

## الباب الثاني: البيوع.

وفيه أربعة فصول:

الفصل الأول: في الخيار وما نهي عنه من بيع الغرر.

الفصل الثاني: الربا والتصرية واختلاف المتبايعين.

الفصل الثالث: في الرهن، والتفليس، والحجر، والصلح،

والحوالة، والشركة، والضمان، والوكالة، والوديعة،

والغصب، والشفعة، والإجارة، وإحياء الموات،

والوقف، والهبة، واللقطة.

الفصل الرابع: الفرائض والوصايا.



## الفصل الأول: في الخيار وما نهي عنه من بيع الغرر.

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: الخيار.

المبحث الثاني: في بيع الغرر.





المبحث الأول: الخيار. وفيه أربعة مطالب:

[٦١] المطلب الأول: ما يحصل به الفرق.

قال أبو سعيد الإصطخري: إذا كان المتبايعان في صحراء، أو في سوق، يشترط أن يبعد عن صاحبه، بحيث لو كلمه على العادة من غير رفع الصوت لم يسمع كلامه<sup>(١)</sup>.

وبهذا قطع الشيخ أبو إسحاق الشيرازي<sup>(٢)</sup>، والقاضي أبو الطيب، وصححه في المجرد<sup>(٣)</sup>، وأبو محمد<sup>(٤)</sup> البغوي<sup>(٥)</sup>. وهو قول عند الحنابلة<sup>(٦)</sup>.

القول الثاني: إذا ولّى أحدهما ظهره ومشى قليلاً حصل الفرق. وهو المذهب عند الشافعية<sup>(٧)</sup>.<sup>(٨)</sup>. وبه قال الحنابلة في قول آخر<sup>(٩)</sup>.<sup>(١٠)</sup>.

(١) انظر: البيان ١٩/٥، العزيز ١٧٨/٤، روضة الطالبين ٤٣٨/٣، المجموع ٢١٤/٩.

(٢) انظر: المهذب ١١/٣، المجموع ٢١٤/٩.

(٣) انظر: المجموع ٢١٤/٩.

(٤) البغوي: أبو محمد، الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي، الإمام الحافظ، محيي السنة. تفقه على القاضي الحسين. ومن تصانيفه: "شرح السنة" و"المصاييح"، و"التهذيب"، والتفسير المسمى بـ"معالم التنزيل". وكان ديناً ورعاً قانعاً باليسير. توفي في مرو الروذ في شوال سنة ٥١٦ هـ ودفن عند شيخه. انظر: طبقات الشافعية الكبرى ٧٥/٧، طبقات الشافعية للإسنوي ١٠١/١، طبقات الشافعية لابن قاضي شعبة ٢٨٨/١.

(٥) انظر: التهذيب ٣٠٧/٣.

(٦) وهذا القول جزم به في الكافي، والنظم (نظم الوجيز). انظر: الكافي لابن قدامة ٦٧/٢، المغني ١٢/٦، الشرح الكبير ٢٧٧/١١، الإنصاف ٢٧٣/١١، المبدع ٦٤/٤، الإقناع للحجاوي ١٩٩/٢.

(٧) انظر: الحاوي ٤٤/٥، البيان ١٩/٥، العزيز ١٧٨/٤، روضة الطالبين ٤٣٨/٣، المجموع ٢١٤/٩.

(٨) وحكى القاضي أبو الطيب والرويانى وجهها: أنه يكفي أن يوليه ظهره. انظر: المجموع ٢١٤/٩.

(٩) هذا القول جزم به ابن عقيل، وقدمه في المغني والشرح الكبير. انظر: المغني ١٢/٦، الشرح الكبير ٢٧٧/١١، الإنصاف ٢٧٣/١١، المبدع ٦٤/٤.

(١٠) هذه المسألة ليست من فروع الحنفية والمالكية؛ لأنه لا يثبت خيار المجلس عندهم. انظر: بدائع الصنائع ٤٧٣/٤، فتح القدير ٢٥٧/٦، الاختيار ٥/٢، الإشراف ٥٢٢/٢، القوانين الفقهية ص ٢٠٤، مواهب الجليل ٣٠٢/٦.

### حجة القول الأول:

(١) عن ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي ﷺ قال: ((إن المتبايعين بالخيار في بيعهما ما لم يتفرقا، أو يكون البيع خياراً)). وقال نافع<sup>(١)</sup>: وكان ابن عمر إذا اشترى شيئاً يعجبه فارق صاحبه) رواه البخاري<sup>(٢)</sup>. وفي رواية مسلم: (قال نافع: فكان إذا بايع رجلاً فأراد أن لا يقيله، قام فمشى هنيئاً<sup>(٣)</sup>، ثم رجع إليه)<sup>(٤)</sup>.

وجه الدلالة: أن ابن عمر رضي الله عنهما عمل بهذا الحديث وطبقه بفعله حيث كان إذا اشترى شيئاً مشى أذرعاً ليجب البيع ثم يرجع، وتفسير الراوي مقدم على تفسير غيره<sup>(٥)</sup>.  
(٢) أن التفرق في الشرع ورد مطلقاً، فوجب أن يحمل على التفرق المعهود، وذلك يحصل بالتفرق بأبدانهم، بحيث إذا كلمه على العادة لم يسمع كلامه<sup>(٦)</sup>.

### حجة القول الثاني:

قال نافع: (كان ابن عمر رضي الله عنهما إذا ابتاع شيئاً وأراد أن يوجب البيع، قام ومشى قليلاً). وجه الدلالة من فعل ابن عمر رضي الله عنهما: أنه إذا قام ومشى قليلاً فقد افترقا، وإذا حصل التفرق سقط خيار المجلس.

الراجح في هذه المسألة أن ذلك موكول إلى العرف؛ لأن الشرع لم يحدده، فكل ما عدّ في العرف تفرقاً حكم به وما لا فلا<sup>(٧)</sup>، والله تعالى أعلم بالصواب.

(١) هو: نافع، أبو عبد الله المدني، مولى ابن عمر، ثقة ثبت فقيه مشهور، كثير الحديث، قال البخاري: أصح الأسانيد: مالك عن نافع عن ابن عمر. مات سنة سبع عشرة ومائة أو بعد ذلك. انظر: تذكرة الحفاظ ٩٩/١، تقريب التهذيب ص ٩٩٦، طبقات الحفاظ ص ٤٧.

(٢) صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب كم يجوز الخيار؟ ص ٤١٦ رقم (٢١٠٧).

(٣) هنية: أي قليلاً من الزمان، وهو تصغير هنة، ويقال: هنيئة، أيضاً. انظر: النهاية ٩١٦/٢.

(٤) صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين، ٩٤١/٣ رقم (١٥٣١).

(٥) انظر: المهذب ١١/٣، النجم الوهاج ١٠٩/٤.

(٦) انظر: المهذب ١١/٣.

(٧) انظر: فتح الباري ٣٨٦/٤، نيل الأوطار ص ١٥٠٦.

## [٦٢] المطلب الثاني: حكم خيار المجلس.

يرى أبو سعيد الإصطخري أن خيار المجلس ثابت للمتبايعين<sup>(١)</sup>.

وهو المذهب عند الشافعية<sup>(٢)</sup>. وبه قال الحنابلة<sup>(٣)</sup>.<sup>(٤)</sup>.

(١) انظر: المجموع ٢٢٣/٩.

(٢) انظر: المهذب ١١/٣، التهذيب ٢٩٠/٣، البيان ١٦/٥، العزيز ١٦٩/٤، روضة الطالبين ٤٣٣/٣.

(٣) انظر: المغني ١٠/٦، المقنع والشرح الكبير والإنصاف ٢٦٣/١١.

(٤) القول الثاني: خيار المجلس غير ثابت. وهو قول الحنفية. انظر: بدائع الصنائع ٤٧٣/٤، لسان الحكام ص ٣٥١، فتح القدير ٢٥٧/٦، رد المختار ٣٣/٥.

والمالكية. انظر: الإشراف ٥٢٢/٢، القوانين الفقهية ص ٢٠٤، حاشية الدسوقي ١٤١/٣.

حجتهم: (١) قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ [النساء، من الآية: ٢٩] هذه الآية أباحت أكل المال بالتجارة عن تراض، مطلقاً عن قيد التفريق عن مكان العقد، ويترتب عليه جواز الأكل في المجلس قبل التفريق أو التخيير. انظر: بدائع الصنائع ٤٧٣/٤، رد المختار ٣٤/٥.

(٢) قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة، من الآية: ١] هذا عقد قبل التخيير، وإذا لم يقع العقد لازماً لم يتحقق وجوب الوفاء به، وذلك خلاف مقتضى الآية. انظر: أحكام القرآن للحصاص ١٣٣/٣، رد المختار ٣٤/٥.

(٣) عن ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي ﷺ: ((من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يقبضه)) [رواه البخاري، كتاب البيوع، باب ما يذكر في بيع الطعام والحكرة ص ٤٢١ رقم (٢١٣٣)، ومسلم، كتاب البيوع، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض ٩٣٨/٣ رقم (١٥٢٥). دلّ الحديث على أنه لا تقييد بالتفريق، فلو كان قيداً لذكره، كما ذكر قيد الاستيفاء في بيع الطعام. انظر: أحكام القرآن للحصاص ١٣٦/٣.

(٤) قول النبي ﷺ: ((لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيبة من نفسه)) [أخرجه الدارقطني، كتاب البيوع ٦٠٥/٢ رقم (٢٨٤٩)، وابن الجوزي في التحقيق، مسائل الغصب، ٣٢٨/٦ رقم (١٨٣٦)، وصححه الألباني في الإرواء ٢٧٩/٥ رقم (١٤٥٩)، وفي ١٨٠/٦ رقم (١٧٦١). انظر: التلخيص الحبير ١٠١/٣. وجه الدلالة: أحل له المال بطيبة من نفسه وقد وجد ذلك بعقد البيع، فوجب بمقتضى الخبر أن يحل له. انظر: أحكام القرآن للحصاص ١٣٦/٣.

(٥) قياس البيع ونحوه من المعاملات المالية في هذا على التّكاح، والخلع، والعنق على مال، والكتابة، وكلّ منها عقد معاوضة يتمّ بلا خيار المجلس، بمجرد اللفظ الدالّ على الرضا، فكذلك البيع. انظر: الإشراف ٥٢٢/٢.

### حجتهم:

(١) عن ابن عمر رضي الله عنه عن رسول الله ﷺ أنه قال: ((إذا تباع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا، وكانا جميعا، أو يخير أحدهما الآخر فتبايعا على ذلك، فقد وجب البيع، وإن تفرقا بعد أن يتبايعا ولم يترك واحد منهما البيع، فقد وجب البيع)) متفق عليه<sup>(١)</sup>.

(٢) عن ابن عمر رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: ((المتبايعان، كل واحد منهما بالخيار على صاحبه، ما لم يتفرقا، إلا بيع الخيار)) متفق عليه<sup>(٢)</sup>.

وجه الاستدلال: إثبات خيار المجلس من الشرع لكل واحد من المتبايعين بعد انعقاد البيع حتى يتفرقا من ذلك المجلس بأبداهما<sup>(٣)</sup>.

(٣) حاجة الناس الداعية إلى مشروعيتها؛ لأن الإنسان بعد أن يبيع شيئا قد يبدو له فيندم، فبالخيار الثابت له في المجلس يمكنه التدارك<sup>(٤)</sup>.



(٦) أن خيار المجلس خيار بمجهول، فإن مدة المجلس مجهولة، فأشبه ما لو شرطا خياراً مجهولاً، وهذه جهالة فاحشة ممنوعة في الشرع. انظر: الإشراف ٥٢٢/٢.

(٧) أن البيع صدر من العاقلين مطلقاً عن شرط، والعقد المطلق يقتضي ثبوت الملك في العوضين في الحال، فالفسخ من أحد العاقلين يكون تصرفاً في العقد الثابت بتراضييهما، أو تصرفاً في حكمه بالرفع والإبطال من غير رضا الآخر وهذا لا يجوز، كما لم تجز الإقالة أو الفسخ من أحدهما بعد الافتراق. انظر: بدائع الصنائع ٤٧٣/٤.

(١) صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب إذا خير أحدهما صاحبه بعد البيع فقد وجب البيع، ص ٤١٧ رقم (٢١١٢)، صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين ٩٤١/٣ رقم (١٥٣١).

(٢) صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، ص ٤١٧ رقم (٢١١١)، صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين ٩٤١/٣ رقم (١٥٣١).

قال ابن عبد البر في الاستذكار ٤٧٣/٦: "وأجمع العلماء من أهل الفقه بالحديث أن قوله ﷺ: "البيعان بالخيار ما لم يتفرقا" من أثبت ما يروى عن النبي ﷺ من أخبار الأحاد العدول، لا يختلفون في ذلك، وإنما اختلفوا في القول به، وادعاء النسخ فيه، وتخريج معانيه. وقد اختلف الحفاظ في ألفاظه... وروى عن النبي ﷺ أنه قال: ((المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا)) من وجوه كثيرة: من حديث سمرة بن جندب، وأبي برزة الأسلمي، وعبد الله بن عمرو بن العاص، وأبي هريرة، وحكيم بن حزام".

(٣) انظر: شرح صحيح مسلم ١٧٣/١٠، فتح الباري ٣٨٦/٤.

وقد فصل بعض العلماء القول في الكلام على حديث خيار المجلس، والرد على من ترك العمل به. منهم الحفاظ أبو عمر ابن عبد البر في الاستذكار ٤٧١/٦-٤٧٩، والتمهيد ٨/١٤ وما بعدها، والإمام النووي في المجموع ٢٢١/٩-٢٢٣، والحافظ ابن حجر في الفتح ٣٨٦/٤-٣٩٠، والشوكاني في نيل الأوطار ص ١٠٥٥-١٠٥٨.

(٤) انظر: رؤوس المسائل ٦٧٢/٢.

### [٦٣] المطلب الثالث: خيار المجلس في الإجارة<sup>(١)</sup>.

قال أبو سعيد الإصطخري: يثبت خيار المجلس في الإجارة<sup>(٢)</sup>.

وهو الأصح عند أبي إسحاق الشيرازي<sup>(٣)</sup>، وشيخه أبي القاسم<sup>(٤)</sup> الكرخي<sup>(٥)</sup>، وبه قال ابن القاص<sup>(٦)</sup>. وهو الصحيح من مذهب الحنابلة<sup>(٧)</sup>.

### القول الثاني: لا يثبت خيار المجلس في الإجارة.

وهو الأصح عند إمام الحرمين<sup>(٨)</sup>، والبغوي<sup>(٩)</sup>، والجمهور<sup>(١٠)</sup>، وبه قال ابن خيران<sup>(١١)</sup>، وأبو إسحاق المروزي<sup>(١٢)</sup>.

(١) قال القفال وطائفة: الخلاف في إجارة العين، أما الإجارة على الذمة فيثبت فيها قطعاً كالسلم. انظر: العزيز ١٧٣/٤، المجموع ٢١٠/٩.

(٢) انظر: العزيز ١٧٣/٤، روضة الطالبين ٤٣٥/٣، المجموع ٢١٠/٩.

(٣) انظر: المهذب ٥٣٣/٣، روضة الطالبين ٤٣٥/٣، المجموع ٢١٠/٩.

(٤) الكرخي: منصور بن عمر بن علي، أبو القاسم الكرخي، البغدادي. قال الشيخ أبو إسحاق: هو شيخنا، تفقه على الشيخ أبي حامد. وصنف في المذهب كتاب "الغنية"، ودرس ببغداد. ومات في جمادى الآخرة سنة سبع وأربعين وأربعمائة. انظر: طبقات الفقهاء للشيرازي ص ١٢٧، طبقات الفقهاء الشافعيين ٣٦٣/١، طبقات الشافعية للإسنوي ١٧٦/٢، طبقات الشافعية لابن قاضي شعبة ٢٣٦/١.

(٥) انظر: روضة الطالبين ٤٣٥/٣، المجموع ٢١٠/٩.

(٦) انظر: التلخيص ص ٢٩٣، العزيز ١٧٣/٤، المجموع ٢١٠/٩.

(٧) انظر: المغني ٤٨/٦، المقنع والشرح الكبير والإنصاف ٢٦٣، ٢٦٨/١١، المبدع ٦٤/٤، الشرح الممتع (م. آسام) ٢٧١/٨.

(٨) انظر: روضة الطالبين ٤٣٥/٣، المجموع ٢١٠/٩.

(٩) انظر: التهذيب ٢٩٤/٣، المجموع ٢١٠/٩.

(١٠) انظر: العزيز ١٧٣/٤، روضة الطالبين ٤٣٥/٣، المجموع ٢١٠/٩، مغني المحتاج ٤٢/٢.

(١١) انظر: العزيز ١٧٣/٤، المجموع ٢١٠/٩.

(١٢) انظر: العزيز ١٧٣/٤، المجموع ٢١٠/٩.

### حجة القول الأول:

- (١) أنها معاوضة لازمة كالبيع، بل هي ضرب من البيع<sup>(١)</sup>.
- (٢) أن الإجارة بيع منافع، فجاز فيها خيار المجلس<sup>(٢)</sup>.
- (٣) أنه قدر يسير، ولكل واحد منهما إسقاطه<sup>(٣)</sup>.

### حجة القول الثاني:

أن عقد الإجارة مشتمل على الغرر؛ لأنه عقد على معدوم، جوز رفقاً بالناس، والخيار غرر، فلا يضم غرر إلى غرر<sup>(٤)</sup>.

الراجح يثبت خيار المجلس في الإجارة؛ لأنها بيع منافع فجاز فيه خيار المجلس، والله تعالى أعلم بالصواب.

(١) انظر: العزيز ١٧٣/٤.

(٢) انظر: الشرح الممتع (م. آسام) ٢٧١/١١.

(٣) انظر: المهذب ٥٣٣/٣.

(٤) انظر: التهذيب ٢٩٤/٣، العزيز ١٧٣/٤.

## [٦٤] المطلب الرابع: حكم التصرف في المبيع في مدة الخيار.

إذا تصرف المشتري في المبيع تصرفاً يفتقر إلى الملك كالعق، والوطء، والهبة، والبيع، وما أشبهها.

