأن العمل في الغزل معروف ومحدد مآلاً، وفي المفارسة فيه جهالة؛ لعدم معرفة ما سيؤول إليه المغروس. ويجاب عنه من وجهين:

أحدهما: منع الجهالة؛ لأن العمل يحدد ويضبط في العقد.

الثاني: لو سلم بوجود الجهالة، فقد صححت المفارسة بجزء من الشجرة مع هذه الجهالة.

٢- قياس أخذ جزء من الأرض على أخذ جزء من الشجر بجامع أن كلا منهما جزء من الأصل الذي وقع عليه العمل.

ويناقش من وجهين:

أحدهما: ما نوقش به الدليل المتقدم من وجود الجهالة. وقد سبق الجواب عنه.

الثاني: أنه قد يهلك الشجر فيدفع جزءاً من الأرض من غير قابل.

ويجاب عنه بأن الهلاك إذا كان بعد التسليم فقد أدى العامل ما عليه، وإن كان قبله لم يستحق شيئاً من الأرض.

الترجيح:

الراجح فيما يظهر -والله أعلم- هو القول الأول لقوة أدلته وسلامتها من المناقشات الواردة عليها في مقابل مناقشة دليل القول الثاني.

(١) انظر: الاختيارات الفقهية ص ١٤٨.

الفرع الثاني: إذا لم يكن للعامل نصيب من الأرض.

وفيه أمران:

الأمر الأول: إذا كان الشجر من العامل.

الأمر الثاني: إذا لم يكن الشجر من العامل.

الأمر الأول:

إذا شرط رب الأرض على المغارس أن يكون الغراس منه فوافق

الغراس فهل تصح هذه المغارسة أو لا؟

اختلف في ذلك على قولين:

القول الأول:

أن هذه المغارسة صحيحة.

وبه قال الحنفية^(١)، وهو رواية عند الحنابلة^(٢) اختارها شيخ الإسلام

ابن تيمية^(٣).

القول الثاني:

أن هذه المغارسة لا تصح.

وهو المذهب عند الحنابلة^(٤).

(١) انظر: تكملة البحر الرائق ١٦٥/٨، الفتاوى الهندية ٢٧٩/٥.

(٢) انظر: المغني ٤١٤-٤١٥، المبدع ٤٨/٥.

(٣) انظر: الاختيارات ١٤٨-١٥٠، الإنصاف ٤٧١/٥، ٤٨٣،

(٤) انظر: الإنصاف ٤٧٠/٥، كشف القناع ٥٣٤-٥٣٥.

الأدلة:

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة التي استدلوا بها على اشتراط
البذر على رب الأرض في المزارعة وهي:

أنهما يشتركان في نمائه، فوجب أن يكون رأس المال من أحدهما
والعمل من الآخر كالمضاربة^(١).

ونوقش من وجوه:

أحدها: أنه قياس في مقابلة النص الدال على اشتراطه على العامل
وسياتي في أدلة القول الأول.

الثاني: أنه منقوض بما إذا اشترك مالان وبدن أحدهما^(٢).

الثالث: أن المال في المضاربة يرجع إلى صاحبه ويقتسمان الربح فنظيره
الأرض أو الشجر يعود إلى صاحبه ويقتسمان الثمر والزرع، وأما
البذر فإنهم لا يعيدونه إلى صاحبه بل يذهب بلا بدل، كما يذهب
عمل العامل وعمل بقره بلا بدل فكان من جنس النفع لا من جنس
المال^(٣).

(١) انظر: المغني ٤٢٣/٥، المبدع ٤٨/٥.

(٢) انظر: المرجعين السابقين.

(٣) انظر: مجموعة فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ١١٢/٣٠.

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة التي استدلوها بها على جواز أن يكون البذر من العامل وهي:-

١- ماروى ابن عمر عن رسول الله ﷺ أنه دفع إلى يهود خيبر وأرضها على أن يعتملوها من أموالهم وأن لرسول الله شطر ثمرتها^(١). وقصة خيبر هي الأصل في جواز المساقاة والمزارعة، وإنما كانوا يبذرون من أموالهم لم يكن النبي ﷺ يعطيهم بذرا من عنده^(٢).

٢- أن عمر رضي الله عنه فعل الأمرين جميعا -كما تقدم^(٣)-، «عامل عمر الناس على إن جاء عمر بالبذر من عنده فله الشطر، وإن جاءوا بالبذر فلهم كذا». وظاهر هذا أنه اشتهر فلم ينكر فكان إجماعا^(٤).

وقد يناقش: بأن هذا بمنزلة بيعتين في بيعة فكيف يفعله عمر رضي الله عنه^(٥).

وأجيب: بأن هذا يحتمل أنه قال ذلك ليخبرهم أي العقدين شاءوا فمن اختار عقدا عقده معه معينا كما لو قال في البيع إن شئت بعتك بعشرة صحاح، وإن شئت بأحدى عشرة مكسورة فاختار أحدهما فعقد

(١) سبق تخريجه: ص ٢٩٤.

(٢) انظر: المغني ٤٢٤/٥، مجموع الفتاوى ١١٠/٣٠.

(٣) انظر: ص ٢٩٨.

(٤) انظر: المغني ٤٢٤/٥.

(٥) انظر: المرجع نفسه.

البيع معه معيناً^(١).

الترجيح:

الراجع هو القول الأول لقوة أدلته وسلامتها في مقابل ضعف دليل القول الثاني بما ورد عليه من مناقشات -والله أعلم-.

الأمر الثاني: إذا لم يكن الغراس من العامل.

إذا دفع رب الأرض الغراس إلى العامل ليغرسه بجزء منه فإن هذه المغارسة صحيحة لزوال المحذور عند المانعين من صحتها إذا كان الغراس من العامل.

المسألة الثانية: في الغرس في الأرض المشاعة.

وتحتها فرعان:

الفرع الأول: في غرس الشريك في الأرض المشاعة بإذن شريكه.

الفرع الثاني: في غرس الشريك في الأرض المشاعة من غير إذن شريكه.

الفرع الأول:

إذا غرس أحد الشريكين في الأرض المشاعة بإذن شريكه، فقد اختلف فيمن يملك هذا الغراس على قولين:

القول الأول: للحنفية^(٢)، والحنابلة^(٣).

(١) انظر: المرجع نفسه.

(٢) انظر: الفتاوى الخيرية ١٦١/٢.

(٣) انظر: الإنصاف ١٣٤/٦-١٣٥ وفيه ذكر نصاً عن الإمام أحمد فيمن غرس نخلاً=

وفصلوا فيه فقالوا: إن غرس بإذنه لهما أو أطلق فهو مشترك بينهما،
وإن عين للغارس فهو له وكان مستعيرا لحصة شريكه في الأرض.
القول الثاني: للمالكية^(١).

وذكروا أن الغرس مشترك بينهما وعلى الشريك ما نابه من قيمته
مغروسا.

ولم يذكر أي من أصحاب القولين أدلة على ما ذهبوا إليه.

الترجيح:

الراجح هو القول الأول لقوة تفصيله الذي ذكره حيث جعلوه مشتركا
بينهما عند إذنه على أنه لهما ؛ لأنه أراد كذا ورضيه الآخر على ذلك.
وكذلك جعلوه مشتركا بينهما إذا أذن ولم يعين؛ لأنه الأقرب لمراد النفوس
إذ الشريك في الغالب لا يأذن في استغلال ملكه إلا فيما فيه مصلحة له.
وجعلوه للغارس إذا عين أنه له وأذن له الشريك بذلك ، وهذا مقتضى
إذن الشريك ورضاه بانفراد شريكه بالانتفاع بالأرض.

في مقابل ضعف القول الثاني حيث جعلوه مشتركا بينهما مطلقا دون
نظر إلى كيفية الإذن مع صحة الانتفاع بملك الغير مع إذنه. والله أعلم.
الفرع الثاني: في غرس الشريك في الأرض المشاعة من غير إذن
الشريك.

إذا غرس أحد الشريكين في الأرض المشاعة من غير إذن شريكه،

=في أرض بينه وبين قوم مشاعا، قال: «إن كان بغير إذنهم قلع نخلة» ومنه من
يفهم أن إذن الشركاء معتبر في صحة الغرس وجعلت مذهب الحنابلة داخلا في
هذا التفصيل، لأنهم إذا جعلوا الإذن معتبرا فلا بد من اعتبار الصيغ التي يرد
عليها وما تفيده كل صيغة من التمليك وعدمه. والله أعلم.

(١) انظر: البهجة شرح التحفة ٢٠١/٢.

فقد اختلف في ذلك على قولين:

القول الأول:

أن للشريك أن يكلفه بقلع ما غرس إلا أن يطلبوا القسمة، فإن طلبوا القسمة فقسمت فإن وقع الغراس في حصة الغراس فيها فإنه له ولا يقطع، وإن وقع في حصة الشريك فإنه يقطع، وإن وقع بعضه في حصته وبعضه في حصة شريكه فما وقع في حصته فأمره إليه، وما وقع في حصة شريكه فله أن يكلفه قلعه.

وبه قال الحنفية^(١)، والحنابلة^(٢).

القول الثاني:

أن الغراس مشترك بينهما وعلى الشريك الآخر ما ينوبه من قيمته مقلوعاً، إلا أن يغرس في قدر حصته فإنه له ولا كراء عليه ولا غلة، وله عليهم الكراء في حصتهم من الزيل والخدمة والتزريب في كل سنة؛ لأنه قام عليهم بواجب.

وبه قال المالكية^(٣).

الأدلة:

لم أقف للقول الثاني على دليل يدل على ما ذكره من التفصيل. أما القول الأول فقد جعلوه قبل طلب القسمة في حكم الغاصب^(٤)، وبعد

(١) انظر: الفتاوى الخيرية ١٦١/٢.

(٢) انظر: الإنصاف ١٣٤/٦-١٣٥، وهذا التفصيل ظاهر من جعلهم الغراس كالغاصب.

(٣) انظر: البهجة ٢/٢٠١.

(٤) انظر: المبدع ٥/١٥٨، الإنصاف ٦/١٣٤ - ١٣٥.

القسمة جعلوه في حكم المالك إن خرج الغراس فيما صار له بالقسمة، وفي حكم الغاصب إن خرج فيما صار لشريكه وكذلك الحال إن خرج بعضه فيما صار له بالقسمة.

الترجيح:

الراجع - فيما يظهر - هو القول الأول لقوة أدلتهم حيث بنوا رأيهم على أن الشريك إما غاصب أو مالك فيأخذ حكم كل منهما.

في مقابل ضعف القول الثاني للآتي:-

- ١- عدم الدليل على ما ذكره.
- ٢- أنهم جعلوه مشتركا بينهما إذا غرس في جميع الأرض، ولا يخفى ما في هذا من الضرر، لأن الشريك قد لا يرضى بالاشتراك في المغروس ولا يرضى بالغرس في الأرض، وقد لا يرضى الغراس بإشراك شريكه من غير دفع مؤنة الغرس.
- ٣- أنهم أجازوا غرس أحدهما في قدر نصيبه وجعلوا الغراس خاصا به مع أن نصيب كل منهما شائع في جميع الأرض غير معين بجهة منها. ثم جعلوا له الأجرة على شريكه - عما قام به من الحرث والخدمة - إذا قسمت فوق في نصيب شريكه مع أن شريكه لم يأذن له في هذا العمل، ولا يخفى ما في هذا من الإضرار بالشريك. والضرر منفي في هذه الشريعة. والله أعلم.

المبحث الثامن في آثار الشيوخ في الإجارة

وفيه مطالب:

المطلب الأول: في إجارة المشاع بين الشركاء.

المطلب الثاني: في إجارة جزء مشاع من الملك.

المطلب الثالث: في الإجارة بجزء مشاع من المؤجر عليه «الإنتاج».

المطلب الرابع: في إجارة الأرض بجزء شائع من الخارج منها.

المطلب الأول:

وفيه مسائل:

المسألة الأولى: في إجارة الشريكين للمشاع.

المسألة الثانية: في إجارة أحد الشريكين نصيبه لشريكه.

المسألة الثالثة: في إجارة أحد الشريكين نصيبه لأجنبي.

المسألة الرابعة: في إجارة أحد الشريكين لجميع المشاع.

المسألة الأولى في إجارة الشريكين للمشاع:

صورتها: أن تكون دار مشتركة بين رجلين فيؤجرها لشخص آخر.

ولا خلاف في صحة هذه الإجارة^(١).

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص ١٣١، الهداية للمرفغيناني ٢/٢٤٠، الإشراف للقاضي عبد الوهاب ٢/٦٧، بلغة السالك مع الشرح الصغير ٤/٦٠، روضة الطالبين ٥/١٨٤، تخريج الفروع على الأصول للزنجاني ص ٢٢٢، المغني ٥/٥٥٢، الفروع ٥/٤٢٢، المحلى ٨/٢٠٠.

لأن المعنى الذي لأجله منع بعض الفقهاء إجارة أحد الشريكين نصيبه لأجنبي: هو عدم القدرة على التسليم^(١) - وهو غير موجود هنا -؛ لأنهما أجراها معا ويسلمانها تسليما واحدا.

المسألة الثانية في إجارة أحد الشريكين نصيبه لشريكه.:

صورتها: أن تكون أرض أو دار مشتركة بين شخصين فيؤجر أحدهما نصيبه منها لشريكه.

ولا خلاف في صحة هذه الإجارة^(٢).

للعلة المذكورة في المسألة المتقدمة.

المسألة الثالثة: في إجارة أحد الشريكين نصيبه لأجنبي.

وصورتها: أن تكون أرض أو دار مشتركة بين شخصين فيؤجر أحدهما نصيبه منها لشخص أجنبي.

وقد اختلف في صحة هذه الإجارة على قولين:-

القول الأول:

صحة هذه الإجارة.

وبه قال المالكية^(٣)، والشافعية^(٤)، وأبو يوسف، ومحمد بن الحسن من

(١) انظر: الهداية للمرغيناني ٢ / ٢٤٠، الشرح الكبير مع المغني ٢٨٦.

(٢) انظر: المراجع المتقدمة في المسألة الثانية.

(٣) انظر: الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي ٤ / ٤٤، الشرح الصغير مع بلغة السالك ٤ / ٥٩.

(٤) انظر: المهذب ١ / ٥١٨، تخريج الفروع على الأصول للزنجاني ص ٢٢٢.

الحنفية^(١)، وهو رواية عن الإمام أحمد صوبها في الإنصاف^(٢)
واستظهرها في التتقيح، وقال عليها العمل^(٣). وبه قال ابن حزم^(٤).

- قال في الإشراف على مسائل الخلاف^(٥): «إجارة المشاع جائزة
خلافًا لأبي حنيفة في قوله لا تجوز إلا من الشريك».

- وقال في التهذيب^(٦) في كتاب الإجارة: «كرا المشاع يجوز».

- وقال في الهداية شرح بداية المبتدي^(٧): «ولا يجوز إجارة المشاع عند
أبي حنيفة رحمه الله إلا من الشريك. وقالوا: إجارة المشاع جائزة».

- وقال في الإنصاف: «ولا يجوز إجارة المشاع مفردًا لغير شريكه هذا
المذهب بلا ريب وعليه جماهير الأصحاب... وعنه ما يدل على جوازه،

(١) انظر: تبين الحقائق ٥ / ١٢٥ - ١٢٦، مجمع الأنهر ٢ / ٣٨٥، البناية ٧ / ٩٤٣.

(٢) انظر: المحرر ٢ / ٣٥٧، الإنصاف ٦ / ٣٣.

(٣) انظر: التتقيح المشبع ص ٢٢١، شرح منتهى الإرادات ١ / ٤٨١، كشاف القناع
٢ / ٥٦٥.

(٤) انظر: المحلى ٨ / ٢٠٠.

(٥) ٢ / ٦٧.

(٦) للبعوي خ ٢ / ق ٢٣٨.

(٧) ٢ / ٢٤٠.

اختاره أبو حفص العكبري^(١) وأبو الخطاب^(٢).. وهو الصواب».

- وقال في المحلى^(٣): « وإجارة المشاع جائزة فيما ينقسم ومالا ينقسم، من الشريك ومن غير الشريك ومع الشريك ودونه...».

القول الثاني:

أن هذه الإجارة لا تصح.

وبه قال أبو حنيفة وزفر^(٤)، وهو المفتى به عند الحنفية^(٥)، وهو المذهب

(١) هو: عمر بن إبراهيم بن عبدالله أبو حفص العكبري الحنبلي، يعرف بابن المسلم، معرفته بالمذهب معرفة عالية، له التصانيف السائرة منها: «المقنع» و«الخلاف بين أحمد ومالك» و«شرح الخرقى». توفي سنة ٣٨٧هـ.
(انظر: طبقات الحنابلة ٢ / ١٦٣ - ١٦٦، مناقب الإمام أحمد لابن الجوزي ص ٦٢٥).

(٢) هو: محفوظ بن أحمد بن الحسن الكلوذاني أبو الخطاب إمام الحنابلة في وقته. أصله من كلوذا بضواحي بغداد ومولده ووفاته بها، وكانت ولادته سنة ٤٣٢هـ، ووفاته سنة ٥١٠هـ. من تصانيفه: «الانتصار في المسائل الكبار»، و«الهداية» في الفقه، و«التمهيد» في أصول الفقه.
(انظر: الأنساب ١٠ / ٤٦١، المنتظم ٩ / ١٩٠ - ١٩٣، الذيل على طبقات الحنابلة ١١٦ / ١ - ١١٨).

(٣) ٢٠٠ / ٨.

(٤) انظر: البناية ٧ / ٩٤٣، كشف الحقائق ٢ / ١٥٩.

(٥) انظر: مجمع الأنهر ٢ / ٣٨٦، حاشية الشلبي على تبين الحقائق ٥ / ١٢٥.

عند الحنابلة^(١).

الأدلة:

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:

١- أن العقد مع الأجنبي عقد منفعة فنافاه الإشاعة كالنكاح^(٢).

ويناقش من وجهين:

أحدهما: منع العلة، فليس منع الشيوع في النكاح؛ لأنه عقد على منفعة بل لما يترتب عليه من اختلاط الأنساب.

الثاني: أن العقد مع الشريك عقد على المنافع أيضا ولم تمنع الإشاعة صحته فكذلك العقد مع الأجنبي.

٢- أن منفعة المشاع غير مقدورة الاستيفاء؛ لأن استيفاءها بتسليم المشاع والمشاع غير مقدور التسليم بنفسه؛ لأنه اسم لسهم غير معين، وغير المعين لا يتصور تسليمه بنفسه حقيقة وإنما يتصور تسليمه بتسليم الباقي، وذلك غير معقود عليه فلا يتصور تسليمه شرعا^(٣).

ويناقش من وجهين:

أحدهما: أن دعوى عدم إمكان التسليم غير صحيحة؛ لأنه يحل محل

(١) انظر: رؤوس المسائل للشريف أبي جعفر/ خ/ ص ٢٨٦، المغني ٥/ ٥٥٣، كشاف القناع ٣/ ٥٦٤.

(٢) انظر: رؤوس المسائل ص ٢٨٧.

(٣) انظر: بذائع الصنائع ٤/ ٨٧، المغني ٥/ ٥٥٣.

الشريك، والشريك لم يمنعه الشيوع من الانتفاع بالعين فكذلك من يحل محله.

الثاني: أن الشيوع لم يمنع صحة البيع فكذلك الإجارة.

وأجيب عنه: بأن المبيع يمكن تسليمه بالتخلية؛ لأن المقصود به ليس الانتفاع بل الرقبة بخلاف العين المؤجرة، فإن المقصود بها الانتفاع، والانتفاع أمر حسي والشائع لا يحتمله^(١).

ويرد عليه من وجهين:

أحدهما: المنع من أن المقصود من البيع ملك الرقبة فقط، بل المقصود ما وراء الملك وهو الانتفاع؛ لأن العقلاء لا يشترون الأملاك لينظروا إليها بل لينتفعوا بها، وإذا أمكن تسليمه بالتخلية، مع أن المقصود الانتفاع به فإن العين المؤجرة كذلك.

الثاني: لو سلم أن المقصود بالبيع ملك الرقبة فقط، فإنه لا يسلم أن الشائع لا يحتمل الانتفاع به، إذ يمكن الانتفاع به بأن ينزل المستأجر منزلة المؤجر - كما تقدم - فينتفع بالعين مع الشريك عن طريق المهايأة الزمانية أو المكانية - لاسيما إذا عقد المستأجر على المنفعة وهو يعلم أنها مشاعة.

واعترض عليه: بأن تجويز هذا العقد بالمهايأة يؤدي إلى الدور؛ لأنه لا مهايأة إلا بعد ثبوت الملك، ولا ملك إلا بعد وجود العقد، ولا عقد إلا بعد وجود شرطه وهو القدرة على التسليم^(٢).

(١) انظر: البناية شرح الهداية ٧ / ٩٤٥ - ٩٤٦.

(٢) انظر: البناية شرح الهداية ٧ / ٩٤٥ - ٩٤٦، بدائع الصنائع ٤ / ١٨٧.

ويدفع هذا الاعتراض: بأن المستأجر إذا علم بشيوع المنفعة وأنه ينزل في استغلالها منزلة الشريك المؤجر فإن هذا في حكم القدرة على التسليم؛ لأن قبض كل شيء بحسبه ولا يمكن القبض الحسي هنا فإكتفينا بالقبض المعنوي وهو نزول المستأجر محل المؤجر في الانتفاع بالعين مع رضاهما، وإذا كانت القدرة على التسليم بهذا القبض ممكنة فإن الدور يكون منتفيا.

واعترض اعتراض آخر: وهو أن استيفاء منفعة المشاع بالتهايؤ لا يمكن على الوجه الذي يقتضيه العقد وهو الانتفاع بالنصف في كل المدة؛ لأن التهايؤ بالزمن انتفاع بالكل في نصف المدة، وإذا ليس بمقتضى العقد، والتهايؤ بالمكان انتفاع برفع المستأجر في كل المدة؛ لأن نصف هذا النصف له بالملك ونصفه على طريق البدل عما في يد صاحبه وأنه ليس بمقتضى العقد^(١).

ويدفع: بأن دلالاته على ما استدلووا به ظاهرة الضعف؛ لأن هذه المهاية لا تنافي مقتضى العقد، إذ إن انتفاعه بالكل إنما هو في نصف المدة فكأنه انتفع بالنصف في كل المدة سواء بسواء، وقد دخلا على ذلك فهو من مقتضى العقد، وعند عدم الرضا بالمهاية الزمانية، فإن في المهاية المكانية تحقيقا لمقصود المستأجر والشريك إذ إن كلا منهما ينتفع بنصف الأرض - مثلا - والشريك لا يملك أكثر من نصف الأرض، وقد كان يستغله قبل تأجير شريكه لنصيبه، ولم يؤثر كون ما يستغله له ولشريكه شائعا فكذلك الحال مع المستأجر.

(١) انظر: بدائع الصنائع ٤/ ١٨٧.

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:

١- ما روى ثابت بن الضحاك أن رسول الله ﷺ نهى عن المزارعة وأمر بالمؤاجرة وقال: لا بأس بها^(١).

وجه الاستدلال: أن النبي ﷺ أمر بالمؤاجرة ولم يخص مشاعا من غير مشاع^(٢).

ويناقش: بأن النبي ﷺ إنما أمر بالمؤاجرة الجائزة المستوفية لشروطها، وإجارة الجزء المشاع لغير الشريك لا يقدر على تسليمه فلا يدخل في المؤاجرة الجائزة المأمور بها.

ويجاب: بالمنع؛ لأن القدرة على التسليم ممكنة - كما سبق - في مناقشة الدليل الثاني.

٢- أن كل معاوضة جاز أن يعاوض عليها الشريك جاز أن يعاوض عليها الأجنبي قياسا على البيع^(٣).

ونوقش: بأنه قياس مع الفارق؛ لأن الشريك لا يمتنع تسليمه مع الشيوخ؛ لأن العين تكون كلها تحت يده بالملك وبالإجارة^(٤).

(١) أخرجه مسلم في صحيحه/ كتاب البيوع/ باب في المزارعة والمؤاجرة ٢ / ١١٨٤ رقم ١١٩.

(٢) انظر: المحلى ٨ / ٢٠٠.

(٣) انظر: الإشراف للقاضي عبدالوهاب ٢ / ٦٧، المغني ٥ / ٥٥٣، المبدع ٥ / ٧٩.

(٤) انظر: البناية شرح الهداية ٧ / ٩٤٦.

وأجيب: بأن الأجنبي لا يمتنع تسليمه - كما تقدم - في مناقشة
الدليل الثاني.

٣- أنه عقد إجارة على ملك له معروف يجوز بيعه فجازت إجارته قياسا
على المقسوم^(١).

ويناقش: بأن المقسوم متميز يمكن تسليمه بخلاف الشائع فإنه
يتعذر تسليمه لشيوعه.

ويجاب: بأن تسليمه ممكن غير متعذر - كما تقدم -.

٤- أنه عقد يجوز إذا فعله الشريكان معا فجاز لأحدهما فعله في نصيبه
مفردا كالبيع^(٢).

ويناقش: بأنه قياس مع الفارق؛ لأن التسليم هنا ممكن، لأن كل
العين تكون تحت يد المستأجر.

ويجاب بأن التسليم في محل النزاع ممكن أيضا - كما تقدم -.

٥- أن كل معنى لا يمنع العقد على المنافع من الشريك فإنه لا يمنع العقد
عليها من غيره قياسا على الغلاء والرخص والشركة في شقص
آخر^(٣).

ويناقش: بأنه قياس مع الفارق؛ لأن الغلاء والرخص لا أثر له في
إمكان التسليم بخلاف الشيوع فإنه يمنع التسليم.

(١) انظر: الإشراف للقاضي عبدالوهاب ٢/ ٦٧، المغني ٥/ ٥٥٣.

(٢) انظر: المغني ٥/ ٥٥٣، الشرح الكبير مع المغني ٦/ ٢٨.

(٣) انظر: الإشراف ٢/ ٦٧.

ويجاب: بأن الشيوع لا يمنع التسليم كما تقدم.

الترجيح:

بعد عرض أدلة القولين وما جرى عليها من مناقشات فإن الذي يظهر رجحانه هو القول الأول لقوة أدلته وسلامتها من المناقشات الواردة عليها في مقابل ضعف أدلة القول الثاني بما ورد عليها من مناقشات - والله أعلم - .

المسألة الرابعة: في إجارة أحد الشريكين لجميع المشاع.

وفيها فرعان:

الفرع الأول: حكم الإجارة في نصيب الشريك.

الفرع الثاني: حكم الإجارة في نصيب المؤجر.

الفرع الأول:

الكلام في الفرع ينبنى على الخلاف في عقد الفضولي - وقد تقدم -^(١).

الفرع الثاني:

المصححون لإجارة أحدهما لنصيبه يصححون إجارته لنصيبه هنا إذ لا فرق.

وأما المانعون من إجارة أحد الشريكين لنصيبه من أجنبي فإنهم ينقسمون في هذه المسألة إلى فريقين:

فالحنفية، ورواية عند الحنابلة تصح الإجارة عندهم هنا وتتوقف على

(١) انظر: الإشراف ٢ / ٦٧ .

إجازة الشريك؛ فإن أجازها لزمتم؛ لأن تصرف الفضولي ينعقد - عندهم -
- موقوفا على إجازة المالك، فإذا أجازته لزمتم؛ لأن التسليم لا يكون متعذرا
إذ تسلم إليه جميع العين المؤجرة، وبالتالي تصح الإجازة لا نفاء المانع -
عندهم - .

وأما الحنابلة على المذهب فإنهم لا يصححون إجارته لنصيبه؛ لأنهم لا
يصححون تصرف الفضولي - كما تقدم - وإذا لم يصح في نصيب غيره
فإن التسليم يكون متعذرا فلا يصح في نصيبه .

المطلب الثاني: في إجازة جزء مشاع من الملك:

وصورته: أن يكون لشخص أرض أو عبد أو دابة أو نحو ذلك فيؤجر
نصفها أو ثلثها ونحو ذلك من الأجزاء الشائعة .

وقد اختلف في صحة هذه الإجازة على قولين:

القول الأول:

أن هذه الإجازة صحيحة .

وبه قال المالكية^(١)، والشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣)، وهو قول أبي يوسف
ومحمد بن الحسن من الحنفية^(٤)، وبه قال ابن حزم^(٥) .

(١) انظر: المدونة ٤ / ٥٠٩ - ٥١٠، مواهب الجليل ٥ / ٤٤٠ .

(٢) انظر: روضة الطالبين ٥ / ١٨٤، شرح روض الطالب ٢ / ٤٠٩ .

(٣) انظر: المغني ٥ / ٥٥٢، المبدع ٦ / ٢٨ .

(٤) انظر: العناية ٩ / ٩٩، بدائع الصنائع ٤ / ١٨٨ .

(٥) انظر: المحلى ٨ / ٢٠٠ .

- قال في الشرح الصغير^(١): «يجوز كراء بعض الشيء والبعض الثاني إما لربه أو شريكه.
- وقال في مغني المحتاج^(٢): «ولو استأجر دابة ليركبها بعض الطريق متواليا صح.. أو استأجر نصفها إلى موضع كذا صحت الإجارة مشاعة كبيع المشاع ويقتسمان بالزمان أو المسافة فإن تنازعا في البداية أقرع بينهما».
- وقال في المغني^(٣): «وإن كانت الدار لواحد فأجر نصفها صح؛ لأنه يمكنه تسليمه».
- وقال في الجامع الصغير^(٤): «رجل أجر نصف داره مشاعا لم يجز، وقال أبو يوسف ومحمد: هو جائز».

القول الثاني:

أن هذه الإجارة لا تصح.
وبه قال أبو حنيفة^(٥).

(١) مع بلغة السالك ٥٩ / ٤ .

(٢) ٣٣٩ / ٢ .

(٣) ٥٥٣ / ٥ .

(٤) ص ٣٦٠ .

(٥) انظر: الهداية للمرغيناني ٢ / ٢٤٠، درر الحكام لمنلا خسرو ٢ / ٢٢١ .

الأدلة:

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب القول الثاني بالأدلة الآتية:

١- أن المقصود من الإجارة الانتفاع وهو أمر حسي لا يمكن بالمشاع ولا يتصور تسليمه^(١).

ويناقش: بأن تسليمه متصور^(٢) وممكن، وذلك بأن يخلي المالك بينه وبين العين إن كان قبضه بالتخلية، وإن كان بالنقل فينقله ثم تجرى بينهما المهايأة الزمانية أو المكانية.

٢- أن المهايأة تقع بين المستأجر وبين المؤجر فتكون الدار في يد المستأجر مدة وفي يد المؤجر مدة، ولا يجوز أن يستحق المؤجر الأجر مع كون الدار في يده^(٣).

ويناقش: بال منع إذ إن استحقاقه الأجر إنما هو في مقابل الانتفاع بالعين مدة كونها في يد المستأجر لا مدة كونها في يد المؤجر.

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:

١- ما روى ثابت بن الضحاك أن النبي ﷺ «نهى عن المزارعة وأمر

(١) انظر: درر الحكام ٢ / ٢٣١.

(٢) انظر: المغني ٥ / ٥٥٣، كشف القناع ٣ / ٥٦٤.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٤ / ١٨٨.

بالمؤاجرة. وقال لا بأس بها»^(١).

وجه الاستدلال: أن أمر النبي ﷺ بالمؤاجرة عام ولم يخص مشاعا من غير مشاع^(٢).

ويناقش: بأن النبي ﷺ إنما أمر بالإجارة المستوفية لشروط الجواز، وإجارة جزء مشاع من الملك غير مستوف لشروط الجواز؛ لأنه لا يتصور تسليمه فلا يدخل في المؤاجرة الجائزة للأمور بها.

ويجاب عن ذلك بما نوقش به الدليل الأول من أدلة القول الثاني.

٢- أن المشاع له منفعة - ولهذا يجب أجر المثل للدار عند أبي حنيفة إذا سكن فيها المستأجر - وماله منفعة يرد عليه عقد الإجارة؛ لأنه عقد على المنافع فكان المقتضي موجودا^(٣).

ويناقش: بأن الشائع لا يقدر على تسليمه^(٤).

ويجاب عن ذلك - بما تقدم -^(٥) عند مناقشة الدليل الأول من أدلة المانعين.

٣- أن الإجارة بيع للمنافع، والبيع يصح في المفرد والمشاع فكذلك الإجارة^(٦).

(١) سبق تخريجه ص: ٣٥٩ - ٣٦٠.

(٢) انظر: المحلى ٨ / ٢٠٠.

(٣) انظر: العناية ٩ / ٩٩، البناية ٧ / ٩٤٤.

(٤) انظر: الهداية للمرغيناني ٣ / ٢٤٠.

(٥) ص: ٣٦٥.

(٦) انظر: المهذب ١ / ٥١٨، تخريج الفروع على الأصول للزنجاني ص ٢٣٣.

وقد يناقش: بأن المبيع يمكن تسليمه بالتخلية؛ لأن المقصود به الرقبة وليس الانتفاع، بخلاف العين المؤجرة، فإن المقصود بها الانتفاع وهو أمر حسي والشائع لا يحتمله^(١).

ويجاب عنه من وجهين:

أحدهما: المنع من أن المقصود من البيع ملك الرقبة فقط، بل المقصود ما وراء ذلك من الانتفاع بها - وهذا أمر معلوم عند العقلاء، وإذا كان المقصود الانتفاع به وقد أمكن تسليمه بالتخلية، فإن الإجارة تقاس عليه بجامع أن المقصود الانتفاع في البيع والإجارة.

الثاني: لو سلم أن المقصود بالبيع الرقبة فقط دون الانتفاع فإنه لا يسلم أن الشائع لا يحتمل الانتفاع؛ لأن تسليمه ممكن بأن يخلي المالك بين العين المؤجرة وبين المستأجر، وإن كانت مما ينقل بأن يسمح له بنقلها فإذا قبضها وتمكن من استلامها. جرت بينهما المهياة كما لو كانا شريكين فيها.

الترجيح:

بعد عرض أدلة القولين وما جرى عليها من مناقشات، فإن الراجح فيما يظهر هو القول الأول؛ لأن أدلة القول الثاني لم يبق منها ما يصلح مستمسكا لهم في مقابل سلامة أدلة القول الأول من المناقشات الواردة عليها - والله أعلم -.

المطلب الثالث: في الإجارة بجزء مشاع من المؤجر عليه «الإنتاج».

وصورته: أن يدفع شخص لآخر ثوبا ليخيطه أو غزلا لينسجه أو قمحا

(١) انظر: البناية ٧/ ٩٤٥ - ٩٤٦.

ليطحنه أو زرعا ليحصده بجزء مشاع منه كالتصنيف والريع ونحو ذلك.

وقد اختلف في صحة هذه الإجارة على قولين:

القول الأول:

أن هذه الإجارة صحيحة.

وبه قال الإمام أحمد في المنصوص عنه^(١). وهو المذهب عند الحنابلة^(٢)، وبه قال بعض الحنفية^(٣)، وبعض المالكية^(٤)، وهو قول ابن حزم^(٥). وبه قال سالم بن عبدالله وسعيد بن المسيب ومحمد بن سيرين وعطاء وقتادة^(٦) وأيوب السختياني^(٧) وابن أبي ليلى والأوزاعي والليث

(١) انظر: الفروع ٤ / ٣٩٣، القواعد الفقهية ص ٢٨.

(٢) انظر: المغني ٥ / ١٠ - ١١، ٤٩٥، كشف القناع ٣ / ٥٢٥.

(٣) انظر: تبيين الحقائق ٥ / ١٣٠، غمز عيون البصائر ٣ / ١٢٤.

(٤) انظر: التاج والإكليل ٥ / ٤٠١.

(٥) انظر: المحلى ٨ / ١٩٨ - ١٩٩.

(٦) هو: قتادة بن دعامة بن عزيز الحافظ العلامة أبو الخطاب السدوسي البصري الضرير الأكمه المفسر المحدث، روى عن أنس وعبدالله بن سرجس وأبي الطفيل. قال ابن سعد: كان ثقة مأمونا حجة في الحديث وكان يقول بشيء من القدر. توفي سنة ١١٧ وقيل ١١٨هـ.

(٧) انظر: الطبقات لابن سعد ٧ / ٢٢٩، تذكرة الحفاظ ١ / ١٢٢ - ١٢٤، تهذيب التهذيب ٨ / ٣٥١ - ٣٥٦.

(٧) هو: الإمام الحافظ سيد العلماء أبو بكر أيوب بن أبي تميمة كيسان العنبري =

وسفيان الثوري^(١).

قال في كشف القناع^(٢): «ولا بأس أن يستأجر من يحصد الزرع بجزء مشاع منه وأن يستأجر من يصرم أي يجز ثمر النخل بسدس ما يخرج منه».

وقال في موضع آخر^(٣): «... أو دفع ثوبا إلى من يخيطة أو غزلا إلى من ينسجه بجزء مشاع معلوم جاز».

وقال في المحلى^(٤): «وجائز إعطاء الغزل للنسج بجزء مسمى منه كربع أو ثلث .. وكذلك يجوز إعطاء الثوب للخياط بجزء منه مشاع...».

القول الثاني:

أن هذه الإجارة لا تصح.

=مولاهم البصري، عداة في صغار التابعين. قال الحسن البصري: أيوب سيد شباب أهل البصرة، وقال أبو حاتم: ثقة لا يسأل عن مثله. مات سنة ١٣١هـ وله ثلاث وستون سنة.

(انظر: الطبقات لابن سعد ٧/ ٢٤٦ - ٢٥١، تذكرة الحفاظ ١/ ١٣٠ - ١٣٢، سير أعلام النبلاء ٦/ ١٥).

(١) انظر: المحلى ٨/ ١٩٩، المغني ٥/ ١١.

(٢) ٣/ ٥٥٤.

(٣) ٣/ ٥٢٥.

(٤) ٨/ ١٩٨ - ١٩٩.

وبه قال الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، وهو رواية عند الحنابلة^(٤).

قال في الهداية شرح بداية المبتدي^(٥): «ومن دفع إلى حائك غزلا لينسجه بالنصف فله أجر مثله، وكذا إذا استأجر حمارا يحمل عليه طعاما بقفيز منه فالإجارة فاسدة».

وقال في مواهب الجليل^(٦): «قال في المدونة: وإن قال احصده وادرسه ولك نصفه لم يجز؛ لأنه استأجره بنصف ما يخرج من الحب وهو لا يدري كم يخرج ولا كيف يخرج».

وقال في شرح روض الطالب^(٧): «لا يصح جعل الأجرة مما عمل فيه الأجير كالطحن، أي كاكترائه للطحن والرضاع بجزء من الدقيق والرقيق المرتضع بعد الفطام».

قال في المحرر^(٨): «وإن استأجر لطحن حب أو حصد زرع أو نسج غزل

(١) انظر: الجامع الصغير ص ٣٥٩، شرح صدر الشريعة ٢ / ١٥٩.

(٢) انظر: المدونة ٤ / ٤٠٩، ٤٦١، الشرح الصغير ٤ / ٢٠، جواهر الدرر/ خ ٤٢٧ ق.

(٣) نظر: التهذيب للبعقوي خ ٢ / ق ٢٢٥، كفاية الأختيار ١ / ٣١٣.

(٤) انظر: المحرر ١ / ٣٥٧، الفروع ٤ / ٣٩٣.

(٥) ٢٤٢ / ٣.

(٦) ٤٠١ / ٥.

(٧) ٤٠٥ / ٢.

(٨) لأبي البركات ١ / ٣٥٧.

ثوباً بريعه أو ثلثه فعلى روايتين».

الأدلة:

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب القول الثاني بالأدلة الآتية:

١- ما روى أبو سعيد الخدري قال: «نهى رسول الله ﷺ عن قفيز الطحان»^(١).

ووجه الاستدلال به: أن النبي ﷺ نهى عن اكتراء الطحان على طحن الحنطة ببعض دقيقتها وقيس عليها مافي معناها^(٢).

ونوقش الاستدلال به من وجهين:

أحدهما: من حيث سند الحديث: فإنه ضعيف لا يصلح للاحتجاج به.
قال ابن حجر: في إسناده ضعف^(٣).

وقال شيخ الإسلام ابن تيمية: هذا الحديث باطل لا أصل له^(٤).

الثاني: من حيث الدلالة: لو سلم بصحة الحديث:

فإن الحديث ليس فيه نهى عن اشتراط جزء مشاع من الدقيق، بل

(١) سبق تخريجه ص: ٢٨٥.

(٢) انظر: شرح روض الطالب ٢ / ٤٠٥.

(٣) انظر: الدراية في تخريج أحاديث الهداية ٢ / ١٩٠.

(٤) انظر ص: ٢٨٥ - ٢٨٦ من المزارعة، وفيها بيان أوجه البطلان.

عن شيء مسمى: وهو القفيز^(١)، ولا يمكن إلحاق الجزء المشاع بالفقيز المعين: في النهي؛ لأن الانسان إذا شاهد الزرع مثلاً أو القطن فقد علمه بالرؤية وهي أعلى طرق العلم، ومن علم شيئاً علم جزأه المشاع فيكون أجراً معلوماً^(٢).

٢- أن الأجرة ليست في الحال - أى عند التعاقد - بالهيئة المشروطة فهي غير مقدور على تسليمها^(٣).

ويناقش من وجهين:

أحدهما: أنه لا دليل يدل على اشتراط كون الأجرة - عند التعاقد - مقدورا على تسليمها.

الثاني: أنه لا يلزم القدرة على التسليم إلا عند الاستحقاق، والأجرة عند الاستحقاق مقدور على تسليمها.

٣- أن من شروط الإجارة أن لا ينتفع الأجير بعمله، فإن كان ينتفع لم يجز؛ لأنه حينئذ يكون عاملاً لنفسه فلا يستحق الأجر^(٤).

ويناقش: بأن هذا استدلال بمحل النزاع، إذ محل النزاع استئجار الأجير بجزء من عمله وهذا هو بعينه انتفاع الأجير بعمله، والمخالفون لا يقولون به.

(١) انظر: مجموع الفتاوى ٣٠ / ١١٣.

(٢) انظر: المغني ٥ / ٥٩٥.

(٣) انظر: شرح روض الطالب ٢ / ٤٠٥، الهداية للمرغيناني ٣ / ٢٤٢.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٤ / ١٩٢.

والتعليل بأنه يكون عاملا لنفسه فلا يستحق الأجر، غير صحيح؛ لأنه لا يسلم بأنه يعمل لنفسه وإنما يعمل لغيره ويأخذ جزءا من إنتاج عمله أجرا عنه، والدليل على أنه يعمل لغيره، أن المستأجر هو المالك لجميع العين قبل أن يبدأ العامل بالعمل، ثم يبدأ العامل باستحقاق أجره مع بداية عمله، فكلما عمل جزءا استحق بعضه أجره عن عمله وهكذا.

٤- أن الأجرة مجهولة؛ لأنه لا يدري ما يخرج من الحب أو كيف يخرج الثوب أو النسيج ونحو ذلك.. والجهل يفسد العقد^(١).

ويناقش: بالمنع من أن تكون الأجرة مجهولة، لأنه إذا شاهد العقود عليه فقد علمه بالرؤية وهي أعلى طرق العلم، ومن علم شيئا علم جزأه المشاع^(٢).

٥- أن العقد يشتمل على استحقاق كل منهما على الآخر طحن قدر الأجرة وهما متافيان^(٣).

ويناقش: بأنه لا يسلم أن المستأجر يلزمه الطحن، وإن لزمه تسليم الأجرة دقيقا مطحونا؛ لأن الطحن لازم للأجير وحده.

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:

(١) انظر: المدونة ٤/ ٤٠٩، ٤٦١، قوانين الأحكام الشرعية / ٣٠١، شرح روض الطالب ٢/ ٤٠٥.

(٢) انظر: المغني ٥/ ٤٩٥.

(٣) انظر: شرح روض الطالب ٢/ ٤٠٥.

١- ما روى جابر أن النبي ﷺ: « أعطى خيبر على الشطر»^(١).

وجه الاستدلال: أن ما يأخذه أهل خيبر في تلك المعاملة جزء من إنتاجهم وهي إجارة في المعنى؛ لأن ما يأخذونه مقابل ما يقومون به من عمل.

ويناقش من وجهين:

أحدهما: لا يسلم أن معاملة أهل خيبر إجارة؛ لأن الإجارة يشترط فيها معرفة العوض والمعوض عند العقد، وهو غير متحقق في معاملة النبي ﷺ لأهل خيبر.

ويجاب: بأن الإجارة بجزء من الإنتاج وإن كانت في ظاهرها إجارة إلا أنها في حقيقتها ومعناها من باب المشاركة فهي من جنس معاملة أهل خيبر، والعبارة في العقود بمعانيها وحقائقها لا بألفاظها ومبانيها.

والدليل على أنها من باب المشاركات أنه إذا عصر الزيتون أو طحن الحب - مثلا - فإنه يحصل له جزء شائع منه يكون به شريكا للمالكة^(٢).

الثاني: لو سلم بأن هذه المعاملة من جنس المشاركات وفي معنى المزارعة والمساقاة، فإن المزارعة والمساقاة وردتا على خلاف الأصول فيقتصر فيهما على مورد النص^(٣).

ويجاب عنه: بالمنع من أن تكون قد وردتا على خلاف الأصول -

(١) سبق تخريجه: ص ٢٩٢.

(٢) انظر: إعلام الموقعين ٢ / ٣٢٨.

(٣) انظر: المرجع السابق ٢ / ٣٢٨، ١ / ٢٨٤ - ٢٨٥.

كما تقدم^(١).

٢- أن هذه المعاملة نظير دفع المال لمن يتجر فيه بجزء من ربحه، بل أولى فإنه في المضاربة قد لا يريح المال فيذهب عمله مجاناً، وهذا لا يذهب عمله مجاناً، فإنه يطحن الحب ويعصر الزيتون ويحصل على جزء منه يكون به شريكاً للمالكه فهو أولى بالجواز من المضاربة^(٢).

ويناقش من وجهين:

أحدهما: المنع؛ لأن هذه المعاملة إجارة فيشترط فيها معرفة العوض والمعوض عند العقد.

ويجاب عنه بما أجيب به عن الوجه الأول من وجهي مناقشة الدليل الأول.

الثاني: لو سلم بكونها من باب المشاركة فإن المضاربة جاءت على خلاف الأصل فيقتصر عليها ولا تعدى إلى غيرها^(٣).

ويجاب: بالمنع من كون المضاربة على خلاف الأصل، بل هي جارية على الأصول كما تقدم بيان ذلك في المزارعة^(٤).

٣- أن هذه معاملة لا غرر فيها ولا خطر ولا قمار ولا جهالة ولا أكل مال

(١) انظر ص ٢٨٨ - ٢٨٩ ، ٢٠١ - ٢٠٢ .

(٢) انظر: إعلام الموقعين ٢/٣٢٨ .

(٣) انظر: إعلام الموقعين ١/ ٢٤٨ .

(٤) انظر: ص ٢٨٨ - ٢٨٩ ، ٢٠١ - ٢٠٢ .

بالباطل فلا يمنع منها^(١).

ويناقش: بأن العوض فيها مجهول.

ويجاب: بما تقدم من منع الجهالة؛ لأنه إذا شاهد المعقود عليه فقد علمه بالرؤية وهي أعلى طرق العلم، ومن علم شيئاً علم جزءه المشاع^(٢).

الترجيح:

الراجح هو القول الأول لقوة أدلته وسلامتها من المناقشات الواردة عليها في مقابل ضعف أدلة القول الثاني بما ورد عليها من مناقشة - والله أعلم - .

المطلب الرابع: في إجارة الأرض بجزء مشاع مما يخرج منها.

وصورته: أن يقول شخص لآخر استأجرت منك هذه الأرض لزرعها بنصف الخارج منها أو ثلثه ونحو ذلك.

وقد اختلف في صحة الإجارة على قولين:

القول الأول:

صحة هذه الإجارة.

وهو المذهب عند الحنابلة^(٣)، وبه قال أبو يوسف ومحمد بن الحسن

(١) انظر: إعلام الموقعين ٢ / ٣٢٨.

(٢) انظر: المغني ٥ / ٤٩٥.

(٣) انظر: الإنصاف ٥ / ٤٦٨، كشف القناع ٣ / ٥٣٤.

من الحنفية^(١). وهو قول الثوري والليث وابن أبي ليلى والأوزاعي^(٢)، واختيار شيخ الإسلام ابن تيمية^(٣).

- جاء في المغني^(٤): «إجارتها بجزء مشاع مما يخرج منها كنصف وتلك ورعب فالمنصوص عن أحمد جوازه وهو قول أكثر الأصحاب، واختار أبو الخطاب أنها لا تصح».
- وجاء في مختصر الطحاوي^(٥): «وما جاز أن يستأجر به المنازل والعبيد وما سوى ذلك مما تجوز عقود الإجازات عليه من دراهم ودنانير أو مكيل أو موزون أو معدود جاز استئجار الأرض به للزرع.. ولا بأس بالمزارعة على جزء من أجزاء ما تخرج في قول أبي يوسف ومحمد بن الحسن رحمهما الله وبه نأخذ، ولا يجوز ذلك في قول أبي حنيفة رحمته الله».

القول الثاني:

أن هذه الإجارة لا تصح.

(١) انظر: مختصر الطحاوي/ ١٣٢ - ١٣٣، المبسوط ٢٣ / ١٥، ١٨.

(٢) انظر: بداية المجتهد ٢ / ١٩٢.

(٣) انظر: الاختيارات / ١٥٧، الإنصاف ٥ / ٥٦٨.

(٤) ٤٣١ / ٥.

(٥) ص ١٣٢ - ١٣٣.

وبه قال أبو حنيفة^(١)، والمالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، وهو وجه للحنابلة
اختاره أبو الخطاب^(٤).

جاء في بداية المجتهد^(٥): «وقال قوم يجوز كراء الأرض بكل شيء ما
عدا الطعام وسواء كان ذلك بالطعام الخارج منها، أو لم يكن .. وإلى هذا
ذهب مالك وأكثر أصحابه».

وجاء في إحكام الأحكام^(٦): «أما حكم المخابرة. وهو كراء الأرض بجزء
منها كالثلث والربع، فقد اختلف العلماء فيه وفي كراء الأرض مطلقا فقال
الشافعي وأبو حنيفة والأكثرين يجوز إجارتها بالذهب والفضة وبالطعام
والنبات .. ولكن لا تجوز إجارتها بجزء مما يخرج منها كالثلث والربع».

الأدلة:

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:

١- ما ورد من الأحاديث في النهي عن كراء الأرض ببعض الخارج منها
ومن ذلك:-

(١) انظر: المبسوط ٢٣ / ١٥، ١٨، درر الحكام لتلاخسرو ٢ / ٣٢٤ - ٣٢٥.

(٢) انظر: الكافي لابن عبد البر ٢ / ١٠١، مواهب الجليل ٥ / ٤٠٢.

(٣) انظر: الأم ٤ / ١٤، كفاية الأخيار ١ / ٣١٤.

(٤) انظر: الشرح الكبير مع المغني ٥ / ٥٩٨، الإنصاف ٥ / ٤٦٨.

(٥) ٢ / ١٩٢.

(٦) لابن دقيق العيد ٣ / ١٣٢.

(أ) ما روى سالم بن عبدالله بن عمر أن ابن عمر كان يكره أرضه حتى بلغه أن رافع بن خديج حدث أن رسول الله ﷺ كان ينهى عن كراء الأرض.

(ب) ما روى رافع عن بعض عمومته أن رسول الله ﷺ قال: « من كانت له أرض فَلْيُزْرِعْهَا أو فَلْيُزْرِعْهَا أَخَاهُ ولا يكارِها بثلث ولا بربع ولا بطعام مسمى».

(ج) ما روى جابر بن عبدالله أن النبي ﷺ نهى عن كراء الأرض.

(د) ما روى جابر بن عبدالله قال: نهى رسول الله ﷺ أن يؤخذ للأرض أجر أو حظ^(١).

ويناقش الاستدلال بها بما تقدم^(٢) من أنها محمولة على ما فيه غرر وتخصيص للمالك بشيء معين مما يؤدي إلى النزاع.

٢- أن إجارة الأرض ببعض ما يخرج في معنى قفيز الطحان وقد نهى النبي ﷺ عن قفيز الطحان^(٣)؛ لأنها استتجار ببعض ما يخرج من عمله^(٤).

ويناقش: بما تقدم من مناقشات للاستدلال بهذا الحديث^(٥).

(١) سبق تخريج هذه الأحاديث ص: ٢٧٥ - ٢٧٧.

(٢) انظر: ص ٢٧٩ - ٢٨٥.

(٣) سبق تخريجه ص: ٢٨٥.

(٤) انظر: الهداية للمرغيناني ٤ / ٥٤.

(٥) انظر: ص ٣٧١ - ٣٧٢.

٣- أنها إجارة بعوض مجهول فلا تصح قياسا على إجارتها بثالث ما يخرج من أرض أخرى^(١).

ويناقش: بأنه لا يسلم أن هذه إجارة حقيقة، وإن كانت بلفظ الإجارة؛ لأن حقيقتها ومعناها مزارعة بجزء من الخارج والعبرة في العقود بمعانيها ومقاصدها لا بألفاظها ومبانيها. وإذا كانت كذلك فإن جهالة العوض لا تؤثر، ومن ثم فلا يصح القياس على إجارتها بثالث ما يخرج من أرض أخرى. والدليل على أنها مزارعة ومن باب المشاركات أنهما يشتركان في الخارج شركة مشاعة بخلاف الإجارة فإنها معاوضة محضه يشترط فيها العلم بالعوض والمعوض^(٢).

٤- أنها إجارة لعين ببعض نمائها فلم تجز كسائر الأعيان^(٣).

ويناقش: بما نوقش به الدليل السابق من منع كونها إجارة حقيقة.

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:

١- قصة خيبر وأن النبي ﷺ عاملهم ببعض الخارج منها.

وهذا هو معنى إجارتها ببعض الخارج منها إذا كان البذر من العامل

(١) انظر: المغني ٥ / ٤٣٢.

(٢) انظر: مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ٣٠ / ١١١، إعلام الموقعين ١ / ٣٨٥.

(٣) انظر: المغني ٥ / ٤٣٢.

فإن المستأجر هو الذي يبذر الأرض وللمالك بعض الزرع^(١).

وقد يناقش: بالمنع من كون هذه المعاملة إجارة بل هي مزارعة؛ لأن الإجارة لا بد فيها من أن يكون العوض معلوما^(٢).

ويجاب: بأن هذه الإجارة من جنس المشاركات وليست من المعاوضات المحضة حتى يشترط فيها العلم بالعوض والعبارة في العقود بمعانيها وحقائقها لا بألفاظها^(٣).

٢- قياس إجارتها ببعض الخارج على إجارتها بالدراهم والدنانير^(٤).

ويناقش: بأن هذا قياس مع الفرق؛ لأن الدراهم والدنانير معلومة مضمونة. بخلاف الخارج من الأرض فإنه ليس كذلك^(٥).

٣- قياس إجارتها ببعض الخارج على دفع المال لمن يتجر فيه ببعض ربحه بجامع أن كلا منهما من باب المشاركات والعوض غير مضمون.

الترجيح:

الراجع حسبما يظهر - هو القول الأول لظهوره وسلامة أكثر أدلته من المناقشة - في مقابل أدلة القول الثاني - والله أعلم - .

(١) انظر: مجموع الفتاوى ٣٠ / ١١١ .

(٢) انظر: المرجع السابق.

(٣) انظر: المرجع السابق ٣٠ / ١١٢ .

(٤) انظر: المبدع ٥ / ٤٧، شرح منتهى الإرادات ٢ / ٣٤٤ .

(٥) انظر: المغني ٥ / ٤٣٢ .

المبحث التاسع

في آثار الشيوع في العارية

وفيه مطالب :

المطلب الأول : في إعارة جزء شائع من ملكه .

المطلب الثاني: في إعارة الشريكين للمشاع .

المطلب الثالث: في إعارة أحد الشركاء لنصيبه من المشاع .

المطلب الرابع : في إعارة أحد الشركاء لجميع المشاع .

المطلب الأول :

إذا أعار شخص جزءاً شائعاً من ملكه - كما لو أجر شخص شخصاً نصف أرضه وأعاره النصف الآخر - فإن ذلك جائز .

المطلب الثاني:

إذا أعار رجلان سيارة لهما لرجل فان ذلك جائز؛ لأنها ملكهما وقد رضيا بأعارته^(١).

(١) انظر: حكم جواز الإعارة في هذين المطلبين في المبسوط ١٤٥/١٥، تبين الحقائق ١٢٦/٥، الفتاوى البزازية ٢٨/٥، حاشية أبي عابدين ٦٧٧/٥، مواهب الجليل ٢٦٨-٢٦٩، المهذب ٤٨١/١، روضة الطالبين ١٦٩-١٧٠، حاشية الشرقاوي ٨٢/٢، السراج الوهاج ص ٢٨٥، الفروع ٤٧٧/٤، غاية المنتهى ٢٢٨/٢، كشاف القناع ٢٧٤/٤، ٣٠٦.

المطلب الثالث:

إذا أعار رجل نصيبه من دابة مشتركة فإنه يجري في حكم هذه الإعارة الخلاف الجاري في إجارة المشاع بجامع أن المقصود من الإعارة والإجارة الانتفاع بالعين المؤجرة أو المعارة^(١).

المطلب الرابع في إعارة أحد الشركاء لجميع المشاع:

إذا أعار رجل سيارة مشتركة بينه وبين غيره بغير إذن شريكه فإن ذلك لا يجوز ولا تصح هذه الإعارة؛ لأنه يتصرف في ملك غيره بغير إذنه^(٢)، فإن تلفت السيارة ضمن نصيب شريكه لتعديده^(٣).

(١) انظر الخلاف في إجارة الشريك لنصيبه من المشاع ص ٣٥٤، وقد أشار الحنفية إلى الجامع بينهما. انظر: البحر ٢٨٦/٧، البناية ٩٤٥/٧.

(٢) انظر: مراجع المذاهب المتقدمة.

(٣) انظر: مجموع الفتاوى ٣٠/٣١٤.

المبحث العاشر

في آثار الشيوخ في الغصب

وفيه مطالب:

المطلب الأول: فيما يترتب على غصب نصيب أحد الشركاء.

المطلب الثاني: فيما يترتب على شيوع المغصوب في مال الغاصب.

المطلب الثالث: في رد بعض المغصوب المشاع أو الصلح عنه.

المطلب الأول:

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: في الخلاف في أصل هذا المطلب.

المسألة الثانية: في ثمرة هذا الخلاف.

المسألة الأولى :

إذا غصب شخص متسلط نصيب أحد الشريكين في دابة أو عبد أو سيارة أو نحو ذلك وقال: لا أغصب إلا نصيب زيد بعينه. فهل يختص الغصب بنصيب زيد أو يكون المغصوب من الشريكين جميعاً؟

اختلف في ذلك على قولين:

القول الأول:

أن الغصب يختص بمن أراد الغاصب غصب نصيبه.

وهو ظاهر مذهب الشافعية^(١)، وظاهر المذهب عند الحنابلة، واختيار شيخ الإسلام ابن تيمية^(٢)، وهو قول للحنفية^(٣)، وقول للمالكية^(٤).

- قال في روضة الطالبين^(٥): بينهما، أي الشريكين، عبد فغصب غاصب نصيب أحدهما بأن نزل نفسه منزلته فأزال يده ولم يزل يد صاحبه، يصح من الذي لم يغصب نصيبه بيعه، ولا يصح من الآخر بيع نصيبه إلا للغاصب، أو لقادر على أخذه من الغاصب.

- وقال في كشف القناع^(٦): ويصح غصب المشاع فلو كانت أرض أو دار لاثنين في يدهما فنزل الغاصب في الأرض أو الدار فأخرج أحدهما وبقي الآخر معه على ما كان مع المُخْرَج فإنه لا يكون غاصبا إلا نصيب المُخْرَج حتى لو استغلا الملك وانتفعا به لم يلزم الباقي منهما لشريكه شيء.

- وقال في حاشية ابن عابدين^(٧): «غصب السلطان نصيب أحدهم من شرب أو دار، وقال: لا أغصب إلا نصيبه فهو بينهم جميعا.. لكن في التاترخانية: المختار أن غصب المشاع يتحقق».

(١) انظر: مختصر المزني ص ١٠٩، فتح العزيز ١٠/٤٥٦.

(٢) انظر: مجموع الفتاوى ٣٠/٣٤٥، شرح منتهى الإرادات ٢/٤٠٠.

(٣) انظر: جامع الفصولين ٢/٨٩، حاشية اللآلي الدرية على جامع الفصولين ٢/٨٩.

(٤) انظر المعيار المعرب ٩/٥٦٥، ١٠/٤٢٦، ٨/١٢٥، مواهب الجليل ٥/٢٩٠.

(٥) ٢٨٩ / ٤

(٦) ١٠٩ / ٤

(٧) ٢١٦ / ٦

- وفي حاشية الدسوقي^(١) : «... أن ما غصب باسم أحد الشريكين مع الشيوع يوزع عليهما على الأصح ولا يختص به من غصب باسمه كغصب حصة أحد شريكين في دابة أو عبد أو قمح».

القول الثاني:

أن ما غصب باسم أحد الشريكين يكون من الشريكين جميعا ويوزع عليهما.

وبه قال المالكية^(٢) في الأصح ، وهو قول للحنفية^(٣) اختاره أبو الفضل الكرمانى^(٤)، وقول للشافعية^(٥)، وقول للحنابلة^(٦).

(١) ٢ / ٢٣٥ .

(٢) انظر: المعيار المعرب ٩/٥٦٠، ٥٦٥، ٤٢٦/١٠، مواهب الجليل ٥/٢٩٠، البهجة ١٧٩/١ .

(٣) انظر: جامع الفصولين ٢/٨٩ - ٩٠، حاشية اللآلي الدرية على جامع الفصولين ٨٩/٢ .

(٤) هو : ركن الدين أبو الفضل عبد الرحمن بن أميرويه بن محمد بن إبراهيم الكرمانى شيخ أصحاب أبي حنيفة ومقدميهم بخراسان، توفي سنة ٥٤٢هـ وكانت ولادته ٤٥٧هـ. من تصانيفه: « الجامع الكبير » و«التجريد» في الفقه وشرحه في ثلاث مجلدات وسماه الإيضاح.
(انظر: الجواهر المضية ٢/٣٨٨ - ٣٩٠، ٧٤/٤ - ٧٥).

(٥) انظر : فتح العزيز ١١/٤٥٦، روضة الطالبين ٤/٢٨٩ - ٢٩٠ .

(٦) انظر : مجموع الفتاوى ٣٠/٢٤٦، القواعد لابن رجب ص ٢٠٩ - ٢١٠ .

الأدلة :

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:

١- أن القبض غير ممكن ولا يتصور إلا بقبض الكل والغاصب لم يفتصب الكل^(١).

ويناقش : بأن الغصب إخراج مالك من ملكه قهرا عليه، وإذا كان كذلك فإن القبض لا اعتبار له؛ لأنه يخرج ويحل محله وذلك متصور في المشاع بأن تكون أرض مشاعة بين اثنين أحدهما يعمل في شمالها، والآخر في جنوبها فيخرج من يعمل في جنوبها، أو عمارة ذات شقتين يسكن في كل واحدة شريك فيخرج أحدهما، أو عبد مشترك يخدم كل شريك يوما فيفتصبه على خدمته في يوم شريك معين. ولو جعل الغصب منهما لكان في ذلك محاباة للمفتصب نصيبه وظلم لمن لم يفتصب نصيبه ولم يرد الغاصب غصب نصيبه.

٢- أن الظالم ليس له ولاية القسمة.

ويناقش: بأن هذه الولاية - وإن لم تكن شرعية - فهي ولاية في حقيقة الأمر وواقعه، جعلها الغاصب لنفسه بظلمه وسطوته، وفي عدم اعتبار ولايته ومراعاة جبروته وتسلطه ظلم للشريك الآخر حيث أن الغاصب لم يرد أن يفتصب من نصيبه شيئا وإنما أراد غصب نصيب شريكه.

(١) انظر : مجموع الفتاوى ٣٠/٣٤٦، جامع الفصولين ٢/٨٩.

واستدل أصحاب القول الأول^(١) :

بأن الغاصب إنما قصد أخذ مال أحد الشريكين، وقد قال ﷺ: «إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى»^(٢).
وفي جعل نصيب الشريك الذي لم يُرد الغاصب غصبه: شركة بين الشريكين مخالفة لهذا الحديث.

الترجيح :

الذي يظهر أن الراجح هو القول الأول؛ لقوة مستمسكه حيث راعي قصد العاقد، ومن القواعد الخمس الكلية أن الأمور بمقاصدها - في مقابل ضعف ما تمسك به أصحاب القول الثاني بما ورد عليه من المناقشات - مع كونه قولاً في مقابل هذه القاعدة العظيمة - والله أعلم - .
المسألة الثانية: في ثمرة هذا الخلاف.

تظهر ثمرة هذا الخلاف فيما إذا استغل الغاصب والشريك الآخر الملك وانتفعا به، فعلى القول الأول لا يلزم الشريك الباقي مع الغاصب لشريكه شيئاً؛ لأنه لم يُغصب نصيبه، وإنما غصب نصيب شريكه.
وعلى القول الثاني يلزم الشريك الباقي أجره ما انتفع به من الملك لشريكه بقدر نسبة نصيب شريكه، فإن كان نصيب الشريك المغصوب حقه: النصف فإنه يلزم الشريك الآخر الربع؛ لأن نصف الأرض استغله

(١) انظر: هذا الدليل في مجموع الفتاوى ٣٠/٣٤٥، ٣٤٦، القواعد لابن رجب ص ٢١٠.

(٢) سبق تخريجه ص: ١٢٧.

الغاصب، والنصف الآخر استغله - هو - وله منه النصف ولشريكه منه النصف الآخر.

وتظهر ثمرة الخلاف أيضا فيما إذا باع من لم يُغصب نصيبه من الشركاء نصيبه فعلى القول الأول يصح بيعه لنصيبه ويختص بثمن ما باع ولا يدخل معه شريكه في الثمن.

وعلى القول الثاني: ليس للشريك بيع جميع النصف الذي لم يغصب وإنما له بيع الربع - أي نصف النصف - والربع الآخر لشريكه المغصوب منه^(١).

المطلب الثاني: فيما يترتب على شيوع المغصوب في مال الغاصب.

إذا غصب شخص عينا مما لا تتميز إذا خلطت بجنسها أو اختلطت به كدقيق أو زيت فاختلف بجنسه من مال الغاصب. أو بغير جنسه مما لا يتميز. فقد اختلف فيما يترتب على هذا الاختلاط الشائع على قولين:

القول الأول:

أن الغاصب إذا خلط المغصوب بمثله فإنه يكون شريكا للمغصوب منه بقدر ما خلط، وإن خلطه بدونه أو بخير منه أو بغير جنسه فهما شريكان بقدر قيمتهما، فيباع الجميع ويدفع لكل واحد قدر حصته.

وهو المذهب عند الحنابلة^(٢)، وقول للشافعية^(٣).

(١) انظر مراجعهم المثبتة عند أقوالهم وأدلتهم.

(٢) انظر: المبدع ١٦٨/٥ - ١٧٠، الإنصاف ١٦١/٦ - ١٦٣.

(٣) انظر: فتح العزيز ٣٢٢/١١.

- قال في المحرر^(١): «وإذا خلط المغصوب بما يمتاز منه لزمه تخليصه، وإن لم يتميز كزيت خلطه بمثله، لزمه مثل مكيله منه. وإن خلطه بدونه أو بخير منه أو بغير جنسه فهما شريكان بقدر قيمتهما».

القول الثاني:

أن المغصوب يكون في حكم الهالك ويملكه الغاصب ويلزمه بدله للمغصوب منه.

وبه قال الحنفية^(٢)، والمالكية^(٣)، وهو المذهب عند الشافعية^(٤)، وهو وجه للحنابلة اختاره القاضي^(٥).

- قال في درر الحكام شرح غرر الأحكام^(٦) «... أو اختلط المغصوب بملك الغاصب ولم يتميز أصلاً كاختلاط بره ببيره أو شعيره بشعيره... ضمنه - أي الغاصب - المغصوب وملكه».

- وقال في الكافي في فقه أهل المدينة^(٧): «ولو غصب دنانير أو دراهم فخلطها بمثلها لم يكن ربها له شريكا وكان عليه لربها أن يأتيه بمثل

(١) ٣٦١/١.

(٢) انظر: درر الحكام ٢/٢٦٥، الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه ٦/١٩١.

(٣) انظر: الكافي لابن عبد البر ٢/١٧٢، المدونة ٥/٣٦٣، ٣٦٤.

(٤) انظر: مختصر المزني ص ١١٨، نهاية المحتاج ٥/١٨٣ - ١٨٤.

(٥) انظر الهداية لأبي الخطاب ١/١٩٣، الإنصاف ٦/١٦٢.

(٦) ٢/٢٦٥.

(٧) ٢/١٧٢.

عيون دنانيه أو دراهمه في وزنها».

- وقال في شرح روض الطالب^(١): «ومتى خلط الغاصب الزيت أو الشيرج أو نحوه بجنسه وتعذر التمييز صار كالهالك لا مشتركا سواء خلطه بمثله أم بأجود أم بأردأ لتعذر رده وملكه الغاصب».
- وقال في المحرر^(٢): «وقال القاضي: ما تعذر تمييزه كالتالف يلزمه عوضه من حيث شاء».

الأدلة:

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:

- ١- أنه لما تعذر رد عين ماله أشبه التالف؛ لأنه لا يتميز له منه شيء من ماله^(٣).
- ويناقش: بالمنع إذا لم يتعذر رد عين ماله من كل وجه، بل إذا لزم الغاصب مثله من هذا المختلط فإنه يكون قد رد عليه بعض ماله مع رد المثل في الباقي، وهذا أولى من أن يدفع للمغصوب منه مثله من غيره مع إمكان حصوله على بعض ماله بعينه.
- ٢- أن رجحان القول بالهلاك على القول بالاشتراك؛ لأن الشركة فيها ما في القول بالهلاك وزيادة، أما كون فيه ما في القول بالهلاك فلأن

(١) ٢٥٨/٢.

(٢) ٣٦١/١.

(٣) انظر: المغني ٢٨٧/٥، نهاية المحتاج ١٨٤/٥.

حق كل من المالك والغاصب يصير مشاعا فيلزم أن كلا منهما تملك حق الآخر بالإشاعة بغير إذنه ، وهو المحظور الموجود في القول بالهلاك، وأما كونه فيه زيادة على ما في القول بالهلاك فهو أنه يلزم عليه منع المالك من التصرف قبل البيع أو القسمة، وذلك غير موجود في القول بالهلاك فلذلك رجحوه^(١).

ويناقدش من وجهين:

أحدهما: أن هذه الزيادة المذكورة فيها إجمال؛ حيث لم يبين التصرف الذي يمنع منه المالك قبل البيع أو القسمة ، والمشاع يجوز للشريك فيه أن يتصرف في نصيبه برهنه أو هبته أو التصديق به^(٢). أما الانتفاع به في الأكل فإن وقت قسمته لا يزيد على الوقت الذي يحضر فيه مثله غالبا. فلم تصح دعوى المنع من التصرف.

الثاني: أن هذه الزيادة لا يمكن أن تصلح مرجحا لكونه في حكم الهالك، لأنها في مقابل منع مالك من أخذ بعض ملكه مع إمكانه من أخذه.

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول: بأن الغاصب قدر على دفع بعض ماله إليه مع رد المثل في الباقي فلم ينتقل إلى المثل في الجميع كما لو غصب صاعا فتلف نصفه؛ وذلك لأنه إذا دفع إليه منه فقد دفع إليه بعض ماله

(١) انظر : حاشية الرشيدى على نهاية المحتاج ١٨٦/٥.

(٢) تقدم بيان ذلك في الرهن ص : ٢٠٥-٢١٨ ، وسيأتي بيانه في الهبة ص: ٥١١-٥٢٢، وفي الصدقة : ص ٥٢٥ - ٥٢٦.

وبدل الباقي فكان أولى من دفعه من غيره^(١).

الترجيح :

الراجع هو القول الأول؛ للآتي:

- ١- قوة دليله وسلامته من المناقشة في مقابل ضعف أدلة القول الثاني بما ورد عليها من المناقشات.
- ٢- ما ذكره أصحاب هذا القول من التفصيلات التي تراعي نوع المخلوط به المصوب حيث جعلوا المالك شريكا في العين عند استوائهما جودة ورداءة، وشريكا في القيمة عند اختلافهما، ولا يخفى ما في هذا التفصيل من مراعاة حقوق المالك والغاصب وتحقيق العدل بينهما -والله أعلم-.

المطلب الثالث: في رد بعض المصوب المشاع أو الصلح عنه:

ذكر هذا المطلب فقهاء الحنابلة ولم أقف عليه عند غيرهم.

فقالوا: لو غصب جماعة مشاعا فرد واحد سهم واحد إليه لم يجز له حتى يعطي شركاءه. نص عليه الإمام أحمد، وكذا إن صالحوه عنه بمال نقله حرب.

ويتوجه أنه بيع مشاع^(٢).

قال في كشف القناع^(٣): «وقال في الفروع: ويتوجه أنه بيع مشاع

(١) انظر: المغني ٥/٢٨٧.

(٢) انظر: الفروع ٤/٥٠٨، الإقناع ٢/٣٥١، شرح منتهى الإرادات ٢/١٠٠.

(٣) ٤/١٠٩.

انتهى، أي فيصح ويطيب له المال. قلت وهو ظاهر. ولعل رواية حرب فيما إذا صالحوه عن سهم معين، وكذا لو كان الغاصب لخصصهم واحداً.

وبين هذا المطلب وما سبق في المطلب الأول فرق - في نظري - ؛ وذلك أن عدم اختصاصه به هنا لأن العين غصبت جميعاً ومنها سهم من أراد أحد الغاصبين الرد عليه فإذا، رد الغاصب فإنه يرد سهماً من ملك الجميع؛ لأنه لم يغصب سهم شخص بذاته حتى يقال رده عليه.

أما في المطلب الأول - فإن الغاصب عند ما غصب فإنه غصب سهم شخص معين، وإن كان سهم هذا الشخص غير متميز إلا أنه قصد إخراجه بذاته بعكس هذا المطلب؛ حيث لم يقصد إخراج شخص بذاته بل قصد الجميع، فإذا أراد أحد الغاصبين الرد فإنه يشترك فيه الجميع، لأنه مفصوب منهم جميعاً، إذ كيف يغصب ملك أشخاص ثم يُعطى واحداً منهم - والله أعلم -.

أما إذا صالحوا أحد الشركاء عن نصيبه بمال فإنه يترجع عندي توجيه صاحب الفروع؛ لأنه في حكم بيع نصيبه - والله أعلم - .

المبحث الحادي عشر في آثار الشيوع في الشفعة

وفيه مطالب:

المطلب الأول: فيما تثبت فيه الشفعة.

المطلب الثاني: في ثبوت الشفعة بالشركة في المرافق الخاصة «حقوق الارتفاق».

المطلب الثالث: في الشفعة في الشقص المنتقل بعوض.

المطلب الرابع: في الشفعة في الشقص المنتقل بغير عوض.

المطلب الخامس: في الشفعة في الصفقة إذا جمعت بين عقار ومنقول.

المطلب السادس: في أخذ الشفيع نصيب أحد البائعين أو أحد المشتريين.

المطلب السابع: في أخذ الشفيع بعض الشقص المبيع.

المطلب الثامن: في أخذ الشفيع أحد العقارين المبيعين.

المطلب التاسع: في كيفية استحقاق الشفعة عند تعدد الشفعاء.

المطلب العاشر: في ترك أحد الشفعاء الشفعة.

المطلب الحادي عشر: في وقت المطالبة بالشفعة.

المطلب الأول:

وفيه مسائل:

- المسألة الأولى: في الشفعة في العقار المشاع الذي يمكن قسمته.
- المسألة الثانية: في الشفعة في العقار المشاع الذي لا يمكن قسمته.
- المسألة الثالثة: في الشفعة في البناء والغراس تبعا للأرض.
- المسألة الرابعة: في الشفعة في الزرع والثمرة الظاهرة تبعا للأرض.
- المسألة الخامسة: في الشفعة في غير العقار من المنقولات وغيرها.

المسألة الأولى:

لا خلاف بين العلماء المثبتين للشفعة^(١) في ثبوت الشفعة في العقار

(١) خالف في ثبوت الشفعة الأصم فقال: لا تثبت لأن في ثبوتها إضراراً بأرباب الأملاك فإن المشتري إذا علم أنه يؤخذ منه إذا ابتاعه فإنه لا يشتريه، ويتقاعد الشريك عن الشراء فيستضر المالك.

ورد عليه ابن قدامة بأن هذا ليس بشيء لمخالفته الآثار الثابتة والإجماع المنعقد قبله. ومن هذه الآثار: ما روى جابر رضي الله عنه قال: «قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة (*).»

وأجاب عما استدل به من وجهين:

أحدهما: أنا نشاهد الشركاء يبيعون، ولا يعدم من يشتري منهم غير شركائهم ولم يمنعهم استحقاق الشفعة من الشراء.

الثاني: أنه يمكنه إذا لحقته بذلك مشقة أن يقاسم فيسقط استحقاق الشفعة.

المغني ٣٠٨/٥.

(*) أخرجه البخاري في صحيحه/ كتاب الشفعة/ باب الشفعة فيما لم يقسم.. ٤٦/٣ - ٤٧ رقم ٢٢٥٧ وهذا لفظه. وأخرجه مسلم في صحيحه في كتاب المساقاة/ باب الشفعة ٣/ ١٢٢٩ حديث ١٢٤، واقتصر على أول الحديث دون قوله: «فإذا وقعت الحدود...».

الذي يمكن قسمته ونحوه من البساتين^(١).

قال ابن المنذر^(٢): «ولا اختلاف بين أهل العلم في إثبات الشفعة للشريك الذي لم يقاسم فيما يباع من أرض أو دار أو حائط».

وقال في مجمع الأنهر^(٣): «إنما تجب - أي تثبت - الشفعة قصدا في عقار...»، وقال في المنتقى شرح الموطأ^(٤): «قال مالك في الموازية وغيرها إنما الشفعة في الأرضين وما يتصل بها من ثمرة أو بناء».

وقال في روضة الطالبين^(٥): «الأعيان ثلاثة أضرب.. الثاني: الأرض تثبت فيها سواء بيع الشقص منها وحده أم مع شيء من المنقولات».

وقال في الهداية^(٦): «ولا يختلف المذهب في وجوب الشفعة في الشقص المشاع من العقار الذي تجب قسمته».

واستدلوا على ذلك بما روى جابر رضي الله عنه قال: «قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربعة^(٧) أو حائط^(٨)».

(١) انظر: بدائع الصنائع ١٢/٥، فتاوى قاضيخان بهامش الفتاوى الهندية ٥٥٢/٣، المدونة ٤٠٢/٥، المنتقى للباجي ٢٠٠/٢، فتح العزيز مع المجموع ٣٦٦/١١، شرح روض الطالب ٢٦٣/٢، الكافي لابن قدامة ٤١٦/٢، المبدع ٢٠٥/٥.

(٢) الإقناع ٢٦٧/١.

(٣) ٤٨٠/٢.

(٤) ٢٠٠/٢.

(٥) ٦٩/٥.

(٦) لأبي الخطاب ١٩٧/١.

(٧) الرِّبْعَةُ والرَّبْعُ: المنزل ودار الإقامة. وَرَبَّعَ القَوْمَ: مَحَلَّهُمْ. وقيل: الربعة أخص من الربيع. انظر: لسان العرب ١٥٦٣/٣، المصباح المنير ٢١٦.

(٨) أخرجه مسلم في صحيحه/ كتاب المساقاة / باب الشفعة ١٢٢٩/٣ رقم ١٢٤.

وفي لفظ: «الشفعة في كل شرك في أرض أو ربع أو حائط»^(١).

المسألة الثانية: في الشفعة في العقار الذي لا يمكن قسمته.

اختلف في ثبوت الشفعة فيما لا يمكن قسمته من العقار - كالحمام

الصغير والبئر والطرق الضيقة والرحى الصغيرة - على قولين:

القول الأول:

ثبوت الشفعة في هذا العقار.

وبه قال الحنفية^(٢)، وهو رواية عند المالكية اختارها أشهب وابن

الماجشون وهي التي عليها العمل^(٣)، وقيل إنها الأشهر عنه^(٤)، وهو وجه

للشافعية^(٥) اختاره^(٦) ابن سريج^(٧)، ورواية للحنابلة اختارها ابن عقيل

(١) أخرجه مسلم فيما سبق رقم ١٢٥.

(٢) انظر: البناية ٥٤٣/٨، درر الحكام لمثالا خسرو ٢١٣/٢.

(٣) انظر: مواهب الجليل ٢٢٠/٥، كفاية الطالب الرياني ٢٢٩/٢، البهجة ١٠٩/٢.

(٤) أنظر: الكافي لابن عبد البر ١٧٨/٢، البهجة ١٠٩/٢.

(٥) انظر: التهذيب للبيهقي خ ٢/١٩٥، روضة الطالبين ٧١/٥.

(٦) انظر: شرح السنة للبيهقي ٢٤٤/٨، المهذب ٤٩٥/١.

(٧) هو: القاضي أبو العباس أحمد بن عمر بن سريج الملقب بالباز الأشهب شيخ

المذهب الشافعي وحامل لوائه، ولي قضاء شيراز في أول نشأته وكان يفضل على

أصحاب الشافعي حتى المزني وكان أبرعهم في علم الكلام والفقهاء له مصنفات

كثيرة منها: كتاب الرد على ابن داود في القياس. توفي سنة ٣٠٦.

(انظر: طبقات الشيرازي ١٠٨-١٠٩، طبقات السبكي ٨٧/٢ - ٩٦، البداية

والنهاية ١٢٩/١١).

وأبو محمد الجوزي^(١)، وشيخ الاسلام ابن تيمية^(٢)، وابن القيم^(٣)، وبه قال الثوري^(٤).

- قال في الهداية شرح بداية المبتدي^(٥): «قال : الشفعة واجبة في العقار، وإن كان مما لا يقسم».
- وقال في الإشراف على مسائل الخلاف^(٦): «اختلف قول مالك في الحمام وغيره مما لا يقسم إلا بإفساده عما هو عليه فقال فيه الشفعة، وقال لا شفعة فيه وكذلك الأرحبة والطريق وغيرهما».
- وقال في التهذيب^(٧): «وهل تثبت في غير المنقسم: فيه وجهان.. إن قلنا بالأول فلا يثبت وهو الأصح؛ لأنه لا يقبل القسمة فلا يلحقه مؤنة المقاسمة، وإن قلنا بالثاني: يثبت وهو قول ابن سريج رحمة الله عليه، وبه قال الثوري».

(١) انظر: المغني ٣١٣/٥، الفروع ٥٢٩/٤.

(٢) انظر: مجموع الفتاوي ٢٠/٣٨١، الاختيارات الفقهية ص ١٦٧.

(٣) انظر: إعلام الموقعين ٢/١٢٠-١٢٤.

(٤) انظر: التهذيب للبيهقي خ ٢/ق ١٩٥، المغني ٣١٣/٥.

(٥) ٢٦-٢٧.

(٦) ٥١/٢.

(٧) للبيهقي خ ٢/ق ١٩٥.

- وقال في الإنصاف^(١): «ولا شفعة فيما لا تجب قسمته... والرواية الثانية فيه الشفعة. اختاره ابن عقيل وأبو محمد الجوزي والشيخ تقي الدين رحمه الله».

القول الثاني:

لا تثبت الشفعة في هذا العقار.

وهو رواية عند المالكية اختارها ابن القاسم، وهي المشهورة عند المالكية^(٢)، وهو المذهب عند الشافعية^(٣)، والصحيح من المذهب عند الحنابلة^(٤)، وبه قال^(٥) يحيى بن سعيد الأنصاري^(٦)، وربيعة^(٧).

(١) ٢٥٦/٦ - ٢٥٧.

(٢) انظر: المنتقى للباقي ٢/٢٠٠ - ٢٠١، الشرح الكبير للدردير ٣/٤٧٦، البهجة ٢/١٠٩.

(٣) انظر: المهذب ١/٤٩٥، شرح روض الطالب ٢/٣٦٤.

(٤) انظر: المغني ٥/٣١٣، المبدع ٥/٢٠٧.

(٥) انظر: المغني ٥/٣١٣.

(٦) هو: الإمام العلامة يحيى بن سعيد بن قيس بن عمرو أبو سعيد الأنصاري الخزرجي البخاري المدني القاضي، ولد زمن ابن الزبير قبل السبعين، وكان عالم المدينة في زمانه، أخذ العلم عن أنس وفقهاء المدينة السبعة وغيرهم، وأخذ عنه خلق كثير قال عنه الإمام أحمد: يحيى بن سعيد أثبت الناس. توفي سنة ١٤٢هـ وقيل غير ذلك.

(انظر: سير أعلام النبلاء ٥/٤٦٨ - ٤٨٢، تهذيب الأسماء واللغات ٢/١٥٣، شذرات الذهب ١/٢١٢).

(٧) هو: الإمام أبو عثمان ربيعة بن أبي عبد الرحمن فروخ القرشي التيمي مولاهم المشهور بريعة الرأي، وكان من أئمة الاجتهاد فقيها عالما حافظا لفقهاء =

- قال في الشرح الصغير على أقرب المسالك^(١): «فما ينقسم: فيه الشفعة قولاً واحداً وما لا ينقسم: فيه قولان: مشهورهما عدم الشفعة فيه».
- وقال في روضة الطالبين^(٢): «الشرط الثالث كونه منقسماً، فالعقار الذي لا يقبل القسمة لا شفعة فيه على المذهب، وهو قوله الجديد».
- وقال في الإنصاف^(٣): «ولا شفعة فيما لا تجب قسمته - كالحمام الصغير والبئر - وهو الصحيح من المذهب وعليه جماهير الأصحاب».

الأدلة:

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:

- ١- ما روى أن النبي ﷺ « قضى أن لا شفعة في فناء ولا طريق ولا منقبة»^(٤).

=والحديث، ثقة ثبتاً، وكان أحد مفتي المدينة، بصيراً بالرأي. توفي سنة ١٢٦هـ.
(انظر: تاريخ بغداد ٨/٤٢٠، صفوة الصفوة ٢/٨٢، تذكرة الحفاظ ١/١٥٧).