قال أبو سعيد الإصطخري: الجميع اختيار للإمضاء<sup>(١)</sup>.

وهو الصحيح من المذهب<sup>(٢)</sup>.<sup>(٣)</sup>

وبه قال جمهور العلماء، الحنفية<sup>(٤)</sup>، والمالكية<sup>(٥)</sup>، والحنابلة<sup>(٦)</sup>.

### حجتهم:

(١) أن الجميع يفتقر إلى الملك فكان الجميع اختياراً للملك، كالعق<sup>(٧)</sup>.

(٢) أن الجميع اختيار للفسخ في حق البائع، فكذلك في حق المشتري<sup>(٨)</sup>.

(١) انظر: المهذب ١٦/٣، حلية العلماء ٥١٥/٢، العزيز ٢٠٣/٤، المجموع ٢٤٣/٩.

(٢) انظر: الحاوي ٥٦/٥، المهذب ١٦/٣، التهذيب ٣١٢/٣، البيان ٣٦/٥، العزيز ٢٠٣/٤، المجموع ٢٤٣/٩.

(٣) الوجه الثاني: قال أبو إسحاق المروزي: إن كان ذلك عتقاً، كان اختياراً للإمضاء. وإن كان غيره لم يكن اختياراً؛ لأن العتق لو وجد قبل العلم بالعيب منع الرد، فأسقط خيار المجلس، وخيار الشرط وما سواه، لو وجد قبل العلم بالعيب لم يمنع الرد، فلم يسقط خيار المجلس، وخيار الشرط. انظر: المهذب ١٦/٣، البيان ٣٦/٥، العزيز ٢٠٣/٤، المجموع ٢٤٣/٩.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٥٣٦/٤، الاختيار ١٤/٢، فتح القدير ٣١٣/٦.

(٥) انظر: القوانين الفقهية ص ٢٠٤، التاج والإكليل ومواهب الجليل ٣١٧/٦، حاشية الدسوقي ١٥٢/٣.

(٦) انظر: المغني ١٨/٦، المقنع والشرح الكبير والإنصاف ٣١٦/١١-٣١٩، الشرح الممتع (م. آسام) ٢٩٤/٨.

(٧) انظر: المهذب ١٦/٣، البيان ٣٦/٥.

(٨) انظر: المهذب ١٦/٣.

المبحث الثاني: في بيع الغرر. وفيه خمسة مطالب:

[٦٥] المطلب الأول: بيع العين الغائبة مع تقدم الرؤية.

يرى أبو سعيد الإصطخري أنه إذا كان البائع والمشتري قد شاهدا السلعة ثم غابت عنهما، وعقدا البيع عليهما. وهي مما لا يتغير غالباً، كالأراضي، والأواني، والحديد، والنحاس، ونحوها، أو كان لا يتغير في المدة المتخللة بين الرؤية والشراء، فلن البيع جائز<sup>(١)</sup>.

وهو المذهب عند الشافعية<sup>(٢)</sup>.<sup>(٣)</sup>

وبه قال جمهور العلماء، الحنفية<sup>(٤)</sup>، والمالكية<sup>(٥)</sup>، والحنابلة<sup>(٦)</sup>.

حجتهم:

- (١) أنه قد رآه من قبل وعلمه، والأصل بقاؤه على ما رآه<sup>(٧)</sup>.
- (٢) أنه عقد معاوضة فلم يبطله عدم رؤية المعقود عليه، كالنكاح<sup>(٨)</sup>.
- (٣) أن الرؤية إنما أريدت ليصير المبيع معلوماً، ولا يكون مجهولاً، وهذا المعنى موجود في الرؤية المتقدمة على العقد، كوجوده في الرؤية المقترنة بالعقد، وتخالف الشهادة على النكاح؛ لأنها تراد ليثبت الفراش بالعقد، فلم يجوز أن يتقدم على العقد<sup>(٩)</sup>.

(١) انظر: الحاوي ٢٥/٥، العزيز ٥٤/٤.

(٢) انظر: الحاوي ٢٥/٥، المهذب ٣٦/٣، التهذيب ٢٨٨/٣، البيان ٨٥/٥، العزيز ٥٥/٤، روضة الطالبين ٣٦٩/٣، المجموع ٣٥٨/٩.

(٣) قال أبو القاسم الأنماطي: إن البيع باطل، حتى تكون الرؤية مقارنة للعقد؛ لأن الرؤية لما كانت شرطاً في بيع الأعيان، وجب أن تقترن بالعقد، كالصفة في بيع السلم، وكالشهادة في النكاح. انظر: الحاوي ٢٥/٥-٢٦، المهذب ٣٦/٣، البيان ٨٥/٥، العزيز ٥٥/٤.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٣٦٥/٤، الاختيار ٥/٢، فتح القدير ٣٣٥/٦.

(٥) انظر: الإشراف ٥٢٢/٢، القوانين الفقهية ص ١٩٢، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٣٦/٣.

(٦) انظر: المغني ٣٥/٦، المقنع والشرح الكبير والإنصاف ١١/١٠٠.

(٧) انظر: التهذيب ٢٨٨/٣.

(٨) انظر: الإشراف ٥٢٢/٢.

(٩) انظر: الحاوي ٢٦/٥، المهذب ٣٦/٣، البيان ٨٥/٥.



## [٦٦] المطلب الثاني: بيع الباقلاء في قشره.

يجوز بيع الباقلاء في القشر الأسفل بلا خلاف، وسواء كان أخضر أو يابساً. وأما بيعه في قشره الأعلى والأسفل - فإن كان يابساً - لم يجز على قولنا بمنع بيع الغائب، فإن جوزناه جاز، هكذا صرح به إمام الحرمين والبعوي والجمهور<sup>(١)</sup>. وإن كان رطباً ففيه وجهان مشهوران:

### قال أبو سعيد الإصطخري: يجوز بيع الباقلاء في قشره<sup>(٢)</sup>.

وبه قال ابن القاص<sup>(٣)</sup>، وهو الأصح عند الإمامين: إمام الحرمين والغزالي<sup>(٤)</sup>. وهو قول الحنفية<sup>(٥)</sup>، والمالكية<sup>(٦)</sup>، والحنابلة<sup>(٧)</sup>.

## القول الثاني: لا يجوز بيع الباقلاء في قشره.

وهو المنصوص في الأم<sup>(٨)</sup>، وهذا هو الأصح عند البعوي<sup>(٩)</sup>، وآخرين<sup>(١٠)</sup>، وقطع به الشيرازي في التنبيه<sup>(١١)</sup>.

(١) انظر: المجموع ٣٧٠/٩.

(٢) انظر: الحاوي ١٩٨/٥، المهذب ٣٨/٣، حلية العلماء ٥٢٦/٢، العزيز ٣٥٣/٤، المجموع ٣٧٠/٩، النجم الوهاج ٢٠٨/٤، المعاني البديعة ٤٤٧/١، مجموع الفتاوى ٣١/٢٩.

(٣) انظر: التلخيص ص ٣١٥، العزيز ٣٥٣/٤.

(٤) انظر: الوسيط ١٨٥/٣، الحاوي ١٩٨/٥، روضة الطالبين ٥٥٨/٣، المجموع ٣٧٠/٩.

(٥) انظر: فتح القدير ٢٩٣/٦، رد المختار ٦٨/٥.

(٦) انظر: الإشراف ٥٢١/٢، التاج والإكليل ١١٥/٦.

(٧) انظر: المغني ١٦١/٦، المقنع والشرح الكبير والإنصاف ١٣٠/١١.

(٨) انظر: الأم ١٠٥/٤.

(٩) انظر: التهذيب ٣٨٦/٣.

(١٠) انظر: الحاوي ١٩٨/٥، روضة الطالبين ٥٥٩/٣، المجموع ٣٧٠/٩.

(١١) انظر: التنبيه ص ٩٣.

### حجة القول الأول:

(١) عن عبد الله بن عمر رضي الله عنه: ((أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها. نهى البائع والمبتاع)) متفق عليه<sup>(١)</sup>. وفي رواية مسلم: ((وعن السنبل حتى يبيض، ويأمن العاهة))<sup>(٢)</sup>.

وجه الدلالة: مفهوم الحديث إباحة بيع الثمار إذا بدا صلاحها، وبيض سنبلها<sup>(٣)</sup>.  
(٢) أنه مستور بحائل من أصل خلقته، فجاز بيعه كالرمان، والبيض، والقشر الأسفل<sup>(٤)</sup>.

(٣) يجوز بيعه في قشريه اعتباراً بكمال نفعه، واستطابة أكله، وتعلق الصلاح به من حيث إنه يصون القشرة السفلى ويحفظ رطوبة اللب<sup>(٥)</sup>.

(٤) أنه يباع في أسواق المسلمين من غير نكير، فكان ذلك إجماعاً<sup>(٦)</sup>.

### حجة القول الثاني:

(١) عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: ((نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحصة، وعن بيع الغر)) رواه مسلم<sup>(٧)</sup>. وجه الدلالة: أن النبي ﷺ نهى عن بيع الغر، وفي بيعه مستوراً بقشرة ليست من مصلحته غرر؛ لأنه يمنع من معرفة جيده ورديئه<sup>(٨)</sup>.

(١) صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها، ص ٤٣٠ رقم (٢١٩٤)، صحيح

مسلم، كتاب البيوع، باب النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها بغير شرط القطع ٩٤٣/٣ رقم (١٥٣٤).

(٢) صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها بغير شرط القطع ٩٤٣/٣ رقم (١٥٣٥).

(٣) انظر: المغني ١٦٢/٦.

(٤) المصدر نفسه.

(٥) انظر: الحاوي ١٩٨/٥، العزيز ٣٥٣/٤.

(٦) انظر: المهذب ٣٨/٣، المغني ١٦٢/٦.

(٧) صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب بطلان بيع الحصة، والبيع الذي فيه غرر ٩٣٢/٣ رقم (١٥١٣).

(٨) انظر: الحاوي ١٩٨/٦.

- (٢) أن المقصود مستور بما لا يدخر عليه، ولا مصلحة له فيه على العادة، فلم يجز بيعه، كتراب الصاغة والمعادن، وبيع الحيوان المذبوح في جلده<sup>(١)</sup>.
- (٣) أن الحب قد يكون صغاراً، وقد يكون كباراً، وقد يكون في بيوته ما لا شيء فيه، وقد يكون فيه حب متغير، وذلك غرر من غير حاجة، فلم يجز<sup>(٢)</sup>.

### المناقشة والترحيح:

أجاب أصحاب القول الثاني عن حجة القول الأول بأن ما منع من مشاهدته، وليس من مصلحته، فلا فرق فيه بين أن يكون من أصل خلخته أو من غير خلخته في بطلان البيع به، كلحم الشاة المذبوحة في جلدها، والحنطة في تبنيها<sup>(٣)</sup>.

وأجاب الجمهور عن حجة القول الثاني بأجوبة، منها:

أما قولهم: إن هذا مجهول. فليس الأمر كذلك؛ فإن هذه الأعيان تعرف، كما يعرف غيرها من المبيعات التي يستدل برؤية بعضها على جميعها<sup>(٤)</sup>.

وأما قولهم: إن هذا من بيع الغرر الذي نهي عنه رسول الله ﷺ. فليس الأمر كذلك لوجهين: أحدهما: أن المشتري يعلمون ذلك، كما يعلمون كثيراً من المبيعات المتفق على جواز بيعها، بل علمهم بذلك أقوى من علمهم بكثير منها.

والثاني: أنه لو فرض أن في ذلك جهلاً، فالشريعة استقرت على ما يحتاج إلى بيعه مع الغرر؛ ولهذا أذن النبي ﷺ في بيع الثمار بعد بدو صلاحها مبقاة إلى كمال الصلاح. ثم إنه بعد ذلك أمر بوضع الجوائح<sup>(٥)</sup> إذا أصابتها<sup>(٦)</sup>.

(١) انظر: البيان ٨٩/٥، المغني ١٦٢/٦.

(٢) انظر: المهذب ٣٨/٣.

(٣) انظر: الحاوي ١٩٨/٦.

(٤) انظر: مجموع الفتاوى ٢٢٦/٢٩.

(٥) الجائحة: الشدة والنازلة العظيمة التي تحتاج المال من سنة أو فتنة، قال الشافعي: الجوائح كل ما أذهب الثمر أو بعضها من أمر سماوي بغير جناية آدمي. انظر: المصباح المنير ص ٦٣، لسان العرب ٤٣١/٢.

(٦) انظر: مجموع الفتاوى ٤٩١/٢٩.

وأما قولهم: إنه ليس من مصلحته، فلا يصح؛ لأنه لا قوام له في شجره إلا به، والبقلاء يؤكل رطباً وقشره يحفظ رطوبته<sup>(١)</sup>.

وبهذا يتبين أن الراجح هو القول بالجواز.

قال شيخ الإسلام ابن تيمية: "وهو الذي عليه العمل من عهد النبي ﷺ وأصحابه والتابعين في جميع الأعصار والأمصار. وقد ((نهى النبي ﷺ عن بيع الحب حتى يشتد، وعن بيع العنب حتى يسود))<sup>(٢)</sup>. فدل ذلك على جواز بيع الحب بعد اشتداده، وإن كان في سنبله"<sup>(٣)</sup>. والله تعالى أعلم بالصواب.

(١) انظر: المغني ١٦٢/٦.

(٢) رواه أبو داود، كتاب البيوع والإجازات، باب في بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها، ٦٦٨/٣ رقم (٣٣٧١) عن أنس رضي الله عنه، والترمذي، كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها ٥٣٠/٣ رقم (١٢٢٨)، وابن ماجه، كتاب التجارات، باب النهي عن بيع الثمار قبل أن تبدو صلاحها ٧٤٧/٢ رقم (٢٢١٧)، وصححه الألباني في صحيح سنن أبي داود ٢٥٣/٣.

(٣) مجموع الفتاوى ٢٢٦/٢٩.

### [٦٧] المطلب الثالث: البيع لاثنتين في صفقة واحدة بثمن واحد.

إذا كان لرجل عبدان فباع أحدهما من رجل، والآخر من رجل آخر، في صفقة واحدة بثمن واحد.

قال أبو سعيد الإصطخري: يبطل البيع<sup>(١)</sup>.  
وهو الأصح في المذهب عند الشافعية<sup>(٢)</sup>.<sup>(٣)</sup>.

حجتهم:

- (١) أن البيع يفسد بفساد العوض<sup>(٤)</sup>.
- (٢) أن كل ما يخص كل واحد من الثمن مجهول<sup>(٥)</sup>.

---

(١) انظر: الحاوي ١٨/١٥٨، المذهب ٣/٤٤، بحر المذهب ١٤/١٣٧، البيان ٥/١١٢.

(٢) انظر: التهذيب ٣/٤٩٩، العزيز ٤/١٤٥، المجموع ٩/٤١٠، تصحيح التنبيه ١/٢٨٧.

(٣) القول الثاني في المذهب: صح البيع. انظر: العزيز ٤/١٤٥، روضة الطالبين ٣/٤٢٤.  
وبهذا قال الحنابلة. انظر: المغني ٦/٣٣٨، الشرح الكبير والإنصاف ١١/١٥٨، كشف القناع ٣/١٧٧.

(٤) انظر: المذهب ٣/٤٤، البيان ٥/١١٢.

(٥) انظر: التهذيب ٣/٤٩٩.

[٦٨] المطلب الرابع: بيع الراوند<sup>(١)</sup>.

قال أبو سعيد الإصطخري: لا يجوز بيع الراوند<sup>(٢)</sup>.

القول الثاني: يجوز بيع الراوند.

وهو المذهب عند الشافعية<sup>(٣)</sup>.

حجة القول الأول:

أنه كان يستعمل في النبيذ، فيمنع من بيعه.

حجة القول الثاني:

أن فيه منفعة، وهو أن يستعمل في الأدوية، وإن كان يستعمل في النبيذ<sup>(٤)</sup>.

والقول الثاني هو الراجح؛ لأن الشريعة الإسلامية أباحت التداوي، وطلب العلاج، والأخذ بالأسباب، والراوند من الأدوية النافعة - بإذن الله تعالى - كما يقول الأطباء من خلال تجربتهم. والله تعالى أعلم بالصواب.

---

(١) الراوند: أصل نبت أسود قريب إلى الحمرة، لا رائحة له، رخو إلى الخفة، وأقواها فعلاً ما كان منه غير مسوس، وكانت له لزوجة وقبض ضعيف، وإذا مضغ كانت في لونه صفرة وشيء من لون الزعفران. وهو أصناف: منها صيني، ومنها زنجي، ومنها تركي، ومنها شامي، وأجودها صيني. وله قوة مركبة من برد وحر، إذا شرب نفع من الريح وضعف المعدة، ووهن العضل، وورم الطحال، ووجع الكبد، وغيرها. انظر: المعتمد في الأدوية المفردة ص ١٨١، وتنقيح مفردات ابن البيطار العشاب ص ١٦٨.

(٢) انظر: البيان ٤٠٨/٥.

(٣) انظر: المصدر نفسه.

(٤) انظر: المصدر نفسه.

## [٦٩] المطلب الخامس: حكم المعاملة بالفضة الممزوجة بالنحاس في الأعيان.

قال أبو سعيد الإصطخري: تجوز المعاملة بالفضة الممزوجة بالنحاس في الأعيان، لا في

الذمة<sup>(١)</sup>.

وبه قال أبو علي ابن أبي هريرة<sup>(٢)</sup>، وهو الأصح في المذهب<sup>(٣)</sup>.<sup>(٤)</sup>

وبهذا قال الحنفية<sup>(٥)</sup>، والمالكية في قول<sup>(٦)</sup>، والحنابلة<sup>(٧)</sup>.

### حجتهم:

(١) قياس جواز معاملتها على جواز بيع الحنطة المختلطة بالشعير إذا شوهدت، وإن جهل قدر كيل كل واحد منهما<sup>(٨)</sup>.

(٢) قياس جواز معاملتها على جواز بيع المعجونات إذا شوهدت<sup>(٩)</sup>.

(٣) أن المقصود رواجها ولا يضر اختلاطها بالنحاس<sup>(١٠)</sup>.

(١) انظر: الحاوي ٢٦٠/٣، المجموع ٤٩٧/٥.

(٢) انظر: الحاوي ٢٦٠/٣، المجموع ٤٩٧/٥، روضة الطالبين ٢٥٨/٢، مغني المحتاج ٣٩٠/١.

(٣) انظر: الحاوي ٢٦٠/٣، التهذيب ٣٥٦/٣، البيان ١٧٧/٥، العزيز ٩١/٣، المجموع ٤٩٧/٥.

(٤) القول الثاني: لا تجوز المعاملة بما. وهو وجه عند الشافعية. حجتهم: لما فيها من الجهل بمقصودها، كتراب

المعادن. انظر: الحاوي ٢٦٠/٣، التهذيب ٣٥٦/٣، المجموع ٤٩٧/٥.

وبه قال المالكية في قول. انظر: عقد الجواهر ٦٤٨/٢.

والحنابلة في قول. انظر: المغني ١١٠/٦، كشف القناع ٢٧١/٣.

(٥) انظر: بدائع الصنائع ٤٢٣/٤، رد المختار ٥٣٢/٧.

(٦) انظر: عقد الجواهر ٦٤٨/٢، مواهب الجليل ١٩٢/٦.

(٧) انظر: المغني ١١٠/٦، كشف القناع ٢٧١/٣.

(٨) انظر: الحاوي ٢٦٠/٣، المجموع ٤٩٧/٥.

(٩) انظر: المصدرين نفسه.

(١٠) انظر: العزيز ٩١/٣.

٤) أنه ليس فيه أكثر من اشتماله على جنسين لا غرر فيهما، فلا يمنع من بيعهما كما لو كانا متميزين<sup>(١)</sup>.

٥) أن هذا مستفيض في الأعصار، جارٍ بينهم من غير نكير<sup>(٢)</sup>.

٦) أن في تحريمه مشقة وضراً، وليس شراؤه بها غشاً للمسلمين، ولا تغيراً بهم، والمقصود منها ظاهر مرئي معلوم<sup>(٣)</sup>.

---

(١) انظر: المغني ٦/١١١.

(٢) انظر: المصدر نفسه.

(٣) انظر: المصدر نفسه.



## الفصل الثاني: الربا والتصرية واختلاف المتبايعين.

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: الربا.

المبحث الثاني: بيع المصرة.

المبحث الثالث: في اختلاف المتبايعين.



## المبحث الأول: الربا. وفيه مطلبان:

[٧٠] المطلب الأول: بيع الرطب على رؤوس النخل بالرطب على الأرض.

قال أبو سعيد الإصطخري: لا يجوز بيع الرطب على النخل، برطب على النخل خرساً<sup>١</sup> فيهما، أو برطب على الأرض كيلاً فيه<sup>(١)</sup>.

وهو الأصح في المذهب عند الشافعية<sup>(٢)</sup>.<sup>(٣)</sup>

وبهذا قال بعض المالكية<sup>(٤)</sup>، والحنابلة في قول<sup>(٥)</sup>.

(١) انظر: المذهب ٧٨/٣، البيان ٢٠٨/٥، حلية العلماء ٥٤١/٢، العزيز ٣٥٧/٤، روضة الطالبين ٥٦١/٣، المجموع ٣٥٨/١٠.

(٢) انظر: الحاوي ٢١٦/٥، المذهب ٧٨/٣، التهذيب ٤٠٣/٣، البيان ٢٠٨/٥، العزيز ٣٥٧/٤، روضة الطالبين ٥٦١/٣، المجموع ٣٥٨/١٠.

(٣) الوجه الثاني: يجوز، وهو قول أبي علي ابن خيران، لما روى زيد بن ثابت رضي الله عنه: ((أن رسول الله ﷺ رخص بعد ذلك في بيع العرايا، بالرطب أو بالتمر، ولم يرخص في غيره)). [رواه البخاري، كتاب البيوع، باب بيع المزانة، وهي بيع التمر بالتمر وبيع الزبيب بالكرم، ص ٤٢٩، رقم (٢١٨٤)، ومسلم، كتاب البيوع، باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا، ٩٤٥/٣ رقم (١٥٣٩)]. وجه الدلالة: أن الحديث لم يفرق بينهما. وبه قال الحنفية. انظر: بدائع الصنائع ٤٠٨/٤، الاختيار ٣٣/٢.

والمالكية. انظر: المعونة ١١/٢، عقد الجواهر ٦٦١/٢، مواهب الجليل ٢١٥/٦.

والحنابلة في المذهب. انظر: الشرح الكبير والإنصاف ٥٨/١٢.

والوجه الثالث: وهو قول أبي إسحاق، أنه إن كان نوعاً واحداً لم يجز؛ لأنه لا حاجة إليه؛ لأن مثل ما يبتاعه عنده. وإن كان نوعين جاز؛ لأنه قد يشتهي كل واحد منهما النوع الذي عند صاحبه، فيكون كمن عنده تمر ولا رطب عنده. انظر: المذهب ٧٨/٣، البيان ٢٠٨/٥، العزيز ٣٥٨/٤، روضة الطالبين ٥٦١/٣، فتح الباري ٤٥١/٤.

(٤) وهو قول ابن الماجشون. انظر: المعونة ١١/٢، عقد الجواهر ٦٦١/٢، مواهب الجليل ٢١٥/٦.

(٥) وهو رواية عن أحمد، اختارها ابن شهاب وأبو حفص العكبري. انظر: المغني ٦٨/٦، ١٢٥/٦، الشرح الكبير ٥٨/١٢، ٧٠/١٢، الإنصاف ٥٩/١٢.

### حجتهم:

- (١) عن سهل بن أبي حثمة<sup>(١)</sup> : ((أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الثمر بالتمر، ورخص في العرية<sup>(٢)</sup> أن تباع بخرصها يأكلها أهلها رطباً)) رواه البخاري<sup>(٣)</sup>.
- وجه الدلالة: أن الحديث بين أنه يجوز بيع الرطب بالتمر خاصة؛ لأنه إذا باع الرطب بالتمر دخل الخرص في أحد العوضين، فيقل الغرر<sup>(٤)</sup>.
- (٢) أن الخرص غرر، وقد وردت الرخصة في جوازه في أحد العوضين، فلو جوزنا في الرطب بالرطب، لجوزناه في العوضين، وذلك غرر كثير زائد على ما وردت فيه الرخصة، فلم يجز كشرط الخيار فيما زاد على ثلاثة أيام<sup>(٥)</sup>.
- (٣) وجود الرطب يغني عن بيعه برطب على رؤوس النخل؛ لأنه لا حاجة فيه<sup>(٦)</sup>.

(١) هو: سهل بن أبي حثمة بن ساعدة بن عامر الأنصاري، الخزرجي، المدني، صحابي صغير، ولد سنة ثلاث من الهجرة، وله أحاديث. مات في خلافة معاوية. انظر: الإصابة ٨٦/٢، تهذيب التهذيب ٢٤٨/٤، تقريب التهذيب ص ٤١٨.

(٢) العرية: جمعها العرايا، عريّة فعيلة بمعنى مفعولة، وهي النخلة يهديها صاحبها رجلاً محتاجاً، فيجعل له ثمرتها عامها فيعروها، أي يأتيها. سميت بذلك؛ لأنها عريت عن حكم باقي البستان. وفي الشرع: بيع الرطب في رؤوس النخل خرصاً يمثله من التمر كيلاً. انظر: النظم ٢٤٤/١، تحرير ألفاظ التنبيه ص ١٨٠، المطلع ص ٢٨٨.

(٣) صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب بيع الثمر على رؤوس النخل بالذهب أو الفضة، ص ٤٢٩، رقم (٢١٩١). قال الحافظ ابن حجر في فتح الباري ٤/٤٤٩: "التمر، المراد به الرطب خاصة".

(٤) انظر: البيان ٢٠٩/٥.

(٥) انظر: المهذب ٧٨/٣، البيان ٢٠٩/٥.

(٦) انظر: الحاوي ٢١٦/٥.

## [٧١] المطلب الثاني: بيع اللحم بجنسه.

قال أبو سعيد الإصطخري: يجوز بيع اللحم بجنسه قبل نزع العظم<sup>(١)</sup>.

اختاره البغوي من الشافعية<sup>(٢)</sup>.

وهو قول المالكية<sup>(٣)</sup>، ورواية عن أحمد<sup>(٤)</sup>، ومقتضى قول الحنفية<sup>(٥)</sup>.

القول الثاني: لا يجوز بيع اللحم بجنسه قبل نزع العظم.

وهو الأصح في المذهب عند الأكثرين<sup>(٦)</sup>. وبهذا قال الحنابلة<sup>(٧)</sup>.

## حجة القول الأول:

(١) قياس بيع اللحم بجنسه قبل نزع العظم على بيع التمر بالتمر، وفيهما النوى<sup>(٨)</sup>.

(٢) أن العظم تابع للحم بأصل الخلقة، فلم يشترط نزعها، كالنوى في التمر<sup>(٩)</sup>.

(١) انظر: المذهب ٩٠/٣، بحر المذهب ١٥٩/٦، المجموع ٤٨٤/١٠.

(٢) انظر: التهذيب ٣٦٣/٣.

(٣) انظر: المنتقى ٣٦٨/٦، التاج والإكليل ٢٠٥/٦، ومواهب الجليل ٢٠٦/٦.

(٤) اختاره ابن قدامة. انظر: المغني ٨٦/٦، الإنصاف ٤٤/١٢، المبدا ١٣٩/٤.

(٥) عند الحنفية: يجوز بيع اللحم بالحيوان. انظر: بدائع الصنائع ٤١١/٤، الاختيار ٣٣/٢، فتح القدير ٢٥/٧.

(٦) انظر: الحاوي ١٥٦/٥، المذهب ٩٠/٣، حلية العلماء ٥٤٥/٢، بحر المذهب ١٥٩/٦، البيان ٢٠٣/٥، العزيز

٩٤/٤، روضة الطالبين ٣٩١/٣، المجموع ٤٨٤/١٠.

(٧) على الصحيح من المذهب. انظر: المغني ٨٦/٦، الإنصاف ٤٣/١٢، المبدا ١٣٩/٤، الفروع ١١٦/٤.

(٨) انظر: المذهب ٩٠/٣، البيان ٢٠٣/٥.

(٩) انظر: المغني ٨٦/٦.

## حجة القول الثاني:

قياس بيع اللحم بجنسه على بيع العسل بالعسل الذي فيهما شمع، بعضه ببعض<sup>(١)</sup>.

## المناقشة والترحيح:

أجاب أصحاب القول الثاني عن القياس على بيع التمر بالتمر مع النوى: بأن بقاء النوى في التمر فيه مصلحة له، وليس في ترك العظم في اللحم مصلحة له<sup>(٢)</sup>. وأجاب أصحاب القول الأول عن القياس على بيع العسل بالعسل مع الشمع: بأن بيع اللحم بالعظم فارق العسل، من حيث إن العظم من أصل الخلقة، واختلاط الشمع بالعسل من فعل النحل، لا من أصل الخلقة<sup>(٣)</sup>. والراجح هو القول بالجواز؛ لأن بقاء العظم في اللحم لمصلحته، وهو من أصل خلقاته، وقد يقصد من شراء اللحم بعظمه رغبة فيه. وبيع اللحم باللحم لم يأت نهي عنه أصلاً في الشرع، لا أثر صحيح ولا سقيم<sup>(٤)</sup>. والله تعالى أعلم بالصواب.

(١) انظر: المهذب ٩٠/٣، البيان ٢٠٣/٥.

(٢) انظر: الحاوي ١٥٦/٥، المهذب ٩٠/٣، التهذيب ٣٦٣/٣.

(٣) انظر: المغني ٨٦/٦.

(٤) انظر: المحلى ٥١٥/٨.

المبحث الثاني: بيع المصرة<sup>(١)</sup>. وفيه مطلبان:

[٧٢] المطلب الأول: رد المصرة ومعها صاع من غالب قوت بلده.

قال أبو سعيد الإصطخري: ردها ومعها صاع من غالب قوت بلده<sup>(٢)</sup>.

وبه قال أبو العباس ابن سريج<sup>(٣)</sup>. وهو قول المالكية<sup>(٤)</sup>، وبعض الحنابلة، منهم شيخ الإسلام ابن تيمية<sup>(٥)</sup>، وابن القيم<sup>(٦)</sup>.

القول الثاني: أن يردّها ومعها صاع من تمر، ولا يجوز أن يعدل إلى غيره من قوت البلد.

وبه قال أبو إسحاق المروزي<sup>(٧)</sup>، وهو الأصح في المذهب<sup>(٨)</sup>.  
وهو قول الحنابلة<sup>(٩)</sup>.

---

(١) المصرة: من التصرية. قال أهل اللغة: هي ناقة أو بقرة أو شاة أو نحوها يربط أحلافها ولا تحلب أياما، فيجتمع في ضرعها لبن كثير، فيتوهم المشتري أن هذا اللبن عادتها كل يوم فيشتريها. وهذا الفعل حرام. يقال: صرى يصري تصرية فهي مصرة، مثل غذى المرأة يغذيها تغذية فهي مغذاة. وأصل التصرية: الجمع. ومنه قولهم: صريت الماء أي جمعته. انظر: النظم ٢٤٩/١، تحرير ألفاظ التنبيه ص ١٨٣.

(٢) انظر: الحاوي ٣٤١/٥، بحر المذهب ٢٢٨/٦، العزيز ٢٣١/٤، المجموع ٢٣٤/١١.

(٣) انظر: المهذب ١٠٩/٣، حلية العلماء ٥٥٣/٢، بحر المذهب ٢٢٦/٦، التهذيب ٤٢٧/٣، البيان ٢٧٠/٥، العزيز ٢٣١/٤، المجموع ٢٣٤/١١.

(٤) انظر: الكافي لابن عبد البر ص ٣٤٦، التاج والإكليل ٣٤٩/٦، حاشية الدسوقي ١٧٩/٣.

(٥) انظر: الإنصاف ٣٥٢/١١.

(٦) انظر: إعلام الموقعين ١٤/٣.

(٧) انظر: الحاوي ٣٤١/٥، المهذب ١٠٩/٣، حلية العلماء ٥٥٣/٢، بحر المذهب ٢٢٧/٦، التهذيب ٤٢٧/٣، البيان ٢٧٠/٥، العزيز ٢٣٠/٤.

(٨) انظر: روضة الطالبين ٤٦٧/٣، المجموع ٢٤١/١١.

(٩) انظر: المغني ٢١٧/٦، المقنع والشرح الكبير والإنصاف ٣٥١/١١.

القول الثالث: أن يرد معها صاعاً من أي الأقوات المزكاة: تمرّاً أو زبيباً أو شعيراً.  
وبه قال أبو علي ابن أبي هريرة<sup>(١)</sup>.<sup>(٢)</sup>

### حجة القول الأول:

(١) عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ: ((لا تُصَرّوا الإبل والغنم، فمن ابتاعها بعد، فإنه بخير النظرين بعد أن يحتلبها، إن شاء أمسك، وإن شاء ردها وصاع تمرٍ)) رواه البخاري ومسلم<sup>(٣)</sup>.

(٢) عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: ((من اشترى شاة مصراة فهو بالخيار ثلاثة أيام. فإن ردها رد معها صاعاً من طعام، لا سمراء<sup>(٤)</sup>)). رواه مسلم<sup>(٥)</sup>.

(٣) روي عن عبد الله بن عمر رضي الله عنه أنه قال: قال رسول الله ﷺ: ((من ابتاع محفلة فهو بالخيار ثلاثة أيام، فإن ردها، ردّ معها مثل أو مثلي لبنها قمحاً))<sup>(٦)</sup>.

وجه الدلالة من الأحاديث: أن الحديث ورد بألفاظ: ((ورد معها صاعاً من طعام)). وفي بعضها: ((وردّ معها مثل أو مثلي لبنها قمحاً))، فيجمع بين الأحاديث، وأن تنصيصه

(١) انظر: الحاوي ٣٤١/٥، العزيز ٢٣١/٤. ونقل السبكي عن المحاملي والبندنجي: أن قول ابن أبي هريرة مثل القول الأول. انظر: المجموع ٢٣٤/١١.

(٢) هذه المسألة ليست من فروع الحنفية؛ لأن عندهم لا يرد بعبء التصرية، ولا يجب رد صاع من التمر. وقال أبو يوسف يرد قيمة اللبن؛ لأنه ضمان متلف، فكان مقدراً بقيمته كسائر المتلفات. انظر: المبسوط ٣٨/١٣، رد المختار ١٦٠/٥.

(٣) صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب النهي للبائع أن لا يخفل الإبل والبقر والغنم وكل محفلة، ص ٤٢٣، رقم (٢١٤٨) واللفظ له، صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب حكم بيع المصراة، ٩٣٧/٣ رقم (١٥٢٤).

(٤) السمراء: الحنطة. النهاية ٨٠٤/١.

(٥) صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب حكم بيع المصراة، ٩٣٧/٣ رقم (١٥٢٤).

(٦) رواه أبو داود، كتاب البيوع والإجازات، باب من اشترى مصراة فكرهها، ٧٢٧/٣، رقم (٣٤٤٦)، وابن ماجه، كتاب التجارات، باب بيع المصراة، ٧٥٣/٢ رقم (٢٢٤٠). قال الحافظ في الفتح ٤٢٦/٤: "في إسناده ضعف"، وضعفه الشيخ الألباني في ضعيف سنن أبي داود ص ٣٤٥.



على التمر؛ لأنه غالب قوت البلد في المدينة. ونص على القمح؛ لأنه غالب قوت بلد آخر، كما في زكاة الفطر<sup>(١)</sup>.

(٤) عن عبد الرحمن بن أبي ليلى<sup>(٢)</sup> عن رجل من الصحابة قال: قال رسول الله ﷺ: وفيه: ((إن ردّها، رد معها صاعاً من طعام، أو صاعاً من تمر)) رواه أحمد<sup>(٣)</sup>.  
وجه الدلالة: أن ظاهر الحديث يقتضى التخيير بين التمر والطعام، وأن الطعام غير التمر<sup>(٤)</sup>.