(١) مع بلغة السالك ٣/٦٣٥.

(٢) ٧٠/٥ - ٧١.

(٣) ٢٥٦/٦ - ٢٥٧.

(٤) رواه أبو عبيد في غريب الحديث ٣/١٢١. وفسر أبو عبيد المنقبة: بأنها الطريق الضيق يكون بين الدارين لا يمكن أن يسلكه أحد. انظر: غريب الحديث ٣/١٢١.

وجه الاستدلال: أن النبي ﷺ نفى ثبوت الشفعة في هذه المذكورات التي لا يمكن قسمتها ويلحق بها ما في معناها مما لا يمكن الانتفاع به مع قسمته.

ويناقش: بأن الحديث ضعيف لعدم وجود إسناده^(١).

٢- ما وروى أبان بن عثمان^(٢)، عن عثمان رضي الله عنه قال: «لا شفعة في بئر ولا فحل^(٣) والأرف^(٤) يقطع كل شفعة»^(٥).

قال الإمام أحمد: ما أصحه من حديث^(٦)

(١) انظر في تضعيف الحديث الذي لم يذكر إسناده: مقدمة ابن الصلاح بتحقيق بنت الشاطئ ص ١٦٠، تغليق التعليق ١/٢٨٥.

(٢) هو: أبان بن عثمان بن عفان بن أبي العاص الأموي المدني الإمام الفقيه الأمير أبو سعد، تولى إمارة المدينة لعبد الملك سبع سنين، وكان ثقة فاضلاً. توفي سنة ١٠٥هـ، وقيل توفي قبل عبد الملك ابن مروان.
(انظر: الطبقات لابن سعد ٥/١٥١-١٥٢، سير أعلام النبلاء ٤/٣٥١-٣٥٢).

(٣) الفحل: فحل النخل أي ذكر النخل. انظر: لسان العرب ٥/٣٢٥٨، مختار الصحاح ص ٣٦٤.

(٤) الأرف: على وزن الغرف، المعالم والحدود. انظر: سنن البيهقي ٦/١٠٥، المصباح المنير ص ١٢.

(٥) أخرجه مالك في الموطأ/ كتاب الشفعة/ باب ما لا تقع فيه الشفعة ٢/٧١٧ رقم ٤ مع اختلاف في اللفظ. وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى/ كتاب الشفعة / باب الشفعة فيما لم يقسم ٦/١٠٥. وهذا لفظه.

(٦) انظر: إعلام الموقعين ٢/١٢٢.

ووجه الاستدلال: أن عثمان رضي الله عنه نفى الشفعة في البئر والفحل ويلحق بها ما في معناها مما لا ينتفع به بعد الاقتسام.

ويناقش: بأن هذا رأي لعثمان رضي الله عنه ^(١) في مقابل العمومات التي استدل بها أصحاب القول على ثبوت الشفعة فيما لا يمكن قسمته وسيأتي.

٣- أن الشفعة إنما ثبتت لدفع الضرر الذي يلحقه بالمقاسمة لما يحتاج إليه من إحداث المرافق الخاصة، ولا يوجد هذا فيما لا ينقسم ^(٢).

ويناقش: بالمنع؛ لأن هذا الاستدلال يحتاج إلى دليل يدل على أنها شرعت لرفع ضرر القسمة لا لرفع ضرر المشاركة.

٤- أن الشفعة لو وجبت فيما لا يمكن قسمته لتضرر الشريك؛ لأنه إن باعه لم يرغب الناس في الشراء؛ لخوفهم من انتزاعه بالشفعة. وإن طلب القسمة لم تجب إجابته، فلا يمكنه البيع ولا القسمة، فلا يقدر أن يتخلص من ضرر شريكه. فلو أثبت فيه الشفعة لرفع ضرر الشريك الذي لم يبع لزم إضرار الشريك البائع. والضرر لا يزال بالضرر ^(٣).

(١) انظر: البناية شرح الهداية ٥٤٤/٨.

(٢) انظر: المغني ٣١٣/٥.

(٣) انظر: المغني ٣١٣/٥، مجموع الفتاوي ٢٨٢/٣٠.

ونوقش: بأنه لا ضرر على الشريك البائع: لأنه إذا طلب المقاسمة ولم يمكن
قسمة العين، فإن العين تباع ويجبر الممتنع على البيع ويقسم الثمن
بينهما^(١).

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية^(٢):

١- ما روى عن جابر رضي الله عنه قال: «من كان له شريك في ربة أو نخل فليس
له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فإن رضي أخذ وإن كره ترك»^(٣).

وفي لفظ: «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»^(٤).

وفي لفظ: «الشفعة في كل شرك في أرض أو ربع أو حائط لا يصلح
أن يبيع حتى يعرض على شريكه فيأخذ أو يدع فإن أبى فشريكه أحق
به حتى يؤذنه»^(٥).

(١) انظر: مجموع الفتاوى ٢٨٤/٣٠، وستأتي أدلة الإجماع على بيع مالا يمكن قسمته
ص ١٢٦٨ - ١٢٧٣.

(٢) استدل بهذه الأدلة في مجموع الفتاوى ٣٠/٣٨٢.

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه / كتاب المساقاة / باب الشفعة ١٢٢٩/٣ رقم ١٢٣.

(٤) سبق تخريجه ص: ٣٩٩.

(٥) أخرجه مسلم في صحيحه / كتاب المساقاة / باب الشفعة ١٢٢٩/٣ رقم ١٣٥.

ووجه الاستدلال: أن النبي ﷺ لم يشترط في الأرض والرابعة والحائط أن يكون مما يقبل القسمة، فلا يجوز تقييد كلام الرسول بغير دلالة من كلامه، لا سيما وقد ذكر هذا في باب تأسيس إثبات الشفعة^(١).

وفي لفظ آخر: «قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة»^(٢).

ووجه الاستدلال منه: أن النبي ﷺ لم يمنع من الشفعة إلا مع إقامة الحدود وصرف الطرق^(٣).

٢- ما روى ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «الشريك شفيح والشفعة في كل شيء»^(٤).

ووجه الاستدلال: أن الحديث عام في ثبوت الشفعة في كل شيء عقار وغيره مقسوم وغير مقسوم.

(١) انظر: مجموع الفتاوى ٢٠/٢٨٢.

(٢) سبق تخريجه ص ٢٩٨.

(٣) انظر: مجموع الفتاوى ٣٠/٢٨٢.

(٤) أخرجه الترمذي في سننه/ كتاب الأحكام. باب ما جاء أن الشريك شفيح ٢/٦٤٥ رقم ١٢٧١، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى / كتاب الشفعة/ باب لاشفعة فيما ينقل ويحول ٦/١٠٩، وأخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ٤/١٢٥.

ونوقش: بأنه مرسل. قال الترمذي: هذا حديث لا نعرفه مثل هذا إلا من حديث أبي حمزة السكري^(١)، وقد روى غير واحد عن عبد العزيز بن ربيع^(٢) عن ابن أبي مليكة^(٣) عن النبي ﷺ مرسلًا وهذا أصح^(٤). وقال البيهقي: « قال علي^(٥) :

(١) هو : محمد بن ميمون المروزي أبو حمزة السكري، إمام صدوق مشهور، قال الدوري: كان من ثقات الناس، ولم يكن يبيع السكر وإنما سمي السكري لحلاوة كلامه، توفي سنة ١٦٦هـ وقيل غير ذلك.

(انظر: ميزان الاعتدال ٤/٣٥٢، الكاشف ٣/٩٠. تهذيب التهذيب ٩/٤٨٦ - ٤٨٧).

(٢) هو: الإمام المحدث الثقة أبو عبد الله عبد العزيز بن ربيع الأسدي المكي الطائفي، سكن الكوفة. تابعي حدث عن ابن عباس وابن عمر وأنس وغيرهم وعنه الأعمش وشعبة والسفيانان وغيرهم. توفي سنة ١٢٠هـ وقد أسن.

(انظر: سير أعلام النبلاء ٥/٢٢٨، تهذيب التهذيب ٦/٢٢٧، شذرات الذهب ١/١٧٧).

(٣) هو: عبد الله بن عبيد الله بن أبي مليكة زهير بن عبد الله بن جدعان القرشي التيمي المكي الأحول، قاضي مكة زمن ابن الزبير ومؤذن الحرم روى عن طائفة كبيرة من الصحابة، وكان إمامًا فقيها حجة فصيحا مفضها متفقا على ثقته، توفي سنة ١١٧هـ.

(انظر: الطبقات لابن سعد ٥/٤٧٣، تذكرة الحفاظ ١/١٠١ - ١٠٢، العبر ١/١٤٥).

(٤) انظر: سنن الترمذي ٣/٦٤٥.

(٥) هو : أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي البغدادي الدارقطني، الإمام الكبير والمحدث الحافظ. ولد سنة ٢٠٦هـ وتوفي ببغداد سنة ٢٨٥. قال الخطيب: كان فريد عصره وإمام وقته وانتهى إليه علم الأثر والمعرفة بالعلل. من تصانيفه: «السنن» و «العلل» و «المختلف والمؤتلف» في أسماء الرجال.

(انظر: تذكرة الحفاظ ٣/٩٩١ - ٩٩٥، البداية والنهاية ١١/٣١٧ - ٣١٨، شذرات الذهب ٣/١١٦).

خالفه^(١) شعبة^(٢) وإسرائيل^(٣) وعمرو ابن أبي قيس^(٤) وأبو بكر بن عياش^(٥)
فرووه عن عبد العزيز بن رفيع عن ابن أبي مليكة مرسلًا وهو

(١) أي خالف أبا حمزة السكري.

(٢) هو : الإمام الحافظ أمير المؤمنين في الحديث أبو بسطام شعبة بن الحجاج بن
الورد العتكي الأزدي (بالولاء) الواسطي ثم البصري. ولد سنة ٨٢هـ، وكان من
سادات أهل زمانه حفظًا وإتقانًا وورعًا وفضلاً، وهو أول من فتش بالعراق عن
أمر المحدثين وجانب الضعفاء والمتروكين وصار علماً يقتدى وتبعه عليه بعده أهل
العراق. توفي سنة ١٦٠هـ.
(انظر: تذكرة الحفاظ ١/١٩٣، سير أعلام النبلاء ٧/٢٠٢، تهذيب التهذيب
٤/٣٣٨).

(٣) هو: عمرو بن أبي قيس الرازي الأزرق كوفي نزل الري، روى عن أبي إسحاق
السيبي ومنصور بن المعتمر وأيوب السخيتاني. قال ابن حجر: صدوق له أوهام،
من الثامنة.
(انظر: ميزان الاعتدال ٣/٢٨٥، تهذيب التهذيب ٨/٩٣ - ٩٤، تقريب التهذيب ٢/٧٧).

(٤) هو الحافظ أبو يوسف إسرائيل بن يونس بن أبي إسحاق السبيعي الكوفي، أحد
الأعلام، كان صالحاً خاشعاً لله كبير القدر. قال ابن حجر: ثقة تكلم فيه بلا
حجة. توفي سنة ١٦٢هـ.
(انظر ميزان الاعتدال ١/٢٠٨ - ٢١٠، تقريب التهذيب ١/٦٤).

(٥) هو : الإمام الحافظ أبو بكر بن عياش بن سالم الأسدي الكوفي الحافظ المقري
مولى واصل الأحدب، ثقة عابد إلا أنه لما كبر ساء حفظه، وكتابه صحيح. توفي
سنة ١٩٤هـ. وقد قارب المائة.
(انظر: تذكرة الحفاظ ١/٢٦٥، تقريب التهذيب ٢/٣٩٩).

الصواب ووهم أبو حمزة في إسناده^(١).

وروي أيضا من طرق أخرى ضعيفة^(٢).

وأجيب عن ذلك بأن أبا حمزة السكري ثقة^(٣) احتج به صاحبها الصحيح، فإن قلنا : «الزيادة من الثقة مقبولة» فرفع الحديث إذا صحيح. وإلا فغايته أن يكون مرسلا عضدته الآثار المرفوعة والقياس الجلي^(٤).

وقد أخرج له الطحاوي^(٥) شاهدا من حديث جابر بإسناد لا بأس برواته^(٦)، قال: «قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شيء»^(٧).

(١) انظر: السنن الكبرى ١٠٩/٦.

(٢) انظر: السنن الكبرى للبيهقي ١٠٩/٦ - ١١٠.

(٣) انظر: سنن الترمذي ٦٤٦/٣.

(٤) انظر: إعلام الموقعين ١٢٢/٢، المبدع ٢٠٧/٤.

(٥) هو: أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن سلمة الأزدي الحجري المصري الطحاوي الحنفي، وطحا من قرى مصر، ولد سنة ٢٢٧هـ. وكان ثقة ثبتا فقيها عاملا، انتهت إليه رئاسة أصحاب أبي حنيفة بمصر. توفي سنة ٣٢١هـ. من تصانيفه: «اختلاف العلماء» و«الشروط» و«أحكام القرآن» و«معاني الآثار». (انظر: تذكرة الحفاظ ٨٠٨/٣ - ٨١١، الجواهر المضيئة ٢٧١/١ - ٢٧٧، الفوائد البهية / ٣١ - ٣٤، الطبقات السنية ٤٩/٢).

(٦) انظر: فتح الباري ٤٣٦/٤.

(٧) انظر: شرح معاني الآثار.

قال ابن القيم: رواة هذا الحديث ثقات وهو غريب بهذا الإسناد^(١).

أقول: ومما يرجح أنه صالح للاحتجاج به جزم ابن أبي مليكة بالحديث وذلك بما أخرجه ابن أبي شيبة بسنده عن ابن أبي مليكة قال: قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شيء: الأرض والدار والجارية والخدام. فقال عطاء: إنما الشفعة في الأرض والدار، فقال له ابن أبي مليكة: تسمعي لا أم لك. أقول: قال رسول الله ﷺ ثم تقول مثل هذا».

فرجع عطاء وقال بقول ابن أبي مليكة.

أقول: ومثل هذا القول لا يمكن أن يصدر من ابن أبي مليكة إلا وعنده علم قاطع أن الرسول ﷺ قال ذلك.

فإذا وصل ثقة - مثل أبي حمزة السكري - حديث ابن أبي مليكة عن ابن عباس فإنه يلزم المصير إليه، وبه يعلم أن قوله: قضى رسول الله ... إنما سمعه من ابن عباس - والله أعلم - .

٣- أن الشفعة شرعت لإزالة ضرر الشركة فيما يتأبد ويدوم كتضييق المدخل، والتأذي بحرفة الشريك وأخلاقه، أو كثرة الداخلين عليه وما أشبههما^(٢).

ويناقش: بالمنع؛ لأن هذا الاستدلال يحتاج إلى دليل يدل على أنها

(١) انظر: إعلام الموقعين ١٢٢/٢.

(٢) انظر: الهداية للمرغيناني ٣٤/٤، الإشراف للقاضي عبد الوهاب ٥٢/٢، فتح العزيز مع المجموع ٢٨٠/١١، المغني ٣١٣/٥.

شرعت لرفع ضرر الشركة لا لرفع ضرر المقاسمة.

وأجيب عن ذلك بأنه قد دل الدليل على أن الضرر المراد رفعه - هو سوء المشاركة - وهو : أن الضرر بالشركة فيما لا ينقسم أبلغ من الضرر بالعقار الذي يقبل القسمة - إذ إن الضرر فيما يقبل القسمة يمكن رفعه بالمقاسمة - فإذا كان الشارع يريد لرفع الضرر الأدنى فالأعلى أولى بالرفع. وظن من ظن أنها تثبت لرفع ضرر المقاسمة لا لضرر المشاركة كلام ظاهر البطلان فإنه قد ثبت بالنص والإجماع أنه إذا طلب أحد الشريكين القسمة فيما يقبلها وجبت إجابته إلى المقاسمة، ولو كان ضرر المقاسمة أقوى لم يرفع أدنى الضررين بالتزام أعلاهما ولم يوجب الله ورسوله الدخول في الشيء الكثير لرفع الشيء القليل فإن شريعة الله منزهة عن مثل هذا^(١).

٤- أن الحمام - مثلا - لو كان مهدوما فباع أحد الشريكين نصيبه كان للشريك الشفعة وما يستحق بالشفعة مهدوما يستحق بالشفعة مثبتا كالشقص من الدار، وبهذا يتبين أن مؤنة المقاسمة إن كانت لا تلحقه في الحال فقد تلحقه في الثاني وهو ما بعد الانهدام إذا طلب أحدهما قسمة الأرض بينهما^(٢).

٥- أن الأصل عدم انتزاع ملك الإنسان منه إلا برضاه لما في الانتزاع من الظلم له والإضرار به، فأما مالا يتضمن ظلما ولا إضرارا بل مصلحة له بإعطائه الثمن فلشريكه دفع ضرر الشركة عنه، وهذا هو مقتضى

(١) انظر: مجموع فتاوى شيخ الإسلام ٣٠/٢٨٣ - ٢٨٤، إعلام الموقعين ٢/١٢٢.

(٢) انظر: المبسوط ١٤/١٣٥.

أصول الشريعة؛ فإن أصول الشريعة توجب المعاوضة للحاجة والمصلحة الراجعة، وإن لم يرض صاحب المال، وترك معاوضته ههنا لشريكه مع كونه قاصدا للبيع ظلم منه وإضرار بشريكه فلا يمكنه الشارع منه، بل من تأمل مصادر الشريعة ومواردها تبين له أن الشارع لا يمكن هذا الشريك من نقل نصيبه إلى غير شريكه وأن يلحق به من الضرر مثل ما كان عليه أو أزيد منه مع أنه لا مصلحة له في ذلك^(١).

الترجيح :

الراجع - فيما يظهر - هو القول الأول لقوة أدلتهم وسلامتها من المناقشة في مقابل ضعف أدلة القول الثاني بما ورد عليها من مناقشات - والله أعلم - .

المسألة الثالثة: في الشفعة في البناء والغراس المشاعين تبعا للأرض:

وصورتها: أن يشتري شخص شقصا من أرض مشتركة فيها بناء وغراس فيأخذ الشريك بالشفعة.

ولا خلاف في ثبوت الشفعة في البناء والغراس تبعا للأرض^(٢).

قال في مجمع الأنهر في تعريف الشفعة^(٣): «... وفي الشرع تملك

(١) انظر: إعلام الموقعين ١٢٣/٢.

(٢) انظر: تبين الحقائق ٢٥٢/٥، بدر المتقى شرح ملتقى الأبحر ٤٧١/٢، المنتقى للباي ٢٠٠/٢، البهجة في شرح التحفة ١٠٨/٢، روضة الطالبين ٦٩/٥، المنهج بهامش حاشية الجمل عليه ٤٩٩/٢، الشرح الكبير مع المغني ٤٧١/٥، الفروع ٥٢٩/٤.

(٣) ٤٧٢ - ٤٧١/٢.

العقار وهو الضيعة.. دون المنقول كالشجر والبناء فإنه من منقول لم تجب فيه الشفعة إلا بتبعية العقار كالدار والكرم...».

وقال في التاج والإكليل^(١): «من المدونة قال مالك الشفعة فيما لم ينقسم بين الشركاء من الدور والأرضين والنخل والشجر وما يتصل بذلك من بناء أو ثمرة».

وقال في فتح العزيز^(٢): «وإن بيعت الأبنية والأشجار مع الأرض صريحا أو على قولنا تستبعضها ثبتت الشفعة فيها تابعة للأراضي».

وقال في شرح منتهى الإرادات^(٣): «ويؤخذ غراس وبناء بالشفعة تبعا للأرض».

واستدل لذلك^(٤) بما روى جابر رضي الله عنه قال: «قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربعة أو حائط...»^(٥). وفي لفظ: «الشفعة في كل شرك في أرض أو حائط...»^(٦).

ووجه الاستدلال: أن هذا الحديث يدخل فيه البناء والأشجار

(١) ٣١٨/٥.

(٢) مع المجموع ٣٦٧/١١.

(٣) ٤٣٦/٢.

(٤) استدلوا بهذه الأدلة في فتح العزيز مع المجموع ٣٦٧/١١، المغني ٣١١/٥، كشف القناع ١٤٠/٤.

(٥) سبق تخريجه ص ٣٩٩.

(٦) سبق تخريجه ص ٤٠٠.

لتصريحه ﷺ بالشفعة في الربع والحائط، ولفظ الربع يتناول الأبنية،
ولفظ الحائط يتناول الأشجار^(١).

المسألة الرابعة: في الشفعة في الزرع والثمرة الظاهرة تبعا للأرض:

وصورتها: أن يشتري شخص شقصا من أرض فيها زرع أو ثمرة
ظاهرة فيطلب الشريك الشفعة في الشقص المشتري.

وقد اختلف في ثبوت الشفعة في الزرع والثمرة تبعا للأرض على
قولين:

القول الأول:

أن الشفعة لا تثبت فيها.

وبه قال الشافعية^(٢)، وهو المذهب عند الحنابلة^(٣)، وقول بعض
المالكية^(٤).

- قال في المهذب^(٥): «وإن بيع الزرع مع الأرض أو الثمرة الظاهرة مع
الأصل لم يؤخذ مع الأصل بالشفعة».

(١) انظر: فتح العزيز مع المجموع ٣٦٧/١١، المغني ٣١١/٥.

(٢) انظر: فتح العزيز مع المجموع ٣٦٧/١١، شرح روض الطالب ٣٦٤/٢.

(٣) انظر: الشرح الكبير مع المغني ٤٧١/٥، الإنصاف ٢٥٨/٦.

(٤) انظر: المنتقى شرح الموطأ ٢/٢٠١، ٢٠٣، البهجة في شرح التحفة ١١٠/٢.

(٥) ٤٩٥/١.

- وقال في المغني^(١) : «القسم الثاني: مالا تثبت فيه الشفعة تبعا ولا مفردا وهو الزرع والثمرة الظاهرة تباع مع الأرض فإنه لا يؤخذ بالشفعة مع الأصل».

وفي المنتقى شرح الموطأ^(٢): «قال ابن المواز عن أشهب إن شراها مأبورة أو غير مأبورة ثم أبرها المبتاع فإن الشفيع يأخذ الأصل دون الثمرة.

القول الثاني:

أن الشفعة تثبت فيها .

وبه قال الحنفية^(٣)، وهو المشهور عند المالكية^(٤)، وهو وجه للحنابلة^(٥).

- قال في الهداية شرح بداية المبتدي^(٦): «ومن ابتاع أرضا وعلى نخلها تمر أخذها الشفيع بتمرها».

- وقال في المنتقى شرح الموطأ^(٧): «وإن جاء وقد أبرت الثمرة أو أزهرت

(١) ٣١١/٥ .

(٢) ٢٠١/٢ .

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٢٨/٥ - ٢٩ ، البناية ٥٤٠/٨ .

(٤) انظر: المدونة ٤٢٦/٥ - ٤٢٩ ، المنتقى للباقي ٢٠١/٢ - ٢٠٣ ، البهجة شرح التحفة ١١٠/٢ ويلاحظ أن هذا هو المشهور عندهم إن كان المبيع: هو الثمرة .

(٥) انظر: الشرح الكبير مع المغني ٤٧١/٥ ، الفروع ٥٢٩/٤ .

(٦) ٣٤/٤ .

(٧) ٢٠١/٢ .

فله أن يأخذ الثمرة مع الأصل عند ابن القاسم».

- وفي المبدع^(١): «ولا تؤخذ الثمرة.. والزرع تبعاً أي إذا بيع مع الأرض في أحد الوجهين وهو المذهب.. والثاني: بلى يؤخذ تبعاً كالغراس».

الأدلة:

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب القول الثاني: بأن الحق إذا ثبت في العقار فإنه يثبت فيما هو تبع له؛ لأن حكم التبع حكم الأصل والثمره والزرع تابعة للعقار حالة الاتصال فتأخذ حكمه^(٢).

ويناقش: بأنه لا يسلم أن الثمرة والزرع تابعان للعقار بل لهما حكم مستقل ولا يدخلان في حكم العقار إلا باشتراطهما بدليل قوله ﷺ في حديث ابن عمر: «من ابتاع نخلاً بعد أن تؤبر فثمرتها للبتاع إلا أن يشترط المبتاع»^(٣).

وفي رواية: «أما امرئ أبر نخلاً ثم باع أصلها فللذي أبر ثمر النخل إلا أن يشترطه المبتاع»^(٤).

(١) ٢٠٨/٥.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٢٨/٥.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه. كتاب الشرب والمساقاة/باب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط أو نخل ٨١/٣ رقم ٢٣٧٩، وأخرجه مسلم في صحيحه/كتاب البيوع/باب من باع نخلاً عليها ثمر ١١٧٣/٣، رقم ٨٠ وهذا لفظه.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه/كتاب البيوع/باب بيع النخل بأصله ٣٥/٣ رقم ٢٢٠٦، وأخرجه مسلم في صحيحه/كتاب البيوع/باب من باع نخلاً عليها ثمر ١١٧٣/٣ رقم ٧٩.

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:

- ١- أن الزرع والثمرة لا يدخلان في بيع العقار من غير شرط، والشفعة بيع في الحقيقة - إلا أن للشفيع سلطان الأخذ بغير رضا المشتري - فلا يدخلان في الشفعة في العقار كقماش الدار^(١).
 - ٢- أن الزرع والثمرة مما ينقل فلا يؤخذ مع الأرض بالشفعة كثيران الضيقة^(٢).
 - وقد يناقش: بأن في ثبوت الشفعة في المنقول خلافاً، والمالكية من أصحاب القول الثاني يرون ثبوتها في بعض المنقولات كالثمرة، وكذلك الحنابلة في رواية يرون ثبوتها في المنقول.
 - ٣- أن الزرع ليس له أصل ثابت ولا هو من آلات الأصل فلم تثبت الشفعة فيه كالثياب^(٣).
- ويناقش: بما نوقش به الدليل السابق.

الترجيح:

الذي يظهر أن الراجح هو القول الأول لسلامة بعض أدلته من المناقشة الواردة عليها في مقابل ضعف القول الثاني بالمناقشة الواردة على دليله - والله أعلم -.

(١) انظر: المنتقى ٢٠١/٦، المغني ٣١١/٥.

(٢) انظر: المهذب ٤٩٥/١، بدائع الصنائع ٢٨/٥.

(٣) انظر: المنتقى للباقي ٢٠٣/٦.

المسألة الخامسة : في الشفعة في المشاع المفرد من غير العقار منقولاً كان أو غير منقول.

وصورتها: أن يبيع أحد الشريكين نصيبه من حيوان أو جوهرة أو شجرة أو ثمرة فيطلب شريكه أخذه بالشفعة فيه.

وقد اختلف في ثبوت الشفعة في ذلك على قولين:

القول الأول:

ثبوت الشفعة.

وبه قال ابن حزم^(١)، وابن أبي ليلى^(٢)، وهو مروى عن ابن أبي مليكة وعطاء وفتحاء أهل مكة^(٣)، وهو قول للمالكية قيل هو المشهور^(٤)، وهو رواية عن الامام أحمد اختارها جمع من أصحابه منهم: ابن عقيل وأبو محمد الجوزي^(٥) وشيخ الإسلام ابن تيمية^(٦) وتلميذه ابن القيم^(٧).

(١) انظر: المحلى ٨٢/٩.

(٢) انظر: المنتقى للباقي ٢٢٢/٦، البناء ٥٤٧/٨.

(٣) انظر: المحلى ٨٤/٩، فتح الباري ٤٣٦/٤، المغني ٣١١/٥، إعلام الموقعين ١٢١/٢.

(٤) انظر: التاج والإكليل ٣١٨/٥، البهجة شرح التحفة ١٠٩/٢، مواهب الجليل ٣١٨/٥، الشرح الصغير ٦٣٨/٣.

(٥) انظر: الشرح الكبير ٤٧٢/٥، الفروع ٥٢٩/٤، المبدع ٢٠٨/٥.

(٦) انظر: الفروع ٥٢٩/٤، الإنصاف ٢٥٧/٦.

(٧) انظر: إعلام الموقعين ١٢١/٢ - ١٢٤.

- قال في المحلى^(١): «الشفعة واجبة في كل جزء بيع مشاعا غير مقسوم بين اثنين فصاعدا من أي شيء كان مما ينقسم ومما لا ينقسم من أرض أو شجرة واحدة فأكثر، أو عبد أو ثوب أو أمة أو من سيف أو من طعام أو من حيوان أو من أي شيء بيع».
- وقال في حاشية العدوي^(٢): «البناء والشجر ونحوهما من الثمار والمقايي والقطن والبادنجان والقرع ففيه الشفعة».
- وقال في الإنصاف^(٣): «ولا شفعة فيما لا تجب قسمته.. ولا ما ليس بعقار كالشجر والحيوان والبناء المفرد، وكالجوهرة والسيف ونحوهما -في إحدى الروايتين.. والرواية الثانية: فيه الشفعة اختاره ابن عقيل وأبو محمد الجوزي والشيخ تقي الدين قال الحارثي: وهو الحق»..

القول الثاني:

لا تثبت الشفعة في غير العقار.

وبه قال الحنفية^(٤)، والشافعية^(٥)، وهو المذهب عند الحنابلة^(٦)، وهو قول للمالكية^(٧)، وهو مروى عن الحسن والثوري والأوزاعي والعنبري وقتادة

(١) ٨٢/٩.

(٢) على شرح أبي الحسن ٢٣٠/٢.

(٣) ٢٥٦/٦ - ٢٥٧.

(٤) انظر: مختصر الطحاوي ص ١٢، تبين الحقائق ٢٥٢/٥.

(٥) انظر: المهذب ٤٩٤/١، مغني المحتاج ٢٩٦/٢.

(٦) انظر: الشرح الكبير مع المغني ٤٧٢/٥، الإنصاف ٢٥٦/٦ - ٢٥٧.

(٧) انظر: بداية المجتهد ٢٢٣/٢، قوانين الأحكام الشرعية ص ٣١٣، التاج والإكليل ٢٢٩/٥، كفاية الطالب الرياني ٢٢٩/٢.

وربيعة وإسحاق^(١).

- قال في الهداية شرح بداية المبتدي^(٢): «ولا شفعة في العروض والسفن.. ولا شفعة في البناء والنخل إذا بيعت دون العرصة».
- وقال في التهذيب^(٣): «وأما المنقولات فلا شفعة فيها، وكذلك لو باع البناء والأشجار المشتركة دون الأصل فلا شفعة».
- وقال في الإشراف على مسائل الخلاف^(٤): «ولا شفعة في العروض والحيوان».
- وقال في كشف القناع^(٥): «ولا شفعة فيما ليس بعقار كشجر مفرد وحيوان، وبناء مفرد عن أرض وجوهر وسيف ونحوها كسفينة وزرع وثمره».

الأدلة:

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:

- ١- ما روى جابر رضي الله عنه قال: «قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل ما لم

(١) انظر: المغني ٣١١/٥.

(٢) ٣٤/٤.

(٣) للبغوي خ ٢/ق ١٩٥.

(٤) ٥٠/٢.

(٥) ١٤٠/٤.

يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة^(١).

ووجه الاستدلال به: أن الحديث يدل على أن الشفعة إنما تكون في الأرض التي تقسم، بدليل قوله ﷺ فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق^(٢). ونوقش الاستدلال به من وجوه:

الأول: أن قوله: «فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق» مدرج من كلام جابر. حكى ذلك ابن أبي حاتم عن أبيه^(٣). ويدل على هذا الإدراج: عدم إخراج مسلم لتلك الزيادة^(٤).

وأجيب عنه: بأن في هذا الكلام نظراً؛ لأن الأصل أن كل ما ذكر في الحديث فهو منه حتى يثبت الإدراج بدليل، وقد نقل صالح بن أحمد^(٥) عن أبيه أنه رجح رفعها^(٦).

(١) سبق تخريجه ص: ٣٩٨.

(٢) انظر: المغني ٣١٢/٥.

(٣) انظر: عمدة القاري ٧٢/١٢، فتح الباري ٤/٤٢٧.

(٤) انظر: نيل الأوطار ٩٦/٧.

(٥) هو: أبو الفضل صالح بن أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني أكبر أولاد الإمام أحمد، روى عن أبيه وغيره وسمع من أبيه مسائل كثيرة، وكان الناس يكتبون إليه من خراسان ومن المواضع يسأل لهم أباه عن المسائل فوقع له مسائل جواد، وكان أبوه يحبه ويكرمه ويدعو له، وكان سخياً يطول ذكر سخائه، توفي سنة ٢٦٦هـ وكانت ولادته سنة ٢٠٣هـ.

(انظر: طبقات الحنابلة ١/١٧٣ - ١٧٦، المنهج الأحمد ١/٢٣١).

(٦) انظر: فتح الباري ٤/٤٢٧.

ويدل على عدم الإدراج ما رواه أبو هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا قسمت الأرض وحدت فلا شفعة فيها»^(١). قال في الزوائد^(٢): إسناده صحيح على شرط البخاري. وقال ابن القيم: إسناده صحيح^(٣). وصححه الألباني^(٤). وأما عدم إخراج مسلم لتلك الزيادة: فالجواب عنه: بأنه قد يقتصر بعض الأئمة على ذكر بعض الحديث والحكم للزيادة لاسيما وقد أخرجها مثل البخاري، على أن معنى هذه الزيادة التي ادعى أنها مدرجة هو معنى قوله: «في كل ما لم يقسم»، ولا تفاوت، ألا يكون دلالة أحدهما على هذا المعنى بالمنطوق والآخر بالمفهوم^(٥).

الوجه الثاني من وجوه المناقشة:

أنه ليس في قوله ﷺ: «فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق» نص ولا دليل يدل على أن ذلك لا يكون إلا في الأرض والعقار والبناء، بل الحدود

(١) أخرجه أبو داود في سننه/ كتاب البيوع/ باب في الشفعة ٧٨٥/٣ رقم ٣٥١٥ وهذا لفظه، وأخرج ابن ماجه بمعناه مسندا ومرسلا في سننه/ كتاب الشفعة/ باب إذا وقعت الحدود ٨٣٤/٢ رقم ٢٤٩٧. وأخرجه النسائي. من طريق أبي سلمة وحده - في سننه/ كتاب الشفعة/ باب ذكر الشفعة ٣٢٠/٧ رقم ٤٧٠٤. وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ١٠٤/٦ بلفظ أبي داود.

(٢) مع سنن ابن ماجه ٨٣٤/٢.

(٣) انظر: إعلام الموقعين ١٢٨/٢.

(٤) انظر: إرواء الغليل ٣٧٢/٥، صحيح سنن ابن ماجه ٦٩/٢.

(٥) انظر: نيل الأوطار ٩٦/٧.

واقعة في كل ما ينقسم من طعام وحيوان وعروض ونبات وإلى كل ذلك طريق ضرورة كما هو إلى البناء وإلى الحائط ولا فرق، وكان ذكره عليه السلام للحدود والطرق إعلاما بحكم ما يمكن قسمته، وبقي الحكم فيما لا يقسم على حسبه فكيف وأول الحديث بيان كاف في أن الشفعة واجبة في كل مال يقسم، وفي كل ما لم يقسم، وهذا عموم لجميع الأموال ما احتمل منها القسمة وما لم يحتملها^(١).

الوجه الثالث:

أن ذكر حكم يختص ببعض أفراد العموم - وهو قوله فإذا وقعت الحدود - لا يخرج العموم عن عمومته^(٢)، أي لا يخرج أول الحديث عن دلالته على عموم الشفعة في المنقول.

٢- ما روى جابر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربة أو حائط^(٣).

وفي لفظ: « الشفعة في كل شرك ربع أو حائط »^(٤).

ووجه الاستدلال به: أن النبي صلى الله عليه وسلم أثبت الشفعة في الربع والحائط دون غيرها.

(١) انظر: المحلى ٨٦/٩.

(٢) ذكر ذلك الشيخ محمد بن صالح العثيمين.

(٣) سبق تخريجه ص: ٣٩٩.

(٤) سبق تخريجه ص: ٤٠٠.

ويناقش: بأن ذكر حكم بعض أفراد العام لا يقصره عليه^(١) غاية ما فيه أنه يدل على إثبات الشفعة في الأرض والربيع والحائط.

وأجيب عنه: بأنه قد ورد حصر الشفعة في هذه المذكورات بما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: «لا شفعة إلا في دار أو عقار»^(٢)، وبما روى جابر أن النبي ﷺ قال: «لا شفعة إلا في ربيع أو حائط»^(٣).

قال البزار^(٤): «لا نعلم أحداً يرويه بهذا اللفظ إلا جابراً»^(٥).

ورد من وجوه:

أحدها: أن الحديثين ضعيفان. قال البيهقي في حديث أبي هريرة:

(١) انظر: سبل السلام ٩١٠/٣.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى - كتاب الشفعة / باب لا شفعة فيما ينقل ويحول ١٠٩/٦.

(٣) قال العيني: رواه البزار في مسنده، ثنا عمرو بن علي، ثنا أبو عاصم ثنا ابن جريج عن أبي الزبير عن جابر قال...، البناءة ٥٤٦/٨، وانظر: نصب الراية ١٧٨/٤.

(٤) هو: أبو بكر أحمد بن عمرو بن عبد الخالق البصري البزار. الإمام الحافظ الكبير ولد سنة نيف عشرة ومائتين وارتحل ناشراً لحديثه فحدث بأصبهان وبغداد ومصر ومكة والرملة إلى أن أدركه أجله فيها سنة ٢٩٢هـ من تصانيفه «المسند» الكبير.

(انظر: تاريخ بغداد ٣٢٤/٤ - ٣٢٥، الوافي بالوفيات ٢٦٨/٧، تذكرة الحفاظ ٦٥٣/٢).

(٥) انظر: نصب الراية ١٧٨/٤.

إسناده ضعيف^(١).

وأما حديث جابر فقد رواه عنه أبو الزبير وعننه، وأبو الزبير مدلس^(٢) فهو ضعيف لعننته.

الثاني: لو سلم بصحة هذين الحديثين فإنهما يدلان على عدم الشفعة في غير المذكورات دلالة مفهوم، وحديث ابن عباس: «الشريك شفيع والشفعة في كل شيء»^(٣) يدل بمنطوقه على إثبات الشفعة في كل شيء، ودلالة المنطوق مقدمة على دلالة المفهوم^(٤).

الثالث: أن مقتضى هذا الحصر الذي ذكره: أن لا تثبت الشفعة في عقار غير ربيع وحائط كضيعة خالية مثلاً^(٥) - وهم لا يقولون بذلك - فتبين أن هذا الحصر غير معمول به عندهم.

٣- ما روى أبان بن عثمان بن عفان عن أبيه أنه قال: «لا شفعة في بئر ولا فحل والأرف تقطع كل شفعة»^(٦).

ويناقش: بأن هذا رأي لعثمان رضي الله عنه - وهو في مقابل ما استدل به

(١) انظر: السنن الكبرى للبيهقي ١٠٩/٦

(٢) انظر: تذكرة الحفاظ ١٢٧/١.

(٣) سبق تخريجه ص ٤٠٧.

(٤) انظر: سبل السلام ٩١٠/٣.

(٥) انظر: تكملة فتح القدير ٤٠٤/٩.

(٦) سبق تخريجه ص : ٤٠٤.

أصحاب القول الأول من الأدلة - وستأتي^(١).

٤- أن الأخذ بالشفعة ثبت بالنص على خلاف القياس في العقار فلا يجوز إلحاق المنقول به؛ لأنه ليس في معنى العقار، وهذا لأن الشفعة إنما شرعت لدفع ضرر سوء الجوار على الدوام، وما ينقل ويحول لا يدوم فلا يدوم الضرر فيه كما يدوم في العقار؛ لأن المنقول يشتري للبيع عادة ولمصلحة المعاش ثم يخرج عن ملكه إذا قضى وطره ولا كذلك العقار^(٢).

ويناقد من وجهين:

أحدهما: لا يسلم أن الشفعة على خلاف القياس، بل القياس الصحيح يقتضيها؛ فإن حكمة الشارع اقتضت رفع الضرر عن المكلفين ما أمكن فإن لم يمكن رفعه إلا بضرر أعظم منه تركه على حاله، وإن أمكن رفعه بالتزام ضرر دونه رفعه به، ولما كانت الشركة منشأ الضرر في الغالب فإن الخلقاء يكثر فيهم بغى بعضهم على بعض شرع الله سبحانه رفع هذا الضرر: بالقسمة تارة وانفراد كل من الشريكين بنصيبه، وبالشفعة تارة وانفراد أحد الشريكين بالجملة إذا لم يكن على الآخر ضرر في ذلك، فإذا أراد بيع نصيبه وأخذ عوضه كان شريكه أحق به من الأجنبي، وهو يصل إلى غرضه من العوض من أيهما كان، فكان الشريك أحق بدفع العوض من الأجنبي ويزول عنه ضرر الشركة، ولا يتضرر البائع لأنه يصل إلى حقه من الثمن، وكان هذا من أعظم العدل وأحسن الأحكام المطابقة للعقول والفطر

(١) انظر ص: ٤٢٨-٤٣١.

(٢) انظر: تبين الحقائق ٥/٢٥٢.

ومصالح العباد^(١). ومن تأمل مصادر الشريعة ومواردها تبين له أن الشارع لا يمكن هذا الشريك من نقل نصيبه إلى غير شريكه وأن يلحق به من الضرر مثل ما كان عليه أو أزيد منه مع أنه لا مصلحة له بذلك ، وبهذا يتبين أن القياس الصحيح يدل على ثبوت الشفعة. وأنه ليس في الشريعة ما يخالف القياس - كما قال شيخ الإسلام ابن تيمية - رحمه الله -^(٢).

الوجه الثاني:

لا يسلم أن الضرر يدوم ويتأبد في العقار دون غيره وأن هذا الفرق هو الموجب للشفعة فيه.

وبيان ذلك: أن من المنقول ما يكون تأبده كتأبد العقار كالجوهر والسيف والكتاب والبئر وإن لم يتأبد ضرره مدى الدهر فقد يطول ضرره كالعبد والجارية، ولو بقي ضرره مدة فإن الشارع مرید لدفع الضرر بكل طريق ولو قصرت مدته.

وأما التفريق بكثرة الضرر في العقار وقلته في غيره فلعمر الله إن الضرر يكثر من تلك الجهات ولكن يمكن رفعه بالقسمة، وأما الضرر في المنقول فإنه لا يمكن رفعه بقسمته^(٣).

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:

١- ما روى جابر رضي الله عنه قال: «قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل

(١) انظر: إعلام الموقعين ٢/١٢٠، ١٢٣، المبسوط ١٤/٩٠.

(٢) انظر: إعلام الموقعين ١/٢٨٢ - ٢٨٤، ٢/١٢٣.

(٣) انظر: المرجع نفسه ٢/١٢٣ - ١٢٤.

ما لم يقسم»^(١).

ووجه الاستدلال به: أن الحديث عام يتناول المنقول والعقار^(٢).

وبناقش: بأن في الحديث: فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة»، وهذا يقتضي حصرها في العقار لأنه الذي يقع فيه الحدود وتصريف الطرق^(٣).

ويجاب عن ذلك بما تقدم من المناقشات الواردة على هذا الحديث عند استدلال أصحاب القول الثاني به^(٤).

٢- ما روى جابر أن النبي ﷺ قال: «الشفعة في كل شرك في أرض أو ربع أو حائط»^(٥).

وفي لفظ: «قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربيعة أو حائط»^(٦).

ووجه الاستدلال بها: أن في إثبات الشفعة في العقار ونحوه دلالة وتبنيها على إثباتها في المنقولات وما لا يقبل القسمة مما ضرره أعظم من

(١) سبق تخريجه ص ٣٩٨.

(٢) انظر: المرجع نفسه ١٢١/٢.

(٣) انظر: المغني ٣١٢/٥.

(٤) انظر: ص ٤٢٢-٤٢٤.

(٥) سبق تخريجه ص: ٤٠٠.

(٦) سبق تخريجه ص: ٣٩٩.

ضرر العقار^(١).

وقد يناقش: بأنه لا يسلم أن في إثبات الشفعة في العقار تبيها على إثباتها فيما عداه؛ لأنه قد ورد أحاديث تفيد حصر الشفعة في العقار ونحوه كحديث أبي هريرة: «لا شفعة إلا في دار أو عقار»^(٢)، وحديث جابر: «لا شفعة إلا في ريع أو حائط»^(٣).

ويجاب عن ذلك: بما سبق من رد لهذا الحصر^(٤).

٣- ما روى ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «الشريك شفيع والشفعة في كل شيء»^(٥).

ووجه الاستدلال به: أن الحديث عام في إثبات الشفعة في كل شيء من عقار ومنقول وغيره.

ونوقش: بأن الصحيح أن الحديث مرسل^(٦).

وقد تقدمت الإجابة عن هذه المناقشة^(٧).

٤- أن علة ثبوت الشفعة هي رفع ضرر الشركة، وهذه العلة موجودة في

(١) انظر: إعلام الموقعين ١٢٢/٢.

(٢) سبق تخريجه ص: ٤٢٥.

(٣) سبق تخريجه ص: ٤٢٥.

(٤) انظر: ص ٤٢٥ - ٤٢٦.

(٥) سبق تخريجه ص: ٤٠٧.

(٦) انظر: ص ٤٠٨ - ٤١١.

(٧) انظر: ص ٤١٠ - ٤١١.

المنقول كما هي موجودة في العقار.

ويناقش من وجهين:

أحدهما: أن الضرر في العقار متأبد بخلاف المنقول فإن الضرر فيه غير متأبد فلا يستويان في الضرر.

وقد تقدمت الإجابة عن هذه المناقشة في الدليل الرابع من أدلة القول الثاني^(١).

الثاني: أن الضرر المقصود رفعه في العقار هو ما يحتاج إليه الشريك من إحداث المرافق وتغيير الأبنية وتضييق الواسع وتخريب العامر وسوء الجوار وغير ذلك مما يختص بالعقار، فأين ضرر الشركة في العبد والجوهرة والسيف من هذا الضرر^(٢)؟

ويجاب عنه من وجهين:

أحدهما: أن في الضرر المقصود رفعه بالشفعة خلافاً هل هو سوء المشاركة أو ما يترتب على القسمة من إحداث المرافق؟ وأصحاب القول الأول يرون أنه سوء المشاركة.

الثاني: لو سلم بأن ما يترتب على القسمة هو إحداث المرافق وتضييق الواسع وتخريب العامر وغير ذلك: فإن هذا منتقض بالأرض الواسعة التي ليس فيها شيء مما ذكروا^(٣).

(١) انظر: ص ٤٢٨.

(٢) انظر: إعلام الموقعين ١٢٣/٢.

(٣) انظر: المرجع نفسه ١٢٤/٢.

الترجيح :

بعد عرض أدلة القولين وما جرى عليها من مناقشات فإنه يظهر رجحان القول الأول لقوة ما استدلوا به وسلامته من المناقشة الواردة عليه -في مقابل ضعف أدلة القول الثاني بما ورد عليها من مناقشات - والله أعلم-.

المطلب الثاني : في الشفعة بالشركة في المرافق الخاصة «حقوق الارتفاق»:
إذا كان بين جارين حق مشترك من حقوق الأملاك من طريق أو ماء أو نحو ذلك فباع أحد الجارين ملكه فطالب أحدهما بالشفعة فهل تثبت له أو لا؟.

اختلف في ذلك على قولين:

القول الأول:

أن الشفعة تثبت له بهذه الشركة.

وبه قال الحنفية^(١)، وهو قول بعض الحنابلة^(٢)، واختيار شيخ الإسلام ابن تيمية^(٣) وتلميذه ابن القيم^(٤)، وهو ظاهر كلام الإمام أحمد في رواية «أبي طالب^(٥) وقد سأله عن الشفعة. فقال: إذا كان طريقهما واحداً شركاء

(١) انظر: الهداية ٢٤/٤، بدائع الصنائع ٤/٥.

(٢) انظر: الإنصاف ٢٥٦/٦.

(٣) انظر: مجموع الفتاوى ٢٨٣/٣٠، الفروع ٥٢٩/٤، إعلام الموقعين ١٣١/٢.

(٤) انظر: إعلام الموقعين ١٣٠/٤ - ١٣١.

(٥) هو: أحمد بن حميد المشكاني، أبو طالب روى عن أحمد مسائل كثيرة، وكان =

لم يقتسموا، فإذا صرفت الطرق وعرفت الحدود فلا شفعة^(١)، وهو وجه عند الشافعية. قال الرافعي^(٢) إنه شاذ^(٣). وبه قال ابن شبرمة^(٤). والثوري وابن أبي ليلى^(٥)، وهو قول عمر بن عبد العزيز، وسوار، والغنبري^(٦)، وبه

=أحمد يكرمه ويعظمه ويقدمه وصحب أحمد إلى أن مات وكان رجلاً صالحاً فقيراً صبوراً على الفقر فعلمه أبو عبد الله مذهب القنوع والاحتراف. مات سنة ٢٤٤هـ.

(انظر: طبقات الخنابلة ٣٩/١، المنهج الأحمد ١٧٦/١).

(١) انظر: الفروع ٥٢٩/٤، الإنصاف ٢٥٦/٦.

(٢) هو: أبو القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم بن الفضل بن الحسن القزويني الرافعي، من كبار فقهاء الشافعية وكان متضلعا في علوم الشريعة تفسيرا وحديثا وأصولا. توفي سنة ٦٢٣هـ. من مصنفاته: «فتح العزيز» و«المحرر» و«الأمالي».

(انظر: تهذيب الأسماء واللغات ٢٦٤/٢، طبقات السبكي ١١٩/٥ - ١٢٥، شذرات الذهب ١٠٨/٥).

(٣) انظر: روضة الطالبين ٧٢/٥.

(٤) هو: الإمام العلامة فقيه العراق أبو شبرمة عبد الله بن شبرمة قاضي الكوفة، حدث عن أنس بن مالك وأبي الطفيل وأبي وائل وغيرهم وكان من أئمة الفروع، وأما الحديث فما هو بالكثر منه وكان عفيفا صارما عاملا خيرا يشبه النساك، وكان شاعرا كريما جوادا. توفي سنة ١٤٤هـ.

(انظر: الطبقات لابن سعد ٣٥٠/٦، سير أعلام النبلاء ٣٤٧/٦، مشاهير علماء الأمصار ١٦٨).

(٥) انظر: المغني ٣٠٨/٥.

(٦) انظر: إعلام الموقعين ١٣٠/٢.

قال ابن حزم^(١): وهو المفتى به عند أئمة الدعوة في نجد^(٢).

القول الثاني:

أن الشفعة لا تثبت له بهذه الشركة.

وبه قال المالكية^(٣)، وهو الصحيح عند الشافعية^(٤) والمذهب عند الحنابلة^(٥). وهو قول الأوزاعي وأبي ثور وابن المنذر، وروي عن عمر وعثمان وعلي^(٦).

الأدلة:

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:

١- ما وروى جابر بن عبد الله - رضي الله عنهما - قال: قضى النبي ﷺ بالشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة^(٧).

(١) انظر: المحلى ٩٩/٩، وهذا رأيه إذا كان الطريق واحداً.

(٢) انظر: الدرر السنية ٥/٢٢٤-٢٢٥.

(٣) انظر: المدونة ٥/٤٠٢، بداية المجتهد ٢/٢٢٢، جواهر الدرر خ ٣٧٧ق، الفواكه الدواني ٢/٢١٢.

(٤) انظر: المهذب ١/٤٩٥، روضة الطالبين ٥/٧٢، نهاية المحتاج ٥/١٩٦.

(٥) انظر: المغني ٥/٣٠٨، المبدع ٥/٢٠٦، الإنصاف ١/٢٥٦، الإقناع ٢/٣٦٥.

(٦) انظر: البناية شرح الهداية ٨/٤٥٧.

(٧) سبق تخريجه: ص ٣٩٨.

وفي لفظ: «إنما جعل النبي ﷺ الشفعة في كل ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود...» الحديث^(١).

٢- قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربعة أو حائط ولا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن شاء أخذ وإن شاء ترك. فإن باع ولم يؤذنه فهو أحق به^(٢).

٣- ما روى أبو هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا قسمت الأرض وحدت فلا شفعة فيها»^(٣).

٤- ما روى أبو هريرة قال: «قضى رسول الله ﷺ بالشفعة فيما لم يقسم فإذا صرفت الطرق ووقعت الحدود فلا شفعة»^(٤).

ووجه الاستدلال: أن هذه الأحاديث تدل على أن الشفعة تكون في المشاع الذي لم يقسم دون ما سواه.

ونوقش الاستدلال بهذه الأحاديث بالآتي:

أولاً: أن قوله في حديث جابر: «فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة»

(١) أخرجه البخاري في صحيحه/ كتاب الشركة/ باب الشركة في الأرضين وغيرها ١١٢/٣ رقم ٢٤٩٦.

(٢) سبق تخريجه ص: ٣٩٨

(٣) سبق تخريجه ص: ٤٢٣.

(٤) ذكره ابن القيم أن مالكا أخرجه في الموطأ ولم أجده وإنما رواه مالك مرسلًا عن سعيد بن المسيب وأبي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف. انظر: الموطأ ٧١٣/٢. وانظر: إعلام الموقعين ١٢٨/٢.

مدرجة من قول جابر بدليل عدم إخراج مسلم لها^(١).

وأجيب عن ذلك من وجهين:

أحدهما: أن الأصل أن كل ما ذكر في الحديث فهو منه حتى يثبت الإدراج، بدليل وروده في حديث غيره فإنه مشعر بعدم الإدراج كما في حديث أبي هريرة المتقدم.

أما عدم إخراج مسلم لها: فإن بعض الأئمة يقتصر على ذكر بعض الحديث، والحكم للزيادة لاسيما وقد أخرجها مثل البخاري. على أن معنى هذه الزيادة التي ادعى إدراجها هو معنى قوله: «في كل ما لم يقسم» ولا تفاوت إلا بكون دلالة أحدهما على هذا المعنى بالمنطوق والآخر بالمفهوم^(٢).

الثاني: أن حديث جابر الآخر ليس فيه هذه الزيادة التي ادعى إدراجها، وهو يدل على أن الشفعة في المشاع الذي لم يقسم.

ثانياً: أن دلالة هذه الأحاديث على إسقاط الشفعة إنما تتم عند إيقاع الحدود وصرف الطرق، والجار المشترك مع غيره في مرفق خاص - كما لو كان طريقيهما واحداً أو مسيلهما واحداً ونحو ذلك - لا يعتبر مقاسماً لشريكه مقاسمة تامة بل لا تزال بعض حقوق الملك مشتركة بينهما، فلم تكن الحدود واقعة من كل جانب؛ لأن وقوع الحدود يستلزم تصريف الطرق - وهي هنا لم تصرف^(٣).

٥- أن الضرر اللاحق بالشركة هو ما توجبه من التزام في المرافق

(١) انظر: فتح الباري ٤/٤٣٧، عمدة القارى ١٢/٧٢، نيل الأوطار ٧/٩٦.

(٢) انظر: فتح الباري ٤/٤٣٧، نيل الأوطار ٧/٩٦.

(٣) انظر: إعلام الموقعين ٢/١٣٢.

والحقوق والإحداث والتغيير والإفضاء إلى التقاسيم الموجب لنقص قيمة ملكه عليه، وهذا لا يوجد في المقسوم^(١).

ويناقش من وجهين:

أحدهما: المنع من أن الشفعة شرعت لرفع ضرر المقاسمة فقط؛ لأنه حصر للضرر المراد رفعه من غير دليل، وفي الضرر الذي شرعت الشفعة لرفعه خلاف، ومن أصحاب القول الأول من يرى أنها شرعت لرفع ضرر المشاركة^(٢) وهو الراجح كما تقدم^(٣).

الثاني: أن الشركاء في مرفق من المرافق لا تزال العلة بينهما قائمة فلا يصدق على ملكيهما التمييز من كل وجه.

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:

١- ما روى عبد الملك بن أبي سليمان العرزمي^(٤) عن عطاء عن جابر قال:

(١) انظر: المرجع نفسه ١٢٩/٢.

(٢) انظر: مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ٢٨٣/٣٠.

(٣) انظر: ص ٤١١ - ٤١٣.

(٤) هو: الإمام الحافظ أبو محمد عبد الملك بن أبي سليمان بن ميسرة العرزمي الكوفي نزل والده أبو سليمان جبانة عرزم فنسب إليه، حدث عن أنس وسعيد بن جبير وعطاء بن أبي رباح وغيرهم، وعنه خلق كثير وكان من الحفاظ الأثبات. توفي سنة ١٤٥ هـ وقد شاخ - رحمه الله - .
(انظر: سير أعلام النبلاء ١٠٧/٦، تذكرة الحفاظ ١٥٥/١، شذرات الذهب ٢١٦/١).

قال النبي ﷺ: «الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً»^(١).

ونوقش من وجهين:

أحدهما: أن الترمذي قال: «تكلم شعبة في عبد الملك من أجل هذا الحديث». وقال الترمذي: «سألت محمد بن إسماعيل عن هذا الحديث فقال: لا أعلم أحداً رواه عن عطاء غير عبد الملك تفرد به ويروى عن جابر خلفه»^(٢). وقال وكيع^(٣) عن شعبة: لو أن عبد الملك روى حديثاً آخر مثل حديث الشفعة لطرحت حديثه. وكذلك قال يحيى القطان^(٤). وقال أحمد:

(١) أخرجه أبو داود في سننه/ كتاب البيوع/ باب في الشفعة ٧٨٧/٣ . ٧٨٩ . رقم ٣٥١٨، وأخرجه الترمذي في سننه/ كتاب الأحكام/ باب الشفعة للغائب ٦٤٢/٣ رقم ١٣٦٩، وأخرجه ابن ماجه في سننه/ كتاب الشفعة بالجوار ٨٣٣/٢ رقم ٢٤٩٤.

(٢) انظر: سنن الترمذي ٦٤٣/٣، إعلام الموقعين ١٢٦/٢، نيل الأوطار ١٠١/٧ - ١٠٢.

(٣) هو: الإمام الحافظ الثبت محدث العراق وكيع بن الجراح بن مريح الرواسي الكوفي أبو سفيان أحد الأئمة الأعلام. ولد سنة ١٢٩هـ، وسمع خلائق منهم: هشام بن عروة والأعمش وسفيان وكان أبوه على بيت المال وأراد الرشيد أن يولي وكيعاً قضاء الكوفة فامتنع. قال الإمام أحمد: ما رأيت أوعى للعلم ولا أحفظ من وكيع. توفي سنة ١٩٧هـ.

(انظر: الطبقات لابن سعد ٣٩٤/٦، تهذيب الأسماء واللغات ١٤٤/٢، العبر ٣٢٤/١، تذكرة الحفاظ ٣٠٦/١).

(٤) هو: الإمام الكبير يحيى بن سعيد بن فروخ أبو سعيد التميمي مولاهم البصري الأحول القطان الحافظ. ولد سنة ١٢٠هـ وسمع من خلائق ورحل وعنى=

هو حديث منكر . وقال يحيى بن معين: هو حديث لم يحدث به إلا عبد الملك فأنكر الناس عليه ولكنه ثقة صدوق^(١).

وأجيب: بأن عبد الملك العرزمي ثقة حافظ ولا منافاة بين روايته هذه وبين حديث جابر المتقدم: «الشفعة فيما لم يقسم ..»: لأن مفهوم حديث عبد الملك ينفي الشفعة مع اختلاف الطريق وهذا هو منطوق حديث الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود .. ويثبت الشفعة مع اتحاد الطريق، وحديث جابر لا ينفيها .. قال ابن القيم: عبد الملك هذا: حافظ ثقة صدوق ولم يتعرض له أحد بجرح البتة وأثنى عليه أئمة زمانه ومن بعدهم، وإنما أنكر عليه من أنكر هذا الحديث ظنا منهم أنه مخالف لرواية الزهري^(٢) عن أبي سلمة^(٣) عن جابر عن النبي ﷺ: «الشفعة فيما لم يقسم

=بالحديث وساد الأقران وانتهى إليه الحفظ وتكلم في العلل والرجال وتخرج به الحفاظ كمسدد وعلي والفلاس. توفي سنة ١٩٨هـ.
(انظر: تاريخ بغداد ١٤/١٣٥، تهذيب الأسماء واللغات ٢/١٥٤، سير أعلام النبلاء ٩/١٧٥).

(١) انظر: إعلام الموقعين ٢/١٢٦.

(٢) هو: أبو بكر محمد بن مسلم بن عبيد الله بن عبد الله بن شهاب القرشي الزهري المدني تابعي أمام محدث حافظ، من كبار العلماء. قال عمر بن عبد العزيز: لم يبق أحد أعلم بسنة ماضية من الزهري، وروى عنه الليث قال: ما استودعت قلبي علما فنسيته. توفي سنة ١٢٤هـ.

(٣) هو: أبو سلمة بن عبد الرحمن بن عوف بن عبد الحارث القرشي الزهري الحافظ، أحد الأعلام بالمدينة، قيل اسمه عبد الله، وقيل إسماعيل. كان ثقة فقيها كثير الحديث، تولى قضاء المدينة لسعيد بن العاص، وكان كثيرا ما =

فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة».

ولا يحتمل مخالفة عبد الملك العرزمي لمثل الزهري، وقد صح هذا عن جابر من رواية الزهري عن أبي سلمة عنه، ومن رواية ابن جريج عن أبي الزبير عنه، ومن حديث يحيى^(١) بن أبي كثير عن أبي سلمة عنه، فخالفهم العرزمي، ولهذا شهد الأئمة بإنكار حديثه ولم يقدموه على حديث هؤلاء.

قال مهنا بن يحيى الشامي^(٢): «سألت أحمد بن حنبل عن حديث عبد الملك هذا، فقال قد أنكره شعبة، فقلت لأي شيء أنكره؟ فقال: حديث الزهري عن أبي سلمة عن جابر عن النبي ﷺ خلاف ما قال عبد الملك عن عطاء عن جابر عن النبي ﷺ»^(٣).

قال ابن القيم: وحديث عبد الملك عن جابر لا يناقض حديث أبي سلمة عنه بل مفهومه يوافق منطوقه، وسائر أحاديث جابر يصدق بعضها

= يخالف ابن عباس فحرم لذلك منه علما كثيراً. توفي سنة ٩٤هـ.

(انظر: أخبار القضاة ١/١١٦، الطبقات لابن سعد ٥/١٥٥، سير أعلام النبلاء ٤/٢٨٧ - ٢٩٢).

(١) هو: الإمام الحافظ يحيى بن أبي كثير أبو نصر الطائي مولا هم اليمامي، أحد الأعلام، روى عن أبي سلمة بن عبد الرحمن وغيره. قال أبو حاتم: ثقة إمام لا يروي إلا عن ثقة. توفي سنة ١٢٩هـ.

(انظر: الطبقات لابن سعد ٥/٥٥٥، تذكرة الحفاظ ١/١٢٨ - ١٢٩، تهذيب التهذيب ١١/٢٦٨).

(٢) هو: أبو عبد الله مهنا بن يحيى الشامي السلمي، من كبار أصحاب الإمام أحمد، روى عن الإمام من المسائل ما فخر به، وكان الإمام أحمد يكرمه ويعرف له حق الصحبة، ورحل معه إلى عبد الرزاق وصحبه إلى أن مات.

(انظر: طبقات الحنابلة ١/٣٤٥، المنهج الأحمد ١/٤٤٩).

(٣) انظر: إعلام الموقعين ٢/١٢٦.

بعضاً. وبيان ذلك أن حديث عبد الملك عن جابر صريح في إثبات الشفعة إذا كان الطريق واحداً فإنه قال: «الجار أحق بسقبة ينتظر به وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً». فأثبت الشفعة بالجوار مع اتحاد الطريق، ونفاها به مع اختلاف الطريق بقوله: «فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة»، فمفهوم حديث عبد الملك هو بعينه منطوق حديث أبي سلمة فأحدهما يصدق الآخر ويوافقه، لا يعارضه ويناقضه.

وجابر روى اللفظين، فالذي دل عليه حديث أبي سلمة عنه من إسقاط الشفعة عند تصريف الطرق وتمييز الحدود هو بعينه الذي دل عليه حديث عبد الملك عن عطاء عنه بمفهومه، والذي دل عليه حديث عبد الملك بمنطوقه هو الذي دلت عليه سائر أحاديث جابر بمفهومها فتوافقت السنن بحمد الله وائلتقت، وزال عنها ما يظن بها من التعارض^(١).

وقد أجاب صاحب التنقيح^(٢) بنحو ذلك فقال:

«واعلم أن حديث عبد الملك بن أبي سليمان حديث صحيح ولا منافاة بينه وبين رواية جابر المشهورة وهي الشفعة في كل ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود فلا شفعة، فإن في حديث عبد الملك إذا كان طريقهما واحداً،

(١) انظر: المرجع نفسه ١٢٦/٢، ١٣١.

(٢) هو: شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عبد الهادي بن عبد الحميد ابن عبد الهادي المقدسي الجماعيلي الصالحي الحنبلي المقرئ الفقيه المحدث الحافظ الناقد النحوي، ولد سنة ٧٠٤هـ وعنى بالحديث وفنونه، ومعرفة الرجال والعلل، وتفقه في المذهب ولازم شيخ الإسلام ابن تيمية مدة، توفي سنة ٧٤٤هـ. من تصانيفه: «تنقيح التحقيق في أحاديث التعليق» لابن الجوزي و«الأحكام الكبرى».

(انظر: الذيل على طبقات الحنابلة ٤٣٦/٢ - ٤٣٩، الدرر الكامنة ٤٢١/٣ - ٤٢٢، مختصر طبقات الحنابلة/٦٨).

وحديث جابر المشهور لم يثبت فيه الشفعة إلا بشرط عدم صرف الطرق فنقول: إذا اشترك الجاران في المنافع كالبئر والسطح أو الطريق فالجار أحق بسقب جاره لحديث عبد الملك، وإذا لم يشتركا في شيء من المنافع فلا شفعة لحديث جابر المشهور، وطعن شعبة في عبد الملك بنسبة هذا الحديث لا يقدح فيه، فإنه ثقة. وشعبة لم يكن من الحدائق في الفقه فيجمع بين الأحاديث إذا ظهر تعارضها، إنما كان حافظا وغير شعبة إنما طعن فيه تبعا لشعبة. وقد احتج بعبد الملك: مسلم في صحيحه واستشهد به البخاري^(١).

وقال الصنعاني^(٢): «أحسن المصنف بتوثيق رجاله^(٣) وعدم إعلاله وإلا فإنهم قد تكلموا في هذه الرواية بأنه انفرد بزيادة قوله: (إذا كان طريقهما واحدا) عبد الملك بن أبي سليمان العرزمي. قلت: وعبد الملك ثقة مأمون لا يضر انفراده كما عرف في الأصول وعلوم الحديث^(٤)». وقال الألباني: حديث صحيح^(٥).

(١) انظر: البناية شرح الهداية ٤٥٤/٨ - ٤٥٥.

(٢) هو: محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الكحلاني الصنعاني المعروف بالأمير ينتهي نسبه إلى علي بن أبي طالب الامام الكبير المجتهد صاحب التصانيف، ولد سنة ١٠٩٩هـ وتوفي سنة ١١٨٢هـ. من تصانيفه: «سبل السلام» و«منحة الغفار» و«العدة حاشية على شرح العمدة» لابن دقيق العيد.
(انظر: البدر الطالع ١٢٣/٢ - ١٢٩، الأعلام للزركلي ٢٨/٦).

(٣) أراد بذلك توثيق ابن حجر في بلوغ المرام لرجال حديث عبد الملك بن أبي سليمان عن جابر.

(٤) انظر: سبل السلام شرح بلوغ المرام ٩١٢/٣ - ٩١٣.

(٥) انظر: إرواء الغليل ٣٧٨/٥، صحيح سنن ابن ماجه ٦٨/٢.

الوجه الثاني من وجهي المناقشة:

لو سلم بصحة الحديث فإن المقصود بالجار: الشريك كما في قول الأعشى.

أيا جارتنا بيني فإنك طالقة - كذاك أمور الناس غاد وطارقة^(١)
والمراد زوجته وهي شريكته في الفراش^(٢).

وأجيب من وجهين:

أحدهما: أن حمل اسم الجار على الشريك ترك الحقيقة إلى المجاز بلا قرينة صارفة فلا يصح^(٣).

واعترض بأن القرينة تدل على ذلك، وهي أن أحاديث شفعة الجار تقتضى أن يكون الجار أحق من كل أحد حتى من الشريك، والذين قالوا بشفعة الجوار قدموا الشريك مطلقاً ثم المشارك في المرافق الخاصة ثم الجار على من ليس بجار^(٤).

ورد: بأن المفضل عليه مقدر: أي الجار أحق من المشتري الذي لا جوار له^(٥).

الثاني: أن آخر الحديث يأبى حمله على الشريك فإنه قال في آخره:

(١) ديوان الأعشى الكبير / ٢٢١.

(٢) انظر: المغني ٥/٣١٠، المبدع ٥/٦، ٢، البناية ٨/٤٥٨.

(٣) انظر: البناية شرح الهداية ٨/٤٥٨.

(٤) انظر: فتح الباري ٤/٤٣٨، نيل الأوطار ٧/٩٧.

(٥) انظر: نيل الأوطار ٧/٩٧.

«إن كان طريقهما واحدا». وفي حمله على الشريك إلغاء لهذا القول؛ لأن بالشركة تستحق الشفعة سواء كان الطريق واحدا أو لا^(١).

٢- ما وروى عمرو بن الشريد^(٢) قال: وقفت على سعد بن أبي وقاص، فجاء المسور بن مخرمة فوضع يده على أحد منكبي إذا جاء أبو رافع^(٣) مولى النبي ﷺ فقال: يا سعد ابتع مني بيتي في دارك، فقال سعد: والله ما ابتاعهما، فقال المسور: والله لتبتاعنهما، فقال سعد: والله لا أزيدك على أربعة آلاف منجمة أو مقطعة. قال أبو رافع: لقد أعطيت بها خمسمائة دينار ولولا أنني سمعت النبي ﷺ يقول: «الجار أحق بسقبة ما أعطيتها بأربعة آلاف وأنا أعطي بها خمسمائة دينار فأعطاها إياه»^(٤).

وجه الاستدلال: هذا الحديث يدل على مثل ما دل عليه حديث

(١) انظر: البناية شرح الهداية ٤٥٩/٨.

(٢) هو: أبو الوليد عمرو بن الشريد بن سويد الثقفي الطائفي. ثقة عابد، روى عن أبيه وأبي رافع وسعد بن أبي وقاص وابن عباس.
(انظر: الطبقات لابن سعد ٥١٨/٥، تقريب التهذيب ٧٢/٢، تهذيب التهذيب ٤٧/٨، الكاشف ٢٨٦/٢).

(٣) هو: أبو رافع القبطي مولى رسول الله ﷺ يقال اسمه: إبراهيم وقيل غير ذلك، قيل أسلم قبل بدر ولم يشهدا وشهد احدا وما بعدها، وروى عن النبي ﷺ وعن ابن مسعود. توفي قبل عثمان بيسير أو بعده. وقال ابن حبان: مات في خلافة علي.

(انظر: الاستيعاب ٦٨/٤، الإصابة ٦٧/٤، أسد الغابة ١٠٦/٥ - ١٠٧).

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه/ كتاب الشفعة/ باب عرض الشفعة على صاحبها قبل البيع ٤٧/٣ رقم ٢٢٥٨.

عبد الملك عن عطاء عن جابر، فإنه دل على الأخذ بالجوار حالة الشركة في الطريق، فإن البيتين كانا في نفس دار سعد والطريق واحد بلا ريب^(١).

ونوقش من وجوه:

أحدهما: ما تقدم من أن المقصود بالجار الشريك^(٢).

وأجيب: بأن حمل اسم الجار على الشريك ترك الحقيقة إلى المجاز بلا قرينة صارفة فلا يصح^(٣).

واعترض: بأن القرينة تدل على ذلك وهي أن أحاديث شفعة الجار تقتضي أن يكون الجار أحق من كل أحد حتى من الشريك، والذين قالوا بشفعة الجوار قدموا الشريك مطلقاً ثم المشارك في المرافق الخاصة ثم الجار على من ليس بجار^(٤).

ورد من وجهين:

أحدهما: أن المفضل عليه مقدر: أي الجار أحق من المشتري الذي لا جوار له^(٥).

(١) انظر: إعلام الموقعين ١٣١/٢.

(٢) انظر: المغني ٣١٠/٥، المبدع ٣٠٦/٥، البناء شرح الهداية ٤٥٨/٨.

(٣) انظر: البناء شرح الهداية ٤٥٨/٨.

(٤) انظر: فتح الباري ٤٣٨/٤، نيل الأوطار ٩٧/٧.

(٥) انظر: نيل الأوطار ٩٧/٧.

ثانيهما: أن ظاهر حديث أبي رافع يدل على أنه كان يملك بيتين من جملة دار سعد، لا شقصا شائعا من منزل سعد، ويدل على ذلك ما ذكره عمر بن شبة^(١) أن سعدا كان اتخذ دارين بالبلاط متقابلتين بينهما عشرة أذرع، وكانت التي عن يمين المسجد منهما لأبي رافع فاشتراها سعد منه.. ثم ساق حديث عمرو بن الشريد -المتقدم- فاقتضى كلامه أن سعدا كان جارا لأبي رافع قبل أن يشتري منه داره لا شريكا^(٢). واستشهاد أبي رافع بحديث الجار أحق بسقبة يدل على أن المقصود الجار الحقيقي لا الشريك وأن الشفعة تثبت له.

الوجه الثاني من وجوه المناقشة:

أن قوله ﷺ: «الجار أحق بسقبة» محمول على تعهده بالإحسان والبر بسبب قرب داره^(٣).

(١) هو: أبو زيد عمر بن شبة بن عبيدة بن زيد النميري البصري العلامة الإخباري الحافظ الحجة صاحب التصانيف نزيل بغداد. قال الخطيب: كان ثقة عالما بالسير وأيام الناس. توفي سنة ٢٦٢هـ وكانت ولادته سنة ١٧٢هـ. من مصنفاته: «أخبار مكة» و«أخبار الكوفة».

(انظر: تاريخ بغداد ٢٠٨/١١، سير أعلام النبلاء ٣٦٩/١٢، شذرات الذهب ١٤٦/٢).

(٢) انظر: نيل الأوطار ٩٦/٧ - ٩٧، فتح الباري ٤٣٨/٤.

(٣) انظر: نيل الأوطار ١٠٠/٧.

وأجيب: بأن بُعد هذا الحمل ظاهر لورود التصريح بأن المقصود: أنه أحق بالشفعة كما في حديث عبد الملك عن جابر - المتقدم - وكما في حديث عمرو بن الشريد عن أبيه الشريد بن سويد الثقفي^(١). قال: قلت: يا رسول الله أرض ليس لأحد فيها قسم ولا شرك إلا الجوار قال: الجار أحق بسقبه»^(٢).

وإسناده صحيح^(٣). قال البخاري: الحديث عندي صحيح^(٤).

٣- أن القياس يقتضي هذا القول: فإن الاشتراك في حقوق الملك شقيق الاشتراك في الملك، والضرر الحاصل فيها كالضرر الحاصل بالشركة في الملك أو أقرب إليه، ورفع مصلحة للشريك من غير مضرة للبائع ولا على المشتري، فالعنى الذي وجبت لأجله شفعة الخلطة في الملك

(١) هو: الشريد بن سويد الثقفي، وقيل إنه من حضرموت ولكن عداده في ثقيف لأنهم أخواله، وقيل الشريد اسمه مالك من بني قحم بن جذام بن الصدف، قتل قتيلا من قومه فلحق بمكة بني حطييط من جشم بن ثقيف ثم وفد على النبي ﷺ فأسلم وباعه بيعة الرضوان وسماه رسول الله الشريد. مات في خلافة يزيد بن معاوية بن أبي سفيان.
(انظر: الطبقات لابن سعد ٥/٥١٣، أسد الغابة ٢/٣٦٨، تهذيب التهذيب ٤/٢٣٢).

(٢) أخرجه النسائي في سننه / كتاب البيوع/ باب ذكر الشفعة وأحكامها ٧/٣٢٠ رقم ٤٧٠٤. وأخرجه ابن ماجه في سننه / كتاب الشفعة/ باب الشفعة بالجوار ٢/٨٣٤ رقم ٢٤٩٦.

(٣) انظر: إعلام الموقعين ٢/١٢٥.

(٤) انظر: إعلام الموقعين ٢/١٢٥، فتح الباري ٤/٤٣٧.

موجود في الخلطة في حقوقه^(١).

الترجيح :

الراجع - فيما يظهر - هو القول الأول، وذلك لظهوره وقوة أدلته وسلامتها مما رود عليها من المناقشات، في مقابل مناقشة أدلة القول الثاني - والله أعلم - .

قال ابن القيم:

« ... فهذا المذهب أوسط المذاهب وأجمعها للأدلة، وأقربها إلى العدل، وعليه يحمل الاختلاف عن عمر رضي الله عنه، فحيث قال لاشفعة ففيما إذا وقعت الحدود وصرفت الطرق، وحيث أثبتها ففيما إذا لم تصرف الطرق، فإنه قد روى عنه هذا وهذا. وكذلك ما روي عن علي كرم الله وجهه فإنه قال: « إذا حدثت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ». ومن تأمل أحاديث شفعة الجوار رآها صريحة في ذلك وتبين له بطلان حملها على الشريك وعلى حق الجوار غير الشفعة وبالله التوفيق^(٢) .

المطلب الثالث: في الشفعة في الشقص المنتقل بعوض:

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: في الشفعة في الشقص المنتقل بعوض مالي.

المسألة الثانية: في الشفعة في الشقص المنتقل بعوض غير مالي.

(١) انظر: إعلام الموقعين ٢/١٢٥.

(٢) انظر: المرجع السابق ٢/١٣٢.

المسألة الأولى:

وصورتها: أن يبيع أحد الشريكين نصيبه من العقار المشترك أو يصالح به صلحا بمعنى البيع كأن يصالح به عن عقار آخر، أو يصالح به عن جناية موجبة للمال. كما لو جرح شخصا جرحا موجبا للمال فصالحه عنه على نصيبه من العقار المشترك.

ولا خلاف بين العلماء^(١) في ثبوت الشفعة في الشقص المنتقل عن ملك الشريك بالبيع أو ما جرى مجراه كالصلح بمعنى البيع، والصلح عن الجنائيات الموجبة للمال، والهبة المشروط فيها الثواب المعلوم؛ لأن ذلك بيع ثبتت فيه أحكام البيع وهذا منها^(٢).

قال في الهداية شرح بداية المبتدي^(٣): «وإذا ملك العقار بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة».

وقال في حلي المعاصم^(٤): «وشفعة.. في الشقص يعطى عن عوض مالي كبيعه بعرض أو عين أو دفعه رأس مال سلم».

وقال في مغني المحتاج^(٥): «وإنما تثبت الشفعة للشريك القديم فيما

(١) انظر: بدائع الصنائع ١٠/٥ - ١١، شرح صدر الشريعة على متن الوقاية ٢/٢٠٤، بداية المجتهد ٢/٢٢٤، مواهب الجليل ٥/٣١٠، المهذب ١/٤٩٦، نهاية المحتاج ٥/١٩٨، الكافي لابن قدامة ٢/٤١٨، كشف القناع ٤/١٣٧.

(٢) انظر: المغني ٥/٣١٥.

(٣) ٤ / ٣٥.

(٤) بهامش البهجة ٢/١١٨.

(٥) ٢/٢٩٨.

ملك، أي في أي شيء ملكه الشريك الحادث بمعاوضة محضة كالبيع». وقال في الشرح الكبير مع المغني^(١): «فأما المنتقل بعوض فعلى ضربين أحدهما: ما عوضه المال كالبيع ففيه الشفعة بغير خلاف.. وكذلك كل ما جرى مجراه كالصلح بمعنى البيع والصلح عن الجناية الموجبة للمال...». واستدل لذلك بما في حديث جابر: «فإن باع ولم يؤذنه فهو أحق به بالثمن»^(٢).

المسألة الثانية: في الشفعة في الشقص المنتقل بعوض غير مالي. وصورتها: أن يدفع أحد الشريكين نصيبه من الأرض المشتركة مهرا لزوجته أو تخالع المرأة زوجها بنصيبها من أرض مشتركة أو يصالح شخص بنصيبه من أرض مشتركة عن دم عمد ونحو ذلك. وقد اختلف في ثبوت الشفعة في الشقص المنتقل بعوض غير مالي على قولين:

القول الأول:

أن الشفعة تثبت فيه.

وبه قال المالكية^(٣)، والشافعية^(٤)، وهو وجه للحنابلة اختاره ابن حامد^(٥)

(١) ٤٦٤/٥.

(٢) سبق تخريجه ص: ٤٠٦-٣٩٩.

(٣) انظر: المدونة ٤٤١/٥، الإشراف للقاضي عبد الوهاب ٤٩/٢، الخرشي على خليل ١٦٤/٦، جواهر الدرر خ ٣٧٩ق.

(٤) انظر: اختلاف العراقيين مع الأم للشافعي ٧/٤، فتح العزيز ٤٢٨/١١ - ٤٢٩، السراج الوهاج ص ٢٧٥.

(٥) انظر: الفروع ٥٣٦/٤، تصحيح الفروع ٥٣٦/٤.

- وبه قال ابن شبرمة والحارث العكلي^(١) وابن أبي ليلى^(٢).
- قال في التاج والإكليل^(٣): «من المدونة قال ابن القاسم ومن نكح أو خالع أو صالح من دم عمد على شقص ففيه الشفعة».
- وقال في روضة الطالبين^(٤): «إذا جعل الشقص أجره، أو جعلاً، أو رأس مال في سلم، أو صداقاً، أو متعة، أو عوض خلع أو صلح عن دم أو مال.. ثبتت الشفعة في كل ذلك».
- وقال في الإنصاف^(٥): «ولا شفعة فيما عوضه غير المال كالصداق وعوض الخلع والصلح عن دم العمد في أحد الوجهين.. والوجه الثاني فيه الشفعة اختاره ابن حامد...».

القول الثاني:

أن الشفعة لا تثبت فيه.

-
- (١) هو: الحارث بن يزيد العكلي التيمي، الكوفي. ثقة فقيه قليل الحديث. (انظر: الطبقات لابن سعد ٢٣٤/٦، تقريب التهذيب ١/١٤٥، تهذيب التهذيب ١٦٣/٢).
- (٢) انظر: الشرح الكبير مع المغني ٥/٤٦٥.
- (٣) ٥/٣١٧.
- (٤) ٥/٧٨.
- (٥) ٦/٢٥٢ - ٢٥٣.

- وبه قال الحنفية^(١)، وهو الصحيح من المذهب عند الحنابلة^(٢)، وهو قول ابن حزم^(٣)، وبه قال الحسن والشعبي وأبو ثور وابن المنذر^(٤).
- قال الطحاوي^(٥): «ولا شفعة في صدق ولا في أجرة ولا في جعل في خلع ولا في شيء صلح عليه من دم عمد».
- وقال في الإنصاف^(٦): «ولا شفعة فيما عوضه غير المال كالصدق وعوض الخلع والصلح عن دم العمد في أحد الوجهين وهو الصحيح من المذهب».
- وقال في المحلى^(٧): «ولا شفعة إلا في البيع وحده، ولا شفعة في صدق، ولا في إجارة، ولا في هبة، ولا غير ذلك».

الأدلة:

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:

-
- (١) انظر: الهداية للمرغيناني ٣٥/٤، الاختيار لتعليل المختار ٤٢/٢، الدر المختار ٢٣٧/٦.
- (٢) انظر: المغني ٣١٦/٥، المبدع ٢٠٤/٥، كشف القناع ١٣٧/٤.
- (٣) انظر: المحلى ٨٨/٩.
- (٤) انظر: المغني ٣١٦/٥.
- (٥) مختصر الطحاوي ص ١٢١.
- (٦) ٢٥٢/٦.
- (٧) ٨٨/٩.

١- أن العوض إذا كان صداقا ونحوه فإنه يتمتع أخذه بمهر المثل؛ لأننا لو أوجبنا مهر المثل لقومنا البضع على الأجانب وأضررنا بالشفيع؛ لأن مهر المثل يتفاوت مع المسمى لتسامح الناس فيه في العادة بخلاف البيع.

ويمتع أخذه بالقيمة؛ لأنها ليست عوض الشقص فلا يجوز بها كالموروث فيتعذر أخذه^(١).

ويناقش من وجهين:

أحدهما: لا يسلم امتناع أخذ الشقص بمهر المثل بل أخذه ممكن وذلك بأن ينظر إلى مهر من هو في سن المرأة ومنزلتها فيدفع مثله وليس في هذا تقويم للبضع على الأجانب بل فيه حفظ لحق الشفيع ورفع للضرر عنه بسوء مشاركة من قد لا يرغب في مشاركته.

أما دعوى إلحاق الضرر بالشفيع؛ لأن مهر المثل يتفاوت مع المسمى؛ فممتع أيضا؛ لأن التفاوت في الغالب يسير، وقد رضي الشفيع بالأخذ بالشفعة مع هذا التفاوت إن وجد.

الثاني: لا يسلم امتناع أخذه بالقيمة؛ لأنها ليست عوض الشقص: بل أخذه ممكن؛ لأنه لما تعذر وجود عوض للشقص فإن القيمة تقوم مقامه لدفع الضرر عن الشريك مع عدم الضرر على من وجب له الشقص لحصوله على بدله - حقيقة - من غير نقص. أما القياس على الموروث فهو قياس مع الفارق لأن الموروث لم يخرج ماله باختياره، بل أخرجه

(١) انظر: المغني ٣١٦/٥، المبدع ٢٢٨/٥، تبيين الحقائق ٢٥٣/٥.

الشارع عن ملكه جبرا بعد وفاته وأنزل وارثه منزلته كأنه مالكة فلو أخذه من الوارث فإنه يكون قد أخذه من مالكة قهرا من غير رضاه بخلاف محل النزاع ، فإن مالكة أخرجه باختياره ولا ضرر عليه إذا أخذه الشريك .
٢- أنه مملوك بغير مال أشبه الموهوب والموروث^(١) .

ويناقش من وجوه:

أحدها: لا يسلم أنه مملوك بغير مال من كل وجه؛ لأن الخلع والنكاح والصلح عن دم العمدة ونحو ذلك لا تتم إلا بالمال، فإذا أخذ شقص الأرض عنها فكأنه أخذ بالمال الذي تتم به هذه الأشياء في الغالب.