### حجة القول الثاني:

(١) عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ: ((لا تُصَرّوا الإبل والغنم، فمن ابتاعها بعد فإنه بخير النظرين بعد أن يحتلبها، إن شاء أمسك، وإن شاء ردّها وصاع تمر)) رواه البخاري ومسلم. وفي لفظ مسلم: ((...وإن شاء ردّها، وصاعاً من تمر، لا سمراء)).  
وجه الدلالة: أن الحديث نص على التمر، ومعنى "لا سمراء" يعني لا يرد قمحاً<sup>(٥)</sup>.  
(٢) أفق بعض الصحابة برد التمر في التصرية، منهم ابن مسعود وأبو هريرة رضي الله عنهما، ولا مخالف لهما من الصحابة<sup>(٦)</sup>.

(١) انظر: المنتقى ٥٣٥/٦، المهذب ١٠٩/٣، المجموع ٢٣٦/١١، المغني ٢١٧/٦.

(٢) هو: عبد الرحمن بن أبي ليلى، الأنصاري، الأوسي، المدني، ثم الكوفي، أبو عيسى، ثقة. ولد لستّ يقين من خلافة عمر. قال عبد الملك بن عمير: أدركت ابن أبي ليلى في حلقة، فيها نفر من الصحابة، منهم البراء بن عازب، يستمعون لحديثه، وينصتون له. مات سنة ثلاث وثمانين في وقعة الجمام. انظر: تذكرة الحفاظ ٥٨/١، تقريب التهذيب ص ٥٩٧، طبقات الحفاظ ص ٢٦.

(٣) المسند ١١٧/٣١، ١١٨ رقم (١٨٨١٩، ١٨٨٢١). صحح الحافظ ابن حجر إسناده في فتح الباري ٤٢٦/٤.

(٤) انظر: فتح الباري ٤٢٦/٤.

(٥) انظر: المغني ٢١٨/٦.

(٦) انظر: فتح الباري ٤٢٦/٤.

### حجة القول الثالث:

حديث أبي هريرة رضي الله عنه، وفيه: ((صاعاً من تمر)). وحديث ابن عمر رضي الله عنهما وفيه: ((رد معها مثل أو مثلي لبنها قمحاً)).

وجه الدلالة: أن الحديث جاء بألفاظ متعددة، فعلم أنه على وجه التخيير. وقوله: "مثلي" لأنه في الغالب يكون صاعاً؛ لأن الغالب في الغنم أن تكون الحلبة نصف صاع<sup>(١)</sup>.

### المناقشة والترجيح:

أجاب أصحاب القول الأول عن حجة القول الثاني:

(١) أنه ورد في ألفاظ الحديث "صاعاً من طعام" فيحمل تعيين صاع التمر في الرواية المشهورة على أنه غالب قوت ذلك البلد<sup>(٢)</sup>.

(٢) وفي رواية البزار<sup>(٣)</sup> بلفظ: ((إن ردّها، ردّها ومعه صاع من برّ، لا سمراء))<sup>(٤)</sup>. وهذا يقتضى أن المنفى في قوله "لا سمراء" حنطة مخصوصة، وهي الحنطة الشامية، فيكون المثبت لقوله "من طعام" أي من قمح<sup>(٥)</sup>.

(٣) وقوله "لا سمراء" يعني: لا يجب السمراء، ولا يجبر عليه، إلا أن يتطوع<sup>(٦)</sup>.

(١) انظر: الحاوي ٣٤١/٥، العزيز ٢٣١/٤.

(٢) انظر: البيان ٢٧٠/٥، إعلام الموقعين ١٣/٣.

(٣) البزار: أبو بكر، أحمد بن عمرو بن عبد الخالق البصري، الحافظ العلامة، وكان ثقة حافظاً. صاحب "المسند الكبير" المجلد، سمع هدية بن خالد وعبد الأعلى بن حماد والحسن بن علي وغيرهم، روى عنه عبد الباقي بن قانع ومحمد بن العباس وخلق كثير. توفي بالرملة سنة ٢٩٢هـ. انظر: تاريخ بغداد ٣٣٤/٤، تذكرة الحفاظ ٦٥٣/٢، طبقات الحفاظ ص ٢٨٩.

(٤) انظر: فتح الباري ٤/٤٢٦، قال الحافظ: "رواه البزار من طريق أشعث بن عبد الملك عن ابن سيرين". ولم أجد هذا النص في مسند البزار "البحر الزخار"، ولا في مختصر الزوائد، ولا في كشف الأستار. والله أعلم.

(٥) انظر: فتح الباري ٤/٤٢٦.

(٦) انظر: التهذيب ٤٢٨/٣.

وأجاب أصحاب القول الثاني عن حجة القول الأول:

- (١) أن المراد بالطعام في الحديث، التمر؛ لأنه مطلق في أحد الحديثين، مقيد في الآخر، في قضية واحدة، والمطلق فيما هذا سبيله يحمل على المقيد<sup>(١)</sup>.
- (٢) وحديث ابن عمر رضي الله عنهما مُطَّرَح الظاهر بالاتفاق؛ إذ لا قائل بإيجاب مثل لبنها أو مثلي لبنها قمحاً، ثم قد شك فيه الراوي، وخالفته الأحاديث الصحاح، فلا يعول عليه<sup>(٢)</sup>.
- (٣) وأما حديث ابن أبي ليلى، فيحتمل أن تكون "أو" شكاً من الراوي، لا تخييراً، وإذا وقع الاحتمال في هذه الروايات، لم يصح الاستدلال بشيء منها، فيرجع إلى الروايات التي لم يختلف فيها وهي التمر فهي الراجحة، كما أشار إليه البخاري<sup>(٣)</sup>.
- وبهذا يتبين أن الراجح هو القول بوجوب رد التصرية ومعها صاع من التمر؛ لأن النبي ﷺ نص في المصرة على ردّ صاع من تمر، فلا نعدل عما جاء به الشرع، ولأن التمر أقرب ما يكون شبهاً إلى اللبن، ففي اللبن حلاوة وغذاء، والتمر كذلك<sup>(٤)</sup>.
- ولكن عند فقد التمر - كما في بعض البلاد - يرجع إلى غالب قوت البلد، وهذا أقرب إلى مقصود الشارع، ومصلحة المتعاقدين، من إيجاب التمر عند فقده، أو إيجاب قيمة صاع من التمر في موضعه<sup>(٥)</sup>. والله تعالى أعلم بالصواب.

(١) انظر: المغني ٢١٨/٤.

(٢) انظر: المغني ٢١٨/٤، فتح الباري ٤٢٦/٤.

(٣) انظر: فتح الباري ٤٢٦/٤.

(٤) انظر: الشرح الممتع (م. آسام) ٣٠٨/٨.

(٥) انظر: إعلام الموقعين ١٤/٣.

[٧٣] المطلب الثاني: من اشترى أتاناً<sup>(١)</sup> فوجدها مصراة.

قال أبو سعيد الإصطخري: من اشترى أتاناً فوجدها مصراة، ردها ورد معها بدل اللبن<sup>(٢)</sup>.

القول الثاني: ردها، ولا يرد بدل اللبن.

وهو المذهب عند الشافعية<sup>(٣)</sup>. وبه قال المالكية<sup>(٤)</sup>، والحنابلة<sup>(٥)</sup>.

القول الثالث: يمسكها ولا يردها، ويأخذ الأرش.

وهو وجه عند الشافعية<sup>(٦)</sup>.

حجة القول الأول:

أن لبنها طاهر عند الإصطخري، فإذا ردها، رد معها بدل اللبن، كالشاة<sup>(٧)</sup>.

حجة القول الثاني:

(١) عموم قوله ﷺ: ((من اشترى مصراة)). وقوله ﷺ: ((من ابتاع محفلة))<sup>(٨)</sup>.

(١) الأتان: الأثنى من الحمير. انظر: المصباح المنير ص ٨.

(٢) انظر: الحاوي ٢٤٢/٥، المهذب ١١١/٣، حلية العلماء ٥٥٤/٢، البيان ٢٧٤/٥، العزيز ٢٣٢/٤، روضة الطالبين ٤٦٩/٣، المجموع ٢٧٦/١١، النجم الوهاج ١٥٠/٤.

(٣) انظر: الحاوي ٢٤٢/٥، المهذب ١١١/٣، التهذيب ٤٢٩/٣، البيان ٢٧٤/٥، العزيز ٢٣٢/٤، روضة الطالبين ٤٦٩/٣، المجموع ٢٧٧/١١.

(٤) انظر: مواهب الجليل ٣٥٠/٦، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ١٧٨/٣.

(٥) انظر: المغني ٢٢٣/٦، المقنع والشرح الكبير والإنصاف ٣٦٢/١١-٣٦٤.

(٦) انظر: الحاوي ٢٤٢/٥، المهذب ١١١/٣، حلية العلماء ٥٥٤/٢، البيان ٢٧٤/٥، روضة الطالبين ٤٦٩/٣.

(٧) انظر: المهذب ١١١/٣.

(٨) تقدم تخريجه ص ٣٣٦.

(٢) أن لبنها يقصد لتربية الجحش<sup>(١)</sup>؛ لأنه إذا كان لبنها غزيراً، كان جحشها سمينا<sup>(٢)</sup>.

(٣) أنه تصرية بما يختلف الثمن به، فأثبت الخيار، كتصرية بهيمة الأنعام<sup>(٣)</sup>.

(٤) أن هذا اللبن لا قيمة له؛ لأنه نجس، فلا يقابل ببدل<sup>(٤)</sup>.

(٥) أن هذا اللبن لا يباع عادة، ولا يعاوض عنه<sup>(٥)</sup>.

### حجة القول الثالث:

أنه لا يمكن ردها مع البدل؛ لأنه لا بدل له، ولا ردها من غير بدل؛ لما فيه من إسقاط حق البائع من لبنها، ولا إمساكها بالثمن؛ لأنه لم يبذل الثمن إلا لتسلم له الأتان مع اللبن، ولم تسلم، فوجب أن تمسك، ويأخذ الأرض<sup>(٦)</sup>.

### المناقشة والترجيح:

أن الراجح هو ما ذهب إليه الجمهور: أنه يردّها؛ لأنه قد حصل فيه التدليس. ولا يرد معها بدل اللبن؛ لأنه ليس له قيمة شرعاً، فليس له عوض. ولا يؤخذ عنه الأرض؛ لأنه لما لم يجز أن يقوم هذا اللبن للبائع، لم يجز أن يقوم عليه<sup>(٧)</sup>. والله تعالى أعلم بالصواب.

(١) الجحش: ولد الحمار. وجمعه: جحاش وجحشان. انظر: مختار الصحاح ص ٨٢.

(٢) انظر: البيان ٢٧٣/٥.

(٣) انظر: المغني ٢٢٢/٦.

(٤) انظر: المهذب ١١١/٣، التهذيب ٤٢٩/٣، البيان ٢٧٤/٥.

(٥) انظر: الحاوي ٢٤٢/٥، المغني ٢٢٣/٦.

(٦) انظر: المهذب ١١١/٣، البيان ٢٧٤/٥.

(٧) انظر: البيان ٢٧٤/٥، الشرح الممتع (م. آسام) ٣١٠/٨.

### المبحث الثالث: في اختلاف المتبايعين. وفيه أربعة مطالب:

#### [٧٤] المطلب الأول: ما ينبغي تقديمه في التحالف من النفي أو الإثبات<sup>(١)</sup>.

إذا اختلف البائع والمشتري في الثمن، يجمع كل واحد منهما في اليمين بين النفي والإثبات؛ لأنه يدعي عقداً، وينكر عقداً، ويحلف عليهما، فيقول البائع: والله ما بعت بخمسائة، وإنما بعت بألف. ويقول المشتري: والله ما اشتريت بألف، وإنما اشتريت بخمسائة<sup>(٢)</sup>.

#### قال أبو سعيد الإصطخري: يقدم الإثبات على النفي<sup>(٣)</sup>.

وهو رواية عن الإمام أحمد<sup>(٤)</sup>.

#### القول الثاني: يقدم النفي على الإثبات.

وهو المذهب عند الشافعية<sup>(٥)</sup>.

وبهذا قال المالكية<sup>(٦)</sup>، والحنابلة<sup>(٧)</sup>.

(١) فائدة: قال الإمام النووي رَحِمَهُ اللهُ: "هذا الخلاف في الاستحباب على الأصح. وقيل: في الاستحقاق". روضة الطالبين ٣/٥٨٠، مغني المحتاج ٢/٩٦.

(٢) انظر: الحاوي ٥/٣٠٢، المذهب ٣/١٤٩، روضة الطالبين ٣/٥٨٠.

(٣) انظر: الحاوي ٥/٣٠٢، المذهب ٣/١٤٩، حلية العلماء ٢/٥٧٣، البيان ٥/٣٦٣، العزيز ٤/٣٨٣، أدب القضاء لابن أبي الدم ص ١٨٢، روضة الطالبين ٣/٥٨٠.

(٤) انظر: المبدع ٤/١١٠، الإنصاف ١١/٤٦٥.

(٥) انظر: المذهب ٣/١٤٩، التهذيب ٣/٥٠٦، البيان ٥/٣٦٣، العزيز ٤/٣٨٣، روضة الطالبين ٣/٥٨٠، منهاج الطالبين ص ٦١، مغني المحتاج ٢/٩٦.

(٦) انظر: الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٣/٢٩٢.

(٧) انظر: المغني ٦/٢٧٩، المقنع ١١/٤٦٣، المبدع ٤/١١٠، الإنصاف ١١/٤٦٥.

### حجة القول الأول:

- (١) يقدم الإثبات على النفي، كما قدم الإثبات على النفي في اللعان<sup>(١)</sup>.
- (٢) يقدم الإثبات على النفي؛ لأنه المقصود بهذه اليمين، والنفي تبع، فوجب أن يبدأ بالمقصود قبل التبع<sup>(٢)</sup>.

### حجة القول الثاني:

أن الأصل في اليمين أن يبدأ بالنفي، وهي يمين المدعى عليه، فوجب أن يبدأ ههنا أيضاً بالنفي<sup>(٣)</sup>.

### المناقشة والترحيح:

أجاب الجمهور عن حجة القول الأول:

بأن اليمين في البيع تخالف اللعان؛ فإنه لا نفي فيه، وإنما هو إثبات<sup>(٤)</sup>.

ولا تكون اليمين على الإثبات إلا عند نكول المدعى عليه، أو على سبيل التبع للنفي<sup>(٥)</sup>.

والراجح: يجوز أن يبدأ بأيهما كان، سواء بالإثبات أو بالنفي؛ لحصول المقصود بكل منهما.

والله تعالى أعلم بالصواب.

---

(١) انظر: المهذب ١٤٩/٣، البيان ٣٦٣/٥.

وفي اللعان: قول الزوج أربع مرات: أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميت به هذه -أي زوجته إذا كانت حاضرة- من الزنا. انظر: منهاج الطالبين ص ١٤٥.

(٢) انظر: الحاوي ٣٠٢/٥، روضة الطالبين ٥٨٠/٣.

(٣) انظر: البيان ٣٦٣/٥، روضة الطالبين ٥٨٠/٣.

(٤) انظر: المهذب ١٤٩/٣، البيان ٣٦٣/٥.

(٥) انظر: البيان ٣٦٣/٥.

## [٧٥] المطلب الثاني: بيع العبد أو الأمة بشرط العتق.

قال أبو سعيد الإصطخري: إذا باع السيد عبده بشرط العتق، فإن أعتقه المشتري استقر العقد، وإن لم يعتقه، يجبر على عتقه<sup>(١)</sup>.  
وهو المذهب عند الشافعية<sup>(٢)</sup>.<sup>(٣)</sup>.  
وبهذا قال جمهور العلماء، المالكية<sup>(٤)</sup>، والحنابلة<sup>(٥)</sup>.<sup>(٦)</sup>.

### حجتهم:

(١) عن عائشة رضي الله عنها قالت: (أتتها بريرة<sup>(٧)</sup> تسألها في كتابتها. فقالت: إن شئت أعطيت أهلك ويكون الولاء لي. وقال أهلها: إن شئت أعطيتها ما بقي. وقال سفيان مرة: إن شئت أعتقتها ويكون الولاء لنا. فلما جاء رسول الله ﷺ ذكرته ذلك، فقال النبي ﷺ:

(١) انظر: الحاوي ٣١٥/٥.

(٢) انظر: المذهب ٥١/٣، البيان ١٣٣/٥، التهذيب ٥١٦/٣، العزيز ١١١/٤، المجموع ٤٤٨/٩، روضة الطالبين ٤٠٢/٣، منهاج الطالبين ص ٥٤، مغني المحتاج ٣٣/٢.

(٣) الوجه الثاني: لا يجبر عليه؛ لاستقرار ملكه عليه، بل يثبت للبائع الخيار في فسخ البيع، لأنه ملكه بالعوض، وإنما شرط للبائع حقاً، فإذا لم يف ثبت للبائع الخيار، كما لو اشترى شيئاً بشرط أن يرهن بالثمن رهناً فامتنع من الرهن. انظر: الحاوي ٣١٥/٥، المذهب ٥١/٣، البيان ١٣٣/٥.

(٤) انظر: التاج والإكليل ومواهب الجليل ٢٤٥/٦، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ١٠١/٣.

(٥) انظر: المغني ٣٢٤/٦، المقنع والشرح الكبير والإنصاف ٢٣٧/١١، الفروع ٤٨/٤، المبدع ٥٨/٤، الشرح الممتع (م. آسام) ٢٥٨/٨.

(٦) عند الحنفية: "من باع عبداً على أن يعتقه المشتري، أو يدبره، أو يكاتبه، أو أمة على أن يستولدها، فالبيع فاسد". انظر: المبسوط ١٥/١٣، الهداية وفتح القدير ٤٤١/٦.