الثاني: أن القياس على الموهوب والموروث قياس مع الفارق - وقد مر بيان ذلك في الموروث، وبيانه في الموهوب أن المعاوضة فيه منتفية من كل وجه بخلاف - محل النزاع - فإن فيه معاوضة كما مر بيان ذلك في الوجه الأول.

الثالث: لو سلم بشبهه محل النزاع بالموهوب: فإن في ثبوت الشفعة في الموهوب خلافا، والمالكية من أصحاب القول الأول يقولون بثبوتها - في رواية عندهم.

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:

١- ما وروى جابر^(٢) أن رسول الله ﷺ قضى بالشفعة في كل ما لم يقسم^(٣) .

(١) انظر: الروايتين والوجهين ١/٤٥٠، المبدع ٥/٢٠٥ .

(٢) استدل بهذا الدليل في الإشراف على مسائل الخلاف ٢/٤٩ .

(٣) سبق تخريجه ص: ٣٩٨ .

وفي لفظ: «قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شركة»^(١).

وفي لفظ: «الشفعة في كل شرك...»^(٢).

ووجه الاستدلال بها: أن هذه الألفاظ عامة في ثبوت الشفعة في كل شرك ولم يرد ما يدل على قصرها -على غير محل النزاع-.

وقد تناقش: بأن فيها: «فإن باع ولم يؤذنه فهو أحق به، وهذا يدل على قصرها على البيع»^(٣).

ويجاب عن ذلك من وجهين:

أحدهما: أن هذا اللفظ ليس فيه حصر الشفعة في الشقص المنتقل بالبيع ونفي ما عداه، وإنما فيه بيان الحكم إذا انتقل بالبيع، لأنه الغالب في خروج الأملاك من أصحابها.

الثاني: لو سلم أنه يفيد الحصر فإنهم يلحقون بالبيع؛ الصلح عن الجناية بالمال والهبة المشروط فيها الثواب ونحو ذلك وهي غير مصرح بها في الحديث.

ويعترض: بأنها بمعنى البيع فتجري مجراه.

ويدفع: بأن هذه معاوضة فتجرى مجراه - والله أعلم..

(١) سبق تخريجه ص: ٣٩٩.

(٢) سبق تخريجه ص: ٤٠٠.

(٣) انظر: المغني ٥/٣١٥.

٢- ما ورى ابن عباس^(١) أن النبي ﷺ قال: «الشريك شفيح والشفعة في كل شيء»^(٢).

ووجه الاستدلال به: أنه عام في ثبوت الشفعة للشريك من غير تقييد. وقد تقدمت المناقشة الواردة عليه والإجابة عنها^(٣).

٣- أن الخلع - ونحوه - بالشقص نوع معاوضة ملك به ما يجب فيه الشفعة فجاز أن تجب فيه الشفعة كالمبيع^(٤).

ويناقش: بأن البيع يمكن أخذه بالعوض بخلاف الخلع والصداق ونحوهما^(٥). وقد تقدمت الإجابة عليه عند مناقشة الدليل الأول من أدلة القول الثاني^(٦).

الترجيح:

الراجح - فيما يظهر - هو القول الأول؛ لقوة ما استدلوا به من الآثار والمعقول وسلامته من المناقشة الواردة عليه في مقابل ضعف القول الثاني بالمناقشة الواردة على أدلته، وكونه في مقابل عموم الأدلة التي تثبت

(١) استدل به في الاشراف ٤٩/٢.

(٢) سبق تخريجه ص: ٤٠٧.

(٣) انظر: ص ٤٠٧ - ٤١٢.

(٤) انظر: الروايتين والوجهين لأبي يعلى ٤٥٠/١، الإشراف للقاضي عبد الوهاب ٤٩/٢.

(٥) انظر: المغني ٣١٦/٥، الشرح الكبير ٤٦٤/٥.

(٦) انظر: ص ٤٥٣ - ٤٥٤.

الشفعة للشريك من غير تحديد . والله أعلم .

المطلب الرابع: في الشفعة في الشقص المنتقل بغير عوض^(١):

وصورته: أن يهب أحد الشريكين نصيبه من عقار مشترك أو يتصدق به أو يوصى به لشخص آخر فيطلب شريكه أخذه بالشفعة .

وقد اختلف في ذلك على قولين:

القول الأول:

ثبوت الشفعة في ذلك للشريك .

وبه قال المالكية في رواية^(٢)، وهو قول ابن أبي ليلى^(٣) .

- قال في الإشراف على مسائل الخلاف^(٤): «اختلف عن مالك في الهبة لغير ثواب وفي الصدقة هل تجب فيها الشفعة فعنه روايتان: إحداهما وجوب الشفعة» .

- وقال في البناء^(٥): «وحكى عن مالك رواية في المنتقل بصدقة أو هبة فيه الشفعة . وبه قال ابن أبي ليلى» .

(١) المراد بالشقص المنتقل بغير الميراث، أما المنتقل بالميراث فلا شفعة فيه بالاتفاق . انظر: بداية المجتهد ٢/٢٢٤ وهو ظاهر من نصوصهم ..

(٢) (انظر : المنتقى للباقي ٢/٢٠٦، الكافي لابن عبد البر ٢/١٨١) .

(٣) انظر: المغني ٥/٣١٥، البناء شرح الهداية ٨/٥٥١ .

(٤) ٥٠/٢ .

(٥) ٥٥١/٨ .

القول الثاني:

أن الشفعة لا تثبت في ذلك.

وهو قول أكثر أهل العلم من الحنفية^(١)، وهو المشهور عند المالكية^(٢).
وبه قال الشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤)، والظاهرية^(٥).

- قال في الفتاوى البزازية^(٦): «وإذا ملك العقار بلا عوض كالهبة والصدقة والوصية والميراث.. فلا شفعة فيها».

- وقال في شرح الخرشي على خليل^(٧): «.. لو تجدد ملكه اختيارا لكن لا بمعاوضة بل بهبة لغير ثواب أو صدقة أو وصية وما أشبه ذلك فإنه لا شفعة لصاحبه على المشهور».

- وقال في شرح روض الطالب^(٨): «ولا شفعة في مملوك بلا عوض كالإرث والهبة بلا ثواب والوصية».

(١) انظر: الهداية للمرغيناني ٢٦/٤، بدائع الصنائع ١١/٥.

(٢) انظر: التاج والإكليل ٣٢٠/٥، الخرشي ١٦٤/٦.

(٣) انظر: التهذيب للبيهقي خ٢/٢ق، المذهب ٤٩٦/١.

(٤) انظر: المغني ٣١٥/٥، الفروع ٥٣٦/٤.

(٥) انظر: المحلي ٨٨/٩.

(٦) بهامش الفتاوى الهندية ١٥٦/٦.

(٧) ١٦٤/٦.

(٨) ٣٦٦/٢.

- وقال في المبدع^(١): «ولا شفعة فيما انتقل بغير عوض كالهبة بغير ثواب والصدقة والوصية والإرث».

الأدلة:

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:

- ١- أن انتقال الملك - هنا - بغير عوض فلا تثبت فيه الشفعة قياساً على الميراث^(٢).

ويناقش: بما تقدم من بيان المعنى الذي يفارق به الميراث ما سواه^(٣).

- ٢- أن الهبة ونحوها ليست في معنى البيع، والأخذ بالشفعة يقتضي دفع العوض، والهبة ونحوها لم يقصد فيها المعاوضة^(٤).

ويناقش من وجوه:

أحدهما: لا يسلم أن الشفعة لا تجب إلا فيما انتقل بالبيع حتى يقال إن الهبة ليست في معنى البيع بل الشفعة تجب فيما انتقل بالبيع وغيره وإن لم يكن في معناه - كما تقدم^(٥).

(١) ٢٠٤/٥.

(٢) انظر: المنتقى شرح الموطأ ٣٠٦/٦، المغني ٣١٥/٥.

(٣) انظر: ص ٤٥٣.

(٤) انظر: المغني ٣١٥/٥، المبدع ٢٠٤/٥.

(٥) انظر: ص ٤٥٠-٤٥٦.

الثاني: أن المعاوضة تحصل بين الشريك والموهوب له وليست تحصل بين الواهب والموهوب له حتى يقال إن الهبة لم يقصد فيها المعاوضة، فالمعاوضة حصلت بعد أن تمت الهبة، وهذا لا يخرج الهبة عن معناها ولا يؤدي إلى حرمان الموهوب له لحصوله على مقابل الموهوب.

الثالث: لو سلم أن الأخذ بالشفعة يؤدي إلى كون الهبة معاوضة لفظاً، فإنه لا محذور شرعي في ذلك؛ لأن العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني.

٣- أن وضع الشفعة: أن يأخذ الشفيع بما أخذ به الممتلك وهو مفقود هنا^(١).

ويناقش: بأن تعذر أخذ الجزء بما أخذه به الممتلك لا يصلح مانعاً من الشفعة، لقيام القيمة مقام ذلك، والذي ألجأ إلى الأخذ بالقيمة: هو رفع ضرر سوء المشاركة عن الشريك. وهذا الرفع معنى يريد الشارع تحقيقه.

٤- أن المتهم والموصى له تقلداً المنة من الواهب والموصى بقبولهما تبرعهما فلو أخذ الشفيع لأخذ عن تسلط فلا يكون متقلداً للمنة^(٢).

ويناقش من وجهين:

أحدهما: أن أخذ الشفيع للموهوب والموصى به إنما هو بعد ثبوت ملك المتهم والموصى له، وهذا الأخذ لا يخرجهما عن تقلد المنة لثبوت مقابله لهما.

(١) انظر: شرح روض الطالب ٢/٣٦٦.

(٢) انظر: شرح روض الطالب ٢/٣٦٦. ٣٦٧.

بالإخراج عن تقلد المنة لا يصلح دليلاً لنفي ثبوت الشفعة في الموهوب والموصى به؛ لأنه يحتاج إلى دليل يدل على صلاحيته لنفي ثبوت الشفعة.

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:

- ١- ما روى جابر أن النبي ﷺ قضى بالشفعة في كل مالم يقسم...»^(١). وفي لفظ: «قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شركة...»^(٢).
- وفي لفظ قال: «الشفعة في كل شرك»^(٣).

ووجه الاستدلال: أن النبي ﷺ قضى بالشفعة في كل شرك لم يقسم من غير فرق.

ويناقدش: بأن الخبر ورد في البيع لقوله: «فإن باع ولم يؤذنه فهو أحق به»، وليس غيره في معناه؛ لأن الشفيع يأخذه من المشتري بمثل السبب الذي انتقل به إليه، ولا يمكن هذا في غيره؛ ولأن الشفيع يأخذ الشقص بثمنه لا بقيمته وفي غيره يأخذه بقيمته فافترقا^(٤).

ويجاب عنه: بأنه لا يسلم أن هذا اللفظ يفيد حصر الشفعة في الشقص المنتقل بالبيع ونفي ما عداه، بل هو يفيد بيان الحكم إذا انتقل بالبيع، لأنه الغالب في خروج الأملاك من أصحابها فيلحق به سائر ما يخرج الملك من صاحبه.

والدليل على أنه لا يفيد حصره في البيع: أن الجميع متفقون على أن علة ثبوت الشفعة هي رفع الضرر عن الشريك - سواء كان ضرر الشركة

(١) سبق تخريجه ص ٣٩٨، وقد استدل بهذا الحديث في الإشراف للقاضي عبد الوهاب ٥١/٢.

(٢) سبق تخريجه ص ٣٩٩.

(٣) سبق تخريجه ص: ٤٠٠.

(٤) انظر: المغني ٣١٥/٥.

أو ضرر القسمة، وهذه العلة موجودة فيما انتقل بالبيع وغيره.

ويبطل ما ذكره من المعنى إذا تبين عدم قصر الخبر على البيع.

٢- ما وري ابن عباس أن النبي ﷺ: «الشريك شفيع والشفعة في كل شيء»^(١).

وجه الاستدلال به: أن النبي ﷺ جعل الشريك شفيع في كل ما انتقل من ملك شريكه من غير فصل.

٣- أن الشريك ملك المتهب والموصى له به باختياره فوجب تعلق الشفعة به كالبيع^(٢).

ويناقش: بأنه في البيع يأخذه الشفيع من المشتري بثمنه وهنا يأخذه بقيمته فافترقا^(٣).

ويجاب عنه: بأن هذا الفرق غير مؤثر؛ لأن الأخذ بالقيمة لتعذر أخذه بالثمن إذ لا ثمن له أصلاً، مع ضرورة رفع الضرر عن الشريك لكون الشارع مريداً لهذا.

٤- أن الهبة ونحوها: انتقال ملك حال الحياة فلم يمنع الشفعة كالهبة للثواب^(٤) بجامع رفع الضرر عن الشريك في كل.

(١) سبق تخريجه ص: ٤٠٧ وقد استدل به في الإشراف للقاضي عبد الوهاب .٥١/٢

(٢) انظر: الإشراف ٥١/٢.

(٣) انظر: المغني ٣١٥/٥.

(٤) انظر: المنتقى للباقي ٢٠٦/٦.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه هو القول الأول لقوة ما استدلوا به من الآثار والمعقول وسلامتها مما ورد عليها من مناقشات - في مقابل مناقشة دليل القول الثاني - والله أعلم.

المطلب الخامس: في الشفعة في الصفقة إذا جمعت بين عقار ومنقول:

وصورته: أن يبيع أحد الشريكين نصيبه من عقار ومنقول مشترك صفقة واحدة فيطلب الشريك الأخذ بالشفعة.

وحكم هذا المطلب مبني على الخلاف في الشفعة في غير العقار من المنقولات وغيرها، فمن قال تثبت الشفعة في غير العقار أثبت له الشفعة هنا في جميع الصفقة، ومن قال لا تثبت في المنقول قال لا تثبت هنا في غير العقار - وقد تقدم الخلاف في الشفعة في غير العقار^(١) -.

المطلب السادس: في أخذ الشفيع بالشفعة نصيب أحد البائعين أو أحد المشتريين:

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: في أخذه نصيب أحد البائعين.

المسألة الثانية: في أخذه نصيب أحد المشتريين.

المسألة الأولى:

صورتها: أن يشتري رجل من رجلين نصيبهما من أرض مشتركة بين

(١) انظر: ص ٤١٩ - ٤٢٢.

ثلاثة أو أكثر فيطلب الشريك الثالث أخذ نصيب أحدهما بالشفعة دون نصيب الآخر.

وقد اختلف في ثبوت الشفعة للشريك في نصيب أحد شريكه دون الآخر على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

ثبوت الشفعة له في نصيب أحدهما دون نصيب الآخر.

وهو الأصح عند الشافعية^(١)، والمذهب عند الحنابلة^(٢)، وهو قول ابن حزم^(٣).

- قال في فتح العزيز^(٤): «وإن تعدد البائع بأن باع اثنين من شركاء الدار شقصا من واحد، فوجهان، أحدهما: أنه لا يجوز أخذ حصة أحد البائعين.. وأصحهما.. أنه يجوز».

- وقال في المبدع^(٥): «وإن اشترى واحد حق اثنين - أي صفقة واحدة - فللشفيع أخذ أحدهما وهو المذهب.. وقال القاضي لا يملك ذلك».

- وقال في المحلى^(٦): «فإن باع اثنين فأكثر من واحد، أو من أكثر من واحد أو باع واحد من اثنين فصاعدا، فللشريك أن يأخذ أي حصة

(١) انظر: التهذيب للبغوي «مخطوط» ٢/ق ٢٠١، روضة الطالبين ١٠٦/٥.

(٢) انظر: الإنصاف ٦/٢٨٠، شرح منتهى الإرادات ٤٤١/٢.

(٣) انظر: المحلى ٩٨/٩.

(٤) ٤٨٨/١١.

(٥) ٢١٥/٥.

(٦) ٩٨/٩.

شاء ويدع أيها شاء...».

القول الثاني:

ثبوت الشفعة في نصيب أحدهما دون نصيب الآخر إن أخذ بالشفعة قبل القبض.

وهو رواية عن أبي حنيفة^(١).

القول الثالث:

أن الشفيع يلزمه أخذ الجميع أو ترك الجميع وليس له تبعيض الصفقة على المشتري.

وهو الصحيح عند الحنفية^(٢)، وهو قول المالكية^(٣)، وهو وجه للشافعية^(٤). ووجه للحنبلة اختاره القاضي في الجامع الصغير^(٥).

- قال في المبسوط^(٦): «وإذا كان البائع اثنين في صفقة واحدة والمشتري واحد لم يكن للشفيع أن يأخذ بعضها دون بعض».

(١) انظر: بدائع الصنائع ٢٥/٥، فتاوى قاضيخان ٥٥٣/٣.

(٢) انظر: تبيين الحقائق ٢٦١/٥، مجمع الأنهر ٤٨٦/٢.

(٣) انظر: التاج والإكليل ٣٢٧/٥، البهجة شرح التحفة ١٢٤/٢ . ١٢٥.

(٤) انظر: روضة الطالبين ١٠٦/٥، مغني المحتاج ٣٠٦/٢.

(٥) انظر: المحرر ٣٦٦/١، الإنصاف ٢٨٠/٦.

(٦) ١٠٤/١٤.

- وقال في الإشراف^(١): «إذا كان ثلاثة شركاء في عقار باع اثنان منهم حصصهما من رجل واحد صفقة واحدة ثم طالب الشريك الثالث بالشفعة لم يكن له تبيعيز الصفقة على المشتري فيما أخذ الكل أو ترك».

الأدلة:

أدلة القول الثالث:

استدل أصحاب هذا القول: بأن في أخذ الشريك نصيب أحد البائعين دون نصيب البائع الآخر إضراراً بالمشتري بتفريق الصفقة عليه^(٢).
ويناقش: بأن هذا الضرر يقابله ضرر آخر وهو إلزام الشريك بأخذ نصيب الجميع أو ترك الجميع؛ لأن الشريك قد لا يكون له عرض في الجميع. وترجع مراعاة ضرر الشريك؛ لأن هذه الصفقة في حكم عقدين لتعدد البائع - وإذا كانت في حكم عقدين - فإنه لا يمنع من حقه في الشفعة بأحد هذين العقدين.

أدلة القول الثاني:

استدل لهذا القول: بأن التملك قبل القبض لا يتضمن معنى التفريق؛ لأن التملك يقع على البائع وقد خرج نصيبه عن ملكه فلا يلزمه ضرر التفريق وهو ضرر الشركة بخلاف ما بعد القبض؛ لأن التملك بعد القبض

(١) للقاضي عبد الوهاب ٥٢/٢.

(٢) انظر: تبين الحقائق ٢٦١/٥، المنتقى للباقي ٢١٥/٦، فتح العزيز ٤٨٨/١١، المغني ٣٦٩/٥.

يقع على المشتري^(١).

ونوقش: بأن الملك قبل القبض للمشتري^(٢)، وإذا كان كذلك فإنه لا فرق بين ما قبل القبض وما بعده.

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول: بأن عقد الاثنین مع واحد عقدان لأنه مشتر من كل واحد منهما ملكه بثمن مفرد فكان للشفيع أخذه كما لو أفرده بعقد^(٣).

الترجيح:

القول الراجح - فيما يظهر - هو القول الأول: لأنه قول مبني على النظر إلى حقيقة هذا العقد وأنه في حكم عقدين في مقابل ضعف أدلة الأقوال الأخرى بالمناقشة الواردة عليها. والله أعلم.

المسألة الثانية: في أخذ الشفيع نصيب أحد المشتريين.

وصورتها: أن يشتري اثنان شقصا من واحد فيطلب الشفيع أخذ نصيب أحدهما بالشفعة.

وقد اختلف في ثبوت الشفعة له في نصيب أحدهما على ثلاثة أقوال:

(١) انظر: بدائع الصنائع ٥/٢٥.

(٢) انظر: المرجع نفسه.

(٣) انظر: المغني ٥/٣٦٩، الشرح الكبير مع المغني ٥/٥٠١.

القول الأول:

ثبوت الشفعة له في نصيب أحدهما .

وبه قال الحنفية^(١)، والشافعية^(٢)، وهو قول الحنابلة في الصحيح من المذهب^(٣)، وقول أشهب وسحنون^(٤) من المالكية قيل أنه الأصح المفتى به عندهم^(٥)، وبه قال ابن حزم^(٦).

- قال في مجمع الأنهر^(٧): «وللشفيع أخذ حصة بعض المشتريين لا حصة بعض البايعين».

- وقال في فتح العزيز^(٨): «ولو اشترى اثنان شقصا من واحد فالشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما خاصة».

(١) انظر: المبسوط ١٠٤/١٤، درر الحكام لملا خسرو ٢١٦/٢.

(٢) انظر: التهذيب للبيهقي مخطوط ٢/٢ ق ٢٠١، شرح روض الطالب ٢٧٦/٢.

(٣) انظر: الهداية لأبي الخطاب ١٩٨/١، تصحيح الفروع ٥٤٧/٤.

(٤) هو: أبو سعيد عبد السلام بن سعيد بن حبيب التتوخي القيرواني وسحنون لقب له، من كبار فقهاء المالكية كان ثقة حافظا للعلم رحل في طلبه وهو ابن ثمانى عشرة سنة وتولى قضاء القيروان، توفي سنة ٢٤٠هـ وكانت ولادته سنة ١٦٠هـ. من مصنفاته «المدونة» جمع فيها فقه الإمام مالك.
(انظر: ترتيب المدارك ٥٨٥/١ - ٦٢٤، الديباج المذهب/١٦٠، شجرة النور/٦٩).

(٥) انظر: المنتقى للبايجي ٢١٦/٦، البهجة ١٢٤/٢ - ١٢٥.

(٦) انظر: المحلى ٩٨/٩.

(٧) ٤٨٦/٢.

(٨) ٤٨٨/١١.

- وقال في المغني^(١): «وإن اشترى اثنان نصيب واحد فللشفيح أخذ نصيب أحد المشتريين».

- وقال في البهجة شرح التحفة^(٢): «الذي اختاره للحمي والتونسي هو مذهب أشهب وسحنون: أن للشفيح أن يأخذ ممن شاء من المشتريين ويترك من شاء. ابن رشد وهو الأصح، ابن يونس عند بعض الفقهاء أنه الصحيح».

القول الثاني:

أن الشفيح ليس له أن يأخذ قبل القبض إلا الكل وبعد القبض له أن يأخذ نصيب أحد المشتريين.
وهو رواية عن أبي حنيفة^(٣).

- قال في بدائع الصنائع^(٤): «وروي أنه ليس للشفيح أن يأخذ قبل القبض إلا الكل، وبعد القبض له أن يأخذ نصيب أحد المشتريين».

القول الثالث:

ليس للشفيح أخذ نصيب أحد المشتريين، بل يأخذ الكل أو يترك الكل. وبه قال ابن القاسم من المالكية^(٥)، وهو قول للحنابلة^(٦).

(١) ٣٦٩/٥.

(٢) ١٢٥/٢.

(٣) انظر: المبسوط ١٠٤/١٤، بدائع الصنائع ٢٥/٥.

(٤) ٢٥/٥.

(٥) انظر: بداية المجتهد ٢٢٦/٢، التاج والإكليل ٣٢٧/٥.

(٦) انظر: المبدع ٢١٥/٥، الإنصاف ٢٧٩/٦.

قال في المنتقى شرح الموطأ^(١): «وقد قال ابن القاسم في الموازية وغيرها في الرجلين يشتريان حصة رجل من أرض ليس للشفيع أن يأخذ حصة أحدهما دون الآخر...».

الأدلة:

أدلة القول الثالث:

استدل أصحاب هذا القول: بأن الصفقة وقعت واحدة، فكل صفقة وقعت واحدة فليس له أن يأخذ بعضها؛ لأن الصفقة واحدة وإن اشتراها رجلان^(٢).

ويناقش: بأن هذا الدليل يحتاج إلى دليل يدل على أن الصفقة إذا وقعت واحدة لرجلين فليس للشفيع أن يأخذ بعضها - بل الدليل يدل على خلاف ذلك - وسيأتي ..

أدلة القول الثاني:

استدل لأبي حنيفة في تفريقه بين ما قبل القبض وبين ما بعده: بأن أخذ البعض قبل القبض يتضمن تفريق اليد على البائع والتملك بعد القبض لا يتضمن التفريق؛ لأن التملك يقع على البائع وأنه لا يجوز ألا ترى أن أحد المشتريين لو أراد أن يقبض حصته دون الآخر ليس له ذلك^(٣).

ونوقش: بأن الصفقة حصلت متفرقة من الابتداء فلا يكون أخذ البعض تفريقاً؛ لحصول التفرق قبل الأخذ، وقوله فيه تفريق اليد وهو القبض: ممنوع فالشفيع يتملك نصيب أحد المشتريين بالشفعة، ولكنه لا

(١) ٢١٦/٦.

(٢) انظر: المدونة ٤٠٨/٥.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٢٥/٥.

يفرق اليد حتى لو نقد الثمن ليس له أن يقبض أحد النصفين ما لم ينقد الآخر كيلا يتفرق القبض، وسواء سمي لكل نصف ثمنا على حده أو سمي للجملة ثمنا واحدا فالعبرة لاتحاد الصفقة وتعددتها لا لاتحاد الثمن وتعددته؛ لأن المانع من التفرق هو الضرر، والضرر ينشأ عن اتحاد الصفقة لا عن اتحاد الثمن^(١).

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:

١- أن العقد مع الاثني بمنزلة عقدين وليس في أخذ الشفيع نصيب أحدهما إضرار بالآخر، بل الشفيع يقوم مقام أحدهما فلا تتفرق الصفقة على أحد^(٢).

٢- أن أحد المشتريين قد يكون ممن ينتفع الشريك بجواره، والآخر ممن يتضرر بجواره فهو يقصد دفع ضرر جار السوء بأخذ نصيب أحدهما^(٣).

الترجيح:

الراجح -فيما يظهر- هو القول الأول، لقوة أدلته وسلامتها من المناقشة في مقابل مناقشة أدلة الأقوال الأخرى - والله أعلم-.

المطلب السابع: في أخذ الشفيع بعض الشقص المبيع:

وصورته: أن يبيع أحد الشريكين نصيبه من عقار مشترك فيطلب شريكه أخذ بعض الشقص المبيع بالشفعة.

(١) انظر: المرجع نفسه.

(٢) انظر: المبسوط ١٠٤/١٤، تبين الحقائق ٢٦١/٥، فتح العزيز مع المجموع ٤٨٨/١١، المبدع ٢١٥/٥.

(٣) انظر: المبسوط ١٠٤/١٤.

ولا خلاف بين العلماء في أنه يجب على الشريك أن يأخذ الكل أو يدع الكل^(١).

قال في مجمه الأنهر^(٢): «أراد الشفيع أخذ البعض وترك الباقي لم يملك ذلك جبرا على المشتري».

وقال في بداية المجتهد^(٣): «إن كان الشفيع واحدا والمشفوع عليه واحدا فلا خلاف في أن الواجب على الشفيع أن يأخذ الكل أو يدع».

وقال في روضة الطالبين^(٤): «ليس للشفيع تفريق الصفقة على المشتري».

وقال في كشاف القناع^(٥): «الشرط الرابع للأخذ بالشفعة أن يأخذ الشريك جميع الشقص المبيع لئلا يتضرر المشتري بتبعض الصفقة في حقه بأخذ بعض المبيع».

وعلّلوا لذلك: بأن في أخذ الشفيع لبعض الشقص المبيع إضراراً بالمشتري بتفريق الصفقة عليه ، لأن الملك له في كل الدار ثبت بقول واحد فكان أخذ البعض تفريقاً فلا يملكه الشفيع . والإضرار منفي في هذه الشريعة^(٦).

(١) انظر: بدائع الصنائع ٢٥/٥ ، تبين الحقائق ٢٤١/٥-٢٤٢ ، المنتقى شرح الموطأ ٢١٥، ٢١٢/٦ ، حاشية الدسوقي ٤٩٠/٣ ، التهذيب للبغوي خ ٢/٢ ق ٢٠١ ، فتح العزيز مع المجموع ٤٨٨/١١ ، المبدع ٢١٣/٥ ، شرح منتهى الإرادات ٤٣٩/٢ .

(٢) ٤٧٤/٢ .

(٣) ٢٢٥/٢ .

(٤) ١٠٦/٥ .

(٥) ١٤٧/٤ .

(٦) انظر : بدائع الصنائع ٢٥/٥ ، المنتقى للباي ٢١٢/٦ ، شرح روض الطالب ٢٧٦/٢ ، المبدع ٢١٣/٥ .

المطلب الثامن: في أخذ الشفيع أحد العقارين:

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: فيما إذا كانا شريكين في العقارين.

المسألة الثانية: فيما إذا كانا شريكين في أحد العقارين.

المسألة الأولى:

صورتها: أن يبيع أحد الشريكين نصيبه من عقارين صفقة واحدة فيطلب الشفيع أخذ أحد العقارين بالشفعة.

وقد اختلف في ثبوت الشفعة في أحد العقارين على قولين:

القول الأول:

ثبوت الشفعة في أحد العقارين دون الآخر.

وهو الأصح عند الشافعية^(١)، والمذهب عند الحنابلة^(٢)، وهو قول زفر من الحنفية^(٣).

- قال في فتح العزيز^(٤): «ولو باع شقصين من دارين صفقة واحدة فإن كان الشفيع في أحدهما غير الشفيع في الأخرى فلكل واحد منهما أن يأخذ ما هو شريك فيه.. وإن كان الشفيع فيهما واحداً فوجهان.. أحدهما لا يجوز وأصحهما الجواز».

(١) انظر: التهذيب للبغوي خ٢/ق٢٠١، شرح روض الطالب ٢/٢٧٦..

(٢) انظر: الشرح الكبير مع المغني ٥/٥٠١، الإنصاف ٦/٢٨٠ - ٢٨١.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٥/٢٦.

(٤) ٤٨٩/١١.

- وقال في الكافي^(١): «فإن كان المبيع شقصين من أرضين فله أخذ أحدهما».
- وقال في بدائع الصنائع^(٢). في معرض كلامه على هذه المسألة: «.. وقال زفر له أن يأخذ إحدهما بحصتها من الثمن»

القول الثاني:

- ليس للشريك إلا أخذ العقارين أو تركهما.
- وبه قال الحنفية^(٣) والمالكية^(٤)، وهو وجه للشافعية^(٥)، ووجه للحنابلة^(٦).
- جاء في مختصر الطحاوي^(٧): «ومن اشترى دارين صفقة واحدة ولهما شفيع واحد فأراد الشفيع أن يأخذ إحدهما دون الأخرى فليس له ذلك».
- وجا في حاشية الدسوقي^(٨): «إذا تعددت الحصص وكان بائعها واحدا كما لو كانت دار وحانوت وبستان شركة بين اثنين وباع أحدهما حصته في الثلاثة لأجنبي فليس للشفيع أن يأخذ البعض بالشفعة دون

(١) لابن قدامة ٤٢٢/٢.

(٢) ٢٦/٥.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٢٦/٥، المبسوط ١٥٩/١٤.

(٤) انظر: المنتقى للباي ٢١٥/٦، البهجة في شرح التحفة ١٢٤/٢.

(٥) انظر: روضة الطالبين ١٠٦/٥ - ١٠٧، مغني المحتاج ٣٠٦/٢ - ٣٠٧.

(٦) انظر: المحرر ٣٦٦/١، المبدع ٢١٥/٥.

(٧) ص ١٢٣.

(٨) ٤٩٠/٣.

البعض إلا إذا رضي المشتري».

وجاء في الإنصاف^(١): «المسألة الثانية التعدد بتعدد المبيع بأن باع شقطين من دارين صفقة واحدة من واحد، فللشفيع أخذهما جميعا. وإن أخذ أحدهما: فله ذلك على الصحيح من المذهب.. والوجه الثاني: ليس له أخذ أحدهما».

الأدلة:

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:

١- أن الجمع بين الجيد والرديء في الصفقة معتاد فيما بين الناس، فلو ثبت له حق أخذ أحدهما لأخذ الجيد فيتضرر المشتري، لأن الرديء لا يشتري وحده بمثل ما يشتري مع الجيد فيتضرر به^(٢).

ويناقش من وجهين:

أحدهما: أن الجمع بين الجيد والرديء قليل لرغبة الناس عن الرديء.

الثاني: لو سلم بانتشاره فإن في تقويم الجيد بما يستحقه، والرديء بما يستحقه رفعا للضرر عن المشتري.

٢- أن الصفقة وقعت مجتمعة؛ لأن المشتري ملك الدارين بقبول واحد فلا

(١) ٢٨٠/٦ - ٢٨١.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٢٦/٥.

يملك الشفيع بتفريقها كما في الدار الواحدة^(١).

ويناقش من وجهين:

أحدهما: هذا قياس مع الفارق؛ لأن الدار الواحدة استحق الشفعة فيها بسبب واحد فمنع من التبعض لأن السبب الواحد لا يتبعض بخلاف الدارين فإن الشفعة ثبتت فيها بسببين فأخذه لما ثبت بأحدهما لا يترتب عليه تبعض السبب لانفصال إحدى الدارين عن الأخرى.

الثاني: لو سلم بصحة القياس الذي ذكره، فإنه مقابل بقياس آخر وهو قياس أخذه لأحد الدارين على أخذه لنصيب أحد المشتريين بجامع أن ثبوت الشفعة له في كل بسببين^(٢)، وليس أحد القياسين أولى من الآخر.

٣- أن في أخذ الشفيع لأحد العقارين إضراراً بالمشتري لتبعض الصفقة عليه، وقد يكون غرضه فيهما معاً^(٣).

ويناقش: بأن هذا الضرر يقابله ضرر آخر- وهو إلزام الشفيع بأخذ الكل أو ترك الكل مع أن غرضه قد يكون بأحدهما- ويترجح مراعاة ضرر الشفيع على ضرر المشتري بأن كلا من العقارين منفصل عن الآخر فهو في حكم العقد المستقل، ومنع الشفيع من الشفعة بأحدهما والحالة هذه إنما هو منع من حق أثبته له الشارع^(٤).

(١) انظر: المرجع نفسه.

(٢) انظر: المغني ٢٥١/٥، الشرح الكبير مع المغني ٥٠١/٥.

(٣) انظر: الكافي لابن قدامة ٤٢٢/٢، فتح العزيز ٤٨٩/١١، المنتقى للباقي ٢١٥/٦، الخرشبي على مختصر خليل ١٧٦/٦.

(٤) انظر: المغني ٢٥١/٥.

أدلة القول الأول:

استدل لهذا القول بالأدلة الآتية:

١- أن الشفيع يستحق كل واحد من العقارين بسبب غير الآخر فجرى مجرى الشريكين^(١)؛ لأنه عقد على ملكين منفصلين بدليل أن كلا منهما له صك تملك خاص به.

٢- أن في إثبات الشفعة للشريك في أحد العقارين سدا لباب التحايل على إسقاط حق الشفعة الذي أثبته الشارع الحكيم؛ لأن المتبايعين إذا أرادوا أن يسلم العقد من الشفعة تبايعا معه عقاراً آخر يعجز الشريك عن أخذهما معاً، والتحايل على إسقاط الحق الذي أثبته الشارع لا يجوز.

الترجيح:

الذي يظهر أن الراجح هو القول الأول، لسلامة أدلته من المناقشة في مقابل ضعف أدلة القول الثاني بما ورد عليها من مناقشات.

المسألة الثانية: إذا كانا شريكين في أحد العقارين:

صورتها: أن يبيع شخص عقاراً خاصاً به وشقصاً من عقار مشترك فيطلب شريكه في الشقص أخذه بنصيبه من الثمن.

ولا خلاف في ثبوت الشفعة له فيما هو شريك فيه دون العقار الآخر^(٢).

(١) انظر: المغني ٣٥١/٥، كشاف القناع ١٥٠/٤.

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص ١٢٣، بدائع الصنائع ١٢/٥، المدونة ٤١٥/٥، مواهب الجليل ٣٢٧/٥ - ٣٢٨، روضة الطالبين ١٠٦/٥ - ١٠٧، شرح روض الطالب ٣٧٦/٢، الشرح الكبير مع المغني ٥٠١/٥، الإنصاف ٢٨١/٦.

قال في المبسوط^(١): «إذا كان شفيعاً لأحديهما دون الأخرى.. يأخذ الذي هو شفيعها خاصة».

وقال في المنتقى شرح الموطأ^(٢): «ولو باع رجل حصته من ثلاثة دور لكان الشفيع إنما يأخذ ما اشتراه في الثلاث الدور، أو يترك الكل وليس له أن يأخذ ما اشتراه من إحدى الدور ويترك ما اشتراه من سائرهما إذا كان شريكه في جميعها»..

وقال في فتح العزيز^(٣): «ولو باع شقصين من دارين صفقة واحدة فإن كان الشفيع في أحدهما غير الشفيع في الأخرى فلكل واحد منهما أن يأخذ ما هو شريك فيه»..

وقال في المغنى^(٤): «وإذا باع شقصين من أرضين صفقة واحدة لرجل واحد والشريك في أحدهما غير الشريك في الآخر فلهما أن يأخذا ويقتسما الثمن على قدر القيمتين، وإن أخذ أحدهما دون الآخر جاز ويأخذ الشقص الذي في شركته بحصته من الثمن».

وعللوا لذلك: بأن تفرق الصفقة لم يكن باختيار الشفيع بل هو بمعنى حكمي وهو أنه لم يتمكن من أحديهما لانعدام السبب في أحديهما^(٥).

(١) ١٥٩/١٤ - ١٦٠.

(٢) ٢١٥/٦.

(٣) ٤٨٩ / ١١.

(٤) ٣٥١/٥.

(٥) انظر: المبسوط ١٦٠/١٤.

المطلب التاسع: في كيفية استحقاق الشفعة عند تعدد الشفعاء:

صورته: أن يبيع رجل نصيبه من عقار مشترك بينه وبين عدد من الشركاء فيطلب شركاؤه الأخذ بالشفعة.

وقد اختلف في كيفية توزيع المشفوع فيه على الشفعاء على قولين:

القول الأول:

أنه يوزع على عدد رؤوسهم دون نظر إلى أنصبتهم.

وبه قال الحنفية^(١)، وهو قول الشافعي في الأم، اختاره المزني^(٢) واعتمده جمع من المتأخرين^(٣)، وهو رواية عن الإمام أحمد^(٤) اختارها ابن عقيل^(٥)، وبه قال ابن حزم^(٦). وهو قول إبراهيم النخعي والشعبي والحسن البصري وابن شبرمة وسفيان الثوري وشريك والحسن بن حيي وعثمان

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص ١٢١، المبسوط ١٤ / ٩٧.

(٢) هو: أبو إبراهيم إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل المزني المصري الشافعي، كان إماما ورعا زاهدا فقيها مجتهدا متقللا من الدنيا، من كبار أصحاب الشافعي، كانت ولادته سنة ١٧٥هـ وتوفي سنة ٢٦٤هـ. من تصانيفه: «المختصر» و«الجامع الكبير» و«الجامع الصغير».

انظر: طبقات الشبراوي / ٩٧، طبقات الإسنوي ١ / ٣٤، وفيات الأعيان ١ / ٢١٧.

(٣) انظر: مختصر المزني ص ١٢٠، شرح روض الطالب ٢ / ٢٧٥، مغني المحتاج ٢ / ٣٠٥.

(٤) انظر: الهداية لأبي الخطاب ١ / ١٩٨، المحرر ١ / ٣٦٦.

(٥) انظر: الشرح الكبير مع المغني ٥ / ٤٩٠، الإنصاف ٦ / ٢٧٦.

(٦) انظر: المحلى ٩ / ٩٨.

البتي وعبيد الله بن الحسن وداود الظاهري^(١).

- قال في الهداية شرح بداية المبتدي^(٢): «وإذا اجتمع الشفعاء فالشفعة بينهم على عدد رؤوسهم ولا يعتبر اختلاف الأملاك».
- وقال في الأم^(٣): «وإن كانت الدار بين ثلاثة لأحدهم نصفها وللآخر سدسها وللآخر ثلثها وباع صاحب الثلث فأراد شركاؤه الأخذ بالشفعة ففيها قولان.. القول الثاني: أنهما في الشفعة سواء وبهذا القول أقول».
- وقال في المغني^(٤): «وعن أحمد رواية ثانية أنه يقسم بينهم على عدد رؤوسهم اختارها ابن عقيل».
- وقال في المحلى^(٥): «ومن باع شقصا وله شركاء، لأحدهم مائة سهم، ولآخر عشرون، ولآخر عشر العشر أو أقل أو أكثر فكلهم سواء في الأخذ بالشفعة».

القول الثاني:

أنه يوزع على قدر أنصبتهم.

(١) انظر: مصنف ابن أبي شيبة ١١٦/٧ - ١١٧، مصنف عبد الرزاق ٨٥/٨، المحلى .
٩٨/٩، المغني ٣٦٣/٥، البناية شرح الهداية ٤٧٦/٨.

(٢) ٢٥/٤.

(٣) ٣/٤.

(٤) ٣٦٣/٥.

(٥) ٩٨/٩.

وبه قال المالكية^(١)، واستظهره جمع من الشافعية^(٢)، وهو الصحيح من المذهب عند الحنابلة^(٣)، وبه قال شريح^(٤)، والحسن وابن سيرين وعطاء وسوار والعنبري وإسحاق وأبو عبيد^(٥)، وهو رواية عن الشعبي^(٦).

- قال في الإشراف على مسائل الخلاف^(٧): «الشفعة على قدر الأنبياء».

- وقال في المنهاج^(٨): «ولو استحق الشفعة جمع أخذوا بها على قدر الحصص.. وفي قول على الرؤوس».

(١) انظر: المدونة ٤٠١/٥، الخرشي على مختصر خليل ١٧٣/٦.

(٢) انظر: التهذيب للبغوي خ ٢/ق ٢٠١، روضة الطالبين ١٠٠/٥.

(٣) انظر: الشرح الكبير مع المغني ٤٩٠/٥، الإنصاف ٢٧٥/٦.

(٤) هو: القاضي الفقيه أبو أمية شريح بن الحارث بن قيس بن الجهم الكندي، أسلم في حياة النبي ﷺ وانتقل من اليمن زمن الصديق، حدث عن عمر وعلي وعبد الرحمن بن أبي بكر. ولاء عمر قضاء الكوفة، وقيل أنه أقام على قضائها ستين سنة. وكان ذا فطنة وذكاء ومعرفة وعقل، وكان شاعراً محسناً. توفي سنة ٧٨ وقيل ٨٠هـ.

(انظر: أسد الغابة ٢/٣٦٥، سير أعلام النبلاء ٤/١٠٠، تهذيب التهذيب ٤/٣٢٦).

(٥) انظر: مصنف ابن أبي شيبة ٧/١١٦ - ١١٨، مصنف عبد الرزاق ٨/٨٥، المحلى ٩/٩٩، المغني ٥/٣٦٣.

(٦) انظر: مصنف ابن أبي شيبة ٧/٦١٧.

(٧) ٤٨/٢.

(٨) مع مغني المحتاج ٢/٣٠٥.

- وقال في المغني^(١): «الصحيح من المذهب أن الشقص المشفوع إذا أخذه الشفعاء قسم بينهم على قدر أملاكهم».

الأدلة:

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:

١- أن الشفعة حق مستفاد وجوبه بسبب الملك فوجب أن يتوزع على قدره قياساً على الأجرة وكسب العبد المشترك والنتاج والثمار^(٢).

ونوقش: بالمنع؛ لأن سبب الشفعة هو أصل الشركة وقد استويا فيه؛ لأن الأجرة والثمرة وكسب العبد نماء العين أو متولدة من العين والمتولد من العين يتولد بقدر الملك، بخلاف الشفعة فإنها ليست نماء العين ولا متولدة منها حتى يقال تستحق بقدر الملك في العين وتمكن الشفيع من تملك ملك غيره لا يتولد من ملكه، فكيف يجعل من ثمراته كالأب فإن له التمكن من تملك جارية ابنه ولا يعد ذلك من ثمرات ملكه^(٣).

٢- أن مناط الاستحقاق هو الاتصال بجميع الأجزاء واتصال كل جزء من أجزاء ملكه سبب لأخذ ما يتصل به، فمن ازدادت أجزاء ملكه ازداد ما

(١) ٣٦٣/٥.

(٢) انظر: التهذيب خ ٢/٢٠١، شرح روض الطالب ٢/٣٧٤، بداية المجتهد ٢/٢٢٥، المغني ٥/٣٦٣.

(٣) انظر: المبسوط ١٤/٩٨، بدائع الصنائع ٥/٥، البناية ٨/٤٧٩، تبين الحقائق ٥/٢٤١.

يتصل به من الشقص^(١).

وبناقش: بأن كثرة اتصال صاحب الكثير وأن كل جزء علة لاستحقاق الكل صحيح. لكن الترجيح إنما يكون بقوة العلة لا بكثرتها، بدليل أن أحد الخصمين إذا أقام شاهدين والآخر أربعة فهما سواء، وكذا صاحب الجراحات مع صاحب جراحة واحدة بخلاف الحزم مع الجرح فإن الحز أقوى لأنه يتخلف عنه الموت، فكان أولى بإضافة الموت له^(٢).

وأجيب: بأن ذلك غير لازم لجواز أن تكون العلة الواحدة مبينة لكمال الحكم ولكن عند الانضمام مع الأخرى يثبت استحقاق أحدهما أكثر مما يثبت عند الانفراد كما في الرجال في الغنيمة إذا انفردوا يستحقون كل الغنيمة، وكذا الفرسان إذا انفردوا يستحقون الكل أيضا، وعند الاجتماع يقسم على التفاوت، وكذا لو كان الحائط المائل مشتركا بين اثنين أثلاثا فأشهد عليهما فيه ثم سقط وأصاب مالا أو نفسا كان الضمان عليهما أثلاثا بقدر الملك فيجب أن يكون في الشفعة كذلك^(٣).

ورد عليه: بأن تفضيل الفارس يفرسه حكم عرف شرعا بخلاف القياس، مع أن الفرس يانفراده لا يكون علة للاستحقاق فيصلح مرجحا في استحقاق بعض الغنيمة، وهنا ملك كل جزء علة كاملة لاستحقاق الجميع فلا تصلح مرجحا.

وأما مسألة الحائط إذا مات من وقع عليه الحائط فإن جرحه

(١) انظر: تخريج الفروع على الأصول للزنجاني ص ٢٢٨.

(٢) انظر: تبيين الحقائق ٥/٢٤١، البناية شرح الهداية ٤٧٨/٤.

(٣) المبسوط ١٤/٩٧، وانظر: البناية ٨/٤٧٨، المغني ٥/٣٦٦.

الحائط فالضمان عليهما نصفين لاستوائهما في العلة، وإن مات بثقل الحائط فالضمان عليهما أثلاثاً لأن التساوي بينهما في العلة لم يوجد، فإن ثقل نصيب صاحب القليل لا يكون كثقل نصيب صاحب الكثير، فكان هذا راجعاً إلى ما يتولد من الملك كالولد والثمرة، والشفعة ليست من ثمرات الملك^(١).

٣- أن الشفعة إنما شرعت لإزالة الضرر، والضرر داخل على كل واحد منهم على غير استواء؛ لأنه إنما يدخل على كل واحد منهم بحسب حصته فوجب أن يكون استحقاقهم لدفعه على تلك النسبة^(٢).

ويناقش: بأن هذا الاستدلال غير مسلم؛ لأن شريكي البائع إذا طلبا الأخذ بالشفعة فإن الضرر بسوء مشاركة المشتري يكون منتفياً - وهما لا يزالان شريكين فلا ضرر - في الغالب - على كل منهما بزيادة ملك الآخر، هذا إذا كان الضرر المراد دفعه هو ضرر سوء المشاركة.

وإن كان الضرر المراد دفعه هو القسمة وما يترتب عليها فإن صاحب القليل يتضرر أكثر من صاحب الكثير؛ لأن حاجته إلى زيادة نصيبه من العقار أكثر من حاجة صاحب الجزء الكبير؛ لأن ملكه قد لا يتضرر من إحداث المرافق عند القسمة كتضرر صاحب الجزء القليل.

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:

(١) انظر: المبسوط ٩٨/١٤، البناية ٤٧٨/٨ - ٤٧٩.

(٢) انظر: بداية المجتهد ٢/٢٢٥.

- ١- مافي حديث جابر: «فإن باع ولم يؤذنه فشريكه أحق به»^(١).
 ووجه الاستدلال به: أن في قوله ﷺ: «فشريكه» تسوية بين جميع الشركاء،
 ولو كان هنالك مفاضلة لبينها رسول الله ﷺ ولم يجمل الأمر^(٢).
 ويناقش: بأن هذا القول ليس فيه دلالة على التسوية أو المفاضلة بين
 الشركاء، وإنما فيه بيان أحقية الشريك بالمبيع إن أرادته دون غيره؛ لأن
 لفظ «فشريكه» مفرد فلا يدل على ما فيه الخلاف، ولو كان اللفظ
 «فشريكاه» أو «فشركاؤه» فربما قيل إن فيه دلالة على التسوية.
- ٢- قياس استحقاق الشفعة على قدر الرؤوس على من أوصى لورثة فلان
 فإنهم في الوصية سواء ولا يقتسمونها على حصص الميراث مع أنهم
 استحقوها بكونهم من الورثة^(٣).
- ٣- أن سبب الشفعة هو أصل الشركة وقد استويا فيه فيستويان في
 الاستحقاق والدليل على أن السبب أصل الشركة دلالة الإجماع
 والمعقول.
- أما دلالة الإجماع فلأن الشفيع إذا كان واحداً يأخذ كل الدار بالشفعة
 ولو كان السبب قدر الشركة لتقدر حق الأخذ بقدرها.
- وأما المعقول فلأن حق الشفعة إنما يثبت لدفع أذى الدخيل وضرره،
 والضرر لا يندفع إلا بأخذ كل الدار بالشفعة، فدل أن سبب الاستحقاق في
 الشركة هو أصل الشركة وقد استويا فيه . فبعد ذلك لا يخلو إما أن يأخذ

(١) سبق تخريجه ص : ٤٠٦ .

(٢) انظر: المحلى ٩/٩٩ .

(٣) انظر: المرجع نفسه.

أحدهما الكل دون صاحبه، وإما أن يأخذ كل واحد منهما الكل، ولا سبيل إلى الأول؛ لأنه ليس أحدهما بأولى من صاحبه، ولا سبيل إلى الثاني؛ لاستحالة تملك دار واحدة في زمان واحد من اثنين على الكمال فتتصف بينهما عملاً بكمال السبب بقدر الإمكان^(١).

الترجيح:

بعد عرض أدلة القولين وما جرى عليها من مناقشات - فإنه يظهر - رجحان القول الأول لسلامة أكثر أدلته من المناقشة، وفي مقابل ذلك فإن أدلة القول الثاني لم يبق منها ما يصلح مستمسكاً للقائلين به للمناقشة الواردة عليها - والله أعلم - .

المطلب العاشر: في ترك أحد الشفعاء للشفعة.

وصورته: أن يبيع أحد الشركاء نصيبه من عقار مشترك بينه وبين شريكين فيعفو أحد الشريكين عن شفيعته، ويريد الآخر أن يأخذ بعض الشقص المبيع دون البعض الآخر.

ولا خلاف بين العلماء أنه ليس للشفيع أخذ البعض دون البعض، بل يأخذ الكل أو يترك الكل^(٢).

(١) بدائع الصنائع ٥/٥، وانظر: تبين الحقائق ٥/٢٤١، الأم ٣/٤، الروايتين والوجهين ١/٥٤٩، المغني ٥/٣٦٣.

(٢) انظر: الهداية للمرغيناني ٤/٢٥ - ٢٦، بدائع الصنائع ٥/٦، المنتقى للباقي ٦/٢١٢، الكافي لابن عبد البر ٢/١٨٣، المهذب ١/٥٠٠، حاشة الشرقاوي ٢/١٤٥، المحرر ١/٣٦٦، الإنصاف ٦/٢٧٦، سنن البيهقي ٦/١١٠.

قال ابن المنذر^(١): « أجمع كل من أحفظ عنه العلم على هذا ». وقال في البناية^(٢): «ولو أراد أن يأخذ حصته دون حصة العافي ليس له ذلك بالإجماع».

وقال في قوانين الأحكام الشرعية^(٣): «وإذا وجبت الشفعة لجماعة، اقتسموا المشفوع فيه على قدر حظوظهم.. وإن سلم بعضهم فلآخر أخذ الجميع أو تركه وليس له أن يأخذ نصيبه خاصة إلا إن أباحه المشتري». وقال في شرح روض الطالب^(٤): «ولو عفا أحد شفيعين عن حقه أخذ الآخر الكل أو تركه».

وقال في المغني^(٥): «إذا كان الشقص بين شفعاء فترك بعضهم فليس للباقيين إلا أخذ الجميع أو ترك الجميع وليس لهم أخذ البعض».

وعلل لذلك: بأن في أخذ البعض إضراراً بالمشتري بتبعيض الصفقة عليه والضرر لا يزال بالضرر؛ لأن الشفعة ثبتت دفعا لضرر الشريك الداخل خوفا من سوء المشاركة أو مؤنة القسمة فإذا أخذ بعض الشقص لم يندفع عنه الضرر فلم يتحقق المجوز لها فلا تثبت^(٦).

(١) انظر: المغني ٣٦٦/٥، الشرح الكبير مع المغني ٤٩٢/٥.

(٢) ٤٧٩/٨.

(٣) ص ٣١٤.

(٤) ٣٧٥/٢.

(٥) ٣٦٦/٥.

(٦) انظر: المغني ٣٦٦/٥ - ٣٦٧، المهذب ٥٠٠/١.

المطلب الحادي عشر: في وقت المطالبة بالشفعة:

إذا باع أحد الشريكين نصيبه من عقار مشترك فإن لشريكه أن يطلب أخذه بالشفعة متى ما علم بالبيع، لكن هل يكون للشفيع - بعد علمه بالبيع - أن يؤخر الطلب أو يلزمه أن يطلب الأخذ فور علمه؟ اختلف في ذلك على خمسة أقوال:

القول الأول:

أن للشفيع أن يؤخر الطلب ويحدد له مدة تتسع لتأمل مصلحته ويحصل بها مقصوده عرفاً.

وهو قول للشافعية^(١)، واختيار الشيخ عبد الرحمن السعدي^(٢).

- قال في روضة الطالبين^(٣): «الأظهر المنصوص في الكتب الجديدة أن الشفعة على الفور. والثاني تمتد ثلاثة أيام. والثالث تمتد مدة تتسع لتأمل المصلحة في الأخذ».

القول الثاني:

أن للشفيع أن يؤخر الطلب ثلاثة أيام فقط.

وهو قول للشافعية^(٤)، وبه قال ابن أبي ليلى^(٥)، وسفيان الثوري^(٦).

(١) انظر فتح العزيز مع المجموع ١١/٤٩٠ - ٤٩١، مغني المحتاج ٢/٣٧٠.

(٢) انظر: الفتاوي السعدية ص ٤٣٦ - ٤٣٧.

(٣) ١٠٧/٥.

(٤) انظر: التهذيب خ ٢/١٩٧، فتح العزيز ١١/٤٩٠.

(٥) انظر: اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى ص / ٣٦.

(٦) انظر: المغني ٥/٣٢٤.

- قال في اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى^(١): «وإذا اشترى الرجل أرضاً أو داراً فإن أبا حنيفة رضي الله عنه كان يقول لصاحب الشفعة: الشفعة حين علم . وكان ابن أبي ليلى يقول: هو بالخيار ثلاثة أيام بعد علمه».

القول الثالث:

أن للشفيع أن يؤخر الطلب ما دام في مجلس العلم وإن طال.

وبه قال الإمام أحمد في رواية اختارها ابن حامد والقاضي وأكثر أصحابه.^(٢) وهو رواية عن محمد بن الحسن اختارها الكرخي^(٣) وبعض مشايخ بخارى^(٤).

- قال في الإنصاف^(٥): «الثالث المطالبة بها على الفور.. ساعة يعلم ..

(١) ص ٣٦ .

(٢) انظر: الفروع / ٤ / ٥٣٩، الإنصاف / ٦ / ٢٦٠ - ٢٦١ .

(٣) هو: أبو الحسن عبيدالله بن الحسين بن دلال الكرخي البغدادي. انتهت إليه رئاسة الحنفية بالعراق وكان رأساً في الاعتزال ، ولد بكرخ سنة ٢٦٠هـ وتوفي سنة ٣٤٠ ببغداد . من تصانيفه: «رسالة في الأصول» و«شرح الجامع الصغير» و«شرح الجامع الكبير».

(انظر: الجواهر المضيئة / ٢ / ٤٩٣، سير أعلام النبلاء / ٥ / ٤٢٦ - ٤٢٧، الفوائد البهية / ١٠٨).

(٤) انظر: بدائع الصنائع / ٥ / ١٧، مجمع الأنهر / ٢ / ٤٧٤ .

(٥) / ٦ / ٢٦٠ - ٢٦١ .

وقال القاضي له طلبها في المجلس وإن طال وهو رواية عن الإمام أحمد واختارها ابن حامد وأكثر أصحاب القاضي».

- وقال في الهداية شرح بداية المبتدي^(١): «اعلم أن الطلب على ثلاثة أوجه: طلب الموائبة وهو أن يطلبها كما علم حتى لو بلغ الشفيق، ولم يطلب بطلت الشفعة .. وعلى هذا عامة المشايخ وهو رواية عن محمد وعنه أن له مجلس العلم .. وبالتالي أخذ الكرخي».

القول الرابع:

أن الشفعة تثبت للشفيق على التراخي^(٢).

وبه قال المالكية^(٣)، وهو قول للشافعية^(٤)، ورواية عند الحنابلة^(٥).

- قال في الإشراف على مسائل الخلاف^(٦): «طلب الشفعة ليس على الفور».

(١) ٢٦ / ٤ - ٢٧ .

(٢) اختلف القائلون بالتراخي: فيما يقطع الشفعة فقال المالكية في الرواية المشهورة تنقطع بعد سنة وفي رواية أخرى لا تنقطع إلا بعد أن يأتي عليه من الزمان ما يعلم به أنه تارك، وقال الشافعية والحنابلة لا تنقطع حتى يوجد معه ما يدل على الرضى. انظر: الإشراف للقاضي عبدالوهاب ٢ / ٤٩، روضة الطالبين ٥ / ١٠٧، المبدع ٥ / ٢٠٩ .

(٣) انظر: الكافي لابن عبد البر ٢ / ١٨٥، حاشية العدوي على شرح أبي الحسن ٢ / ٢٣١ .

(٤) انظر: فتح العزيز ١١ / ٤٩١، نهاية المحتاج ٥ / ٢١٤ .

(٥) انظر: الفروع ٤ / ٥٤٠، الإنصاف ٦ / ٢٦٠ .

(٦) ٢ / ٤٩ .

- وقال في التهذيب^(١): «وقال في القديم هو على التراخي».
- وقال في المبدع^(٢): «وعنه واختارها القاضي يعقوب أنها على التراخي».

القول الخامس:

أن الشفعة تثبت على الفور وتبطل بالتأخير.
وبه قال الحنفية^(٣)، وهو الأظهر عند الشافعية^(٤)، والصحيح من المذهب عند الحنابلة^(٥).

- وبه قال ابن شبرمة والبتي والأوزاعي والعنبري^(٦).
- قال في الإنصاف^(٧): «قوله (الثالث: المطالبة بها على الفور هذا الصحيح من المذهب. وعليه جماهير الأصحاب وقطع به كثير منهم ونص عليه بل هو المشهور عنه».

الأدلة:

أدلة القول الخامس:

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:

-
- (١) للبغوي خ ٢ / ق ١٩٧ - ١٩٨.
 - (٢) ٢٠٩ / ٥.
 - (٣) انظر: تبين الحقائق ٥ / ٢٤٢، البناء ٨ / ٤٨٣، ٤٨٦ - ٤٨٨.
 - (٤) انظر: التهذيب خ ٢ / ق ١٩٧، شرح روض الطالب ٢ / ٣٧٦.
 - (٥) انظر: الشرح الكبير مع المغني ٥ / ٤٧٣، الفروع ٤ / ٥٣٨.
 - (٦) انظر: المغني ٥ / ٣٢٤.
 - (٧) ٢٦٠ / ٦.

١- ما روي عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال: الشفعة كحل العقال»^(١).

وفي لفظ: «الشفعة كنشط العقال، إن قيدت ثبتت وإن تركت فاللوم على من تركها».

ووجه الاستدلال: أن الشفعة تفوت بترك المبادرة كما يفوت البعير الشرود عند حل العقال إذا لم يبادر إليه»^(٢).

ونوقش: بأن حديث الشفعة كحل العقال: ضعيف جداً؛ لأنه من رواية محمد بن الحارث^(٣) عن محمد بن عبدالرحمن البيلماني^(٤) عن أبيه.

(١) أخرجه ابن ماجه في سننه/ كتاب الشفعة/ باب طلب الشفعة ٢ / ٨٣٥ - وهذا لفظه. وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى/ كتاب الشفعة/ باب رواية ألفاظ منكورة - ٦ / ١٠٨. وأخرجه ابن عدي في الكامل في ضعفاء الرجال/ في ترجمة محمد بن الحارث ٦ / ٢١٨٥.

(٢) انظر: حاشية الشرقاوى ٢ / ١٤٦.

(٣) هو: محمد بن الحارث بن زياد بن ربيع الهاشمي الحارثي أبو عبدالله البصري، يروي عن محمد بن عبدالرحمن البيلماني وأبي الزناد وشعبة وغيرهم. قال ابن حجر: ضعيف.

(انظر: ميزان الاعتدال ٣ / ٥٠٤، تهذيب التهذيب ٩ / ١٠٥، تقريب التهذيب ٢ / ١٥٢).

(٤) هو: محمد بن عبدالرحمن بن البيلماني الكوفي النحوي مولى آل عمر. روى عن أبيه وعنه محمد بن الحارث وغيره. قال البخاري وأبو حاتم والنسائي: منكر الحديث.

(انظر: تهذيب التهذيب ٩ / ٢٩٢ - ٢٩٤، الكاشف ٣ / ٥٩).

قال البوصيري^(١) في الزوائد: «في إسناده محمد بن عبدالرحمن البيلماني، قال فيه ابن عدي^(٢): كل ما يرويه البيلماني فالبلاء فيه منه، وإذا روى عنه محمد بن الحارث فهما ضعيفان. وقال: حدث عن أبيه نسخه كلها موضوعة، لا يجوز الاحتجاج به، ولا أذكره إلا على وجه التعجب^(٣)».

وقال البيهقي: محمد بن الحارث البصري: متروك. ومحمد بن عبدالرحمن البيلماني: ضعيف ضعفهما يحيى بن معين وغيره^(٤).

وقال ابن حجر في التلخيص^(٥): «إسناده ضعيف جدا .. وقال ابن حبان: لا أصل له، وقال أبو زرعة: منكر، وقال البيهقي: ليس بثابت».

(١) هو: أحمد بن أبي بكر بن إسماعيل بن سليم بن فايماز البوصيري شهاب الدين أبو العباس. محدث ولد بأبو صير من الغربية بمصر سنة ٧٦٢هـ، ونشأ بها، وتوفي سنة ٨٤٠هـ. من مصنفاته: جمع زوائد ابن ماجه على باقي الكتب الخمسة مع الكلام على أسانيدھا.

(انظر: الضوء اللامع ١ / ٢٥١ - ٢٥٢، حسن المحاضرة ١ / ٣٦٣، معجم المؤلفين ١ / ١٧٥).

(٢) هو: الإمام الناقد الجوال أبو أحمد عبدالله بن عدي بن عبدالله بن مبارك بن القطان الجرجاني، صاحب كتاب الكامل في الجرح والتعديل، ولد سنة ٢٧٧هـ، وكان حافظًا متقنًا. توفي سنة ٣٦٥هـ.

(انظر: سير أعلام النبلاء ١٦ / ١٥٤ - ١٥٦، البداية والنهاية ١١ / ٢٨٣، تذكرة الحفاظ ٣ / ٩٤٠ - ٩٤٢).

(٣) مع سنن ابن ماجه ٢ / ٨٣٥، وانظر: الكامل لابن عدي ٦ / ٢١٨٥ - ٢١٨٧.

(٤) انظر: السنن الكبرى ٦ / ١٠٨.

(٥) ٢ / ٥٦.

وأما اللفظ الثاني فلا يعرف له إسناد.

قال ابن حجر: «ذكره القاضي أبو الطيب وابن الصباغ والماوردي هكذا بلا إسناد، وذكره ابن حزم من حديث ابن عمر بلفظ: «الشفعة كحل العقال فإن قيدها مكانه ثبت حقه وإلا فاللوم عليه»، ذكره عبد الحق في «الأحكام» عنه. وتعقبه ابن القطان بأنه لم يره في المحلى»^(١).

٢- ما روي أن رسول الله ﷺ قال: «الشفعة لمن واثبها»^(٢).

ووجه الاستدلال: أن في الحديث إثباتا للفورية في طلب الشفعة حيث جعلت لمن واثبها.

ونوقش: بأنه ليس بحديث وإنما أخرجه عبدالرزاق في مصنفه^(٣) من قول شريح. وكذا ذكره القاسم بن ثابت السرقسطي^(٤) في كتاب غريب

(١) انظر: التلخيص الحبير ٣/ ٥٦ - ٥٧، وانظر إرواء الغليل ٥/ ٢٨٠.

(٢) ذكره الفقهاء في كتبهم. انظر: المبسوط ١٤/ ١١٧، الهداية للمرغيناني ٤/ ٢٦، المغني ٥/ ٣٢٤.

(٣) انظر: مصنف عبدالرزاق ٨/ ٨٣ رقم الأثر ١٤٤٠٦.

(٤) هو: أبو محمد قاسم بن ثابت بن حزم العوفي السرقسطي. عالم بالحديث واللغة. رحل مع أبيه من سرقسطة إلى مصر ومكة وأدخل الأندلس علما كثيرا. وتوفي بسرقسطة سنة ٣٠٢هـ وكانت ولادته سنة ٢٥٥ هـ. من تصانيفه: «كتاب شرح غريب الحديث ومعانيه» و«كتاب الدلائل في شرح غريب الحديث» وتوفي قبل إتمامه فأكمله أبوه.

(انظر: تذكرة الحفاظ ٣/ ٨٦٩ - ٨٧٠، الأعلام ٥/ ١٧٤، معجم المؤلفين ٨/ ٩٦).

الحديث في باب كلام التابعين^(١).

٣- أن الشفعة خيار يثبت بنفسه لدفع الضرر عن المال فكان على الفور كخيار الرد بالعيب^(٢).

ويناقش: بأن هذا قياس مع الفارق، إذ إن بطلان خيار الرد بالعيب إذا لم يكن على الفور؛ لأن تأخيره لطلب دليل على رضاه بالسلعة مع ما فيها من عيب، بخلاف تأخيره لطلب الشفعة، فإن تأخيره لأنه لم يتبين له الضرر بعد فهو يؤخر الطلب لينظر هل يلحقه ضرر بمشاركة المشتري أو لا يلحقه ؟

٤- أن حق الشفعة حق ضعيف متزلزل لثبوته على خلاف القياس، إذ لأخذ بالشفعة تملك مال معصوم بغير إذن مالكة لخوف ضرر يحتمل الوجود والعدم فلا يستقر إلا بالطلب على المواثبة^(٣).

وقد تقدم بيان أن حق الشفعة حق قوي ثابت على وفق القياس وتقتضيه أصول الشريعة^(٤).

أدلة القول الرابع: القائل بأنها على التراخي.

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:

(١) انظر: البناية شرح الهداية ٨ / ٤٨٧، نصب الراية ٤ / ١٧٦، كشاف القناع ١٤١ / ٤.

(٢) انظر: فتح العزيز مع المجموع ١١ / ٤٩٠، المغني ٥ / ٣٢٤.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٥ / ١٧.

(٤) انظر: ص ٤٢٧ - ٤٢٨.

١- ما روى جابر أن النبي ﷺ: «قضى بالشفعة فيما لم يقسم»^(١)..».

ووجه الاستدلال به: أن النبي ﷺ أثبت الشفعة للشريك ولم يعلق هذا الإثبات بحد^(٢).

ويناقش: بأن هذا الاستدلال مسلم، لكن بالنظر إلى المعنى الذي شرعت الشفعة لأجله نجد أنها شرعت لرفع الضرر عن الشريك وإذا أثبتناها له على التراخي حتى يقطعها بعد سنة. أو مرور زمان يعلم به أنه تارك أو حتى يوجد منه ما يدل على الرضى - وهذا يطول - فإننا نلحق بالمشتري ضررا أعظم من الضرر الذي قصد الشارع رفعه عن الشريك، والضرر لا يزال بمثله فكيف بما هو أعظم ضررا منه.

وأجيب عن ذلك بأنه: لا ضرر على المشتري في التأخير إذ الشقص له وإن بنى أو غرس فله قيمته إن أخذ الشفيع بالشفعة^(٣).

ويرد عليه: بأن هذا الكلام مجرد دعوى لا دليل عليها، بل الواقع يدل على خلافها، إذ إن خسارة ما يبيته أو يفرسه أو يصلحه - في الغالب - أكثر من قيمتها، مع تعب قلبه وبدنه^(٤). وهذا مشاهد، فإن نزع الشقص من مشتريه بعد عام أو أكثر - بالشفعة - بعد أن قام بإصلاحه وتعميره وتجهيزه بما يريد - يورث الحسرة والندم للمشتري، ويقلل الإقدام على شراء الشقص خوفا من ترك الشفعة حتى يقوم المشتري بإصلاحه ثم

(١) سبق تخريجه: ص ٣٩٨.

(٢) انظر: الإشراف للقاضي عبدالوهاب ٢ / ٤٩ .

(٣) انظر: فتح العزيز ١١ / ٤٩١ .

(٤) انظر: المغني ٥ / ٣٢٤ .

يأخذه بها.

٢- أن المطالبة حق للشفيع، والأصل أن كل من ثبت له حق فله أخذه وتركه أى وقت شاء إلا أن يقوم دليل على تعلقه بوقت يفوت بخروجه^(١).

ويناقش: بأن الدليل قد قام على تعلقه بوقت يفوت بخروجه، وهذا الدليل هو مراعاة الشارع لرفع المصرة عن المشتري، كما راعى رفع المصرة عن الشفيع، وترك الشفيع طلب الشفعة مدة أطول مما يحصل به مقصوده عرفا إضرار منه بالمشتري والضرر منفي في هذه الشريعة.

٣- أنه حق من جهة استيفاء ما لم يكن فيه تضييق ولا تدليس فلم تجب المطالبة فيه على الفور قياسا على المطالبة بالديون^(٢).

ويناقش: بأن هذا الدليل مسلم، لكن إذا زادت المدة عما يحصل به مقصوده عرفا فإنه يلحق الضرر بالمشتري، والضرر لا يزال بالضرر، فوجب تحديد مدة لا يحصل فيها ضرر على الشفيع والمشتري وما يحصل به المقصود عادة يحقق هذا الغرض.

أما القياس على المطالبة بالديون فهو قياس مع الفارق؛ لأن الدائن إذا أخر المطالبة بدينه لم يحصل ضرر على أحد بذلك التأخير بخلاف تأخير المطالبة بالشفعة، فإن المشتري يلحقه ضرر بالتأخير - كما تقدم -.

٤- أن على الشفيع إضرارا في المطالبة على الفور؛ لأنه قد يعلم ببيع الشقص في وقت لا يكون معه ثمنه فيحتاج إلى تحصيل الثمن، وبيع

(١) انظر: الإشراف على مسائل الخلاف ٢ / ٤٩ .

(٢) انظر: المرجع نفسه.

ما يحصله به وذلك يقتضي مهلة حتى يحصل على ذلك . وكذلك قد يكون المشتري عمر الشقص فيجب له قيمة العماره ويتعذر على الشفيع قيمة الشقص في الوقت والضرر غير جائز^(١).

ويناقش: بأن الإضرار بالشفيع كما أنه غير جائز فكذلك الإضرار بالمشتري غير جائز ، ويمكن رفع ضرر الشفيع من غير إضرار بالمشتري وذلك: بأن يحدد للشفيع مدة يحصل بها مقصوده عرفاً من غير طول يضر بالمشتري بل لا بد من رفع الضرر عنه حتى يكون على بصيرة من أمره .
أدلة القول الثالث - القائل بأن للشفيع أن يؤخر الطلب ما دام في مجلس العلم .

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:

١- أن حق الشفعة ثبت للشفيع دفعا للضرر عنه فيحتاج إلى التأمل، أن هذه الصفقة هل تصلح بمثل هذا الثمن، وأنه هل يتضرر بجوار هذا المشتري فيأخذ بالشفعة أو لا يتضرر فيترك، وهذا لا يصح بدون العلم بالبيع والحاجة الى التأمل؛ ولذلك ثبت خيار المجلس في جانب المخيرة والقبول، فكذا ههنا^(٢).

ويناقش: بأن قصر الحاجة إلى التأمل والنظر فيما يصلحه على مجلس العلم غير مسلم، وهذا أمر يشهد له واقع العقود إذ إن الشفيع قد لا يتمكن من النظر هل يناسبه العقد بهذا الثمن أولاً في مجلس قد لا يمكث فيه ساعة واحدة وقد لا يكون مع الشفيع ثمن هذه الصفقة، فيحتاج

(١) انظر: الإشراف على مسائل الخلاف ٢ / ٤٩ .

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٥ / ١٧ .

إلى مدة ينظر فيها هل يستطيع تحصيل الثمن أولاً، ونحو ذلك من الأمور التي تضعف القول بأن في مجلس العلم كفاية للتأمل والنظر. أما القياس على المخيرة وعلى القبول فهو قياس مع الفارق؛ لأن الرجل يمكنه إيقاع الطلاق فوراً، وإثبات خيار المجلس لها مراعاة لمصلحتها هي فقط، ولا يترتب عليه إضرار بشخص آخر بخلاف الشفعة فإنه يترتب - من ذلك - الضرر على الشفيع، وكذلك القبول بإثبات خيار المجلس فيه مراعاة لهما ولا ضرر عليهما؛ لأنه يمكن من يحتاج إلى التأمل مدة أكثر أن يشترط ذلك.

٢- أن المجلس كله في حكم حالة العقد بدليل أن القبض فيه - لما يشترط فيه القبض - كالقبض حالة العقد^(١).

ويناقش: بأن ظاهر هذا الدليل يدل على أنه مستدل به في مقابل اشتراط الفورية. وأنه في حكم الفور، وقد تقدم مناقشة أدلة من اشتراط الفورية^(٢).

واستدل أصحاب القول الثاني - القائلون بأن للشفيع أن يؤخر الطلب ثلاثة أيام -:

بأن الحكم بالفور يضر بالشفيع فإنه قد يحتاج إلى تأمل ونظر، والحكم بالتراخي مطلقاً يضر بالمشتري، لأنه لا يأمن من أخذ الشفيع فتفوت عليه العمارة والتصرف فجعلت الثلاثة حداً فاصلاً كما في خيار

(١) انظر: المغني ٥ / ٣٢٥، الشرح الكبير مع المغني ٥ / ٤٧٤.

(٢) انظر: ص ٤٩١ - ٤٩٦.

الشرط^(١).

ويناقش: بأن التحديد بالثلاثة أيام لا دليل عليه وما ذكره من المعنى لا يصلح علة للتحديد بالثلاثة؛ لأن التأمل في المبيع هل يصلح له بهذا الثمن أو لا يصلح، وكذلك الحاجة إلى جمع مبلغ لهذا المبيع قد يدعوانه إلى مدة أطول من الثلاثة، وهذا أمر يشهد له حال العقود الكبيرة.

أما القياس على خيار الشرط وأنه محدد بثلاثة أيام فإنه غير مسلم؛ لأن الأصل المقيس عليه ممنوع، إذ يصح - على القول الراجح - اشتراط الخيار أكثر من ثلاثة أيام بدلالة قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ...﴾^(٢)، وقوله ﷺ: «المسلمون على شروطهم»^(٣) وغير ذلك من الأدلة^(٤).

أدلة القول الأول - القائل بأن للشفيع أن يؤخر الطلب ويحدد له مدة يحصل بها مقصوده عرفاً.

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:

١- ما روى جابر أن النبي ﷺ قضى بالشفعة فيما لم يقسم^(٥).

(١) انظر: فتح العزيز مع المجموع ١١ / ٤٩٠، المغني ٥ / ٣٢٤.

(٢) سورة المائدة: آية ١.

(٣) سبق تخريجه: ص ٢٥٦.

(٤) انظر: أدلة صحة شرط الخيار أكثر من ثلاثة أيام في بحثي لنيل درجة الماجستير: الشروط في عقد البيع ص ٢٨٨ - ٢٩٩.

(٥) سبق تخريجه: ص ٣٩٨.

ووجه الاستدلال به: أن عموم الحديث يدل على ثبوتها ما لم يوجد من الشفيع ما يدل على إسقاطها والرضى بشركة الشريك الجديد. وقيد بما يحصل به مقصوده عرفاً دفعا للضرر عن المشتري^(١).

٢- أن الأصل في جميع الحقوق والخيارات الثابتة أنها لا تسقط إلا بإسقاط صاحب الحق قولاً أو فعلاً، فكيف يخرج منه هذا الحق المجمع على ثبوته؟ فالصواب أنها كسائر الحقوق لا تسقط إلا بما يدل على إسقاطها من قول أو فعل.

وقد يحتاج الشفيع إلى التروي والمشاورة في الإقدام على الشفعة لأجل هل يقدر على ثمن المبيع وهل هو مناسب له؟ وهل يوافق الشريك الجديد فيرغب في مشاركته؟ وهذا يحتاج إلى تأن، ولكنه يمنع من الإضرار بالمشتري بالمطالبة، بل يحدد له ما يحصل به مقصوده عرفاً^(٢).

الترجيح؛

بعد عرض أدلة الأقوال الخمسة وما جرى عليها من مناقشات، فإن الراجح هو القول الأول حيث سلمت أدلته من المناقشة، مع ما فيه من تحقيق العدل بين المتعاقدين وحفظ حقوقهم. في مقابل مناقشة أدلة الأقوال الأخرى - والله أعلم وأحكم -.

(١) انظر: الفتاوى السعدية ص ٢٧٨.

(٢) انظر: المختارات الجلية ص ٢٤٩ - ٢٥٠، الفتاوى السعدية ص ٤٣٦ - ٤٣٧.

المبحث الثاني عشر في آثار الشيوخ في الودیعة

وفیه مطالب:

المطلب الأول: في إيداع الشريكين للمشاع.

المطلب الثاني: في إيداع أحد الشريكين للمشاع.

المطلب الثالث: في طلب أحد المودعين تسليم نصيبه.

المطلب الأول: لا خلاف في جواز إيداع الشريكين للمشاع؛ لأن المشاع حقهما وقد اجتمعا على إيداعه^(١).

المطلب الثاني:

إذا أراد أحد الشريكين إيداع المشاع من غير رضا شريكه ، فإن ذلك لا يجوز؛ لأنه يتصرف في ملك غيره بغير رضاه.

المطلب الثالث:

والكلام فيه على مسألتين:

المسألة الأولى: في طلبه تسليم نصيبه من الودیعة إذا لم تكن من ذوات الأمثال.

المسألة الثانية: في طلبه تسليم نصيبه من الودیعة إذا كانت من ذوات الأمثال.

(١) انظر: تبیین الحقائق ٨٠/٥، البحر الرائق ٢٧٨/٧، فتح العلي المالك ٢٠٦/٢، روضة الطالبين ٢٤٥/٦، شرح روض الطالب ٨٤/٢، المبدع ٢٤٧/٥.

المسألة الأولى: إذا أودع رجلان عند رجل وديعة ليست من ذوات الأمثال كجواهر مختلفة فحضر أحدهما وطلب نصيبه فإن المودع لا يدفعه إليه للآتي:-

- ١- أن قسمة غير المثلي بيع وليس للمودع أن يبيع على المودع.
- ٢- أن قسمة ذلك لا يؤمن فيها الحيف لأنه يفتقر إلى التقويم وذلك ظن وتخمين.^(١)

المسألة الثانية:

في طلب تسليم نصيبه من الوديعة إذا كانت من ذوات الأمثال. إذا أودع رجلان عند رجل وديعة من ذوات الأمثال المنقسمة كالمكيل والموزون ونحوهما، فطلب أحدهما تسليم نصيبه إليه، فهل يلزم المودع تسليم نصيبه إليه أو لا يلزم ذلك حتى يحضر الآخر أو يأذن؟. اختلف في ذلك على قولين:-

القول الأول:

أنه يلزم تسليم نصيبه إليه. وهو المذهب عند الحنابلة^(٢)، وبه قال أبو يوسف ومحمد بن الحسن^(٣).

(١) انظر: المبدع ٢٤٧/٥.

(٢) انظر: الهداية لأبي الخطاب ١٨٩/١، الإنصاف ٣٤٩/٦، الإقناع ٣٨٥/٢، المنتهى ٥٤١/١.

(٣) انظر: الهداية للمرغيناني ٢١٧/٣، تبين الحقائق ٨٠/٥، البناية ٧٥٢/٧، البحر الرائق ٢٧٨/٧.

القول الثاني:

أنه لا يلزمه تسليم نصيبه إليه حتى يحضر الآخر أو يأذن له بالتسليم. وبه قال أبو حنيفة^(١)، وهو قول المالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، وقول للحنابلة^(٤).

الأدلة:

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:

١- أن المودع لو دفع إلى الشريك الحاضر لا يخلو إما أن يدفع إليه من النصيبين جميعاً وإما أن يدفع إليه من نصيبه خاصة، لا وجه إلى الأول؛ لأن دفع نصيب الغائب إليه ممتنع شرعاً، ولا سبيل إلى الثاني؛ لأن نصيبه شائع في الكل لكونه مشتركاً بينها ولا يتميز إلا بالقسمة والقسمة غير جائزة على الغائب بدليل أن الغائب إذا جاء وقد هلك الباقي له أن يشارك القابض في المقبوض ولو نفذت القسمة لما شاركه فيه لتميز حقه عن حق صاحبه بالقسمة^(٥).

ويناقش: بأنه لا يسلم أن القسمة على الغائب غير جائزة، بل قسمة المثليات جائزة عليه، لأمرين:

(١) انظر: المراجع السابقة.

(٢) انظر: فتح العلي المالک ٢/٢٠٦.

(٣) انظر: روضة الطالبين ٦/٣٤٥، شرح روض الطالب ٣/٨٤.

(٤) انظر: الشرح الكبير مع المغني ٧/٣٣١، الفروع ٤/٤٨٧، المبدع ٥/٢٤٦.

(٥) انظر: بدائع الصنائع ٦/٢١٠.

أحدهما: أن المثليات يجبر فيها الممتع عن القسمة عليها^(١). وإذا كان يجبر فيها فلا فرق فيها بين الحضور والغياب^(٢). ولا بين قسمة المودع وقسمة الحاكم إذا كان المآل فيها إلى الجبر وفرز الحقوق.

الثاني: أن المنع منها يلحق الضرر بطالبيها، ولا ضرر على الغائب أو الممتع بالقسمة حيث يأخذ ما يستحقه - وهو مثل ما يأخذ شريكه سواء بسواء. فإذا انتفى الضرر عن الغائب أو الممتع وثبت تضرر الطالب لها بالتأخير فإنها تقسم دفعا لهذا الضرر. وأما التعليل لعدم وقوعها: بأن غير القابض يشارك القابض عند هلاك الباقي، فغير صحيح؛ لأنه لا يسلم أصلا مشاركته للقابض بعد قبضه لنصيبه بقسمة صحيحه مبنيه على نفي الضرر عنه من غير إضرار بالآخر. ولو سلم بمشاركة عند الهلاك فإن جعل ذلك علة للمنع غير صحيح مع تماثل الحقين من كل وجه.

٢- أنهما اتفقا على الإيداع فلا بد من اتفاقهما على الاسترداد.^(٣)

ويناقش: بأن هذه مجرد دعوى، وتحتاج إلى دليل يدل على أنه يلزم

(١) انظر: الإجماع على قسمة المثليات عند الحنفية المستدلين بهذا الدليل في الهداية ٤/٤١، ٤٤، تبين الحقلق ٥/٢٦٥، الاختيار ٢/٧٣، اللباب في شرح الكتاب ٤/٩١.

(٢) بل إن الحنفية يجيزون لأحد الشريكين في المكيل والموزون أخذ نصيبه في غيبة صاحبه. انظر: اللباب في شرح الكتاب ٤/٩١، وأي فرق بين المكيل والموزون وسائر المثليات فكان يلزمهم أن يقولوا بالجواز هنا لعدم الفرق بل إن قولهم بالمنع يناقض قولهم بالجواز هناك.

(٣) انظر: شرح روض الطالب ٣/٨٤.

من اتفاقهما على الإيداع اتفاقهما على الاسترداد، ولا دليل على ذلك بل
الدليل يدل على عدم هذا التلازم، وهو:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:

١- ان الآخذ - بأخذ حصته - متصرف في ملك نفسه فكان له ذلك من
غير حضرة الغائب كما إذا كان لرجلين دين مشترك على رجل فجاء
أحدهما وطلب حصته من الدين فإنه يدفع إليه حصته كذا ههنا^(١).

ونوقش: بأن هذا القياس غير صحيح؛ لأن الغريم يدفع نصيب أحد
الشريكين بدفع مال نفسه لامال الشريك، وههنا يدفع مال الغائب بغير
إذنه فلا يستقيم القياس^(٢).

ويجاب: بأن القياس صحيح؛ لأنه لا فرق في المثليات بين حقه وحق
غيره حتى يقال إنه يعطيه حق غيره، لأنها إذا قسمت صار لكل واحد مثل
ما للآخر سواء بسواء، وإذا كان يصير لكل واحد مثل ما يصير للآخر فإن
المودع إذا أعطى الطالب قدر نصيبه فإنه يكون قد أعطاه ما أودعه.

٢- أن للطالب أن يأخذ نصيبه الذي هو النصف إذا ظفر به، وإذا كان له
أن يأخذ فإن المودع يؤمر بالدفع إليه^(٣).

ونوقش: بأنه لا تلازم بين إمكان أخذ أحد المودعين لنصيبه وبين أمر

(١) انظر: بدائع الصنائع ٦/٢١٠، الهداية للمرغيناني ٣/٢١٧.

(٢) انظر: المرجعين السابقين.

(٣) انظر: الهداية للمرغيناني ٣/٢١٧، البناية ٧/٧٥٣.

المودع بالدفع إليه؛ لأن الجبر ليس من لوازم الجواز لانفكاكه عنه كما إذا كان له ألف درهم وديعة عند إنسان وعليه ألف لغيره فلغريمه أن يأخذه إذا ظفر به، وليس للمودع أن يدفعه إليه^(١).

٣- أن قسمته ممكنة بغير غبن ولا ضرر فتصح^(٢).

وقد يناقش: بأن هذا قسمة على الغائب، والقسمة على الغائب غير جائزة.

ويجاب عنه: بما تقدم من جواز القسمة على الغائب^(٣).

الترجيح:

الراجع - فيما يظهر هو القول الأول لقوة أدلته وسلامة أكثرها من المناقشات الواردة عليها في مقابل ضعف أدلة القول الثاني بما ورد عليها من المناقشات. والله أعلم.

(١) انظر: الهداية للمرغيناني ٢/٢١٧، البناية ٧/٧٥٤-٧٥٥.

(٢) انظر: الشرح الكبير مع المغني ٧/٣٣١، المبدع ٥/٢٤٧.

(٣) انظر: هذا الجواب في المناقشة الواردة على الدليل الأول من أدلة القول الثاني.

الفصل الثالث

في آثار الشيوخ في عقود التبرعات

وفية مباحث:

المبحث الأول: في آثاره في الهبة والصدقة.

المبحث الثاني: في آثاره في الوقت.

المبحث الثالث: في آثاره في الوصية.

المبحث الرابع: في آثاره في العتق.

المبحث الخامس: في آثاره في الكتابة.

المبحث السادس: في آثاره في التدبير.

المبحث الأول

في آثار الشيوخ في الهبة والصدقة

وفية مطلبان:

المطلب الأول: في هبة المشاع.

المطلب الثاني: في الصدقة بالمشاع.

المطلب الأول:

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: في هبة أحد الشريكين نصيبه من المشاع.

المسألة الثانية: في هبة أحد الشريكين جميع المشاع.

المسألة الأولى^(١):

صورتها: أن يهب أحد الشريكين في عقار أو دابة أو سيارة نصيبه منها

لشخص آخر.

وقد اختلف في صحة هذه الهبة على قولين:

القول الأول :

صحة هبة المشاع.

وبه قال المالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤)، وابن حزم^(٥)، والعياني من

(١) يلاحظ أن هبة الشخص جزء مشاع من ملكه تأخذ حكم هذه المسألة خلافاً ومذهباً.

(٢) انظر: المدونة ١١٨/٦، الكافي لابن عبد البر ٢/٣٠٠.

(٣) انظر: المهذب ١/٥٨٣، روضة الطالبين ٥/٣٧٣.

(٤) انظر: رؤوس المسائل للشريف أبي جعفر مخطوط ص ٣٠٠، الإنصاف ٧/١٣١.

(٥) انظر: المحلى ٩/١٤٩.

الحنيفة^(١)، وهو مروى عن البتي ومعمر^(٢) وإسحاق وإبراهيم النخعي وأبي ثور، وداود الظاهري^(٣).

- قال في الإشراف على مسائل الخلاف^(٤): هبة المشاع والتصدق به جائز كان مما ينقسم كالعقار أو مما لا ينقسم كالعبيد والحيوان.
- وقال في التهذيب^(٥): ويصح هبة المشاع من شريكه وغير شريكه سواء كان مما ينقسم أولا ينقسم.
- وقال في كشف القناع^(٦): «وتصح هبة المشاع من شريكه ومن غيره منقولا كان كجزء من نحو فرس أو غيره كجزء من عقار ينقسم كالثوب، أو لا كالعبد».

(١) انظر: البناية ٧/٨١١.

(٢) هو: الإمام الحافظ أبو عروة معمربن راشد الأزدي الحداني مولا هم البصري، ولد سنة ٩٥ أو ٩٦ هـ. وطلب العلم وهو حدث ونزل اليمن وكان من أوعية العلم مع الصدق والتحري والورع والجلالة وحسن التصنيف وكان فقيها حافظا متقنا. توفي سنة ١٥٣ وقيل ١٥٤ هـ.

(٣) انظر: الطبقات لابن سعد ٥/٥٤٦، تهذيب الأسماء واللغات ٢/١٠٧، تذكرة الحفاظ ١/١٩٠ - ١٩١).

(٤) انظر: المحلى ٩/١٤٩.

(٥) ٢/٨١.

(٦) للبغوي «مخطوط» ٢/٢٦٠ ق.

(٧) ٤/٣٠٥.

- وقال في المحلى^(١): وهبة جزء مسمى منسوب من الجميع كثلث أو ربع أونحو ذلك من المشاع والصدقة به جائزة حسنة للشريك ولغير الشريك، وللغني وللفقير فيما ينقسم وفيما لا ينقسم.

القول الثاني:

لا تصح هبة المشاع الذي يحتمل القسمة، وتصح إن كان لا يحتملها. وبه قال الحنفية^(٢).

- قال في تبيين الحقائق^(٣): تجوز الهبة في محوز مقسوم، وفي مشاع لا يقسم ولا تجوز في مشاع يقسم».

الأدلة:

أدلة القول الثاني:

أولاً: أدلته على عدم الصحة فيما يمكن قسمته:

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:

- ١- أن القبض منصوص عليه في الهبة بقوله ﷺ: «لا تجوز الهبة إلا مقبوضة»؛ فيشترط وجوده على أكمل الوجوه - كما في استقبال القبلة -؛ إلى لما كان منصوصاً عليه يشترط وجوده على الكمال حتى لو استقبل الحطيم لا تجوز صلاته مع أنه من البيت بالسنة^(٤).

(١) ١٤٩/٩

(٢) انظر: المبسوط ١٢/٦٤ - ٦٦، بدائع الصنائع ٦/١١٩

(٣) ٩٣/٥

(٤) انظر: تبيين الحقائق ٩٣/٥

ويناقش من وجهين :

أحدهما: أن الحديث منكر لا أصل له ولم يثبت عن النبي ﷺ في الهبة شيء^(١).

الثاني: لو ثبت الحديث فإن قبض كل شيء بحسبه^(٢).

٢- ما روت عائشة رضي الله عنها أن أبا بكر ﷺ نحلها جداد^(٣) عشرين وسقا من مال الغابة، فلما حضرته الوفاة قال: والله يابنية ما من الناس أحد أحب إلي غنى بعدي منك ولا أعز على فقرا بعدي منك، وإنى كنت نحلتك من مالي جداد عشرين وسقا فلو كنت جددتيه واحتزرتيه كان لك ذلك، وإنما هو مال وارث وإنما هو أخواك وأختاك فاقسموه على كتاب الله^(٤).

ووجه الاستدلال به: أن أبا بكر ﷺ اعتبر القبض والقسمة في الهبة لثبوت الملك؛ لأن الحيازة في اللغة جمع الشيء المفرق في حيز،

(١) انظر: البناية شرح الهداية ٧/٧٩٩، ٨١٠.

(٢) انظر: المرجع نفسه ٧/٨١٠.

(٣) الجداد والجاد: بمعنى المجدود - أي نخل يجد منه ما يبلغ مائة وعشرين وسقا. (انظر: النهاية في غريب الحديث والأثر ١/٢٤٤ - ٢٤٥.

(٤) أخرجه مالك في الموطأ / باب ما لا يجوز من النحل ٢/٧٥٢، وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه - كتاب البيوع / من قال لا تجوز الصدقة إلا مقبوضة ٦/٤٢، وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه - كتاب الوصايا/باب النحل ٩/١٠١، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى - كتاب الهبات باب شرط القبض في الهبة ٦/١٧٠، وهذا لفظه.

وهذا معنى القسمة^(١).

ويناقش من وجوه:

أحدها: أن هذا الأثر فيه دلالة على صحة هبة المشاع حيث وهبها مشاعا من التمر، ووافقته عائشة على ذلك، وغاية ما فية أن الهبة لا تلزم إلا بالقبض، ولو قبضتها لملكها.

الثاني: أن اشتراط القبض - من هذا الأثر، وقد خالفته آثار رويت عن بعض الصحابة في عدم اشتراطه كالمروي عن علي وابن مسعود أنهما قالا: إذا علمت الصدقة فهي جائزة وإن لم تقبض^(٢).

الثالث: لو سلم باشتراط القبض، فإن القبض في المشاع الموهوب ممكن ومتصور كما تقدم^(٣) ولا يسلم أن الحيازة في اللغة جمع الشيء المفرق في حيز واحد، بل الحيازة في اللغة ضم الشيء إلى نفسه^(٤) من غير تعرض لجمعه في حيز أو أكثر. وهذا الضم في المشاع متصور كما كان متصورا عندهم في بيع المشاع. إذ إن الموهوب له يحل محل الواهب كما يحل المشتري محل البائع لنصيبه، ويقبض كما يقبض بلا فرق.

(١) انظر: بدائع الصنائع ٦/١٢٠.

(٢) انظر: مصنف ابن أبي شيبة ٦/٤٣، المحلى ٩/١٢٥، وانظر الخلاف في اشتراط القبض في الهبة في المحلى ٩/١٢٠ - ١٢٧، المغني ٥/٦٤٩ - ٦٥٤، البناية ٨١١/٧.

(٣) انظر: ص ١٩٥ - ٢٠١.

(٤) أي إلى نفس الحائز أي ملكه. انظر: معجم مقاييس اللغة ٢/١٨٨، مختار الصحاح ص ١٢٧.

٣- عن عمر بن الخطاب أنه قال: ما بال رجال ينحلون أبناءهم نحلا ثم
يمسكونها فإن مات ابن أحدهم قال: مالي بيدي لم أعطه أحدا وإن
مات هو قال قد كنت أعطيته إياه - من نحل نحلة لم يحزها الذي
نُحِلَهَا حتى تكون إن مات لوارثه فهي باطل.^(١)

ووجه الاستدلال به: كوجه الاستدلال بأثر أبي بكر.^(٢)

ويناقش: بأن عمر رضي الله عنه علق صحة الهبة على الحيابة، وقد تقدم في
أثر أبي بكر أنها متصورة في المشاع.

٤- ماروي عن عثمان وابن عمر وابن عباس أنهم قالوا: لاتجوز صدقة
حتى تقبض.^(٣)

وعن معاذ بن جبل أنه لايجيزها حتى تقبض.^(٤)

ويناقش: بما تقدم من مناقشات لأثر أبي بكر وأثر عمر.

٥ - أن القبض ثبت مطلقا، والمطلق يتناول الكامل، والكامل هو لموجود من

(١) أخرجه مالك في الموطأ - كتاب الأفضية / باب مالا يجوز من النحل ٧٥٣/٢،
وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه - كتاب الوصايا / باب النحل ١٠٢/٩، وأخرجه
ابن أبي شيبة في مصنفه / كتاب البيوع / باب من قال لا تجوز الصدقة حتى
تقبض ٤٠/٦ - ٤١، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى - كتاب الهبات / باب
شرط القبض في الهبة ١٧٠/٦ وهذا لفظه.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ١٢٠/٦.

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى / كتاب الهبات / باب شرط القبض في الهبة
١٧٠/٦، وانظر: مصنف ابن أبي شيبة ٤١/٦، ٤٤.

(٤) انظر السنن ١٧٠/٦، وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه / كتاب البيوع / باب
من قال لاتجوز الصدقة إلا مقبوضة ٤٢/٦.

كل وجه، والقبض في المشاع موجود من وجه دون وجه، لأن القبض عبارة عن كون الشيء في حيز القابض، والمشاع ليس في حيزه من كل وجه؛ لأنه في حيزه من وجه، وفي حيز شريكه من وجه، وتامها لا يحصل إلا بالقسمة؛ لأن الأنصاء بها تتميز وتجتمع، ومالم يجتمع لا يصير محرزا أو يكون إحراراً ناقصاً فلا ينهض لإفادة الملك^(١).

ويناقش من وجوه:

أحدهما: أن في اشتراط القبض في الهبة خلافاً، كما تقدم في مناقشة الدليل الأول.

الثاني: لو سلم باشتراط القبض فإن المنع لعدم تحققه منقوض بتصحيح بيع المشاع؛ لأن القبض في الهبة كالقبض في البيع والملك يحصل بالهبة كما يحصل بالبيع فأى فرق بين أن أبيع شخصاً نصف عقار أو أهبه إياه أو أبيعته نصيبى من عقار مشترك أو أهبه إياه فهو يحل الواهب كما يحل محل البائع.

الثالث: لو لم يصح القياس على البيع في الصحة فإن قبض المشاع الموهوب ممكن ومتصور كما تقدم^(٢).

٦- أن الهبة عقد تبرع فلو صحت في مشاع يحتمل القسمة لصار عقد ضمان؛ لأن الموهوب له يملك مطالبة الواهب بالقسمة فيلزمه ضمان القسمة فيؤدي إلى تغيير المشروع، ولهذا توقف الملك في الهبة على القبض؛ لأنه لو ملكه بنفس العقد لثبت له ولاية المطالبة بالتسليم

(١) انظر: بدائع الصنائع ٦/١٢٠، تبين الحقائق ٥/٩٣.

(٢) انظر: ص ١٩٥ - ٢٠١.

فيؤدي إلى إيجاب الضمان في عقد التبرع ، وفي هذا تغيير
للمشروع^(١).

ويناقد من وجهين:

أحدهما: أن واهب المشاع لا يخلو من حالتين: إما أن يرضى بالقسمة
أو يمتنع منها، فإن رضي بها كان ملتزماً إياها فلم يكن في إلزامه مؤنة
القسمة إلزامه ما لم يلتزمه - وهو الضمان - وإن امتنع عنها لم يلزمه مؤنة
القسمة عند أبي حنيفة لأن مؤنة القسمة على الطالب دون الممتنع عنده^(٢).

الثاني: لو صح هذا الإلزام فإنَّ طَلَبَ الموهوب له القسمة وألزم بها
الواهب فهو كما إذا ألزم بها البائع إذا باع حصة مما يملكه، فكما أن ذلك
لا يمنع من صحة البيع وإن كان فيه إلزام بما لم يلتزمه، فكذلك لا يمنع من
صحة الهبة^(٣).

ثانياً: أدلته على صحة الهبة فيما لا يمكن قسمته:

استدلوا على ذلك: بأن القبض القاصر هو الممكن فيما لا ينقسم
فيكتفى به ضرورة^(٤).

ويناقد: بالمنع من إمكان القبض القاصر فقط، بل القبض الكامل

(١) انظر: بدائع الصنائع ١٢/٦، تبيين الحقائق ٩٣/٥ - ٩٤ .

(٢) انظر: تكملة فتح القدير ٣٠/٩ .

(٣) انظر: البناية ٨١١/٧، المغني ٦٥٦/٥ .

(٤) انظر: البناية شرح الهداية ٨١٠/٧ .

متصور وممكن كما تقدم^(١).

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:

١- قوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ﴾^(٢).

ووجه الاستدلال به: أن الله سبحانه أوجب نصف المفروض في الطلاق قبل الدخول إلا أن يوجد الحط من الزوجات عن النصف من غير فصل بين العين والدين والمشاع والمقسوم فيدل على جواز هبة المشاع في الجملة^(٣).

ونوقش: بأن الآية لا حجة فيها؛ لأن المراد من المفروض الدين لا العين، ألا ترى أنه قال إلا أن يعفون، والعفو إسقاط، وإسقاط الأعيان لا يعقل^(٤).

ويجاب عن ذلك: بالمنع إذا معنى قوله إلا أن يعفون: أي إلا أن يتركز أو يدع عن شطر ما جعل للمرأة من المهر^(٥).

(١) انظر: ص ١٩٥ - ٢٠١.

(٢) سورة البقرة: آية ٢٣٧.

(٣) انظر: الإشراف للقاضي عبد الوهاب ٨١/٢، بدائع الصنائع ١١٩/٦.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٨١/٦.

(٥) انظر: تفسير الطبري بتحقيق محمود وأحمد شاکر ١٤٣/٥ - ١٤٥، تفسير ابن كثير ١/٤٢٥.

ومن المعلوم أن المهر لا يلزم أن يكون ديناً بل يصح أن يكون عينا من عقار وغيره فإذا جعل مهرها عقارا ثم طلقها قبل الدخول فلها نصفه مشاعا فإذا عفت عنه فقد وهبته إياه مشاعا.^(١)

٢- ماروي قيس بن أبي حازم^(٢) قال: أتى رجل رسول الله ﷺ وسلم بكبة شعر من الغنيمة فقال: يارسول الله هبها لي فإننا أهل بيت نعالج الشعر فقال عليه الصلاة والسلام: «نصيبني منها لك»^(٣). وهذا الحديث مرسل وهو من رواية شريك^(٤) عن إبراهيم بن

(١) يلاحظ أن الحنفية لا يخالفون في جواز كون المهر عقارا: قال في الهداية ٢٥/٤: «ولاشفعة في الدار التي يتزوج الرجل عليها أو يخالع المرأة بها».

(٢) هو: الإمام العالم الثقة أبو عبدالله قيس بن أبي حازم البجلي الأحمسي الكوفي أدرك الجاهلية ورحل إلى النبي ﷺ ليبايعه فقبض، وهو في الطريق وسمع الخلفاء الأربعة وغيرهم . توفي سنة ٩٧هـ وقيل غير ذلك. (انظر: الطبقات لابن سعد ٦٧/٦، تذكرة الحفاظ ٦١/١، تهذيب التهذيب ٢٨٦/٨-٢٨٩).

(٣) أخرجه ابن حزم في المحلى ١٥١/٩ من طريق ابن أبي شيبه، وأخرجه أحمد في مسنده ١٨٤/٢ بسند متصل من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده بلفظ آخر وفيه «ما كان لي ولبني عبد المطلب فهو لك». وكذلك أخرجه أبو داود في سننه - بلفظ أحمد - كتاب الجهاد / باب في فداء الأسير ١٤٢/٢ - ١٤٣ رقم ٢٦٩٤، وأخرجه النسائي كذلك في سننه - كتاب الهبة / باب هبة المشاع ٦٦٢/٦ - ٢٦٤ رقم ٢٦٨٨ وأصل هذا الحديث عند البخاري ١٢٩/٣ - ١٤٠.

(٤) هو: العلامة الحافظ القاضي أبو عبدالله شريك بن عبدالله النخعي الكوفي، أحد الأئمة الأعلام. كان إماما فقيها محدثا، وكان حسن الحديث استشهد به البخاري وخرج له مسلم متابعه. توفي سنة ١٧٧ هـ وكانت ولادته سنة ٩٠ هـ =

المهاجر^(١)، والحنيفة يحتجون بالمرسل وبرواية شريك وإبراهيم بن المهاجر^(٢).

وجه الاستدلال به : أن الرسول ﷺ وهب نصيبه من الغنيمة، ونصيبه منها مشاع.

ونوقش: بأن الرسول ﷺ إنما قال ذلك على وجه المبالغة في النهي عن الغلول أى لا أملك إلا نصيبى فكيف أطيب لك هذه الكبة من الغنيمة، ألا ترى أنه ليس لواحد من الغانمين أن يهب نصيبه قبل القسمة لأنه لا يدري أين يقع نصيبه أو كان ذلك مما لا يحتمل القسمة، فالكبة من الشعر إذا قسمت على جند عظيم لا يصيب كل واحد منهم ما ينتفع به^(٣).

ويحاج عنه: بأن هذه مجرد احتمالات لا تنهض في مقابل تصريح النبي ﷺ بهبته لنصيبه، ولو كانت هبة المشاع لا تصح لما وهب النبي صلى الله عليه وسلم نصيبه ولأخبره بأنه لا يستطيع هبة نصيبه؛ لأنه غير

= (انظر: سير أعلام النبلاء ٨ / ٢٠٠، تذكرة الحفاظ / ١٢٢، تهذيب التهذيب ٣٣٣/٤).

(١) هو: أبو إسحاق إبراهيم بن مهاجر بن جابر البجلي الكوفي، روي عن طارق بن شهاب وعن غيره شعبة والثوري ومسعر وغيرهم. قال الثوري وأحمد: لا بأس به.

(انظر: الكاشف ٤٩/١، تهذيب ١٦٧/١ - ١٦٨).

(٢) انظر: المحلى ١٥١/٩.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ١٢١/٦.

متميز فلما لم ينقل عنه شيء من ذلك دل على صحة هبة المشاع.

أما القول بأنه مما لا يحتمل القسمة فهذا قول ينقصه الدليل، فيبقى هذا الدليل دالاً على صحة هبة المشاع سواء كان مما يحتمل القسمة أو مما لا يحتملها.

٣- ماروى عمير بن سلمة الضمري^(١) عن البهزي أن رسول الله ﷺ خرج يريد مكة وهو محرم حتى إذا كان بالروحاء إذا حمار وحش عقير، فذكر ذلك لرسول الله ﷺ فقال: دعوه فإنه يوشك أن يأتي صاحبه فجاء البهزي - وهو صاحبه - إلى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله شأنكم بهذا الحمار، فأمر رسول الله ﷺ أبابكر فقسمه بين الرفاق^(٢)... صححه ابن خزيمة وغيره. قاله الحافظ^(٣).

ووجه الاستدلال به: أن البهزي وهب الحمار للرسول وأصحابه وهذه هبة المشاع.

(١) هو: عمير بن سلمة بن منتاب بن طلحة بن جدي بن ضمرة الضمري. قال أبو عمرو: لا يختلفون في صحبته. وقال ابن منده: مختلف في صحبته، وصحح ابن حجر إثبات صحبته وأن حديث الصيد الذي وجدوه له والبهزي كان صائداً. (انظر: الاستيعاب ٤٩٣/٢، الإصابة ٣٢/٣ - ٢٢ أسد الغابة ٧٩٢/٢، تهذيب التهذيب ١٤٧/٨).

(٢) أخرجه مالك في الموطأ / كتاب الحج / باب ما يجوز للمحرم أكله من الصيد ٣٥١/١، وأخرجه أحمد في مسنده ٤١٨/٣، وأخرجه النسائي في سننه / كتاب مناسك الحج / باب ما يجوز للمحرم أكله من الصيد ١٨١/٥ - ١٨٣ رقم ٢٨١٨ وهذا لفظه.

(٣) انظر: الفتح الرباني مع شرحه بلوغ الأمانى ٠٢٤٧/١١.

ونوقش: بأن هذا لم يكن على وجه الهبة بل على وجه الإباحة ولا يؤثر فيها الشيوخ، والقسمة فيها بأن تفرد لكل ما يأكله على ملك المبيع، والممتع هو القسمة على وجه التملك^(١).

ويجاب عنه: بأن ظاهر قول البهزي: « شأنكم بهذا الحمار » يدل على أنه وهبه لهم، أي افعلوا بهذا الحمار ما تشاؤون فهو ملك لكم.

٤- ماروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: كنا عند رسول الله ﷺ إذ أتته وفد هوازن فقالوا: يا محمد إنا أصل وعشيرة وقد نزل بنا من البلاء ما لا يخفى عليك فامنن علينا من الله عليك. فقال: اختاروا من أموالكم أو من نسائكم، فقالوا: قد خيرتنا بين أحسابنا وأموالنا، بل نختار نساءنا وأبناءنا: فقال رسول الله ﷺ: أما ما كان لي ولبني عبدالمطلب فهو لكم^(٢).

ووجه الاستدلال به: أن النبي ﷺ وهب سهمه وسهم بني عبد المطلب من الغنيمة وهو مشاع فيها لم يقسم.

(١) انظر: الجوهر النقي مع السنن الكبرى للبيهقي ١٧١/٦.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه من حديث مروان بن الحكم والمسور بن مخرمة كتاب الهبة/ باب إذا وهب جماعة لقوم ١٣٩/٣ - ١٤٠ رقم ٢٦٠٨، ٢٦٠٨ وأخرجه أحمد في مسنده ١٨٤/٢ من حديث عمرو بن شعيب. وأخرجه أبو داود في سننه/ كتاب الجهاد/ باب فداء الأسير بالمال ١٤١/٣ - ١٤٢ رقم ٢٦٩٣ من حديث مروان والمسور. وأخرجه النسائي في سننه/ كتاب الهبة/ باب هبة المشاع ٢٦٢/٦ - ٢٦٤ رقم ٣٦٨٨ وهذا لفظه.

ونوقش من وجهين:

أحدهما: أن هذا ليس فية هبة شرعية وإنما هو رد سبيهم إليهم على وجه المن عليهم ورد الشيء لصاحبه لا يسمى هبة.^(١)

ويجاب عنه: بأن هذا غير مسلم؛ لأن النبي ﷺ ملك الغنيمة وأصحابه، بدليل قوله: «ما كان لي ولبني عبد المطلب ولو لم يملكها لما قال ذلك، وإذا ملك فإن رده رد» مالك لا رد شيء لصاحبه.

الوجه الثاني:

أن النبي ﷺ كان قد قسم الغنيمة قبل مجيء وفد هوازن^(٢)، وإذا كان كذلك فما رده النبي ﷺ وأصحابه فهو مفرز مقسوم غير مشاع. إذ كل واحد من الغانمين رد ما اغنمه إلى صاحبه أو وكيله.

٥- ماروى سهل بن سعد^(٣) أن النبي ﷺ أتى بشراب فشرب وعن

(١) انظر: عمدة القاري ١٦٤/١٣.

(٢) انظر: دليل قسمته ﷺ للغنائم في فتح الباري ٨/٣٤ - ٣٦، عمدة القاري ٢٩٨/١٧.

(٣) هو: سهل بن سعد بن مالك بن خالد بن ثعلبة بن حارثة الخزرجي الأنصاري الساعدي، وكان اسمه حزنا فسماه النبي ﷺ سهلا، وعاش سهل وطال عمره حتى أدرك الحجاج وامتحن معه ويقال إنه آخر من بقي من أصحاب النبي ﷺ بالمدينة، توفي سنة ٩٦ هـ وقيل ٩١ هـ.
(انظر: أسد الغابة ٢/٢٢٠ - ٢٢١، سير أعلام النبلاء ٤٢٢/٣).

يمينه غلام وعن يساره الأشياخ، فقال للغلام: إن أذنت لي أعطيت هؤلاء، فقال: ماكنت لأوثر بنصيبك منك يا رسول الله أحداً قتله^(١) في يده.^(٢)

ووجه الاستدلال به: أن النبي ﷺ سأل الغلام أن يهب نصيبه للأشياخ، وكان نصيبه منه مشاعاً غير متميز فدل ذلك على صحة هبة المشاع.^(٣)

ونوقش: بأن الحديث ليس فيه ما يدل على هبة المشاع وإنما هو من طريق الإرفاق.^(٤)

ويجاب عنه: بأن ظاهر قول الغلام: « ما كنت لأوثر بنصيبك » وسكوت النبي ﷺ على قوله يدل على أن هذا السؤال سؤال هبة لنصيبه لا سؤال إرفاق؛ إذ النصيب يوهب ولا يكون رفقا. وقد حصل له هذا النصيب بجلوسه عن يمينه، فلو أجاب النبي صلى الله عليه وسلم لكان واهبا لشيء قد استحقه.

٦- ماروى جابر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ قال: أتيت النبي ﷺ في المسجد، فقضاني وزادني.^(٥)

(١) قتله: أي ألقاه ووضع في يده. انظر: الفائق في غريب الحديث للزمخشري ١٥٣/١.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه / كتاب الهبة / باب هبة الواحد للجماعة ١٢٨/٣ رقم ٢٦٠٥.

(٣) انظر: فتح الباري ٥/٢٢٥.

(٤) انظر: المرجع السابق.

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه / كتاب الهبة / باب الهبة المقبوضة وغيره.

ووجه الاستدلال به: أن النبي ﷺ قضى لجابر ثمن بغير وزاده على ذلك، وهذه الزيادة هبة لمشاع؛ لأن الزيادة غير متميزة عن الثمن.

ونوقش: بأن هذه الزيادة لم تكن هبة وإنما هي ليتيقن بها الإيفاء زيادة في الثمن والزيادة لا يؤثر فيها الشروع.^(١)

ويجاب عنه: بأن النبي ﷺ كان يمكنه التيقن من إيفائه حقه من غير زيادة، فلما زاده دل ذلك على أنه أراد إكرامه بهذه الهبة.

٧ - ماروى أبو هريرة رَضِيَ اللهُ عَنْهُ قال: كان لرجل على رسول الله ﷺ دين فهم به أصحابه، فقال: دعوه فإن لصاحب الحق مقالا، وقال اشتروا له سنا فأعطوه إياه، فقالوا: إنا لا نجد سنا إلا سنا هي أفضل من سنا. قال فاشتروها فأعطوها إياه فإن من خيركم أحسنكم قضاء.^(٢)

ووجه الاستدلال به: أن النبي ﷺ أمر بإعطاء سن لصاحب الدين أفضل من سنا، والزيادة فيه غير مقسومة وهذه هبة لمشاع.^(٣)

ونوقش: بما نوقش به الحديث السابق.

=المقبوضة، والمقسومة وغير المقسومة ١٢٨/٢ رقم ٠٢٦٠٢ وأخرجه مسلم في صحيحه من حديث جابر من طريق آخر بنحو هذا اللفظ / كتاب المساقاة / باب بيع البعير واستثناء ركوبه ١٢٢٢/٣ ، ١٢٢٣ - ١٢٢٤ رقم ١١١ ، ١١٥ .

(١) انظر: الجواهر النقي مع السنن الكبرى للبيهقي ٦ / ١٧١ ، عمدة القاري ١٢/١٦٢ .

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه / كتاب الهبة / باب من أهدى له هدية وعنده جلساؤه ١٤٠/٣ رقم ٢٦٠٦ وهذا لفظه . وأخرجه مسلم في صحيحه / كتاب المساقاة / باب من استسلف شيئاً فقضى خيراً ١٢٢٤/٣ رقم ١٢٠ .

(٣) انظر: عمدة القاري ١٢/١٦٢ .

ويجاب عنه: بأن النبي ﷺ كان يمكنه أن يعطيه قيمة سنة لتعذر مثله، أو ينتظر الأعرابي حتى يوجد مثل سنة فيعطى إياه؛ لأن المثل إذا تعذر عدل إلى قيمته، فلما أعطاه الرسول ﷺ زيادة على حقه مع إمكان إعطائه قيمته أو الانتظار إلى وجود مثله دل على أنه أراد الإحسان إليه بهبته لهذا الزائد على مثل حقه.

٨- ماروي أبو موسى الأشعري^(١) قال: أتيت النبي ﷺ في رهط من الأشعريين نستحمه^(٢) فقال: والله لا أحملكم وما عندي ما أحملكم عليه، «قال: فلبثنا ما شاء الله ثم أتى بإبل لنا بثلاث ذود غر الذرى^(٣)»^(٤).

(١) هو: عبدالله بن قيس بن سليم بن حضار بن حرب بن عامر أبو موسى الأشعري مشهور باسمه وكنيته، أسلم وهاجر إلى الحبشة وقيل بل رجع إلى بلاد قومه، وقدم المدينة بعد فتح خيبر، واستعمله النبي ﷺ على بعض نواحي اليمن، واستعمله عمر على البصرة بعد المغيرة. توفي سنة ٤٢ هـ وقيل ٤٤ هـ .
(انظر: الاستعداد ٢/٢٧١ - ٢٧٢ ، الإصابة ٢/٣٥٩ - ٣٦٠ ، أسد الغابة ٥/٢٠٦).

(٢) نستحمه: أي نطلب منه ما يحملنا من الإبل ويحمل أثقالنا.

(٣) الذود: الإبل ما بين الثلاث إلى العشر. انظر: لسان العرب ٣/١٥٢٥، المصباح المنير ص ٢١١ ، شرح النووي على صحيح مسلم ١١/١٠٩ .
الغر: جمع أغروهو أبيض. انظر: لسان العرب ٥/٢٣٢٤، مختار الصحاح ص ٢٤٩، شرح النووي على صحيح مسلم ١١/١٠٩ .
الذرى: جمع ذروة، وذروة كل شيء أعلاه، والمراد بها الأسنمة.
(انظر: شرح النووي على صحيح مسلم ١١/١٠٩، تهذيب اللغة ١٥/٨، لسان العرب ٣/١٥٠٠ - ١٥٠١)

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه / كتاب الإيمان / باب ندب من حلف يميناً، فرأى غيرها خيراً منها .. ٣/١٢٦٨ - ١٢٦٩ رقم ١٦٤٩، وأخرجه البخاري بلفظ آخر =

ووجه الاستدلال به: أن النبي ﷺ وهب الأشعريين ثلاثا من الإبل مشاعة بينهم.^(١)

٩- ماروي أبو قتادة^(٢) قال: كنت يوما مع رجال من أصحاب النبي ﷺ في منزل في طريق مكة ورسول الله ﷺ أمامنا والقوم محرمون وأنا غير محرم عام الحديبية فأبصروا حمارا وحشيا وأنا مشغول أخصف نعلي فلم يؤذونني وأحبوا لو أني أبصرته فالتفت فأبصرته فقلت إلى الفرس فأسرجه ثم ركبت ونسيت السوط والرمح فقلت لهم: ناولوني السوط والرمح، فقالوا لا والله لا نعيناك عليه، ففضبت فنزلت فأخذتهما ثم ركبت فشددت على الحمار فعمقته ثم جئت به وقد مات فوقعوا عليه يأكلونه، ثم إنهم شكوا في أكلهم إياه وهم حرم، فرحنا وخبأت العضد معي فأدركنا رسول الله ﷺ فسألناه عن ذلك فقال: هل معكم منه شيء؟ فقلت نعم فناولته العضد فأكلها وهو محرم.^(٣)

=وفيه: « أنه أمر لهم بخمس ذود ..» كتاب المغازي /باب قدوم الأشعريين وأهل اليمن ١٢١/٣.

(١) انظر: المحلى ١٥١/٩.

(٢) هو: فارس رسول الله ﷺ الحارث بن ربيعي بن بلدهة بن خناس الخزرجي الأنصاري، اختلف في شهوده بدرا واتفق على شهوده أحدا وما بعدها، وكان من مشاهير الصحابة وشجعانهم. وقد اختلف في وقت وفاته فقيل سنة ٥٤ هـ وقيل بل مات في خلافة علي وكان قد شهد مع علي مشاهده.
(انظر: الاستيعاب ١٦١/٤ - ١٦٢، الإصابة ١٥٨/٤ - ١٥٩، أسد الغابة ٢٥٠/٥ - ٢٥١).

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه / كتاب الأطعمة / باب تعرق العضد ٢٠٣/٦ رقم ٥٤٠٧ وهذا لفظه. وأخرجه مسلم في صحيحه / كتاب الحج / باب تحريم الصيد للمحرم ٨٥١/٢ - ٨٥٥ رقم ٥٦ - ٥٦٤.

ووجه الاستدلال به: أن أبا قتادة صاده ووهبه لأصحاب رسول الله
ﷺ هبه مشاعة وأقرهم الرسول ﷺ على ذلك.^(١)

ويناقش: بما نوقش به حديث البهزي من أنه أباحه لهم ولم يهبه
إياهم.

ويجاب عن ذلك: بأنه لو أراد إباحته لهم لتركه في مكانه الذي صاده
به ثم أخبرهم بأنه أباحه لهم، لكن لما أتى به لهم علمنا أنه قصد هبته لهم.
١٠- ما علقه البخاري بقوله: «وقالت أسماء^(٢) للقياسم بن محمد وابن أبي
عتيق^(٣): ورثت عن أختي عائشة بالغابة، وقد أعطاني به معاوية مائة
ألف فهو لكما».^(٤)

ووجه الاستدلال به: أن أسماء وهبت لهما ما ورثته من عائشة هبة
مشاعة بينهما.

(١) انظر: تكملة المجموع شرح المهذب ١٤ / ٢٧٨.

(٢) هي: أسماء بنت أبي بكر الصديق القرشية التيمية زوج الزبير بن العوام وأم
عبد الله بن الزبير وهي ذات النطاقين وهي أسن من عائشة، أسلمت بعد سبعة
عشر إنسانا وهاجرت إلى المدينة وهي حامل بعبد الله بن الزبير فوضعت بقباء
وعاشت حتى طال عمرها وعميت وبقيت إلى أن قتل ابنها عبد الله وماتت ولها
مائة سنة .
(انظر: الاستيعاب ٤ / ٢٣٢، الإصابة ٤ / ٢٢٩، أسد الغابة ٦ / ٩).

(٣) هو: أبو بكر عبد الله بن أبي عتيق محمد بن عبد الرحمن بن أبي بكر وهو ابن
ابن أخي أسماء .
(انظر: فتح الباري ٥ / ٢٢٥).

(٤) صحيح البخاري / كتاب الهبة / باب هبة الواحد للجماعة ٣ / ١٣٨.

ونوقش: بأن هذه الهبة لا يتحقق فيها الشيعوع عند صاحبي أبي حنيفة خلافا له :-؛ لأن هذه هبة الجملة ولم يوجد فيها الشيعوع إلا من أحد الطرفين فلا يفسد، إذ ليس فيه إلزام المتبرع مؤنة القسمة.^(١)

وأجيب عنه: بأن هذه هبة النصف من كل واحد، ولهذا لو كانت فيما لا يقسم فقبل أحدهما جاز، ولولا أنه تمليك لكل واحد منهما على حده لما جاز فينصرف قبض كل واحد منهما إلى نصيبه وهو شائع. وهذا يدل على أنه هبة المشاع.^(٢)

١١- ماروى جابر رضي الله عنه قال: بعثنا رسول الله صلى الله عليه وسلم وأمر علينا أبا عبيدة^(٣) فقلتقي عيرا لقريش وزودنا جرابا من تمر لم يجد لنا غيره فكان أبو عبيدة يعطينا ثمرة ثمرة..^(٤)

ووجه الاستدلال به: أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاهم التمر مشاعا بينهم.^(٥)

(١) انظر: تبين الحقائق ٩٦/٥ - ٩٧.

(٢) انظر: المرجع نفسه .

(٣) هو: أمين الأمة أبو عبيدة عامر بن عبدالله بن الجراح القرشي الفهري أحد العشرة المبشرين بالجنة، هاجر إلى الحبشة الثانية وشهد بدرا والمشاهد كلها مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وولاه عمر إمرة جيوش الشام . توفي سنة ١٨ بطاعون عمواس .

(انظر: الاستيعاب ٢٥٢/٢، الإصابة ٢/٢، أسد الغابة ٢٠٥/٥) .

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه / كتاب الصيد والذبائح / باب إباحة ميتات البحر ١٥٢٥/٣ رقم ١٩٢٥ .

(٥) انظر: المحلى ١٥٧/٩ .

ويناقش: بأن هذا الدليل لا يصلح للاستدلال به على مذهب أبي حنيفة: لأن العبرة بالشيوع المانع من صحة الهبة عندهم: الشيوع وقت القبض لا وقت العقد لو وهبه مشاعا وسلمه مقسوما صحت الهبة^(١). وقد سلمه أبو عبيدة هنا مقسوما.

١٢- أن ما جاز بيعه جازت هبته، والمشاع الذي ينقسم يجوز بيعه فتجوز هبته قياسا^(٢).

ونوقش: بأن البيع لا يفتقر إلى القبض بخلاف الهبة فإنه عقد تبرع ومحتاج إلى القبض، فلو قلنا بجوازه في المشاع يلزم في ضمنه وجوب ضمان القسمة وهو لم يتبرع به^(٣).

وأجيب عنه من وجهين:

أحدهما: ماتقدم من أنه لا يلزم الواهب مؤنة القسمة إلا إذا رضي بذلك^(٤).
الثاني: أنه لم يعهد كون الشيوع مبطلا في التبرعات كالقرض بأن دفع ألف درهم إلى رجل على أن يكون نصفه قرضا ويعمل في النصف الآخر شركة فإنه يجوز مع أن القبض شرط لوقوع الملك في القرض، ولم تشترط القسمة، فدل على أن الشيوع، لا يبطل التبرع حتى يكون ما نعا^(٥).

(١) انظر الهداية ٢/٢٢٥.

(٢) انظر: المغني ٥/٦٥٦.

(٣) انظر: البناية ٧/٨٠٩.

(٤) انظر: ص ٥١٨ - ٥١٩.

(٥) انظر: البناية ٧/٨٠٩.

١٣- أن ما ينقسم مشاع فأشبهه مالا ينقسم.^(١)

ونوقش: بأنه قياس مع الفارق لأمرين:

أحدهما: أن القبض القاصر هو الممكن في مالا ينقسم فيكتفى فيه ضرورة بخلاف مالا ينقسم فإن قبضه لا يتم إلا بقسمته.^(٢)

ويجاب عنه: بأن قبض كل شيء بحسبه ، والجزء الشائع يقبض بقبض الجميع أو بقبض الشريك لضرورة الشئوع، فيكتفى به لهذه الضرورة كما اكتفى بهذا القبض في البيع ، ولما لم تلزم القسمة في البيع علمنا عدم لزومها هنا .

الثاني: أن ما يقبل القسمة يلزم من صحة قبضه - مع كونه شائع - مؤنة القسمة وهذا إلزام لما لم يلتزمه.^(٣)

ويجاب عنه: بما تقدم من أن الواهب لا يلزمه مؤنة المقاسمة إلا بالتزامه إياها .

١٤- أن الله تعالى قد حض على الصدقة وفعل الخير والفضل وكانت الهبة فعل خير، وقد علم الله تعالى أن في أموال المحضوضين على الهبة والصدقة مشاعا وغير مشاع، فلو كان الله تعالى لم يبيح لهم الصدقة والهبة في المشاع لبينه لهم ولما كتبه عنهم فصح يقيناً أن

(١) انظر: الإشراف للقاضي عبد الوهاب ٨١/٢، المغني ٥/٦٥٦.

(٢) انظر: البناية ٧/٨١٠.

(٣) انظر: المرجع السابق ٧/٨١٠ - ٨١١.

هبة المشاع والصدقة به جائزة كل ذلك فيهما ينقسم ،وما لا ينقسم للشريك ولغيره.^(١)

١٥- أن ملك الواهب والمتصدق ليس إلاملك صحيح ثم تصرف فيما صح الملك فيه ولا مزيد ، فتملك الموهوب له والمتصدق عليه بالجزء المشاع كما ملكه الواهب والمتصدق ولا فرق البتة ، ويتصرف الموهوب له والمتصدق عليه كما يتصرف فيه الواهب والمتصرف ووكلاؤهما ولا فرق.^(٢)

الترجيح:

الراجح - فيها يظهر - هو القول الأول لظهوره وسلامة أكثر أدلته من المناقشات الواردة عليها وعدم ورود المناقشة على بعضها . في مقابل ضعف أدلة القول الثاني بما ورد عليها من مناقشات - والله أعلم - .

تفريع على مذهب الحنفية:

أجاز الحنفية هبة الاثني للواحد، وعللوا لذلك بأنهما سلماها له جملة وهو قبضها منهم كذلك فلا شيوخ.^(٣)

ويناقش: بأن القول بعدم الشيوع في هذه الهبة غير مسلم؛ لأن كل واحد منهما لا يملك إلا نصف الدار الموهوبة - مثلا - وهو شائع فيها، فإذا وهبه فقد وهب جزءا شائعا ، سواء وهبه دون شريكه أو وهبه مع شريكه .

أما عكس هذه المسألة: وهي هبة الواحد للاثني فقد أجازها

(١) انظر: المحلى ١٥١/٩ .

(٢) انظر: المرجع نفسه ١٥١/٩ - ١٥٢ .

(٣) انظر: تبين الحقائق ٩٦/٥ - ٩٧ ، المبسوط ١٢ / ٦٧ .

الصاحبان ومنعها أبو حنيفة^(١).

وعُلِّلَ لرأي الصاحبين بأن هذه هبة الجملة منهما ، إذ التملك واحد فلا يتحقق فيه الشيوع ، وبأن الشيوع لم يوجد إلا من أحد الطرفين فلا يفسد إذ ليس فيه إلزام المتبرع مؤنة القسمة فصارت كالمسألة الأولى^(٢).

ويناقش هذا التعليل من وجوه:

أحدها: أن التعليل الثاني مناقض للأول ، إذ الأول ينفي الشيوع، والثاني يثبت وجوده من أحد الطرفين .

الثاني: أن الواهب وهب كل واحد منهما النصف - في الحقيقة - وإن وهبها لهم بلفظ واحد، بدليل أنهما لو اقتسماها لحصل لكل واحد نصف العين - وهذه هبة المشاع.

الثالث: ما تقدم من أن الشيوع في الهبة لا يؤدي إلى إلزام الواهب ما لم يلزمه من مؤنة القسمة^(٣).

أما أبو حنيفة فيقول: إن هذه هبة النصف لكل واحد فيستدل له بما تقدم من الأدلة على عدم صحة هبة المشاع الذي ينقسم^(٤).

وقد تقدمت مناقشتها . والله أعلم - .

(١) انظر: تبين الحقائق ٩٦/٥ - ٩٧ ، المبسوط ١٢ / ٦٧ .

(٢) انظر: المرجعين السابقين .

(٣) انظر: ص ٥١٨ - ٥١٩ .

(٤) انظر: تبين الحقائق ٩٦/٥ - ٩٧ .

المسألة الثانية: في هبة أحد الشركين جميع المشاع .

إذا وهب أحد الشريكين جميع المشاع المشترك بينه وبين شريكه فإنه يجري في نصيبه الخلاف السابق في هبة أحد الشريكين لنصيبه. أما نصيب شريكه فيجري فيه الخلاف المتقدم في تصرف الفضولي^(١).

إلا أنه يلاحظ أن الشريك إذا أجاز الهبة فإن الخنفية يصحون هذه الهبة جمعياً ، مع أنهم يمنعون هبته لنصيبه وحده؛ لأنهم يعللون - هنا - بأنهما سلماها له جملة وهو قبضها منهم كذلك^(٢).

المطلب الثاني: في الصدقة بالمشاع :

صورته: أن يتصدق شخص على آخر بجزء شائع من ملكه أو بنصيبه من ملك مشترك .

وحكم الصدقة بالمشاع كحكم هبة المشاع خلافاً ومذهباً^(٣)، لأن الصدقة نوع من الهبة إذ كل منهما تملك بلا عوض، كما صرح بذلك فقهاء المذاهب الأربعة^(٤).

(١) انظر: ص ١٥٦ - ١٨٠ .

(٢) انظر: تبين الحقائق ٩٦/٥ - ٩٧ ، البحر الرائق ٢٨٩/٧ .

(٣) انظر: بدائع الصنائع ١٢١/٦ ، كنز الدقائق بهامش البحر الرائق ٢٩٧/٧ ، الإشراف للقاضي عبد الوهاب ٨١/٢ ، قوانين الأحكام الشرعية ص ٣٩٧ - ٣٩٨ ، روضة للطالبيين ٣٦٤/٥ ، شرح روض الطالب ٤٧٧/٢ ، مسائل أحمد بن أبي عبيدة في طبقات الحنابلة ٨٥/١ ، الفروع ٦٤٠/٤ ، كشاف القناع ٣٠٥/٤ ، المحلى ١٤٩/٩ .

(٤) انظر: منحة الخالق على البحر الرائق ٢٩٠/٧ ، قوانين الأحكام الشرعية، ص/٢٩٨ ، روضة الطالبيين ٣٦٤/٥ ، المبدع ٣٨٥/٥ .

تفريع على مذهب الحنيفة:

تقدم أن صاحبي أبي حنيفة يجيزان هبة الواحد لاثنين خلافا لأبي حنيفة^(١) وفي الصدقة - هنا - اختلفت الرواية عن أبي حنيفة.

ففي رواية الأصل سوى بينهما، فقال عقيب ذكر الهبة: «وكذلك الصدقة»: لأن كل واحد منها يتوقف على القبض والشئوع يمنع القبض، فوجب أن يمنع في البابين إذا لا فرق بينهما^(٢).

وقد تقدمت مناقشة هذا التعليل وأن الشئوع لا يمنع القبض^(٣).

والرواية الثانية - وهي الصحيحة عندهم - أن الصدقة على الاثنين جائزة خلافا للهبة لهما. وعللوا لذلك بأن الصدقة بيتغى بها وجه الله وهو واحد، والفقير نائب عنه، ولا كذلك الهبة فتكون تمليكا من اثنين فلا يجوز^(٤).

والذي يظهر أن هذا التعليل فيه نظر؛ لأن الذي يملك الصدقة هو الفقير وهو متعدد، فإذا صحت - هنا - فإنه يلزم أن تصح في الهبة.

وقد تقدم مناقشة رأيهم في الهبة، وأن هذه الهبة هبة لمشاع فكذلك هنا. وبالتالي فإنه يلزمهم القول بصحة هبة المشاع والتصدق به مطلقا لا أن يصححوه في هذه الصورة ويبطلوه فيما عداها - لا سيما وأن القبض في المشاع ممكن ومتصور. والله أعلم - .

(١) انظر: ص ٥٣٤ .

(٢) انظر: تبين الحقائق ٩٧/٥، المبسوط ٦٨/١٢ .

(٣) انظر: ص ٥١٦ ، ٥٣٤ .

(٤) انظر: المرجعين السابقين، البناية ٧/٨٢٤ .

المبحث الثاني

في آثار الشيوخ في الوقف

وفيه مطالب :

المطلب الأول: في وقف المشاع .

المطلب الثاني: في طلب القسمة في وقف المشاع .

المطلب الثالث: في كيفية الانتفاع بالوقف الموقوف على جماعة على
جهة الإشاعة.

المطلب الأول: وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: في وقف أحد الشركاء نصيبه من المشاع .

المسألة الثانية: في وقف أحد الشركاء جميع المشاع .

المسألة الأولى^(١):

وصورتها أن يكون بستان مشترك بين اثنين مثلا فيقف أحدهما
نصيبه على أولاده أو على الفقراء.

وقد اختلف في حكم هذا الوقف على قولين:

القول الأول:

صحة هذا الوقف.

(١) يلاحظ أن وقف الشخص لجزء مشاع من ملكه: يأخذ حكم هذه المسألة خلافا
ومذهبا.

وبه قال الشافعية^(١)، والحنابلة^(٢)، وأبو يوسف من
الحنفية^(٣)، وابن حزم^(٤). وهو قول المالكية فيما يقبل القسمة^(٥)، وقول لهم
في مالا يقبلها^(٦) - اختاره ابن الماجشون^(٧)، وابن حبيب^(٨) - وهو الذى عليه
العمل^(٩).

- جاء في التهذيب^(١٠): «ولو وقف نصف عبد أو نصف دار مشاعا جان،
سواء كان النصف الآخر له أو لم يكن».

-
- (١) انظر المذهب ٥٧٥/١، روضة الطالبين ٣١٤/٥.
- (٢) انظر: الفروع ٥٨٢/٤، شرح منتهى الارادات ٠٤/٢.
- (٣) انظر: مختصر الطحاوي ص ١٢٧، المبسوط ١٢/٣٦-٣٧، وقال بقوله هلال بن
مسلم والطحاوي ومشايخ بلخ. انظر: أحكام الأوقاف لهلال الرأي ص ١١٩،
البحر الرائق ١٩٧/٥.
- (٤) انظر: المحلى ١٨٢/٩.
- (٥) انظر: شرح ابن ناجي على الرسالة ٢٠٢/٢، مواهب الجليل ١٨/٦-١٩.
- (٦) قالوا في مالا ينقسم: يباع فما أصاب الواقف من الثمن في حصته فإنه يشتري
به صدقة محبسة في مثل ما سبلها فيه. انظر: المرجعين السابقين.
- (٧) انظر: المرجعين السابقين.
- (٨) هو: أبو مروان عبد الملك بن حبيب بن سليمان بن مروان السلمى الأندلسي ولد
سنة ١٨٠ هـ وقيل غير ذلك، وتوفي سنة ٢٢٨ وقيل ٢٢٩، وكان حافظا للفقه
نبيلا ذابا عن مذهب مالك. من مصنفاته: «الواضحة» و«فضائل الصحابة»
و«الناسخ والمنسوخ».
- (انظر: الديباج المذهب /١٥٤، تهذيب التهذيب /٦/٣٩٠).
- (٩) انظر: المعيار العرب ٥٥/٨.
- (١٠) للبغوي خ ٢٥٣/٢ق.

- وجاء في الإنصاف^(١) قوله: (ويصح وقف المشاع) هذا المذهب نص عليه. وعليه الأصحاب قاطبة».
- وجاء في رمز الحقائق شرح كنز الدقائق^(٢): «ولا يتم الوقف حتى يقبض المتولي وهو قول محمد .. ولا يتم أيضا حتى يفرز، وهو قول محمد أيضا احترز به عن المشاع فإنه لا يجوز وقفه، وعند أبي يوسف يجوز .. وأما ما لا يحتمل القسمة كالحمام ونحوه فلا يضره الشيوع».
- وجاء في حاشية العدوي على شرح أبي الحسن^(٣): «ويصح وقف المشاع إن كان مما يقبل القسمة .. وإن كان لا يقبل القسمة فهل يصح أم لا ؟ قولان مرجحان...».

القول الثاني :

أن وقف المشاع لا يصح إن كان مما لا يقبل القسمة .

وهو قول للمالكية^(٤) اختاره اللخمي^(٥).

(١) ٨/٧ .

(٢) للعيني ١/٣٤٤ .

(٣) ٢/٢٤٢ .

(٤) انظر: شرح ابن ناجي على الرسالة ٢/٢٠٢، الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي ٤/٧٦ .

(٥) هو: أبو الحسن علي بن محمد الربيعي المالكي المعروف باللخمي القيرواني نزيل صفاقس، رئيس الفقهاء في قته وإليه الرحلة، وله معرفة بالحديث والأدب، توفي سنة ٤٧٨ هـ. من تصانيفه: «تعليق على المدونة» سماء التبصرة.

(انظر: ترتيب المدارك ٤/٧٩٧، الديباح المذهب / ٢٠٣، شجرة النور الزكية/ (١١٧).

القول الثالث:

أن وقف المشاع لا يصح إن كان مما يقبل القسمة ويصح إن كان مما لا يقبلها.

وبه قال محمد بن الحسن من الحنفية وتبعه طائفة منهم.^(١)

الأدلة:

أدلة القول الثالث:

استدل لما ذهب إليه محمد بن الحسن من عدم صحة الوقف فيما يقبل القسمة: بأن القبض شرط لجواز الوقف عنده والشيوع يخل بالقبض والتسليم؛ لأن تمام القبض فيما يحتمل القسمة بالقسمة، قياسا على الصدقة المنفذة.^(٢)

ويناقش هذا الدليل من وجوه:

أحدهما: لا يسلم أن القبض شرط لجواز الوقف، بل يصح الوقف ولو لم يخرج من يد الواقف بدليل ما روي عن عمر وعلي وفاطمة^(٣) وغيرهم من الصحابة أنهم ولّوا صدقاتهم حتى ماتوا. وفي أمر النبي ﷺ عمر أن

(١) انظر: المبسوط ٢٧/١٢، البحر الرائق ٥/١٩٧.

(٢) انظر: المبسوط ٢٧/١٢، فتح القدير ٦/٢١١.

(٣) هي: أم الحسن فاطمة الزهراء بنت إمام المتقين رسول الله صلى عليه وسلم القرشية الهاشمية، سيدة نساء العالمين وأمها خديجة بنت خويلد. تزوجها علي بعد أحد وقيل بعد أن ابتنى رسول الله بعائشة بأربعة أشهر ونصف، وانقطع نسل رسول الله إلا منها وكانت أول أهله لحوقا به لثلاث خلون من رمضان سنة إحدى عشرة.

(انظر: الطبقات لابن سعد ٨/١٩-٣٠، أسد الغابة ٦/٢٢٠، الإصابة ٤/٣٧٧).

يسبب ثمرة أرضه ويحبس أصلها دليل على أنه رأى ما صنع جائزا ولم يأمر عمر أن يخرجها من ملكه إلى غيره حبسه، ولما صارت الصدقات مبدأة في الإسلام لا مثال لها قبله علمها رسول الله ﷺ عمر فلم يكن فيما أمره به إذا حبس أصلها وسبب ثمرتها أن يخرجها إلى أحد يحوزها دونه. ويكفي هذا دلالة على اشتراط عدم الحوز والقبض. (١)

الثاني: لو سلم باشتراط القبض فإنه لا يسلم أنه لا يتم إلا بالقسمة بل يتم بغير القسمة، كما في الهبة إذا يقوم ولي الوقف مقام الموهوب له في القبض. (٢)

الثالث: أن الأصل المقيس عليه - وهو الصدقة المنفذة - ممنوع - إذ يصح التصديق بالمشاع على القول الراجح كما تقدم. (٣)

واستدل لما ذهب إليه من صحة وقف ما لا يقبل القسمة: بالقياس على الهبة والصدقة المنفذة. (٤)

وقد تقدم في الهبة: (٥) عدم الفرق بين ما يقبل القسمة وما لا يقبلها.

أدلة القول الثاني :

استدل المالكة على أنه لا يصح وقف مالا يقبل القسمة بأن الشريك لا

(١) انظر: الأم ٥٩/٤، السنن الكبرى للبيهقي ١٦١/٦-١٦٢.

(٢) انظر: ص ١٩٥-٢٠١، ٥١٧.

(٣) انظر: ص ٥٣٥-٥٣٦.

(٤) انظر: فتح القدير لابن الهمام ٢١١/٦.

(٥) انظر: ص ٥١٨-٥١٩.

يقدر على البيع وإن فسد فيها شيء لم يجد من يصلحه معه. (١)

ويناقش: بأنه لا يسلم أن الشريك لا يقدر على البيع، بل هو قادر عليه، ولا يعدم من يشتري منه. أما القول بأنه لا يجد من يصلح معه ما يفسد فضعيف لقيام ناظر الوقف بهذا العمل .

أدلة القول الأول :

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:

١- ماروى ابن عمر قال: قال عمر للنبي ﷺ: إن المائة سهم التي لي بخيبر لم أصب مالا قط أعجب إليّ منها قد أردت أن أتصدق بها، فقال ﷺ: «احبس أصلها وسبل ثمرتها» (٢). وهذا حديث صحيح. (٣)

ووجه الاستدلال به: أن عمر رضي الله عنه أراد التصديق بسهامه التي بخيبر - وهي مشاعة - مع غيره فأمره النبي ﷺ - بوقفها .

ونوقش من وجهين:

الوجه الأول :

أنه يحتمل أن عمر وقف المائة سهم قبل القسمة، ويحتمل أنه بعدها،

(١) انظر: مواهب الجليل ١٨/٦ .

(٢) أخرجه النسائي في سننه / كتاب الأحباس / باب حبس المشاع ٢٣٢/٦ رقم ٣٦٠٣ وهذا لفظه. وأخرجه ابن ماجه في سننه / كتاب الصدقات / باب من وقف ٨٠١/٢ رقم ٢٣٩٦، وأخرجه الدار قطني في سننه كتاب الأحباس / باب حبس المشاع ٤ / ١٩٣ رقم ١، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى / كتاب الوقف / باب وقف المشاع ٦ / ١٦٢، والشافعي في الأم ٤ / ٥٢ من طرق أخر .

(٣) انظر: إرواء الغليل ٦ / ٢١ .

فلا يكون حجة مع الشك، والاحتمال على أنه إن ثبت أن الوقف كان قبل القسمة فيحمل أنه وقفها شائعا ثم قسم وسلم .

ويجاب عنه: بالمنع؛ لأن عمر رضي الله عنه لما استشار النبي صلى الله عليه وسلم في وقف المائة سهم كانت مشاعة، وأشار عليه النبي صلى الله عليه وسلم بوقفها وهي كذلك ولم يأمره بالقسمة ولا علق حكم الوقف عليه، فذل ذلك على جواز وقف المشاع، والدليل على أنها كانت مشاعة أن عمر رضي الله عنه لما كتب كتاب وصيته ذكر فيه: « هذا ما أوصى به عبدالله عمر أمير المؤمنين إن حدث به حدث أن تُمغاً وصرمةً بن الأكوع والعبد الذي فيه والمائة سهم الذي بخبير تليه حفصة ^(١) ما عاشت ^(٢) ...».

فذكر ثمغا باسمها ولم يذكر غيرها إلا بالمائة سهم، وهذا يشعر بكون السهام مشاعة غير مقسومة وقت الكتابة وهذا هو الظاهر المتبادر منه، ومن ادعى غير ذلك فعليه البيان ^(٣)

وأما قولهم: إن ثبت أن الوقف قبل القسمة فيحمل أنه وقفها شائعا ثم قسم وسلم .

(١) هي: أم المؤمنين حفصة بنت عمر بن الخطاب العدوية القرشية وأمها وأم أخيها عبد الله زينب بنت مظعون أخت عثمان بن مظعون، وكانت حفصة من المهاجرات، وكانت قبل رسول الله صلى الله عليه وسلم تحت خنيس بن حذافة السهمي فلما توفي تزوجها رسول الله سنة ثلاث عند أكثر العلماء وكانت صوامة قوامة، توفيت سنة ٤١ هـ وقيل غير ذلك .

(انظر: الطبقات لابن سعد ٨١/٨، أسد الغابة ٦٥/٦).

(٢) أخرجه أبو داود في سننه / كتاب الوصايا / باب ماجاء في الرجل يوقف الوقف ٢٩٩/٣ رقم ٢٨٧٩ .

(٣) انظر: إعلاء السنن ١٣/١٥٣-١٥٤ .

فيجاب عنه: بأن هذا الحمل دعوى لا دليل عليها بل الدليل بخلافها، وهو: أن خبير لم تقسم في حياة النبي ﷺ، بل كانت مشاعة، وعمر وقف في حياة النبي ﷺ - والدليل على أنها لم تقسم وإنما قسمت في خلافة عمر: ما رواه ابن عمر قال: «أعطى رسول الله ﷺ خبير بشطر ما يخرج من ثمر أو زرع فكان يعطي أزواجه كل سنة مائة وسق: ثمانين وسقا من تمر وعشرين وسقا من شعير، فلما ولي عمر قسم خبير..» الحديث^(١).

الوجه الثاني:

قال ابن حجر: لم أجد صريحا أن المائة سهم كانت مشاعة، بل في مسلم ما يشعر بغير ذلك فإنه قال: إن المال المذكور يقال له ثمغ وكان نخلا^(٢).

ويجاب عنه: بأن ثمغا غير المائة سهم المذكورة ويدل على ذلك أمران : أحدهما: كتاب صدقة عمر - المتقدم - فإن فيه التصريح بثمغ، وبالمائة سهم وهذا يدل على تباينهما .

الثاني: ما أخرجه الإمام أحمد من حديث ابن عمر: «أن عمر بن الخطاب أصاب أرضا من يهود بني حارثة يقال لها ثمغ، فقال يارسول الله إنني أصبت مالا نفيسا أريد أن أتصدق به ..» الحديث^(٣) وبنو حارثة يهود

(١) سبق تخريجه ص : ٢٢٦ .

(٢) انظر: التلخيص الحبير ٦٧/٣ .

(٣) مسند الإمام أحمد بتحقيق أحمد شاکر ٢٢٤/٨ حديث رقم ٦٠٧٨ وقال أحمد شاکر: إسناده صحيح .

كانوا يسكنون تلقاء المدينة.^(١)

والمائة السهم إنما كانت بخبير. وهذا يدل على تغييرهما.

٢- حديث كعب بن مالك^(٢) في توبته، وفيه: «قلت يارسول الله إن من توبتي أن أنخلع من مالي صدقة إلى الله وإلى رسوله ﷺ، قال: أمسك عليك بعض مالك فهو خير لك. قلت أمسك سهمي الذي بخبير».^(٣)

ووجه الاستدلال به: أن قوله ﷺ: " أمسك عليك بعض مالك " ظاهر في أمره بإخراج بعض ماله وإمساك بعض ماله من غير تفصيل بين أن يكون مقسوما أو مشاعا فيحتاج من منع وقف المشاع إلى دليل المنع.^(٤)

٣- ماروى أنس بن مالك قال: «أمر النبي ﷺ ببناء المسجد فقال: يا بني النجار ثامنوني بحائطكم هذا. قالوا: لا والله لا نطلب ثمنه إلا إلى الله».^(٥)

ووجه الاستدلال به: أن ظاهر الحديث يدل على أنهم تصدقوا

(١) انظر: إعلاء السنن ١٣/١٥٢، مسند أحمد ٢/١٤٩.

(٢) هو: كعب بن مالك بن أبي كعب بن سواد الأنصاري الخزرجي السلمي شهد العقبة وباع بها ولم يتخلف عن الرسول الله ﷺ إلا في غزوة بدر وتبوك وهو أحد الثلاثة الذين تيب عليهم، وكان من شعراء الرسول ﷺ.
(انظر: الاستيعاب ٢/٢٨٦، الإصابة ٣/٣٠٢، أسد الغابة ٤/١٨٧).

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه / كتاب الوصايا / باب إذا تصدق أو وقف بعض ماله ٣/١٩٢ رقم ٢٧٥٧.

(٤) انظر: فتح الباري ٥/٢٨٦.

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه / كتاب الوصايا / باب إذا وقف جماعة أرضا مشاعا ٣/١٩٦ رقم ٢٧٧١.

بالأرض المشاعة لله عز وجل فقبل النبي ﷺ ذلك منهم^(١) .

ويناقش :

بأن الحديث لا دلالة فيه على وقف المشاع على أصل محمد بن الحسن؛ لأن المانع من الوقف - عنده - تعذر القبض، وهو هنا ممكن؛ لأن الكل صدقة والقبض من الوالي في الكل وجد جملة واحدة فهو كما لو تصدق بها رجل واحد^(٢) .

أما عند غيره - وهم المالكة - ففيه دلالة على وقف المشاع، لكن نوقش من جهة أخرى: بأن الواقدي^(٣) روى أن أبا بكر^(٤) دفع ثمن الأرض لمالكها منهم - وقدره عشرة دنائير^(٥) .

(١) انظر فتح الباري ٣٩٩/٥ .

(٢) انظر: المبسوط ٢٨/١٢، فتح القدير ٢٠٢/٦، إعلاء السنن ١٣/١٥٤ .

(٣) هو: محمد بن عمر بن واقد الأسلمي مولاهم، الواقدي المدني، القاضي الإمام العلامة أبو عبدالله أحد أوعية العلم، صاحب التصانيف والمغازي المتفق على ضعفه الذي لا يستغنى عنه في المغازي وأيام الصحابة وأخبارهم. توفي سنة ٢٠٧ هـ .

(انظر: تاريخ بغداد ٣/٢-٢١، الطبقات لابن سعد ٧/٢٣٤، سير أعلام النبلاء ٩/٤٥٤-٤٦٤) .

(٤) هو: عبدالله بن أبي قحافة واسمه عثمان بن عامر التيمي القرشي، صاحب رسول الله ووزيره وخليته وأول من آمن به من الرجال، ورفيقه في الهجرة والفار، ولد بعد الفيل بعامين وشهد المشاهد كلها مع رسول الله وبويع بالخلافة بعده. توفي سنة ١٣ هـ .

(انظر: الطبقات لابن سعد ٢/١٦٩، الاستيعاب ٢/٢٤٣، الإصابة ٢/٣٤١) .

(٥) انظر: فتح الباري ٣٩٩/٥ .

وأجيب من وجهين:

أحدهما: أن الأثر ضعيف، وذلك لأن الواقدي متروك.^(١)

الثاني: لو سلم بثبوته فالحجة من الحديث في تقرير النبي ﷺ على ذلك ولم ينكر قولهم ذلك، فلو كان وقف المشاع لا يجوز لأنكر عليهم وبين لهم الحكم.^(٢)

واعترض: بأن عدم إنكار النبي ﷺ لأنه لم يتبين له مالك الأرض، لأنها كانت لغلامين يتييمين في حجر أسعد بن زرارة، فلما تبين له المالك ساومهما فقالا: بل لك يا رسول الله، فأبى رسول الله ﷺ أن يقبله منهما هبة حتى ابتاعه منهما ثم بناه مسجداً.^(٤)

ويرد عليهم: بأن الإنكار - عند عدم الجواز - لا يتعلق بكون الواقف مالكا أو غير مالك؛ لأن الرسول ﷺ لا يسكت على الباطل، فلما لم يبين لهم عدم الجواز - علمنا صحة الوقف، لا سيما وأنه قد صدر من أولياء اليتيمين وهم يعتبرون أنفسهم في حكم المالكين؛ لأن في بعض طرق

(١) انظر: تقريب التهذيب ١٩٤/٢، ميزان الاعتدال ٦٦٢/٢-٦٦٣.

(٢) انظر: فتح الباري ٣٩٩/٥.

(٣) هو: أسعد بن زرارة بن عدس بن عبيد بن ثعلبة النجاري الأنصاري الخزرجي أسلم قديماً وشهد العقبتين، وكان نقيباً على قبيلته ولم يكن في النقباء أصغر منه وهو أول من جمع بالمسلمين بالمدينة قبل مقدم النبي ﷺ، وتوفي قبل غزوة بدر.

(انظر: الاستعاب ٨٢/١، الإصابة ٣٤/١، أسد الغابة ٨٦/١).

(٤) انظر: إعلاء السنن ١٣ / ١٥٥، وانظر الحديث في: صحيح البخاري ٢٥٨/٤.

الحديث أنهم أرضوهما بالمال فأبيا ذلك لما علما أن الرسول يريد^(١)،
وأرادا أن يكون هذا الفضل من عندهما .

٤- معلقه البخاري جازما به حيث قال: «وجعل ابن عمر نصيبه من دار
عمر سكنى لذوي الحاجة من آل عبدالله^(٢)».

وقال ابن حجر: وصله ابن سعد بمعناه^(٣).

٥- ما أورده البيهقي قال: قال أبو يحيى الساجي^(٤)، وروي أن الحسن^(٥)
والحسين^(٦) وقف أحدها أشقاها من دوره فأجاز ذلك العلماء،

(١) انظر: فتح الباري ٢٤٦/٧ .

(٢) صحيح البخاري / كتاب الوصايا / باب إذا وقف أرضا أو بئراً واشترط لنفسه
مثل دلاء المسلمين ٣/ ١٩٨ .

(٣) انظر: فتح الباري ٤٠٧/٥ .

(٤) هو: أبو يحيى زكريا بن يحيى بن عبدالرحمن بن بحر الضبي البصري الساجي،
الإمام الحافظ محدث البصرة، اشتغل بطلب الحديث والفقه، وجمع وصنف،
توفي سنة ٢٠٧هـ من مصنفاته: «علل الحديث» و«اختلاف الفقهاء».
(انظر: طبقات الفقهاء للشيرازي / ١٠٤، تذكرة الحفاظ ٧٠٩/٢-٧١٠) .

(٥) هو: أبو محمد الحسن بن علي بن أبي طالب الهاشمي القرشي، سبط النبي ﷺ
وأمه فاطمة بنت رسول الله سيدة نساء العالمين، وهو أحد سيدي شباب أهل
الجنة وريحانة النبي وشبيهه سماه النبي الحسن وعق عنه، وكانت ولادته سنة ٣
هـ، وتوفي سنة ٤٩ هـ بالمدينة .

(انظر: أسد الغابة ٤٨٧/١، الإصابة ٣٢٨/١، تهذيب التهذيب ٢/٢٩٥) .

(٦) هو: أبو عبد الله الحسين بن علي بن أبي طالب الهاشمي القرشي ريحانة النبي
ﷺ وسبطه، وسيد شباب أهل الجنة مع أخيه الحسن وأمه فاطمة بنت رسول
الله، خرج مع أبيه إلى الكوفة واستمر بها إلى أن سلم الحسن الأمر إلى معاوية
وكان الحسين ﷺ فاضلا كثير الصوم والصلاة والحج والصدقة وأفعال =

- وتصدق ابن عمر بالسهم بالغابة الذي وهبت له حفصة.^(١)
- ٦- أن القصد تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة، وهذا يحصل في المشاع كحصول في المفرز.^(٢)
- ٧- أن المشاع عرصه يجوز بيعها فجاز وقفها قياسا على المفزرة.^(٣)
- وقد يناقش: بأن المفزرة يمكن فيها القبض بخلاف الشائعة فلا يمكن فيها القبض لشيوعها .
- ويجاب بما تقدم عند مناقشة ما استدل به لمحمد بن الحسن.^(٤)

الترجيح :

الراجع - فيما يظهر - هو القول الأول؛ لأن القول الذي تقتضيه الأدلة الشرعية الصريحة - في هذا الموضوع - السالبة من الاعتراضات الواردة عليها - في مقابل ضعف أدلة ما تمسك به المانعون بما ورد عليها من مناقشات مع كونه في مقابل الأحاديث الصريحة الدالة على صحة وقف المشاع. والله أعلم .

المسألة الثانية: في وقف أحد الشركاء جميع المشاع .

إذا وقف أحد الشركاء جميع الملك المشاع بينه وبين شركائه، فإنه يجرى في نصيبه - الخلاف السابق - في وقف أحد الشركاء

= الخير، قتل يوم عاشوراء سنة ٦١، وكانت ولادته سنة ٤ وقيل سنة ٦ .
(انظر: أسد الغابة /١ /٤٩٥، الإصابة /١ /٣٣٢، تهذيب التهذيب /٢ /٣٤٥).

(١) انظر: السنن الكبرى ١٦٢/٦ .

(٢) انظر: انظر المغني ٥/٦٤٣، الشرح الكبير مع المغني ٦/١٨٩ .

(٣) انظر: المرجعين السابقين .

(٤) انظر: ص ٥٤٠ - ٥٤١ .

نصيبه من المشاع.^(١)

أما نصيب شركائه فإنه يجرى فيه الخلاف المتقدم في تصرف الفضولي^(٢)، إلا أنه يلاحظ أن هذا الوقف صحيح عند محمد بن الحسن إذا أجازته الشريك - مع أنه يمنع من وقف نصيبه وحده؛ لأنه يعلل بأن القبض هنا من الوالي على الوقف وجد جملة واحد في الكل^(٣).

فرع في وقف المشاع مسجدا أو مقبرة :

إذا وقف شخص نصيبه من مشاع مشترك أو جزءا مشاعا من ملكه مسجدا أو مقبرة فإنه لا يخلو من حالتين:

الحالة الأولى: أن يكون المشاع مما يمكن قسمته .

فهذا يصح وقفه عند المصححين لوقف المشاع؛ لأنه من المشاع، ويمنع الجنب من المكث في المسجد، وتجب قسمته لتعيينها طريقا للانتفاع به، كذلك المقبرة.^(٤)

الحالة الثانية: أن يكون المشاع مما لا يمكن قسمته،.

فهذا لا يصح وقفه؛ لأن بقاء الشركة يمنع الخلوص لله؛ ولأن المهايأة فيها من أقبح ما يكون بأن يدفن فيه الموتى سنة ويزرع سنة ويصلي

(١) انظر: ص ٥٢٧ - ٥٥٠.

(٢) انظر ص ١٥٦ - ١٨٠.

(٣) انظر: المبسوط ٢٨/١٢، فتح القدير ٦ / ٢٠٢.

(٤) انظر: مراجعهم المثبتة عند القول الأول ص : ٥٢٧ - ٥٢٨، وانظر: شرح روض الطالب ٢/٤٥٧، الفروع ٤/٥٨٢-٥٨٣.

في مسجد في وقت ويتخذ اصطبلًا في وقت بخلاف غير المشاع^(١).

المطلب الثاني: في طلب القسمة في وقف المشاع :

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: إذا كان الموقوف جزءًا من مشاع مشترك.

المسألة الثانية: إذا كان الموقوف جزءًا مشاعًا من ملك شخص.

المسألة الأولى :

إذا وقف شخص نصيبه من عقار مشترك يمكن قسمته من غير ضرر، وطلب القسمة أو طلبها الشريك، فإنه يلزم الآخر إجابته إذا لم يكن فيها رد عوض من جانب الشريك؛ لأن القسمة إفراز وتمييز للحقوق - على الصحيح - والممنوع التملك لا الإفراز.

وإن كان فيها رد من جانب الشريك بأن كان أحد النصيبين أحود من الآخر فجعل بإزاء الجودة دراهم فإن القسمة لا تجوز؛ لأن الواقف يصير بائعًا بعض الوقف وبيع الوقف لا يجوز.

وإذا صحت القسمة فسواء قسمها الشريك والواقف أو قسمها لهم قاسم بأمر القاضي، فإن ذلك جائز؛ لأن الولاية للواقف، وإذا كانت الولاية للواقف كان له أن يقسم ما وقف منها^(٢).

(١) انظر: المرجعين السابقين، شرح العيني على الكنز ١/٣٤٤، البحر الرائق ٥/١٩٧.

(٢) انظر: أحكام الأوقاف لهلال بن مسلم ص ١٢٠-١٢١، الاختيار لتعليل المختار ٢/٤٢٣، مواهب الجليل ٦/١٩، الشرح الكبير للدردير ٤/٧٦، المهذب ٢/٣٩٢، روضة الطالبين ١١/٢١٦، المغني ٥/٦٤٤، المبدع ١٠/١٣١.

المسألة الثانية: إذا كان الموقوف جزءاً مشاعاً.

إذا وقف شخص جزءاً مشاعاً من ملكه وأراد قسمته فإن حكمه حكم ما لو وقف نصيبه من مشترك وأراد قسمته^(١).

إلا أن الحنفية - هنا - قالوا: ليس له أن يقسم بنفسه، بل لابد من أن يقسم القاضي معه، وعللوا ذلك بأن الواحد لا يجوز أن يكون مقاسماً ومقاسماً^(٢).

والراجع - صحة قسمة الواقف هنا من غير أن يقسم معه القاضي للآتي :

أولاً : عدم الدليل على أنه لا يجوز أن يكون مقاسماً ومقاسماً.

ثانياً : أن من وقف بعض ماله في سبيل البر أهل لأن يعدل في القسمة ولا يحيف، إذ لو كان يريد الحيف والجور لما وقف أصلاً.

المطلب الثالث: في كيفية الانتفاع بالوقف الموقوف على جماعة على جهة الإشاعة:

إذا وقف شخص نصيبه من بستان مشترك على أولاده - زيد وعمر وبكر - ثم على أولادهم فأراد أولاده الانتفاع به، فلا يخلو الانتفاع به من حالات ثلاث :

(١) أي من حيث صحته بلا رد عوض من صاحب الطلق للموقوف عليهم وعدم صحته إن كان فيه رد. وانظر : ص ٥٥١

(٢) انظر: أحكام الأوقاف لهلال بن مسلم ص ١٢٠-١٢١، شرح صدر الشريعة ٣٤٢/١-٣٤٣، الباب في شرح الكتاب ١٨٤/٢.

الحالة الأولى:

أن يبقى على شيوعه بينهم وينتفعوا به جميعا .

الحالة الثانية :

أن ينتفعوا به عن طريق المهايأة الزمانية أو المكانية، بأن ينتفع به كل واحد سنة، أو يأخذ كل واحد منهم قطعة معينة من البستان الموقوف يزرعها لنفسه ويقوم على ما فيها من شجر، ثم في السنة الأخرى إن شاءوا بقوا على ما هم عليه - لكن ليس لهم استدامة هذه القسمة بل يجب عليهم نقضها إذ لو استديمت لصارت قسمة حقيقة - وإن شاءوا تناقلوا المنافع فيأخذ زيد ما بيد بكر ويأخذ بكر ما بيد عمرو وهكذا .. وهذه المهايأة ليست بلازمة، فلهم إبطالها متى شاءوا؛ لأنها ليست بقسمة، إذ القسمة اختصاص كل واحد ببعض العين على الدوام.

الحالة الثالثة :

أن ينتفعوا به عن طريق قسمة لازمة، ويختص كل واحد منهم بجزء يقوم عليه وينتفع به.

وقد اختلف في جواز القسمة على قولين:

القول الأول:

أن هذه القسمة لا تجوز.

وبه قال الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، وهو المذهب عند الشافعية^(٣)، وهو

(١) انظر: الفتاوى الخيرية ١/١١٩، حاشية ابن عابدين ٤/٣٥٣.

(٢) انظر: مواهب الجليل ٥/٣٣٥، المعيار العرب ٨/٥٤-٥٥، فتح العلي المالك ٢/٢٥٤.

(٣) انظر: روضة الطالبين ١١/٢١٦، شرح روض الطالب ٢/٤٧٦.

قول الحنابلة على ما جزم به شيخ الإسلام ابن تيمية^(١)، وصاحب^(٢) الإقناع^(٣) وصححه ابن رجب^(٤)، في القواعد^(٥)، واستظهره البهوتي^(٦).

- جاء في حاشية ابن عابدين^(٧): «قال في فتاوى ابن الشلبي: القسمة بطريقة التهايؤ وهو التناوب في العين الموقوفة .. فذلك سائع ولكنه ليس بلازم فلهم إبطاله .. ومقتضاه أنه ليس لهم استدامة هذه القسمة، بل يجب عليهم نقضها واستبدال الأماكن بعضها ببعض إذا لو استديمت صارت من القسمة الممنوعة بالإجماع»..

(١) انظر: مجموع الفتاوى ١٩٦/٣١-١٩٧.

(٢) هو: موسى بن أحمد بن موسى بن سالم بن عيسى الحجايي المقدسي ثم الدمشقي الصالحي، الإمام العالم العلامة الحبر الفهامة أبو النجا مفتي الحنابلة بدمشق في زمانه والمعول عليه في الفقه بالديار الشامية توفي سنة ٩٦٨ من مصنفاته: «الإقناع» جمع فيه المذهب .

(انظر: مختصر طبقات الحنابلة لابن شطي / ٩٣-٩٤، شذرات الذهب ٨/٢٢٧).

(٣) انظر: الإقناع ٤/٤١٥.

(٤) هو: الحافظ زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب البغدادي ثم الدمشقي الحنبلي، ولد ببغداد سنة ٧٠٦ هـ وقدم دمشق مع والده فسمع فيها وصنف شرح الترمذي وقطعة البخاري وذيل الطبقات للحنابلة والقواعد الفقهية، وقرأ القرآن بالروايات وأكثر عن الشيوخ توفي سنة ٧٩٥ هـ .

(انظر: الدرر الكامنة ٢/٤٢٨-٤٢٩، البدر الطالع ١/ ٢٢٨، شذرات الذهب

٦/٣٢٩).

(٥) ص ٤١٣.

(٦) انظر: شرح منتهى الإرادات ٣/٥١٣.

(٧) ٤/٢٥٣.

- جاء في فتح العلي المالك^(١): ما قولهم في قسمة العقار المحبس .. فأجبت بما نصه: الحمد لله والصلاة والسلام على سيدنا محمد رسول الله تسوغ قسمته قسمة اغتلال وانتفاع .. وأما قسمته بتاً بحيث من نابه شيء يتصرف تصرف المالك .. فلا يجوز اتفاقاً».
- وجاء في شرح الروض^(٢): «ولأهل الوقف المهاياة في الموقوف لا قسمته...».
- وجاء في مجموع فتاوى شيخ الإسلام^(٣): «إذا كان الوقف على جهة واحدة فإن عينه لا تقسم قسمة لازمة لا في مذهب أحمد ولا غيره، وإنما في المختصرات لما أرادوا بيان فروع قولنا: القسمة إفران أو بيع، فإذا قلنا هي بيع لم يجر؛ لأن الوقف لا يباع، وإذا قلنا: هي إفران جاز قسمته في الجملة ولم يذكروا شروط القسمة .. وصرح الأصحاب بأن الوقف إنما تجوز قسمته إذا كان على جهتين، فأما الوقف على جهة واحدة فلا تقسم عينه اتفاقاً».

القول الثاني :

أن هذه القسمة جائزة .

(١) ٢٥٤/٢

(٢) ٤٧٦/٢

(٣) ١٩٧/٣١

وهو وجه للحنابلة^(١)، جزم به صاحب^(٢) المحرر^(٣) وصاحب^(٤) المنتهى^(٥).
واستظهره صاحب^(٦) الفروع^(٧).

(١) انظر: الإنصاف ١١/٣٤١.

(٢) هو: الشيخ الامام العلامة فقيه العصر شيخ الحنابلة مجد الدين أبو البركات عبد السلام بن عبد الله بن الخضر بن محمد بن علي الحراني ابن تيمبة، ولد سنة ٥٩٠ هـ بحران وسمع فيها ثم انتقل إلى بغداد وسمع فيها ثم رجع. وكان فقيها محدثا بارعا ذكيا فاضلا عجبا في سرد المتون وحفظ مذاهب الناس. توفي سنة ٦٥٢ هـ. من تصانيفه: «المحرر» .
(انظر: الذيل على طبقات الحنابلة ٢/٢٤٩، سير أعلام النبلاء ٢٢/٢٩١، شذرات الذهب ٥/٢٥٧).

(٣) انظر: المحرر ٢/٢١٥.

(٤) هو: أحمد بن عبد العزيز بن علي بن إبراهيم بن رشد الفتوحي المعروف بابن النجار الشيخ الإمام شهاب الدين قاضي قضاة الحنابلة بالديار المصرية، الفقيه العلامة صاحب التآليف النافعة، منها: «المنتهى» و«شرح الكوكب المنير». توفي سنة ٩٤٩ هـ وكانت ولادته سنة ٨٦٢ هـ.
(انظر: مختصر طبقات الحنابلة ٩١-٩٢، معجم المؤلفين ١/٢٧٦).

(٥) ٦١٣/٢.

(٦) هو: أبو عبد الله شمس الدين محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج المقدسي الراميني الصالحي الحنبلي الفقيه البارع المحدث الأصولي، كانت ولادته سنة ٧١٠ هـ وقيل ٧٠٨ هـ ووفاته سنة ٧٦٣ هـ. من تصانيفه: «الفروع» و«شرح كتاب المقنع».

(انظر: البداية والنهاية ١٤/٢٩٤، الدرر الكامنة ٥/٣٠، مختصر طبقات الحنابلة /٧٠).

(٧) ٥٠٨/٦.

وهو قول ابن القطان^(١) من الشافعية^(٢).

- قال في الفروع^(٣) بعد أن نقل كلام شيخ الإسلام المتقدم: «والظاهر أن ما ذكره شيخنا عن الأصحاب وجه، وظاهر كلامهم لا فرق^(٤) وهو أظهر، وفي المبهج لزومها إذا اقتسموا بأنفسهم».