(٧) هي: بريرة مولاة عائشة، صحابية مشهورة، كانت لعتبة بن أبي لهب، وقيل: لبعض بني هلال، فكاتبوها، ثم باعوها، فاشترتها عائشة. عاشت بريرة إلى زمن يزيد بن معاوية. انظر: الإصابة ٢٥١/٤، تهذيب التهذيب ٤٣٢/١٢، تقريب التهذيب ص ١٣٤٦.



((ابتاعها فأعتقها فإن الولاء لمن أعتق)). ثم قام رسول الله ﷺ على المنبر، فقال: ((ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله، من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فليس له وإن اشترط مائة مرة)) رواه البخاري ومسلم<sup>(١)</sup>.

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ أنكر شرط الولاء، دون العتق<sup>(٢)</sup>.

٢) أنه عتق مستحق عليه، فإذا امتنع أجبر عليه، كما لو نذر عتق عبد، ثم امتنع من إعتاقه<sup>(٣)</sup>.

---

(١) صحيح البخاري، كتاب الصلاة، باب ذكر البيع والشراء على المنبر في المسجد، ص ٩٧ رقم (٤٥٦)، صحيح مسلم، كتاب العتق، باب إنما الولاء لمن أعتق ٩٢١/٢ رقم (١٥٠٤).

(٢) انظر: المغني ٣٢٤/٦.

(٣) انظر: المهذب ٥١/٣، البيان ١٣٣/٥، المغني ٣٢٤/٦.

[٧٦] المطلب الثالث: إذا اشترى عبدٌ بغير إذن سيده بضمن في ذمته.

قال أبو سعيد الإصطخري: إذا اشترى عبدٌ بغير إذن سيده بضمن في ذمته فإن شراؤه باطل<sup>(١)</sup>.

وبه قال أبو إسحاق المروزي<sup>(٢)</sup>. وهو الأصح في المذهب<sup>(٣)</sup>.<sup>(٤)</sup>.  
وبهذا قال الحنابلة<sup>(٥)</sup>.

حجتهم:

- (١) أنه عقد معاوضة، فلم يصح من العبد بغير إذن سيده، كالنكاح<sup>(٦)</sup>.
- (٢) أن العبد محجور عليه، أشبه السفية<sup>(٧)</sup>.

(١) انظر: الحاوي ٣٦٩/٥، المهذب ٤٩٢/٣، حلية العلماء ٧١٦/٢، البيان ٢٣٩/٧، العزيز ٣٧٣/٤.

(٢) انظر: المصادر نفسها.

(٣) انظر: العزيز ٣٧٣/٤، روضة الطالبين ٥٧٣/٣، منهاج الطالبين ص ٦١، مغني المحتاج ٩٩/٢.

(٤) الوجه الثاني: إن شراؤه صحيح. وهو قول أبي علي ابن أبي هريرة. ونسب الماوردي هذا القول إلى جمهور أصحاب الشافعي. حجتهم: أنه محجور عليه لحق غيره، فصح شراؤه في الذمة، كالمفلس والمريض. وأن البيع يعتمد الذمة، ولا حجر على ذمته. انظر: الحاوي ٣٦٩/٥، المهذب ٤٩٢/٣، البيان ٢٣٩/٧، العزيز ٣٧٣/٤، مغني المحتاج ٩٩/٢.

وبه قال المالكية، ويوقف صحته على اختيار سيده. انظر: القوانين الفقهية ص ٢١٧، مواهب الجليل ٦٦١/٦، حاشية الدسوقي ٤٦٧/٣.

والحنابلة في قول. انظر: المغني ٣٥٠/٦، الشرح الكبير ٤٢١/١٣.

وهو مقتضى قول الحنفية. انظر: الاختيار ١٠١/٢، رد المختار ٤٦٧/٦.

(٥) انظر: المغني ٣٥٠/٦، الشرح الكبير ٤٢١/١٣، الإقناع للحجاوي ٤١٥/٢.

(٦) انظر: الحاوي ٣٦٩/٥، المهذب ٤٩٢/٣، البيان ٢٣٩/٧.

(٧) انظر: المغني ٣٥٠/٦.

[٧٧] المطلب الرابع: إذا ملك السيد عبده مالاً ثم باعه مع المال.

قال أبو سعيد الإصطخري: إذا ملك السيد عبده مالاً، ثم باعه مع المال، واشترط المبتاع ماله، فإن المال انتقل إلى المشتري مع العبد، وأنه لا بأس بجهالة وغيبته؛ لأن المال تابع للعبد<sup>(١)</sup>.  
وبه قال بعض المالكية<sup>(٢)</sup>.

القول الثاني: إن المال ليس مبيعاً أصلاً ولا تبعاً، ويكون شرطه تبقية له على العبد كما كان.

وبه قال ابن سريج، وأبو إسحاق المروزي<sup>(٣)</sup>. وهو الأصح في المذهب<sup>(٤)</sup>.  
وبه قال الحنابلة<sup>(٥)</sup>.<sup>(٦)</sup>.

### حجة القول الأول:

أن المال تابع، ويحتل في التابع ما لا يحتل في الأصل، فلم تؤثر الجهالة فيه، كما يحتل الجهل في طي الآبار، وأساس الحيطان، وحقوق الدار<sup>(٧)</sup>.

(١) انظر: الحاوي ٢٦٩/٥، العزيز ٣٣٧/٤، روضة الطالبين ٥٤٦/٣.

(٢) انظر: الفواكه الدواني ١٠٦/٢، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ١٥٩/٣.

(٣) انظر: الحاوي ٢٦٩/٥، العزيز ٣٣٧/٤، روضة الطالبين ٥٤٦/٣.

(٤) انظر: البيان ٢٤٦/٧، العزيز ٣٣٧/٤، روضة الطالبين ٥٤٦/٣.

(٥) مع التفصيل عندهم بين أن يقصد المبتاع المال أو لم يكن يقصد المال. انظر: المغني ٢٥٧/٦، المقنع والشرح الكبير والإنصاف ٢١١/١٢، المبدع ١٧٤/٤.

(٦) هذه المسألة ليست من فروع الحنفية؛ لأن عندهم العبد لا يملك وإن ملكه سيده. انظر: البحر الرائق ١١٥/٤، رد المختار ٧٦٣/٦.

(٧) انظر: البيان ٢٤٦/٧، العزيز ٣٣٧/٤، روضة الطالبين ٥٤٦/٣.

### حجة القول الثاني:

(١) عن عبد الله بن عمر رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: ((من ابتاع نخلاً بعد أن تؤبر فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع، ومن ابتاع عبداً وله مال فماله للذي باعه إلا أن يشترط المبتاع)) رواه البخاري ومسلم<sup>(١)</sup>.  
وجه الدلالة: أن المال جعل للمبتاع بالشرط، لا بالشراء، فدل على أن مال العبد لا يكون مبيعاً منه، فيصح المبيع وإن كان المال ديناً أو غائباً أو مجهولاً<sup>(٢)</sup>.  
(٢) أن المال ليس مبيعاً أصلاً ولا تبعاً، ويكون شرطه تبقية له على العبد كما كان، فللمشتري انتزاعه كما كان للبائع الانتزاع<sup>(٣)</sup>.

### فائدة:

الفرق بين القولين أنه لو كان الثمن ربوياً، والمال من جنسه، فلا يجوز البيع على القول الأول؛ لأنه لا يحتمل الربا في التابع، كما لا يحتمل في الأصل. ويجوز البيع على القول الثاني<sup>(٤)</sup>.  
والله تعالى أعلم بالصواب.

---

(١) صحيح البخاري، كتاب المساقاة، باب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط أو في نخل؟ ص ٤٧٠، رقم (٢٣٧٩)، صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب من باع نخلاً عليها تمر ٩٤٩/٣، رقم (١٥٤٣).  
(٢) انظر: الحاوي ٢٦٨/٥.  
(٣) انظر: الحاوي ٢٦٩/٥، العزيز ٣٣٧/٤، روضة الطالبين ٥٤٦/٣.  
(٤) انظر: المصادر نفسها.

## الفصل الثالث:

في الرهن، والتفليس، والحجر، والصلح، والحوالة،  
والشركة، والضمان، والوكالة، والوديعة، والغصب،  
والشفعة، والإجارة، وإحياء الموات، والوقف، والهبة،  
واللقطة.

- وفيه ثلاثة عشر مبحثاً:
- المبحث الأول: الرهن.
- المبحث الثاني: التفليس.
- المبحث الثالث: الحجر.
- المبحث الرابع: الصلح.
- المبحث الخامس: الحوالة والشركة.
- المبحث السادس: الضمان.
- المبحث السابع: الوكالة.
- المبحث الثامن: الوديعة.
- المبحث التاسع: الغصب والشفعة.
- المبحث العاشر: الإجارة.
- المبحث الحادي عشر: إحياء الموات.
- المبحث الثاني عشر: الوقف والهبة.
- المبحث الثالث عشر: اللقطة واللقيط.



المبحث الأول: الرهن. وفيه مطلب واحد:

[٧٨] قدر ما يجوز أن يرتهن الولي من مال الصبي.

قال أبو سعيد الإصطخري: إذا ارتهن الولي لمصلحة في مال الصبي فيشترط أن يستوفي ما يساوي المبيع نقداً، ويرتحن ويؤجل بالنسيئة للفاضل<sup>(١)</sup>.

القول الثاني: إذا ارتهن الولي جاز أن يرتحن بجميع الثمن، ويكون جميعه مؤجلاً. وهو الصحيح من المذهب<sup>(٢)</sup>.<sup>(٣)</sup>

وبه قال الحنابلة<sup>(٤)</sup>، وهو مقتضى قول الحنفية<sup>(٥)</sup>، والمالكية<sup>(٦)</sup>.

### حجة القول الأول:

أن في ذلك تغريراً بمال الصبي، وقد يتلف الرهن، ويبيع النقد أحوط له، فلا يجوز إلا أن يأخذ الرهن بالفاضل على ثمن العقد<sup>(٧)</sup>.

(١) انظر: الحاوي ٢٤/٦، حلية العلماء ٢٢٨/٢، روضة الطالبين ٦٣/٦.

(٢) انظر: الحاوي ٢٤/٦، حلية العلماء ٢٢٩/٢، المهذب ٢٧٥/٣، التهذيب ٢١/٤، البيان ٢١٣/٦، العزيز ٤٧٠/٤، روضة الطالبين ٦٣/٦.

(٣) وحكي وجه شاذ: أنه لا يجوز رهن مال الصبي بحال. قال النووي: "وليس بشيء". انظر: روضة الطالبين ٦٣/٤.

(٤) انظر: المغني ٤٨٠/٦.

(٥) قال الكاساني في البدائع ١٩٦/٥: "يجوز رهن مال الغير بغير إذنه بولاية شرعية، كالأب، والوصي، يرهن مال الصبي بدينه وبدين نفسه؛ لأن الرهن لا يخلو إما أن يجري مجرى الإيداع، وإما أن يجري مجرى المبادلة. والأب يلي كل واحد منهما في مال الصغير؛ فإنه يبيع مال الصغير بدين نفسه، ويودع مال الصغير".

(٦) قال الدسوقي في الحاشية ٣٥٦/٣: "والظاهر أن الولي محمول على النظر والمصلحة في رهن مال الصغير". قلت: إذا كان الرهن يجوز -وهو أخطر لمال الصبي- فالارتهان أحوط له، فيمكن أن نقول: بأن الارتهان يجوز للولي أن يفعله على القولين. والله تعالى أعلم بالصواب.

(٧) انظر: الحاوي ٢٤/٦، البيان ٢١٣/٦، المغني ٤٨٠/٦.

### حجة القول الثاني:

- (١) أن الولي باع بربح، واستوثق بالرهن<sup>(١)</sup>.
- (٢) أنه مأمور بالتجارة، وطلب الربح، ولا يمكنه إلا بذلك<sup>(٢)</sup>.
- (٣) أن الولي لو منع من الارتهان حتى يقبض قيمة السلعة نقداً، ويؤجل الباقي ويأخذ به رهناً، لكان ذلك متعذراً، بل لا يمكن في الغالب<sup>(٣)</sup>.

### المناقشة والترحيح:

أجاب أصحاب القول الثاني عن حجة القول الأول "بأن الرهن قد يؤدي إلى تغيير مال الصبي" بأن هذا عادة التجار، وقد أمرناه بالتجارة وطلب الربح، وهذا من جهاته، والتغيير يزول بالرهن<sup>(٤)</sup>.

الراجح هو القول بالجواز؛ لأن هذه عادة التجار، ولكن الأحوط أن يرتقن بما يساوي مال الصبي، والله تعالى أعلم بالصواب.

(١) انظر: المهذب ٢٧٥/٣.

(٢) انظر: البيان ٢١٣/٦.

(٣) انظر: الحاوي ٢٤/٦.

(٤) انظر: المغني ٤٨٠/٦.



المبحث الثاني: التقليل. وفيه مطلبان:

[٧٩] المطلب الأول: موت المشتري موسراً قبل دفع الثمن مع بقاء السلعة.

قال أبو سعيد الإصطخري: إن للبائع استرجاع ماله بموت المشتري موسراً، كما له استرجاعه بموت المشتري مفلساً<sup>(١)</sup>. وهو قول الشافعي رحمه الله<sup>(٢)</sup>.

القول الثاني: إن البائع أسوة الغرماء، ولا حق له في استرجاع ما باع. وهو المذهب عند الشافعية<sup>(٣)</sup>. وبه قال الحنفية<sup>(٤)</sup>، والمالكية<sup>(٥)</sup>، والحنابلة<sup>(٦)</sup>.

حجة القول الأول:

(١) عن عمر بن خلدة الزرقى<sup>(٧)</sup> - وكان قاضي المدينة - أنه قال: (جئنا أبا هريرة في صاحب لنا قد أفلس، فقال: هذا الذي قضى فيه رسول الله ﷺ: ((أبما رجل مات أو

(١) انظر: الحاوي ٢٧٣/٦، المهذب ٢٧٠/٣، حلية العلماء ٦٢٧/٢، التهذيب ٨٦/٤، البيان ٢٠٣/٦، العزيز ٥/٥، روضة الطالبين ١٢٧/٤، النجم الوهاج ٣٨٢/٤، المغني ٥٩٠/٦، الشرح الكبير على المقنع ٢٦٥/١٣.

(٢) انظر: الأم ٤١٥/٤.

(٣) انظر: الحاوي ٢٧٣/٦، المهذب ٢٧٠/٣، التهذيب ٨٦/٤، البيان ٢٠٣/٦، العزيز ٥/٥، روضة الطالبين ١٢٧/٤.

(٤) انظر: الحجة ٧١٥/٢، المبسوط ٩٦/٢٥، فتح القدير ١٢٧/٧.

(٥) انظر: الإشراف ٥٨٧/٢، الكافي لابن عبد البر ص ٤١٨، القوانين الفقهية ص ٢٣٧، الشرح الكبير للدردير ٤٣٤/٣.

(٦) انظر: المغني ٥٩٠/٦، الشرح الكبير على المقنع ٢٦٥/١٣.

(٧) هو: عمر بن خلدة، يقال: عمر بن عبد الرحمن بن خلدة الزرقى، الأنصاري، أبو حفص، المدني، القاضي، ثقة، قليل الحديث، وكان مهيباً صارماً ورعاً عفيفاً. ولي قضاء المدينة في زمن عبد الملك بن مروان. انظر: تهذيب التهذيب ٣٨٨/٧، تقريب التهذيب ص ٧١٧.

أفلس، فصاحب المتاع أحق بمتاعه إذا وجدته بعينه<sup>(١)</sup>.

وجه الدلالة: أن ظاهر الحديث يقتضي ثبوت الرجوع، وإن كان مال الميت وافيًا بالديون، ولم يفرق بين الموت والإفلاس فدل على العموم فيهما<sup>(٢)</sup>.

(١) أنه لما رجع بعين ماله بإفلاس المشتري؛ لخراب الذمة بالإفلاس، كان رجوعه بعين ماله بموت المشتري أولى؛ لتلف ذمته بالموت<sup>(٣)</sup>.

### حجة القول الثاني:

(١) عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام<sup>(٤)</sup> أن رسول الله ﷺ قال: ((يما رجل باع متاعاً، فأفلس الذي ابتاعه منه، ولم يقبض الذي باعه من ثمنه شيئاً، فوجده بعينه فهو أحق به. وإن مات الذي ابتاعه، فصاحب المتاع فيه أسوة الغرماء))<sup>(٥)</sup>.

(١) أخرجه الشافعي في مسنده ص ٣٢٩، وأبو داود، كتاب البيوع والإجازات، باب في الرجل يفلس فيجد الرجل متاعه بعينه عنده ٧٩٣/٣ رقم (٣٥٢٣) وابن ماجه، كتاب الأحكام، باب من وجد متاعه بعينه عند رجل قد أفلس ٧٩٠/٢ رقم (٢٣٦٠)، والدارقطني، كتاب البيوع ٦١٠/٢ رقم (٢٨٦٥)، والحاكم في المستدرک ٥٨/٢ رقم (٢٣١٤) وقال: "هذا حديث عال صحيح الإسناد، ولم يخرجاه بهذا اللفظ"، وصححه الذهبي في التلخيص ٥٨/٢، وابن الملقن في تحفة المحتاج ٢٥٨/٢. وقال الحافظ في الفتح ٧٩/٥: "وهو حديث حسن يحتج بمثله". والحديث ضعفه الألباني وغيره. انظر: ضعيف سنن ابن ماجه ص ١٨٥ رقم (٤٦٨)، والإرواء ٢٧١/٥، شفاء العي ٣٣٨/٢. وانظر الكلام على الحديث في: الاستذكار ٥٠٤/٦، التلخيص الحبير ٨٧/٣، بلوغ المرام ص ١٧٢.

(٢) انظر: الأم ٤١٦/٤، العزيز ٥/٥، البيان ٢٠٣/٦.

(٣) انظر: الحاوي ٢٧٣/٦.

(٤) هو: أبو بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام بن المغيرة المخزومي المدني، قيل: اسمه محمد، وقيل: المغيرة، وقيل: أبو بكر اسمه، وكنيته أبو عبد الرحمن، وقيل: اسمه كنيته، راهب قریش، ثقة فقيه عابد، من الثالثة، مات سنة أربع وتسعين، وقيل غير ذلك. انظر: تقريب التهذيب ص ١١١٦.

(٥) رواه الإمام مالك في الموطأ مراسلاً، كتاب البيوع، باب ما جاء في إفلاس الغريم ١٦٦/٢، وأبو داود، كتاب البيوع والإجازات، باب في الرجل يفلس فيجد الرجل متاعه بعينه عنده ٧٩١/٣ رقم (٣٥٢٠)، صححه الألباني في صحيح أبي داود ٦٧٢/٢. قال ابن عبد البر في الاستذكار ٥٠٣/٦: "الحديث مرسل في الموطأ عند جميع رواه عند مالك. ورواه عبد الرزاق عن مالك عن ابن شهاب عن أبي بكر بن عبد الرحمن عن أبي هريرة عن النبي ﷺ بلفظ الموطأ سواء. واختلف فيه أصحاب ابن شهاب: فمنهم من أسنده فجعله عن ابن شهاب عن أبي بكر عن أبي هريرة عن النبي ﷺ. ومنهم من جعله عن ابن شهاب عن أبي بكر بن عبد الرحمن مراسلاً عن النبي ﷺ". انظر: التمهيد ٤٠٦/٨، المحلى ١٧٧/٧، سبل السلام ١٠٩/٣.

وجه الدلالة: أن هذا الحديث دال على التفرقة بين الموت والإفلاس في الاسترجاع<sup>(١)</sup>.

(٢) عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: (قضى رسول الله ﷺ في رجل مات أو أفلس: أن صاحب المتاع أحق بمتاعه إذا وجدته بعينه، إلا أن يترك صاحبه وفاء)<sup>(٢)</sup>.

وجه الدلالة: أن الحديث دل على الفرق بين موت المشتري معسراً وموسراً<sup>(٣)</sup>.

(٣) أن المال يفي بالدين فلم يجز الرجوع في عين المبيع، كما في الحياة؛ لتيسر الثمن<sup>(٤)</sup>.

### المناقشة والترجيح:

أجاب أصحاب القول الثاني عن حجة القول الأول بأجوبة، منها:

١- أن الخبر الذي استدلوا به محمول على ما إذا مات مفلساً؛ لأنه روي مقيداً في الحديث الثاني بقوله: "إلا أن يترك صاحبه وفاء"<sup>(٥)</sup>.

٢- أن تلف الذمة بالموت ليس يمنع من وصول البائع إلى حقه، وخراجه بالفلس في الحياة يمنعه من وصوله إلى حقه، فلم يكن للاستدلال بهذا وجه<sup>(٦)</sup>.

وبهذا يتبين أن الراجح هو ما ذهب إليه الجمهور، والله تعالى أعلم بالصواب.

(١) انظر: الاستذكار ٥٠٧/٦، سبل السلام ١١٠/٣.

(٢) أخرجه الدارقطني، كتاب البيوع، ٦١٠/٢ رقم (٢٨٦٤)، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب التفليس، باب المشتري يموت مفلساً بالثمن، ٧٧/٦ رقم (١١٢٥٤)، وابن أبي شيبه في المصنف، كتاب أقضية رسول الله ﷺ، ١٢/٦ رقم (٢٩٠٨٥). قال الحافظ في فتح الباري ٧٩/٥: "وزاد بعضهم في آخره: ((إلا أن يترك صاحبه وفاء)) ورجحه الشافعي على المرسل، وقال: يحتمل أن يكون آخره من رأي أبي بكر بن عبد الرحمن؛ لأن الذين وصلوه عنه لم يذكروا قضية الموت، وكذلك الذين رويوا عن أبي هريرة وغيره لم يذكروا ذلك، بل صرح ابن خلدة عن أبي هريرة بالتسوية بين الإفلاس والموت فتعين المصير إليه؛ لأنها زيادة من ثقة. وجزم ابن العربي المالكي بأن الزيادة التي في مرسل مالك من قول الراوي. وجمع الشافعي أيضاً بين الحديثين بحمل حديث ابن خلدة على ما إذا مات مفلساً، وحديث أبي بكر بن عبد الرحمن على ما إذا مات مليئاً، والله أعلم".

(٣) انظر: العزيز ٥/٥.

(٤) انظر: المهذب ٢٧٠/٣، البيان ٢٠٣/٦، روضة الطالبين ١٢٧/٤.

(٥) انظر: العزيز ٥/٥، البيان ٢٠٣/٦.

(٦) انظر: الحاوي ٢٧٣/٦.

[٨٠] المطلب الثاني: خروج المدين لسفر مخوف.

قال أبو سعيد الإصطخري: من كان عليه دينٌ مؤجلٌ، يُمنع من الخروج في سفر مخوف، كالجهاد وركوب البحر، إلى أن يؤدي الحق، أو يعطي كفلاً<sup>(١)</sup>.  
وبه قال الحنابلة<sup>(٢)</sup>.

القول الثاني: لا يُمنع من السفر.  
وهو الأصح في المذهب<sup>(٣)</sup>.<sup>(٤)</sup>. وبه قال الحنفية<sup>(٥)</sup>، والمالكية<sup>(٦)</sup>.

#### حجة القول الأول:

(١) عن عمرو بن العاص رضي الله عنه: (أن رسول الله ﷺ قال: ((يغفر للشهيد كل ذنب، إلا الدين)) رواه مسلم<sup>(٧)</sup>.  
وجه الدلالة: أن الحديث دل على فضل المجاهد وطلب الشهادة، وهي تكفر خطاياها كلها إلا حقوق الآدميين، وإنما يكون تكفيرها بأداء حقوقها<sup>(٨)</sup>.

(١) انظر: العزيز ١٧/٥، روضة الطالبين ١٣٦/٤، النجم الوهاج ٣١٠/٩.

(٢) انظر: المغني ٥٩١/٦، ٢٧/١٣، المقنع والشرح الكبير والإنصاف ٣٩/١٠، ٢٢٨/١٣-٢٣٠.

(٣) انظر: الحاوي ٣٣٨/٦، المهذب ٢٤٤/٣، التهذيب ١١٧/٤، البيان ١٣٢/٦، العزيز ١٧/٥، روضة الطالبين ١٣٦/٤.

(٤) وفي وجه: إن كان المديون من غير المرتزقة منع، وإن كان منهم لا يمنع الجهاد؛ لأن وجوه معاشهم وأكسابهم منه. انظر: العزيز ١٧/٥، روضة الطالبين ١٣٦/٤.

(٥) انظر: رد المختار ٣٠١/٤.

(٦) انظر: التاج والإكليل ٥٤١/٤، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٢٧٦/٢.

(٧) صحيح مسلم، كتاب الإمارة، باب من قتل في سبيل الله كفرت خطاياهم إلا الدين، ١١٩٣/٣، رقم (١٨٨٦).

(٨) انظر: شرح صحيح مسلم ٢٩/١٣.

- (٢) أن الغالب من أمر هذا السفر الهلاك؛ فيضيع حق صاحب الحق<sup>(١)</sup>.
- (٣) أن المجاهد يعرض نفسه للقتل طلباً للشهادة، فلم يكن بدُّ من إقامة الكفيل أو الرهن؛ ليستوفي صاحب الدين دينه منه<sup>(٢)</sup>.
- (٤) إنه سفر يمنع استيفاء الدين في محله، فملك منعه منه، إن لم يوثقه بكفيل، أو رهن، كالسفر بعد حلول الحق<sup>(٣)</sup>.
- (٥) أنه لا يملك تأخير الدين عن محله، وفي السفر المختلف فيه تأخير عن محله، فلم يملكه، كجحدته<sup>(٤)</sup>.

### حجة القول الثاني:

- (١) أن عبد الله بن حرام<sup>(٥)</sup>، أبا جابر بن عبد الله رضي الله عنه، خرج إلى أحد، وعليه دين كثير، فاستشهد، وقضاه عنه ابنه بعلم النبي ﷺ، ولم يذمه النبي ﷺ على ذلك، ولم ينكر فعله، بل مدحه<sup>(٦)</sup>، وقال النبي ﷺ: ((تبكين أو لا تبكين، ما زالت الملائكة تظله بأجنحتها حتى رفعتموه)) رواه البخاري ومسلم<sup>(٧)</sup>.

(١) انظر: التهذيب ١١٧/٤، العزيز ١٧/٥.

(٢) انظر: الحاوي ٣٣٨/٦، البيان ١٣٢/٦، المغني ٢٨/١٣.

(٣) انظر: المغني ٥٩٢/٦.

(٤) انظر: المغني ٥٩٢/٦.

(٥) هو: عبد الله بن عمرو بن حرام بن ثعلبة بن حرام الأنصاري، الخزرجي، السلمي، والد جابر بن عبد الله، الصحابي المشهور، معدود في أهل العقبة وبدر، وكان من النقباء، واستشهد بأحد. انظر: الاستيعاب ٣٣٩/٢، الإصابة ٣٥٠/٢.

(٦) انظر: المغني ٢٨/١٣.

(٧) صحيح البخاري، كتاب الجنائز، باب الدخول على الميت بعد الموت إذا أدرج في أكفانه ص ٢٤٤ رقم (١٢٤٤) واللفظ له، صحيح مسلم، كتاب فضائل الصحابة رضي الله عنهم، باب من فضائل عبد الله بن عمرو بن حرام، والد جابر، ١٥٢٤/٤ رقم (٢٤٧١).

(٢) لا يمنع من السفر؛ لأن صاحب الحق لا يملك المطالبة به في الحال، كما لو كان السفر لغير الجهاد<sup>(١)</sup>.

(٣) أن كل ما لم يستحق مطالبة المقيم به لم يستحق مطالبة المسافر به كالأداء<sup>(٢)</sup>.

(٤) أن كل دين لا يستحق أدائه لا يستحق التوثق به كالحاضر<sup>(٣)</sup>.

### المناقشة والترحيح:

أجاب أصحاب القول الثاني عن حجة القول الأول: بأن هذا السفر يؤدي إلى الهلاك بقولهم:

جواز أن يموت لا يمنع من التصرف في نفس المحل، كما يجوز في الحضر أن يهرب، ثم لا يملك حبسه لجواز الهرب<sup>(٤)</sup>.

وأنه لو جاز أن يستحق هذه المطالبة في المداينات لجاز أن يستحق في نفقات الزوجات، ولو جاز أن يطالبه بذلك إذا سافر لبعد عوده جاز أن يطالبه به إذا أقام خوفاً من هربه<sup>(٥)</sup>.

والراجح أنه لا يمنع من السفر؛ لأن الدين مؤجل، ولا يحق المطالبة في وقت الخروج، سواء كان السفر إلى الجهاد أو بركوب البحر؛ لأنه لم ينقل عن النبي ﷺ أنه سأل المجاهدين الذين يخرجون معه للجهاد أكان عندهم دين أم لا، والله تعالى أعلم بالصواب.

(١) انظر: رد المختار ٣٠١/٤، التهذيب ١١٧/٤، البيان ١٣٢/٦.

(٢) انظر: الحاوي ٣٣٧/٦.

(٣) انظر: الحاوي ٣٣٧/٦.

(٤) انظر: المهذب ٢٤٤/٣.

(٥) انظر: الحاوي ٣٣٨/٦.

### المبحث الثالث: الحجر. وفيه مطلبان:

[٨١] المطلب الأول: حكم الحجر على الشحيح الذي يبخل على نفسه في النفقة.

قال أبو سعيد الإصطخري: الشحيح الذي يبخل على نفسه في النفقة، لا يأكل حسب كفايته، ولا يلبس بقدر حاله، شحاً على نفسه، وحباً للمال وجمعاً، يجب الحجر عليه<sup>(١)</sup>.  
وبه قال أبو العباس ابن سريج<sup>(٢)</sup>، والأزجي<sup>(٣)</sup> من الحنابلة<sup>(٤)</sup>.

#### القول الثاني: لا يحجر عليه.

وهو المذهب عند الشافعية<sup>(٥)</sup>، وبه قال الحنابلة<sup>(٦)</sup>.

#### حجة القول الأول:

- (١) قوله تعالى: ﴿وَلَا تَجْعَلْ يَدَكَ مَغْلُولَةً إِلَىٰ عُنُقِكَ وَلَا تَبْسُطْهَا كُلَّ الْبَسْطِ فَتَقْعُدَ مَلُومًا مَّحْسُورًا﴾<sup>(٧)</sup>.
- وجه الدلالة: أن الله تبارك وتعالى قد نهى عن الشح والإسراف، فيحجر عليه<sup>(٨)</sup>.
- (٢) يحجر عليه بالشح والتقصير، كما يحجر عليه بالسرف والإمساك<sup>(٩)</sup>.

(١) انظر: الحاوي ٣٥٨/٦، حلية العلماء ٦٣٢/٢.

(٢) انظر: المصدرين نفسه.

(٣) الأزجي: يحيى بن يحيى الأزجي، الفقيه، الحنبلي، صاحب "نهاية المطلب في علم المذهب"، قال ابن مفلح: هو كتاب كبير جداً، هذا فيه حذو "نهاية المطلب" لإمام الحرمين. توفي في سنة (٦١٦هـ). انظر: ذيل طبقات

الحنابلة ١٢٠/٢، المنهج الأحمدي ٥٢/٤، علماء الحنابلة ص ١٦١.

(٤) انظر: الفروع ٢٤٦/٤، المبدع ٣٣١/٤، الإنصاف ٢٢٦/١٣.

(٥) انظر: الحاوي ٣٥٨/٦، حلية العلماء ٦٣٢/٢، البيان ٢٣٢/٦، العزيز ٧٦/٥، روضة الطالبين ١٨٣/٤.

(٦) انظر: الفروع ٢٤٦/٤، المبدع ٣٣١/٤، الإنصاف ٢٢٦/١٣.

(٧) سورة الإسراء، من الآية: ٢٩.

(٨) انظر: الحاوي ٣٥٨/٦.

(٩) انظر: الحاوي ٣٥٨/٦.

### حجة القول الثاني:

أن الحجر يفيد جمع المال وإمساكه، لا إنفاقه<sup>(١)</sup>.

### الترجيح:

الراجح هو القول بعدم الحجر عليه؛ لأنه ليس كل منهي عنه يوجب الحجر<sup>(٢)</sup>، بل ينصحه ألا ييخل على نفسه، والله تعالى أعلم بالصواب.

---

(١) انظر: الحاوي ٣٥٨/٦.

(٢) انظر: المصدر نفسه.



[٨٢] المطلب الثاني: ولاية الأم على مال الصبي إذا لم يكن له أب أوجد.

قال أبو سعيد الإصطخري: تثبت الولاية للأم في مال ولدها عند عدم الأب والجد<sup>(١)</sup>.

وبه قال بعض الحنابلة<sup>(٢)</sup>، واختاره شيخ الإسلام ابن تيمية<sup>(٣)</sup>.

القول الثاني: لا ولاية للأم في مال ولدها، بل النظر إلى السلطان.

وهو المذهب عند الشافعية<sup>(٤)</sup>.

وبه قال جمهور العلماء، الحنفية<sup>(٥)</sup>، والمالكية<sup>(٦)</sup>، والحنابلة في المذهب<sup>(٧)</sup>.

### حجة القول الأول:

(١) عن عائشة رضي الله عنها: (أن هند بنت عتبة<sup>(٨)</sup> قالت: يا رسول الله إن أبا سفيان<sup>(٩)</sup>

(١) انظر: الحاوي ٣٣٣/٨، التعليقة الكبرى تحقيق ديارا سيك ص ٣٦٦، المذهب ٢٧٢/٣، حلية العلماء ٦٢٨/٢،

البيان ٢٠٨/٦، العزيز ٨٠/٥، روضة الطالبين ١٨٧/٤، مغني المحتاج ٧٥/٣، النجم الوهاج ٣٢٨/٦.

(٢) منهم القاضي أبو يعلى. انظر: الإنصاف ٣٦٩/١٣، المبدع ٣٣٦/٤.

(٣) انظر: الاختيارات الفقهية ص ١٢٠، الإنصاف ٣٦٩/١٣.

(٤) انظر: الحاوي ٣٣٣/٨، المذهب ٢٧٢/٣، حلية العلماء ٦٢٨/٢، البيان ٢٠٨/٦، العزيز ٨٠/٥، روضة

الطالبين ١٨٧/٤.

(٥) انظر: بدائع الصنائع ٣٥٣/٤، البحر الرائق ٢٨١/٥، رد المختار ٣٠٠/٧.

(٦) انظر: عقد الجواهر ٧٩٩/٢، التاج والإكليل ٦٤٩/٦، الشرح الكبير للدردير ٤٦١/٣.

(٧) انظر: المغني ٦١٢/٦، المقنع والشرح الكبير والإنصاف ٣٦٨/١٣، الإقناع للحجاوي ٤٠٧/٢.

(٨) هي: هند بنت عتبة بن ربيعة بن عبد شمس بن عبد مناف، القرشية، والددة معاوية بن أبي سفيان، أسلمت هي

وزوجها أبو سفيان بن حرب يوم الفتح، وحسن إسلامها، توفيت في خلافة عمر رضي الله عنه، بعد أبي بكر بقليل.

انظر: الاستيعاب ٤٢٤/٤، الإصابة ٤٢٥/٤.

(٩) هو: صخر بن حرب بن أمية بن عبد شمس بن عبد مناف القرشي الأموي، أبو سفيان، صحابي شهير، أسلم

عام الفتح، ومات سنة اثنتين وثلاثين، وقيل: بعدها. انظر: الإصابة ١٧٢/٢، تقريب التهذيب ص ٤٥٠.

رجل شحيح، وليس يعطيني ما يكفيني وولدي، إلا ما أخذت منه، وهو لا يعلم. فقال: ((خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف)) رواه البخاري<sup>(١)</sup>.

وجه الدلالة: أن الرسول ﷺ جوز لها أن تنفق على أولادها الصغار<sup>(٢)</sup>.

(٢) أن الأم أحد الأبوين، فاستحقت النظر في مال الولد، كالأب<sup>(٣)</sup>.