الأدلة:

استدل أصحاب القول الثاني بأن في القسمة صلاحا للوقف ليرغبوا في عمارته ولا يتواكلوا.^(٥)

ويناقش: بأنه يمكن بقاء الوقف وصلاحه من غير قسمة لعينه بأن ينتفعوا به عن طريق المهياة الزمانية أو المكانية، فإن امتنعوا عن المهياة أُجِرَ وقسمت الأجرة بينهم .

(١) هو: أبو الحسين أحمد بن محمد المعروف بابن القطان البغدادي الشافعي، من أصحاب أبي العباس بن سريج، درس ببغداد وأخذ عنه العلماء. توفي سنة ٣٥٩هـ .

(انظر: طبقات الشيرازي/١١٣، تاريخ بغداد/٤/٣٦٥).

(٢) انظر روضة الطالبين ٢١٦/١١ .

(٣) ٥٠٨/٦ .

(٤) قوله: لا فرق: أي لا فرق بين قسمة الوقف الموقوف على جهة والوقف الموقوف على جهتين. وقسمة الوقف الموقوف على جهتين جائزة.

(٥) انظر: روضة الطالبين ٢١٦/١١ .

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول: بأن المنع من القسمة إنما هو لتعلق حق الطبقة الثانية والثالثة، إذ طول الزمان يؤدي إلى دعوى الملكية، أو دعوى كل منهم أو بعضهم أن ما في يده موقوف عليه بعينه فيضيع حق الطبقات الأخرى وهذا تغيير لشرط الواقف.^(١)

الترجيح:

الراجح - فيما يظهر - هو القول الأول لقوة دليلهم القائم على مراعاة شرط الواقف في حفظ حق الطبقات الأخرى من الوقف وسلامته من المناقشة، في مقابل ضعف دليل القول الثاني بالمناقشة الواردة عليه - والله أعلم - .

تعليق:

من الملاحظ على بعض القضايا أن بعض القضاة يقضي بما استظهره صاحب الفروع فينشأ عن ذلك ضرر عظيم؛ فقد يقف شخص عقارا على ولديه ثم على أولادهما فيقتسم الولدان العقار فيخلف أحدهما ابنا واحدا والآخر خمسة، وقد يكون ذلك الابن غنيا، والخمسة الآخرون فقراء فيستغل ذلك الابن ما حصل لأبيه من الوقف بالقسمة ويستغل الخمسة ما حصل لأبيهم فلا يكفي لسكناهم مع فقرهم وقد حرمتهم القسمة من الاشتراك مع ابن عمهم الغني فيما حصل لأبيه مع أن الوقف وقف جدهم

(١) انظر: روضة الطالبين ٢١٦/١١، مجموع الفتاوى ١٩٧/٢١، حاشية ابن عابدين ٠٣٥٣/٤

عليهم جميعاً من غير تمييز فأبى ضرر أعظم من هذا الضرر، وأبى مخالفة لشرط الواقف أعظم من هذه المخالفة، إذ قصده بر ونفع أولاده وأولادهم إلا أن القسمة أدت إلى نفع الغني والإضرار بالفقير - فإله المستعان - .

وقد وقع في وقتنا هذا أن شخصاً وقف على أولاده وقفاً فاقسموه وبعد القسمة بفترة نزع ملكية أحدهما دون ملكية الآخر، فاشترى المنزوع ملكية حصته بقيمتها ست فلل، وبقي الآخر في حصته القديمة التي أصابها الهدم فنشأ بسبب هذه القسمة العداوة والبغضاء وقطيعة الرحم فأبى جور وظلم وتعد على مراد الواقف أعظم من هذا ؟ !

المبحث الثالث

في آثار الشيوخ في الوصية

وفيه مطالب:

المطلب الأول: في الوصية بالمشاع.

المطلب الثاني: في الرجوع في الوصية بالمشاع لمن أجازته من الورثة وهو يظنه قليلا فبان بخلافه.

المطلب الثالث: في مدى اشتراط الشيوخ في الموصى به.

المطلب الرابع: في الوصية بالمنفعة المشاعة.

المطلب الأول:

صورته: أن يوصي شخص بجزء مشاع من ماله أو يوصي بنصيبه من مشاع بينه وبين غيره.

ولا خلاف في صحة الوصية بالمشاع إذا خرج من الثلث، فإن لم يخرج من الثلث فلا يخلو من أن يجيزه الورثة فينفذ في جميعه أو لا يجيزوه فينفذ فيما خرج من الثلث دون مالم يخرج منه.^(١)

قال في الهداية شرح بداية المبتدي^(٢): «قال ومن أوصى لرجل بثلث

(١) انظر: المبسوط ٩٧/٢٨، حاشية الشلبي على تبين الحقائق ٩٣/٥، المنتقى للباقي ١٥٦/٦-١٥٧، الفواكه الدواني ١٩١/٢، المنهاج مع مغني المحتاج عليه ٤٧-٤٦/٣، شرح روض الطالب ٢٣/٣-٢٤، الفروع ١٠٧، ٦٣٩/٤، كشاف القناع ٢٨٧/١-٢٨٨، المحلى ٢١٧/٩-٢٢١.

(٢) ٢٣٦/٤

ماله ولآخر بثلث ولم تجز الورثة فالثلث بينهما».

وقال في الكافي في فقه أهل المدينة: ^(١) «ومن أوصى بثلثه كله جاز ونفذ ذلك، ومن أوصى بأكثر من ثلثه لم يجز ما زاد على الثلث إلا أن يجيزه الورثة».

وقال في المهذب ^(٢): «وتجوز الوصية بالمشاع والمقسوم، لأنه تمليك جزء من ماله فجاز في المشاع والمقسوم كالبيع».

وقال في المنهاج: ^(٣) «ينبغي أن لا يوصى بأكثر من ثلث ماله، فإن زاد ورد الوراث بطلت في الزائد» .

وقال في المقنع: ^(٤) «وإن وصى له بجزء معلوم كثلث أو ربع أخذته من مخرجه فدفعته إليه وقسمت الباقي على مسألة الورثة إلا أن يزيد على الثلث ولا يجيزوا له فتفرض له الثلث».

وعلل لذلك بأنه تمليك جزء من ماله فجاز في المشاع والمقسوم قياساً على البيع. ^(٥)

وعلل المانعون - لعدم صحة الهبة والوقف في المشاع - لصحته هنا: بأن الشيوع لا يمنع صحة الوصية، لأن القسمة تنتم القبض، وأصل القبض

(١) ٠٣١٩/٢

(٢) ٠٥٩٠/١

(٣) مع مغني المحتاج ٤٦/٣-٤٧

(٤) مع المبدع ٠٨١/٦

(٥) انظر: المهذب ٠٥٩٠ / ١، الكافي لابن قدامة ٠٤٨١/٢

ليس بشرط في معنى الوصية فكذاك القسمة. (١)

المطلب الثاني: في الرجوع في الوصية بالمشاع لمن أجازته من الورثة وهو يظنه قليلا فبان بخلافه:

إذا أجاز الورث ما زاد على الثلث، ثم قال أجزت لأنني ظننت أن المال قليل وأن ثلثه قليل وقد بان أنه كثير فقد اختلف في رجوعه على قولين:

القول الأول:

أن الإجازة تلزم فيما ظنه، والقول فيما لم يظنه مع يمينه، فإذا حلف لم تلزمه الإجازة فيما زاد على ظنه إلا أن يكون المال ظاهرا لا يخفى أو تقوم بينة بعلمه بقدره. (٢)

وبه قال الشافعية، (٣) وهو المذهب عند الحنابلة. (٤)

القول الثاني:

أنه لا يملك الرجوع في الجميع.

وهو وجه للحنابلة. (٥)

(١) انظر: المبسوط ٢٨/٩٧.

(٢) يلاحظ أن الإجازة تلحقه إن كان المال ظاهرا أوقامت البينة على علمه بقدره : على القول بأن الإجازة تنفيذ، أما على القول بأن الإجازة هبة مبتدأة فإن له الرجوع-أيضا هنا-فيما يجوز الرجوع في الهبة في مثله .
(انظر: روضة الطالبين ٦/١١٠-١١١، الشرح الكبير مع المغني ٦/٤٤١).

(٣) انظر: المهذب ١/٥٨٨، روضة الطالبين ٦/١١٠-١١١.

(٤) انظر: الإنصاف ٧/٢٠١، منتهى الإرادات ٢/٣٩.

(٥) انظر: المحرر ١/٣٧٧، المبدع ٦/١٨.

الأدلة:

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول: بأن الوراثة أجاز عقدا له الخيار في فسخه فبطل خياره. كما لو أجاز البيع من له الخيار في فسخه بعبء أو خيار^(١).

ويناقش: بأن هذا قياس مع الفارق؛ لأن الإجازة هنا مبنية على ظن خاطيء نشأ من أجل ترك المنازعة في الشيء اليسير الذي قد لا يستحق المنازعة، فإذا تبين أن المتروك من أجله المنازعة شيء كبير فإن الأمر فيه يختلف حيث سيبطله ولو أدى إلى المنازعة؛ لأن الإنسان قد يترك اليسير ولا يترك الكثير بخلاف الإجازة في البيع، فإن حدوث ظن خاطئ في تقدير العيب أو قيمة المبيع بعيد؛ لأن البيع لا يصح إلا مع الرؤية أو ما يقوم مقامها من الوصف، فإذا أجاز بعد الرؤية أو الوصف القائم مقامها فإنه يكون قاصدا لهذه الإجازة مع علمه بما يترتب عليها.

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:

١ - أن الغالب أن المجيز إنما يترك الاعتراض للموصى له في الوصية، لأنه لا يرى المنازعة في ذلك القدر ويستحقه فإذا ادعى أنه إنما أجاز لظنه قلة المال كان الظاهر معه فصدق مع يمينه لأنه يحتمل الكذب^(٢).

(١) انظر: الشرح الكبير مع المغني ٦/٤٤٢.

(٢) انظر: كشف القناع ٤/٣٤٣.

٢ - أن ثبوت الرجوع فيه - إذا تبين فيه ضرر على المجيز لم يعلم - استدراك لظلامته قياساً على من أسقط شفيعته لمعنى، ثم بان بخلافه فإن له العود إليها، فكذاك إذا أجاز الموصى به يظنه قليلاً فبان كثيراً فله الرجوع بما زاد على ظنه.^(١)

٣ - أنه إذا اعتقد أن النصف الموصى به مثلاً مائة وخمسون ريالاً ثم بان أنه ألف ريال، فهو إنما أجاز خمسين ريالاً لم يجز أكثر منها، فلا يجوز أكثر منها، فلا تنفذ إجازته في غيرها.^(٢)

الترجيح:

الراجح هو القول الأول لقوة أدلته وقيامها على رفع الضرر عن المجيز من غير إضرار بالموصى له حيث حصل له ما كان يظنه المجيز - وهو زائد على الثلث، في مقابل ضعف دليل القول الثاني لمراعاته الموصى له دون المجيز، ولا يخفى ما في هذا من الإضرار بالمجيز - والله أعلم -.

المطلب الثالث: في مدى اشتراط الشيوع في الموصى به:

إذا أوصى شخص بشيء من ماله لشخص آخر فهل يشترط في هذا الموصى به أن يكون جزءاً شائعاً في جميع المال أو يجوز أن يوصى بمعين من ماله كسيارة أو دابة أو أرض أو نحو ذلك ؟

لاخلاف في أنه لا يشترط أن يكون الموصى به جزءاً شائعاً بل يجوز

(١) انظر: المبدع ١٨/٦.

(٢) انظر: المرجع نفسه.

أن يوصي بالمعين كما يوصي بالشائع^(١).

وعلى لذلك بأنه تمليك مال بلا عوض فيصح في المقسوم والمشاع
كالبيع^(٢).

المطلب الرابع: في الوصية بالمنفعة الشائعة:

صورته: أن يوصي شخص لآخر بنصيبه من خدمة عبد مشترك أو
من سكنى دار مشتركة ونحو ذلك.

ولا خلاف في صحة هذه الوصية بالمنفعة المشاعة^(٣)؛ لأن المنافع
كالأعيان في الملك بالعقد والإرث فكانت كالأعيان في الوصية^(٤).

(١) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢٤٠/٤، الاختيار لتعليل المختار ٥/
٧٦، الكافي لابن عبد البر ٣١٩/٢، المنتقى للباجي ١٥١/٦، المهذب ٥٩٠/١،
شرح روض الطالب ٦٧/٣، الشرح الكبير مع المغني ٥١٨/٦، التقيح ص ٢٦٤،
المحلى ٣٢٧/٩.

(٢) انظر: المهذب ٥٩٠/١، الكافي لابن قدامة ٤٨١/٢.

(٣) انظر: مختصر الطحاوي ص ١٦٣، بدائع الصنائع ٥٦/٦، الاختيار ١٢/٣، ٧٠/٥،
المنتقى ١٦٠/٦، مواهب الجليل ٣٨٤/٦، التاج والإكليل ٣٨٤/٦، التهذيب خ ١٣٩/٢،
ق، المهذب ٥٩٠/١، روضة الطالبين ٢٧٥/٤، المبدع، ٥٧/٦، شرح منتهى الإرادات
٣١٩/٢، غاية المنتهى ١٦٢/٢، ٣٥٣.

(٤) انظر: المهذب ٥٩٠/١.

المبحث الرابع في آثار الشيوع في العتق

وفيه مطالب:

المطلب الأول: فيما يترتب على عتق أحد الشريكين نصيبه.

المطلب الثاني: في عتق بعض عبده.

المطلب الثالث: في ملك الشريكين لرقيق ذا رحم محرّم لأحدهما.

المطلب الأول

فيما يترتب على عتق أحد الشريكين نصيبه

إذا أعتق أحد الشريكين - في الرقيق المشترك - نصيبه منه فإنه يعتق عليه، لكن هل يعتق عليه نصيب شريكه ؟ اختلف في ذلك على ثلاثة أقوال:-

القول الأول:

أن الشريك المعتق لنصيبه إن كان موسراً فإنه يعتق عليه نصيب شريكه ويقوم عليه قيمة العدل، وإن كان معسراً فإن العبد يسعى في نصيب الشريك الآخر.

وبه قال أبو يوسف ومحمد بن الحسن^(١)، وهو رواية عن الإمام أحمد^(٢) اختارها شيخ الإسلام ابن تيمية^(٣)، وهو قول ابن شبرمة وابن أبي ليلى، والأوزاعي^(٤) والبخاري والبيهقي^(٥) وابن حزم من الظاهرية^(٦).
جاء في مختصر الطحاوي^(٧): «.. وقال أبو يوسف ومحمد رضي الله

(١) انظر: المبسوط ١٠٥/٧، تبيين الحقائق ٧٤/٣.

(٢) انظر: الهداية لأبي الخطاب ٢٣٦/١، الكافي ٥٧٧/٢.

(٣) انظر: الفروع ٨٥/٥، الاختيارات ص ١٩٨.

(٤) انظر: المغني ٣٤١/٩.

(٥) انظر: صحيح البخاري ١١٨/٣، فتح الباري ١٥٦/٥، ١٥٩.

(٦) انظر: السنن الكبرى ٢٨٤/١٠، فتح الباري ١٥٩/٥ انظر: المحلى ١٩٠/٩.

(٧) ص : ٣٧٠.

عنهما: إذا أعتق أحدهما كان العبد حراً كله فإن كان المعتق العتق موسراً ضمن لشريكه نصف قيمة العبد، وإن كان معسراً سعى العبد في نصف قيمته للذي لم يعتق .وبه نأخذ».

وفي الاختيارات^(١): «وإذا أعتق أحد الشريكين نصيبه وهو موسر، عتق نصيبه ويعتق نصيب شريكه بدفع القيمة وهو قول طائفة من العلماء، وإن كان معسراً عتق كله واستسعى في باقي قيمته، وهو رواية عن الإمام أحمد اختارها بعض أصحابه».

- وجاء في المحلى^(٢): «ومن ملك عبداً أو أمة بينه وبين غيره فأعتق نصيبه كله أو بعضه أو أعتقه كله عتق جميعه حين يلفظ بذلك، فإن كان له مال يفي بقيمة حصة من يشركه حين لفظ بعتق ما اعتق منه أداها إلى من يشركه، فإن لم يكن له مال يفي بذلك كلف العبد أو الأمة أن يسعى في قيمة حصة من لم يعتق على حسب طاقتة لا شيء للشريك غير ذلك».

القول الثاني:

أنه يعتق عليه نصيب شريكه إن كان موسراً ويقوم عليه قيمة العدل، وإن كان معسراً فإنه لا يعتق عليه إلا نصيبه ولا يسعى الرقيق بنصيب الشريك الذي لم يعتق.

(١) ص ١٩٨ .

(٢) ١٩٠/٩ .

وبه قال المالكية،^(١) والشافعية،^(٢) وهو المذهب عند الحنابلة،^(٣) وهو قول إسحاق وأبي عبيد وابن المنذر وابن جرير^(٤) وداود.^(٥)

- جاء في قوانين الأحكام الشرعية:^(٦) «ولو أعتق نصيبا له في عبد قوم عليه الباقي ففرم لشريكه قيمة نصيبه وعتق جميع العبد ... ويشترط في المذهب في تكميل العتق ثلاثة شروط .. الثاني: أن يكون موسرا فإن كان معسرا لم يلزمه شيء وعتق من العبد ما أعتق وبقي سائرته رقيقا».

- وجاء في روضة الطالبين:^(٧) «.. أن يكون الباقي لغيره فيعتق نصيبه، فإن كان موسرا بقيمة باقية لزمه قيمته للشريك وعتق الباقي عليه

(١) انظر: الكافي لابن عبد البر ٢/٢٦٧، شرح التتويح على الرسالة ٢/١٨٤.

(٢) انظر: المذهب ٢/٥٤، المنهاج مع مغني المحتاج ٤/٤٩٥.

(٣) انظر: الشرح الكبير مع المغني ١٢/٢٤٩، الإنصاف ٧/٤٠٩.

(٤) هو: محمد بن جرير بن يزيد بن كثير الإمام العلم المجتهد، عالم العصر أبو جعفر الطبري صاحب التصانيف البديعة من أهل آمل طبرستان، ولد سنة ٢٢٤هـ وطلب العلم بعد الأربعين ومائتين وأكثر الترحال ولقي نبلاء الرجال وكان من أفراد الدهر علما وذكاء وكثرة تصانيف، وكان من كبار أئمة الاجتهاد. توفي سنة ٣١٠هـ.

(انظر: سير أعلام النبلاء ١٤/٢٦٧-٢٨٢، تهذيب الأسماء واللغات ١/٧٨-٧٩، وفيات الأعيان ٤/١٩١-١٩٢).

(٥) انظر: المغني ٩/٣٤١، الشرح الكبير ١٢/٢٥٤.

(٦) ص ٤٠٨.

(٧) ١٢/١١٢.

- وولاء جميع العبد له .. وإن معسرا بقي الباقي على ملك الشريك».
- وجاء في المغني:^(١) «الشريك إذا أعتق نصيبه من العبد وهو موسر عتق نصيبه لانعلم خلافا فيه .. وإذا أعتق نصيبه سرى العتق إلى جميعه فصار جميعه حرا وعلى المعتق قيمة أنصبا شركائه...».
- وجاء فيه:^(٢) «.. ظاهر المذهب أن المعسر إذا أعتق نصيبه من العبد استقر فيه العتق ولم يسر إلى نصيب شريكه بل يبقى على الرق...».

القول الثالث:

أن المعتق إذا كان موسرا فإن لشريكه الساكت ثلاث خيارات: إن شاء أعتق نصيبه، وإن شاء استسعى العبد في قيمة نصيبه، وإن شاء ضمن المعتق نصف قيمته ثم يرجع المعتق على العبد والولاء كله له .

وإن كان المعتق معسرا فاللساكت خياران: إن شاء أعتق، وإن شاء استسعى، وليس له حق تضمين الشريك.

وبه قال أبو حنيفة.^(٣)

(١) ٣٣٦/٩

(٢) ٣٤١/٩

(٣) انظر: مختصر الطحاوي ص ٣٦٩-٣٧٠، الهداية شرح بداية المبتدي ٥٥/٢، وروى عنه أن للساكت خمس خيارات إن كان المعتق موسرا وأربع خيارات إن المعتق معسرا، وذلك بإضافة الخيار له في التدبير والكتابة على ما سبق. انظر: بدائع الصنائع ٨٧/٤-٨٩.

- جاء في المبسوط: ^(١) «فإن كان العبد بين رجلين فأعتق أحدهما نصيبه جاز، ثم إن كان المعتق موسرا فللساكت ثلاث خيارات في قول أبي حنيفة رحمه اله تعالى إن شاء أعتق نصيبه، وإن شاء استسعى العبد في قيمة نصيبه، فإذا أدى السعاية إليه عتق والولاء بينهما، وإن شاء ضمن المعتق نصف قيمته ثم يرجع المعتق على العبد والولاء كله له، وإن كان المعتق معسرا فللساكت خياران: إن شاء أعتق، وإن شاء استسعى وليس له حق تضمين الشريك».

الأدلة:

أدلة القول الثالث:

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:

١ - ماروى عبد الرحمن بن يزيد، قال: كان لنا غلام قد شهد القادسية فأبلى فيها، وكان بينى وبين أمى وبين أخى الأسود، فأرادوا عتقه، وكنت يومئذ صغيرا، فذكر ذلك الأسود لعمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه فقال: «اعتقوا أنتم فإذا بلغ عبدالرحمن، فإن رغب فيما رغبتم أعتق، وإلا ضمنكم».^(٢)

ووجه الاستدلال منه: أن عمر جعل لعبد الرحمن بعد بلوغه أن يعتق نصيبه من العبد الذي قد عتق منه نصيب أمه وأخيه قبل ذلك.

فقال أبو حنيفة: لما كان له أن يعتق بلا بدل، كان له أن يأخذ العبد بأداء قيمة مابقى له فيه حتى يعتق بأداء ذلك إليه .

(١) ١٠٤/٧

(٢) انظر: شرح معاني الآثار للطحاوي ١٠٨/٣

ولما كان للذي لم يعتق أن يعتق نصيبه من العبد، فَضَمَّن الشريك المعتق رجع إلى هذا الْمُضْمَن من هذا العبد، مثل ما كان الذي ضَمِنه، فوجب أن يستسعى العبد في قيمة ما كان لصاحبه فيه، وفيما كان لصاحبه أن يستسعيه فيه. (١)

ويناقش: بأن هذا الأثر إن صح فهو في مقابل حديث الاستسعاء - الآتى - .

٢- هذا الدليل يتألف من حرفين:

أحدهما : العتق يتجزأ، لأن الإعتاق إثبات العتق بإزالة الملك أو هو إزالة الملك؛ لأن الملك حقه والرق حق الشرع أو حق العامة، وحكم التصرف ما يدخل تحت ولاية المتصرف وهو إزالة حقه لا حق غيره .

والأصل أن التصرف يقتصر على موضع الإضافة، والتعدي إلى ما وراء ضرورة عدم التجزيء، والملك متجزئ كما في البيع والهبة فيبقى على الأصل. (٢)

الثاني: أن يسار المعتق لا يمنع سعاية العبد؛ لأن مالية نصيب الشريك قد احتبست عند العبد فله أن يضمه كما إذا هبت الريح في ثوب إنسان وألقته في صبغ غيره حتى انصبغ به، فعلى صاحب الثوب قيمة صبغ الآخر موسراً كان أو معسراً فكذا هنا إلا أن العبد فقير فيستسعيه. (٣)

ويناقش هذا الدليل بحرفيه بأنه استدلال في مقابل الأحاديث التي

(١) انظر: المرجع نفسه.

(٢) انظر: الهداية ٥٦/٢، المبسوط ١٠٣/٧.

(٣) انظر: الهداية ٥٦/٢، المبسوط ١٠٦/٧.

توجب على المعتق الضمان مع يساره، والسعاية مع إعساره، وفي مقابل الأحاديث التي لا توجب عليه شيئاً مع إعساره.^(١)

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:

١- ماروى مالك عن نافع^(٢) عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: «من أعتق شركاً 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)

ووجه الاستدلال منه ظاهر في لزوم الضمان على المعتق إذا كان

موسراً.

ونوقش: بأن قوله في الحديث: «وإلا فقد عتق منه ما عتق» من قول نافع وليست مرفوعة إلى النبي ﷺ. واستدلوا على ذلك بما في البخاري وغيره.

(١) انظر هذه الأحاديث في أدلة القولين الأول والثاني.

(٢) هو: أبو عبد الله نافع بن هرمز ويقال ابن كيسان القرشي العدوي مولى ابن عمر وراويته التابعي الجليل الإمام المفتي الثبت الثقة عالم أهل المدينة روى عن جمع من الصحابة. بعثه عمر بن عبد العزيز إلى مصر ليعلم أهلها السنن. توفي سنة ١١٧ هـ.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه / كتاب العتق / باب إذا اعتق عبداً بين اثنين أو أمه بين الشركاء ١١٧/٣-١١٨ رقم ٢٥٢٢ وهذا لفظه، وأخرجه مسلم في صحيحه / كتاب العتق ١١٣٩/٢ رقم ٠١

عن ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي ﷺ قال: «من أعتق نصيبا له في مملوك أو شركا له في عبد فكان له من المال ما يبلغ قيمته بقيمة العدل فهو عتيق. قال نافع: وإلا فقد عتق منه ما عتق. قال أيوب: لا أدري أشيء قاله نافع أو شيء في الحديث.»^(١)

وقد وافق أيوب على الشك في رفع هذه الزيادة يحيى بن سعيد عن نافع أخرجه مسلم والنسائي^(٢)، وزاد النسائي^(٣) عن أيوب: «وأكثر ظني أنه شيء يقوله نافع من قبله.»^(٤)

وأجيب: بأن الأئمة قد رجحوا رواية من أثبت هذه الزيادة مرفوعة.

قال الشافعي: لا أحسب عالما بالحديث يشك في أن مالكا أحفظ لحديث نافع من أيوب؛ لأنه كان ألزم له من أيوب؛ ولمالك فضل حفظه لحديث أصحابه خاصة، ولو استويا في الحفظ فشك أحدهما في شيء لم

(١) صحيح البخاري / كتاب العتق / باب إذا أعتق عبدا بين اثنين ١١٨/٣.

(٢) انظر: صحيح مسلم / كتاب الأيمان / باب من أعتق شركا له في عبد ٣ / ١٢٨٦، ١٢٨٧، وانظر: فتح الباري ١٥٤/٥.

(٣) هو: أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي بن بحر النسائي، نسبة إلى بلدة نساء بخراسان. المحدث الحافظ الثبت الثقة. ولد سنة ٢١٥ وقيل ٢١٤ هـ ورحل في طلب الحديث إلى الآفاق الإسلامية حتى صار إماما فيه. توفي سنة ٣٠٢ هـ. من تصانيفه «السنن الكبرى» و«السنن الصغرى» و«الضعفاء والمتروكين».

(انظر: سير أعلام النبلاء ١٤/١٢٥ - ١٣٥، البداية والنهاية ١١/١٢٣، تذكرة الحفاظ ٢/٦٩٨).

(٤) انظر: فتح الباري ١٥٤/٥.

يشك فيه صاحبه لم يكن في هذا موضع لأن يغلط به الذي لم يشك إنما يغلط الرجل بخلاف من هو أحفظ منه أو يأتي بشيء في الحديث يشركه فيه من لم يحفظ منه ما حفظ منه، هم عدد وهو منفرد، وقد وافق مالكا في زيادة «وإلا فقد عتق منه ما عتق» يعني غيره^(١).

وممن أثبتها عبيد الله بن عمر العمري^(٢)، وجريير بن حازم^(٣) عند البخاري، وإسماعيل بن أمية^(٤) عند الدار قطني^(٥).

(١) انظر: السنن الكبرى للبيهقي ٢٧٨/١٠، طرح التثريب ٢٠١/٦، فتح الباري ١٥٤/٥.

(٢) هو: أبو عثمان عبيد الله بن عمر بن عاصم بن أمير المؤمنين عمر بن الخطاب العدوي المدني الإمام الكبير، الثقة، الثبت، ولد بعد السبعين وسمع من سالم بن عبدالله والقاسم بن محمد ونافع وغيرهم وعنه خلق كثير، وكان صالحا عابدا حجة كثير العلم. توفي سنة ١٤٧هـ.
(انظر: سير أعلام النبلاء ٢٠٤/٦، تذكرة الحفاظ ١/١٦٠، تهذيب التهذيب ٣٨/٧).

(٣) هو: الإمام الحافظ جريير بن حازم بن زيد بن عبد الله بن شجاع أبو النضر الأزدي مولاهم البصري. محدث البصرة، أحد الأعلام، حدث عن الحسن وابن سيرين وأبي رجاء العطاردي وحديثه عنه في الصحيحين وحدث عن غيرهم كثير. وعنه الأعمش وأيوب السختياني والثوري وغيرهم. مات سنة ١٧٠هـ.
(انظر: الطبقات لابن سعد ٢٧٨/٧، تذكرة الحفاظ ١/١٩٩، سير أعلام النبلاء ٩٨/٧).

(٤) هو: إسماعيل بن أمية بن عمرو بن سعيد بن العاص بن أمية الأموي، ثقة ثبت. توفي سنة ١٤٤هـ وقيل قبلها.
(انظر: تقريب التهذيب ٦٧/١، تهذيب التهذيب ٢٨٣/١).

(٥) انظر فتح الباري ١٥٤/٥.

قال القاضي عياض: ^(١) ما قاله مالك وعبيد الله العمري أولى وقد جوداه، وهما في نافع أثبت من أيوب عند أهل هذا الشأن كيف وقد شك أيوب فيه. ^(٢)

واعترض عليه من وجهين:

أحدهما: لا يسلم ما ذكروه؛ لأن أيوب اطلع على زيادة علم لم يذكرها ولا نفوها، وإنما أدوا لفظ نافع كما سمعوه يسوق الحديث سياقة واحدة، فأدوا ما حفظوه، وأيوب اطلع على تفصيل وتمييز في الحديث فكلهم صادق في روايته، والحكم لمن فصل وميز، وهذا الشك منه هو عين الحفظ، فإنه سمع كما سمعه الجماعة، وفصل الزيادة وميزها، فقال: أكبر ظني أنه شيء كان يقوله نافع برأيه وسمعه مرة، أو مرارا يذكره متصلا بالحديث. فشك: هل هو من قوله أو من قول النبي ﷺ .

وإنما يفيد تقديم عبيد الله ومالك في الحفظ: أن لو خالفهم، فإذا أدى ما أدوه وروى ما رووه بعينه، واطلع على زيادة لم يذكرها: كان الأخذ بروايته أولى؛ لأنهم لم يقولوا. قال نافع: قال رسول الله ﷺ: «وإلا فقد عتق ما عتق». وإنما أدرجوها في الحديث إدراجا كما سمعوه، وفصل أيوب هذا الإدراج، فحفظ شيئا لم يحفظوه.

(١) هو: الإمام العلامة الحافظ شيخ الإسلام أبو الفضل عياض بن موسى بن عياض اليحصبي السبتي المالكي عالم أهل المغرب وإمام أهل الحديث في وقته. ولد سنة ٤٧٦هـ وقيل ٤٩٦هـ. وتوفي سنة ٥٤٤هـ. من تصانيفه: «الشفاء بتعريف حقوق المصطفى» و«إكمال المعلم في شرح صحيح مسلم».

(انظر: سير أعلام النبلاء ٢٠/٢١٢، الديباج المذهب ١٦٨/، شجرة النور/١٤٠)

(٢) انظر: طرح التثريب ٦/٢٠١.

ويرد على هذا الوجه: بالمنع من أن أيوب اطلع على تفصيل وتمييز بل هو شك منه في الرفع إلى النبي ﷺ، ولذلك قال: «أكبر ظني...».

بينما قطع مالك وعبيد الله وجريير بن حازم، ومن قطع مقدم على من شك، ولذلك أخرج الحديث بهذه الزيادة صاحبها الصحيح، ولو كان هناك أدنى شك في عدم رفع هذه الزيادة لما أخرجها والله أعلم.

الثاني: على تقدير الجزم بأنها من كلام النبي ﷺ فإنها لا تناقض حديث الاستسعاء، فإن قوله: «وإلا فقد عتق منه ما عتق» معناه: وإن لم يكن لمعتق البعض مال يبلغ ثمن باقيه عتق من العبد بإعتاقه القدر الذي أعتقه، وأما الجزء الباقي فمسكوت عنه، لم يذكر حكمه. فجاء بيان ذكر حكمه في حديث أبي هريرة ^(١)، فتضمن حديث أبي هريرة ما في منطوق حديث ابن عمر وزيادة بيان ما سكت عنه، ولا تنافي بين الحديثين؛ لأن باب السعاية أنه لا يعتق الشريك، وإنما يعتق بعد الأداء بالسعاية، بخلاف الجزء الذي قد أعتقه فإنه قد تنجز عتقه، وعتق الآخر منتظر موقوف على أداء ما استسعى عليه كالكتابة ^(٢).

ويرد على هذا الوجه: بأنه قد ورد التصريح بأن الجزء الباقي يبقى على الرق بما روى ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: «من أعتق شركا له في عبد أقيم عليه قيمة عدل فأعطى شركاءه وقد عتق عليه العبد إن كان موسرا وإلا عتق منه ما عتق ورق ما بقي» ^(٣).

(١) المقصود به حديث أبي هريرة في استسعاء العبد وسيأتي في أدلة القول الأول .

(٢) انظر: تهذيب السنن لابن القيم ٥/٤٠١.

(٣) أخرجه الدار قطني في سننه كتاب المكاتب ٤/١٢٣-١٢٤، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى / كتاب العتق / باب من أعتق شركا له في عبد وهو معسر

٢٨٠/١٠

قال العراقي: ^(١) إسناده جيد، وقول ابن حزم إنها موضوعة مكذوبة لا نعلم أحدا رواها لا ثقة، ولا ضعيف ^(٢) فمردود عليه، وكذا كلام الطحاوي في راويها إسماعيل بن مرزوق بقوله ليس ممن يقطع بروايته فقد ذكره ابن حبان في الثقات، وروى عنه غير واحد، ولم أر أحدا ضعفه وباقي إسناده ثقات. ^(٣)

وقد أجيب من وجهين :

أحدهما : بأن إسماعيل بن مرزوق الكعبي ليس بالمشهور عن يحيى بن أيوب وفي حفظه شيء عنهم ^(٤).

الثاني: على تقدير صحتها فليس فيها أنه يستمر رقيقا، بل هي مقتضى المفهوم من رواية غيره، وحديث الاستسعاء ^(٥) فيه بيان الحكم بعد ذلك. فللذی صحح رفعه أن يقول: معنى الحديثين أن المعسر إذا أعتق

(١) هو: عبد الرحيم بن الحسن بن عبدالرحمن بن أبي بكر بن إبراهيم بن الزين أبو الفضل الكردي الأصل الشافعي، المعروف بالعراقي. الحافظ الكبير صاحب الألفية، كان آية في الحفظ، فقيها أصوليا، محدثا غلب عليه الحديث حتى صار إمام عصره فيه. توفي سنة ٨٠٦هـ وكانت ولادته سنة ٧٢٥هـ. من تصانيفه « طرح الترتيب » و « تخريج أحاديث الإحياء ». (انظر: الضوء اللامع ١٧١/٤، حسن المحاضرة ٣٦٠/١، البدر الطالع ٣٥٤/١).

(٢) انظر: قول ابن حزم في المحلى ١٩٨/٩.

(٣) انظر: تقريب الأسانيد مع طرح التثريب ١٩٤/٦-١٩٥.

(٤) انظر: فتح الباري ١٥٨/٥-١٥٩.

(٥) سيأتي حديث الاستسعاء في أدلة القول الأول.

حصته لم يسر العتق في حصة شريكه، بل تبقى حصة شريكه على حالها وهي الرق، ثم يستسعى في عتق بقيته فيحصل ثمن الجزء الذي لشريكه سيده ويدفعه إليه ويعتق وجعلوه في ذلك كالمكاتب. (١)

٢- الدليل الثاني من أدلة القول الثاني: من جهة المعنى، حيث قالوا إنما لزم السيد التقويم إن كان له مال للضرر الذي أدخله على شريكه والعبد لم يدخل ضررا فليس يلزمه شيء. (٢)

ويناقش: بأن إلزام العبد بالسعي في نصيب الشريك الآخر إنما هو لمصلحته، وهو تكميل حريته التي يتشوف لها الشارع والتي بسببها أوجب على المعتق الموسر - وهو غير مالك له - أن يفك بقية رقبته من الرق الذي هو أثر الكفر، فالأن يوجب على العبد أن يفك بقية رقبته مع كسبه وقدرته على تخليص نفسه أولى وأحرى. (٣)

أدلة القول الأول :

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية :

١- ماروى سعيد عن قتادة عن النضر بن أنس عن بشير بن نهيك عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: من أعتق نصيبا أو شقيصا في مملوك فخلاصه عليه في ماله إن كان له مال وإلا قوم عليه فاستسعى به

(١) انظر: المرجع نفسه، ونقله عنه في التعليق المغني على سنن الدارقطني ٤/١٢٤-١٢٥.

(٢) انظر: بداية المجتهد ٢/٣١٦.

(٣) انظر: تهذيب السنن ٥/٤٠٢.

غير مشقوق عليه»^(١).

قال البخاري: تابعه حجاج بن حجاج^(٢) وأبان^(٣) وموسى بن خلف^(٤) عن قتادة.. اختصره شعبة^(٥).

ووجه الاستدلال به ظاهر في أن العبد يستسعى في نصيب الشريك - الذي لم يمتق - إذا كان الممتق معسرا.

ونوقش الاستدلال بهذا الحديث: بأن الاستسعاء ليس في الخبر مسندا، وإنما هو مدرج من كلام قتادة، واستدلوا على ذلك بالآتي:

(١) أخرجه البخاري في صحيحه / كتاب العتق / باب إذا أعتق نصيبا له في عبد وليس له مال استسعى العبد ١١٨-١١٩ رقم ٢٥٢٧. وأخرجه مسلم في صحيحه / كتاب العتق / باب ذكر سعاية العبد ١١٤٠/٢ رقم ٢.

(٢) هو: الحافظ حجاج بن حجاج الباهلي البصري الأحول، كان موصوفا بالحفظ، حدث عن قتادة ولازمه وحدث عن غيره. وثقه أبو حاتم الرازي وغيره. مات في الكهولة بالبصرة سنة ١٢١هـ.

(انظر: الجرح والتعديل ١٥٨/٣، سير أعلام النبلاء ١٥١/٦، تهذيب التهذيب ١٩٩/٢).

(٣) هو: أبو يزيد أبان بن يزيد العطار البصري، ثقة له أفراد، مات في حدود الستين ومائة. قال الإمام أحمد: كان ثبتا في كل المشايخ. (انظر: تقريب التهذيب ٣١/١، تذكرة الحفاظ ٢٠١/١).

(٤) هو: أبو خلف موسى بن خلف العمي البصري، روى عن قتادة وعاصم الأحول وعاصم بن بهدلة وغيرهم. قال ابن حجر: صدوق عابد له أوهام. (انظر: ميزان الاعتدال ٢٠٣/٤، تقريب التهذيب ٢٨٢/٢، تهذيب التهذيب ٣٤١/١٠-٣٤٢).

(٥) انظر: صحيح البخاري ١١٩/٣.

أولاً: ما رواه الدار قطني والخطابي والبيهقي^(١) من راية همام عن قتادة عن النضر بن أنس عن بشير بن نهيك عن أبي هريرة أن رجلاً أعتق شقصا من مملوك فأجاز النبي ﷺ عتقه وغرمه بقية ثمنه .

قال قتادة: «إن لم يكن له مال استسعى العبد غير مشقوق عليه». ففي هذه الرواية فصل السعاية من الحديث وجعلها من قول قتادة. وقد ذهب إلى هذا غير واحد من الأئمة كالنسائي وابن المنذر والإسماعيلي^(٢) وغيرهم.

ثانياً: ضعَّف أمر السعاية أيضاً أحمد والشافعي مستدلين: بأن شعبة وهشام الدستوائي وهمام اتفقوا على ترك ذكر الاستسعاء في هذا الحديث والقول قولهم في قتادة إذا خالفهم في قتادة غيرهم^(٣).

وأجيب عن ذلك: بأن الجميع مرفوع إلى النبي ﷺ ولذلك صححه

(١) انظر: سنن الدارقطني / كتاب المكاتب ٤/١٣٧، والسنن الكبرى للبيهقي / كتاب العتق / باب من قال في المعسر يستسعى العبد ١٠٠/٢٨٢، ومعالم السنن للخطابي مع سنن أبي داود ٤/٢٥٤.

(٢) هو: أبو بكر أحمد بن إبراهيم بن إسماعيل بن العباس الإسماعيلي الجرجاني الشافعي الإمام الحافظ الثبت. ولد سنة ٢٧٧هـ ورحل في طلب الحديث، وحدث وخرج وصنف. قال الحاكم: الإسماعيلي شيخ المحدثين والفقهاء وأجلهم في في الرياسة والمروءة والسخاء. توفي سنة ٣٧١هـ. من تصانيفه: «مسند عمر» و«المستخرج على الصحيح».

(انظر: سير أعلام النبلاء ١٦/٢٩٢، تذكرة الحفاظ ٣/٩٤٧، شذرات الذهب ٣/٧٢).

(٣) انظر: السنن الكبرى للبيهقي ١٠/٢٨١-٢٨٣، طرح التثريب ٦/٢٠٣-٢٠٥، فتح الباري ٥/١٥٧-١٥٨، المغني ٩/٣٤٢.

صاحبها الصحيح، وهو الذي رجحه ابن دقيق العيد^(١) وجماعة^(٢)، لأن سعيد ابن أبي عروبة أعرف بحديث قتادة لكثرة ملازمته له وكثرة أخذه من همام وغيره، وهشام وشعبة، وإن كانا أحفظ من سعيد لكنهما لم ينافيا ما رواه، وإنما اقتصرنا من الحديث على بعضه وليس المجلس متحدا حتى يتوقف في زيادة سعيد، فإن ملازمة سعيد لقتادة كانت أكثر منهما فسمع منه ما لم يسمعه غيره، وهذا كله لو انفرد، وسعيد لم ينفرد، وقد قال النسائي في حديث أبي قتادة عن أبي المليح في هذا الباب بعد أن ساق الاختلاف فيه على قتادة: هشام وسعيد أثبت في قتادة من همام .

وما أعل به حديث سعيد من كونه اختلط أو تفرد به مردود؛ لأنه في الصحيحين من رواية من سمع منه قبل الاختلاط كيزيد بن زريع^(٣)، ووافقه

(١) هو: شيخ الإسلام أبو الفتح تقي الدين محمد بن علي بن وهب بن مطيع بن أبي الطاعة المنفلوطي المصري الأصل القوصي المنشأ، المالكي ثم الشافعي، نزيل القاهرة. كان إماما متقنا مجودا محررا فقيها مدققا أصوليا مدركا أدبيا نحويا، توفي سنة ٧٠٢هـ وكانت ولادته سنة ٦٢٥هـ من تصانيفه: «الإمام في أحاديث الأحكام».

(انظر: طبقات السبكي ٢/٦-٢٣، البداية والنهاية ١٤/٢٧، الدرر الكامنة ٤/٢١٠ - ٢١٤).

(٢) انظر: إحكام الأحكام لابن دقيق العيد ٤/٢٦٠.

(٣) هو: الإمام الحافظ يزيد بن زريع العيشي ويقال: التميمي أبو معاوية البصري، ثقة ثبت. حدث عن أيوب السختياني وحميد الطويل وخالد الحذاء وغيرهم. وقال بشر الحافي: كان يزيد متقنا حافظا ما أعلم أبي رأيت مثله ومثل صحة حديثه. توفي سنة ١٨٢هـ .

(انظر: الطبقات لابن سعد ٧/٢٨٩، تذكرة الحفاظ ١/٢٥٦-٢٥٧، تهذيب التهذيب ١١/٣٢٥-٣٢٨).

عليه من تقدم ذكرهم وآخرون معهم، وهمام هو الذي انفرد بالتفصيل، وهو الذي خالف الجميع في القدر المتفق على رفعه؛ فإنه جعله واقعة عين وهم جعلوه حكما عاما فدل على أنه لم يضبطه كما ينبغي، والعجب ممن طعن في رفع الاستسعاء بكون همام جعله من قول قتادة ولم يطعن فيما يدل على ترك الاستسعاء وهو قوله في حديث ابن عمر المتقدم: «وإلا فقد عتق منه ما عتق» بكون أيوب جعله من قول نافع، ففصل قول نافع من الحديث وميزه كما صنع همام سواء فلم يجعلوه مدرجا كما جعلوا حديث همام مدرجا مع كون يحيى بن سعيد وافق أيوب في ذلك وهمام لم يوافقه أحد .

قال ابن المواق^(١): «والإنصاف أن لا نوهم الجماعة بقول واحد مع احتمال أن يكون سمع قتادة يفتي به، فليس بين حديثه به مرة وفتياه به أخرى منافاة»^(٢).

وقال أبو بكر الخطيب^(٣): «إن قول همام يصلح علة لو كان الذي رفعه

(١) هو: عبدالله بن المواق المغربي محدث حافظ أصولي، من آثاره: بغية النقاد في أصول الحديث، توفي سنة ٨٩٧ هـ. (انظر: معجم المؤلفين ١٥٧/٦، كشف الظنون ٢٥١/١).

(٢) انظر: فتح الباري ١٥٨/٥، تهذيب السنن ٣٩٧/٥-٣٩٩، المحلى ١٩٩/٩.

(٣) هو: أبو بكر أحمد بن علي بن ثابت أحمد بن مهدي البغدادي الحافظ الكبير، الإمام محدث الشام والعراق، رحل في طلب الحديث إلى الأقاليم وبرع فيه وصنف وجمع وتقدم في عامة فنون الحديث، توفي سنة ٤٦٣ هـ .
من تصانيفه: «التاريخ» و«السابق واللاحق» .
(انظر: تذكرة الحافظ ١١٣٥/٣، البداية ١٠١/١٢-١٠٢، وفيات الأعيان ٩٢/١-٩٣).

دون همام، وأما إذا كان مثله وأكثر عدد منه فالحكم لهم. والله أعلم.^(١)

ثالثا: مما استدل به على تضعيف حديث الاستسعاء: «حديث ابن عمر المتقدم قال في آخره. «ورق مابقي»، وقد تقدم الجواب عليه.^(٢)

رابعا: واستدلوا على إبطال الاستسعاء بحديث عمران بن حصين^(٣) أن رجلا أعتق ستة مملوكين له عند موته لم يكن له مال غيرهم، فدعا بهم رسول الله ﷺ فجزأهم أثلاثا ثم أقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة وقال له قولا شديدا.^(٤)

ووجه الدلالة منه: أن الاستسعاء لو كان مشروعاً لنجز من كل واحد منهم عتق ثلثه وأمره بالاستسعاء في بقية قيمته لورثة الميت.^(٥)

وأجيب: بأن هذه واقعة عين فيحتمل أن يكون قبل مشروعية الاستسعاء ويحتمل أن يكون الاستسعاء مشروعاً إلا في هذه الصورة، وهي

(١) انظر: تهذيب السنن ٥/٣٩٩.

(٢) انظر: ص ٥٨٠ - ٥٨١.

(٣) هو: الإمام القدوة أبو نجيد عمران بن حصين بن عبيد بن خلف الخزاعي الكعبي، أسلم عام خيبر وغزا مع رسول الله وبعثه عمر إلى البصرة ليفقه أهلها وكان من فضلاء الصحابة مستجاب الدعوة، وقد اعتزل الفتنة ولم يحارب مع علي، توفي بالبصرة سنة ٥٢ هـ.
(انظر: الطبقات لابن سعد ٤/٢٨٧، أسد الغابة ٣/٢٧٨، الإصابة ٢/٢٦).

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه / كتاب الأيمان / باب من أعتق شركا له في عبد ٢/١٢٨٨، وهذا لفظه. وأخرجه أبو داود في سننه / كتاب العتق / باب فيمن أعتق عبدا له لم يبلغهم الثلث ٤/٢٦٦-٢٦٩.

(٥) انظر: فتح الباري ٥/١٥٩.

ما إذا أعتق جميع ما ليس له أن يعتقه، وقد أخرج عبد الرزاق بإسناد رجاله ثقات عن أبي قلابة^(١) عن رجل من بني عذرة: «أن رجلا منهم أعتق مملوكا له عند موته وليس له مال غيره فأعتق رسول الله ﷺ ثلثه وأمره أن يسعى في الثلثين». ^(٢) وهذا يعارض حديث عمران^(٣).

وأجاب ابن القيم عن الاستدلال بحديث عمران من وجه آخر: بأن الرجل أعتق العبيد وهم كل التركة وإنما يملك التبرع في ثلثه، فكمل النبي ﷺ الحرية في عبيدين، مقدار الثلثين، وكأنهما هما اللذان باشرهما بالعتق، والشارع حجر عليه، ومنعه من تبعيض الحرية في جميعهم، وكملها في اثنين. ^(٤)

خامسا: ومما استدل به على ضعف حديث السعاية ما رواه النسائي^(٥)

(١) هو: عبدالله بن زيد بن عمرو أو عامر الجرمي البصري أبو قلابة، أحد الأعلام، روى عن سمرة بن جندب وثابت بن الضحاك وأنس بن مالك وخلق كثير. طلب للقضاء فتغيب وتغرب عن وطنه فقدم الشام ونزل داريا وكان عظيم القدر ثقة مأمونا توفي سنة ١٠٤هـ وقيل غير ذلك.
(انظر: الطبقات لابن سعد ١٨٢/٧، تذكرة الحفاظ ٩٤/١، شذرات الذهب (١٢٦/١).

(٢) مصنف عبد الرزاق / كتاب المدبر / باب من أعتق شركا له في العبد ١٥٢/٩ رقم ٠١٦٧١٩

(٣) انظر: فتح الباري ١٥٦/٥

(٤) انظر: تهذيب السنن ٥/٤٠٠

(٥) انظر: السنن الكبرى للنسائي / كتاب العتق / ذكر العبد يكون للرجل فيعتق بعضه . مخطوط ورقة ٠٤/٦٤

من طريق سلمان بن موسى عن نافع عن ابن عمر بلفظ: «من اعتق عبدا وله فيه شركاء وله وفاء فهو حر ويضمن نصيب شركائه بقيمته لما أساء من مشاركتهم وليس على العبد شيء».

وأجيب عنه من وجهين :

أحدهما: أنه ضعيف. قال النسائي: سليمان بن موسى ليس بذاك القوي في الحديث ولا نعلم أحدا روى هذا الحديث عن عطاء غيره.^(١)

الثاني: لو سلم بصحته فإنه مختص بصورة اليسار لقوله فيه: «وله وفاء»، والاستسعاء إنما هو في صورة الإعسار فلا حجة فيه.^(٢)

سادسا: ومما استدل به أيضا أن فائدة الاستسعاء أن لا يدخل الضرر على الشريك، ولو كان الاستسعاء مشروعا للزم أنه لو أعطاه مثلا كل شهر درهمين أنه يجوز ذلك، وفي ذلك غاية الضرر على الشريك.^(٣)

ويجاب عنه: بأن لا يصح رد الأحاديث الصحيحة بمثل هذه التعليقات إذ إنه يفرض على العبد بما يتوافق مع نشاطه وقدرته من غير مشقة وهي نسبة ما كان ينتفع بها الشريك منه قبل إعتاقه.

٢- الدليل الثاني لأصحاب هذا القول من جهة المعنى: حيث قالوا: إن الحرية حق شرعي لا يجوز تبغيضه، فإذا كان الشريك المعتق موسرا عتق الكل عليه، وإن كان معسرا سعى العبد في قيمته، وفيه مع هذا

(١) انظر: تحفه الأشراف ٦/٩٩٠.

(٢) انظر: فتح الباري ٥/١٥٩.

(٣) انظر: المغني ٩/٣٤٢، فتح الباري ٥/١٥٧.

رفع الضرر الداخل على الشريك وليس فيه ضرر على العبد^(١).

ويناقش من وجهين:

الوجه لأول :

لا يسلم أن الحرية حق لا يجوز تبييضه، بل ذلك جائز ويدل عليه حديث ابن عمر.

ويجاب عنه : بالمنع إذ إن حديث ابن عمر لا دلالة فيه على تبييض العتق ولا منافاة بينه وبين حديث الاستسعاء كما تقدم^(٢).

الوجه الثاني:

لا يسلم بأن في الاستسعاء رفعاً للضرر عن الشريك وليس فيه ضرر على العبد بل فيه ضرر على الشريك، إذ إنه يحال على سعاية لعله لا يحصل منها على شيء وإن حصل فربما يكون يسيراً متفرقاً ويفوت عليه ملكه، وأما العبد: فإنه يجبر على سعاية لم يردها وكسب لم يختره وهذا ضرر في حقهما، وقد قال النبي ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»^(٣).

ويجاب عنه: بما تقدم من نفي الضرر عن الشريك وعن العبد^(٤).

(١) انظر: بداية المجتهد ٢/٢١٦.

(٢) انظر: ص ٥٧٩ - ٥٨١.

(٣) انظر: المغني ٩/٣٤٢، والحديث سبق تخريجه ص: ١٨٢.

(٤) انظر: المناقشة الواردة على الدليل الثاني ص ٥٨١ - ٥٨٢، وانظر: الجواب على الاعتراض السادس ص ٥٨٨ - ٥٨٩.

الترجيح :

بعد عرض أدله الأقوال الثلاثة فإنه يظهر ضعف أدلة القول الثالث وعدم دلالة حديث ابن عمر - الذي استدل به أصحاب القول الثاني - على ما ذهبوا إليه من نفي الاستسعاء، في مقابل قوة ما استدل به أصحاب القول الأول - فيما ذهبوا إليه من إثبات على المعتق الموسر، والسعاية على العبد إذا كان المعتق معسرا - وسلامتها من المناقشات الواردة عليها - والله أعلم .-

تضريح على القول الراجح:

القائلون بأن العبد يسعى بنصيب الشريك إذا كان المعتق معسرا اختلفوا في السعاية هل هي واجبة على العبد أو أنها على التخيير إن شاء استسعى وإن شاء ترك الاستسعاء ؟على قولين:

القول الأول :

أنه يجب على العبد أن يسعى في نصيب الشريك الذي لم يعتق .
وبه قال القائلون بإثبات السعاية في الأصل عدا البخاري والبيهقي^(١).

القول الثاني :

أنه لا يجب على العبد السعاية بل هو على الخيار فيها .
وبه قال البخاري^(٢) وإليه مال البيهقي^(٣).

(١) انظر: مراجعهم عند الأصل في إثبات السعاية: ص ٥٦٩ .

(٢) انظر: صحيح البخاري ١١٨/٣، فتح الباري ١٥٩/٥ .

(٣) انظر: السنن الكبرى ٢٨٤/١٠، فتح الباري ١٥٩/٥ .

الأدلة:

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:

١- قوله ﷺ في حديث أبي هريرة: «غير مشقوق عليه»^(١).

ووجه الاستدلال به: أن الاستسعاء لو كان على سبيل اللزوم بأن يكلف العبد الاكتساب والطلب حتى يحصل ذلك لحصل له بذلك غاية المشقة^(٢).

ونوقش من وجهين :

الأول: أنه لا دلالة في الحديث على نفي وجوب الاستسعاء؛ لأن معنى قوله ﷺ: «غير مشقوق عليه»: أي مكلف بما يشق عليه، وإذا فرض عليه ما يطيقه - بحسب قوته ونشاطه - فإنه لا يكون مشقوقا عليه.

الثاني: أن القول بدلالة الحديث على التخيير يترتب عليه أن يبقى الرق في حصة الشريك، إذا لم يختر العبد الاستسعاء - وهذا يعارضه حديث أبي المليح^(٣) عن أبيه: «أن رجلا أعتق شقصا له من غلام فذكر ذلك

(١) سبق تخريجه : ص ٥٨٢.

(٢) انظر: فتح الباري ١٥٩/٥.

(٣) هو : عامر بن أسامة وقيل زيد بن أسامة ابن عمير وقيل ابن عمار بن عمير بن حنيف بن ناحية الهذلي، روى عن أبيه ومعمل بن يسار وابن عباس وعائشة وغيرهم وعنه جمع . ثقة مات سنة ١١٢هـ وقيل سنة ١٠٨هـ، ولي إمرة الأبله .
(انظر: الطبقات لابن سعد ٢١٩/٧، الكاشف ٢٣٦/٢، تهذيب التهذيب ٢٤٦/١٢).

للنبي ﷺ فقال: ليس لله شريك». وفي رواية: «فأجاز عتقه»، أخرجه (١) أبو داود والنسائي بإسناد قوى، وأخرجه أحمد بإسناد حسن من حديث سمرة: «أن رجلا أعتق شقصا له في مملوك، فقال النبي ﷺ: «هو كله فليس لله شريك» (٢).

وأجيب عنه : بأنه يمكن حمله على ما إذا كان المعتق غنيا أو على ما إذا كان جميعه له فأعتق بعضه، يؤيد ذلك ما رواه أبو داود (٣) من طريق ملقأم بن التلب (٤) عن أبيه: «أن رجلا أعتق نصيبه من مملوك فلم يضمه النبي ﷺ» وإسناده حسن، وهو محمول على المعسر وإلا لتعارضوا. ذكر ذلك ابن حجر (٥).

(١) أخرجه أبو داود في سننه / كتاب العتق / باب فيمن أعتق نصيبا له من مملوك ٢٥١/٤ رقم ٣٩٣٣ وأخرجه النسائي في الكبرى / كتاب العتق / ذكر العبد يكون للرجل فيعتق بعضه - مخطوط - ورقة ٦٤/أ. وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه من حديث أبي المليح أن رجلا أعتق ثلث غلام - كتاب البيوع والأقضية / باب الرجل يعتق بعض مملوك ١٨٤/٦ رقم ٧٤٥ وأخرجه كذلك البيهقي في السنن الكبرى / كتاب العتق / باب من أعتق من مملوكه شقصا ٢٧٤/١٠.

(٢) انظر: فتح الباري ١٥٩/٥.

(٣) سنن أبي داود / كتاب العتق / باب فيمن روى أنه لا يستسعى ٢٥٩/٤ رقم ٣٩٤٨.

(٤) هو: ملقأم، ويقال هلقأم بن التلب بن ثعلبة بن ربيعة التميمي العنبري، بصري، يروي عن أبيه وله صحبة وعنه ابن أخيه غالب بن جمرة وابنته أم عبدالله بنت ملقأم .

(انظر: تهذيب التهذيب ٢٩٥/١٠، الكاشف ١٥٣/٣).

(٥) انظر: فتح الباري ١٥٩/٥.

ويرد عليه: بأن الحديث عام في تكميل الحرية في حالة الإعسار والإيسار وفي عتق الرجل بعض رقيقه وعتقه ماله فيه شركة، فقصره على ما حملوه عليه يحتاج إلى دليل. وحديث ابن التلب عن أبيه ليس فيه تعرض للسعاية وإنما فيه عدم تضمين الشريك. وهذا ما نقول به، وأما تكميل الحرية فقد دلت عليه الأحاديث الأخرى المتقدمة .

٢- قياس عدم إلزام العبد على السعاية إذا أعتق بعضه على عدم إلزامه على الكتابة.^(١)

ويناقش: بأن هذا قياس مع الفارق، إذ عدم إلزام العبد على الكتابة لأنه ليس فيه شركة لله أصلاً بخلاف من أعتق بعضه، فإنه لما صار لله فيه شركة ألزم بالسعاية، ليصير نفسه عبداً محضاً لله، كما يدل على ذلك قول النبي ﷺ في الحديث المتقدم: «ليس لله شريك».

أدلة القول الأول :

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية :

١- قوله ﷺ: «استسعى العبد»، أي ألزم السعي فيما يفك باقي رقبته من الرق.^(٢)

٢- أن الشارع متطلع لتكميل الحرية ولهذا أخرج الحر المملوك عن مالكه قهراً إذا كان الشريك المعتق موسراً، وإذا كان كذلك فلأن يوجب على

(١) انظر: المرجع السابق.

(٢) انظر: إحكام الأحكام لابن دقيق العيد ٢٦١/٤.

العبد أن يفتك بقيه رقبته مع كسبه وقدرته على تخليص نفسه أولى وأحرى.

وهذا يشبه الأسير إذا قدر على تخليص نفسه من الأسر، بل هذا أولى؛ لأنه قد صار فيه جزء لله لا يملكه أحد، وقد أمكنه أن يصير نفسه عبدا محضا لله.^(١)

الترجيح :

بعد عرض أدله القولين فإنه يظهر أن الراجح هو القول الأول لقوة أدلته وسلامتها من المناقشة في مقابل ضعف أدلة القول الثاني بما ورد عليها من مناقشات - والله أعلم - .

(١) انظر: تهذيب السنن ٥/٤٠٢.

المطلب الثاني في عتق بعض عبده

إذا أعتق شخص بعض عبده، فقد اختلف في سريان العتق إلى باقيه
بهذا الإعتاق على الأقوال الآتية :

القول الأول:

أنه يعتق جميعه بإعتاق بعضه .

وبه قال المالكية^(١)، والشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣)، وأبو يوسف، ومحمد بن
الحسن^(٤)، وهو قول الحسن، والحكم، والأوزاعي، والثوري^(٥). وابن حزم^(٦)،
وهو مروى عن عمر وابنه^(٧).

قال ابن عبد البر: عامة العلماء بالحجاز والعراق قالوا يعتق كله إذا
أعتق نصفه^(٨).

-
- (١) انظر: التاج والإكليل ٢٢٦/٦، شرح أبي الحسن على الرسالة ٢٢٢/٢.
 - (٢) انظر: شرح روض الطالب ٤٣٦/٤، نهاية المحتاج ٣٥٥/٨.
 - (٣) انظر: الشرح الكبير مع المغني ٢٤٧/١٢ - ٢٤٨، الفروع ٨٤/٥.
 - (٤) انظر: المبسوط ١٠٣/٧، البناية على الهداية ٤٤/٥.
 - (٥) انظر: المغني ٣٤٤/٩، الشرح الكبير مع المغني ٢٤٧/١٢ - ٢٤٨.
 - (٦) انظر: المحلى ٢٠٠/٩.
 - (٧) انظر: المرجع السابق، المغني ٣٤٤/٩.
 - (٨) انظر المغني ٣٤٤/٩.

القول الثاني:

أنه يعتق منه ما أعتق ويبقى منه ما لم يعتق على الرق .
وبه قال طاووس^(١).

القول الثالث:

أن المعتق بالخيار إن شاء أعتق وإن شاء استسعاه في ما لم يعتق وما لم يؤد السعاية فهو كالمكاتب .
وبه قال أبو حنيفة^(٢)، وهو قول حماد بن أبي سليمان^(٣).

الأدلة:

أدلة القول الثالث:

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:

١- ماروى سالم عن ابن عمر رضي الله عنهما أن الرسول الله ﷺ قال: «من أعتق شقصا له في عبد فإن كان موسرا فعليه خلاصه وإلا فقد عتق منه ما عتق ورق مارق»^(٤).

ويناقش من وجهين:

أحدهما: أنه لا دلالة في الحديث على محل النزاع، بل الحديث يدل على حكم الرقيق إذا كان بين شريكين .

(١) انظر: المرجع السابق.

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص ٣٦٧، تبين الحقائق ٧٢/٣ - ٧٣ .

(٣) انظر: المغني ٢٣/٩ .

(٤) سبق تخريجه : ص ٥٧٩ .

الثاني: أن قوله: « ورق مارق » غير ثابتة.^(١)

٢- ماروي الحسن قال: قال علي بن أبي طالب: «يعتق الرجل ماشاء من غلامه».^(٢)

ويناقدش من وجوه :

أحدها: أن الحسن لم يسمع من علي . قال الترمذي: لا يعرف له سماع من علي^(٣). وقال همام بن يحيى عن قتادة: والله ما حدثنا الحسن عن بدري مشافهة^(٤).

الثاني: لو سلم بصحة هذا الأثر فإنه في مقابل الأحاديث الواردة عن النبي ﷺ والتي تدل على أنه يعتق جميعه وتنفي أن يكون لله فيه شريك.^(٥)

الثالث: أن الأثر لا دلالة فيه على الاستسعاء .

٣- أن هذا إزالة ملك اليمين فيتجزأ في المحل كالبيع.^(٦)

ويناقدش من وجهين:

أحدهما: أن هذا قياس مع الفارق؛ لأن البيع لا يحتاج إلى السعاية ولا

(١) انظر: ص ٥٨٠ - ٥٨١.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه / كتاب البيوع والأقضية / في الرجل يعتق بعض مملوكه ١٨٤/٦ رقم الأثر ٧٤٧، وأخرجه ابن حزم في المحلى ٩/٢٠٠.

(٣) انظر: تهذيب التهذيب ٢/٢٦٨.

(٤) انظر: المرجع السابق ٢/٢٦٦.

(٥) انظر هذه الأحاديث ص ٥٩١ - ٥٩٣.

(٦) انظر: المبسوط ٧/١٠٣.

ينبني على التغليب والسراية بخلاف العتق.^(١)

الثاني: لو سلم بصحة القياس على البيع فإنه في مقابل الأحاديث الدالة على انتفاء الشركة فيه لله .

أدلة القول الثاني:

يستدل لطاووس بالأثر المتقدم عن علي رضي الله عنه .

وقد تقدمت مناقشته .

أدلة القول الأول:

١- ماروى ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: « من أعتق شركا له في عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم العبد قيمة عدل فأعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه وإلا فقد عتق منه ما عتق ».^(٢)

ووجه الاستدلال منه: أنه إذا أعتق عليه نصيب شريكه كان ذلك تنبيها على عتق جميعه إذا كان ملكا له .^(٣)

٢- ماورد من الأحاديث التي تدل على المنع من أن يكون لله شريك فيمن أعتق بعضه كحديث أبي المليح عن أبيه: « أن رجلا أعتق شقصا له من غلام فذكر ذلك للنبي ﷺ فقال: ليس لله شريك » وكحديث سمرة: « أن رجلا أعتق شقصا له في مملوك، فقال النبي ﷺ:

(١) انظر: المغني ٢٤٥/٩ .

(٢) سبق تخريجه : ص ٥٧٥ .

(٣) انظر: المغني ٢٤٥/٩، الشرح الكبير ٢٤٨/١٢ .

« هو كله فليس لله شريك »^(١).

فإذا ألزم الشارع معتق نصيبه من المشترك بإعتاق ملك شريكه فمن باب أولى إلزامه بإعتاق ما يملكه تحقيقاً لانتفاء المشاركة .

٣- ماروى خالد بن سلمة^(٢) عن عمر بن الخطاب: « من أعتق ثلث مملوكه فهو حر كله ليس لله شريك »^(٣).

ويناقش: بأنه منقطع؛ لأن خالد بن سلمة لم يسمع من عمر^(٤).

٤- أن هذا إزالة ملك لبعض مملوكه الآدمي فزال عن جميعه كالطلاق^(٥).

ويناقش: بأن هذا قياس مع الفارق؛ لأن الطلاق لا يمكن تبويضه إذ لا يمكن أن يطلق الرجل زوجته نصف تطليقة بخلاف العتق فإنه يعتق منه بقدر ما خرج من الثلث دون ما لم يخرج منه .

(١) سبق تخريجها ص : ٥٩١ - ٥٩٢ .

(٢) هو: خالد بن سلمة بن العاص بن هشام بن المغيرة المخزومي أبو سلمة ويقال: أبو المقسم المعروف بالفأفأ الكوفي أصله حجازي . صدوق رمي بالإرجاء والنصب مات سنة ١٣٢هـ .
(انظر: الطبقات لابن سعد ٣٤٧/٦، تهذيب التهذيب ٩٥/٣ - ٩٦ ، تقريب التهذيب ٢١٤/١).

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى / كتاب العتق / باب من أعتق شركا له في عبد وهو موسر ١٠/٢٧٥، وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه كتاب البيوع والأقضية /باب في الرجل يعتق بعض مملوكه ٦/١٨٣ ورقم ٧٤٣، وأخرجه ابن حزم في المحلى ٩/٢٠٠ .

(٤) انظر: تهذيب التهذيب ٩٥/٣ - ٩٦ ، ميزان الاعتدال ١/٦٣١ .

(٥) انظر: المغني ٩/٣٤٥، الشرح الكبير مع المغني ١٢/٢٤٨ .

وقد يجاب: بأن ما عتق في الوصية هو جميع ما يملكه؛ لأنه لا يملك بعد وفاته إلا الثلث فكان القياس صحيحا .

الترجيح:

بعد عرض أدلة الأقوال وما ورد عليها من مناقشات فإنه يترجح قوة القول الأول لسلامة أكثر أدلته من المناقشة في مقابل ضعف دلالة أدلة القولين الآخرين بما ورد عليها من مناقشات - والله أعلم - .

المطلب الثالث

في ملك الشريكين لرقيق ذا رحم محرّم لأحدهما

إذا ملك رجلان رقيقاً ممن يعتق على أحدهما كابنه أو أبيه أو ملك بعض رجل يعتق عليه فهل يسري العتق إلى باقيه أو يعتق عليه ما ملك منه فقط ؟

اختلف في ذلك على أربعة أقوال :-

القول الأول:

أنه إن ملكه باختياره - كما لو اشتراه أو وهب له فإن العتق يسري إلى باقيه إن كان موسراً ويضمن لشريكه قيمة نصيبه، وإن كان معسراً سعى الرقيق في نصيب الشريك. وإن ملكه بغير اختياره كما لو ورثه - فإنه لا يسري إلى باقيه موسراً كان أو معسراً .

وبه قال أبو يوسف ومحمد بن الحسن^(١).

القول الثاني:

أنه إن ملكه باختياره فإن العتق يسري إلى باقيه إن كان موسراً ويضمن لشريكه قيمة نصيبه، وإن كان معسراً أو ملكه بغير اختياره فإنه لا يسري إلى باقيه ولا يسعى الرقيق .

(١) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٥٨/٢ ، تبين الحقائق ٧٨/٣ - ٧٩ .

وبه قال المالكية،^(١) والشافعية،^(٢) وهو المذهب عند الحنابلة.^(٣)

القول الثالث:

أن العتق يسري إلى باقيه إن كان من ملكه من ذي رحمه موسرا ولا يسري إذا كان معسرا سواء ملكه باختياره أو بغير اختياره.

نقل ذلك المروزي عن أحمد.^(٤)

القول الرابع:

أنه يعتق عليه ما ملكه منه، وشريكه بالخيار إن شاء أعتق نصيبه وإن شاء استسعى العبد سواء ملك ذلك باختياره أو بغير اختياره.

وبه قال أبو حنيفة.^(٥)

الأدلة:

أدلة القول الرابع:

أولاً: أدلتهم على ما ذكروا إذا كان الملك باختياره :

استدلوا على ذلك: بأن ضمان العتق يجب بالإتلاف والإفساد، والرضا بالسبب يمنع وجوب مثل هذا الضمان كما لو أتلف مال الغير بإذنه،

(١) انظر: الكافي لابن عبد البر ٢/٢٧٤، الشرح الصغير ٤/٥٢٥.

(٢) انظر: روضة الطالبين ١٢/١١٧، مغني المحتاج ٤/٤٩٨.

(٣) انظر: الإنصاف ٧/٤٠٢ - ٤٠٦، المبدع ٦/٢٩٧ - ٢٩٨.

(٤) انظر: الروايتين والوجهين ٣/١١٠، الهداية لأبي الخطاب ١/٢٣٨.

(٥) انظر: المبسوط ٧/٧٢ - ٧٤، البناية على الهداية ٥/٦٤ - ٦٥.

والرضا ثابت من الشريك من جهتين: -

أحدهما: أنه ساعد شريكه على القبول مع علمه أن قبول شريكه موجب للعتق فهو كما لو استأذن أحد الشريكين من صاحبه في أن يعتق نصيبه فأذن له في ذلك .

الثاني: أن المشتريين صارا كشخص واحد لاتحاد الإيجاب من البائع، ولهذا لو قبل أحدهما دون الآخر لم يصح قبوله ولم يملك نصيبه به. (١)

ويناقش: بأنه لا يسلم أن الرضا يمنع وجوب الضمان، بل يلزمه الضمان ولو رضي صاحبه، كما يدل على ذلك عموم حديثي ابن عمر (٢) وأبي هريرة (٣) المتقدمين حيث أثبت فيهما النبي ﷺ الضمان على الشريك الموسر دون نظر إلى رضا صاحبه بالعتق أو عدمه وهذا مثله لأن شراء من يعتق عليه في حكم عتق من لا يعتق عليه إلا باختياره .

ثانيا: واستدلوا لما ملكه بغير اختياره بأن الميراث ونحوه يدخل في ملكه بغير قبوله، والضمان لا يجب إلا باعتبار الصنع من جهته ولهذا لوورث قريبه لم يجز عن كفارته. (٤)

ويناقش: إثباتهم الخيار للشريك باستسعاء العبد: بأنه لا دلالة على

(١) انظر: المبسوط ٧/٧٢٠.

(٢) انظر: ص ٥٧٥ - ٥٧٦.

(٣) انظر: ص ٥٨١ - ٥٨٢.

(٤) انظر: المرجع السابق ٧/٧٤٠.

ذلك بل حديث أبي هريرة المتقدم يدل على إيجاب السعاية على العبد كما تقدم بيان ذلك.^(١)

واستدل أصحاب القول الثالث: بأن الميراث أحد جهات الملك فيجب أن تقوم عليه به كما لو ملكه باختياره بالشراء والهبة.^(٢)

ويناقش: بأن هذا قياس مع الفارق؛ لأن ما ملكه باختيار وجد منه سبب السراية وإدخال الضرر على الشريك بخلاف ما ملكه بالميراث حيث لم يوجد منه شيء من ذلك.^(٣)

أدلة القول الثاني:

أولاً: استدلووا على عدم السراية إذا كان المعتق معسراً: بأنه لو أعتقه بقوله، لم يسر إعتاقه مع تصريحه بالمعتق وقصد إياه فهنا أولى.^(٤)

ثانياً: واستدلووا على ضمان المعتق لنصيب شريكه إذا ملك الرقيق باختياره وكان موسراً بالآتي:

١- أنه فوته على شريكه فلزمه؛ لأنه عتق بسبب من جهته وهو مختار لذلك فصار كما لو أعتق بعض عبده، أو وكل من أعتق نصيبه.^(٥)

٢- أن من باشر سبب السراية لزمه ضمانها كمن جرح إنساناً فسرّح

(١) انظر: ص ٥٩٣ - ٥٩٤.

(٢) انظر: الروايتين والوجهين ١١٠/٣.

(٣) انظر: المغني ٣٥٦/٩.

(٤) انظر: المرجع السابق ٣٥٥/٩.

(٥) انظر: المذهب ٦/٢، المغني ٣٥٥/٩.

فسرى جرحه.^(١)

٢- أن مباشرته لما يسري وتسببه إليه في لزوم حكم السراية واحد، بدليل استواء الحافز والدافع في ضمان الواقع.^(٢)

ثالثاً: واستدلوا على عدم السراية إذا ملكه بغير اختياره بأنه لا سبيل إلى السراية بغير عوض لما فيه من الإجحاف بالشريك، ولا بعوض؛ لأنه يستدعي التفويت، ولا تفويت، إذا لا صنع منه.^(٣)

ويناقش قولهم: انه إذا ملكه باختياره وكان معسراً فإنه يعتق منه ما عتق ويرق ما رق: بأن هذا غير مسلم بل يستسعى العبد لأنهم يقيسون هذه المسألة على مسألة عتق أحد الشريكين نصيبه من رقيق غير ذي رحم محرم، وقد تقدم أن الراجح في تلك المسألة أن العبد يسعى في نصيب الشريك^(٤) فكذلك هنا.

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول على عدم السراية إذا أعتقه باختياره وكان المعتق معسراً، وعلى عدم ضمان المعتق لنصيب شريكه إذا كان موسراً، وعلى عدم السراية إذا ملكه باختياره بما استدل به أصحاب القول الثاني. واستدلوا على أن العبد يسعى في نصيب الشريك الآخر إذا كان

(١) انظر: المغني ٣٥٥/٩ - ٣٥٦.

(٢) انظر: المرجع السابق ٣٥٦/٩.

(٣) انظر: شرح روض الطالب ٤٤٠/٤.

(٤) انظر: ص ٥٩٠.

المعتق معسرا بأنه أبطل نصيب صاحبه بالإعتاق؛ لأن شراء القريب إعتاق، وصار هذا كما إذا كان العبد بين أجنبيين فأعتق أحدهما نصيبه.^(١) وقد تقدم أن أحدهما إذا أعتق نصيبه وهو معسر أن العبد يستسعى في نصيب الآخر على القول الراجح.^(٢)

الترجيح:

الذي يظهر قوة ماذهب إليه أصحاب القول الأول فيما إذا ملكه قربه باختياره لقوة أدلتهم وسلامتها من المناقشة.

أما إذا ملكه بغير اختياره فإن قولهم وقولهم وقول غيرهم بعدم الضمان على المعتق قوي جدا، لكن عدم قولهم باستسعاء العبد فيه نظر فيما يظهر:-

١- أنه لا فرق في عتق بعض الرقيق بالنسبة للشريك الآخر بين كون الرقيق ذا رحم محرم للشريك وعدم كونه. وقد قالوا بالاستسعاء هناك فيلزمهم القول به هنا إذ لا فرق.

٢- أن النبي ﷺ بين في حديث أبي المليلح وحديث سمرة^(٣) انتفاء وامتناع أن يكون لله شريك، فالقول بالسعاية فيه نفي لهذه الشركة مع عدم الضرر على العبد كما تقدم^(٤). والله أعلم.

(١) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٥٨/٢.

(٢) انظر: ص ٥٩٠.

(٣) انظر: ص ٥٩١ - ٥٩٣.

(٤) انظر: ص ٥٨٨ - ٥٨٩.

المبحث الخامس

في آثار الشيوخ في الكتابة

وفيه مطالب:

المطلب الأول: في مكاتبة الشريكين للعبد .

المطلب الثاني: في مكاتبة أحد الشريكين للعبد .

المطلب الثالث: في مكاتبة العبد على جزء شائع منه .

المطلب الأول:

فيه مسألتان :

المسألة الأولى: في مكاتبة الشريكين للعبد مع التساوي في القدر ونحوه .

المسألة الثانية: في مكاتبة الشريكين للعبد مع الاختلاف في القدر ونحوه .

المسألة الأولى :

إذا كاتب الشريكان عبدهما مكاتبة واحدة بمال واحد أي متحد قدرا وصفة وأجلا واقتضاء، فإن هذه المكاتبة جائزة؛ لأنها في حكم مكاتبة الشخص الواحد لرقيقه^(١).

(١) انظر: المبسوط ٣٢/٨، بدائع الصنائع ١٤٩/٤، شرح أبي الحسن على الرسالة ٢/٢١٢، الشرح الكبير للدردير ٣٩٣/٤، المهذب ١٤/٢، شرح روض الطالب ٤٧٨/٤، الكافي ٦١٦/٢، المبدع ٣٦٤/٦.

المسألة الثانية:

صورتها: أن يكاتب الشريكان عبدهما على أن يتفاضلا في المال مع تساويهما في الملك، أو على أن يتساويا في المال مع تفاضلهما في الملك على أن نجم^(١) أحدهما أطول من نجم الآخر ونحو ذلك.

وقد اختلف في حكم هذه المكاتبة على قولين:

القول الأول :

أن هذه المكاتبة صحيحة .

وبه قال الحنيفة^(٢)، والحنابلة^(٣) وهو قول للشافعية^(٤).

القول الثاني :

أن هذه المكاتبة لا تصح.

وبه قال المالكية^(٥) وهو قول الشافعية في الأظهر^(٦).

(١) النجم :- هنا - هو مدة دفع القسط من مال الكتابة.

انظر: لسان العرب ٤٣٥٨/٦ .

(٢) انظر: المبسوط ٢٢/٨ ، تبين الحقائق ٥ / ١٦٦ - ١٦٧ .

(٣) انظر: الفروع ١٢٥/٥ - ١٢٦ ، الإنصاف ٤٨٣/٧ .

(٤) انظر: المذهب ١٤/٢ ، روضة الطالبين ٢٣٠/١٢ .

(٥) انظر: الشرح الكبير للدردير ٣٩٢/٤ ، حاشية العدوي علي شرح أبي الحسن على

الرسالة ٢١٣/٢ .

(٦) انظر: روضة الطالبين ٢٣٠/١٢ ، نهاية المحتاج ٢٨٥/٨ .

الأدلة :

أدلة القول الثاني :

استدل أصحاب هذا القول بأن القول بالجواز يؤدي إلى أن ينتفع أحدهما بحق شريكه من الكسب؛ لأنه يأخذ أكثر مما يستحق، وربما عجز المكاتب فيرجع على شريكه بعد ما انتفع به.^(١)

ويناقش من وجهين :

أحدهما: أن ما ذكروه لا يلزم لأن انتفاع أحدهما بمال الآخر إنما يكون عند العجز وليس ذلك من مقتضيات العقد، وإنما يكون عند زواله فلا يضر.

الثاني: أنه إنما يؤدي إليهما على التساوي، وإذا عجز قسم ما كسبه بينهما على قدر الملكين فلم يكن أحدهما منتفعا إلا بما يقابل ملكه، وعاد الأمر بعد زوال الكتابة إلى حكم الرق كأنه لم يزل.^(٢)

وقد يجاب: بأن التساوي في الملك يقتضي التساوي في أدائه إليهما ويلزم منه وفاء كتابة أحدهما قبل الآخر فيعتق نصيبه ويسرى إلى نصيب صاحبه ويرجع عليه الآخر بنصف قيمته.^(٣)

ورد عليه من وجوه:

أحدهما: لا يسلم ما ذكروه لأنه يمكن أداء كتابته إليهما دفعة واحدة

(١) انظر: المهذب ١٤/٢.

(٢) انظر: المغني ٩/٤٦٤ - ٤٦٥، الشرح الكبير مع المغني ١٢/٤٥٨.

(٣) انظر: المرجعين السابقين.

فيعتق عليهما، ويمكن أن يكاتب أحدهما على مائة في نجمين في كل نجم خمسون، ويكاتب الآخر على مائتين في نجمين في النجم الأول خمسون وفي الثاني مائة خمسون، ويكون وقتها واحد فيؤدي إلى كل واحد منها حقه .

الثاني: لا يسلم بأن ما ذكره يفضي إلى السراية؛ لأن من أصحاب القول الأول: من يقول بعدم السراية إلى نصيب الآخر ما دام المكاتب مكاتباً .

الثالث: لو سلم بإفشاء ما ذكره إلى السراية فإنه لا مانع فيه من صحة الكتابة؛ لأنه لا يخل بمقصودها، وهو العتق بها، ويمكن وجود سراية العتق من غير ضرر بأن يكاتبه على مثلي قيمته، فإذا عتق غرم لشريكه نصف قيمته وسلم له باقي المال وحصل له ولاء العبد، ولا ضرر في هذا، ثم لو كان فيه ضرر لكان قد رضي حين كتابته على أقل مما كاتبه شريكه، والضرر المرضي به من جهة المضرور لا عبء به، كما لو باشره بالعتق أو أبرأه من مال الكتابة فإنه يعتق عليه ويسري عتقه ويغرم لشريكه، وهو جائز فهذا أولى بالجواز.^(١)

أدلة القول الأول :

استدل أصحاب هذا القول بأن كل واحد منهما يعقد على نصيبه عقد معاوضة فجاز أن يختلفا في العوض قياساً على البيع.^(٢)

الترجيح :

بعد عرض أدلة القولين فإنه يظهر أن الراجح هو القول الأول،

(١) انظر: المرجعين السابقين.

(٢) انظر: المغني ٩/٤٦٤، المبدع ٦/٣٦٤.

لسلامة دليله من المناقشة، وقوة ما ناقشوا به دليل القول الثاني -والله أعلم-.

المطلب الثاني: في مكاتبة أحد الشريكين للعبد في نصيبه.
وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: في حكم هذه المكاتبة.

المسألة الثانية: فيما يترتب على هذه المكاتبة.

المسألة الأولى :

إذا كاتب أحد الشريكين عبدا بينهما في نصيبه فهل تصح هذه
المكاتبة أو لا ؟
اختلف في ذلك على أقوال ثلاثة:

القول الأول:

أن هذه المكاتبة صحيحة أذن الشريك فيها أو لم يأذن .
وبه قال الحنابلة،^(١) وهو قول للشافعية،^(٢) وبه قال الحكم، وابن أبي
ليلى، وحكى ذلك عن الحسن البصري، والحسن بن صالح، والغنبري.^(٣)

القول الثاني:

أن هذه المكاتبة لا تصح إلا إذا أذن فيها الشريك.

(١) انظر: الكافي ٦١٦/٢، الإنصاف ٤٨١/٧.

(٢) انظر: روضة الطالبين ٢٢٨/١٢.

(٣) انظر: المغني ٤٦١/١٢، الشرح الكبير ٤٥٢/١٢، المبسوط ٣٤/٨.

وبه قال الحنفية^(١)، وهو قول للشافعية^(٢).

القول الثالث:

أن هذه المكاتبه غير صحيحة أذن فيها الشريك أو لم يأذن .

وبه قال المالكية^(٣)، وهو المذهب عند الشافعية^(٤).

الأدلة:

أدلة القول الثالث:

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:

١- أن الشريك يمنعه من المسافرة والتردد للاكتساب، ولا يمكن أن يصرف إليه من سهم المكاتبين من الزكاة لئلا يصير كسبا له ويستحق سيده نصفه^(٥).

ونوقش: بأن المسافرة والتردد للاكتساب ليس من المقترضات الأصلية، فوجود مانع منها لا يمنع أصل العقد، وأما الكسب وأخذ الصدقة، فإنه لا يمنع كسبه، وأخذ الصدقة بجزئه بالمكاتبه، ولا يستحق الشريك شيئاً منه؛ لأنه إنما استحق ذلك بالجزء المكاتب ولا حق للشريك فيه، فكذلك فيما حصل به كما لو ورث شيئاً بجزئه الحر.

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص ٣٨٨، بدائع الصنائع ٤/١٤٨.

(٢) انظر: المهذب ٢/١٣، روضة الطالبين ١٢/٢٢٨.

(٣) انظر: الكافي لابن عبد البر ٢/٢٩١، الشرح الكبير للدردير ٤/٣٩٤.

(٤) انظر: المنهاج مع مغني المحتاج ٤/٥٢٠ - ٥٢١، شرح روض الطالب ٤/٤٧٨.

(٥) انظر: روضة الطالبين ١٢/٢٢٨، نهاية المحتاج ٨/٢٨٥.

وأما الكسب فإن هأياه مالك نصفه فكسب في نوبته شيئاً لم يشاركه فيه أيضاً، وإن لم يهائئه فكسب بجملته شيئاً كان بينهما، له بقدر ما فيه من الجزء المكاتب، ولسيده الباقي؛ لأنه كسبه بجزئه المملوك فيه فأشبهه ماله كسب قبل كتابته فيقسم بين سيديه.^(١)

٢- أن مكاتبه الشريك للعبد في نصيبه يؤدي إلى أن يعتق العبد كله بالتقويم عليه وذلك لا يجوز إلا في تبعض العتق.^(٢)

ويناقد من وجوه:

أحدها: المنع من قصر ما ذكره من السراية على العتق فقط بل ما يسري في العتق يسري فيما جرى مجراه .

الثاني: أن ما ذكره منقوض بما لو علق عتق نصيبه على أداء مال فإنه يؤدي عوض البعض ويعتق الجميع .

الثالث: أننا نقول لا يعتق حتى يؤدي جميع الكتابة، فإن جميع الكتابة هو الذي كاتبه عليه مالك نصفه ولم يبق منها شيء فلا يعتق حتى يؤدي جميعها، ولأنه لا يعتق الجميع بالأداء وإنما يعتق الجزء المكاتب لا غير، وباقية إن كان المكاتب معسراً لم يسر العتق إلا أن يستسعى العبد^(٣) وإن كان موسراً عتق بالسراية لا بالكتابة ولا يمنع هذا كما لو أعتق بعضه عتق جميعه فإذا جاز جميعه بإعتاق بعضه بطريق السراية جاز ذلك فيما يجري

(١) انظر: المغني ٩/٤٦٢، الشرح الكبير مع المغني ١٢/٤٥٣.

(٢) انظر: بداية المجتهد ٢/٣٢٥.

(٣) على قول من يقول بالاستسعاء.

مجرى العتق^(١).

أدله القول الثاني:

أولاً: أدلتهم على صحتها إذا أذن فيها الشريك :

بأن المنع لحقه فإذا أذن فيها زال هذا المنع^(٢).

ويناقش: بأن المنع غير مسلم فلا أثر لإذنه - وستأتي الأدلة على عدم المنع.

ثانياً: أدلتهم على عدم الصحة إذا لم يأذن الشريك :-

١- ما استدل به أصحاب القول الثالث من أن الشريك يمنعه من التردد والمسافرة للاكتساب^(٣)، وقد تقدمت مناقشته.

٢- أن هذا عقد محتمل للفسخ وفي إبقائه ضرر على الشريك الآخر، أما في الحال فلأنه يتعذر عليه استدامة الملك في نصيبه فلدفع الضرر عن نفسه يتمكن من فسخ عقد شريكه، وإذا جاز فسخ الكتابة لدفع الضرر عن المتعاقدين فلأن يجوز فسخه لدفع الضرر عن غيرهما ممن لم يرض بعقدهما أولى، ولا يبعد أن يلاقي تصرف الإنسان ملكه ثم للغير أن يفسخه لدفع الضرر عن نفسه كالراهن يبيع المرهون أو الأجر يبيع المؤجر^(٤).

(١) انظر: المغني ٤٦٢/٩ - ٤٦٣ ، الشرح ٤٥٣/١٢ - ٤٥٤ .

(٢) انظر: المهذب ١٣/٢ .

(٣) انظر: المرجع السابق ، مغني المحتاج ٥٢٠/٤ .

(٤) انظر: المبسوط ٣٤/٨ .

ويناقش: بأن ما ذكروه من الضرر اللاحق بالشريك مقابل بضرر يلحق بالشريك المرید للكتابة: وهو منعه من التصرف في خالص ملكه. ويرجع: مراعاة جانب مرید الكتابة: تشوف الشارع إلى الحرية، وحته على مكاتبه الرقيق بقوله تعالى: ﴿... وَالَّذِينَ يَبْنُونَ الْكُنُبَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا...﴾^(١).

أما ما ذكروه من أن للرجل أن يفسخ تصرفا في ملك غيره عند الضرر كالراهن والمؤجر: فلأن فيها إخلالاً بمقصود ما تعاقدنا عليه ومقتضاه. وليس كذلك هنا.

أدلة القول الأول :

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:

- ١- أن هذا عقد معارضة على نصفه فصح بيعه .
- ٢- أن هذا ملك له يصح بيعه وهبته فصحت كتابته كما لو ملك جميعه^(٢). ويناقش: بأنه لا ضرر على الشريك في بيعه، ولا شريك يلحقه الضرر إذا كان يملك جميع العبد بعكس الكتابة إذا كان له شريك فإنه يلحقه الضرر في الحال والمآل كما تقدم بيان هذا الضرر. ويجب بما تقدم من مناقشة لدعوى هذا الضرر^(٣).
- ٣- أن لهذا الشريك المرید للكتابة إعتاقه، فإذا أعتق نفذ عتقه فكذلك له

(١) سورة النور، آية: ٢٣.

(٢) انظر: المغني ٩/٤٦٢، الشرح الكبير مع المغني ١٢/٤٥٣، المبسوط ٨/٣٤.

(٣) انظر: مناقشة الدليل الثاني من أدلة القول الثاني .

كتابته، فإذا كاتبه صحت كتابته قياسا على كتابه العبد الكامل أو من باقيه حر - عند بعض المخالفين - وعلى ما أذن فيه الشريك عند البعض الآخر^(١).

الترجيح:

الراجع - فيما يظهر - هو القول الأول لقوة ما ذكره من الأدلة وسلامتها من المناقشة في مقابل ضعف أدلة القولين الآخرين بما ورد عليها من مناقشات لم يبق معها ما يصلح متمسكا لهم - والله أعلم - .
المسألة الثانية: فيما يترتب على هذه المكاتب من السراية والتضمين والاستسعاء أو عدم ذلك .

إذا كاتب أحد الشريكين نصيبه في عبد مشترك وقيل بصحة هذه الكتابة فقد اختلف في ما يترتب على هذه الكتابة على أربعة أقوال: ..

القول الأول:

أن المكاتب إذا أدى ما كوتب عليه ومثله لسيدته فإنه يعتقد إن كان المكاتب موسرا ويضمن قيمة نصيب شريكه، وإن كان معسرا سعى العبد في نصيب الشريك، وبه قال الإمام أحمد في رواية^(٢).

القول الثاني:

أن المكاتب إذا أدى ما كوتب عليه ومثله لسيدته فإنه يعتقد إن كان

(١) انظر: المغني ٩/٤٦٢، الشرح الكبير ١٢/٤٥٣، روضة الطالبين ١٢/٢٢٨.

(٢) انظر: المغني ٩/٤٦٣، الشرح الكبير مع المغني ١٢/٤٥٥.

المكاتب موسرا قيمة نصيب شريكه، وإن كان معسرا لم يسر العتق إلى باقيه .

وبه قال الشافعية^(١)، وهو المذهب عند الحنابلة^(٢).

القول الثالث:

إن كانت المكاتبه بغير إذن الشريك واستوفى البديل قبل أن يفسخ^(٣):
فان للشريك الساكت التضمين إن كان المكاتب موسرا، والاسْتِسعَاء إن كان معسرا .

وإن كانت المكاتبه بإذن الشريك فإن جميع العبد يكون مكاتباً بينهما .
وبه قال أبو يوسف ومحمد بن الحسن^(٤).

القول الرابع:

إن كانت المكاتبه بغير إذن الشريك واستوفى البديل قبل أن يفسخ^(٥).

(١) انظر: المهذب ٢١/٢ - ٢٢، روضة الطالبين ٢٢٨/١٢ - ٢٢٩ .

(٢) انظر: المقنع مع المبدع ٣٦٤/٦، الانصاف ٤٨٧/٧ .

(٣) يلاحظ أن من لم يكاتب يرجع على من كاتب فيأخذ نصف ما قبض من العبد ثم لا يرجع المكاتب على العبد بالنصف الذي أخذه منه شريكه
انظر: المبسوط ٣٥/٨ .

(٤) انظر: مختصر الطحاوي ص ٣٨٩ - ٣٩٠، بدائع الصنائع ١٤٨/٤ .

(٥) يلاحظ - أن من لم يكاتب يرجع على من كاتب بنصف ما أخذ من العبد ولا يرجع على العبد بشيء . هذا إذا كانت المكاتبه وقعت على كله ، فإن كانت وقعت على نصيبه من العبد فهو كما سبق إلا أن المكاتب يرجع على العبد بما أخذه منه شريكه فيستسعيه فيه ، وكذلك الحكم إن كانت وقعت بإذنه الكتابة ولم يأذن له =

وكان المكاتب موسرا فإن لشريكه ثلاثة اختيارات: إن شاء ضمن شريكه، وإن شاء أعتق، وإن شاء استسعى المكاتب في نصيبه . وإن كان المكاتب معسرا فله خياران: إن شاء أعتق، وإن شاء استسعى المكاتب في نصيبه . وكذلك الحكم إن كان بإذنه، إلا أن ليس له التضمين إن كان موسرا .

وبه قال أبو حنيفة.^(١)

الأدلة:

لم يذكر الحنفية أدلة لأبي حنيفة فيما ذهب إليه ولعلهم يجعلون الكتابة جارية مجرى العتق فيستدلون بالأدلة التي استدلوا بها على تخيير الشريك بين هذه الأمور إذا أعتق شريكه نصيبه من العبد المشترك . وقد تقدمت مناقشتها هناك.^(٢)

واستدلوا على ما خالفوا به في هذه المسألة من عدم تضمين المكاتب الموسر إذا أذن له شريكه: بأن الرضا وجد منه بالسبب فلا يلزم شريكه بالضمان مع رضاه.^(٣)

ويناقش من وجهين :

=في قبض المكاتبه ، فإن كان قد أذن له في الكتابة والقبض فإنه لا يرجع على من كاتب بشيء مما قبضه من المكاتبه .
انظر: مختصر الطحاوي ص ٢٨٨ - ٢٨٩ .

(١) انظر: المبسوط ٣٥/٨ - ٣٦ ، تبين الحقائق ١٦٥/٥ - ١٦٦ .

(٢) انظر: ص ٥٧٤ - ٥٧٦ .

(٣) انظر: المبسوط ٣٥/٨ .

أحدهما: لا يسلم أن رضاه بمكاتبة نصيب شريكه رضا منه بالعتاق،
إذ لو كان كذلك لأعتقه بنفسه ولما انتظر مكاتبة شريكه.

الثاني: لو سلم ما ذكره فإنه لا يسلم أن للإذن أثراً في صحة الكتابة
-بل تصح، وإن لم يأذن كما تقدم^(١)، وإذا لم يكن للإذن أثر في صحة
الكتابة فمن باب أولى أن لا يكون له أثر في التضمن بالسرية بها .

أدله القول الثالث:

استدل أصحاب هذا القول على التضمن إذا كان المكاتب موسراً
والاستسعاء إذا كان معسراً -إذا لم يأذن بالمكاتبة- بالأدلة التي استدلوا بها
على هذا الحكم إذا أعتق نصيبه من مشترك^(٢).

وقد أشاروا إلى ذلك حينما قالوا: لأن الكتابة عندهما لا تتجزأ^(٣)
حيث جعلوها كالعتق عندهما .

واستدلوا على أن الجميع يكون مكاتباً بينهما إذا أذن لشريكه
بالمكاتبة: بأن المكاتبة لا تتجزأ^(٤).

ويناقش من وجهين :

أحدهما: لا يسلم أن الكتابة لا تتجزأ، بل تتجزأ عند من يقول بعدم
الاستسعاء إذا كان المكاتب لنصيبه معسراً .

(١) انظر: ص ٦١٤ - ٦١٥ .

(٢) انظر: ص ٥٨١ - ٥٨٩ .

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٤/١٤٨ .

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٤/١٤٨ .

الثاني: لو سلم بعدم التجزيء فإن عدم تجزيء الكتابة لا يصلح دليلا لإيجابها في جميع عبد وجبت في بعضه، لإمكان إيجابها - مع عدم التجزيء - بأمر وردت به السنة وهو ما ذكره فيما إذا لم يأذن شريكه بالمكاتبة بأن يسري العتق إلى باقيه ويضمن لشريكه إن كان موسرا ويسعى العبد إن كان معسرا .

أما جعل جميع العبد مكاتبا بمكاتبة أحد الشركاء في نصيبه فهذا حكم لم ترد به السنة، إذ الكتابة جارية مجرى العتق - كما هو ظاهر من استدلالهم فيما إذا لم يأذن .

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بقياس هذه المسألة على مالو باشر نصيبه بالعتق (١).

وهذا قياس صحيح على أصلهم - لكن سبق أن الراجح هناك أن العبد يستسعى في نصيب الشريك الذي لم يعتق إذا كان المعتق معسرا عملا بأحاديث الاستسعاء والتي لا تعارض بينها وبين حديث ابن عمر الذي استدل به أصحاب هذا القول - كما بينا ذلك - (٢) وإذا كانت الكتابة جارية مجرى العتق فإنها تأخذ حكمه .

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بقياس هذه المسألة على مالو باشر نصيبه

(١) انظر: الشرح الكبير ١٢/٤٥٥، المبدع ٦/٣٦٤.

(٢) انظر: ص ٥٧٩ - ٥٨١.

بالعتق^(١)؛ لأن الكتابة جارية مجرى العتق، وإذا كانت جارية مجراه فإنها تأخذ حكمه فيضمن من كاتب منهما لشريكه إن كان موسرا ويسعى العبد إن كان معسرا عملا بحديث أبي هريرة - المتقدم - .

الترجيح:

الترجيح في هذه المسألة مبني على الترجيح في العتق - لأنها جارية مجراه - وقد تقدم هناك^(٢) أن الراجح - ضمان المعتق لشريكه إن كان موسرا، واستسعاء العبد إن كان معسرا - وهذا ما يقول به أصحاب القول الأول في هذه المسألة . والله أعلم .

المطلب الثالث: في مكاتبة العبد على جزء شائع منه :

إذا كاتب شخص بعض عبد يملك جميعه فقد اختلف في هذه المكاتبة على أربعة أقوال:

القول الأول :

أن هذه المكاتبة صحيحة فإذا أدى جميع كتابته عتق كله .
وبه قال الحنابلة^(٣)، وهو قول للشافعية^(٤) .

القول الثاني:

أن هذه المكاتبة صحيحة فإذا أدى جمع كتابته عتق منه ذلك القدر

(١) انظر: المغني ٩/٤٦٣، الشرح الكبير مع المغني ١٢/٤٥٥ .

(٢) انظر: ص ٥٩٠ .

(٣) انظر: الهداية لأبي الخطاب ١/٢٤١، كشاف القناع ٤/٥٦٣ .

(٤) انظر: المهذب ١٢/١٣، روضة الطالبين ١٢/٢٢٧ .

وسعى العبد فيما بقي من قيمته على قدر ما يطيق.

وبه قال أبو حنيفة ^(١).

القول الثالث:

أن هذه المكاتبه صحيحة ويصير كله مكاتباً بها .

وبه قال أبو يوسف ومحمد بن الحسن ^(٢).

القول الرابع:

أن هذه المكاتبه لا تصح .

وبه قال المالكية ^(٣)، وهو المذهب عند الشافعية ^(٤).

الأدلة :

أدلة القول الرابع :

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية :

١- قياس عدم الصحة هنا على عدم الصحة في تبويض العتق في عبده ^(٥).

ويناقش: بأن هذا القياس غير صحيح؛ لأن عدم الصحة إذا أراد

(١) انظر: بدائع الصنائع ٤/١٤٧، بدر المنتقى في شرح الملتقى ٢/٤١٧.

(٢) انظر: المرجعين السابقين .

(٣) انظر: المدونة ٣/٢٦٢، شرح أبي الحسن على الرسالة ٢/٢١٣.

(٤) انظر: المنهاج مع مغني المحتاج ٤/٥٢٠، شرح روض الطالب ٤/٤٧٨.

(٥) انظر: المهذب ٢/١٣، شرح روض الطالب ٤/٤٧٨.

قصر العتق على ما أعتق، أما إذا أعتق العبد وسرى إلى باقيه فإن ذلك صحيح - وأنتم تقولون بذلك (١).

٢- أن المكاتب يحتاج إلى التردد حضرا وسفرا لاكتساب النجوم ولا يستقل بذلك إذا كان بعضه رقيقا فلا يحصل مقصود الكتابة، وأيضا لا يعطى من سهم المكاتبين؛ لأنه يصير بعضه ملكا لملك الباقي؛ لأنه من اكتسابه (٢).

وقد تقدمت مناقشته (٣).

أدلة القول الثالث :

استدل أصحاب هذا القول بأن الكتابة لا تتجزأ قياسا على العتق (٤).
ويناقش: بأن في تجزيء العتق خلافاً ولو سلم بعدم تجزيء العتق فإن قياس الكتابة عليه مع الفارق؛ لأن العتق تبرع من المعتق، بخلاف الكتابة فإنها معاوضة، فالأولى قياسها على عقود المعاوضات كالبيع وإذا كان بيع بعضه صحيحا فإن مكاتبته بعضه صحيحة كذلك.

أدلة القول الثاني:

استدل هذا القول بأن هذه المكاتبه بمنزلة من أعتق بعض عبده (٥) وقد

(١) انظر: ص ٥٩٥.

(٢) انظر: شرح روض الطالب ٤/٤٧٨، مغني المحتاج ٤/٥٢٠.

(٣) انظر: ص ٦١٢ - ٦١٣.

(٤) انظر: المبسوط ٨/٤٢، بدائع الصنائع ٤/١٤٧.

(٥) انظر: المبسوط ٨/٤٢، بدائع ٤/١٤٧.

تقدمت الأدلة لتي استدلوها بها على هذا الحكم إذا أعتق بعض عبده - مع المناقشات الواردة عليها .^(١)

أدلة القول الأول :

استدل أصحاب هذا القول: بأن الكتابة معاوضة فصحت في بعضه قياسا على البيع .

فإذا أدى جمع كتابته عتق كله؛ لأنه إذا سرى العتق فيه إلى ملك غيره فإلى ملكه أولى .^(٢)

الترجيح:

الراجح - فيما يظهر - هو القول الأول لقوة ما استدلووا به من القياس على عقود المعاوضة وقياس السراية فيه إلى ملكه على سرايته إلى ملك غيره - في مقابل مناقشة أدلة الأقوال الأخرى - والله أعلم .-

(١) انظر: ص ٥٩٦ - ٥٩٨ .

(٢) انظر: المغني ٩/٤٦٤، الشرح الكبير ١٢/٤٥٢ .

المبحث السادس

في آثار الشيوخ في التدبير

وفيه مطلبان :

المطلب الأول: في تدبير أحد الشريكين نصيبه.

المطلب الثاني: في تدبير الرجل جزءاً من عبده.

المطلب الأول :

إذا دبر أحد الشريكين نصيبه في عبد مشترك فإن هذا التدبير جائز، لكن هل يسرى التدبير إلى نصيب شريكه بعد أن دبره، وبعد عتقه؟ فيه مسألتان :

المسألة الأولى: فيما يترتب على هذا التدبير من حين دبر نصيبه .

المسألة الثانية: فيما يترتب على هذا التدبير بعد موت المدبر.

المسألة الأولى :

إذا دبر أحد الشريكين نصيبه في مشترك، فقد اختلف فيما يترتب على هذا التدبير من السراية أو الاستسعاء أو عدم ذلك على أقوال خمسة:-

القول الأول:

أن التدبير لا يسري إلى نصيب شريكه موسراً كان أو معسراً.

وبه قال الشافعية في المشهور،^(١) وهو المذهب عند الحنابلة.^(٢)

القول الثاني :

أن التدبير يسري إلى نصيب شريكه إن كان موسرا .

وهو رواية عن الإمام مالك،^(٣) وقول للشافعية،^(٤) ووجهه عند الحنابلة.^(٥)

القول الثالث:

أنه يتدبر نصيبه خاصة، ولشريكه خمسة خيارات - إن كان المدبر موسرا - : إن شاء دبر نصيبه، وإن شاء أعتق نصيبه، وإن شاء استسعى، وإن شاء ضمن صاحبه، وإن شاء تركه على حاله، وإن كان المدبر معسرا، فليس لشريكه حق التضمن، وله الخيار بين الأمور الأربعة .

وبه قال أبو حنيفة.^(٦)

القول الرابع :

أنه يتدبر جميعه بتدبير أحدهما لنصيبه ويضمن نصف قيمته

(١) انظر: روضة الطالبين ١٢/١١٥، ١٩٤، شرح روض الطالب ٤/٤٣٩.

(٢) انظر: الإنصاف ٧/٤٤٣، الإقناع ٣/١٤٢.

(٣) انظر: الشرح الكبير للدردير ٤/٣٧٥، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/٣٧٤.

(٤) انظر: المهذب ٢/٩، روضة الطالبين ١٢/١٩٤.

(٥) انظر: الهداية ١/٢٣٩، الفروع ٥/١٠٥.

(٦) انظر: المبسوط ٧/١٨٦، بدائع الصنائع ٤/٩٥ وزاد فيها : وإن شاء كاتب .

لشريكه موسرا كان أو معسرا .

وبه قال أبو يوسف ومحمد بن الحسن .^(١)

القول الخامس :

أن لشريك المدبر أن يسلمه لمدبره ويأخذ منه نصف ثمنه ويكون مدبراً كله، فإن أبى أجبراً جميعاً على أن يتقاوماه، فإن صار للذي دبر نصيبه منه كان مدبراً كله، وإن صار إلى شريكه بطل تدبيره .

وبه قال المالكية في المشهور .^(٢)

الأدلة:

لم يذكر أصحاب القول الخامس أدلة على ما ذهبوا إليه - فيما وقفت عليه من كتبهم .

أدلة القول الرابع:

استدل أصحاب هذا القول: بأن التدبير لا يتجزأ كالإعتاق المعجل .^(٣)

ويناقش: بأنه لا يسلم أن التدبير لا يتجزأ؛ لعدم الدليل على ذلك والقياس على العتق المعجل قياس مع الفارق، لأنه قياس لأمر لم يقع ومحتمل للتصرف فيه على أمر واقع لا يمكن التصرف فيه؛ ولأن العتق المعجل لم يتعلق به حق غير المعتق بخلاف العتق المؤجل^(٤).

(١) انظر: المبسوط ١٨٧/٧، الاختيار لتعليل المختار ٣٠/٤ .

(٢) انظر: بداية المجتهد ٢٣٥/٢ ، حاشية الدسوقي ٣٧٤/٤ .

(٣) انظر: المبسوط ١٨٧/٧ ، بدائع الصنائع ٩٥/٤ .

(٤) انظر: المغني ٣٨٧/٩ .

أدلة القول الثالث:

استدل أصحاب هذا القول على إعطاء الشريك للخيار الخمسة بالآتي:

أولاً: استدلو على أن له أن يعتق نصيب أو يدبره: بأن ملكه لا يزال قائماً في نصيبه فله أن يتصرف فيه بالعتق والتدبير .

ثانياً: واستدلو على أن له أن يستسعى العبد: بأن نصيبه صار كالمحتبس عند المدبر حيث تعذر عليه التصرف في نصيبه بالبيع وغيره^(١).

ويناقش: بأنه لا يسلم احتباس نصيبه عند المدبر بل له التصرف فيه بالبيع وغيره، لأنه إذا صح بيع المدبر^(٢)، فمن باب أولى بيع ما لم يدبر .

وأنتم تقولون بأن التدبير يتجزأ فلا يتدبر إلا نصيب المدبر خاصة.

ثالثاً: واستدلو بأن له أن يضمّن شريكه: بأن شريكه أفسد عليه نصيبه وهو موسر كما لو أعتقه^(٣).

ويناقش من وجهين:

أحدهما: المنع؛ لأن شريكه لم يفسد عليه نصيبه، بل له أن يتصرف فيه كما شاء .

الثاني: القياس على العتق قياس مع الفارق.

كما تقدم عند مناقشة دليل القول الرابع.

(١) انظر: المبسوط ١٨٦/٧ .

(٢) انظر: المغني ٣٩٣/٩ .

(٣) انظر: المبسوط ١٨٦/٧ .

رابعاً: واستدلوا بأن له أن يتركه على حاله بأن الملك للمدبر باق في نصيبه فيتمكن الشريك من استدامة الملك في نصيبه^(١).

أدلة القول الثاني: القائل بأن التدبير يسري إلى شريكه إن كان موسراً.

استدل أصحاب هذا القول بأن الشريك أثبت للمدبر شيئاً يفضي إلى العتق لا محالة فأوجب التقويم كما لو استولد جارية بينه وبين غيره^(٢).

ويناقش من وجهين :

أحدهما: لا يسلم أنه يفضي إلى العتق حتماً لاحتمال موت المدبر قبيل سيده؛ ولأن لسيده، إبطال تدبيره والتصرف فيه وكل هذه تنفي تحتم عتقه.

الثاني: أن القياس على الاستيلاء قياس مع الفارق، لأمرين :

أحدهما: أنه أكد ولهذا يعتق من جمع المال ولو قتلت سيدها لم يبطل حكم استيلائها ولا يجوز بيعها بخلاف المدبر^(٣).

ثانيهما: أن الإيلاء كالإتلاف لمنفعة المبيع ولا سبيل إلى رفعه بخلاف التدبير^(٤).

(١) انظر: المرجع السابق .

(٢) انظر: المهذب ٩/٢ ، المغني ٣٩١/٩ .

(٣) انظر: المغني ٣٩١/٩ ، الشرح الكبير ٢٢٦/١٢ .

(٤) انظر: شرح روض الطالب ٤٦٨/٤ .

أدلة القول الأول: القائل بعدم السراية مطلقا .

أولا: أدلتهم على عدم التقويم على المدبر:

استدلوا بأن التقويم إنما يجب بالإتلاف كالعقق أو بسبب يوجب
الإتلاف كالاستيلاء والتدبير ليس بإتلاف ولا سبب يوجب الإتلاف؛ لأنه
يمكن نقضه بالتصرف فلم يوجب التقويم^(١).

ثانيا: أدلتهم على عدم السراية :

استدلوا على عدم السراية بالأدلة الآتية:

١- أن التدبير لا يمنع البيع فلا يقتضى السراية كما لو علق عتق نصيبه
بصفة^(٢).

ويناقش: بأنه لا يسلم أن التدبير لا يمنع البيع بل يمنعه^(٣).

ويجاب عن ذلك: بأن الصحيح الذي دلت عليه السنة والمعقول أن
التدبير لا يمنع البيع.

فمن السنة: ماروى جابر - رضي الله عنه . - «أن رجلا من الأنصار
أعتق غلاما له عن دبر لم يكن له مال غيره فبلغ ذلك النبي ﷺ فقال:

(١) انظر: المهذب ٩/٢ - ١٠.

(٢) انظر: المغني ٩/٣٩١، شرح روض الطالب ٤/٤٦٨.

(٣) انظر: الاختيار لتعليل المختار ٤/٣٠.

من يشتريه مني فاشتره نعيم^(١) بن عبد الله بثمانمائة درهم
فدفعها إليه.»^(٢)

ومن المعقول: أن التدبير عتق بصفة ثبت بقول المعتق فلم يمنع البيع
كما لو قال: إن دخلت الدار فأنت حر. ولأنه تبرع بمال بعد الموت فلم يمنع
البيع في الحياة كالوصية.^(٣)

٢- أن التدبير إما وصية بالعتق أو تعليق للعتق بصفة وكل منها بعيد عن
السراية.^(٤)

الترجيح:

بعد عرض أدلة الأقوال وما جرى عليها من مناقشات فإنه يترجح
القول الأول لقوة أدلته وسلامته بعضها من المناقشة ودفع المناقشة الواردة

(١) هو: نعيم بن عبد الله بن أسيد بن عبد عوف القرشي العدوي النحام وسمي
بالنحام لأن النبي ﷺ قال: « دخلت الجنة فسمعت نحمه من نعيم فيها »
والنحمة: السعلة وقد أسلم قديما قبل إسلام عمر ومنعه قومه من الهجرة
لشرفه فيهم ولأنه كان ينفق على أرامل بني عدي ثم هاجر سنة ست وقتل يوم
اليرموك شهيدا .
(انظر: الاستيعاب ٥٥٥/٣، الإصابة ٥٦٧/٣، أسد الغابة ٥٧٠/٤).

(٢) أخرجه البخارى في صحيحه / كتاب الكفارات/ باب عتق المدبر وأم الولد
٢٣٨/٧ وأخرجه مسلم في صحيحه / كتاب الأيمان / باب جواز بيع المدبر
١٢٨٩/٣ وهذا لفظه .

(٣) انظر: المغني ٣٩٣/٩، الشرح الكبير ٣١٧/١٢

(٤) انظر: شرح روض الطالب ٤٦٨/٤

على بعضها الآخر في مقابل ضعف أدلة الأقوال الأخرى بما جرى عليها
من المناقشات . والله أعلم .

المسألة الثانية: فيما يترتب على التدبير بعد موت المدبر.

اختلف فيما يترتب على التدبير بعد موت المدبر على قولين:

القول الأول:

أنه يعتق نصيب المدبر إن خرج من الثلث، ويسري إلى نصيب الشريك
الأخر إن كان ثلث المدبر يفي بقيمته .

وبه قال الحنابلة في المذهب،^(١) وهو قول للشافعية،^(٢) وبه قال أبو
حنيفة إن مات المدبر ولم يسع العبد في نصيب الشريك أو لم يؤد
الكتابة^(٣).

القول الثاني :

أنه يعتق نصيب المدبر إن خرج من الثلث، ولا يسري إلى نصيب
الشريك الآخر، وإن كان يخرج من ثلثه .

وبه قال الشافعية في المشهور،^(٤) وهو رواية عند الحنابلة^(٥).

(١) انظر: المبدع ٢٢٢/٦، الإقناع ١٤٢/٣ .

(٢) انظر: روضة الطالبين ١٢/١٩٤ .

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٤/١١٦ - ١١٧ .

(٤) انظر: روضة الطالبين ١٢/١٩٤، شرح روض الطالب ٤/٤٦٨ .

(٥) انظر: المغني ٩/٣٦٩، الشرح الكبير ١٢/٢٩٠ .

الأدلة:

أدلة القول الثاني :

استدل أصحاب هذا القول على عدم السراية إلى نصيب الشريك الآخر: بأن المال ينتقل بالموت إلى الوارث ويبقى الميت معسرا^(١).

ويناقش: بالمنع من بقاء الميت معسرا، بل يبقى موسرا بالثلث؛ لأن الشارع لما جعل العتق ساريا على الموسر في حال حياته كان ذلك دالا على سرِيانه فيما يملك التصرف فيه بعد وفاته - وهو الثلث - .

أدلة القول الأول :

استدل أصحاب هذا القول: بأن ثلث المال للمعتق، والملك فيه تام وله التصرف فيه بالتبرع والإعتاق وغيره فجرى مجرى مال الصحيح فيسري عتقه كسراية عتق الصحيح الموسر.^(٢)

الترجيح :

الذي يظهر أن الراجح هو القول الأول لقوة دليلهم وسلامته من المناقشة إن خرج نصيب الشريك من الثلث، فإن لم يخرج من الثلث فإن الراجح فيما يظهر أن العبد يسعى في نصيب الشريك الآخر لما تقدم من تشوف الشارع إلى الحرية ونفي الشركة في العبد مع الله.^(٣)

المطلب الثاني: في تدبير الشخص لجزء من عبده:

إذا دبر شخص بعض عبده فإن هذا التدبير صحيح لكن اختلف فيما يترتب على هذا التدبير من السراية وعدمها على الأقوال الآتية: -

(١) انظر: روضة الطالبين ١٢/١٩٤، المغني ٩/٣٦٩.

(٢) انظر: المغني ٩/٢٣٦٩، الشرح الكبير ١٢/٢٩٠.

(٣) انظر: ص ٥٩١ - ٥٩٤.

القول الأول :

إن كان الجزء المدبر ثلث ماله عتق ولا سراية، وإن كان العبد كله يخرج من الثلث فإن التدبير يسري إلى باقيه ويخرج جميعه .
وبه قال المالكية ^(١)، وهو المذهب عند الحنابلة ^(٢)، وقول للشافعية ^(٣).

القول الثاني:

إن كان الجزء المدبر ثلث ماله أو كان العبد كله يخرج من الثلث فإنه يعتق منه مادبر ولا يسري إلى باقيه .
وبه قال الشافعية في المنصوص ^(٤)، وهو رواية عند الحنابلة ^(٥).

القول الثالث :

أنه يعتق الجزء المدبر إن كان يخرج من الثلث ويسعى العبد فيما بقي للورثة ^(٦).
وبه قال أبو حنيفة ^(٧).

(١) انظر: الكافي لابن عبد البر ٢/٢٨٤، الشرح الكبير للدردير ٤/٣٧٥.

(٢) انظر: الإنصاف ٧/٢٢٨ - ٢٢٩، الإقناع ٣/١٣٨.

(٣) انظر: المهذب ٢/١٠، روضة الطالبين ١٢/١٩٤.

(٤) انظر: المرجعين السابقين .

(٥) انظر: المغني ٩/٣٧٠، المبدع ٦/٣١٨.

(٦) يسعى فيما بقي للورثة إن لم يكن عليه دين فإن كان عليه دين سعى في جميع قيمته . انظر : البحر الرائق ٤/٢٢٦.

(٧) هذا القول مخرج على قوله بالتجزئ ، وانظر : البحر الرائق ٤/٢٦٦.

القول الرابع :

أنه يعتق جميعه وإن لم يخرج من الثلث فإن مالم يخرج يكون دينا عليه كالحر.

وبه قال أبو يوسف ومحمد بن الحسن^(١).

الأدلة :

أدلة القول الرابع :

استدل أصحاب هذا القول بأن التدبير لا يتجزأ فإذا دبر بعضه صار جميعه مدبراً، فإذا عتق ما يخرج من الثلث بالموت عتق جميعه، لأن العتق لا يتجزأ.

وقد تقدمت مناقشة قولهم إن التدبير لا يتجزأ^(٢).

أدلة القول الثالث :

استدل أصحاب هذا القول: بأن التدبير يتجزأ وإذا كان يتجزأ فإنه لا يكون مدبراً إلا ما دبره السيد، وما عداه يبقى على الرق لكن لما كان يجب تكميل الحرية فإن العبد يستسعي .

ويناقش: بأنه لا يسلم أن التدبير يقتصر فيه على ما دبره السيد بناء على تجزيه؛ لأن السيد موسر بثلته - كما تقدم^(٣) - وإذا كان موسراً بالثلث فإنه يعتق ما يحمله هذا الثلث .

(١) هذا القول مخرج على قولهما بعدم التجزيء . وانظر: البحر الرائق ٤/٢٦٦ .

(٢) انظر: ص ٦٢٨ - ٦٣٠ .

(٣) انظر: مناقشة دليل القول الثاني ص ٦٣٣ .

أدلة القول الثاني :

استدل أصحاب هذا القول بأن التدبير لا يمنع جواز البيع فلا يسري كتعليقه بالصفة في الحياة ^(١).

ويناقش: بأن هذا قياس مع الفارق؛ لأنه قياس لتعليق بعد الموت على تعليق في الحياة، والتعليق الذي بعد الموت يكون المعلق فيه موسرا بالثلث - أي بما علق وزيادة - بخلاف التعليق على صفة في الحياة فإنه يكون متبرعا بما علق لا غير، ولو أراد الزيادة ل زاد بقوله، أو لأعتقه جميعا.

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول على تكميل حرите إن كان الثلث يحتمل ذلك: بأن هذا التدبير إعتاق لبعض عبده - وهو موسر - فعتق جميعه، كما لو أعتقه في حياته ^(٢).

واستدلوا على عدم السراية إن كان لا يخرج من الثلث: بأنه لو دبره كله لم يعتق منه إلا ثلثة فإذا لم يدبر إلا ثلثة كان أولى .

ويناقش: بأن هذا الاستدلال مبني على أصلكم - أن العتق لا يسري إذا كان الشريك معسرا، وهذا المدبر معسر فلا يسري .

لكن سبق أن هذا الأصل غير مسلم، وأن العتق يسري بالاستسعاء؛ لأنه القول الذي تجتمع به الأحاديث ^(٣).

(١) انظر: المبدع ٢١٨/٦ .

(٢) انظر: المغني ٣٧٠/٩ .

(٣) انظر: ص ٥٩٠ .

الترجيح :

الراجح هو القول الأول إن كان المدبر يخرج من الثلث، لقوة دليلهم، وإن كان لا يخرج من الثلث فالراجح أن العبد يستسعي فيما بقي من قيمته لما تقدم من تشوف الشارع إلى الحرية ونفي الشركة في العبد مع الله.^(١) والله أعلم.

(١) انظر: ص ٥٩١ - ٥٩٤.

الفصل الثالث

في آثار الشيوخ في عقد النكاح وحله

وفيه مبحثان :

المبحث الأول: في عقد نكاح الجارية المملوكة على الشيوخ .

المبحث الثاني: في الصداق بالمشاع والخلع به .

المبحث الأول

في عقد نكاح الجارية المملوكة على الشيوع

إذا كانت أمة بين رجلين فإنه ليس لأحدهما أن يستقل بعقد زواجها دون شريكه بل لا بد من اجتماعهما على تزويجها.^(١)

جاء في المبسوط^(٢): «ولو كانت أمة بين رجلين زوجها أحدهما من رجل ودخل الزوج بها فلآخر أن يبطل النكاح» .

وجاء في حاشية العدوي على شرح أبي الحسن^(٣): «ولو عقد للأمة أحد الشريكين بصدق مسمى لم يجز» .

وجاء في شرح روض الطالب^(٤): «... وإن أعتقها اثنان اشترط رضاها فيوكلان أو يوكل أحدهما الآخر أو يباشران معا؛ لأن كلا منهما إنما يثبت له الولاء على بعضها فكما يعتبر اجتماعهما على التزويج قبل العتق يعتبر بعده» .

(١) انظر: البحر الرائق ١١٩/٣ ، غمز عيون البصائر ١٠٠/٢ ، المعيار المعرب ١٧١/٣ ، الفواكه الدواني على الرسالة ٥٣/٢ ، حاشية الشرقاوي ٢٧٢/٢ ، حاشية الجمل على المنهج ١٥١/٤ ، المحرر ١٧/٢ ، الشرح الكبير مع المغني ٤٢٣/٧ .

(٢) ١٢١/٥

(٣) ٦٧/٢

(٤) ١٣٠/٣

وجاء في كشف القناع^(١): « .. فإن كان لها سيدان اشتركا في الولاية وليس لواحد منهما الاستقلال بها، أي بالولاية عليها بغير إذن صاحبه». واستدل على ذلك بالآتي:

ماروى أبو موسى قال : قال رسول الله ﷺ: « لانكاح إلابولي »^(٢).

صححه^(٣) ابن المديني^(٤)، وابن حبان والحاكم^(٥). وقال ابن حجر: من رآه موصولا أصح؛ لأنهم سمعوه في أوقات مختلفة^(٦).

ماروت عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ: « أيما امرأة نكحت بغير إذن

(١) ٥٣/٥

(٢) أخرجه أحمد في مسنده ٣٩٤/٤، وأخرجه أبو داود في سننه / كتاب النكاح / باب في الولي ٥٦٨/٢، وأخرجه الترمذي في سننه / كتاب النكاح / باب لا نكاح إلا بولي ٣٩٨/٣، وأخرجه ابن ماجه في سننه كتاب النكاح / باب لا نكاح إلا بولي ٦٠٥/١، وأخرجه الدارمي في سننه / كتاب النكاح / باب النهي عن النكاح بغير ولي ١٣٧/٢

(٣) انظر: الكافي لابن عبد البر ٤٢٦/١

(٤) هو: أبو الحسن علي بن عبد الله بن جعفر بن نجيع بن بكر السعدي مولاهم البصري المعروف بابن المديني الإمام الحجة أمير المؤمنين في الحديث ، ولد سنة ١٦١هـ وكان علما في الناس في معرفة الحديث والعلل . توفي سنة ٢٣٤هـ . (انظر: تهذيب الأسماء واللغات ١/٣٥٠، البداية والنهاية ١٠/٣١٢، سير أعلام النبلاء ١٠/٣١٢).

(٥) انظر: فتح الباري ٩/١٨٤

(٦) انظر: المرجع السابق .

مواليها فنكاحها باطل « ثلاث مرات (١).

صححه (٢) أبو عوانة، (٣) وحسنه الترمذي (٤).

وبأن الشريك لا يملك إلا نصفها وملك نصف الأمة ليس بسبب لولاية
التزويج - لأنه لا يتبعض - فلم ينفذ عقده عليها .

(١) أخرجه أحمد في مسنده ١٦٥/٦ - ١٦٦ ، وأخرجه أبو داود في سننه كتاب النكاح / باب في الولي / ٥٦٦/٣ - ٥٦٨ ، وأخرجه الترمذي في سننه / كتاب النكاح / باب لا نكاح إلا بولي ٣٩٨/٣ - ٣٩٩ ، وأخرجه ابن ماجه في سننه / كتاب النكاح / باب لا نكاح إلا بولي ١/٦٠٥ ، وأخرجه الدارمي - في سننه ١٣٧/٢ .

(٢) انظر: الكافي لابن عبد البر ١/٤٢٦ .

(٣) هو: يعقوب بن إبراهيم بن إسحاق بن إبراهيم بن يزيد الإسفراييني النيسابوري الأصل أبو عوانة الحافظ الثقة عني بالحديث وطاف البلاد في طلبه وكان من علماء الحديث وأثباتهم. توفي سنة ٢١٦ هـ من تصانيفه: «المسند الصحيح» المخرج على صحيح مسلم.

(انظر: تذكرة الحفاظ ٣/٧٧٩ - ٧٨٠ ، البداية والنهاية ١١/١٥٩ ، وفيات الأعيان ٣٩٣/٦ - ٣٩٤).

(٤) سنن الترمذي ٣/٣٩٩ .

المبحث الثاني

في الصداق بالمشاع والخلع به

إذا تزوج شخص امرأة وجعل صداقها جزءا مشاعا من ملك من أملاكه أو خالعت المرأة زوجها على ذلك، فإن ذلك جائز.^(١)

جاء في الهداية^(٢): «ولا شفعة في الدار التي يتزوج الرجل عليها أو يخالع المرأة بها».

وجاء في المنتقى شرح الموطأ^(٣): «وأما الشقص ينكح به أو يخالع ففيه الشفعة».

وجاء في روضة الطالبين^(٤): «إذا جعل الشقص أجرة أو جعلاً .. أو صداقا أو متعة أو عوض خلع .. تثبت الشفعة في كل ذلك».

وجاء في الهداية لأبي الخطاب^(٥): «ولا يتقدر المهر بل كل ما جاز أن

(١) انظر: الدر المختار ٢٣٧/٦، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ٤٨١/٢، الإشراف للقاضي عبدالوهاب ٤٩/٢، الخرشي على مختصر خليل ١٦٤/٦، فتح العزيز ٢٢٨/١١ - ٢٢٩، اختلاف العراقيين/ الأم ٧/٤، الإنصاف ٢٥٢/٦، ٢٢٩/٨، شرح منتهى الإرادات ٤٣٤/٢.

(٢) للمرغيناني ٣٥/٤.

(٣) ٢٠٧/٦.

(٤) ٧٨/٥.

(٥) ٢٦٢/١.

يكون ثمنا جاز أن يكون صداقا».

وجاء في المغني^(١): « وإن خالعتها على نصف دار صح ».

ويستدل لذلك بأن الجزء المشاع معلوم يجوز بيعه فيجوز أن يكون صداقا و عوض خلع .

(١) ٦٧/٧ .

الفصل الرابع

في آثار الشيوع في الدين

وفيه مباحث :

- المبحث الأول: في قبض أحد الشريكين نصيبه من الدين المشترك.
- المبحث الثاني: في تلف النصيب المقبوض أو التصرف فيه .
- المبحث الثالث: في تصرف أحد الشريكين بنصيبه قبل قبضه .
- المبحث الرابع: في قسمة الدين بين الشركاء .

المبحث الأول

في قبض أحد الشريكين نصيبه من الدين المشترك

وفيه مطلبان :

المطلب الأول: في قبضه من غير إذن شريكه .

المطلب الثاني: في قبضه بإذن شريكه .

المطلب الأول :

والكلام فيه على مسألتين:

المسألة الأولى: أن يكون سبب الدين ميراث أو استهلاك ونحو ذلك .

المسألة الثانية: أن يكون سبب الدين عقد عقده الشريكان .

المسألة الأولى:

إذا كان لرجلين على رجل دين بسبب واحد من ميراث أو استهلاك أو

نحو ذلك فقبض أحدهما منه شيئاً فهل للآخر أن يشاركه فيه ؟

اختلف في ذلك على ثلاثة أقوال :

القول الأول :

أن للآخر أن يشاركه ان كان القابض قبض من الغريم قبل إعدار

شريكه فإن أعذره فامتنع من الذهاب معه ومطالبته إن كان حاضراً، أو من

السفر إن كان غائبا فإنه لا يشاركه فيه وإنما يختص به القابض .

وبه قال المالكية^(١).

(١) انظر: المدونة ٤/٣٦٥ - ٣٦٦، ٥/٢١٠، والتاج والإكليل ٥/٨٨، الشرح الصغير

٣/٤٢٠، بلغة السالك ٣/٤٢٠.

القول الثاني:

أن للآخر أن يشاركه مطلقا .

وبه قال الحنفية^(١)، وهو الأصح عند الشافعية^(٢)، والمذهب عند الحنابلة^(٣).

القول الثالث :

أن القابض يختص بما قبض وليس للآخر أن يشاركه فيه مطلقا .

وهو قول للشافعية^(٤)، ورواية للحنابلة^(٥).

وبه قال ابن سيرين وأبو قلابة، وأبو العالية^(٦)، وأبو عبيد^(٧).

(١) انظر: بدائع الصنائع ٦ / ٦٥، تبيين الحقائق ٥ / ٤٦، درر الحكام لمنلا خسرو ٤٠٢ / ٢ .

(٢) انظر: روضة الطالبين ٤ / ٢٨٩، شرح روض الطالب ٢ / ٢٦٠، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٤٦٢ .

(٣) انظر: المغني ٥ / ٨١ - ٨٢، الفروع ٥ / ١٩٦، الإنصاف ٥ / ٤٢١، كشاف القناع ٥٠٢ / ٣ .

(٤) انظر: روضة الطالبين ٤ / ٢٨٩، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٤٦٢ .

(٥) انظر: الكافي ٥ / ٤٢١، المبدع ٥ / ١٩٦، الإنصاف ٥ / ٤٢١ .

(٦) هو: رفيع بن مهران الرياحي البصري كان مولى لامرأة من بني رياح بن يربوع، ثم من بني تميم أبو العالية الإمام المقرئ الحافظ المفسر أحد الأعلام أدرك زمان النبي ﷺ وهو شاب وأسلم في خلافة أبي بكر وسمع من عمر وعلي وأبي وغيرهم. وحفظ القرآن وقرأه على أبي بن كعب . توفي سنة ٩٠ وقيل ٩٣ هـ .
(انظر: الطبقات لابن سعد ٧ / ١١٢، سير أعلام النبلاء ٤ / ٢٠٧، العبر ١ / ١٠٨).

(٧) انظر: المغني ٥ / ٨٢ .

الأدلة :

أدلة القول الثالث :

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية :

١- أن مافي الذمة لا ينتقل إلى العين إلا بتسليمه إلى غريمه أو وكيله وما قبضه أحدهما فليس لشريكه فيه قبض ولا لوكيله، فلا يثبت له فيه حق. وكان لقباضه لثبوت يده عليه بحق، فأشبهه مالمو كان الدين بسببين^(١).

ويناقدش: بأنه لا يسلم أن يد القابض ثبتت على ما قبضه بحق، لأن القابض قبض حقه وحق شريكه، لأن حقه لا يتميز عن حق شريكه لشيوع الحقين فما من جزء يقبضه إلا لشريكه نصفه؛ لأنه مقابل لما استهلكه عليهما أو على مورثهما وهو إنما استهلك نصيبهما. وإذا كان كذلك فإن يده لا تكون ثبتت على الجميع بحق وإنما على بعض المقبوض وبعضه الآخر بغير حق فيسلم لمستحقه، وإما التشبيه على ما لو كان الدين بسببين فبعيد لأنه تشبيه للمشاع بغير المشاع .

٢- أنه لو كان لغير القابض حق في المقبوض لم يسقط بتلفه كسائر الحقوق .^(٢)

ويناقدش: بأن في سقوط حق غير القابض بالتلف خلافاً والراجح

(١) انظر: المرجع السابق ص ٨٢ .

(٢) انظر: المرجع السابق .

عدم سقوطه.^(١)

٢- أن هذا القبض لا يخلو إما أن يكون بحق أو بغير حق. فإن كان بحق لم يشاركه غيره فيه كما لو كان الدين بسببين، وإن كان بغير حق لم يكن له مطالبته؛ لأن حقه في الذمة لا في العين فأشبهه مالو أخذ غاصب منه مالا.^(٢)

ويناقش بالآتي:

أما دعوى عدم المشاركة إن كان بحق قياسا على ما لو كان الدين بسببين فتقدمت مناقشته عند مناقشة الدليل الأول .

وأما دعوى عدم المشاركة إن كان بغير حق؛ لأن الحق في الذمة لا في العين فيناقش: بالمنع؛ لأن العين المقبوضة بدل عما في الذمة، والبدل يأخذ حكم المبدل. والمبدل الذي هو ماضي الذمة مشترك في الأصل بينهما، والقياس على الغاصب قياس مع الفارق؛ لأن الغاصب لا حق له أصلا في المال المغصوب، بخلاف ما أخذه أحد الدائنين فإن له فيه حقا لكنه حق غير متميز عن حق شريكه .

أدله القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية :

(١) انظر: هذا الخلاف والراجع فيه: ص ٦٦٥ - ٦٦٧.

(٢) انظر: المغني ٥/٨٣.

١- أنهما يشتركان في أصل الاستحقاق فإذا قبض أحدهما شاركه الآخر فيما قبض قياساً على قبض بعض الشركاء من الأعيان المشتركة بدون قسمة كالمواريث أو من الأعيان المتعلقة بها حقوقهم كمال المفلس.^(١)

ويناقدش: بأن هذا قياس مع الفارق من وجهين:

أحدهما: أنه في الأعيان المشتركة يقبض نصيب شريكه قطعاً بخلاف ما في الذمة فإنه لا يقبض نصيب شريكه؛ لأن الغريم يدفع نصيب أحد الشريكين بدفع مال نفسه لا مال شريكه الذي لم يقبض .

ويجاب: بأن هذا غير مسلم؛ لأن الغريم ليس له ولاية القسمة بينهما، وإنما يلزمه الدفع كما أخذ، وقد أخذ منهما مشتركاً فيكون ما دفعه مشتركاً .

الثاني: أن القابض هنا لو أ تلف ما قبضه لم يضمن لشريكه نصيبه منه وإنما يختص بما قبضه . بخلاف القبض من الأعيان فإنه يضمن إذا أ تلف ما قبضه.^(٢)

ويجاب عنه: بأن في تضمين القابض هنا- إذا أ تلف ما قبضه خلافاً

(١) انظر: القواعد لابن رجب ص ٤١٦ .

(٢) انظر: القواعد لابن رجب ص ٤١٦ .

والراجع تضمينه (١).

٢- أن المقبوض مقبوض من النصيبين إذ لو جعل لأحدهما لكان ذلك قسمة الدين قبل القبض وأنه غير جائز؛ لأن معنى القسمة- وهو التمييز لا يتحقق فيما في الذمة فلا يتصور فيه القسمة، ولهذا لم يصح قسمة العين من غير تمييز كصبرة من طعام بين شريكين قال أحدهما لصاحبه خذ لك منها هذا الجانب ولى هذا الجانب لا نعدم التمييز فإذا لم يصح في العين من غير تمييز ففي الدين أولى (٢).

ويناقش: بأن في عدم تصور القسمة في الدين- خلافاً والراجع تصوره وصحة قسمة الدين في الذمة لأن التمييز فيه ممكن (٣).

ويجاب: بأنه لو سلم تصور القسمة في الدين، فإن هذ القسمة وقعت من غير رضا الشريك فلا تصح ولا يجبر عليها لأنه يتضرر بها من كل وجه وينتفع بها صاحبه من كل وجه .

٣- أن القسمة فيها معني التمليك؛ لأن ما من جزأين إلا وأحدهما ملكه والآخر ملك صاحبه فكان نصيب كل واحد منهما بعد القسمة بعض ملكه وبعضه عوضاً عن ملكه فكأن قسمة الدين تمليك الدين من غير من عليه الدين وذلك غير جائز (٤).

(١) انظر الخلاف في تضمينه اذا أئلف ما قبضه : ص ٦٦٥ - ٦٦٧ .

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٦/٦٥٠ .

(٣) انظر الخلاف في قسمة الدين في الذمة : ص ٦٨٥ - ٦٨٨ .

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٦/٦٥٠ .

ويناقش: بأنه لا قسمة هنا، لأن الغريم يدفع مال نفسه لأحد الشريكين وليس يدفع له جزءاً من المشترك- حتى يقال إن نصيب كل واحد منهما بعد القسمة بعض ملكه وبعضه عوضاً عن ملكه، فكان في ذلك تمليك الدين من غير من عليه الدين .

ويجاب: بأن هذا غير مسلم، لأن القسمة متحققة هنا، لأنه أخذ منهما مشتركاً فلزمه أن يدفع بدله لهما معاً كما أخذ منهما معاً، إذ البديل يأخذ حكم المبدل وليس له ولاية القسمة حتى يدفع لأحدهما نصيبه .

٤- أن الدين ازداد بالقبض، إذ مالية الدين باعتبار عاقبة القبض، وهذه الزيادة راجعة إلى أصل الحق فتصير كزيادة الولد والثمرة وله حق المشاركة في ذلك (١).

أدلة القول الأول:

أولاً: أدلتهم على المشاركة إذا قبض من غير إعداز شريكه .

يستدل لهم على ذلك بأدلة القول الثاني.

ثانياً: أدلتهم على عدم المشاركة إذا أعذر إلى شريكه ليقبض معه

فامتنع:

استدلوا على ذلك بالأدلة لآتية:

١- أن امتناع الشريك من السفر مع شريكه إلى الغريم أو التوكيل على قبض ما عليه إن كان الغريم غائباً، أو من الذهاب إليه أو التوكيل إن

(١) انظر: الهداية للمرغيناني ١٩٩/٣، درر الحكام شرح غرر الحكام لمنلا خسرو

كان حاضرا قرينه على رضاه باتباع ذمة الغريم^(١).

ويناقش: بأن في ذلك قسمة للدين في الذمة وهو لا يجوز.

ويجاب: بأن في قسمة الدين في الذمة خلافا، والراجع صحة

القسمة^(٢).

٢- أن في تشريك الممتع من الخروج بعد الأعذار إليه محاباة له وإضرارا
بالآخر الذي تكبد مشقة الخروج وتعب المطالبة وحده.

الترجيح:

الراجع - فيما يظهر- هو القول الأول- لقوة أدلتهم فيما إذا أعذر
إلى شريكه- وفيما إذا لم يعذر إليه وسلامتها مماورد عليها من مناقشات
في مقابل ضعف أدلة القول الثالث بما ورد عليها من مناقشات، وعدم
تفريق القول الثاني بين الأعذار إلى الشريك وعدم الأعذار إليه، ولا يخفى
ما في عدم التفريق من نظر. والله أعلم.

المسألة الثانية: أن يكون سبب الدين عقداً عقده .

إذا كان لرجلين دين على رجل بسبب عقد عقده معه كأن باعا
عليه منزلا أو نحو ذلك فقبض أحدهما منه شيئا فهل للآخر أن يشاركه
فيه أو لا ؟

الخلافا في هذه المسألة كالخلافا في المسألة الأولى، إلا أن

(١) انظر: بلغة السالك ٣/٤٢٠.

(٢) انظر هذا الخلافا والراجع فيه : ص ٦٨٥ - ٦٨٨.

الشافعية^(١) في الأصح هنا، وبعض أصحاب الإمام أحمد^(٢) قالوا بعدم المشاركة مطلقاً.

ووجه الفرق عندهم بين ما كان سببه الميراث ونحوه وبين ما كان سببه عقداً عقدها: أنه إذا كان بعقد فكأنه عقد مع الشريكين فلكل منهما أن يطالب بما يخصه بخلاف دين الإرث والإتلاف ونحوهما.^(٣)

ويناقش من وجهين :

أحدهما: أن هذا التشبيه غير مسلم؛ لأن العقد مع الشريكين في المشاع عقد واحد لشيوع حقيهما، ولذلك يكتب هذا العقد كتابة واحدة ولا يفرق فيه بين النصيبين.

الثاني: لو سلم بأنه عقد مع الشريكين وأنه في حكم العقدين: فإنه قبض العين فيهما قبضاً واحداً ونصيب كل واحد شائع في نصيب الآخر فيلزم منه أن: يكون قبض بدله كذلك . وإذا كان كذلك فإنه لا فرق بين الدين الذي سببه عقد، والدين الذي سببه الإرث.

إذا ثبت هذا فإن الراجح في هذه المسألة هو الراجح في المسألة الأولى- لعدم الفرق- وهو القول الأول المبني على التفريق بين الأعدار إلى الشريك وعدم الأعدار لما تقدم- والله أعلم -.

(١) انظر: شرح روض الطالب ٢/٢٦٠، حاشية الشرفاوي ٢/١١٣، حاشية الرشيدي على نهاية المحتاج ٥/١٤، روضة الطالبين ٤/٢٨٩.

(٢) انظر: المحرر ١/٣٣٩، الإنصاف ٥/٤٢٢، وما اختاره بعض الأصحاب هو وجه عند الحنابلة .

(٣) انظر: إعلام الموقعين ٤/٤٠٤.

المطلب الثاني: في قبض أحد الشريكين نصيبه من الدين المشترك

بإذن شريكه :

وفيه مسألتان :

المسألة الأولى: أن يكون سبب الدين ميراثاً أو استهلاكاً أو نحو ذلك .

المسألة الثانية: أن يكون سبب الدين عقداً عقداه .

المسألة الأولى: أن يكون سبب الدين ميراثاً أو استهلاكاً أو نحو ذلك .

إذا قبض أحد الشريكين نصيبه من دين مشترك سببه الإرث ونحوه- وكان هذا القبض بإذن شريكه، فهل يختص القابض بما قبض أو لشريكه أن يشاركه فيه ؟

اختلف في ذلك على قولين :

القول الأول:

أن القابض يختص بما قبض وليس لشريكه أن يشاركه فيه .

وبه قال المالكية،^(١) وهو أصح الوجهين عند الحنابلة^(٢)، وقول للشافعية^(٣) .

القول الثاني:

أن القابض لا يختص بما قبض وإنما لشريكه أن يشاركه فيه .

(١) انظر: المدونة ٣٦٦/٤، الخرشي على خليل ١٤/٦، الشرح الصغير ٣/٤٢١ .

(٢) انظر: المحرر ١/٣٣٩، القواعد لابن رجب ص ١٤٦، الإنصاف ٥/٤٢٢، كشاف القناع ٣/٥٠٣ .

(٣) روضة الطالبين ٤/٢٨٩، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٤٦٢ .

وبه قال الحنفية^(١)، وهو الأصح عند الشافعية^(٢)، ووجه للحنابلة^(٣).

الأدلة:

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:

١- أن حق الشريك في الذمة لا في عين المال فلا ينفع إذنه في قبض الأعيان^(٤).

ونوقش: بأن في هذا التعليل ضعفا؛ لأن الأعيان هي متعلق حقه، كتعلق حقوق غرماء المفلس بماله^(٥).

٢- أن حق الأذن في المشاركة إنما يثبت بعد القبض فهو كإسقاط الشفعة قبل البيع^(٦).

وقد يناقش: بأن ثبوت حقه بعد القبض لا يمنع من اختصاص القابض بما قبض وإلا لم يكن للأذن فائدة، والأصل المقيس عليه في عدم سقوطه بعد البيع إذا كان قد أسقطه قبل البيع: نظر، والراجع فيما يظهر

(١) انظر: تبين الحقائق ٤٦/٥، درر الحكام لمنلا خسرو ٤٠٢/٢، الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه ٦٤١/٥.

(٢) انظر: روضة الطالبين ٢٨٩/٤، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٤٦٢.

(٣) انظر: المحرر ٢٣٩/١، القواعد لابن رجب ص ٤١٥، الإنصاف ٤٢٢/٥.

(٤) انظر: القواعد ص ٤١٥.

(٥) انظر: المرجع السابق.

(٦) انظر: القواعد ص ٤١٦.

سقوطه لعموم قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا وَآفُوا بِالْعُقُودِ...﴾ (١) قوله: ﴿... وَآفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾ (٢)، وقوله ﷺ: «المسلمون على شروطهم» (٣).

٣- أن المقبوض مقبوض من النصيبين إذ لو جعل لأحدهما لكان ذلك قسمة الدين قبل القبض وذلك لا يجوز؛ لأن معنى القسمة: التمييز وهو لا يتحقق في الذمة فلا يتصور فيه القسمة، ولهذا لم تصح قسمة الدين من غير تمييز كصبرة من طعام بين شريكين . قال أحدهما لصاحبه خذ منها لك هذا الجانب ولي هذا الجانب لا نعدام التمييز، فإذا لم يصح في العين من غير تمييز ففي الدين أولى. (٤)

ويناقش: بأن هذا الدليل مبني على عدم تصور قسمة الدين في الذمة ،وفي عدم هذا التصور نظر، والراجع إمكان تصور هذه القسمة (٥).

٤- أن القسمة فيها معنى التملك؛ لأن ما من جزأين إلا وأحدهما ملكه والآخر ملك صاحبه ،فكان نصيب كل واحد منهما بعد القسمة بعض ملكه وبعضه عوضا عن ملكه فكأن قسمة الدين تملك الدين من غير

(١) سورة المائدة: آية ١

(٢) سورة الإسراء: آية ٣٤

(٣) سبق تخريجه ص : ٢٥٦ - ٢٥٧ .

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٦/٦٥٠

(٥) انظر هذا الخلاف والراجع فيه : ص ٦٨٥ - ٦٨٨ .

من عليه الدين وهو غير جائز.^(١)

ويناقش من وجهين :

أحدهما: أن هذا الدليل يصح لو كان الغريم أقبض أحدهما بعض العين التي استدانها منهم أو أخذها من مورثهم . لكن الغريم هنا يدفع بدل ما أخذ منهما- وهو مال نفسه، ومال الغريم لا يكون مشتركا- حتى يقال إن ما يأخذه أحدهما ملكه وملك صاحبه وإنما هو بدل عن المشترك، فإذا أذن أحدهما للآخر اختص المأذون له بمال الغريم لا بالعين التي استدانها الغريم منهما والتي هي مشتركة بينهم.

الثاني: لو سلم بأنه لا يدفع مال نفسه وإنما يدفع من المشترك- وهو الراجح- فإن ما ذكره مبني على أن القسمة بيع، والصحيح أنها إفراز، وإذا كانت إفرازاً فإنه لا يملك الدين من غير من عليه الدين وإنما أفرز للقابض نصيبه بإذن شريكه .

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول :

بأن الحق لشريكه وقد أسقطه فيختص المأذون له بالمقبوض^(٢) .

وقد يناقش: بأن إذن الشريك لا يصح هذا القبض؛ لأن قبض الشريك قسمة للدين وهي غير متصورة.

ويجاب عنه: بأن في تصور قسمة الدين خلافاً والراجح صحة هذه

(١) انظر: المرجع السابق.

(٢) انظر: إعلام الموقعين ٤/٤، القواعد لا بن رجب ص ٤١٥ .

القسمة وإمكان تصورها^(١).

الترجيح :

الراجع- فيما- يظهر- هو القول الأول لظهوره وقوة دليله في مقابل مناقشة أدلة القول الثاني وعدم بقاء ما يصلح منها متمسكا لهم -والله أعلم- .

المسألة الثانية: أن يكون سبب الدين عقداً عقداه .

إذا قبض أحد الشريكين نصيبه من دين مشترك- سببه عقد عقداه- وكان هذا القبض بإذن شريكه . فهل يختص به أو لشريكه أن يشاركه فيه ؟
الخلافاً في هذه المسألة كالخلافاً في المسألة الأولى إلا أن الشافعية في الأصح عندهم^(٢) -هنا- وبعض أصحاب الإمام أحمد^(٣) قالوا باختصاص القابض وعدم مشاركة الآخر له .

ويعللون بما تقدم من أنه في حكم العقد مع الشريكين .

وقد تقدمت مناقشته وأنه لا فرق بين الدين الذي سببه العقد، أو

(١) انظر هذا الخلاف والراجع فيه : ص ٦٨٥ - ٦٨٨ .

(٢) مأخذ مذهب الشافعية - هنا - من قولهم به إذا لم يأذن له . فإذا أذن فمن باب أولى . انظر: روضة الطالبين ٢٨٩/٤ ، شرح روض الطالب ٢٦٠/٢ ، نهاية المحتاج وحاشية الرشيدي عليها ١٤/٥ .

(٣) مأخذ بعض أصحاب الإمام أحمد كما أخذ الشافعية . انظر: المحرر ٣٢٩/١ ، الإنصاف ٤٢٢/٥ .

الدين سببه غيره كالإرث ونحوه^(١).

وما ذكره الشافعية وبعض أصحاب الإمام أحمد - هنا - هو الراجح لكن لا لما عللوا به وإنما لما ذكره أصحاب القول الأول في المسألة الأولى وما ناقشوا به أدلة القول الثاني - حيث لا يفرقون بين الدين الذي سببه العقد أو الدين الذي سببه غيره . والله أعلم .

(١) انظر هذه المناقشة في المسألة الثانية من المطلب الأول عند استدلالهم على عدم المشاركة إن لم يأذن له الشريك ص ٦٥٦ - ٦٥٧ .

المبحث الثاني

تلف النصيب المقبوض أو التصرف فيه

وفيه مطالبات :

المطلب الأول: في تلفه .

المطلب الثاني: في التصرف فيه.

المطلب الأول :

إذا قبض أحد الشريكين نصيبه من الدين المشترك فتلف فهل يضمن

-على قول القائلين أنه لا يختص به- أولاً يضمن لشريكه نصيبه منه.

اختلف في ذلك على قولين:

القول الأول :

أنه يضمن لشريكه نصيبه مما قبض .

وبه قال الحنفية^(١)، وهو وجه للحنابلة اختاره شيخ الإسلام ابن

تيمية^(٢).

القول الثاني :

أنه لا يضمن لشريكه شيئاً .

وهو المذهب عند الحنابلة^(٣).

(١) انظر: بدائع الصنائع ٦/٦٦٠.

(٢) انظر: الفروع ٤/١٩٦، الإنصاف ٥/٤٤٢٢.

(٣) انظر: المرجعين السابقين ، المغني ٥/٨٢، كشاف القناع ٣/٥٠٢.

الأدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول على عدم الضمان فيما قبض: بأنه قدر حقه فيما تعدى بالقبض^(١).

وقد يناقش: بأن ما قبضه - وإن كان قدر حقه - إلا أنه حقه وحق غيره؛ لأنه بدل عن حقيهما، ولا يجوز له قبض حق غيره بغير إذنه فإذا أتلفه ضمنه كما لو أتلف سائر حقوقه .

أدلة القول الأول :

استدل أصحاب هذا القول بأنه أتلف عليه ما قبضه من نصيبه فكان له أن يضمه لتعديه .

ويناقش: بأنه لم يتلف من نصيب شريكه شيئاً، وإنما أتلف نصيب نفسه .

ويجاب عن ذلك: بالمنع بدليل مشاركته له لو لم يتلف .

واعترض: بأن مشاركة شريكه له لثبوت الحق في الأصل مشتركاً^(٢) لا لكون المقبوض مشتركاً .

ويرد: بأنه يلزم من ثبوت الحق في الأصل مشتركاً أن يكون المقبوض منه مشتركاً؛ لأن المقبوض بدل عن الثابت، والبدل يأخذ حكم المبدل ولم يأذن له شريكه في القبض حتى يقال إنه جعله مختصاً به .

(١) انظر: المغني ٥/٨٢ .

(٢) انظر: المغني ٥/٨٢، الفروع ٤/١٩٦ .

الترجيح :

الراجح هو القول الأول لقوة دليله وسلامته من المناقشة الواردة - في مقابل عدم بقاء دليل القول الثاني صالحا للاستدلال بما ورد عليه من المناقشة .

والقول بالتضمنين هو القول اللاتق بمذهب الحنابلة؛ لأنهم يلزمون القابض بتشريك الآخر إذا قبض بغير إذنه، ولا فرق بين بقاء الحق وتلفه إذا كان قد ثبت لهما مشتركا، ويشهد لما ذكرت تضمنيه له - عندهم - إذا أخرج من يده برهن أو نحو ذلك - والله أعلم - .

المطلب الثاني: في تصرف القابض فيما قبض :

إذا قبض أحد الشريكين نصيبه من الدين المشترك ثم أخرج من يده بهبة أو بيع أو رهن أو قضاء دين عليه أو استهلكه بوجه من الوجوه فإن لشريكه أن يضمه نصف ما قبض؛ لأنه أتلف عليه ما قبضه من نصيبه فكان له أن يضمه .

وله أن يرجع على الغريم؛ لأن الحق يثبت في ذمته لهما على وجه سواء فليس له تسليم حق أحدهما إلى الآخر. فإن أخذ من الغريم لم يرجع على الشريك بشيء، لأن حقه يثبت في أحد المحلين، فإذا اختار أحدهما سقط حقه من الآخر. فإن قبض من شريكه شيئا رجع الشريك على الغريم بمثله^(١).

(١) انظر: بدائع الصنائع ٦/٦٦، المغني ٥/٨٢، الكافي لابن قدامة ٢/٢٨٥، الإنصاف ٥/٤٢١.

المبحث الثالث

في تصرف أحد الشريكين بنصيبه قبل قبضه

وفيه مطالب :

المطلب الأول: في إبرائه الغريم منه .

المطلب الثاني: في حكم الشراء به من الغريم

المطلب الثالث: في حكم الصلح عنه ودخول شريكه معه.

المطلب الرابع: في حكم تأجيله.

المطلب الأول:

إذا لم يقبض أحد الشريكين شيئاً ولكن أبرأ الغريم من نصيبه فإنه يبرأ ولا يضمن لشريكه شيئاً.

لأنه لم يقبض شيئاً من الدين وإنما هو بمنزلة تلفه^(١).

المطلب الثاني:

إذا لم يقبض أحد الشريكين شيئاً ولكن اشترى بنصيبه سلعه منه فأراد الشريك الآخر إبطال البيع فهل يملك ذلك أو لا ؟
اختلف في ذلك على قولين :

القول الأول:

أنه ليس له إبطال البيع وإنما يضمنه نصف قيمة السلعة. ولا سبيل له على السلعة .

(١) انظر: الهداية للمرغيناني ٢/٢٠٠، تبين الحقائق ٥/٤٧، درر الأحكام لمنلا خسرو ٢/٤٠٢، المغني ٥/٨٢ - ٨٣، الشرح الكبير مع المغني ٥/١٢٤، الإنصاف ٥/٤٢١.

وبه قال الحنيفية .^(١)

القول الثاني:

أن له إبطال البيع، ولو بذل له شريكه نصف السلعة لئلا يبطل البيع لم يلزمه ذلك.

وبه قال الحنابلة .^(٢)

الأدلة:

لم أقف على دليل لأصحاب القول الثاني .

ولعلمهم يستدلون بأن الشراء وقع بثمن مشترك فلم يصح إلا باتفاق الشريكين، لأن هذا تصرف في حق غيره بغير إذنه .

وقد يناقش: بأنه إذا ضمن لشريكه نصف قيمة السلعة فإنه لا يكون متصرفا في حقه وإنما متصرفا في حق نفس فكأنه قبض ما يقابل قيمة السلعة وأعطى شريكه نصفه واشترى السلعة بنصفه الذي قبض ومال من عنده . ولا ضير في هذا لأن الشريك إذا لم يملك إبطال قبض الشريك فإنه لا يملك إبطال عقده إذا ضمن له نصيبه من باب أولى .

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بأنه إنما اشترى السلعة بثمن في ذمة الغريم لا بماله في ذمة الغريم؛ لأنه لما اشترى وجب ثمن السلعة في ذمته . وله في ذمة الغريم مثله فصار ما في ذمته قصاصا بدينه فصار كأنه قبض نصف

(١) انظر: بدائع الصنائع ٦٦/٦، تبيين الحقائق ٤٦/٥ - ٤٧ ، الدر المختار ٥/٦٤١ .

(٢) انظر: المغني ٥/٨٣ .

الدين فلا يكون له على السلعة سبيل^(١).

وقد يناقش: بأنه لا يسلم أنه اشترى بثمن في ذمة الغريم وإنما اشترى بمالهما في ذمته، بدليل إلزامه بضمان قدر نصيب شريكه من قيمة السلعة.

وإذا كان كذلك فإنه ليس له منعة من أخذ نصف السلعة.

الترجيح :

الذى يظهر أن كلا القولين فيهما نظر، أما القول الأول: فلأنه حرم الشريك الآخر من الاشتراك في السلعة مع أنها اشترت بمالهما المشترك.^(٢)

وأما القول الآخر: فلأنه سلط الشريك الآخر على إبطال البيع إذا أراد إبطاله مع أن شريكه ضمن له نصيبه من الدين، ولا يخفى ما في هذا من الإضرار الذي لا مبرر له مع عدم انتفاعه بهذا الإبطال .

وبناءً على ذلك فالراجح فيما يظهر أن للشريك الآخر مشاركة شريكه في السلعة المشتراة إن أراد ذلك، فإن لم يرد الاشتراك ضمن له شريكه نصيبه ولم يملك إبطال البيع. والله أعلم.

(١) انظر: بدائع الصنائع ٦/٦٠.

(٢) مع ملاحظة أن الحنفية يقولون بأن أحدهما إذا قبض شيئاً اشتركا فيه ، وهو ينافي عدم تشريكه في السلعة المشتراة لأنها - كالمال المقبوض - إذ هي بدل عنه.

المطلب الثالث: في حكم صلح أحد الشريكين عن نصيبه ودخول شريكه معه:

إذا صالح أحد الشريكين عن نصيبه بسلعة وقبضها فهل لشريكه الدخول معه إذا أراد ذلك أو ليس له ذلك ؟ اختلف في ذلك على ثلاثة أقوال:-

القول الأول:

أن لشريكه أن يأخذ نصف ما صالح عليه ثم يرجع بما بقي من نصيبه على الغريم ويرجع المصالح على الغريم بقدر ما أخذ منه شريكه، هذا إذا أراد الأخذ وإن لم يرد الأخذ وأراد إتباع الغريم بنصيبه كان له ذلك .
وبه قال المالكية.^(١)

القول الثاني :

أن الشريك بالخيار إن شاء سلم لشريكه نصف المصالح عليه، وإن شاء أعطاه مثل نصف حقه من الدين .
وبه قال الحنفية .^(٢)

(١) انظر: التاج والإكليل ٩٠، ٨٨/٥، الخرشي على خليل ١٢/٦، ١٤، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه ٣/٢٢١ - ٢٢٢ وهذا مذهبه إذا لم يعذر إلى شريكه فإذا أعذر إليه فامتنع من الخروج معه أو التوكيل فإن القابض يختص بما قبض . لما تقدم في المبحث الأول ص: ٦١٩ ويمثلون لهذه المسألة بما إذا كان لهما أو لمورثهما مائة على شخص فصالح أحدهما من خمسينه بعشرة فإن لشريكه أن يأخذ منه خمسة ويرجع على الغريم ما بقي من نصيبه وهو خمسة وأربعون ثم يرجع المصالح على الغريم بما أخذ منه شريكه وهو خمسة .

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٦٦/٦، كشف الحقائق ١٢٣/٢، شرح صدر الشريعة ١٢٣/٢، حاشية ابن عابدين ٥/٦٤١ .

القول الثالث :

أنه ليس لشريكه الدخول معه فيما صالح عليه وإنما يأخذ نصيبه من الدين.

ذكر ذلك القاضي من الحنابلة، واقتصر عليه في الفروع^(١).

الأدلة :

لم أقف لأصحاب القول الثالث على دليل على ما ذهبوا إليه.

ويناقد قولهم: بالمنع؛ لأن المصالح عنه بدل عن مشترك بينهما والبدل يأخذ حكم المبدل، والمبدل مشترك بينهما على وجه لا يتميز فيه أحد الحقين عن الآخر، وإذا كان كذلك فإن منع الشريك من الدخول مع شريكه فيما صالح عليه منع له من الدخول فيما له فيه حق.

أدله القول الثاني :

استدل أصحاب هذا القول على أن الخيار للقابض: بأن الصلح لم يوجب شيئاً على المصالح؛ لأنه عقد تبرع بمنزلة الهبة والإبراء بخلاف الشراء إلا أنه قبض سلعة عن الدين المشترك فكان له أن يسلم نصفه إلى الشريك وله أن يقول: أنا أعطيك نصف حقتك من الدين لأنه لا حق لك فيما زاد على ذلك.^(٢)

(١) انظر: الفروع ٤/١٩٧، الإنصاف ٥/٤٢٢.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٦/٦٦٠.

ويناقش: بأن هذا غير مسلم؛ لأن الحق إذا كان مشتركاً في المصالح عنه - وهو الدين - فإن للشريك المصالح الدخول معه إذا رضي به شريكه لأن الدخول مقتضى الحق المشترك. إذ لا يصح أن يكون الخيار للمصالح في منع شريكه من الدخول فيما يستحقه بمقتضى اشتراكهما في الأصل، بل الخيار لصاحب الاستحقاق في الأصل .

وكون الصلح عقد تبرع لا يمنع مما ذكرنا إذا رضي الشريك الآخر بما رضي به المصالح لأنه يكون متبرعاً مثله .

أدلة القول الأول :

يستدل لهذا القول: بأن الدين لما كان مشتركاً بينهما فإن ما يقبضه أحدهما بسببه يكون مشتركاً لأنه بدل عنه، فكان لشريكه الدخول معه فيما صالح به وأخذ نصيبه والرجوع على الغريم بما بقي لأنه لم يصلح عنه، ويرجع المصالح بما أخذ شريكه لأنه لما صالح بهذا المقدار لم يتم له منه إلا ما بقي بعد أخذ شريكه. (١)

الترجيح :

الراجع هو القول الأول لقوته وظهور دليله وسلامته من المناقشة في مقابل مناقشة القول الثالث، ومناقشة دليل القول الثاني. والله أعلم .

فرع للمالكية: في الرجوع على الغريم في الصلح عن الإنكار:

ذكر المالكية في المعتمد عندهم أن غير المصالح إذا دخل مع المصالح فيما صالح به فلا رجوع للمصالح ولا لشريكه على الغريم به؛ لأن الصلح

(١) انظر: الشرح الصغير للدردير ٤٢١/٣ .

لقطع النزاع، ورجوع المصالح بما أخذ منه فتح لباب النزاع .
وفي قول لبعضهم: له الرجوع ومطالبة الغريم حتى يحلف أو يؤدي أو
يصالح .

أقول: وقول بعضهم هو الصواب فيما يظهر لأنه يطالب بحقه وقد
يحصل عليه، فإن ثبت وإلا فلا ضير عليه، ودعوى فتح باب النزاع لا أثر
لها لأنه يطالب بحقه فإذا ثار النزاع بسبب هذه المطالبة فإنه لا يؤثر ولا
يلتفت إليه في مقابل الوصول إلى الحق، ولا يكون سببا للمنع من
المطالبة^(١).

قالوا: وإن لم يدخل غير المصالح مع المصالح فإن له المطالبة بجميع
نصيبه أو بعضه أو الصلح كما صالح شريكه أو بأقل أو بأكثر فإن أبي
المدعى عليه أن يدفع له شيئا ولا بينة فليس له عليه إلا اليمين^(٢).
هذا مذهب المالكية في صلح أحد الشريكين عن نصيبه وما يترتب
على هذا الصلح وهو القول الراجح - فيما يظهر كما تقدم.

إلا أن المالكية يقولون: إذا اختار الشريك الآخر ما على الغريم وقبض
شريكه ما قبضه من الغريم فإن هذا الشريك الذي اختار ما على الغريم لا
يملك الرجوع على شريكه بشيء مما قبضه ولو عدم الغريم أو ما بيده من

(١) أقول: والملاحظ أن الدسوقي في حاشيته فرق بين ما إذا كان الدين سببه الإرث
فاختار عدم الرجوع وبين ما إذا كان سبب الدين عقد فاختار الرجوع، ولم يذكر
سبب التفريق. انظر: حاشية الدسوقي ٣/٢٢٢، ٢٢١ والذي يظهر أنه لا فرق بين
السببين لأن الدين في الذمة وهي واحدة. والله أعلم.

(٢) انظر: الخرشي على خليل ١٢/٦، ١٤، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه
٣/٢٢٢، ٢٢١/٣، الشرح الصغير وبلغه السالك عليه ٣/٤١٩ - ٤٢٠، ٤٢١.

المال في مسألة الصلح على الإقرار أو أبي أن يدفع في مسألة الصلح على الإنكار.

ويعلمون: بأنه لما اختار ما على الغريم فكأنه قاسم صاحبه^(١).

ويناقدش: بأن هذا غير مسلم؛ لأن في منع الشريك من الرجوع على صاحبه إذا عدم الغريم في الصلح على الإقرار أو أبي أن يدفع في الصلح على الإنكار: إبطالا لحقه من المشترك بينهما في الأصل لأنه إنما ترك له ما قبض ليسلم له ما في ذمة الغريم، فإذا لم يسلم له بقي حقه في المقبوض كما كان وإلا لا نفراد أحدهما ببديل المشترك بينهما، وهذا لا يجوز .

وبناء على ذلك فالراجع فيما يظهر أن له الرجوع في هاتين الحالتين لما تقدم في هذه المناقشة - والله أعلم-.

المطلب الرابع: في حكم تأجيل أحد الشريكين نصيبه:

إذا أخرج أحد الشريكين نصيبه من الدين فهل يجوز له ذلك أولاً؟
اختلف في ذلك علي قولين:-

القول الأول:

أنه لا يجوز له ذلك.

وبه قال المالكية^(٢)، والحنابلة^(٣) وأبو يوسف، وهو رواية عن محمد

(١) انظر: المراجع السابقة .

(٢) انظر: المدونة ٢١٠/٥، الكافي لابن عبد البر ٢/٢٤٥، المعيار العربي ٥/٢٢٠ .

(٣) انظر: رؤوس المسائل للشريف أبي جعفر « مخطوط » ل ٢٥٤ - ٢٥٥، الهداية لأبي

الخطاب ١/١٧٢، الشرح الكبير مع المغني ٥/١٢٤، الإنصاف ٥/٤٢٠ .

ابن الحسن.^(١)

القول الثاني :

أنه لا يجوز له ذلك .

وبه قال أبو حنيفة،^(٢) وهو رواية عن محمد بن الحسن.^(٣)

الأدلة :

أدلة القول الثاني :

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية :

١- أن تأخير نصيبه قسمة الدين قبل القبض وهي لا تجوز.

والدليل على أن التأجير قسمة الدين: أنه وجد أثر القسمة وهو انفراد كل واحد من الشريكين بنصيبه على وجه لا يكون للآخر فيه حق، وقسمة الدين قبل القبض لا تجوز، لأنه لا يحتمل معنى القسمة وهو التمييز، إذ هو اسم للفعل أو لمال حكمي في الذمة.^(٤)

ويناقش من وجهين :

أحدهما: لا يسلم أن تأخير نصيبه قسمة للدين؛ لأن قسمة الدين تصرف في الدين، والتأخير ليس تصرفاً في الدين وإنما هو تصرف في

(١) انظر: الهداية للمرغيناني ٢/٢٠٠، تبين الحقائق ٥/٤٧، البناية شرح الهداية

٧/٦٤٤، مجمع الأنهر ٢/٣١٨.

(٢) انظر: المراجع السابقة .

(٣) انظر: المراجع السابقة .

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٦/٦٦ - ٦٧.

المطالبة بالامتناع عنها مدة معينة^(١).

وأجيب: بأن جواز التأجيل قد يجر إلى قسمة الدين وذلك عندما يقوم المدين بأداء مالم يؤجل منه إلى صاحبه قبل حلول أجل الباقي.

إذ إن ذلك يعد وفاء لنصيب أحد الشريكين في الدين مع بقاء نصيب الشريك الآخر مؤجلاً وبذلك ينقسم الدين ويتميز نصيب كل شريك عن نصيب الآخر قبل أداء الدين جميعه، وذلك غير جائز فلا يجوز ما أدى إليه^(٢).

ويرد عليه من وجهين:

أحدهما: أنه يجوز للشريك الدائن الذي أجل حصته أن يرجع فيما قبض صاحبه عندما يحل أجل حصته اتفاقاً بين أبي حنيفة وصاحبيه، أو في الحال قبل حلول أجل حصته كذلك عند الإمام^(٣)، ورجوعه فيما قبض صاحبه من الدين بقدر ماله من حصة فيه دليل على أن الوفاء لم يكن وفاء عن حصة القابض خاصة - بل كان المقبوض من الدين جميعه أو من الحصتين، وقد كان كذلك مشتركاً بين الدائنين.

وبهذا يظهر أن إقدام أحد الدائنين على تأجيل حصته لا يستلزم قسمة دينهما .

وعلى هذا لا يكون امتناع التأجيل من أحد الشريكين لحصته راجعاً إلى عدم جواز قسمة الدين قبل قبضه كما قيل .

(١) انظر: المراجع السابق.

(٢) انظر: الشركات لعلي الخفيف ص ١٠ - ١١ .

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٦٧/٦، تبين الحقائق ٤٨/٥ .

ويؤيد هذا ما جاء في حاشية الشرنبلالي^(١) نقلا عن البرهان: « أن تأجيل نصيبه موقوف على رضا شريكه عند أبي حنيفة ».