(٣) أن الأم كالأب؛ لما فيها من البعضية، وأنها برأفة الأنوثة أحن عليهم وأشفق<sup>(٤)</sup>.

### حجة القول الثاني:

(١) أنها ولاية بالشرع، فلم تستحقها الأم، كولاية النكاح<sup>(٥)</sup>.

(٢) أن قرابة الأم لا تتضمن تعصياً، فلم تتضمن ولاية، كقرابة الخال<sup>(٦)</sup>.

(٣) أنها قصرت بنقص الأنوثة عن ولاية النكاح التي تسري في جميع العصابات، فكانت أولى أن تقصر عما يختص من الولاية بالآباء دون سائر العصابات<sup>(٧)</sup>.

(٤) الأم وإن كانت لها وفور الشفقة، لكن ليس لها كمال الرأي؛ لقصور عقل النساء عادة، فلا تثبت لهن ولاية التصرف في المال<sup>(٨)</sup>.

(١) صحيح البخاري، كتاب النفقات، باب إذا لم ينفق الرجل، فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف ص ١١٦٣ رقم (٥٣٦٤).

(٢) انظر: البيان ٣٠٥/٨.

(٣) انظر: المهذب ٢٧٢/٣، البيان ٢٠٨/٦.

(٤) انظر: الحاوي ٣٣٣/٨.

(٥) انظر: المهذب ٢٧٢/٣، البيان ٢٠٨/٦.

(٦) انظر: البيان ٢٠٨/٦.

(٧) انظر: الحاوي ٣٣٣/٨.

(٨) انظر: بدائع الصنائع ٣٥٣/٤.

### الترجيح:

الراجح هو القول بشبوت ولاية الأم على مال أولادها الصغار؛ لاتفاق العلماء<sup>(١)</sup> على أن المرأة تصح أن تكون وصية، فإذا أقام الرجل زوجته أو غيرها وصياً من بعده على أولادها الصغار ومات مصرّاً على ذلك، جاز ذلك.

وقد أوصى الخليفة عمر رضي الله عنه إلى ابنته حفصة<sup>(٢)</sup> رضي الله عنها<sup>(٣)</sup>. فإذا صحت أن تكون وصية جاز أن تلي أموال أولادها الصغار؛ لأنها لما صحت أن تكون وصية، دل ذلك على أن لها ولاية في المال، فجاز أن تلي أموال أولادها<sup>(٤)</sup>. ولأنها أشفق على ولدها من غيرها، وقد ثبت أن ولاية المال ثابتة لها في مالها، فلا تقاس على ولاية النكاح التي لا تثبت لها، فيجوز لها أن تلي مال ولدها الصغير، وتتصرف فيه بما فيه مصلحة وحظ. والله تعالى أعلم بالصواب.

(١) انظر: روضة القضاة ٦٩١/١، الإشراف ١٠١٠/٢، المعونة ٥١٥/٢، مغني المحتاج ٧٥/٣، النجم الوهاج ٣٢٧/٦، المغني ٥٥٢/٨.

(٢) هي: حفصة بنت عمر بن الخطاب، أم المؤمنين، تزوجها النبي ﷺ بعد خنيس بن حذافة سنة ثلاث من الهجرة، وماتت سنة خمس وأربعين. انظر: الاستيعاب ٢٦٨/٤، الإصابة ٢٧٣/٤، تقريب التهذيب ص ١٣٤٩.

(٣) أخرجه أبو داود، كتاب الوصايا، باب ما جاء في الرجل يوقف الوقف ٢٩٩/٣ رقم (٢٨٧٩)، ولفظ: (بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما أوصى به عبد الله عمر أمير المؤمنين إن حدث به حدث، أن ثمناً وصرمة بن الأكوع والعبد الذي فيه والمائة سهم التي بخير ورقيقه الذي فيه، والمائة التي أطعمه محمد ﷺ بالوادي، تليه حفصة ما عاشت ثم يليه ذو الرأي من أهلها أن لا يباع ولا يشتري، ينفقه حيث رأى من السائل والمحروم وذو القربى، ولا حرج على من وليه إن أكل أو أكل، أو اشترى رقيقاً منه). وصححه الألباني في صحيح سنن أبي داود ٥٥٧/٢ رقم (٢٥٠٣).

(٤) انظر: أحكام اليتيم ص ٣٠٢-٣٠٣.

## المبحث الرابع: الصلح. وفيه مطلبان:

### [٨٣] المطلب الأول: التوسط بين متداعين في عين قائمة.

إذا تداعى شخصان في سلعة، ورغب شخص في المصالحة بينهما بدون علم المدعى عليه، فقال أبو سعيد الإصطخري: الصلح باطل<sup>(١)</sup>. وهو المذهب عند الشافعية<sup>(٢)</sup>.<sup>(٣)</sup>

### حجتهم:

أن في هذا النوع من الصلح تملك عين فلم يصح بغير إذن من تملكها، كمن اشترى لغيره بغير أمره<sup>(٤)</sup>.

(١) انظر: الحاوي ٣٧٤/٦، حلية العلماء ٦٣٤/٢.

(٢) انظر: الحاوي ٣٧٤/٦، حلية العلماء ٦٣٤/٢، المهذب ٢٨٩/٣، التهذيب ١٤٦/٤، البيان ٢٥٠/٦، العزيز ٩٣/٥، روضة الطالبين ٢٠١/٤، مغني المحتاج ١٨١/٢.

(٣) الوجه الثاني: أن الصلح جائز؛ لأنه لما جاز أن يصلح عما في الذمة بغير إذنه، جاز أن يصلح عن العين القائمة بغير إذنه. انظر: الحاوي ٣٧٤/٦، المهذب ٢٨٩/٣، حلية العلماء ٦٣٤/٢.

وهو قول الحنفية، ويعتبر هذا صلح الفضولي. انظر: تحفة الفقهاء ٣٥٧/٣، بدائع الصنائع ٦٥/٥، الاختيار ٨/٣. وبه قال المالكية، والحنابلة؛ لأنه افتداء للمنكر من الخصومة، وإبراء له من الدعوى. انظر: مواهب الجليل ٥/٧، المغني ٩/٧، المقنع والشرح الكبير والإنصاف ١٥٥/١٣.

الفرق بينهما: يجوز الصلح بما في الذمة؛ لأن طريقه الإبراء، ويصح من الإنسان أن يرى غيره بغير أمره وإذنه. ولا يجوز الصلح إذا كان المدعى عيناً؛ لأنه لا يمكن تملك الغير عين ماله بغير إذنه، ويمكن قضاء دينه بغير إذنه. انظر: الحاوي ٣٧٤/٦، العزيز ٩٣/٥، روضة الطالبين ٢٠١/٤.

(٤) انظر: الحاوي ٣٧٤/٦.

[٨٤] المطلب الثاني: خروج الأغصان أو العروق أو ميل الجدار إلى هواء الجار.

قال أبو سعيد الإصطخري: لو خرجت أغصان شجرة إلى هواء ملك جاره، فللجار مطالبته بإزالتها، فإن لم يفعل فله تحويلها عن ملكه، فإن لم يمكن فله قطعها، ولا يحتاج فيه إلى إذن القاضي. وانتشار العروق كانتشار الأغصان، وكذلك ميل الجدار إلى هواء الجار<sup>(١)</sup>.

وهو المذهب عند الشافعية<sup>(٢)</sup>.

وبه قال الحنفية<sup>(٣)</sup>، والحنابلة<sup>(٤)</sup>.

#### حجتهم:

(١) يجوز للجار إزالة الأغصان، أو العروق عن ملكه، كما لو دخل رجل إلى داره بغير إذنه، فإن له أن يطالبه بالخروج، فإن لم يخرج أخرجه<sup>(٥)</sup>.  
(٢) أن الهواء تابع للقرار، وليس له أن ينتفع بقرار أرض جاره بغير إذنه، فكذلك هواء أرض جاره<sup>(٦)</sup>.

(١) انظر: العزيز ١١٧/٥، روضة الطالبين ٢٢٣/٤.

(٢) انظر: الحاوي ٤٠٦/٦، المهذب ٢٩٦/٣، التهذيب ١٥٤/٤، البيان ٢٦٤/٦، العزيز ١١٧/٥، روضة الطالبين ٢٢٣/٤، مغني المحتاج ١٩١/٢.

(٣) انظر: المبسوط ٢٠/١٥، البحر الرائق ١٩٢/٧، حاشية قرّة عيون الأخيار ١٤/٨.

(٤) انظر: المغني ١٨/٧-٢١، المقنع والشرح الكبير والإنصاف ١٧٦/١٣.

(٥) انظر: المهذب ٢٩٦/٣، البيان ٢٦٤/٦.

(٦) انظر: البيان ٢٦٤/٦.

المبحث الخامس: الحوالة والشركة. وفيه ثلاثة مطالب:

[٨٥] المطلب الأول: اشتراط رضا المحال عليه في الحوالة.

قال أبو سعيد الإصطخري: إذا كان على المحال عليه دين للمحيل، فلا تتم الحوالة إلا برضا المحال عليه، فإن لم يقبلها، ولم يرض بها لم تصح<sup>(١)</sup>.

وبه قال المزني<sup>(٢)</sup>، وأبو عبد الله<sup>(٣)</sup> الزبيري<sup>(٤)</sup>، وابن القاص<sup>(٥)</sup>، وأبو حفص ابن الوكيل من الشافعية<sup>(٦)</sup>. وهو قول الحنفية<sup>(٧)</sup>.

القول الثاني: تتم الحوالة بغير رضا المحال عليه.

وهو المذهب عند الشافعية<sup>(٨)</sup>. وبه قال المالكية<sup>(٩)</sup>، والحنابلة<sup>(١٠)</sup>.

(١) انظر: الحاوي ٤١٨/٦، ٤٢٧، المهذب ٣٠٦/٣، حلية العلماء ٦٤١/٢، البيان ٢٨٧/٦، العزيز ١٢٧/٥، أدب القضاء لابن أبي الدم ص ٤٨١، النجم الوهاج ٤٧١/٤.

(٢) انظر: مختصر المزني ص ١٤٨، أدب القضاء لابن أبي الدم ص ٤٨١.

(٣) الزبيري: الزبير بن أحمد بن سليمان بن عبد الله بن عاصم بن المنذر بن الزبير بن العوام، الأسدي، أبو عبد الله، البصري، أحد أئمة الشافعية، وأصحاب الوجوه. من مصنفات: "الكافي"، وهو مختصر نفيس في المذهب. و"الإمارة"، و"رياضة المتعلم"، وغيرها. مات سنة سبع عشرة وثلاثمائة. انظر: طبقات الفقهاء الشافعيين ١٩١/١، طبقات الشافعية للإسنوي ٢٩٩/١، طبقات الشافعية لابن قاضي شعبة ٩٣/١.

(٤) انظر: الحاوي ٤١٨/٦، العزيز ١٢٧/٥.

(٥) انظر: التلخيص ص ٣٦٤، البيان ٢٨٧/٦.

(٦) انظر: الحاوي ٤١٨/٦.

(٧) انظر: بدائع الصنائع ٩/٥، الاختيار ٤/٣، فتح القدير ٢٣٩/٧، رد المختار ٤٧٨/٥.

(٨) انظر: الحاوي ٤١٨/٦، المهذب ٣٠٦/٣، حلية العلماء ٦٤١/٢، التهذيب ١٦٢/٤، البيان ٢٨٧/٦، العزيز ١٢٧/٥، روضة الطالبين ٢٢٨/٤.

(٩) وقد استثنى المالكية من ذلك إذا كان بين المحتال والمحال عليه عداوة فيشترط رضاه. انظر: الإشراف ٦٠٠/٢، القوانين الفقهية ص ٢٤٣، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٥٠٢/٣.

(١٠) انظر: المغني ٦٣/٧، المقنع والشرح الكبير والإنصاف ١٠٢/١٣.

### حجة القول الأول:

(١) أن المحال عليه أحد من تتم به الحوالة، فاعتبر رضاه في الحوالة، كالحيل والمحتال<sup>(١)</sup>.  
(٢) أن الناس يختلفون في الإيفاء والاستيفاء، فيشترط رضا المحال عليه؛ دفعاً للضرر عنه<sup>(٢)</sup>.

(٣) أنها إلزام بالدين، ولا لزوم بلا التزام<sup>(٣)</sup>.  
(٤) أن الدين قد يتعلق بالذمة أصلاً، وبالرهن فرعاً، فلما لم يكن لصاحب الدين أن يولّي الرهن غيره، فأولى ألا يكون له أن يولّي الذمة غيره<sup>(٤)</sup>.

### حجة القول الثاني:

(١) عن أبي هريرة رضي الله عنه: أن رسول الله ﷺ قال: ((مطل الغني ظلم، فإذا أُتبع أحدكم على مليء فليتبّع)) متفق عليه<sup>(٥)</sup>.  
وجه الدلالة: أن الحديث دل على استحباب قبول الحوالة، ولم يشترط رضا المحال عليه<sup>(٦)</sup>.  
(٢) أن الحق هو للمالك، فله أن يملكه من شاء كسائر الحقوق<sup>(٧)</sup>.

(١) انظر: الحاوي ٤١٨/٦، المهذب ٣٠٦/٣، العزيز ١٢٧/٥.

(٢) انظر: الاختيار ٤/٣، الحاوي ٤١٨/٦، العزيز ١٢٧/٥.

(٣) انظر: رد المختار ٤٧٨/٥.

(٤) انظر: الحاوي ٤١٨/٦.

(٥) صحيح البخاري، كتاب الحوالات، باب الحوالة، وهل يرجع في الحوالة، ص ٤٤٩ رقم (٢٢٨٧)، صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب تحريم مطل الغني، وصحة الحوالة، واستحباب قبولها إذا أحيل على ملي، ٩٦٩/٣ رقم (١٥٦٤).

(٦) انظر: الإشراف ٦٠٠/٢، فتح الباري ٥٤٤/٤.

(٧) انظر: الإشراف ٦٠٠/٢.

٣) أن المحيل أقام المحتال مقامه في القبض، فلم يعتبر فيه رضا من عليه الحق، كما لو وكل من له الحق وكيلاً في القبض؛ لأن الحق للمحيل، فله أن يستوفيه بنفسه وبغيره، كما لو وكل في الاستيفاء وكيلاً<sup>(١)</sup>.

### المناقشة والترجيح:

أجاب أصحاب القول الثاني عن بعض أدلة القول الأول:  
بأن المحال عليه يخالف المحتال؛ فإن الحق له، فلا ينقل بغير رضاه كالبائع، وههنا الحق عليه فلا يعتبر رضاه كالعبد في البيع<sup>(٢)</sup>.  
والمحتال لما لم تتم البراءة من دينه إلا برضاه، لم تتم الحوالة به إلا عن رضاه، ولما تمت البراءة عن الدين الذي على المحال عليه بغير رضاه، تمت الحوالة بغير رضاه<sup>(٣)</sup>.  
وأما الجواب عن الرهن، فهو أن المرتهن لما لم يملك الرهن، لم يكن له أن ينقله إلى غيره. ولما كان المحيل مالكا للدين جاز أن ينقله إلى غيره<sup>(٤)</sup>.  
وبهذا يترجح القول بعدم اشتراط رضا المحال عليه في الحوالة؛ للحديث، ولأن المحال عليه سيدفع المال لأي منهما، ولا فرق في ذلك، والله تعالى أعلم بالصواب.

(١) انظر: المهذب ٣/٣٠٦، البيان ٦/٢٨٧، العزيز ٥/١٢٧، المغني ٧/٦٣.

(٢) انظر: المهذب ٣/٣٠٦.

(٣) انظر: الحاوي ٦/٤١٩.

(٤) انظر: الحاوي ٦/٤١٩.



[٨٦] المطلب الثاني: اشتراط خلط المالين خلطا لا يمكن معه التمييز في الشركة.

قال أبو سعيد الإصطخري: يشترط خلط المالين في الشركة بحيث لا يتميز أحدهما عن الآخر، إلا في البياض والسواد<sup>(١)</sup>.

القول الثاني: يشترط خلط المالين في الشركة بحيث لا يتميز أحدهما عن الآخر. وهو المذهب عند الشافعية<sup>(٢)</sup>. وبه قال زفر من الحنفية<sup>(٣)</sup>.

القول الثالث: أنه لا يشترط خلط المالين. وهو قول جمهور العلماء، الحنفية<sup>(٤)</sup>، والمالكية<sup>(٥)</sup>، والحنابلة<sup>(٦)</sup>.

#### حجة القول الأول:

(١) أن الشركة مأخوذة من الاشتراك والاختلاط، ومع تمييز المالين فلا يتحقق معنى الشركة ولا الخلطة<sup>(٧)</sup>.

(١) انظر: العزيز ١٨٩/٥، روضة الطالبين ٢٧٧/٤.

(٢) انظر: الحاوي ٤٨١/٦، المهذب ٣٣٣/٣، التهذيب ١٩٦/٤، البيان ٣٦٧/٦، العزيز ١٨٩/٥، روضة الطالبين ٢٧٧/٤، مغني المحتاج ٢١٤/٢.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٧٩/٥، الهداية وفتح القدير ١٨١/٦.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٧٩/٥، الهداية وفتح القدير ١٨١/٦.

(٥) انظر: الإشراف ٦٠٣/٢، الكافي لابن عبد البر ص ٣٩٠، مواهب الجليل ٧٥/٧.

(٦) انظر: المغني ١٢٦/٧، المقنع والشرح الكبير والإنصاف ٢١/١٤.

(٧) انظر: بدائع الصنائع ٧٩/٥، الحاوي ٤٨٢/٦.

- (٢) أنهما مالان يتميز أحدهما عن الآخر، فلم تصح الشركة عليهما، كما لو كانا حنطة وشعيراً، أو كما لو لم تكن أيديهما على المالين<sup>(١)</sup>.
- (٣) أن الربح فرع المال، ولا يقع الفرع على الشركة إلا بعد الشركة في الأصل، وأنه بالخلط<sup>(٢)</sup>.
- (٤) أن من أحكام الشركة أن الهلاك يكون من المالين، وما هلك قبل الخلط من أحد المالين يهلك من مال صاحبه خاصة، وهذا ليس من مقتضى الشركة<sup>(٣)</sup>.