فإن ذلك ينفي أن المراد في عدم جواز التأجيل من أحد الشريكين هو عدم جواز قسمة الدين قبل قبضه - إذ لو صح ذلك لكان هذا التأجيل غير جائز مطلقا سواء رضي أو لم يرض.^(٢)

الثاني: لو سلم بأن التأخير قسمة فإن المنع منه لكونه قسمة مردود من وجهين:

أحدهما :

أن المانعين للتأخير لكونه قسمة: نصوا على أن المدين لو كان دائنا لأحد الشريكين في الدين الذي عليه يمثل حصته فيه فإن الدينين يلتقيان قصاصا وتبرأ ذمته من حصة الشريك المدين، وهذا لا يعدو في المعنى أن يكون تجزئة للدين المشترك وقسمة له قبل قبضه، فقد امتازت حصة أحد الشريكين بالتقائها قصاصا مع ما قد يكون للمدين من دين في ذمة أحد الشريكين، بينما بقيت حصة الشريك الآخر.^(٣)

ثانيهما :

أن في قسمة الدين خلافا والراجع صحة القسمة^(٤).

٢- أن في التأجيل ضررا على شريكه بأن يجعل مؤنة الطلب عليه فقط.

(١) انظر: مع درر الحكام ٢/٤٠٢.

(٢) انظر: الشركات لعلي الخفيف ص ١١.

(٣) انظر: الشركات لعلي الخفيف ص ١١ - ١٢.

(٤) سيأتي هذا الخلاف والراجع فيه ص ٦٨٥ - ٦٨٨.

وبيان ذلك أن الساكت يطالب بنصيبه في الحال، فإذا خلص منه رجع عليه المؤجل بنصيبه عند حلول أجله، ثم يرجعان على الغريم فيؤخر المؤجل نصيبه مرة أخرى، كما فعل في المرة الأولى فيطالب الساكت بنصيبه؛ لأن حقه قد نقص برجوع شريكه عند حلول الأجل فإذا خلص منه رجع عليه به عند حلول الأجل ولم يزل يعمل هكذا إلى أن يستوفي نصيبه.

وفيه تقويت غرضه بمنعه وصول حقه له في الحال، وهذا ضرر ظاهر لا يخفى فلا يُمكن منه^(١).

ويناقش: بأن هذا في الحقيقة ليس تأجيلا من أحد الشريكين لنصيبه بل هو تأجيل منهما لبعض الدين. مع أن المؤجل في الأصل أحدهما.

وفي قصر المؤجل على المؤجل ومنعه من مشاركة شريكه فيما قبض رفع لهذا الضرر وتحقيق لمعنى التأجيل في بعض الدين والحلول في بعضه الآخر.

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول: بأن نصيبه ملكه فيملك التصرف فيه، ولهذا ملك التصرف فيه إسقاطا بالإبراء فالتأخير أولى لأنه دونه^(٢).

ونوقش: بأن الإبراء ليس فيه أثر للقسمة ومعناها بل هو إتلاف

(١) انظر: تبين الحقائق ٤٨/٥، المبسوط ٣٩/٢١.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٦٦/٦، رؤوس المسائل للشراف أبي جعفر «مخطوط» ل

٢٥٥، المغني ٥/٨٣.

لنصيبه بخلاف التأخير^(١).

ويجاب عنه من وجهين:

أحدهما: ما تقدم^(٢) من أن التأجير ليس قسمة للدين؛ لأن له الرجوع عند أصحاب القول الثاني على صاحبه فيما قبض.

الثاني: لو سلم بأن التأخير قسمة للدين فإن في قسمة الدين خلافاً، والراجح صحة القسمة^(٣).

الترجيح:

بعد عرض أدلة القولين وما جرى عليها من مناقشات فإنه يظهر أن الراجح هو القول الأول لسلامة دليله مما ورد عليه من المناقشات - في مقابل ضعف أدلة القول الثاني بالمناقشات الواردة عليها - والله أعلم - .

تفريع على القول بالجواز: في رجوع المؤجل على شريكه الذي لم يؤجل فيما قبض.

اختلف القائلون بجواز تأجيل أحد الشريكين نصيبه في رجوع المؤجل نصيبه على شريكه فيما قبض على قولين:

القول الأول:

أنه لا يجوز له الرجوع على شريكه، وإنما يختص الذي لم يؤجل بما قبض .

(١) انظر: بدائع الصنائع ٦/٦٧٠.

(٢) تقدم ذلك في الوجه الأول من مناقشة الدليل الأول من أدلة القول الثاني.

(٣) انظر: ص ٦٨٥ - ٦٨٨.

وبه قال المالكية^(١)، وهو قول القاضي من الحنابلة^(٢).

القول الثاني:

أن له الرجوع على شريكه ومشاركته فيما قبض .
وبه قال الحنابلة في المذهب^(٣).

القول الثالث:

أن له الرجوع على شريكه ومشاركته فيما قبض إذا حل الأجل . أما
قبل الحلول فليس له ذلك .
وبه قال أبو يوسف ومحمد بن الحسن^(٤).

الأدلة:

أدلة القول الثالث:

استدل أصحاب هذا القول: بأن الأجل يمنع ثبوت المطالبة فلا يكون
له حق في المقبوض، فإذا حل صار كأنه لم يزل حالاً فتثبت الشركة^(٥).
ويناقش: بأن تشبيه المؤجل إذا حل بالحال أصلاً ممنوع من وجهين:
أحدهما: أن فيه إلغاء لفائدة التأجيل في هذه الفترة، إذ كيف يسوى
بين الحال وبين المؤجل الذي قد حل .

(١) انظر: المدونة ٥/٢١٠، الكافي لابن عبد البر ٢/٢٤٥.

(٢) انظر: المغني ٥/٨٣.

(٣) انظر: المرجع السابق، المبدع ٥/١٢، كشاف القناع ٣/٥٠٢.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٦/٦٧، تبين الحقائق ٥/٤٨.

(٥) انظر: بدائع الصنائع ٦/٦٧.

الثاني: أن فيه تثبيتاً للشركة بينهما فيتضرر الشريك بجعل مؤنة الطلب عليه فقط وتفويت غرضه من وصول حقه له في الحال.

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول: بأن الدين الحال لا يتأجل بالتأجيل فوجود التأجيل كعدمه^(١).

وبناقش: بأن هذا مجرد دعوى تحتاج إلى دليل يدل عليها ولادليل بل الدليل يدل على صحة التأجيل وهو:

١ - قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَتْ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾^(٢)

وجه الاستدلال: أن ظاهر الآية يدل على مشروعية إنظار المعسر، والإنظار هو تأجيل المطالبة بالدين الواجب دفعه .

٢ - أن الإنسان يجوز له إقراض ماله وبيعه بثمن مؤجل في الأصل فكذا يجوز له التأجيل - مرة أخرى - إذاحل الأجل الأول، لعدم الفرق بين التأجيلين.

أدله القول الأول:

يستدل لهذا القول بالأدلة الآتية:

- ١ - أن المؤجل أراد بتأجيله الثواب، وشريكه أراد من عدم التأجيل الحصول على ماله فيختص كل واحد منهما بما أراد تحقيقاً لمراده .
- ٢ - أن اختصاص الشريك الذي لم يؤجل بما قبض هو مقتضى عدم

(١) انظر: المغني - ٥/٨٣ .

(٢) سورة البقرة: آية ٢٨٠ .

التأجيل واختصاص المؤجل بالمؤجل هو مقتضى التأخير والتأجيل، ولو جاز للمؤجل مشاركة غير المؤجل فيما قبض لتساوى التأجيل والحلول وهو لا يصح، لدلالة كل واحد منهما على عكس ما يدل عليه الآخر .

٣- أن تأجيل المؤجل نصيبه دليل على رضاه باتباع ذمة الغريم فكأنه قاسم صاحبه. فلا يرجع عليه بعد رضاه .

الترجيح:

الراجع - فيما يظهر - هو القول الأول - لقوة أدلته وسلامتها من المناقشة في مقابل مناقشة أدلة القولين الثاني والثالث. والله أعلم.

المبحث الرابع في قسمة الدين بين الشركاء

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: في قسمة الدين إذا كان في ذمة واحدة.

المطلب الثاني: في قسمة الدين إذا كان في ذمم متعددة.

المطلب الأول:

إذا تقاسم الشركاء الدين في ذمة غريمهما بأن كان لهما عليه مائة ألف فقال أحدهما: أنا آخذ خمسين وأنت تأخذ خمسين ووافق الآخر، فهل تصح هذه القسمة فيختص كل واحد بما أخذ أو لا تصح ؟

اختلف في ذلك على قولين:

القول الأول:

أن هذه القسمة صحيحة .

وبه قال المالكية ^(١)، وهو رواية عن الإمام أحمد اختارها شيخ الإسلام

(١) انظر: المدونة ٣٦٦/٤، التاج والإكيل ٨٨/٥، الخرشي على خليل ١٤/٦، الشرح الصغير ومعه بلغة السالك ٤٢٠/٣ - ٤٢١ .

ابن تيمية وتلميذه ابن القيم^(١)، وهو قول للشافعية^(٢).

القول الثاني:

أن هذه القسمة لا تصح.

وبه قال الحنفية^(٣)، وهو الأظهر عند الشافعية^(٤)، والمذهب عند الحنابلة^(٥).

الأدلة:

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول: بأن معنى القسمة إفراز الحق ولا يتصور

(١) انظر: الاختيارات الفقهية ص. ١٤٦، إعلام الموقعين ٣/٤ - ٤. وقد خص القاضي وابن عقيل الروائيتين بما إذا كان الدين في ذمتين فصاعدا فإن كان في ذمة واحدة لم تصح قسمته رواية واحدة. انظر: القواعد ص ٤١٥ وكذلك قال في المغني ٨٤/٥، وفي الشرح ١٢٤/٥، وفي الفروع ٣٩٧/٤ وأنكر ذلك مجد الدين. انظر: القواعد ص ٤١٥، وشيخ الإسلام ابن تيمية . انظر: الاختيارات ص ١٤٦، وابن القيم. انظر: إعلام الموقعين ٤/٤، فأثبتوا الرواية عنه في الذمة الواحدة وفي الذمتين واستشهد لذلك ابن رجب بقول القاضي في خلافه إذا قبض أحد الشريكين من الدين بإذن شريكه اختص بما قبضه بل وذكر أن الإمام أحمد نص في رواية ابن منصور على جواز القسمة بالتراضي في الذمة الواحدة . انظر: القواعد ص/٤١٥

(٢) انظر: روضة الطالبين ١١/٢٢٠.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٦٦/٦، تبين الحقائق ٤٧/٥ - ٤٨، مجمع الأنهر ٢/٣١٧.

(٤) انظر: روضة الطالبين ١١/٢٢٠ - ٢٢١، شرح روض الطالب ٤/٣٣٩.

(٥) انظر: الروائيتين والوجهين ١/٣٨٧، المغني ٨٤/٥، الإنصاف ٥/٤٢٠، كشف

القناع ٣/٥٠٢، شرح منتهى الإرادات ٢/٣٢٤.

ذلك في ذمة واحدة^(١).

ويناقش: بالمنع، إذ يمكن تصور ذلك؛ لأن ما في الذمة يتعين تقديرها، ويكفي في إمكان القسمة التعيين بوجه، فهو معين تقديراً ويتعين بالقبض تحقيقاً^(٢).

أدلة القول الأول :

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية :

- ١- أن الحق لهما فيجوز أن يتفقا على قسمته أو على بقائه مشتركاً ولا محذور في ذلك، بل هذه أولى بالجواز من قسمة المنافع بالمهاياة بالزمان أو المكان، ولا سيما فإن المهاياة بالزمان تقتضي تقديم أحدهما على الآخر، وقد تسلم المنفعة إلى نوبة الشريك وقد تتلف^(٣).
- ٢- أن الدين في الذمة يقوم مقام العين ولهذا تصح المعاوضة عليه من الغريم وغيره، وتجب على صاحبه زكاته إذا تمكن من قبضه، ويجب عليه الإنفاق على أهله وولده ورقيقه منه، ولا يعد فقيراً مُعْدمًا، فاقسامه يجري مجرى اقتسام الأعيان والمنافع، فإذا رضي كل من الشريكين أن يختص بما يخصه من الدين فينفرد هذا برجل يطالبه، وهذا برجل يطالبه، أو ينفرد هذا بالمطالبة بحصته وهذا بالمطالبة بحصته، لم يهدما بذلك قاعدة من قواعد الشريعة ولا استحلاً ما حرم الله ولا خالفاً نص كتاب الله ولا سنة رسوله ولا قول صاحب ولا

(١) انظر: الروايتين والوجهين ١/٢٨٧، المغني ٥/٨٤، بدائع الصنائع ٦/٦٧٠.

(٢) انظر: إعلام الموقعين ٤/٣٠.

(٣) انظر: المرجع نفسه.

قياسا شهد له الشرع بالاعتبار.^(١)

الترجيح :

الراجح - فيما يظهر- هو القول الأول؛ لظهوره وقوة أدلته وسلامتها من المناقشة في مقابل ضعف دليل القول الثاني بما ورد عليه من مناقشة . والله أعلم .

المطلب الثاني: في قسمة الدين إذا كان في ذمم متعددة :

إذا كان لرجلين ديون عند رجلين فتراضيا على أن يكون ما في ذمة زيد لأحدهما وما في ذمة عمرو للآخر فهل تجوز هذه القسمة أو لا ؟
اختلف في ذلك على قولين :

القول الأول:

أن هذه القسمة جائزة .

وهو رواية عن الإمام أحمد^(٢) صححها^(٣) الناظم^(٤)، واختارها شيخ

(١) انظر: إعلام الموقعين ٣/٤ .

(٢) انظر: الروايتين والوجهين ٣٨٧/١، الهداية ١٧٢/١ .

(٣) انظر: الإنصاف ٥/٤٢٠ .

(٤) هو: محمد بن عبد القوي بن بدران بن عبدالله المقدسي المرداوي، شمس الدين أبو عبدالله الفقيه المحدث النحوي، ولد سنة ٦٠٣هـ، وسمع الحديث وطلب وقرأ بنفسه وتفقه على الشيخ شمس الدين بن أبي عمر، وكان حسن الديانة، دمث الأخلاق، كثير الإفادة. توفي سنة ٦٩٩هـ. من تصانيفه: «النظم» و«مجمع البحرين» لم يتمه و«الفروق» .
(انظر: الذيل على طبقات الحنابلة ٢/٣٤٢ - ٣٤٣، هدية العارفين ٢/١٣٩، شذرات الذهب ٥/٤٥٢).

الإسلام ابن تيمية^(١) وتلميذه ابن القيم^(٢) وقدمها في الرعايتين^(٣)، وهي اختيار^(٤) الشيخ محمد بن عبد الوهاب^(٥).

وهو قول للشافعية^(٦)، وبه قال الحسن البصري^(٧)، وإسحاق^(٨).

القول الثاني:

أن هذه القسمة لا تجوز .

(١) انظر: الإنصاف ٤٢٠/٥، الفروع ٣٩٧/٤، الاختيارات ص ١٤٦، هذا ويلاحظ أن شيخ الإسلام ذهب إلى ما هو أبعد من الجواز حيث مال إلى الإيجاب على القسمة إذا تكافأت الذمم، وقال إن هذا هو قياس المذهب من الحوالة على الملىء .

(٢) انظر: إعلام الموقعين ٣/٤ .

(٣) انظر: تصحيح الفروع ٣٩٧/٤، المبدع ١٢/٥ .

(٤) انظر: الدرر السنية في الأجوبة النجدية ١٦٠/٥ .

(٥) هو: شيخ الإسلام الإمام محمد بن عبد الوهاب بن سليمان بن علي بن محمد بن أحمد التميمي النجدي ، ولد سنة ١١١٥ بالعينية ونشأ بها وشرع في طلب العلم على والده، ثم ارتحل في طلبه إلى مكة والمدينة والبصرة ، ثم عاد وبدأ في دعوته إلى إصلاح العقيدة والجهاد في سبيل ذلك مع الإمام محمد بن سعود إلى أن توفي سنة ١٢٠٦هـ. له مؤلفات كثيرة في مختلف فروع الشريعة .

(انظر: علماء نجد خلال ستة قرون ١/٢٥ - ٤٧، مختصر طبقات الحنابلة / ١٥٠ - ١٦٩، هدية العارفين ٢/٣٥٠).

(٦) انظر: روضة الطالبين ١١/٢٢٠ .

(٧) انظر: المغني ٥/٨٤، عمدة القاري شرح صحيح البخاري ١٣/٢٨٨ .

(٨) انظر: المغني ٥/٨٤ .

وبه قال الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، وهو الأظهر عند الشافعية^(٣)،
والمذهب عند الحنابلة^(٤).

وهو قول النخعي^(٥) وابن سيرين^(٦).

الأدلة:

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:

١- أن القسمة إن جعلت بيعاً فهذا بيع دين في ذمة بدين في أخرى، وإن
جعلت إفرازاً إفرازاً ما في الذمة ممتنع لعدم قبضه^(٧).

ويناقدش بالآتي :

أما المنع لكون القسمة بيعاً فغير مسلم، لأنه لا معنى للبيع هنا، وغاية
ما فيه أن كل واحد منهما رضي باتباع أحد الغرماء بدينه فأبي بيع في
هذا.

وأما المنع لكونها إفرازاً وأنه لا يتصور إفراز ما في الذمة لعدم قبضه

(١) انظر: بدائع الصنائع ٦/٦٦، ٦٧ - مجمع الأنهر ٢/٣١٧.

(٢) انظر: الكافي لابن عبد البر ٢/٢٤٤ - ٢٤٥.

(٣) انظر: روضة الطالبين ١١/٢٢٠ - ٢٢١، شرح روض الطالب ٤/٣٣٩،

انظر: المبدع ٥/١٢.

(٤) انظر: المغني ٥/٨٤، الروايتين والوجهين ١/٣٨٧، الإنصاف ٥/٤٢٠، كشف القناع

٢/٥٠٢، شرح منتهى الإرادات ٢/٣٢٤.

(٥) انظر: المغني ٥/٨٤، عمدة القاري ١٣/٢٨٨.

(٦) انظر: المغني ٥/٨٤.

(٧) انظر: روضة الطالبين ١١/٢٢١، شرح روض الطالب ٤/٣٣٩.

فغير مسلم - أيضا - لما تقدم من أن ما في الذمة يتعين تقديرا ويكفي في إمكان القسمة التعين بوجه فهو معين تقديرا، ويتعين بالقبض تحقيقا .

٢- أن الذم لا تتكافأ ولا تتعادل، والقسمة تقتضي التعديل، وأما القسمة من غير تعديل فهي بيع ولا يجوز بيع الدين بالدين^(١) .

ويناقش: بأن عدم تكافؤ الذم وتعادلها لا يصلح دليلا للمنع من القسمة، لأن الحق لهما وقد رضى كل واحد منهما باتباع أحد الغرماء مع علمه بعدم مكافأته للآخر، فلا يمنع من ذلك كما لو أراد إسقاط حقه من الدين.

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:

١- الأدلة التي استدلو بها على جواز قسمة الدين إذا كان في ذمة واحدة.

٢- أن اختلاف الذم في التكافؤ والتعادل لا يمنع القسمة، كما لو اختلفت الأعيان ورضي كل واحد منهما بأخذ عين منها^(٢) .

٣- أن معنى القسمة إفراز الحقوق وتعديل الأنصبة، وهذا المعنى يوجد في الذم^(٣) .

الترجيح:

الراجح هو القول الأول لظهوره وقوة أدلته وسلامتها من المناقشة، في مقابل ضعف أدلة القول الثاني بالمناقشات الواردة عليها - والله أعلم - .

(١) انظر: المغني ٨٤/٥، الشرح الكبير ١٢٤/٥، المبدع ١٢/٥ .

(٢) انظر: المراجع المتقدمة .

(٣) انظر: الروايتين والوجهين ٢٨٧/١ .

الباب الثالث

في آثار الشيوخ في الجنايات والحدود والدعاوى

وفيه ثلاثة فصول :

الفصل الأول: في آثاره في الجنايات.

الفصل الثاني: في آثاره في الحدود.

الفصل الثالث: في آثاره في الدعاوى.

الفصل الأول في آثاره في الجنايات

وفيه مباحث:

المبحث الأول: فيما يترتب على قتل العبد المشاع.

المبحث الثاني: فيما يترتب على عفو بعض الأولياء.

المبحث الثالث: فيما يترتب على غيبة أحد الأولياء أو صغره أو جنونه.

المبحث الرابع: فيما يترتب على قتل الواحد للجماعة أو جنايته عليهم بما دون النفس.

المبحث الخامس: فيما يترتب على سقوط الأملاك المشاعة.

المبحث الأول

فيما يترتب على قتل العبد المشاع

إذا قتل عبد عبدا مشتركا بين اثنين فطلبوا القصاص كان لهما ذلك، وإن عفا سقط عنه القصاص.

وإن عفا أحدهما دون الآخر فإن القصاص يسقط وينتقل حقهما إلى القيمة؛ لأن القصاص لا يتبعض.^(١)

جاء في البناية^(٢): «.. عبد مشترك بين الصغير والكبير، فقتل، ليس للكبير استيفاء القصاص قبل أن يدرك الصغير بالإجماع».

وجاء في الأم^(٣): « وإذا كان العبد بين اثنين فقتله عبد عمده فلا قود حتى يجتمع مالكاها معا على القود، وأيهما شاء أخذ حقه من ثمنه كان للأخر مثله ولا قود له إذا لم يجمع معه شريكه على القود ».

وجاء في المغني^(٤): « فأما إن قتل العبد عبدا بين شريكين كان لهما القصاص والعفو، فإن عفا أحدهما سقط القصاص وينتقل حقهما إلى القيمة؛ لأن القصاص لا يتبعض ».

(١) انظر: بدائع الصنائع ٢٤٣/٧، ٢٤٨، تكملة البحر الرائق ٢٩٩/٨، ٣٠١، الأم للشافعي ٢٦/٦، الفروع ٦٥٩/٥، كشاف القناع ٥٢٩/٥.

(٢) ٤١/١٠

(٣) ٢٦/٦

(٤) ٦٦٢/٧

المبحث الثاني

فيما يترتب على عفو بعض الأولياء

وفيه مطلبان :

المطلب الأول: في عفو القتل ليس غيلة.

المطلب الثاني: في عفو القتل غيلة.

المطلب الأول:

اختلف فيما يترتب على عفو بعض الأولياء من سقوط القصاص بعفوه وعدم سقوط - إذا كان القتل ليس غيلة- على قولين: -

القول الأول:

أنه إذا عفا بعض الأولياء عن حقه من القصاص فإن القصاص يسقط بعفوه وللباقي حصتهم من الدية.

وبه قال جمهور أهل العلم منهم الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤)، وعطاء والنخعي وحمام والثوري وطاووس والشعبي^(٥).

(١) انظر: تبين الحقائق ١١٣/٦، مجمع الأنهر ٢/٦٧٤.

(٢) انظر: المنتقى للباقي ٧/٢٣، البهجة شرح التحفة ٢/٣٧٤.

(٣) انظر: الأم ١٢-١٣/٦، نهاية المحتاج ٧/٢٩٤.

(٤) انظر: المغني ٧/٧٤٢ - ٧٤٣، الإنصاف ٩/٤٨١.

(٥) انظر: المحلى ١٠/٤٧٨ - ٤٧٩، المغني ٧/٧٤٣.

- وهو مروى عن عمر وابن مسعود ^(١).
- جاء في مختصر الطحاوي ^(٢): « ومن عفا من ورثة المقتول عن القصاص من رجل أو امرأة.. فلا سبيل إلى القصاص ولمن سوى العافي من الورثة حصته من الدية ».
 - وجاء في مواهب الجليل ^(٣): « إذا أسقط بعض من له العفو حقه وعفا عن القاتل فإن القود يسقط ويتعين للباقيين نصيبهم من دية عمد ».
 - وجاء في روضة الطالبين ^(٤): « .. هو مستحب فإن عفا بعض المستحقين سقط القصاص وإن كره الباقيون ».
 - وجاء في المبدع ^(٥): « وإن عفا بعضهم سقط القصاص .. وإن كان زوجا أو زوجة ».

القول الثاني:

أن القصاص لا يسقط بعفو بعض مستحقيه بل لا بد من اجتماعهم عليه. وبه قال بعض أهل المدينة ^(٦)، وهو قول ابن حزم ^(٧).

(١) انظر: المرجعين السابقين.

(٢) ص ٢٣٩.

(٣) ٢٥٤/٦.

(٤) ٢٣٩/٩.

(٥) ٢٨٢/٨.

(٦) انظر: المغني ٧٤٣/٩، البناية على الهداية ٧٤/١٠.

(٧) انظر: المحلى ٤٨٠/١٠ - ٤٨٢.

- جاء في المحلى^(١): « .. فالدية ما لم يجمع الأهل على أخذها لا يحل أخذها .. وصح أن من دعا إلى القود فهو له .. »

الأدلة:

أدله القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بالآتي :

أن القود والدية قد ورد التخيير فيهما ورودا واحدا ليس أحدهما مقدما على الآخر فلم يجز أن يغلب عفو العافي على إرادة من أراد القصاص ولا إرادة من أراد القصاص على عفو العافي إلا بطص أو إجماع ولا إجماع في تغليب العافي. فنظرنا في ذلك فوجدنا الله تعالى يقول: ﴿... وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا وَلَا نُزْرُؤُا زِرَّةً وَلَا نُزْرُؤُا أُخْرَىٰ...﴾^(٢)، فوجب بهذه الآية أن لا يجوز عفو العافي عن من لم يعف، ووجدنا القاتل قد حل دمه بنفس القاتل كما يدل عليه حديث عثمان بن عفان. سمعت رسول الله ﷺ يقول: « لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث: رجل كفر بعد إسلامه، أو زنى بعد إحصان، أو قتل نفسا بغير نفس فيقتل .. »^(٣).

(١) ٤٨٢/١٠

(٢) سورة الأنعام: آية ١٦٤

(٣) أخرجه أبو داود في سننه / كتاب الديات / باب الإمام يأمر بالعضو في الدم / ٤ / ٦٤٠ رقم ٤٥٠٢ وأخرجه الترمذي في سننه / كتاب الفتن / باب لا يحل دم امرئ مسلم / ٤ / ٤٦٠ رقم ٢١٥٨ وأخرجه النسائي في سننه / كتاب تحريم الدم / باب ذكر ما يحل به دم المسلم / ٨ / ٩١، رقم ٤٠١٩، وأخرجه ابن ماجه في سننه / كتاب الحدود / باب لا يحل دم امرئ مسلم / ٢ / ٨٤٧ رقم ٢٥٢٢، وأخرجه بمعناه البخاري في صحيحه / كتاب الديات / باب قول الله تعالى : إن النفس بالنفس =

فصح بقول النبي ﷺ أن من قتل نفسا فقد خرج دمه من التحريم إلى التحليل بنفس قتله من قتل، فإذا صح هذا فالقاتل متيقن تحليل دمه والدعي إلى أخذ القود داع إلى ما قد صح بيقين، وذلك له، والعافي مرید تحريم دم قد صح تحليله بيقين فليس له ذلك إلا بنص أو إجماع ومرید أخذ الدية دون من معه مرید إباحة أخذ مال، والأموال محرمة بقول الرسول ﷺ: « إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام »^(١). والنص قد جاء بإباحة دم القاتل كما تقدم ولم يأت نص بإباحة الدية إلا بأخذ الأهل لها، وهذا لفظ يقتضي اجتماعهم على أخذها، فالدية ما لم يجمع الأهل على أخذها لا يحل أخذها إذ لم يبحها نص ولا إجماع فبطل بيقين وصح أن من دعاء إلى القود فهو له^(٢).

ويناقش بالآتي:

أولا: قولهم: لا نص ولا إجماع في تغليب العافي: غير مسلم بل ورد النص والإجماع^(٣) على مشروعية العفو بما روى أنس: أن رجلا قتل رجلا فدفعه رسول الله ﷺ إلى ولي المقتول ثم قال: أتعفو؟ قال: لا، قال: أفتأخذ الدية؟ قال: لا، قال: أما إنك إن قتلته كنت مثله فمضى الرجل فلحقه الناس فقالوا: إن رسول الله ﷺ قال: أما إنك إن قتلته كنت مثله فعفا

= ٢٨/٨ رقم ٦٨٧٨، وأخرجه مسلم في صحيحه / كتاب القسامة/ باب ما يباح به دم المسلم رقم ٢٥/١٦٧٦ من حديث ابن مسعود.

(١) سبق تخريجه ص: ١٥٩.

(٢) انظر: المحلى ١٠/٤٨١ - ٤٨٢.

(٣) انظر: المرجع نفسه.

عنه^(١). وبما روى أنس قال: « مارفع إلى رسول الله ﷺ أمر فيه القصاص إلا أمر فيه بالعضو^(٢)، فتغليب جانب العافي هنا داخل في عموم مشروعية العفو.

ثانيا: قولهم: إن الآية: ﴿ وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا ﴾ ... « تدل على أنه لا يجوز عفو العافي عن من لم يعف :

يقال: إن العافي لم يعف إلا عن حقه ، ولم يعف عن حق غيره ، وإنما سقط حق الغير من القصاص ضرورة عدم تجزيه . والدليل على عدم عفوه عنه أن لذلك الغير طلب الدية ، ولو كان عفو العافي يشملها لما صح له طلب الدية .

ثالثا: قولهم: إن العافي يريد تحريم دم قد صح تحليله بيقين فليس له ذلك إلا بنص أو إجماع .

يقال: إن النص والإجماع دالان على مشروعية العفو على وجه العموم- كما تقدم^(٣) - وصح عن عمرو وابن مسعود إسقاط القصاص بعفو البعض^(٤)، ولم يعلم لهم مخالف من الصحابة فيكون إجماعا .

(١) أخرجه النسائي في سننه/ كتاب القسامة/ باب القود ١٧/٨ رقم ٠٤٧٣٠ .

(٢) أخرجه أبو داود في سننه / كتاب الديات/ باب الإمام يأمر بالعضو في الدم رقم ٤٤٩٧، وأخرجه النسائي في سننه / كتاب القيامة/ باب الأمر بالعضو عن القصاص ٣٧/٨ - ٢٨ رقم ٤٧٨٤، وأخرجه ابن ماجه في سننه / كتاب الديات / باب العفو عن القصاص ٨٩٨/٢ رقم ٢٦٩٢ .

(٣) انظر: المناقشة الأولى لهم .

(٤) ستأتي هذه الآثار في أدلة القول الأول : ص ٧٠٧ - ٧٠٩ .

رابعاً: قولهم: ولم يأت نص بإباحة الدية إلا بأخذ الأهل لها :

يقال: إن قصر النص على أخذ جميع الأهل لها، منع بعضهم من الأخذ يحتاج إلى دليل ولا دليل، بل الدليل بخلافه، وهو:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:

١- قوله تعالى: ﴿... فَمَنْ عَفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَأَتْبَاعُ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ...﴾^(١).

ووجه الاستدلال: أن معنى قوله: ﴿مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ﴾، أي من دم أخيه شيء، أي شيء من العفو؛ لأن عفا لازم وفائدته الإشعار بأن بعض العفو بمنزلة كله في إسقاط القصاص وهو الواقع في العادة، إذ كثيراً ما يقع العفو من بعض الأولياء فهو شيء من العفو.^(٢)

فإذا وقع العفو عن شيء من الدم تحول نصيب الشركاء مالأً فعليهم اتباع القاتل بالمعروف وعليه أداءه إليهم بإحسان.^(٣)

ونوقش: بأن الآية نزلت في نسخ ما كان على بني إسرائيل من حظر قبول الدية وأباحت للولي قبول الدية إذا بذلها القاتل تخفيفاً من الله ورحمة .

(١) سورة البقرة: آية ١٧٨ .

(٢) انظر: تفسير أبي السعود ٣٠٩/١، زاد المسير ١٨٠/١ .

(٣) انظر: أحكام القرآن للكلية الهراسي ٥٤/١ .

وقيل: إن معنى العفو في الآية: الفضل أي: فمن فضل له على أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان ، ودُكر للآية معان متعددة^(١).

وأجيب: بأن المعنى المذكور موافق لظاهر الآية من غير إسقاط منه وهو معنى تحتمله الآية^(٢).

قال الجصاص^(٣) «: وإن كان التأويل عفو بعض الأولياء عن نصيبه فهو أيضا يواطئ ظاهر الآية لوقوع العفو عن البعض دون الجمع. فعلى أي وجه يصرف تأويل المتأولين ممن قدمنا قوله^(٤) فتأويله موافق لظاهر الآية^(٥).

٢- قوله تعالى: ﴿... وَأَنْ تَعْمُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى...﴾^(٦).

ووجه الاستدلال: أنه لما كان العفو أقرب للتقوى فإن من دعا إلى ما هو أقرب للتقوى فإن قوله يكون أولى.

(١) انظر: المرجع السابق ٥١/١ - ٥٥، أحكام القرآن للجصاص ١٨٦/١ - ١٨٩.

(٢) انظر: أحكام القرآن للجصاص ١٨٨/١ - ١٨٩، أحكام القرآن للكي الهراسي ٥٦/١.

(٣) هو: أبو بكر أحمد بن علي الرازي المعروف بالجصاص من كبار فقهاء الحنفية، سكن بغداد وعنه أخذ فقهاؤها ، وإليه انتهت رئاسة الأصحاب ، توفي سنة ٢٧٠هـ. من مصنفاته: « أحكام القرآن » و « شرح مختصر الكرخي » و « شرح مختصر الطحاوي ».

(انظر: تاريخ بغداد ٤/٢١٤ - ٢١٥، الجواهر المضية ١/٢٢٠، البداية والنهاية ٢٩٧/١١).

(٤) ما قدم قوله أقوال منها ما ذكرناه.

(٥) انظر: أحكام القرآن للجصاص ١٨٨/١.

(٦) سورة البقرة: آية ٢٢٧.

ونوقش: بأن القصاص فعل مباح، وإذا كان كلاهما مباحا فلا يجوز أن يجبر على الأفضل من لا يريده ولا يرغب فيه^(١).

٣- ما روت عائشة رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: على المقتلين: أن ينحجزوا الأول فالأول وإن كانت امرأة^(٢)، سكت عليه أبو داود والمنذري^(٣).

وفسر أبو عبيد ذلك: أن يُقتل القتل وله ورثة رجال ونساء فأيهم عفا عن دمه من الأقرب فالأقرب من رجل أو امرأة فعفوه جائز؛ لأن قوله ينحجزوا يعنى يكفوا عن القود^(٤).

ونوقش من وجهين:

أحدهما: أن الخبر لا يصح وفي سننه حصن وهو مجهول^(٥).

وأجيب: بأن الحديث قد سكت عليه أبو داود والمنذري.

وأما حصن فإنه معروف . قال ابن المديني: هو حصن بن محصن،

(١) انظر: المحلى ١٠/٤٨٠.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه/كتاب الديات / باب عفو النساء من الدم ٦٧٥/٤ رقم ٤٥٣٨، وأخرجه النسائي في سننه / كتاب القسامة /باب عفو النساء عن الدم ٣٨/٨ - ٣٩ رقم ٤٧٨٨، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى / كتاب الجنایات / باب عفو بعض الأولياء عن القصاص دون بعض ٥٩/٨.

(٣) انظر: مختصر سنن أبي داود ٦/٣٤٣.

(٤) انظر: السنن الكبرى للبيهقي ٥٩/٨، وسنن أبي داود ٤/٦٧٦.

(٥) انظر: المحلى ١٠/٤٧٧.

وقال الدار قطني: شيخ يعتبر به، وذكره ابن حباب في الثقات،^(١) وقال ابن حجر: مقبول^(٢).

ويرد: بأن حصنا لم يصل إلى درجة الاحتجاج فالحديث لا يزال ضعيفا.

الثاني: من وجهي المناقشة:

لو صح هذا الخبر فإن ما فسره به غير صحيح بل معناه ما فسره به المزني حيث قال: معناه: «النهى عن القتال في غير الحق»^(٣).

ومعنى ذلك: أنه واجب على المقتلين أن ينحجز بعضهم عن بعض فلا يقتتلون وأن يبدأ بالانحجاز الأول فالأول؛ لأن الأولين من المقتلين هم المتصادمون قبل الذين من خلفهم فغرض الانحجاز واقع على الأول فالأول من المقتلين ولو أنه امرأة؛ لأن القتال فيما بيننا محرم^(٤).

أقول: والذي يظهر أن الأصوب تفسير المزني؛ لأنه هو الظاهر المتبادر من اللفظ، أما تفسير أبي عبيد فيحتاج إلى تقدير، ومن أين جاء أن المقصود إذا عفا بعضهم وإن كانت امرأة؟ ولم لا يكون المقصود وإن كان الأول امرأة؟

(١) انظر: تهذيب التهذيب ٢/٣٧٨ - ٣٧٩.

(٢) انظر: تقريب التهذيب ١/١٨١.

(٣) انظر: ٤٧٧/١٠، الجوهر النقي مع السنن الكبرى ٨/٦٠.

(٤) انظر: المحلى ١٠/٤٧٧.

٤- ماروى زيد بن وهب^(١) قال: « وجد رجل عند امرأته رجلا فقتلها فرفع ذلك إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فوجد عليها بعض أخوتها فتصدق عليه بنصيبه فأمر عمر رضي الله عنه لسائرهم بالدية^(٢) . وروي من طرق أخرى^(٣) .

ووجه الاستدلال به ظاهر حيث أسقط عمر رضي الله عنه القصاص عن القاتل بعفو أحد المستحقين له .

٥- ماروى إبراهيم النخعي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أتى برجل قد قتل عمدا فأمر بقتله فعفا بعض الأولياء فأمر بقتله فقال ابن مسعود: كانت النفس لهم جميعا فلما عفا هذا أحيا النفس فلا يستطيع أن يأخذ حقه حتى يأخذ غيره . قال فما ترى ؟ قال: أرى أن تجعل الدية

(١) هو: أبو سليمان زيد بن وهب الجهني الكوفي الإمام الحجة التابعي الكبير مخضرم كبير قديم، ارتحل إلى لقاء النبي صلى الله عليه وسلم - وصحبته فقبض وزيد في الطريق سمع من جمع من الصحابة منهم: عمر وعلي وابن مسعود، توفي بعد وقعة الجماجم في حدود سنة ثلاث وثمانين. وقد شهد مع علي مشاهدته وغزا في أيام عمر أذربيجان. وقد اتفقوا على توثيقه وجلالته .
(انظر: أسد الغابة ١٤٩/٢، تهذيب الأسماء واللغات ٢٠٥/١، سير أعلام النبلاء ١٩٦/٤).

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى/ كتاب الجنائيات/باب عفو بعض الأولياء عن القصاص دون بعض ٥٩/٨، وأخرجه ابن حزم في المحلى ٤٧٨/١٠، وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه / كتاب الديات / باب الرجل يقتل فيعضو بعض الأولياء ٣١٧/٩ رقم ٧٦٢١، وقال الألباني في إرواء الغليل ٢٨١/٧: صحيح .

(٣) انظر: السنن الكبرى ٦٠/٨، المحلى ٤٧٦/١٠

عليه في ماله وترفع حصة الذي عفا فقال عمر: وأنا أرى ذلك^(١).

ووجه الاستدلال كسابقه .

ونوقش: بأن هذا الأثر منقطع^(٢).

وأجيب: بأن الموصول قبله يؤكد^(٣).

٦- ماروى زيد وهب أن عمر بن الخطاب رفع إليه رجل قتل رجلاً فأراد

أولياء المقتول قتله فقالت أخت المقتول وهي امرأة القاتل: قد عفوت

عن حصتي من زوجي فقال عمر عتق الرجل من القتل^(٤).

ووجه الاستدلال به كسابقه.

٧- أن للعافي حقاً من القصاص ينفذ تصرفه فإذا أسقط حقه سقط

جميع القصاص لأنه مما لا يتبعض كالطلاق والعتاق.

٨- أن القصاص حق لا يتبعض مبناه على الدرء والإسقاط فإذا أسقط

بعضهم سرى إلى الباقي كالعتق^(٥).

(١) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه من طريق قتادة/ كتاب العقول / باب العفو

١٢٠١٣ رقم ١٨١٨٧، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦٠/٨، وابن حزم في

المحلى ١٠/٤٧٨، والشافعي في الأم ٧/٣٢٩.

(٢) انظر: السنن الكبرى ٦٠/٨، التلخيص الحبير ٤/٢١.

(٣) انظر: السنن الكبرى ٦٠/٨.

(٤) انظر: السنن الكبرى ٦٠/٨.

(٥) انظر: المغني ٧/٧٤٤.

الترجيح:

الذي يظهر أن الراجح هو القول الأول لقوة أدلته وسلامة بعضها من المناقشة ودفع المناقشة الواردة على بعضها الآخر منها- في مقابل ضعف دليل القول الثاني بالمناقشات الواردة عليه- والله أعلم-.

تفريع على القول الراجح:

اختلف القائلون بتأثير عفو بعض المستحقين في إسقاط القصاص: فيمن يصح عفوه على خمسة أقوال: -

القول الأول:

أن العفو حق لكل وارث فمن عفا من الورثة صح عفوهم وسقط به القصاص.

وبه قال الحنفية^(١)، وهو الصحيح من المذهب عند الشافعية^(٢)، وهو المذهب عند الحنابلة^(٣)، وهو قول عطاء والنخعي والحكم وحماد والثوري وطاووس والشعبي والحسن بن حي والأوزاعي وهو مروى عن عمر وابن مسعود^(٤).

القول الثاني:

أن العفو حق للعصية دون غيرهم.

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص ٢٣٩، تبيين الحقائق ٦/١١٣.

(٢) انظر: المهذب ٢/٢٣٥، شرح روض الطالب ٤/٣٥.

(٣) انظر: المغني ٧/٧٤٣، الإنصاف ٩/٤٨٢ - ٤٨٣.

(٤) انظر: مصنف عبد الرزاق ١٠/١٣ - ١٤، المحلى ١٠/٤٧٨ - ٤٧٩، المغني ٧/٧٤٣.

وهو وجه للشافعية^(١)، ورواية عند الحنابلة^(٢).

القول الثالث:

أن العفو حق للوارثين بالنسب دون الوارثين بالسبب.

وهو وجه للشافعية^(٣)، ووجه للحنابلة^(٤)، وبه قال ابن أبي ليلى^(٥).

القول الرابع :

أن العفو للرجال دون النساء.

وبه قال الإمام مالك في رواية^(٦)، وهو قول الحسن وقتادة والزهري

وابن شبرمة والليث، وهومروي عن عمر بن عبد العزيز^(٧).

القول الخامس:

المستحقون للدم على ثلاثة أقسام:

القسم الأول: أن يكون جميعهم رجالا فيسقط القتل بعفو واحد منهم

وترتيبهم كالنكاح فيقدم الابن فابنه فأب فأخ فابنه فعم، والجد والأخ

سيان.

(١) انظر: روضة الطالبين ٢١٤/٩، مغني المحتاج ٤٠/٤.

(٢) انظر: الفروع ٦٦٠/٥، المبدع ٢٨٢/٨.

(٣) انظر: روضة الطالبين ٢١٤/٩، نهاية المحتاج ٢٨٤/٧.

(٤) انظر: المبدع ٢٨٢/٨.

(٥) انظر: اختلاف أبي حنيفة وابن ليلى ص ١٤٥، المحلى ٤٧٩/١٠.

(٦) انظر: الكافي لابن عبد البر ٢٨٧/٢، المنتقى للباقي ١٢٥/٧.

(٧) انظر: مصنف عبد الرزاق ١٤/١٠ - ١٥، المحلى ٤٧٨/١٠ - ٤٧٩، المغني ٧٤٣/٧.

القسم الثاني: أن يكون جميع المستحقين نساء: فإما أن يَحْزَنَ الميراث كله أو لا، فإذا لم يحزنه كالبنت أو الأخوات فلهن القتل، وإن عفا بعضهن نظر السلطان، وإذا اجتمعت الأم مع البنات فلا كلام للأم في عفو وعدمه بل الكلام للبنات فقط. وإن حزن الميراث كبنت واحدة فالبنت أولى بالقتل أو بالعفو.

القسم الثالث: أن يكون المستحقون رجالا ونساء، فإن كانوا في درجة واحدة كالبنين والبنات فلا كلام للنساء في عفو وضده فهو كما لو انفرد الرجال وحدهم، وإن لم يكونوا في درجة واحدة بل كان الرجال أبعد فإما أن يحوز النساء الميراث كله أو لا، فإن لم يَحْزَنَّهُ كالبنت والأخوة والأعمام فلا عفو إلا باجتماع البعض والقول لمن طلب القتل إذا كان ثابتا بقسامة أو بينة، وإن حُزِنَ الميراث كالبنت والأخوات والأعمام فإن ثبت القتل بقسامة فلا عفو إلا باجتماعهم أيضا، وإن ثبت بغيرها فلا كلام للعصبة معهن. ولا بد أن يكون النساء الوارثات لو قدرن ذكرا لعصبن لتخرج الأخت للأم والزوجة والجدة للأم لأنهن لا كلام لهن وإن ورثن، ولتدخل الأم لأنها لو قدرت ذكرا عصبيت.

وهو مذهب المالكية^(١).

الأدلة:

أما القول الخامس فلم أقف له على أدلة على ما ذكر فيه من هذا التفصيل.

(١) انظر: البهجة في شرح التحفة ٢ / ٢٧٢، وانظر حلي المعاصم مع البهجة ٢٧٢/٢، وانظر الكافي ٢ / ٢٨٧، التاج والإكليل ٦ / ٢٥٣.

وهو قول في مقابل الأدلة الدالة على استحقاق الرجل والنساء للعضو حسب ميراثهم وسقوط القصاص بعضو الوارث المستحق ذكرا كان أو أنثى^(١).

أدلة القول الرابع: القائل بأن العضو حق للرجل فقط :

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:

١- أن ولاية الدم مستحقة بالنصرة وليس النساء من أهل النصر^(٢).

ويناقد: بأن هذا استدلال بمحل النزاع إذ محل النزاع- ما يستحق به الدم- فيحتاج هذا الدليل إلى دليل يدل على أن ولاية الدم مستحقة بالنصرة.

٢- أن النساء لا يرثن الولاء ولا الولاية في الإنكاح فكذلك لا يرثن العضو^(٣).

ويناقد بالآتي:

أما قولهم إن النساء لا يرثن الولاء فصحيح. والرجال كذلك لا يرثون الولاء على القول الصحيح^(٤).

وإن أرادوا: أن النساء لا يرثن بالولاء فإن فيه خلافا، وإذا سلم بصحته فإن قياس العضو عن الدم عليه قياس مع الفارق: لأن الولاء لحمة

(١) ستأتي هذه الأدلة عند عرض أدلة القول الأول ص: ٧١٥ - ٧١٨.

(٢) انظر: المنتقى للباجي ٧/١٢٥٠.

(٣) انظر: المحلى ١٠/٤٧٩.

(٤) انظر: المغني ٦/٣٦٧.

كلحمة النسب والمولى كالنسيب من الأخ والعم ونحوهما فولده من العتيق بمنزلة ولد أخيه وعمه لا يرث منهم إلا الذكور خاصة. بخلاف ولاية الدم فإنها لأهل الميت إذ هم المصابون بموته والمرأة من أهله فإذا عفت فقد عفت عن حق لها.

يؤيد ذلك أن ممن قال بأن النساء لا يرثن بالولاء عمر وابن مسعود^(١)، وهم يقولون بأن النساء يرثن ولاية الدم ولهن العفو^(٢).

أما القياس على ولاية النكاح فقياس مع الفارق أيضا إذ ولاية النكاح لا مدخل للنساء فيها لقصور عقولهن فلا يؤمن انخداعهن ووقوعه منهن على وجه المفسدة. ولأنه يحتاج فيها إلى معرفة أحوال الرجال وأمورهم - وهي أمور تخفى على المرأة ولذلك ورد النص بالمنع من ولاية المرأة^(٣).

بخلاف عفوها عن القصاص فإنه مجرد إسقاط لحق وهذا الإسقاط يستوي فيه الرجل والمرأة لا يحتاج إلى معرفة شيء آخر بل مبناه طلب الثواب بالعفو.

أدلة القول الثالث: القائل بأن العفو حق للوارثين بالنسب فقط.

استدل أصحاب هذا القول بأن القصاص شرح للتشفي والسبب

(١) انظر: المصدر السابق ٢٦٧/٦ - ٢٦٨.

(٢) انظر: مصنف عبد الرزاق ١٣/١٠، المحلى ٤٧٨/١٠ - ٤٧٩، المغني ٧/٧٤٣.

(٣) النصوص في هذا كثيرة منها: قول النبي ﷺ: « لا نكاح إلا بولي » سبق تخريجه ص: ٦٤٢، وقوله ﷺ: « أيما امرأة نكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل » ثلاث مرات - سبق تخريجه ص: ٦٤٣ هذا في منع المرأة انكاح نفسه فكيف غيرها ٩.

ينقطع بالموت^(١).

ويناقش من وجهين :

أحدهما: أن هذا الاستدلال بمحل النزاع- إذ محل النزاع- سبب استحقاق الدم- فيحتاج هذا الدليل إلى دليل يدل على أن التشفي هو سبب الاستحقاق.

الثاني: لو سلم بأنه مشروع للتشفي فإنه لا دليل على أن الوارث بالسبب لا يتشفي بقتل من قتل مورثه بل قد يكون أعظم الأولياء تشفيا إذ بالقتل فقد أقرب الناس وأكثرهم ارتباطا به، وزوال الزوجية لا يمنع استحقاق القصاص كما لم يمنع استحقاق الدية وسائر حقوقه الموروثة^(٢).

أدلة القول الثاني: القائل بأن العفو حق للعصبة فقط.

استدل أصحاب هذا القول: بأن القصاص ثبت لدفع العار فاخص به العصبة كولاية النكاح^(٣).

ويناقش: بأن سبب ثبوت القصاص محل خلاف كما هو ظاهر، فالقول بأنه ثبت لدفع العار يحتاج إلى دليل يدل عليه ولا دليل بل الدليل خلافه وهو:

أدلة القول الأول: القائل بأن العفو حق لكل وراث.

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:

(١) انظر: مغني المحتاج ٤/٤٠، نهاية المحتاج ٧/٢٨٤.

(٢) انظر: المغني ٧/٧٤٤.

(٣) انظر: المبدع ٨/٢٨٢.

١- ماروى أبو شريح الكعبي^(١): أن رسول الله ﷺ قال: « من قُتل له قَتيل فأهله بين خيرتين إن أحبوا فالقود وإن أحبوا فالعقل »^(٢).

ووجه الاستدلال به من وجهين:

أحدهما: أن الحديث ظاهر في إثبات الخيار لأهل القَتيل بين القود والعقل.

ولم يختلف المسلمون في أن العقل موروث كما يورث المال، وإذا كان هكذا فكل وارث ولي للدم كما كان لكل وإرث ما جعل الله له من ميراث الميت سواء كان الوارث زوجاً، أو ولداً، أو أبا ذكراً كان أو أنثى لا يخرج أحد منهم من ولاية الدم^(٣).

الثاني: قوله ﷺ: «أهله بين خيرتين»، وهذا عام في جميع أهله والمرأة من أهله بدليل قوله ﷺ: «من يعذرني من رجل يبلغني أذاه في

(١) هو: خويلد بن عمرو الخزاعي وقيل عمرو بن خويلد وقيل غير ذلك: أبو شريح الكعبي، أسلم قبل الفتح وكان معه لواء خزاعة يوم الفتح، روى عن النبي ﷺ وعن ابن مسعود.

مات بالمدينة سنة ٦٨ هـ.

(انظر: الطبقات لابن سعد ٤/ ٢٩٥، ١٦٧٦ الإصابة ٤/ ١٠١، الاستيعاب ٤/ ١٠١ - ١٠٣).

(٢) أخرجه الترمذي في سننه/ كتاب الديات / باب ماجاء في حكم ولي القَتيل في القصاص في القصاص والعفو ٤/ ٢١ رقم ١٤٠٦، وقال حديث حسن صحيح.

(٣) انظر: الأم ٦/ ١٢٠.

أهلي وما علمت على أهلي إلا خيراً وما كان يدخل على أهلي إلا معي»^(١).
يريد عائشة وقال أسامة^(٢): يارسول الله أهلك ولا نعلم إلا خيراً^(٣).

٢- ماروى زيد بن وهب أن عمر بن الخطاب رفع إليه رجل قتل رجلاً فأراد أولياء المقتول قتله فقالت أخت المقتول - وهي امرأة القاتل - : قد عفوت عن حصتي من زوجي. فقال عمر: «عق الرجل من القتل»^(٤).
ووجه الاستدلال: أن عمر أسقط القصاص بعفو المرأة فدل على أن العفو حق موروث ذكوراً وإناثاً، ولا يعلم له مخالف من الصحابة.

٣- ما روى زيد بن وهب قال: « وجد رجل عند امرأته رجلاً فقتلها فرفع ذلك إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فوجد عليها بعض اخوتها فتصدق

(١) أخرجه البخاري في صحيحه من حديث طويل في قصة الإفك / كتاب المغازي / باب حديث الإفك ٥٥/٥ - ٦٠ رقم ٤١٤١، وأخرجه مسلم في صحيحه / كتاب التوبة / باب في حديث الإفك وقبول توبة القاذف ٤/٢١٢٩ - ٢١٣٦ رقم ٥٦.

(٢) هو: حب رسول الله - أبو محمد أسامة بن زيد بن حارثة بن شراحيل الكلبي، وأمه أم أيمن حاضنة النبي ﷺ - وقد استعمله النبي ﷺ على جيش وأمره أن يسير إلى الشام ، فمات النبي ﷺ قبل أن يسير الجيش ثم سيره أبو بكر. توفي سنة ٥٤هـ وقيل غير ذلك.
(انظر: الطبقات لابن سعد ٤/٦١، أسد الغابة ١/٧٩، سير أعلام النبلاء ٢/٤٩٦).

(٣) أخرجاه فيما تقدم .

(٤) سبق تخريجه ص : ٧٠٩.

عليه بنصيبه فأمر عمر رضي الله عنه لسائرهم بالدية «^(١).

٤- ماروى إبراهيم النخعي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أتى برجل قد قتل عمدا فأمر بقتله فعفا بعض الأولياء فأمر بقتله . فقال ابن مسعود كانت النفس لهم جميعا ، فلما عفا هذا أحيا النفس فلا يستطيع أن يأخذ حقه حتى يأخذ غيره . قال : فما ترى ؟ قال : أرى أن تجعل الدية عليه في ماله وترفع حصة الذي عفا . فقال عمر : وأنا أرى ذلك ^(٢) .

ويناقش : بأنه منقطع . ويجاب : بأن الموصول قبله يؤكد ^(٣) .

٥- أن من ورث الدية ورث القصاص كالعصبة فإذا عفا بعضهم صح عفوه كعفوه عن سائر حقوقه ^(٤) .

الترجيح:

الراجح - فيما يظهر - هو القول الأول لقوة أدلته وكونها نصا في محل النزاع في مقابل أدلة الأقوال الأخرى بما ورد عليها من مناقشات - والله أعلم - .

(١) سبق تخريجه ص : ٧٠٨ .

(٢) سبق تخريجه ص ٧٠٩ .

(٣) انظر: ص ٧٠٩ .

(٤) انظر: المغني ٧/٧٤٤ .

المطلب الثاني: في عفو الولي في قتل الغيلة^(١):

إذا قُتل شخص غيلة فعفا أولياؤه أو أحدهم عن القاتل فهل يصح العفو فيسقط القتل أو أن عفوهم لا أثر له ويقتله الحاكم؟
اختلف في ذلك على قولين :

القول الأول:

أن القاتل غيلة يقتل ولو عفا الأولياء.

وبه قال أبو الزناد^(٢)، والمالكية^(٣)، وهو اختيار شيخ الإسلام ابن

(١) قتل الغيلة: قيل هو القتل خفية لأخذ المال. انظر: شرح الرسالة لابن ناجي ٢٨٨/٢ - ٢٢٩.

وقال ابن قدامة: الغيلة أن يُخدع الإنسان فيُدخل بيتا أو نحوه فيقتل أو يؤخذ ماله. انظر: المغني ٧/٦٤٨ - ٦٤٩.

وقال الباجي: « أصحابنا - أي المالكية - يوردونه - أي قتل الغيلة على وجهين: أحدهما: القتل على وجه التحيل والخديعة، والثاني: على وجه القصد الذي لا يحتمل معه الخطأ. انظر: المنتقى شرح الموطأ ٧/١١٦.

(٢) هو: أبو عبد الرحمن عبدالله بن ذكوان القرشي مولاهم المدني الملقب بأبي الزناد الإمام الفقيه الحافظ المفتي، ولد سنة ٦٥هـ، وحدث عن أنس وغيره، وكان من علماء الإسلام ومن أئمة الاجتهاد. وثقه أحمد وابن معين وغيرهما. توفي سنة ١٣٠هـ وقيل ١٣١هـ.

(انظر: سير أعلام النبلاء ٥/٤٤٥، تهذيب التهذيب ٥/٢٠٣، شذارات الذهب ١/١٨٢). وانظر قوله في: المحلى ١٠/٥١٨.

(٣) انظر: المدونة ٦/٤٣٠، شرح الرسالة لزروق ٢/٢٢٨ - ٢٢٩، مواهب الجليل ٦/٢٣٣، تفسير ابن جرير ٦/٢١٠، وتفسير ابن كثير ٣/٩٣، أضواء البيان ٢/٩٠.

تيمية^(١)، وتلميذه ابن القيم^(٢)، وهو قول أهل المدينة^(٣).

القول الثاني:

أنه لا يقتل مع عفو الأولياء.

وبه قال الحنفية^(٤)، والشافعية^(٥)، والحنابلة^(٦)، وابن حزم^(٧).

الأدلة:

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:

١- قوله تعالى: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحَرْبِ بِالْحَرْبِ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأَنْثَىٰ بِالْأَنْثَىٰ فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَأَبْسِغْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءُهُ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ...﴾^(٨).

وجه الاستدلال: أن الله تعالى عمّ كل قتل وجعل العفو في ذلك إلى الولي^(٩).

(١) انظر: السياسة الشرعية لابن تيمية ص ٩٢ - ٩٣، زاد المعاد ٩/٥،

(٢) انظر: زاد المعاد ٩/٥.

(٣) انظر: كتاب الرد على محمد بن الحسن ضمن كتاب الأم للشافعي ٧/٣٢٩.

(٤) انظر: كتاب الرد على محمد بن الحسن ضمن كتاب الأم للشافعي ٧/٣٢٩.

(٥) انظر: المرجع السابق.

(٦) انظر: المغني ٧/٦٤٨ - ٦٤٩، الفرع ٦/٦٦٩.

(٧) انظر: المحلى ١٠/٥١٨ - ٥٢١.

(٨) انظر: سورة البقرة: آية ١٧٨.

(٩) انظر: المحلى ١٠/٥٢١.

٢- قوله تعالى: ﴿... وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ سُلْطٰنًا فَلَا يُسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا﴾^(١).

وجه الاستدلال: أن الله تعالى جعل الحق لأولياء المقتول ظلما وعمم من غير تخصيص قتل الغيلة أو غيره.

قال محمد بن الحسن في الاستدلال بالآيتين السابقتين: «فلم يسم في ذلك قتل الغيلة ولا غيرها فمن قتل وليه فهو وليه في دمه دون السلطان إن شاء قتل وإن شاء عفا وليس إلى السلطان من ذلك شيء»^(٢).
ويناقش: بأن هاتين الآيتين وإن كان ظاهرهما العموم إلا أنه ورد ما يصلح لتخصيص عمومها- في أدلة القول الأول -.

وقد نوقش الاستدلال بالآية الأولى: بأنها نزلت في مقاصة بين قتلى بالفعل في حرب فتنة بين المسلمين فمن بقي له قتلى بعد المقاصة أخذت ديتهم وليست في القصاص من جان معين لقتيله، وممن اختار تفسيرها بذلك شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله^(٣).

٣- ماروى أبو هريرة رضي الله عنه قال: لما فتح الله على رسوله مكة قام في الناس وحمد الله وأثنى عليه ثم قال: «ومن قتل له قتيل فهو بخير النظرين،

(١) سورة الإسراء: آية ٢٣.

(٢) انظر: كتاب الرد على محمد بن الحسن ضمن كتاب الأم ٧/٣٢٩.

(٣) انظر: تفسير ابن جرير بتحقيق أحمد شاکر ٣/٣٦٠، مجموع الفتاوى ١٤/٧٤. وانظر البحث الذي أعدته الأمانة العامة لهيئة كبار العلماء عن حكم قتل الغيلة ص ١٣.

إما أن يعفو وإما أن يقتل»^(١).

قال الترمذي: حديث حسن صحيح^(٢).

وقال: وفي الباب عن وائل بن حجر^(٣) وأنس وأبي شريح خويلد بن عمرو.^(٤)

ثم ساق حديث أبي شريح الكعبي وفيه: «ثم إنكم يا معشر خزاعة قتلتم هذا الرجل من هذيل وإني عاقله فمن قُتل له قتل بعد اليوم هأمله بين خيرتين: إما أن يقتلوا أو يأخذوا العقل»^(٥).

قال الترمذي: حديث حسن صحيح^(٦).

(١) أخرجه الترمذي في سننه/ كتاب الديات/ باب ما جاء في حكم ولي القتل في القصاص والعفو ٢١/٤ رقم ١٤٠٥، وأخرجه البخاري في صحيحه من حديث أبي هريرة بسند آخر/ كتاب الديات/ باب من قتل له قتل فهو بخير النظرين ٣٨/٨ رقم ٦٨٨٠ بلفظ: «ومن قتل له قتل فهو بخير النظرين إما أن يؤدي وإما أو يقاد.

(٢) انظر: سنن الترمذي ٢٢/٤.

(٣) هو: وائل بن حجر الحضرمي كان قبلا من أقبال حضرموت، وكان أبوه من ملوكهم، وقد على رسول الله ﷺ وكان رسول الله قد بشر أصحابه بقدمه قبل أن يصل بأيام واستعمله النبي على الأقبال من حضرموت وأقطعه أرضا، ثم نزل الكوفة وعاش إلى أيام معاوية.
(انظر: الاستيعاب ٦٤٢/٣، الإصابة ٦٢٨/٣، أسد الغابة ٦٥٩/٤).

(٤) انظر: سنن الترمذي ٢١/٤.

(٥) انظر: المرجع نفسه.

(٦) انظر: المرجع نفسه ٢٢/٤.

وقال السهيلي^(١): حديث صحيح وإن اختلفت الرواة^(٢).

قال ابن حزم في توجيه الاستدلال بالحديثين: فذكر رسول الله ﷺ الدية أو القود أو المفادة، والدية لا تكون إلا بالعفو عن القود بلاشك فعم عليه الصلاة والسلام ولم يخص.. ولو أراد الله أن يخص من ذلك قتل غيلة أو حرابة لما أغفله أو أهمله ولبينه ﷺ^(٣).

ويناقش: بأن هذا العموم مخصوص بما يأتي في أدلة القول الأول.

٤- ماصح عن ابن عباس قال: « كان في بني اسرائيل القصاص ولم يكن فيهم الدية فقال الله لهذه الأمة: ﴿... كُنِبَ عَلَيْكُمْ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْخُرْبِ بِالْحَرْبِ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأَنْثَى بِالْأُنْثَى فَمَنْ عَفَى لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ...﴾ ».

فالعفو أن يقبل الدية في العمد (فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان يتبع بالمعروف ويؤدي بإحسان: (ذلك تخفيف من ربكم ورحمة) مما كتب على من كان قبلكم (فمن اعتدى بعد ذلك فله عذاب أليم) قتل بعد قبول الدية.^(٤)

(١) هو: الحافظ عبد الرحمن بن عبدالله بن أحمد بن أصبغ بن حسين بن سعدون الخثعمي الأندلسي المالقي الضرير العلامة البارع المحدث المفسر الفرضي النحوي اللغوي. توفي سنة ٥٨١هـ. من تصانيفه: « الروض الأنف » و « الإعلام بما أبهم في القرآن من الأسماء الأعلام ». (انظر: تذكرة الحفاظ ٤/١٢٤٨، البداية والنهاية ١٢/٣١٨، شذرات الذهب ٤/٢٧١ - ٢٧٢).

(٢) انظر: الروض الأنف ٢/٢٧٨.

(٣) انظر: المحلى ١٠/٥٢١.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه / كتاب التفسير / باب أيها الذين آمنوا كتب =

قال ابن حجر: استدل به الجمهور على جواز أخذ الدية في قتل
العمد ولو كان غيلة ..^(١)

ويناقش بما نوقش به الحديثان قبله.

٥- ماروى أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم النخعي أن عمر بن الخطاب
أتي برجل قد قتل عمدا فأمر بقتله فعفا بعض الأولياء فأمر بقتله.
فقال ابن مسعود رضي الله عنه: كانت لهم النفس فلما عفا هذا
أحيائها فلا يستطيع أن يأخذ حقه حتى يأخذ غيره . قال: فما ترى ؟
قال: أرى أن تجعل الدية في ماله وترفع حصة الذي عفا فقال عمر:
وأنا أرى ذلك «^(٢).

وجه الاستدلال: أن عمر وابن مسعود أجازا العفو من أحد الأولياء
ولم يسألوا أقتل غيلة كان ذلك أو غيره^(٣).

ويناقش من وجهين:

أحدهما: أنه منقطع^(٤).

الثاني: أن عدم الاستفسار بناء على أن لأصل عموم القصاص في كل قتل

= عليكم القصاص في القتل ١٥٤/٥ رقم ٠٤٤٩٨

(١) انظر: فتح الباري ١٢/٢١٠.

(٢) سبق تخريجه ص: ٧٠٩.

(٣) انظر: الأم ٧/٣٢٩.

(٤) انظر: ٧٠٩.

عمد عدوان^(١).

٦- ماروى عبد الرزاق عن معمر عن سماك أن عروة كتب إلى عمر بن عبد العزيز في رجل خنق صبيا على أوضاع^(٢) له حتى قتله فوجدوا الحبل في يده فاعترف بذلك فكتب أن ادفعه إلى أولياءه فإن شاءوا قتله»^(٣).

ووجه الاستدلال: أن عمر قضى بدفعه إلى الأولياء ولم يسأل أقتل غيلة أو لا ؟.

ويناقش من وجهين:

أحدهما: أن فيه عنعنة عبد الرزاق بن همام وهو مدلس^(٤).

ويجاب: بأن عبد الرزاق ممن احتمل الأئمة تدليسه وأخرجوا له في الصحيح لإمامته وقلة تدليسه في جنب ما روى^(٥).

(١) انظر بحث حكم قتل الغيلة الذي أعدته الأمانة العامة لهيئة كبار العلماء ص ١٤.

(٢) أوضاع: أي حلي فضة، جمع وضع سمي باسم الوضع الذي هو البياض، كما سمي به الشيب والبرص.

انظر: الفائق في غريب الحديث ٦٦/٤، وانظر: تهذيب اللغة ١٥٧/٥.

(٣) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه/ كتاب العقول / باب عمد السلاح ٢٧٥/٩، رقم ١٧١٨٦.

(٤) انظر بحث الغيلة للأمانة العامة ص: ١٤.

(٥) انظر: تعريف أهل التقديس بمراتب الموصوفين بالتدليس ص ٦٩، إتحاف ذوي الرسوخ بمن رمي بالتدليس من الشيوخ ص ٣٦.

الثاني: على القول بصحة هذا الأثر فإنه لا حجة فيه لأنه قول تابعي، وقول التابعي ليس بحجة لاسيما مع مخالفة أبي الزناد.

ونوقش هذا الأثر، والأثر الذي قبله أيضا: بأن كلا منهما واقعة عين لا عموم لها، ودعوى ترك السؤال مجرد احتمال لا دليل عليه، إذ ليس في كل من الأثرين ثبوت السؤال ولا نفيه، ومع تساوي الاحتمالين يسقط الاستدلال^(١).

٧- أنه قتل في غير المحاربة فكان أمره إلى وليه كسائر القتلى لعدم الفارق^(٢).

ونوقش: بوجود الفارق لأنه من المحاربة أو كالمحاربة ويتبين ذلك مما يأتي في الاستدلال للقول الأول- إن شاء الله- .

أدلة القول الأول :

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية :

١- قوله تعالى: ﴿ إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ، وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِّنْ خَلْفٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ... ﴾ الآية^(٣).

وجه الاستدلال: أن قتل الغيلة نوع من الحاربة فيدخل في عموم الآية

(١) انظر: بحث الغيلة للأمانة العامة ص ١٤

(٢) انظر: المغني ٧/٦٤٩

(٣) سورة المائدة: آية ٢٣

وقد أجمع العلماء على أن عفو ولي المقتول في الحراة لغو لا أثر له^(١).

ونوقش من وجهين:

أحدهما: أن قتل الغيلة ليس نوعا من الحراة^(٢).

الثاني: لو سلم بأنه من الحراة فإنه لا يسلم دلالة الآية على عدم تخيير الولي بناء على أصلكم أن « أو » في الآية للتخيير.

قال ابن حزم: « .. وجدنا أن الله تعالى قد حد الحراة أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض فلا تخلو هذه الآية من أن تكون على الترتيب أو التخيير ، فإن كانت على الترتيب فالمالكيون لا يقولون بهذا، وإن كانت على التخيير- وهو قولهم- فليس في الآية ما يدعونه من أن قاتل الحراة والغيلة لا خيار فيه لولى القتل فخرج قولهم عن أن يكون له متعلق أو سبب يصح فبطل ما قالوه^(٣).

وقد يجاب: بأن الآية تدل على عدم الخيار للأولياء وهذا ظاهر في تحميم أحد الأمور الواردة في الآية وهي القتل أو الصلب أو القطع أو النفي إذ مثل هذه الأمور لا يكون الخيار فيها للأولياء- على سبيل التسليم بأن « أو » للتخيير ، بل هي للإمام إذ هو الذي يتولى مثلها، وليس في الآية الإذن بالعفو.

(١) انظر: أضواء البيان ٢/٩٠، ٩٢.

(٢) انظر: المغني ٧/٦٤٩.

(٣) انظر: المحلى ١٠/٥٢١.

لكن قد يقال: إن الغيلة ليست من الحرابة، لأن الحرابة إنما تكون مع الإخافة، والغيلة لا إخافة فيها، وإنما فيها غتر وخداع.

وقد يجاب: بأن الغيلة وإن لم تكن من الحرابة إلا أنها تشبهها بجامع عدم إمكان التخلص في الحالتين غالباً . والله أعلم.

٢- ما روى أنس أن ناساً من عرينة اجتوا المدينة فرخص لهم رسول الله ﷺ أن يأتوا إبل الصدقة فشربوا من ألبانها وأبوالها فقتلوا الراعي واستاقوا الذود، فأرسل رسول الله ﷺ فأتي بهم فقطع أيديهم وأرجلهم وسمر أعينهم وتركهم بالحرّة يعضون الحجارة^(١).

وجه الاستدلال: قالوا: إن رسول الله ﷺ قد قتل العرنيين الذين قتلوا الرعاء قتل حرابة وغيلة ولم يذكروا أنه عليه الصلاة والسلام جعل في ذلك خياراً لأولياء الرعاء.

٣- ما روى أنس ابن مالك أن جارية وجد رأسها قد رض بين حجرين.

فسألوها من صنع هذا بك ؟ فلان ؟ فلا ؟ حتى ذكروا يهوديا فأمر به الرسول ﷺ أن يرض رأسه بالحجارة^(٢).

قال ابن القيم في توجيه الاستدلال بالحديث: وفي هذا الحديث دليل على قتل الرجل بالمرأة. وعلي أن الجاني يفعل به كما فعل، وأن القتل غيلة لا يشترط فيه إذن الولي فإن رسول الله ﷺ لم يدفعه إلى

(١) أخرجه البخاري في صحيحه / كتاب الزكاة/ باب استعمال إبل الصدقة وألبانها ١٢٧/٢ - ١٢٨ - رقم ١٥٠١، وأخرجه مسلم في صحيحه / كتاب القسامة / باب حكم المحاربين والمرتدين ١٢٩٦/٣ - ١٢٩٧ - رقم ١٦٧١ - ٩ - ١١.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه/ كتاب الوصايا / باب إذا أوماً المريض برأسه إشارة بينة جازت ١٨٧/٢ رقم ٢٧٤٦، وأخرجه مسلم في صحيحه / كتاب القسامة/ باب ثبوت القصاص في القتل بالحجر وغيره ٣/١٢٠٠ رقم ١٦٧٢/١٧.

أوليائها، ولم يقل إن شئتم فاعفوا عنه بل قتله حتما (١).

ونوقش الاستدلال بالحديثين بالاتي:-

أن عدم النقل ليس نقلا للعدم -أي أن عدم نقل مشاورة الرسول ﷺ لأولياء الرعاة والجارية لا يدل لى عدم المشاورة فيحتمل أنه شاورهم ويحتمل أنه لم يشاورهم، ومع تساوي الاحتمالين يسقط الاستدلال بالحديثين فلا يصح أن يخصص بهما أدلة عموم القصاص في القتل العمد العدوان.

ثم إن العرنين جمعوا بين جريمة القتل والسرقه والتمثيل والردة فقتلوا حدا. ولا يلزم منه أن يقتل حدا كل من لم يحصل منه إلا القتل وحده وإن كان غيلة ثم مراعاة المماثلة في تنفيذ العقوبة دليل على أن قتل اليهودى بالجارية كان قصاصا (٢).

ثم إن ما حدث من العرنين هو عين الحرابة لأنها كانت عملية سطور مسلح- كما يقال- قتلوا فيها الحراس (الرعاة) وأخذوا المال (الإبل).

٤- ما روى الواقدي أن مجذر بن زياد (٣) قتله الحارث بن سويد (٤) غيلة

(١) انظر: زاد المعاد ٥/٩٠.

(٢) انظر: بحث الغيلة الذي أعدته الأمانة العامة الكبار العلماء ص ١٥٠.

(٣) هو: مجذر بن زياد بن عمر بن أكرم بن عمر بن عمارة بن مالك البلوي حليف الأنصاريقال اسمه عبدالله، والمجذر لقب ومعناه الغليظ الضخم، شهد بدرًا واستشهد يوم أحد .
(انظر: الإصابة ٣/٣٦٣، الاستيعاب ٣/١٧٨).

(٤) هو: الحارث بن سويد بن الصامت بن خالد بن عطية بن خوط بن حبيب الأنصاري الأوسي . قال ابن الأثير: ولا خلاف بين أهل الأثر أن هذا قتله =

وكان من قصة مجذر بن زياد أنه قتل سويد بن الصامت في الجاهلية فلما قدم رسول الله ﷺ المدينة أسلم الحارث بن سويد بن الصامت ومجذر بن زياد فشهدا بدرا فجعل الحارث يطلب مجذراً ليقتله بأبيه فلم يقدر عليه يومئذ، فلما كان يوم أحد وجال المسلمون تلك الجولة أتاه الحارث من خلفه فضرب عنقه، فرجع رسول الله ﷺ إلى المدينة ثم خرج إلى حمراء الأسد فلما رجع أتاه جبرئيل عليه السلام فأخبره أن الحارث بن سويد قتل مجذر بن زياد غيلة وأمره بقتله، فركب رسول الله ﷺ إلى قباء فلما رآه دعا عويم^(١) بن ساعدة فقال: قَدِّم الحارث بن سويد إلى باب المسجد فاضرب عنقه بالمجذر بن زياد فإنه قتله يوم أحد غيلة، فأخذه عويم فقال الحارث: دعني أكلم رسول الله ﷺ فأبى عليه عويم فجابذه يريد كلام رسول الله ﷺ، ونهض رسول الله ﷺ يريد أن يركب فجعل الحارث يقول: قد والله قتلته يارسول الله، والله ما كان قتلي إياه رجوعاً عن الإسلام ولا ارتياباً فيه ولكنه حمية الشيطان وأمر وكلت فيه إلى نفسي فإني أتوب إلى الله، وجعل يمسك بركاب رسول الله ﷺ وبنو مجذر حضور لا يقول لهم رسول الله ﷺ شيئاً حتى إذا استوعب كلامه قال قَدِّمه يا عويم فاضرب

= النبي ﷺ بالمجذر بن زياد لأنه قتل المجذر يوم أحد غيلة.
(انظر: أسد الغابة ١/٢٩٧، وانظر ص ٣٤٦).

(١) هو: أبو عبد الرحمن عويم بن ساعدة بن عابس بن قيس بن النعمان بن زيد بن أمية بن زيد بن مالك الأنصاري المدني، شهد العقبتين وبدرا وأحداً والمشاهد. توفي في خلافة عمر على الصحيح. أخى رسول الله ﷺ بينه وبين حاطب بن أبي بلتعة.

(انظر: أسد الغابة ٤/١١٥، تهذيب التهذيب ٨/١٧٤، الإصابة ٣/٤٤) .

عنته فضرب عنقه»^(١).

ونوقش: بأن الواقدي مختلف فيه فوثقه جماعة وضعفه آخرون، بل رماه جماعة بالكذب في الحديث ووضعه منهم أحمد بن حنبل والنسائي^(٢)، وأيضا في سنده اليمان بن معن، وهو مجهول^(٣).

وفي سنده انقطاع^(٤). قال الشافعي: « واحتج لهم .. بأثر مجذر بن زياد ولو كان حديثه مما يثبت قلنا به فإن ثبت فهو كما قالوا ولا أعرفه إلى يومي هذا ثابتاً»^(٥).

وقال البيهقي: «إنما بلغنا قصة مجذر بن زياد من حديث الواقدي منقطعا وهو ضعيف»^(٦).

وإذا كان كذلك فإنه لا تقوم به حجة ولا يصلح لتخصيص عموم أدلة القول الثاني .

٥- ما ثبت أن عمر بن الخطاب أمر بقتل جماعة اشتركوا في قتل غلام غيلة بصنعاء وقال: « لو اشترك فيه أهل صنعاء لقتلتهم به ، وفي

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى / كتاب الجنائيات / باب ما جاء في قتل الغيلة في عفو الأولياء ٥٧/٨ وانظر: المغازي للواقدي ١/٣٠٤.

(٢) انظر: تهذيب التهذيب ٩/٣٦٣-٣٦٨، الضعفاء والمتروكين للدارقطني ص ٣٤٧، الضعفاء والمتروكين للنسائي ص ٢١٧، ميزان الاعتدال ٣/٦٦٣ - ٦٦٦.

(٣) انظر: ميزان الاعتدال ٤/٤٦٠.

(٤) انظر: السنن الكبرى للبيهقي ٨/٥٧.

(٥) انظر: المرجع السابق.

(٦) انظر: المرجع السابق.

رواية: « لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم جميعا »^(١).

وجه الاستدلال: أن عمر أمر بقتلهم ولم ينقل أنه استشار أحدا من أولياء الدم، ولو كان حق العفو ثابتا لهم لرد الأمر إليهم وطلب رأيهم، ولم ينقل أن أحدا من الصحابة أنكر عليه فكان إجماعا.

ونوقش: بما تقدم من أنه لا يلزم من عدم النقل عدم الاستشارة وذلك لاحتمال أنه شاور الأولياء فطلبوا القصاص فلا يصح الاستدلال بالأثر على تخصيص أدلة عموم القصاص في القتل العمد العدوان مع قيام الاحتمال ومن ثم لا تصح دعوى الإجماع.

وتأول ابن قدامة قول عمر: « لأقدتهم به » على معنى لا مكنت الولي من استيفاء القود منهم^(٢).

٦- ما روي أن عبدالله بن عامر^(٣) كتب إلى عثمان بن عفان أن رجلا من المسلمين عدا علي دهقان فقتله على ماله ، فكتب إليه عثمان أن اقتله

(١) أخرجه مالك في الموطأ/ كتاب العقول / باب ما جاء في قتل الغيلة والسحر ٨٧١/٢، وأخرجه البخاري تعليقا بصيغة الجزم من طريق أخرى / كتاب الديات / باب إذا أصاب قوم من رجل ٤٢/٨، وأخرجه البيهقي من طريق مالك - في السنن الكبرى / كتاب الجنائيات / باب النفر يقتلون الرجل ٤٠/٨ - ١٤١، وأخرجه من طريق أخرى ٤١/٨.

(٢) انظر: المغني ٦٤٩/٧.

(٣) هو : أبو عبدالرحمن عبد الله بن عامر بن كريز بن ربيعة بن حبيب بن عبد شمس القرشي الأمير الذي افتتح إقليم خراسان ، وهو ابن خال عثمان بن عفان وأبوه عامر بن عمه النبي ﷺ - البيضاء بنت عبد المطلب وقد ولي البصرة لعثمان ، وكان سخيا كريما . توفي سنة ٥٩هـ .
(انظر: سير أعلام النبلاء ١٨/٣ - ٢١ ، البداية النهاية ٨٨/٨ ، الإصابة ٦٠/٣).

به ، فإن هذا قتل غيلة^(١) .

وناقش ابن حزم الاستدلال به: بأن الرواية عن عثمان ضعيفة جدا؛ لأنها عن عبد الملك بن حبيب وهو ساقط الرواية جدا ثم عن مسلم بن جندب ولم يدرك عثمان^(٢) .

قال في التقريب^(٣): «عبد الملك بن حبيب الأندلسي أبو مروان الفقيه المشهور ، صدوق ضعيف الحفظ كثير الغلط » .

وقال في الميزان^(٤): « أحد الأئمة ومصنف الواضحة كثير الوهم صحفي .. ثم قال ردا على من اتهمه بالكذب وعلى ابن حزم في قوله روايته ساقطة مطرحة: قلت: الرجل أجل من ذلك ولكنه يغلط .

٧- ماروي أن رجلا مسلما في زمن أبان بن عثمان قتل نبطيا بذئ حميت على مال معه فأمر أبان بن عثمان بالمسلم فقتل بالنبطي لقتله إياه غيلة^(٥) .

ونوقش: بأن في سنده عبد الملك بن حبيب الأندلسي وهو ضعيف^(٦) كما تقدم .

(١) أخرجه ابن حزم في المحلى ٥١٩/١٠ .

(٢) انظر: المرجع السابق ٥٢١/١٠ .

(٣) ٥١٨/١ .

(٤) ٦٥٢/٢ - ٦٥٣ .

(٥) انظر: المحلى ٥١٩/١٠ .

(٦) انظر: المحلى ٥١٩/١٠ - ٥٢١ .

٨- أن القتل غيلة لما كان في الغالب عن ختل وخداع وأخذ على غرة تعذر التحفظ منه فكان كالقتل حرابة ومكابرة في أن عقوبة كل منهما من الحدود لا القود والقصاص^(١).

٩- أن في ذلك سداً لذريعة الفساد والفوضى في الدماء والقضاء على الاحتيال والخدعية وسائر طرق الاغتيال، وبذلك يخصص عموم النص في وجوب القتل قصاصاً، فيحمل على ما عدا قتل الغيلة^(٢).

الترجيح:

بعد عرض أدلة القولين وما جرى عليها من المناقشات فإنه يظهر قوة ما ذهب إليه أصحاب القول الأول وذلك لسلامة بعض أدلته وصلاحتها لتخصيص عموم النص في وجوب القتل قصاصاً، ولأن مثل هذا القتل ضرره عام وليس خاصاً؛ لأن المجني عليه ليس مقصوداً بذاته في الاعتداء بل المقصود المال أو العرض، بخلاف ما لو قتل رجل رجلاً لعداوة بينهما أو خصومة أو غير ذلك من الأسباب الخاصة، فإن هذا دمه لأولياء المقتول إن قتلوا وإن أحبوا أخذوا الدية؛ لأنه قتله لغرض خاص، أما المحاربون ونحوهم فإنما يقتلون لأخذ أموال الناس فضررهم عام بمنزل السراق فكان قتلهم حداً لله^(٣). والله أعلم.

(١) انظر: بحث قتل الغيلة الذي أعدته الأمانة العامة لهيئة كبار العلماء ص ١٦.

(٢) انظر: المرجع السابق.

(٣) انظر: السياسة الشرعية لابن تيمية ص ٨٦ - ٧٨.

المبحث الثالث

فيما يترتب على غيبة أحد الأولياء أو صغره أو جنونه

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: في غيبته .

المطلب الثاني: في صغره أو جنونه .

المطلب الأول :

إذا قُتل شخص وله أولياء حاضرون وأولياء غائبون ففيه مسألتان :

المسألة الأولى: أن يطلب الحاضرون القود .

المسألة الثانية: أن يعفو أحد الحاضرين .

المسألة الأولى^(١):

إذا قُتل شخص وله أولياء حاضرون وأولياء غائبون فأراد الحاضرون القصاص من الجاني فإنه لا يجوز لهم ذلك بلا خلاف^(٢)، بل ينتظر الغائب

(١) هذه المسألة لا مدخل لرأي ابن حزم فيها لأنه يخالف في الأصل - وهو أن القصاص يثبت بطلب البعض ، فلا أثر عنده للغيبة هنا لثبوته بطلب الحاضرين .

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص ٢٣٨ - ٢٣٩ ، البناية شرح الهداية ٤١/١٠ ، الإشراف للقاضي عبد الوهاب ١٨٤/٢ ، مواهب الجليل ٢٥٠/٦ ، المهذب ٢٣٦/٢ ، روضة الطالبين ٢١٤/٩ ، المغني ٧٣٩/٧ ، الشرح الكبير مع المغني ٣٩٢/٩ .

حتى يقدم^(١)؛ لأن القصاص حق مشترك بين الأولياء فلا يسقط حق الغائب منه بغيبته^(٢).

المسألة الثانية: أن يعفو أحد الحاضرين .

إذا عفا الحاضرون أو أحدهم فإن القصاص يسقط بعفوه كما تقدم^(٣).

ولا ينتظر الغائب^(٤)؛ لأن القصاص حق مشترك بينهم ويعفو الحاضر تعذر القصاص لأنه لا يتجزأ .

المطلب الثاني: في صغر أحد الأولياء أو جنونه :

إذا قتل شخص رجلاً وله أولياء كبار وصغار أو فيهم مجنون فأراد الكبار أن يقتصوا من القاتل قبل بلوغ الصغار أو إفاقة المجنون فإن في

(١) يلاحظ أمران : أحدهما : أن للمالكية قولاً : بأن الغائب البعيد الغيبة لا ينتظر . انظر: التاج والإكليل ٢٥٠/٦ وقد أعرضت عنها لأنها خلاف ظاهر المدونة، ولأن الغيبة لا تبعد في هذا الزمان غالباً .

الأمر الثاني: أن صاحب الرعايتين من الحنابلة حكى رواية بأنه لا ينتظر الغائب، لكن أعرض عن ذكرها جمهور الأصحاب . وحكى ابن قدامة عدم الخلاف ، وقال في الإنصاف - لم نرها لغيره - أي هذه الرواية - ٤٨٢/٩ .

(٢) انظر: المبدع ٢٨٤/٨ .

(٣) انظر: ترجيح سقوط القصاص بعفو البعض ص ٦٩٩ - ٧١٠ .

(٤) هذا خلاف لابن حزم ؛ لأن القصاص عنده لا يسقط بعفو بعض الأولياء لكن لا مدخل له هنا ؛ لأنه مخالف في أصل العفو . وقد تقدم عرض مذهبه .

ذلك مسألتين: -

المسألة الأولى: أن يكون القتل وقع على غير وجه الغيلة .

المسألة الثانية: أن يكون القتل وقع غيلة .

المسألة الأولى:

إذا وقع القتل على غير وجه الغيلة وأراد أولياء المقتول الكبار أن يقتصوا من القاتل قبل بلوغ الصغار أو إفاقة المجنون. فقد اختلف في جواز القصاص لهم على قولين:

القول الأول :

أنه لا يجوز لهم استيفاء القصاص حتى يبلغ الصغير ويفيق المجنون ويقع الاتفاق على الاستيفاء .

وبه قال الشافعية^(١)، وهو المذهب عند الحنابلة^(٢)، وهو قول أبي يوسف ومحمد بن الحسن من الحنفية^(٣)، وابن أبي ليلى وابن شبرمة وإسحاق والحسن ابن حي. ويروى عن عمر بن عبد العزيز^(٤). وهو اختيار

(١) انظر: المهذب ٢/٢٣٦، روضة الطالبين ٩/٢١٤.

(٢) انظر: المبدع ٨/٢٨٤، الإنصاف ٩/٤٨٢.

(٣) انظر: المبسوط ٢٦/١٧٤، بدائع الصنائع ٧/٢٤٢ - ٢٤٣. ويلاحظ أن هذا قولهما فيما إذا كان القصاص بين الإخوة، أما إذا كان بين الأب أو الجد والأولاد الصغار فإن رأيهما كرأي أبي حنيفة.

(٤) انظر: المحلى ١٠/٤٨٣، المغني ٧/٤٣٩.

ابن رشد^(١) من المالكية^(٢).

القول الثاني: أن للأولياء الكبار العقلاء استيفاء القصاص قبل بلوغ الصغار وإفاقة المجنون.

وبه قال أبو حنيفة^(٣)، وهو المذهب عند المالكية^(٤)، وبه قال الإمام أحمد في رواية^(٥)، وهو قول حماد والأوزاعي والليث^(٦).

الأدلة:

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:

١- أن الحسن بن علي رضي الله عنه قتل عبد الرحمن بن ملجم^(٧) قصاصا وفي

(١) هو: أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي المالكي زعيم فقهاء وقته بأقطار الأندلس والمغرب ومقدمهم المعترف له بصحة النظر وجودة التأليف ودقة الفقه، وكان كثير التدين والحياء، قليل الكلام مقديا عند الأمراء، ولي قضاء الجماعة بقرطبة. توفي سنة ٥٢٠ هـ. من تصانيفه: «البيان والتحصيل» و«المقدمات لأوائل كتب المدونة».

(انظر: الديباج المذهب / ٢٧٨ - ٢٧٩، شجرة النور الزكية / ١٢٩).

(٢) انظر: قوانين الأحكام الشرعية ص ٢٧٦، شرح زروق على الرسالة ٢/ ٢٣٠.

(٣) انظر: مختصر الطحاوي ص ٢٣٩، الاختيار لتعليل المختار ٥/ ٢٨.

(٤) انظر: مواهب الجليل ٦/ ٢٥٢، الشرح الصغير ٤/ ٣٦٠.

(٥) انظر: المغني ٧/ ٧٣٩، الشرح الكبير مع المغني ٩/ ٣٩٢.

(٦) انظر: المرجعين السابقين، المحلى ١٠/ ٤٨٣.

(٧) هو: الخارجي عبدالرحمن بن عمرو المعروف بابن ملجم الحميري ثم الكندي =

الورثة صغار ولم ينكر عليه ذلك^(١).

ونوقش: بأن الحسن إنما قتل ابن ملجم بكفره لأنه قتل عليا مستحلا لدمه معتقدا كفره متقربا بذلك إلى الله تعالى - وإذا كان كافرا فلا حجة في قتله.

وقيل: إنما قتله لسعيه في الأرض بالفساد، وإظهار السلاح فيكون كقطاع الطريق إذا قُتل، وقتله متحتم وهو إلى الإمام والحسن هو الإمام، ولذلك لم ينتظر الغائبين من الورثة - ولا خلاف في وجوب انتظارهم، وإن قُدِّرَ أنه قتله قصاصا فقد اتفقنا على خلافه فكيف يحتج به بعضنا على بعض^(٢).

وأجيب عن ذلك على النحو الآتي :

أولا: أما القول بأنه قتله لكفره.. فغير مسلم؛ لأن قتل إمام المسلمين وإن كان ذنبا عظيما إلا أن القاتل لا يصير به مرتدا إنما ذلك للأنبياء خاصة، واستحلاله كان بالتأويل، فإنه كان من جملة أهل البغي وهم يستجلون دماء أهل العدل وأموالهم. بدليل أن عليا رَضِيَ اللهُ عَنْهُ علق قتله بمشيئة الحسن وأخره بعد موته^(٣)، ولو كان مرتدا لما أخرج علي قتله^(٤).

= حليف بني حنيفة قاتل أمير المؤمنين علي بن أبي طالب . وقصة قتله مشهورة في كتب السير .
(انظر: البداية والنهاية ٣٢٥/٧).

(١) انظر: المبسوط، ١٧٤/٢٦، المغني ٧٣٩/٧، وانظر هذا الأثر في الطبقات لابن سعد ٣٩/٢ - ٤٠.

(٢) انظر: المغني، ٧/٧٤٠ أضواء البيان ٣/٥٤٧ - ٥٤٨.

(٣) لم أقف علي أن عليا علق قتله بمشيئة الحسن وإنما قال : إن مت فاقتلوه وإن عشت فأنا أعلم كيف أصنع به . انظر: تاريخ ابن كثير ٧/٣٢٧.

(٤) انظر: المبسوط ٢٦/١٧٥.

ويرد على ذلك:

بأن الدليل يدل على كفره - وهو ما روي عن النبي ﷺ قال: قال لي رسول الله ﷺ: «من أشقى الأولين؟ قلت عاقر الناقة. قال: صدقت. فمن أشقى الآخرين؟» قلت: لا علم لي يا رسول الله. قال: «الذي يضربك على هذا - وأشار بيده على يافوخه - فيخضب هذه من هذه - يعني لحيته - من دم رأسه»، قال: فكان يقول: وددت أنه قد بعث أشقاكم^(١).

وجه الاستدلال: أنه قرنه بمقاتل ناقة صالح ﷺ - المذكور في قوله تعالى: ﴿إِذْ أَنْبَعَتْ أَشْقَاهَا﴾ وهذا يدل على كفره.

وتأخير عليّ لقتله في حياته لا حتمال أن يعيش فيدعوه إلى التوبة وإصلاح العمل فلا يكون الشقي الذي أخبر عنه الرسول ﷺ .

ويجاب: بأن الحديث لا دلالة فيه على كفره، وكونه أشقاهم يحتمل أكثر من معنى فقد يكون شقاء بالنسبة لقوم معينين: أشقى قومه من الخوارج أو أشقى المسلمين.. وكذلك مقارنته بعاقرة الناقة لا تستلزم كفره؛

(١) أخرجه ابن سعد في الطبقات ٢/٣٥ ، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى/ كتاب الجنائيات / باب من زعم أن للكبار أن يقتصوا قبل بلوغ الصغار ٨/٥٨ - ٥٩ وقد أخرجه الطبراني بإسناد حسن . ذكره في مجمع الزوائد ٩/١٢٧، وذكر الهيتمي أيضا - طرقا أخرى للحديث رجال بعضها ثقات وبعض الطرق الأخرى فيها رجال ضعفاء . انظر: مجمع الزوائد ٩/١٣٦ - ١٣٩ . وانظر : الاستيعاب ٢/٦٠، أسد الغابة ٢/٦١٣ - ٦١٤ . والحديث صححه الألباني في صحيح الجامع من حديث عمار بن ياسر رقم ٢٥٨٦ ، وأخرجه في السلسلة الصحيحة ٤/٢٢٤ .

لأن الأصل الإسلام ، وعلي لم يحكم بكفر الخوارج ولما سئل عنهم قال من الكفر فروا .

ثانياً: وأجيب عن قولهم : بأن قتله لسعيه في الأرض بالفساد .. بأنه غير مسلم؛ لأنه لم يحارب ولا أخاف السبيل^(١) وإنما قتله قصاصاً، فقد ذكر المؤرخون أن علياً أمرهم أن يحبسوا ابن ملحمة ويحسنوا إيساره وأنه إن مات قتلوه به قصاصاً وإن حيّ فهو ولي دمه ، كما ذكره ابن جرير^(٢)، وابن الأثير^(٣)، وابن كثير^(٤)، وغيرهم في تواريخهم وذكره البيهقي في سننه وهو

(١) انظر: المحلى ١٠/٤٨٣ .

(٢) انظر: تهذيب الآثار للطبري مسند علي بن أبي طالب / ٧١ .

(٣) هو: عز الدين أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن عبد الكريم بن عبد الواحد الجزري الشيباني ، ولد بجريزة ابن عمر سنة ٥٥٥ هـ ونشأ بها ثم تحول إلى البصرة وارتحل في طلب العلم وكان إماماً علامة إخبارياً أديباً متقناً وكان منزله مأوى طلبة العلم . توفي سنة ٦٣٠ هـ . من مصنفاته: « التاريخ الكبير » الملقب بـ « الكامل » و « كتاب معرفة الصحابة » .
(انظر: سير أعلام النبلاء ٢٢/٢٥٣ ، طبقات السبكي ٥/١٢٧ ، وفيات الأعيان ٣/٣٤٨).

(٤) هو: الشيخ عماد الدين أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير بن ضوء بن كثير القيسي البصري ولد سنة ٧٠٠ هـ أو بعدها بيسير ونشأ بدمشق وأخذ عن شيخ الإسلام ابن تيمية وأحبه حباً عظيماً وامتحن بسببه، وكان إماماً مفيداً محدثاً بارعاً فقيهاً متقناً مفسراً نقلاً توفي سنة ٧٧٤ هـ . وله تصانيف منها: « تفسير القرآن » و « البداية والنهاية » .
(انظر: الدرر الكامنة ١/٢٩٩ - ٤٠٠ ، البدر الطالع ١/١٥٣ ، شذرات الذهب ٦/٢٣١).

المعروف عند الإخباريين^(١).

ويرد عليه من وجهين :

أحدهما: المنع؛ لأنه أخاف السبيل، وكون قتله حرابة ليس بعيدا لقتله الإمام الذي عليه مدار الأحكام، أو للبغي؛ لأن الخوارج كانوا يتطلعون إلى الحكم والرئاسة.

الثاني: لو سلم بأن قتله قصاصا فإنه لا دلالة فيه؛ لأن قتله كان بأمر على وهو صاحب الدم فكما أنه لو عفى المجروح عن القصاص قبل موته لم يستحق الوراثة شيئا فكذا إذا أمر بقتله لم يستحق الوراثة شيئا من العفو فيكون الحسن منفذا لأمر والده علي عليه السلام، لاسيما وهو إمام واجب الطاعة .

٢ - أن بعض الأولياء لو استوفى القتل بنفسه فإنه لا يضمن شيئا ، ولو لم يكن له ذلك لضمن كما لو قتل من وجب عليه القصاص أجنبي^(٢).

ويناقش: بأن في القول بعدم الضمان خلافا ، وإذا سلم بعدم الضمان فذلك لأنه مشارك في استحقاق القتل فلم يجب عليه القصاص كما لو كان مشاركا في ملك الجارية ووطنها، ولأنه محل يملك بعضه فلم تجب العقوبة المقدره باستيفائه كالأصل^(٣).

٣- أن المقصود من القصاص التشفّي، وهو لا يحصل للميت، وإنما يحصل

(١) انظر: أضواء البيان ٣/٥٥٠، البداية والنهاية ٧/٣٢٩.

(٢) انظر: تكملة البحر الرائق ٨/٣٠٠.

(٣) انظر: المغني ٧/٧٤١، الشرح الكبير ٩/٣٨٦.

للورثة فكان حقا لهم ابتداء، وهو ثابت لكل واحد منهم على الكمال كأن ليس معه غيره لا على سبيل الشركة ، يدل على ذلك أنه حق لا يتجزأ والشركة فيما لا يتجزأ محال ، إذ الشركة المعقولة هي أن يكون بعض الحق لهذا وبعضه لذلك كشريك الأرض والدار ، والأصل أن ما لا يتجزأ من الحقوق إذا ثبت لجماعة وقد وجد سبب ثبوته في حق كل واحد منهم فإنه يثبت لكل واحد منهم على سبيل الكمال كأن ليس معه غيره كولاية الإنكاح وولاية الأمان، والقصاص كذلك فلا معنى لتوقف الاستيفاء على بلوغ الصغير^(١).

ونوقش بالآتي:

أولاً: أما قولهم إنه يثبت للورثة ابتداء - بمعنى أنهم لم يتلقوه من المورث - فغير مسلم؛ لأنه يبطل بما إذا عفى المجرع عن القصاص قبل موته ومات فإن الوارث لا يستحق شيئاً إجماعاً ولولا ثبوت الحق له أولاً لما سقط بإسقاطه ، ويبطل أيضاً بالدية فإنها تثبت له بعد الموت بدليل أن ديونه تقضى منها ووصاياه تنفذ فيها .

ثانياً: وأما قولهم إن القصاص لا يتجزأ ولا يتبعض - فغير مسلم أيضاً؛ لأن القصاص لا يتجزأ في الاستيفاء، أما الثبوت والاستحقاق فإنه يتجزأ بدليل أنه لا خلاف في أن العبد المشترك بين كبير وصغير إذا قتل أن الكبير لا يستبد بالاستيفاء فدل أن القصاص ثبوته يتجزأ غير أنه يضاف إلى جميعهم فيكونون مشتركين فيه .

ودعوى ثبوته لكل واحد على الكمال باطل، إذ لو كان كذلك لما سقط

(١) انظر: بدائع الصنائع ٧/٢٤٢.

في حق الباقيين بعفو بعض الورثة.

وأما ولاية النكاح فنقول الثابت هناك حق التزويج لواحد منهم على البديل، أو نقول ثبت لهم جميعا وينزلون منزلة الشخص الواحد غير أنه إذا زوج واحدة من كفؤ بمهر المثل وجب على الآخرين الرضا به وما وجب على الإنسان الرضى به لا معنى لمراجعته فيه فكذلك لا يرجعون^(١).

٣- أن ولاية القصاص هي استحقاق استيفائه وليس للصغير هذه الولاية^(٢).

ويناقش: بالمنع من أن ولاية القصاص هي استحقاق الاستيفاء، بل هي استحقاق الدم، والصغير يستحقه بدليل إراثه من الدية عند عفو بعض المستحقين.

٤- أن القصاص حق من حقوق القاصر إلا أنه لما كان عاجزا عن النظر لنفسه كان غيره يتولى النظر في ذلك كسائر حقوقه. فإن النظر فيه لغيره، ولا ينتظر بلوغه في جميع التصرف بالمصلحة في جميع حقوقه، وأولى من ينوب عنه في القصاص الورثة المشاركون له فيه^(٣).
ويناقش: بأنه وإن كان عاجزا عن النظر لنفسه - حال ثبوت القصاص له - فإنه لا يتولى الولي النظر له - هنا -؛ لأنه قد يقتص لإرادته التشفى بالقتل مثله. بينما الصغير لا يريد التشفى - إذا بلغ - بل

(١) انظر: الأركان المادية والشرعية لجريمة القتل العمد ١٧١/٢ نقلا عن فتاوى ابن الصلاح مخطوط بدار الكتب المصرية رقم ٣٧٢٧٢٧٢٧ شافعي.

(٢) انظر: المغني ٧/٧٣٩.

(٣) انظر: أضواء البيان للشنقيطي ٣/٥٤٨، بدائع الصنائع ٧/٢٤٣.

يريد الثواب بالعمو بخلاف النظر في سائر حقوقه فإن ما يراه صالحا للصغير، مبناه على خبرة أو استشارة في هذا الأمر الذي رآه له ولا يخطئ الصواب في الغالب ، وإن أخطأه وخرج على غير ما يريد فإنه يمكن تدارك الأمر فيه غالباً بخلاف القصاص فإنه لا يمكن تدارك الأمر فيه بعد فواته .

أدلة القول الأول :

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:

١- أنه قصاص غير متحتم ثبت لجماعة معينين فلم يجز لأحدهم استيفاؤه استقلالاً كما لو كان لحاضر وغائب^(١).

ونوقش: بأن القياس - على ما لو كان مع الحاضر غائب - قياس مع الفارق؛ لأن في انتظار بلوغه تفويت الاستيفاء على سبيل الاحتمال بخلاف الغائب فإن احتمال العمو منه ثابت فافترقا^(٢).

ويجاب عن ذلك: بأن ما ذكره من الفرق غير وجيه؛ لأن احتمال العمو من الصغير كاحتمال العمو من الغائب إلا أن الصغير قد يطول الانتظار ، لكن هذا الطول لا أثر له إذا علمنا أن المنتظر صاحب حق وقد ينتفع به الجاني .

والدليل على أن للصغير والمجنون حقا أربعة أمور: -

الأول: أن الصغير أو المجنون لو كان منفردا لاستحققه ، ولو نافاه الصغر

(١) انظر: المغني ٧/٧٣٩ ، الشرح الكبير ٩/٣٩٣ .

(٢) انظر: الاختيار لتعليل المختار ٥/٢٨ .

والجنون مع غيره لنافاه منفردا كولاية النكاح.

الثاني: أنه لو بلغ الصغير وأفاق المجنون لاستحق ولو لم يكن مستحقا عند الموت لم يكن مستحقا بعده كالرقيق إذا عتق بعد موت أبيه .

الثالث: أنه لو صار الأمر إلى المال لاستحق ، ولو لم يكن مستحقا للقصاص لما استحق بدله كأجنبي.

الرابع: أنه لو مات الصغير أو المجنون لا يستحقه ورثته ، ولو لم يكن حقا لم يرثه كسائر مالم يستحقه^(١).

ونوقشت هذه الأمور: بأن أحقيته في القصاص مسلمة ، لكنه قاصر في الحال فيعمل غيره بالمصلحة في حقه في القصاص كسائر حقوقه ، ولا سيما شريكه الذي يتضرر بتعطيل حقه في القصاص إلى زمن بعيد^(٢).

ويجاب عنه: بما سبق أن نوقش به الدليل الرابع من التفريق بين القصاص وغيره من جهة أن القصاص لا يمكن تدارك الأمر فيه .

٣- أن القصاص يثبت للوارث بطريق التلقي من المورث فيستوي في استحقاقه الصغير والكبير، ويدل على ذلك أمور منها :

الأول: أن الجناية وردت على خالص حق القتل فكان الواجب بها خالص حقه إثباتا للحكم على وفق السبب.

الثاني: أنه لو عفى وصح وسقط ولولا أنه حقه لما سقط بإسقاطه^(٣).

(١) انظر: المغني ٧/٧٣٩ - ٧٤٠ ، الشرح الكبير مع المغني ٩/٢٩٣ .

(٢) انظر: أضواء البيان ٣/٥٤٨ .

(٣) انظر: الأركان المادية والشرعية لجريمة القتل العمد ٢/١٧٠ نقلا عن فتاوى ابن الصلاح.

ونوقش: بأن حق القصاص لم يثبت بطريق الإرث وإنما ثبت للورثة ابتداء^(١).

ويجاب عن ذلك: بما سبق أن نوقش به الدليل الثاني من أنه ثبت بطريق الورثة لا ابتداء^(٢).

الترجيح:

بعد عرض أدلة القولين وما جرى عليها من مناقشة فإن الراجح - والله أعلم - هو القول الأول لقوة ما ذكره من الأقيسة في مقابل مناقشة أدلة القول الثاني وعدم بقاء ما يصلح منها متمسكا لهم.

المسألة الثانية: أن يكون القتل وقع غيلة .

إذا قُتل رجل قتل غيلة وله أولياء صغار وكبار فإنه يجري فيه الخلاف المتقدم في قتل الغيلة .

فالمالكية ومن وافقتهم^(٣) يرون قتله ولا ينتظرون بلوغ الصغار؛ لأنه لا أثر للعضو فيه . ويستدلون بأدلتهم السابقة هناك^(٤).

ويوافقهم ابن حزم - هنا - لأن القصاص يجب عنده بطلب البعض - كما تقدم^(٥) . - كما يوافق المالكية - هنا - أصحاب القول الثاني - في

(١) انظر: بدائع الصنائع ٧/٢٤٢.

(٢) انظر: ص ٧٤٦ - ٧٤٧.

(٣) انظر: ص ٧١٩ - ٧٢٠.

(٤) انظر: ص ٧٢٥ - ٧٣٤.

(٥) انظر: ص ٧٠٠ - ٧٠١.

المسألة الأولى - إذا لم يكن القتل غيلة وهو أبو حنيفة ، وكذلك الإمام أحمد في رواية ، وحمام والأوزاعي والليث^(١) ، لأنه لا فرق عندهم بين أن يكون القتل غيلة أو غير غيلة.

ويخالفهم أصحاب القول الأول -في المسألة الأولى إذا لم يكن القتل غيلة- وهم الشافعية والمذهب عند الحنابلة وأبو يوسف ومحمد ومن وافقهم^(٢) ، فلا يرون قتله، لأنه لا فرق عندهم بين قتل الغيلة وغيره ويستدلون بأدلتهم المتقدمة في قتل الغيلة.

وقد تقدم أن الراجح في قتل الغيلة أنه لا أثر للعفو فيه^(٣). وبناء على ذلك فالراجح هنا عدم انتظار الصغار. والله أعلم.

(١) انظر: ص ٧٣٩

(٢) انظر: ص ٧٣٨.

(٣) انظر: ص ٧٣٤.

المبحث الرابع

فيما يترقب على قتل الواحد للجماعة أو جنائته عليهم بما دون النفس

وفيه مطلبان :

المطلب الأول: في قتله لهم.

المطلب الثاني: في جنائته عليهم بما دون النفس.

المطلب الأول:

وفيه ثلاث مسائل :

المسألة الأولى: فيما إذا تراضى أولياؤهم جميعا على قتله أو اختار أحدهم الدية.

المسألة الثانية: فيما إذا تشاحوا على قتله.

المسألة الثالثة: في غيبة ولي أحد القتلى.

المسألة الأولى:

إذا قتل شخص جماعة فاتفق أولياؤهم علي قتله بهم، أو أراد أحدهم القود والآخرين الدية. فقد اختلف في حكم ذلك على الأقوال الآتية :

القول الأول:

أن الأولياء إن اتفقوا على قتله فإنه يقتل بهم وليس لهم غير ذلك، وإن اختار أحدهم القود والآخرين الدية فإنه يقتل لمن أراد القود، ويعطي أولياء الآخرين الديات من ماله سواء كان المختار للقود أولياء من قُتل أولا أو ثانيا وسواء قتلهم دفعة واحدة أو متفرقين.

وبه قال الحنابلة.^(١)

القول الثاني:

أن الأولياء إن اتفقوا على قتله فإنه يقتل للأول منهم إن علم وإلا يقرع بينهم فمن خرجت قرعته قتل له وللباقيين الديات.

وإن اختار أحدهم القود والآخرين الديات فإنه يقتل لمن أراد القود ويعطي الآخرون الديات.

وبه قال الشافعية.^(٢)

القول الثالث :

أنه يقتل لجميعهم إذا حضروا وطلبوا ذلك ولا شيء لهم غير ذلك، فإن حضر واحد منهم قتل له وسقط حق الباقيين، وكذا إن طلب أحدهم الديات والآخرين القود.

وبه قال الحنيفة^(٣)، والمالكية^(٤).

الأدلة:

أدلة القول الثالث:

استدل أصحاب هذا القول بالآتي:

(١) انظر: المغني ٧/٦٩٩، المبدع ٧/٢٩٤.

(٢) انظر: المهذب ٢/٢٣٤، التهذيب للبغوي خ ٤/٦ق.

(٣) انظر: المبسوط ٢٦/١٢٧، الهداية شرح بداية المبتدي ٤/١٦٨.

(٤) انظر: الإشراف للقاضي عبد الوهاب ٢/١٨٤، التاج والإكليل ٦/٢٤٨.

أن حق الأولياء في القتل مقدور الاستيفاء لهم فلو أوجب معه المال لكان زيادة على القتل.

والدليل على أن القتل مقدور الاستيفاء لهم: أن التماثل في باب القصاص إما أن يراعى في الفعل زجرا، وإما أن يراعى في الفأنت بالفعل جبرا، وإما أن يراعى منهم جميعا، وكل ذلك موجود ههنا، أما في الفعل زجراً فلأن الموجود من الواحد في حق كل واحد من الجماعة فعل مؤثر في فوات الحياة عادة، والمستحق لكل واحد من أولياء القتلى قبل القاتل قتلة فكان الجزاء مثل الجناية، وأما في الفأنت جبراً فلأنه بقتله الجماعة ظلما انعقد سبب هلاك ورثة القتلى لأنهم يقصدون قتله طلبا للثأر وتشفيا للصدر فيقصد هو قتلهم دفعا للهلاك عن نفسه فتقع المحاربة بين القبيلتين، ومتى قتل منهم قصاصا سكنت الفتنة واندفع سبب الهلاك عن ورثتهم، فتحصيل الحياة لكل قتيل معنى، ببقاء حياة ورثته بسبب القصاص فيصير كأن القاتل ادخر حياة كل قتيل تقديرا بدفع سبب الهلاك عن ورثته فيتحقق الجبر الممكن كما في قتل الواحد بالواحد، والجماعة بالواحد من غير تفاوت^(١).

ويناقش من وجهين :

أحدهما: أن هذا الكلام مسلم لو طلب جميعهم القصاص، أما لو طلب بعضهم الدية فإن هذا الدليل غير مسلم؛ لأنه لم يطلب الاستيفاء حتى يقال: إن إيجاب المال معه يكون زيادة على القتل وأن المستحق لكل واحد من أولياء القتلى قبل القاتل قتله.

(١) انظر: بدائع الصنائع ٢٣٩/٧، الاختيار لتعليل المختار ٢٨/٥.

بل له طلب الدية بقول النبي ﷺ: «فمن له قتل فأهله بين خيرتين إن أحبوا قتلوا، وإن أحبوا أخذوا العقل»^(١)، فأثبت لأهل القتل الحق في القصاص أو أخذ الدية.

الثاني: لا يسلم ما ذكروه من القياس على قتل الواحد بالواحد والجماعة بالواحد، أما الواحد بالواحد فلأنه أزهق نفسا واحدة والنفس لا تستحق إلا جزاء واحداً قصاصاً أو مالا، وأما الجماعة بالواحد فلئلا يؤدي الاشتراك إلى إسقاط القصاص تغليظاً للقصاص، ومبالغة في الزجر، وفي مسألتنا ينعكس هذا، فإنه إذا علم أن القصاص واجب عليه بقتل واحد، وإن قتل الثاني والثالث لا يُزداد به عليه فإنه يبادر إلى قتل من يريد قتله وفعل ما يشتهي فعله فيصير هذا كإسقاط القصاص عنه ابتداء مع الدية^(٢).

أدلة القول الثاني :

استدل أصحاب هذا القول على أنه يقتل بواحد منهم وللباقين الديات: بأن حقوق الجماعة مقصودة لآدميين فلم تتداخل كالديون، فإذا اقتص منه لواحد بعينه فإن حق الباقين يتعين في الدية لفوات القود بغير رضاهم كما لو مات القاتل أو زال طرفه^(٣).

ويناقش: بالمنع؛ لأن هذا محل تعلق به حقوق لا يتسع لها معا وقد رضي المستحقون بالقود عن هذه الحقوق فيكتفى به كما لو قتل عبد

(١) سبق تخريجه ص : ٧١٦.

(٢) انظر: المغني ٧/٧٠٠، الشرح الكبير ٩/٤١٠.

(٣) انظر: المهدب ٢/٢٣٤.

عبدین خطأً فرضي بأخذه عنهما^(١).

أدلة القول الأول:

أولاً: أدلتهم على أنه يقتل بهم إذا رضوا بذلك ولا شيء لهم سواه:

استدلوا على ذلك بأنهم رضوا ببعض حقهم فجاز كما لو رضي صاحب اليد الصحيحة بالشلاء، أو ولي الحر بالعبد، وولي المسلم بالكافر^(٢).

ثانياً: أدلتهم على أنه يقتل إن طلب أحدهم القصاص ويعطى الباقيون الدية إن طلبوها :

استدلوا على ذلك بالآتي:

- ١- ما روى أبو شريح الكعبي أن رسول الله ﷺ قال: «فمن قتل له قتيل فأهله بين خيرتين إن أحبوا قتلوا، وإن أحبوا أخذوا العقل»^(٣).
- ووجه الاستدلال منه: أن الحديث ظاهر في أن أهل كل قتيل يستحقون ما اختاروه من القتل أو الدية فإذا اتفقوا على القتل وجب لهم، وإن اختار بعضهم الدية وجب بظاهر الخبر^(٤).
- ٢- أنهما جنايتان لا يتداخلان إذا كانتا خطأً أو أحدهما فلم يتداخلتا في

(١) انظر: المغني ٧/٧٠٠، الشرح الكبير ٩/٤١٠.

(٢) انظر: المرجعين السابقين، المبدع ٨/٢٩٤.

(٣) سبق تخريجه ص: ٧١٦.

(٤) انظر: المغني ٧/٧٠٠، الشرح الكبير ٩/٤١٠.

العمد كالجنايات على الأطراف - والمخالفون يقولون بذلك ^(١) ..

الترجيح :

الراجع فيما يظهر - هو القول الأول - لقوة ما استدلوا به من المنقول والمعقول، وسلامته من المناقشة في مقابل ضعف أدلة المخالفين بما ورد عليها من مناقشات - والله أعلم - .

المسألة الثانية: في ما إذا تشاح أولياء المقتولين على قتله.

إذا تشاح أولياء المقتولين على قتله - كل يريد أن يقتله بقتيله فلا يخلو ذلك من أمرين: -

الأمر الأول: أن يقتلهم على الترتيب ويعلم المتقدم.

الأمر الثاني: أن يقتلهم دفعة واحدة.

الأمر الأول:

إذا قتل شخص جماعة على الترتيب - بأن قتلهم واحداً بعد واحد - وتشاح أولياؤهم على قتله. فقد اختلف فيمن يقتل به منهم على الكمال على ثلاثة أقوال: -

القول الأول:

أنه يقاد بالأول منهم وللباقيين الديات.

(١) انظر: المرجعين السابقين .

وبه قال الشافعية^(١)، وهو المذهب عند الحنابلة^(٢).

القول الثاني:

أنه يقرع بينهم فمن خرجت له القرعة قتل له وللباقين الديات.
وهو وجه للحنابلة^(٣).

القول الثالث:

أن يقتل بهم جميعا ولا شيء لهم غير ذلك.
وبه قال الحنيفية^(٤)، والمالكية^(٥).

الأدلة:

أما القول الثالث فأدلتهم في هذه المسألة هي أدلتهم في المسألة الأولى؛ إذ لا فرق عندهم بين التراضي على الاستيفاء وبين التشاح فيه. وقد تقدمت مناقشتها^(٦).

أدلة القول الثاني:

يستدل لهذا القول: بأن حق القصاص ثبت لأولياء كل قتيل فيقرع

(١) انظر: المهذب ٢/٢٣٤، شرح روض الطالب ٤/٣٦٠.

(٢) انظر: المغني ٧/٧٠٠، الإنصاف ٩/٢٩٤.

(٣) انظر: الفروع ٥/٦٦٥، القواعد لابن رجب ص ٣٦٠.

(٤) انظر: البناية شرح الهداية ١٠/٨٢، الاختيار لتعليل المختار ٥/٢٩٠.

(٥) انظر: الإشراف للقاضي عبد الوهاب ٢/١٨٤، التاج والإكليل ٦/٢٤٨.

(٦) انظر: ص ٧٥١ - ٧٥٢.

بينهم لتساويهم في الأحقية. إذ القرعة هي الطرق الشرعي الذي يلجأ إليه عند تساوي الحقوق.

ويناقش: بال منع من تساويهم في الأحقية، إذ الأول ثابت حقه في المحل قبل ورود حقوق الآخرين، والمحل لا يتسع إلا لحق واحد فيستحقه الأول عند التّشاح فيه.

وقد يجاب: بأن المحل يتسع لأكثر من حق بدليل الاكتفاء بقتله إذا تراضوا على ذلك.

ويرد: بأن لاكتفاء إنما هو أثر التراضي بقبول بعض الحق لا دليلا على اتساع المحل لحقوق متعددة.

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بأدلة الآتية :

١- أن للمقتول أولا مزية بالسبق فيقدم لهذه المزية^(١).

وقد يناقش: بأنه لا أثر للسبق مع استوائهم في ثبوت حق القود إذ كل من قتل فإن حق القود يثبت لأوليائه، ومع التساوي في الثبوت يقرع بينهم.

ويجاب عن ذلك: بأن القرعة إنما يصار إليها مع التساوي مطلقا، ومع سبق أحدهم بالقتل فإنه لا تساوي؛ لوجود هذا السبق.

٢- أن المحل صار مستحقا له بالقتل^(٢) قبل ورود حق الغير عليه

(١) انظر: المهذب ٢/٢٣٤ ، المبدع ٩/٢٩٥.

(٢) انظر: المغني ٧/٧٠٠ ، المبدع ٩/٢٩٥.

ومزاحمته وهو لا يحتمل أكثر من واحد، فقدم من استحقه أولاً كما لو كان للمرأة وليان فأذنت لكل واحد بتزويجها ممن يشاء فزوجها كل واحد من واحد وأحدهما قبل الآخر.

الترجيح :

الذي يظهر أن الراجح هو القول الأول لقوة أدلتهم وسلامة بعضها من المناقشة ودفع المناقشة الواردة على بعضها - والله أعلم - .

الأمر الثاني: أن يقتلهم دفعة واحدة^(١).

إذا قتل شخص جماعة واحدة دفعة واحدة - كما لو هدم عليهم جداراً أو ألقى عليهم قنبلة أو جرحهم فماتوا معا - فقد اختلف فيمن يقتل به منهم على ثلاثة أقوال: -

القول الأول:

أنه يقدم أحدهم بالقرعة وللباقيين الديات.

وبه قال الشافعية^(٢)، وهو المذهب عند الحنابلة^(٣).

القول الثاني:

أنه يقتل للجميع، ويؤخذ من ماله بقية ديات الجميع.

(١) يلحق بهذه المسألة ما إذا قتلهم متفرقين وأشكل الحال لأنه في حكم من قتلوا دفعة واحدة . انظر: الأم ٢٢ / ٦ ، روضة الطالبين ٢١٩ / ٩ المغني ٧٠١ / ٧ ، الإنصاف ٤٩٥ / ٩ .

(٢) انظر: الأم ٢٢ / ٦ ، المهذب ٢٣٤ / ٢ .

(٣) انظر: الإنصاف ٢٩٤ / ٩ ، الإقناع ١٨٦ / ٤ .

وبه قال أبو الخطاب^(١).

القول الثالث:

أنه يقتل بهم جميعا ولا شيء لهم غير ذلك.

وبه قال الحنيفة^(٢)، والمالكية^(٣)، وحكاه أبو الخطاب منصوص الإمام أحمد^(٤)، وحكى وجها للحنابلة^(٥).

الأدلة:

أدلة القول الثالث :

استدل أصحاب هذا القول بالآتي :

- ١- ما استدلوأ به في المسألة الأولى. وقد تقدمت مناقشته^(٦).
- ٢- أنهم إذا طلبوا القود فقد رضي كل واحد بجزء منه^(٧).

ويناقش من وجهين:

أحدهما: أنه لا دلالة على الرضى؛ لأن كل واحد طلب قتله على

(١) انظر: الفروع ٦٦٥/٥ - ٦٦٦ نقلا عن الانتصار وكذلك القواعد لابن رجب ٣٦٠.

(٢) انظر: الهداية ١٦٨/٤ ، تكملة البحر الرائق ٣١١/٨ - ٣١٢.

(٣) انظر: الإشراف ١٨٤/٢ ، التاج والإكليل ٢٤٨/٦.

(٤) انظر: الفروع ٦٦٥/٥، نقلا عن الانتصار ، وكذلك القواعد لابن رجب / ٣٦٠.

(٥) انظر: المبدع ٢٩٥/٨، الإنصاف ٤٩٤/٩.

(٦) انظر: ص ٧٥١ - ٧٥٢.

(٧) انظر: المبدع ٢٩٥/٨.

الكمال فإذا قتل لهم جميعاً لم يتحقق رضاهم لتخلف مرادهم.

الثاني: أن القصاص لا يتبعض في الاستيفاء والإسقاط^(١) وإنما يقتصر عليه اكتفاء بجمعهم إذا رضوا بذلك، والرضا معدوم هنا.

أما القول الثاني فلم أقف له على دليل.

ولعل أصحابه يستدلون بأنه لما تعذر استيفاء حق كل منهم من القصاص على وجه الكمال تَمَّ ذلك من بدله وهو الدية.

لكن يناقش: بأن القصاص لا يتبعض وإنما يقتصر عليه عند التراضي.

أدلة القول الأول :

استدل أصحاب هذا القول: بأن القصاص ثبت لأولياء كل قاتل مع تساويهم في استيفائه، ولا يمكن استيفاؤه لجمعهم ؛ لأنه حق واحد لا يتعدد فيصار إلى القرعة لأنها الطريق الشرعي لتعيين أحد المستحقين عند تساويهم وتعذر اجتماعهم في استيفاء الحق.

الترجيح :

الراجح هو القول الأول لقوة دليله في مقابل مناقشة أدلة المخالفين.
-والله أعلم -.

المسألة الثالثة: في غيبة ولي أحد القتلى أو جنونه أو عدم بلوغه.

أما الحنفية والمالكية فإنه لا ينتظر عندهم قدوم الغائب أو إفاقة المجنون أو بلوغ الصغير إذا طلب أولياء أحد القتلى الآخرين القود؛ لأنه

(١) انظر: القواعد لابن رجب ص ٣٦٠.

يقتل عندهم بطلب البعض ويكون قتله بالجميع ولا شيء لهم غير ذلك^(١).

وأما عند غيرهم فقد اختلف في ذلك على قولين: -

القول الأول:

أن ولي القتل الأول^(٢)، ومن خرجت له القوعة^(٣) ينتظر إذا كان غائبا أو صغيرا أو مجنونا ويحبس القاتل حتى يحضر الولي أو تكمل حاله. وبه قال الشافعية في المشهور^(٤)، وهو قول الحنابلة^(٥).

القول الثاني :

أن للثاني القصاص.

وهو قول للشافعية^(٦).

الأدلة :

أدلة القول الثاني :

استدل أصحاب هذا القول بأن حق الثاني متعلق به - بدليل أن الأول لو عفا لانتقل الحق إليه - وإذا كان له حق فإنه يأخذه مع غيبة الأول أو

(١) انظر قولهم هذا في ص ٧٥٠ - ٧٥١.

(٢) هذا إذا قتلهم على الترتيب وعلم الترتيب أو أقره القاتل .

(٣) هذا إذا قتلهم معا أو متفرقين ولم يعلم المتقدم ولم يقره القاتل .

(٤) انظر: التهذيب للبغوي خ ٤/٦٠٤ ، شرح روض الطالب ٤/٣٦ - ٣٧ .

(٥) انظر: المغني ٧/٧٠٠، الإقناع ٤/١٨٦ .

(٦) انظر: روضة الطالبين ٩/٢١٩ .

صغره أو جنونه ترجيحا بجانب الحضور والكمال^(١).

وبناقش: بمنع الترجيح بالحضور والكمال، لأنه هذا حق ثابت لغيره^(٢)، وقد يطالب به عند حضوره أو كماله فلا يحرم من حقه مع عذر زائل تحقيقا أو احتمالا.

أدلة القول الأول :

استدل أصحاب هذا القول: بأن الحق ثبت لهذا الولي وتضرد باستحقاقه قبل ورود حق الغير، أو معه لكن استحققه بالقرعة، فلا ترفعه غيبته أو قصوره بعد ثبوته^(٣).

الترجيح :

بالنظر إلى القولين وأدلتهم فإنه يظهر أن القول الأول أرجح إن كان ولي القتل الأول قريب العودة أو البلوغ وذلك لتقدم حقه على حق غيره ومكان معرفة رأيه، وإن كان الغائب لا يعلم مكانه أو وقت عودته أو كان مجنونا أو صغيرا تطول مدة انتظاره فإن القول الثاني أرجح فيما يظهر، لأنه لا يدري إلى متى ينتظر الغائب؟ وكم ينتظر المجنون، فاختيار الانتظار فيه مصلحة للقاتل فقط، أما أولياء القتل الأول فإن اختاروا القتل فقد حصل، وإن اختاروا الدية أعطوها - والله أعلم -.

(١) انظر: المرجع السابق .

(٢) ثبوت هذا الحق بالسبق إن قتلهم على الترتيب وبالقرعة إن قتلهم معا .

(٣) انظر : كشاف القناع / ٥ / ٥٤١ .

المطلب الثاني: في جناية الواحد على الجماعة بما دون النفس:

وفيه مسائل :

المسألة الأولى: فيما إذا تراضوا على القطع أو أراد أحدهم الدية.

المسألة الثانية: فيما إذا تشاحوا على القطع.

المسألة الثالثة: في غيبة أحدهم.

المسألة الأولى:

إذا قطع شخص أيمان جماعة فاتفقوا على قطع يده أو أراد أحدهم القطع والباقون الديات. فقد اختلف في حكم ذلك على ثلاثة أقوال :

القول الأول:

أنهم إن اتفقوا على قطع يده فإنها تقطع لهم ولا شيء لهم غير ذلك، وإن اختار أحدهم القطع والآخرين الدية فإنه يقطع لمن أراد القطع، ويعطى كل واحد أراد الدية دية يد كاملة.

وبه قال الحنابلة^(١).

القول الثاني :

أنهم إن اتفقوا على قطعه فإنه يقطع للأول منهم إن علم وإلا يقرع بينهم فمن خرجت له القرعة قطع له وللباقيين الديات، وإن أراد بعضهم القطع، وأراد البعض الآخر الديات فإنه يقطع لمن أراد القطع ويعطى من أرادوا الدية الديات.

وبه قال الشافعية^(٢).

(١) انظر: الشرح الكبير مع المغني ٤١٣/٩ ، منتهى الإرادات ٤٠٩/٢ .

(٢) انظر: التهذيب للبغوي خ ٦/٤ ق ، المهذب ٢٣٤/٢ .

القول الثالث:

أنه يقطع لهم جميعا ولا شيء لهم غير ذلك.

وبه قال المالكية^(١).

الأدلة:

أدلة هذه المسألة هي أدلة المسألة الأولى من المطلب الأول - قتل الواحد للجماعة، إذ لا فرق عندهم بين الجناية على مادون النفس وبين الجناية على النفس. والراجح هنا هو الراجح هناك^(٢) - والله أعلم. المسألة الثانية: فيما إذا تشاحوا على القطع.

إذا قطع رجل أيمان جماعة فتشاحوا فيمن يقطع به فلا يخلو ذلك من أمرين :

الأمر الأول: أن يقطعهم على الترتيب ويعلم المتقدم أو يقربه القاطع.

الأمر الثاني: أن يقطعهم معا أو على الترتيب ولا يعلم المتقدم.

الأمر الأول :

إذا قطع شخص أيمان جماعة على الترتيب واحدا بعد واحد وتشاحوا على قطعه، فقد اختلف فيمن يقطع به على أربعة أقوال: -

(١) انظر: الإشراف للقاضي عبد الوهاب ١٨٤/٢ ، التاج والإكليل ٢٤٨/٦ .

(٢) انظر: ص ٧٥٤ ، مع ملاحظة أن الحنفية لم يذكروا ما إذا أراد أحدهم الدية وأراد الآخرون القطع ، وإنما ذكروا مذهبهم فيما إذا حضروا يطلبون القصاص فلذلك لم أذكره هنا . وسأذكره في المسألة الثانية وهي ما إذا حضروا وتشاحوا فيه . وهذا الذي ذكرته يدل عليه مناقشتهم لرأي الشافعية في المسألة الثانية .

القول الأول :

أنه يقطع بالأول منهم وللباقيين الديات.

وبه قال الشافعية^(١)، وهو المذهب عند الحنابلة^(٢).

القول الثاني :

أنه يقرع بينهم فمن خرجت له القرعة قطع به وللباقيين الديات وهو

وجه للحنابلة^(٣).

القول الثالث :

أنه يقطع بهم جميعا ولا شيء لهم غير ذلك.

وبه قال المالكية^(٤).

القول الرابع :

أنه يقطع بهم جميعا ويستوفون باقى حقهم من الدية.

وبه قال الحنفية^(٥).

(١) انظر: روضة الطالبين ٢١٨/٩ ، شرح روض الطالب ٣٦/٤ .

(٢) انظر: الإنصاف ٤٩٥/٩ ، كشف القناع ٥٤٢/٥ .

(٣) انظر: الفروع ٦٦٥/٥ ، تصحيح الفروع ٦٦٦/٥ .

(٤) انظر: الإشراف ١٨٤/٢ ، التاج والإكليل ٢٤٨/٦ .

(٥) انظر: المبسوط ١٣٩/٢٦ ، الهداية ١٦٩/٤ .

الأدلة:

أما أدلة الأقوال الثلاثة الأولى فقد تقدمت فيما إذا قتل واحد جماعة وتشاح أولياء القتلى فيمن يقتله، إذ لافرق عندهم بين الجناية على النفس وبين الجناية على ما دون النفس^(١).

وأما القول الرابع :

فقد استدل أصحابه بالأدلة الآتية :

١- أنهم استووا في سبب استحقاق القصاص - وهو قطع المعصوم - فيستوون في حكمه وهو القصاص، ودليل الوصف أن سبب الاستحقاق قطع اليد وقد وجد قطع اليد في حق كل واحد فيستحق كل واحد منهم قطع يده ولا يحصل من كل واحد منهم في يد واحدة إلا قطع بعضها فلم يستوف كل واحد منهم بالقطع إلا بعض حقه فيستوفي الباقي من الأرش^(٢).

ويناقد من وجهين :

أحدهما: لا يسلم بأنهم استووا في سبب الاستحقاق، وإنما يسلم بثبوت الحق لكل واحد، والفرق بين ذلك ظاهر. وبيان ذلك: أنه لما قطع الأول شغلت يد القاطع بحقه -وهو الاستيفاء- ولا تتسع لغيره، فإذا قطع الثاني ثبت له حق الاستيفاء لكنه صادف محلا مشغولا لا يتسع له، فيعدل إلى بدله - وهو الدية.

(١) انظر: ص ٧٥٤- ٧٥٧.

(٢) انظر: بدائع ٢٩٩/٧، البناية على الهداية ١٠/٨٣.

الثاني: لو سلم باستوائهم في سبب الاستحقاق، فإن إثبات القصاص والدية لهم جميعا يفضي إلى إيجاب القود في بعض العضو والدية في بعضه، والجمع بين البديل والمبدل في محب واحد لم يرد الشرع به ولا نظير له يقاس عليه^(١).

٢- أن كل واحد منهم لما استوفى بعض حقه بقطع اليد صار القاطع قاضيا ببعض يده حقا مستحقا عليه فيجعل كأن يده قائمة وتعذر استيفاء القصاص لعذر فتجب الدية^(٢).

ويناقش: بأن هذا الدليل مبني على استوائهم في سبب الاستحقاق وعلى جواز إيجاب القود في بعض العضو والدية في بعضه - وقد تقدم امتناع ذلك وعدم جوازه.

الترجيح:

بعد مناقشة أدلة القول الرابع فإنه يظهر ضعفه، وبناء على ذلك فإن الراجح هنا هو الراجح فيما إذا قتل واحد جماعة وتشاح أولياء القتلى فيمن يقتله - وهو القول الأول - والله أعلم.

الأمر الثاني: أن يقطعهم دفعة واحدة.

إذا قطع شخص أيمان جماعة دفعة واحدة، فقد اختلف فيمن يقطع به منهم على ثلاثة أقوال: -

(١) انظر: المغني ٧/٧٠١، الشرح الكبير مع المغني ٩/٤١٣.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٧/٢٩٩.

القول الأول :

أنه يقدم أحدهم بالقرعة وللباقيين الديات.
وبه قال الشافعية^(١)، وهو المذهب عند الحنابلة^(٢).

القول الثاني :

أنه يقطع بهم جميعا ويؤخذ من ماله بقية ديات الجميع.
وبه قال الحنفية^(٣)، وهو قول أبي الخطاب^(٤).

القول الثالث :

أنه يقطع بهم جميعا ولا شيء لهم غير ذلك.
وبه قال المالكية^(٥)، وهو وجه للحنابلة^(٦).

الأدلة :

أدلة هذه الأقوال هنا أدلتهم فيما إذا قتل شخص جماعة دفعة واحدة.
واستدل الحنفية هنا بما استدلوا به في الأمر الأول - إذا قطعهم
على الترتيب وتشاحوا في القطع.

(١) انظر: التهذيب خ ٦/٤ ق ، شرح روض الطالب ٢٦/٤ .

(٢) انظر: الإنصاف ٤٩٥/٩ ، الإقناع ١٨٧/٤ .

(٣) انظر: مختصر الطحاوي ص ٢٣١ ، بدائع الصنائع ٢٩٩/٧ .

(٤) انظر: الإنصاف ٤٩٥/٩ .

(٥) انظر: الإشراف ١٨٤/٢ ، التاج والإكليل ٤٨/٦ .

(٦) انظر: الفروع ٦٦٥/٥ ، المبدع ٢٩٥/٨ .

ويجاب عنه هنا: بأن استواءهم في سبب الاستحقاق مسلم، لكن ما ذكرتموه مما يترتب عليه غير مسلم لأنه تبويض للقصاص - وهو ممتنع - وجمع بين البدل والمبدل في محل واحد - وهذا لم يرد به الشرع ولا نظير له يقاس عليه.

فيلزم تعيين واحد منهم يستوفى منه؛ لأن المحل لا يتسع لغيره فيصار الى القرعة لأنها الطريق الشرعي عند تعيين أحد المستحقين لحق لا يسعهم جميعا كما في قصة الأعد الستة الذين أقرع بينهم النبي ﷺ^(١).

الترجيح:

الراجع هنا - هو القول الأول لقوة دليله في مقابل ضعف أدلة الأقوال الأخرى - والله أعلم.

المسألة الثالثة: في غيبة أحد المجني عليهم.

أما المالكية فإنه لا ينتظر عندهم قدوم الغائب؛ لأنه يقطع بطلبهم أو طلب بعضهم ولا شيء لهم غير ذلك^(٢).

وأما عند غيرهم فقد اختلف في ذلك على قولين :

القول الأول :

إن كان الغائب هو الذي قطعت يده أولا، أو كان الذي خرجت له القرعة - إن كان قد قطعهم جميعا فإنه ينتظر ويحبس القاطع حتى يحضر.

(١) سبق نص الحديث وتخرجه ص : ٧٦٨.

(٢) انظر: ص ٧٢٧ - ٧٢٨.

وبه قال الشافعية في المشهور^(١)، وهو قول الحنابلة^(٢).

القول الثاني :

أن للحاضر القطع وإذا حضر الغائب فله الدية.

وبه قال الحنيفية^(٣)، وهو قول للشافعية^(٤).

الأدلة:

أما أصحاب القول الأول فقد تقدم دليلهم في غيبة أولياء أحد القتلى^(٥).

أدلة القول الثاني :

استدلوا بالأدلة الآتية:

١- ماتقدم^(٦) من ترجيح جانب الحضور.

وقد تقدمت مناقشته.

٢- أن حق الحاضر ثابت بيقين، وحق الآخر متردد لا احتمال أن لا يطلب

(١) انظر: روضة الطالبين ٢١٨/٩ - ٢١٩ ، شرح روض الطالب ٣٦/٤ .

(٢) انظر: المغني ٧ / ٧٠١ ، المبدع ٢٩٥/٨ .

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٢٩٩/٧ - ٣٠٠ ، تكملة البحر الرائق ٣١٤/٨ .

(٤) انظر: روضة الطالبين ٢١٩/٩ .

(٥) انظر: ص ٧٦١ - ٧٦٢ .

(٦) انظر: ص ٧٦٠ - ٧٦١ . عند استدلالهم به في غيبة ولي أحد القتلى .

أو يعفو مجاناً أو صلحاً فلا يترك اليقين للمحتمل.^(١)

ويناقش: بالمتع من ثبوت حق الحاضر وتردد حق الغائب، بل حق الغائب ثابت كثبوت حق الحاضر ومقدم عليه في الاستيفاء لسبقه أو لخروج القرعة، واحتمال عدم الطلب أو الصلح على مال لا يخرج حقه من كونه ثابتاً؛ لأن هذه أمور خارجة عن ثبوت الحق. والدليل على ثبوته - قولهم - إن الحاضر لو عفا ثم قدم الغائب فإن له القطع.

الترجيح:

الراجع - هنا - هو الراجع في غيبة ولي القتل الأول: وهو التفريق بين من يعرف مكانه ووقت عودته فينتظر؛ لأن الحق ثبت له أولاً وهذا قول أصحاب القول الأول، وبين من لا يعرف مكانه ولا وقت عودته فيقطع للحاضر لأنه لا يدري إلى متى ينتظر، وإذا حضر المقطوع الأول فإن طلب القطع فقد حصل وإن طلب الدية أعطي الدية. والله أعلم.

(١) انظر: تكملة البحر الرائق ٨/٣١٤.

المبحث الخامس

فيما يترتب على سقوط الأملاك المشاعة

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: في لزوم الضمان على أصحاب المشاع إذا بلغوا باحتمال السقوط .

المطلب الثاني: في مقدار الضمان عند القائلين به .

المطلب الثالث: في لزوم الضمان إذا لم يبلغوا .

المطلب الأول:

محل الخلاف: إذا كان الملك المشاع - كالحائط - مائلا أو آيلا للسقوط وطولب أحد الشركاء - بإصلاحه أو إزالته - فلم يقم بذلك ولم يبلغ به بقية الشركاء حتى سقط فأتلف نفسا أو مالا .

وقد اختلف في لزوم الضمان على ثلاثة أقوال :-

القول الأول:

أن الضمان يلزم من بلغ دون غيره .

وبه قال الحنيفة^(١)، والمالكية^(٢)، وهو وجه للحنابلة^(٣)، اختاره جماعة،

(١) انظر: تبين الحقائق ١٤٨/٦، مجمع الأنهر ٦٥٩/٢ .

(٢) انظر: تبصرة الحكام لابن فرحون ٣٤٨/٢، المدونة ٤٤٧/٦ .

(٣) انظر: الفروع ٥٢٠/٤، الإنصاف ٢٣٥ - ٢٣٤/٦ .

وقال الموفق والشارح^(١): إن التصريح عليه^(٢).

القول الثاني:

أن الضمان لا يلزم أحدا منهم من بلغ ومن لم يبلغ .

وبه قال الشافعية في الأصح^(٣)، وهو وجه للحنابلة^(٤) اعتمده صاحبها المنتهى والإقناع^(٥) .

القول الثالث:

أنهم يضمنون جميعا .

وهو وجه للشافعية^(٦) .

(١) هو عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الأصل الصالحي الحنبلي شمس الدين أبو محمد وأبو الفرج الملقب بالشارح. الفقيه المحدث الإمام الزاهد سمع من أبيه أبي عمر ومن عمه الموفق ومن غيرهما. توفي سنة ٦٨٢ هـ وكانت ولادته سنة ٥٩٧ هـ. من تصانيفه: «شرح المقنع» و«تسهيل المطلب في تحصيل المذهب». (انظر الذيل على طبقات الحنابلة ٢/٣٠٤، فوات الوفيات ١/٢٦٢، شذرات الذهب ٥/٣٧٦-٣٧٩).

(٢) انظر: المغني ٧/٨٢٩، الشرح ٥/٤٥٢، الإقناع ٢/٣٥٨-٣٥٩ .

(٣) انظر: روضة الطالبين ٩/٣٢١، شرح روض الطالب ٤/٧٢ .

(٤) انظر: المبدع ٥/١٩٧، تصحيح الفروع ٤/٥٢٠-٥٢١. مع ملاحظة أن هذا مذهب الشافعية والحنابلة فيما إذا مال بعد أن كان مستقيما، أما إذا بنوه مائلا فإنهم يضمنون عندهم بلا خلاف. انظر: مراجعهم المتقدمة.

(٥) انظر: المنتهى ١/٥٢٣، الإقناع ٢/٣٥٨ .

(٦) انظر: روضة الطالبين ٩/٣٢١، نهاية المحتاج ٧/٣٣٩-٣٤٠ .

الأدلة:

أدلة القول الثالث:

استدل أصحاب هذا القول: بأنه لما مال إلى الطريق لزمهم إزالته فإذا لم يزيلوه صاروا متعددين بتركه فيضمنون من هلك به^(١).

ويناقدش بالمنع، إذ تضمنين من لم يبلغه ميله جور وظلم، فقد يكون غائباً وقد يكون ميتاً ولم يقسم نصيبه وترك الحائط سليماً، فكيف يضمن والحال كذلك ويساوى مع من علم بالعيب وتركه تفريطاً وتهاوناً حتى أتلّف نفساً أو مالا فهذه مساواة تأبأها قواعد الشريعة.

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية :

١- أن هذا البناء بني في ملكهم، والميل من غير فعلهم فأشبهه إذا وقع من غير ميل^(٢).

ويناقدش بالفرق بين المشبه والمشبه به: إذ إن الواقع من غير ميل لم يحصل فيه تفريط منهم؛ لأنه حائط ظاهره السلامة من العيوب، فإذا وقع فإنه يقع من غير تفريط منهم، فلو جرت المؤاخذة على مآظاهره السلامة -إذا سق- لما انتفع أحد بملكه، خوفاً - من لزوم الضمان - فيما لو سقط، بخلاف الحائط المائل إذا بلغ أهله بميله وما يترتب من الضرر لسقوطه فإن إلزامهم الضمان بسقوطه، إنما هو لتفريطهم بتركه وعدم إصلاحه مع إمكانهم الإصلاح.

(١) انظر: المهذب ٢/٢٤٨ .

(٢) انظر: المرجع السابق، مغني المحتاج ٤/٨٦ .

٢- أن من بلغه ميل الحائط - مثلا - لا يمكنه نقضه بدون إذنه فهو كالعاجز^(١).

ويناقش من وجهين:

أحدهما: المنع، إذ يمكنه إبلاغهم إن كانوا قريبين منه، وإن كانوا بعيدين ولا يمكنه الاتصال بهم فإنه يرفع الأمر إلى القاضي ليأمره بإصلاحه ونقضه فبطل قياسهم على العاجز.

الثاني: لو سلم بصحة القياس، فإن المقيس عليه غير مسلم، إذ العاجز يرفع الأمر إلى القاضي ليتولى أمره حفاظا على أرواح المسلمين وممتلكاتهم.

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بالآتي:

أن المطالب بالنقض ترك النقض مع القدرة عليه؛ لأنه يمكنه أن يخاصم الشركاء ويطالبهم بالنقض إن كانوا حاضرا، وإن كانوا غيبا يمكنه أن يرفع الأمر إلى القاضي حتى يأمره القاضي بالنقض؛ لأن فيه حقا لجماعة المسلمين، والإمام يتولى ذلك لهم، فيأمر الحاضر بنقض نصيبه ونصيب الغائبين، فإذا لم يفعل فقد صار متعديا بترك النقض المستحق فيضمن ما تولد منه^(٢).

(١) انظر: الشرح الكبير مع المغني ٥/٤٥٢، بدائع الصنائع ٧/٢٨٥ .

(٢) انظر المرجعين السابقين، المهذب ٢/٢٤٨ .

الترجيح:

الراجح هو القول الأول لقوة دليله وسلامته من المناقشة في مقابل تفريط أصحاب القول الثاني بعدم التضمين حينما راعوا عجزه - بعدم إذن الباقيين- ولم يراعوا-الحفاظ على أرواح المسلمين وممتلكاتهم مع أن الأمر سهل باستئذانهم ورفع الأمر إلى الحاكم، وهذا العمل لا يكلف شيئاً.

وفي مقابل إفراط أصحاب القول الثالث في المغالاة بتضمين الجميع من علم بالعيب المؤدي إلى هلاك الغير ومن لم يعلم -والله أعلم-.

وينبني على هذا الخلاف - لو طولب جميع الشركاء فلم يقوموا بالإصلاح أو الهدم حتى سقط فأتلف نفساً أو مالا.

المطلب الثاني: في مقدار الضمان عند القائلين به:

اختلف القائلون بلزوم الضمان على من بلغه - ميل الحائط - في القدر الذي يلزمه من هذا الضمان على ثلاثة أقوال :-

القول الأول:

أنه يلزمه من الضمان بقدر حصته من المشاع.

وبه قال أبو حنيفة^(١)، والحنابلة^(٢).

القول الثاني:

أن الضمان على قدر عدد الشركاء، فإذا كان عدد الشركاء ثلاثة -

مثلاً - فإنه يلزمه الثلث - دون نظر إلى قدر ما يملكه.

(١) انظر: بدائع الصنائع ٧/٢٨٤-٢٨٥، تبين الحقائق ٦/١٤٨ .

(٢) انظر: المغني ٧/٨٢٩، الإصناف ٦/٢٣٤-٢٣٥ .

وبه قال المالكية^(١).

القول الثالث :

أنه يلزمه ضمان النصف.

وبه قال أبو يوسف ومحمد بن الحسن من الحنفية^(٢).

الأدلة:

أدلة القول الثالث:

استدل أصحاب هذا القول: بأن أنصباء الشركاء الآخرين لم يجب بها ضمان فكانت كنصيب واحد كمن جرحه رجل وعقره سبع ونهشته حية فمات من ذلك كله إن على الجارح النصف؛ لأن عقر السبع ونهشة الحية لم يجب بهما ضمان، فكانا كالشيء الواحد فكذا هذا^(٣).

ويناقش من وجهين:

أحدهما: منع الأصل المقيس عليه.

الثاني: لو سلم بصحته فإن القياس عليه قياس مع الفارق؛ لأن شريك السبع متعمد للقتل، فإذا ألزم بضمان النصف فإن ذلك يسير في حقه لاستحقاق القصاص بتعمده، أما هنا فلم يتعمد القتل، وإنما فرط في تأخير إزاله الضرر فيضمن مقدار نصيبه لتفريطه، وإلا فالأصل عدم الضمان.

(١) انظر: تبصرة الحكام لابن فرحون ٢/٣٤٨ .

(٢) انظر: تبيين الحقائق ٦/١٤٨، مجمع الأنهر ٢/٦٥٩ .

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٧/٢٨٥ .

وأما أصحاب القول الثاني فلم يذكرُوا دليلاً على ما ذهبوا إليه .

ولعلمهم يستدلون بأن الحائط لما كان ملكاً لهم جميعاً فإنهم يضمنون على السواء لأن أنصبتهم غير متميزة، وإنما لم يضمن من لم يطالب بإزالة الضرر لعدم تفریطه .

ويناقش: بأن الأنصباء وإن كانت غير متميزة إلا أنه مات بثقل الحائط وأملكهم فيه متفاوتة فيلزمه بقدر ملكه .

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول: بأن التلف حصل بثقل الحائط وليس ذلك معنى مختلفاً في نفسه فيضمن بمقدار نصيبه^(١) .

الترجيح :

الراجح فيما يظهر هو القول الأول لقوة استدلالهم وسلامته من المناقشة - في مقابل مناقشة أدلة القولين الثاني والثالث - والله أعلم - .

المطلب الثالث: في لزوم الضمان إذا لم يبلغوا باحتمال السقوط:

إذا مال حائط ملك مشترك ولم يبلغ أصحابه بميله ولا طوبوا بإصلاحه ثم سقط على نفس أو مال فأتلفه فقد اختلف في تضمين أصحابه على قولين:

القول الأول :

أنهم لا يضمنون .

(١) انظر: المرجع السابق .

وبه قال الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، وهو الأصح عند الشافعية^(٣)، وبه قال الحنابلة^(٤).

القول الثاني:

أنهم يضمنون.

وهو وجه للشافعية^(٥).

الأدلة:

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول: بأن الحائط لما مال إلى الطريق لزمهم إزالته فلما لم يزيلوه صاروا متعددين بتركه^(١).

ويناقش: بالمنع من كونهم متعددين بالترك؛ لأن علمهم لا يتحقق إلا بإبلاغهم بخطره ومطالبتهم بإزالته فإذا لم يتحقق العلم، فإن المطالبة تكون منتزعة .

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية :

-
- (١) انظر: تبيين الحقائق ٦/١٤٨، الهداية ٤/١٩٥-١٩٧ .
 - (٢) انظر: المدونة ٦/٤٤٧، تبصرة الحكام لابن فرحون ٢/٣٤٨ .
 - (٣) انظر: روضة الطالبين ٩/٣٢١، شرح روض الطالب ٤/٧٢ .
 - (٤) انظر: الإنصاف ٦/٢٣٤-٢٣٥، الإقناع ٢/٣٥٨-٣٥٩ .
 - (٥) انظر: المهذب ٢/٢٤٨، نهاية المحتاج ٧/٣٣٩-٣٤٠ .
 - (٦) انظر: المهذب ٢/٢٤٨، مغني المحتاج ٤/٨٦ .

١- أنهم بنوه في ملكهم، والميل ليس من فعلهم، فأشبهه ما إذا وقع من غير ميل^(١).

ويناقش: بأن هناك فرقا بين المشبه والمشبه به، إذ المشبه به ظاهره السلامة، وهذا ظاهره العيب لكن إسقاط الضمان عند عدم العلم لانتهاء التفريط فافترقا.

٢- أنه لا تفريط مع عدم المطالبة بالإزالة أو الإصلاح لاحتمال أنهم لم يطلعوا على ميل الحائط أو لم يشعروا بخطورة تركه ونحو ذلك^(٢).

الترجيح:

الذي يظهر أن الراجح هو القول الأول إذا لم يطالبوا ولم يعلموا بأن الحائط مائل، أما إذا كانوا يعلمون بميل الحائط واحتمال سقوطه، فإنه يترجح عندي إلزامهم بالضمان ولا يشترط أن يطالبوا بإصلاحه، إذ لا أثر لهذه المطالبة على من سقط عليه؛ لأن الحائط يسقط - إذا أخروا إصلاحه - سواء طُلبوا بالإصلاح أو لم يطالبوا - فلو طالب زيد بإزالة المائل أو لم يطالب وسقط على بكر فإنه لم يستفد شيئا وبهذا يظهر عدم تأثيرها.

لكن المؤثر علمهم بأن الحائط مائل، إذ مع عدم العلم ينتفي التفريط لأن عهدهم به سليم من العيوب فكان كما لو سقط من غير ميل، من حيث عدم وجود التفريط. والله أعلم.

(١) انظر: المهذب ٢/٢٤٨ .

(٢) انظر: الشرح الكبير ٥/٤٥٢ .

فهرس الموضوعات

رقم الصفحة	الموضوع
٥	تقديم لمعالي مدير الجامعة
٧	المقدمة
٢٣	التمهيد: تعريف المشاع وأسباب الشيع
٢٥	المبحث الأول: تعريف المشاع
٣١	المبحث الثاني: أسباب الشيع
٣٣	الباب الأول: آثار الشيع في العبادات
٣٥	الفصل الأول: آثاره في الطهارة والصلاة
٣٧	المبحث الأول: ملكية الشركاء ماء لا يكفي إلا الطهارة أحدهم
٤٥	المبحث الثاني: ملكية العراة لثوب واحد لا يستر إلا أحدهم
٤٥	المطلب الأول: أن يمكنهم الصلاة به قبل خروج الوقت
٤٥	المطلب الثاني: أن لا يمكنهم الصلاة به جميعا قبل خروج الوقت
٤٩	الفصل الثاني: آثار الشيع في الزكاة
٥١	المبحث الأول: في أثر الشيع في زكاة الأموال
٥١	المطلب الأول: المقصود بالخلطة
٥٤	المطلب الثاني: أثر خلطة الأعيان المشاعة في زكاة السائمة
٥٤	المسألة الأولى: أثر هذه الخلطة من حيث قدر الواجب

رقم الصفحة	الموضوع
٦٤	المسألة الثانية: اشتراط ملك النصاب لكل واحد من الخليطين
٦٩	المسألة الثالثة: في تأثير الخلطة في أثناء الحول
٧٤	المسألة الرابعة: اجتماع المختلط والمنفرد في ملك واحد
٧٧	المسألة الخامسة: تعدد الخليط
٨١	المطلب الثالث: أثر الشيوع في زكاة غير السائمة
٨٢	المسألة الأولى: التأثير وعدمه
٩٠	المسألة الثانية: مجالات التأثير، ومجالات عدم التأثير
٩١	المبحث الثاني: أثر الشيوع في زكاة الفطر عن الرقيق المشاع
٩١	المطلب الأول: وجوب الزكاة عن الرقيق المشاع
٩٩	المطلب الثاني: مقدار الواجب عند القائلين به
١٠٧	الفصل الثالث: حكم الشيوع في الهدى والأضحية
١٠٩	المبحث الأول: حكم الاشتراك في الهدى والأضحية
١٢٣	المبحث الثاني: العدد الذي يجزئ عنه الجزور والبقرة
١٣٩	المبحث الثالث: اشتراك اثنين في نسكين على الشيوع

رقم الصفحة	الموضوع
١٤١	الباب الثاني: آثار الشيوخ في العقود
١٤٣	الفصل الأول: آثاره في عقود المعاملات
١٤٥	المبحث الأول: آثاره في البيع
١٤٥	المطلب الأول: بيع المشاع كاملاً
١٤٥	المسألة الأولى: حكم بيع نصيبه إذا باع المشاع كاملاً
١٥٢	المسألة الثانية: ثبوت الخيار للمشتري
١٥٦	المسألة الثالثة: حكم بيع نصيب شريكه
١٨٠	المطلب الثاني: بيع جزء من المشاع
	بيع أحد الشريكين نصيبه من شقة من عمارة ذات شقق
١٨٢	من غير إذن شريكه
١٨٦	المطلب الثالث: استثناء جزء شائع
١٨٧	المطلب الرابع: مسائل متفرقة في بيع المشاع
١٨٧	المسألة الأولى: بيع سلعتين لاثنتين على وجه الشيوخ
١٨٨	المسألة الثانية: بيع جزء مشاع من الثمرة قبل بدو الصلاح

رقم الصفحة	الموضوع
١٩٠	المطلب الخامس: في ضمان نصيب الشريك إذا سلم البائع الجميع للمشتري
١٩٥	المبحث الثاني: آثاره في القبض
١٩٥	المطلب الأول: إمكان قبض المشاع
١٩٧	المطلب الثاني: كيفية قبضه
٢٠٣	المبحث الثالث: آثاره في القرض
٢٠٥	المبحث الرابع: آثاره في الرهن
٢٠٥	المطلب الأول: حكم رهن المشاع
٢١٧	المطلب الثاني: رهن جزء من المشاع
٢١٧	رهن أحد الشريكين - في عمارة ذات شقق - نصيبه من شقة معينة
٢٢٢	المطلب الثالث: فيما يترتب على توفية أحد الراهنين ما عليه
٢٢٥	المطلب الرابع: فيما يترتب على توفية الراهن لأحد المرتهنين
٢٢٩	المبحث الخامس: آثاره في الصلح
٢٢٩	المطلب الأول: في الصلح عن المشاع
٢٣٤	المطلب الثاني: في الصلح بالمشاع
٢٣٤	المسألة الأولى: الصلح عن العين بجزء من غيرها

رقم الصفحة	الموضوع
٢٣٦	المسألة الثانية: الصلح عن العين بجزء منها
٢٣٨	المطلب الثالث: الصلح عن الشفعة بالمشاع
٢٣٨	المسألة الأولى: حكم هذا الصلح
	المسألة الثانية: حكم سقوط الشفعة عند القائلين بعدم صحة
٢٤٤	هذا الصلح
٢٤٦	المبحث السادس: آثاره في الشركات
٢٤٦	المطلب الأول: اشتراط الشيوع في ربح الشركة
٢٤٦	المسألة الأولى: مدى اشتراط الشيوع
٢٤٨	المسألة الثانية: ما يترتب على اشتراط معين غير شائع
٢٥٠	المطلب الثاني: مدى اشتراط التفاضل في الجزء المشاع من الربح
٢٥٠	المسألة الأولى: شركة المضاربة
٢٥٢	المسألة الثانية: شركة العنان
٢٥٨	المسألة الثالثة: شركة الأبدان
٢٦١	المسألة الرابعة: شركة المفاوضة
٢٦٣	المسألة الخامسة: شركة الوجوه
٢٦٦	المطلب الثالث: في التساوي في الجزء المشاع من الخسارة

رقم الصفحة	الموضوع
٢٦٩	المبحث السابع: آثاره في المزارعة والمساقاة والمغارسة
٢٧١	المطلب الأول: آثاره في المزارعة
٢٧١	المسألة الأولى: حكم المزارعة بجزء شائع
٣٠٣	المسألة الثانية: ما يترتب على اشتراط معين غير شائع
٣٠٨	المسألة الثالثة: مزارعة أحد الشريكين شريكه
٣١٠	المسألة الرابعة: الزرع في الأرض المشاعة
٣١٠	الأمر الأول: زرع أحد الشريكين مقدار حصته من الأرض المشاعة
٣١٦	الأمر الثاني: زرع أحد الشريكين جمع الأرض المشاعة
٣٢٣	المطلب الثاني: آثاره في المساقاة
٣٢٣	المسألة الأولى: حكم المساقاة بالجزء الشائع
٣٢٧	المسألة الثانية: ما يترتب على اشتراط معين شائع
٣٣٠	المسألة الثالثة: مساقاة المشاع
٣٣٠	الفرع الأولى: مساقاة الشريكين للمشاع
٣٣١	الفرع الثاني: مساقاة أحد الشريكين شريكه
٣٣٣	الفرع الثالث: مساقاة أحد الشريكين في نصيبه أجنبيا
٣٣٦	المسألة الرابعة: اختلاف الجزء المأخوذ عند تعدد الحوائط
٣٣٦	الفرع الأولى: إذا تعدد العقد

رقم الصفحة	الموضوع
٣٣٦	الفرع الثاني: إذا كان العقد صفقة واحدة
٣٣٩	المسألة الخامسة: اختلاف الجزء المأخوذ باختلاف أصناف التمر
٣٣٩	الفرع الأول: إذا تعدد العقد
٣٤٠	الفرع الثاني: إذا كان العقد صفقة واحدة
٣٤٣	المطلب الثالث: آثاره في المغارسة
٣٤٣	المسألة الأولى: حكم المغارسة بجزء شائع
٣٤٣	الفرع الأول: إذا كان للعامل نصيب من الأرض
٣٤٦	الفرع الثاني: إذا لم يكن له نصيب منها
٣٤٩	المسألة الثانية: الغرس في الأرض المشاعة
٣٤٩	الفرع الأول: غرس الشريك في الأرض المشاعة بإذن شريكه
	الفرع الثاني: غرس الشريك في الأرض المشاعة من غير
٣٥٠	إذن شريكه
٣٥٣	المبحث الثامن: آثاره في الإجارة
٣٥٣	المطلب الأول: إجارة المشاع بين الشركاء
٣٥٣	المسألة الأولى: إجارة الشريكين للمشاع
٣٥٤	المسألة الثانية: إجارة أحد الشريكين نصيبه لشريكه

رقم الصفحة	الموضوع
٣٥٤	المسألة الثالثة: إجارة أحد الشريكين نصيبه لأجنبي
٣٦٢	المسألة الرابعة: إجارة أحد الشريكين لجميع المشاع
٣٦٣	المطلب الثاني: إجارة جزء مشاع من الملك
٣٦٧	المطلب الثالث: الإجارة بجزء مشاع من المؤجر عليه « الإنتاج »
٣٦٧	المطلب الرابع: إجارة الأرض بجزء مشاع مما يخرج منها
٣٨٣	المبحث التاسع: آثاره في العارية
٣٨٣	المطلب الأول: إجارة جزء شائع من ملكه
٣٨٣	المطلب الثاني: إجارة الشريكين للمشاع
٣٨٤	المطلب الثالث: إجارة أحد الشركاء لنصيبه من المشاع
٣٨٤	المطلب الرابع: إجارة أحد الشركاء لجميع المشاع
٣٨٥	المبحث العاشر: آثاره في الغصب
٣٨٥	المطلب الأول: ما يترتب على غصب نصيب أحد الشركاء
٣٩٠	المطلب الثاني: ما يترتب على شيوع المفسوب في مال الغاصب
٣٩٤	المطلب الثالث: رد بعض المفسوب المشاع أو الصلح عنه
٣٩٧	المبحث الحادي عشر: آثاره في الشفعة
٣٩٨	المطلب الأول: ما تثبت فيه الشفعة

رقم الصفحة	الموضوع
٣٩٨	المسألة الأولى: الشفعة في العقار المشاع الذي يمكن قسمته
٤٠٠	المسألة الثانية: الشفعة في العقار المشاع الذي لا يمكن قسمته
٤١٣	المسألة الثالثة: الشفعة في البناء والغرس تبعا للأرض
٤١٥	المسألة الرابعة: الشفعة في الزرع والثمرة الظاهرة تبعا للأرض
٤١٩	المسألة الخامسة: الشفعة في غير العقار من المنقولات وغيرها
٤٣٢	المطلب الثاني: الشفعة بالشركة في المرافق الخاصة «حقوق الارتفاق»
٤٤٨	المطلب الثالث: الشفعة في الشقص المنتقل بعوض
٤٤٩	المسألة الأولى: الشفعة في الشقص المنتقل بعوض مالي
٤٥٠	المسألة الثانية: الشفعة في الشقص المنتقل بعوض غير مالي
٤٥٧	المطلب الرابع: الشفعة في الشقص المنتقل بغير عوض
٤٦٣	المطلب الخامس: الشفعة في الصفقة إذا جمعت بين عقار ومنقول
	المطلب السادس: أخذ الشفيع بالشفعة نصيب أحد البائعين
٤٦٣	أو أحد المشتريين
٤٦٣	المسألة الأولى: أخذه نصيب أحد البائعين
٤٦٧	المسألة الثانية: أخذه نصيب أحد المشتريين
٤٧١	المطلب السابع: أخذ الشفيع بعض الشقص المبيع

رقم الصفحة	الموضوع
٤٧٣	المطلب الثامن: أخذ الشفيع أحد العقارين
٤٧٣	المسألة الأولى: إذا كانا شريكين في العقارين
٤٧٧	المسألة الثانية: إذا كانا شريكين في أحد العقارين
٤٧٩	المطلب التاسع: كيفية استحقاق الشفعة عند تعدد الشفاء
٤٨٦	المطلب العاشر: ترك أحد الشفاء للشفعة
٤٨٨	المطلب الحادي عشر: وقت المطالبة بالشفعة
٥٠٣	المبحث الثاني عشر: آثاره في الوديعة
٥٠٣	المطلب الأول: إيداع الشريكين للمشاع
٥٠٣	المطلب الثاني: إيداع أحد الشريكين للمشاع
٥٠٣	المطلب الثالث: طلب أحد المودعين تسليم نصيبه
٥٠٩	الفصل الثاني: آثار الشيوخ في عقود التبرعات
٥١١	المبحث الأول: آثاره في الهبة والصدقة
٥١١	المطلب الأول: هبة المشاع
٥١١	المسألة الأولى: هبة أحد الشريكين لنصيبه من المشاع
٥٣٥	المسألة الثانية: هبة أحد الشريكين لجميع المشاع
٥٣٥	المطلب الثاني: الصدقة بالمشاع

رقم الصفحة	الموضوع
٥٣٧	المبحث الثاني: آثاره في الوقف
٥٣٧	المطلب الأول: وقف المشاع
٥٣٧	المسألة الأولى: وقف أحد الشركاء لنصيبه من المشاع
٥٤٩	المسألة الثانية: وقف أحد الشركاء لجميع المشاع
٥٥٠	فرع: وقف المشاع مسجداً أو مقبرة
٥٥١	المطلب الثاني: طلب القسمة في وقف المشاع
٥٥١	المسألة الأولى: إذا كان الموقوف جزءاً من مشاع مشترك
٥٥٢	المسألة الثانية: إذا كان الموقوف جزءاً مشاعاً من ملك شخص
٥٥٢	المطلب الثالث: كيفية الانتفاع بالوقف الموقوف على جماعة
٥٥٢	على جهة الإشاعة
٥٦١	المبحث الثالث: آثاره في الوصية
٥٦١	المطلب الأول: الوصية بالمشاع
٥٦٣	المطلب الثاني: الرجوع في الوصية بالمشاع لمن أجازته من الورثة وهو يظنه قليلاً فبان بخلافه
٥٦٥	المطلب الثالث: مدى اشتراك الشيوع في الموصى به
٥٦٦	المطلب الرابع: الوصية بالمنفعة الشائعة

رقم الصفحة	الموضوع
٥٦٧	المبحث الرابع: آثاره في العتق
٥٦٩	المطلب الأول: عتق أحد الشريكين لنصيبه
٥٩٥	المطلب الثاني: عتق بعض عبده
٦٠١	المطلب الثالث: في ملك الشريكين لرفيق ذي رحم محرم لأحدهما
٦٠٧	المبحث الخامس: آثاره في الكتابة
٦٠٧	المطلب الأول: مكاتبة الشريكين للعبد
٦٠٧	المسألة الأولى: مكاتبة الشريكين للعبد مع التساوي في القدر ونحوه
٦٠٨	المسألة الثانية: مكاتبة الشريكين للعبد مع الاختلاف في القدر ونحوه
٦١١	المطلب الثاني: مكاتبة أحد الشريكين لنصيبه
٦١١	المسألة الأولى: حكم هذه المكاتبة
٦١٦	المسألة الثانية: ما يترتب على هذه المكاتبة
٦٢١	المطلب الثالث: مكاتبة جزء شائع من العبد
٦٢٥	المبحث السادس: آثاره في التدبير
٦٢٥	المطلب الأول: تدبير أحد الشريكين لنصيبه
٦٢٥	المسألة الأولى: ما يترتب على هذا التدبير من حين دبر نصيبه
٦٣٢	المسألة الثانية: ما يترتب على هذا التدبير بعد موت المدير
٦٣٣	المطلب الثاني: تدبير الشخص لجزء من عبده

رقم الصفحة	الموضوع
٦٣٩	الفصل الثالث: آثار الشيوخ في عقد النكاح وحله
٦٤١	المبحث الأول: عقد نكاح الجارية المملوكة على الشيوخ
٦٤٥	المبحث الثاني: الصداق بالمشاع والخلع به
٦٤٧	الفصل الرابع: آثار الشيوخ في الدين
٦٤٩	المبحث الأول: قبض أحد الشريكين نصيبه من الدين المشترك
٦٤٩	المطلب الأول: قبضه من غير إذن شريكه
٦٥٨	المطلب الثاني: قبضه بإذن شريكه
٦٦٥	المبحث الثاني: تلف النصيب المقبوض أو التصرف فيه
٦٦٥	المطلب الأول: تلف النصيب
٦٦٧	المطلب الثاني: التصرف فيه
٦٦٩	المبحث الثالث: تصرف أحد الشريكين بنصيبه قبل قبضه
٦٦٩	المطلب الأول: إبرائه الغريم منه
٦٦٩	المطلب الثاني: حكم الشراء به من الغريم
٦٧٢	المطلب الثالث: حكم الصلح عنه ودخول شريكه معه
٦٧٦	المطلب الرابع: حكم تأجيله
٦٨٥	المبحث الرابع: قسمة الدين بين الشركاء

رقم الصفحة	الموضوع
٦٨٥	المطلب الأول: قسمة الدين إذا كان في ذمة واحدة
٦٨٨	المطلب الثاني: قسمة الدين إذا كان في ذمم متعددة
٦٩٣	الباب الثالث: آثار الشيوخ في الجنات والحدود والدعاوى
٦٩٥	الفصل الأول: آثاره في الجنائيات
٦٩٧	المبحث الأول: ما يترتب على قتل العبد المشاع
٦٩٩	المبحث الثاني: ما يترتب على عفو بعض الأولياء
٦٩٩	المطلب الأول: عفوهِ والقتل ليس غيلة
٧١٠	فرع: فيمن يستحق العفو
٧١٩	المطلب الثاني: عفوهِ والقتل غيلة
	المبحث الثالث: ما يترتب على غيبة أحد الأولياء أو صغره
٧٣٥	أو جنونه
٧٣٥	المطلب الأول: غيبته
٧٣٦	المطلب الثاني: صغره أو جنونه
	المبحث الرابع: ما يترتب على قتل الواحد للجماعة أو جنائيه
٧٤٩	عليهم بما دون النفس
٧٤٩	المطلب الأول: قتله لهم

رقم الصفحة	الموضوع
	المسألة الأولى: إذا تراضى أولياؤهم على قتله جميعا أو اختار
٧٤٩	أحدهم الدية
٧٥٤	المسألة الثانية: إذا تشاحوا على قتله
٧٥٩	المسألة الثالثة: غيبة ولي أحد القتلى
٧٦٢	المطلب الثاني: في جنايته عليهم بما دون النفس
٧٦٢	المسألة الأولى: إذا تراضوا على القطع أو أراد أحدهم الدية
٧٦٢	المسألة الثانية: إذا تشاحوا عليه
٧٦٨	المسألة الثالثة: غيبة أحدهم
٧٧١	المبحث الخامس: ما يترتب على سقوط الأملاك المشاعة
	المطلب الأول: لزوم الضمان على أصحاب المشاع إذا بلغوا
٩٧١	باحتمال السقوط
٧٧٥	المطلب الثاني: مقدار الضمان عند القائلين به
٧٧٧	المطلب الثالث: الخلاف في لزوم الضمان إذا لم يبلغوا