### حجة القول الثاني:

احتج أصحاب القول الثاني بنفس حجج أصحاب القول الأول.

### حجة القول الثالث:

- (١) أن الشركة يتحقق معناها بالعقد لا بالمال، ومورد العقد هو العمل، والربح نتيجته، والمال تبع، فلا يشترط خلط المال كالمضاربة<sup>(٤)</sup>.
- (٢) أن الشركة تشتمل على الوكالة، فما جاز التوكيل به جازت الشركة فيه، والتوكيل جائز في المالين قبل الخلط، كذا الشركة<sup>(٥)</sup>.
- (٣) أنه عقد على التصرف، فلم يكن من شرطه أن تكون أيديهما عليه، كالوكالة<sup>(٦)</sup>.

(١) انظر: البيان ٣٦٧/٦.

(٢) انظر: الهداية ١٨١/٦.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٧٩/٥.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٧٩/٥، المغني ١٢٦/٧.

(٥) انظر: بدائع الصنائع ٧٩/٥.

(٦) انظر: المغني ١٢٧/٧.

### المناقشة والترجيح:

أجاب الجمهور عن حجة القول الأول والثاني بقولهم:  
أما قوله: الشركة تنبئ عن الاختلاط، فمسلم لكن على اختلاط رأسي المال، أو على اختلاط الربح، فهذا مما لا يتعرض له لفظ الشركة، فيجوز أن يكون تسميته شركة اختلاط الربح لا اختلاط رأس المال، واختلاط الربح يوجد وإن اشترى كل واحد منهما بمال نفسه على حدة؛ لأن الزيادة وهي الربح تحدث على الشركة.  
وأما ما هلك من أحد المالكين قبل الخلط، فإنما كان من نصيب صاحبه خاصة؛ لأن الشركة لا تتم إلا بالشراء، فما هلك قبله هلك قبل تمام الشركة فلا تعتبر، حتى لو هلك بعد الشراء بأحدهما كان الهالك من المالكين جميعاً؛ لأنه هلك بعد تمام العقد<sup>(١)</sup>.  
وأما قولهم: إنه يتلف من مال صاحبه أو يزيد على ملك صاحبه، فممنوع، بل ما يتلف من مالهما، وزيادته لهما؛ لأن الشركة اقتضت ثبوت الملك لكل واحد منهما في نصف مال صاحبه، فيكون تلفه منهما وزيادته لهما<sup>(٢)</sup>.  
وبهذا يتبين أن الراجح هو قول جمهور العلماء؛ أنه لا يشترط خلط المالكين؛ لأن الشركة يتحقق معناها بالعقد لا بالمال، ومورد العقد هو العمل، والربح نتيجه، والله تعالى أعلم بالصواب.

(١) انظر: بدائع الصنائع ٨٠/٥-٨١.

(٢) انظر: المغني ١٢٧/٧.

[٨٧] المطلب الثالث: دخول الكسب النادر في المهايأة<sup>(١)</sup> بين السيد وعبد.

قال أبو سعيد الإصطخري: الكسب النادر كالكنز واللقطة داخلان في المهايأة، كالمألوف منها<sup>(٢)</sup>.

وهو الأصح في المذهب<sup>(٣)</sup>.<sup>(٤)</sup>

وبه قال الحنابلة في وجه<sup>(٥)</sup>.

حجتهم:

أنها من كسبه، فأشبهت سائر أكسابه المعتادة، فإن وجدها في يومه فهي له، وإن وجدها في يوم سيده فهي له<sup>(٦)</sup>.

(١) المهايأة: المراد بها النوبة، أصلها: الإصلاح، وهيأت الشيء: أصلحته، وهي مفاعلة على ذلك، وإذا تصالحا على قسمة المنافع على التعاقب والتناوب، قيل: تمأيا مهايأة. انظر: المصباح المنير ص ٣٣٢ (هـ ي أ)، التعريفات ص ٢٣٧، النظم المستعذب ٢/٣٥٦.

(٢) انظر: الحاوي ٢٣/١٨، حلية العلماء ٢/٨٠٦.

(٣) انظر: الحاوي ٢٢٢/٨، ٢٣/١٨، روضة الطالبين ٢/٢٩٦، مغني المحتاج ٢/٤٠٩.

(٤) الوجه الثاني، وهو محكي عن أبي إسحاق المروزي: أنهما لا يدخلان في المهايأة؛ لأنه قد يكون هذا في زمان أحدهما دون الآخر، فلا يتساويان فيه، ويكون حدوث ذلك في زمان أحدهما موجبا لأن يكون بينهما. انظر: الحاوي ٢٣/١٨، المهذب ٥/٥٣٦، حلية العلماء ٢/٨٠٦.

وهو المذهب عند الحنابلة. قالوا: أنها كسب نادر، لا يعلم وجوده ولا يظن، فلم تدخل في المهايأة، وتكون بينهما. انظر: المغني ٨/٣٣٦، الإنصاف ١٦/٢٧٥.

(٥) انظر: المغني ٨/٣٣٦، المقنع والشرح الكبير والإنصاف ١٦/٢٧٥.

(٦) انظر: المهذب ٥/٥٣٦، المغني ٨/٣٣٦.

## المبحث السادس: الضمان. وفيه مطلبان:

### [٨٨] المطلب الأول: ضمان العبد بغير إذن سيده.

قال أبو سعيد الإصطخري: لا يصح ضمان العبد بغير إذن سيده<sup>(١)</sup>.

وهو المذهب عند الشافعية<sup>(٢)</sup>.<sup>(٣)</sup>

وبه قال جمهور العلماء: الحنفية<sup>(٤)</sup>، والمالكية<sup>(٥)</sup>، والحنابلة<sup>(٦)</sup>.

### حجتهم:

(١) أن الضمان عقد تضمن إيجاب مال، فلم يصح منه بغير إذن السيد، كالنكاح<sup>(٧)</sup>.

(٢) أن الضمان عقد فبطل بغير إذن السيد كالبيع<sup>(٨)</sup>.

(٣) أنه إثبات مال في الذمة بعقد، فأشبهه النكاح، فلم يصح<sup>(٩)</sup>.

(١) انظر: الحاوي ٤٥٧/٦، المهذب ٣١٢/٣، حلية العلماء ٦٤٥/٢، العزيز ١٤٧/٥.

(٢) انظر: التهذيب ١٨٥/٤، البيان ٣٠٨/٦، العزيز ١٤٧/٥، روضة الطالبين ٢٤٣/٤.

(٣) الوجه الثاني: يصح ضمان العبد بغير إذن سيده، ويتبع به إذا عتق. وهو قول أبي إسحاق، وابن أبي هريرة. حجتهم: أن العبد مكلف، له قول صحيح، وإنما منع من التصرف فيما فيه ضرر على السيد، ولا ضرر على السيد في ضمانه؛ لأنه يطالب به بعد العتق، فصح منه، كالإقرار بإتلاف ماله، وكذبه السيد. انظر: الحاوي ٤٥٧/٦، المهذب ٣١٢/٣، البيان ٣٠٨/٦، العزيز ١٤٧/٥.

وهو رواية عن الإمام أحمد، اختاره أبو الخطاب. انظر: المغني ٨٠/٧، المقنع والشرح الكبير والإنصاف ١٩، ١٥/١٣.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٦٠٥/٤، رد المختار ٤٥٩/٦.

(٥) انظر: القوانين الفقهية ص ٢٤٢، التاج والإكليل ٣١/٧، حاشية الدسوقي ٥١١/٣.

(٦) انظر: المغني ٨٠/٧، المقنع والشرح الكبير والإنصاف ١٩، ١٥/١٣.

(٧) انظر: الحاوي ٤٥٧/٦، المهذب ٣١٢/٣، المغني ٨٠/٧.

(٨) انظر: الحاوي ٤٥٧/٦.

(٩) انظر: العزيز ١٤٧/٥.

[٨٩] المطلب الثاني: ضمان ما يتلفه الحيوان المفسد إذا لم يربط.

قال أبو سعيد الإصطخري: الهرة التي تتلف طيراً، أو طعاماً، أو غيره، إن عهد ذلك منها، وكذا كل حيوان مولع بالتعدي، مما يربط عادة، إذا تركها صاحبها، ضمن ما أتلقت، ليلاً كان أو نهاراً<sup>(١)</sup>.

وهو المذهب عند الشافعية<sup>(٢)</sup>.<sup>(٣)</sup>

وبه قال جمهور العلماء: الحنفية<sup>(٤)</sup>، والمالكية<sup>(٥)</sup>، والحنابلة<sup>(٦)</sup>.

#### حجتهم:

- (١) أن صاحب الحيوان مفرط في ترك حفظه، فعليه الضمان<sup>(٧)</sup>.
- (٢) أن مثل هذه الحيوانات ينبغي أن تربط، ويكف شرها، فإذا فرط في حفظها فعليه الضمان<sup>(٨)</sup>.

(١) انظر: مغني المحتاج ٢٠٧/٤.

(٢) انظر: المهذب ٢٢٢/٥، حلية العلماء ١١٠٥/٣، التهذيب ٤٣٩/٧، البيان ٨٩٨٩/١٢، العزيز ٣٣٣/١١، روضة الطالبين ١٩٩/١٠، مغني المحتاج ٢٠٧/٤.

(٣) الوجه الثاني: لا يضمن، ليلاً ولا نهاراً؛ لأن العادة لم تجر بربطها. انظر: العزيز ٣٣٣/١١، مغني المحتاج ٢٠٧/٤.

(٤) ويشترط الضمان على صاحبه، بأن يتقدم أحد إلى صاحبه، ولم يحافظ عليه. انظر: لسان الحكام ص ٢٧٩.

(٥) انظر: الكافي لابن عبد البر ص ٤٩١، المنتقى ٤٥٣/٧.

(٦) انظر: المغني ٥٤٣/١٢، المقنع والشرح الكبير والإنصاف ٣٠٥/١٥، ٣٠٨.

(٧) انظر: المهذب ٢٢٢/٥.

(٨) انظر: العزيز ٣٣٣/١١، مغني المحتاج ٢٠٧/٤.

المبحث السابع: الوكالة. وفيه مطلبان:

[٩٠] المطلب الأول: بيع الوكيل لأبيه وابنه وسائر أصوله.

قال أبو سعيد الإصطخري: الوكيل بالبيع مطلقاً، يجوز له أن يبيع لنفسه، وابنه الصغير، وسائر أصوله، وفروعه<sup>(١)</sup>.

وهو رواية عن مالك<sup>(٢)</sup>، وأحمد<sup>(٣)</sup>.

القول الثاني: لا يجوز أن يبيع لنفسه، ولا لابنه الصغير.

وهو المذهب عند الشافعية<sup>(٤)</sup>.

وبه قال جمهور العلماء، الحنفية<sup>(٥)</sup>، والمالكية<sup>(٦)</sup>، والحنابلة في المذهب<sup>(٧)</sup>.

(١) انظر: الحاوي ٥٣٧/٦، المهذب ٣٥٧/٣، حلية العلماء ٦٦٢/٢، العزيز ٢٢٦/٥، روضة الطالبين ٣٠٤/٤، طبقات الشافعية الكبرى ٢٣٥/٣.

(٢) في البيع لنفسه، وبه قال بعض المالكية. انظر: الكافي لابن عبد البر ص ٣٩٦، بداية المجتهد ٣٦٧/٢، التاج والإكليل ١٩٠/٧.

(٣) يجوز بشرطين: أحدهما: أن يزيد على مبلغ ثمنه في النداء. والثاني: أن يتولى النداء غيره. انظر: المغني ٢٢٨/٧، المقنع والشرح الكبير والإنصاف ٤٨٤/١٣.

(٤) انظر: الحاوي ٥٣٧/٦، المهذب ٣٥٧/٣، التهذيب ٢١٩/٤، البيان ٤١٩/٦، العزيز ٢٢٦/٥، روضة الطالبين ٣٠٤/٤، مغني المحتاج ٢٢٤/٢.

(٥) في البيع لنفسه. وأما البيع لغيره ممن لا تقبل شهادته له، فمنعه أبو حنيفة، وجوزه أبو يوسف ومحمد بن الحسن إذا كان يمثل القيمة. انظر: بدائع الصنائع ٢٩/٥، الاختيار ١٧٣/٢، حاشية قرة عيون الأختيار ٧٥٩/٧.

(٦) انظر: الإشراف ٦٠٩/٢، القوانين الفقهية ص ٢٤٤، التاج والإكليل ١٩٠/٧، حاشية الدسوقي ٥٩٩/٣.

(٧) انظر: المغني ٢٢٨/٧، المقنع والشرح الكبير والإنصاف ٤٨٤/١٣.

### حجة القول الأول:

- (١) أن الوكيل يبيعه أو شرائه امتثل أمر موكله في البيع، وحصل غرضه من الثمن، فجاز، كما لو اشتراها شخص أجنبي<sup>(١)</sup>.
- (٢) أنه يجوز أن يبيع منه ماله، فجاز له أن يبيع منه مال موكله، كالأجنبي<sup>(٢)</sup>.
- (٣) يجوز أن يبيع لابنه أو أبيه؛ لأنه غير مباح لنفسه<sup>(٣)</sup>.

### حجة القول الثاني:

- (١) أن الوكيل يحتاج إلى الاستقصاء لولده، وفيه ترك النظر للموكل، ولأنه يتولى طرفي العقد على الموكل، فيؤدي إلى أن يكون الشخص الواحد في زمان واحد مسلماً ومتسلاً، مطالباً ومطالباً، وهذا محال<sup>(٤)</sup>.
- (٢) أن الوكيل متهم في الميل إلى ولده، كما كان متهماً في الميل إلى نفسه، ولذلك لم يجز أن يشهد لولده، كما لا تصح منه الشهادة لنفسه، فلم تجز مبايعة ولده بمال غيره، كما لم تجز مبايعة نفسه<sup>(٥)</sup>.
- والراجح هو ما ذهب إليه الجمهور، أنه لا يجوز أن يبيع لنفسه، ولا لولده الصغير؛ لأن اتصال منافع الأملاك بينهما تورث التهمة، والإنسان يؤمر بالابتعاد عن مواضع التهم. وأن الإنسان حريص بطبعه على أن يشتري لنفسه رخيصاً، وغرض الموكل الاستقصاء في البيع للأكثر، وهما غرضان متضادان، فلا يتأتى من الواحد القيام بهما.
- وأيضاً فإن التوكيل بالبيع مطلقاً يشعر بالبيع من الغير، والألفاظ المطلقة تحمل على المفهوم منها في العرف الغالب<sup>(٦)</sup>. والله تعالى أعلم بالصواب.

(١) انظر: المغني ٢٢٩/٧.

(٢) انظر: المهذب ٣٥٧/٣.

(٣) انظر: الحاوي ٥٣٧/٦.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٢٩/٥، التهذيب ٢١٩/٤.

(٥) انظر: الحاوي ٥٣٧/٦، المهذب ٣٥٧/٣.

(٦) انظر: بدائع الصنائع ٢٩/٥، العزيز ٢٢٦/٥.



## [٩١] المطلب الثاني: شراء الوكيل جارية لموكله ثم يختلفان في الثمن.

رجل أمر وكيله بشراء جارية بعينها بثمن مقدّر، فاشترها بعشرين ديناراً، ثم اختلفا، فقال الموكل: أمرتك أن تشتريها بعشرة، فاشتريتها بعشرين، فالشراء لا يلزمي، والثمن واجب عليك دوني. وقال الوكيل: بل أمرتني أن أشتريها بعشرين، فالشراء لازم لك، والثمن واجب عليك.

فإن حلف الموكل صارت الجارية للوكيل في الظاهر؛ لأنه قد ثبت أنه ابتاعها بغير الإذن. فإن كان الوكيل كاذباً كانت الجارية له في الظاهر والباطن.

وإن كان صادقاً كانت الجارية للموكل في الباطن، وللوكيل في الظاهر. ويرفق الحاكم بالموكل فيقول: إن كنت أمرته أن يشتريها بعشرين فبعه إياها بعشرين. فإن قال له: بعتك هذه الجارية بعشرين، صارت الجارية للوكيل في الظاهر والباطن. وإن امتنع الموكل من البيع، فهل يكون الوكيل مالِكاً لها أم لا؟ فقال أبو سعيد الإصطخري: إنه قد ملكها ملكاً تاماً، ظاهراً وباطناً<sup>(١)</sup>.

وهو مقتضى قول الحنفية<sup>(٢)</sup>، والمالكية<sup>(٣)</sup>.

القول الثاني: أنه لا يملكها، بل هي للموكل، وللوكيل عليه الثمن ما غرم فيه. وهو الأصح في المذهب<sup>(٤)</sup>. وبه قال الحنابلة<sup>(٥)</sup>.

- 
- (١) انظر: الحاوي ٥٤٦/٦، المهذب ٣٧٧/٣، حلية العلماء ٦٧١/٢، العزيز ٢٦٢/٥، روضة الطالبين ٣٤٠/٤.
- (٢) قال الكاساني في البدائع ٣١/٥: "والأصل أن الوكيل بالشراء إذا خالف يكون مشترياً لنفسه، والوكيل بالبيع إذا خالف يتوقف على إجازة الموكل". وانظر: الاختيار ١٧١/٢، رد المختار ٦٦/٦.
- (٣) قال الدردير في الشرح الكبير ٥٩٣/٣: "وحيث خالف الوكيل، بأن زاد كثيراً في اشتراء أو اشترى غير لائق... لزمه أي الوكيل ما اشتراه".
- (٤) انظر: الحاوي ٥٤٦/٦، المهذب ٣٧٧/٣، التهذيب ٢٣٢/٤، العزيز ٢٦٢/٥، روضة الطالبين ٣٤٠/٤، مغني المحتاج ٢٣٥/٢.
- (٥) انظر: المغني ٢٢١/٧، الشرح الكبير والإنصاف ٥٤٩/١٣.

### حجة القول الأول:

- (١) أن الملك قد انتقل عن الموكل بيمينه، فافتضى أن ينتقل إلى الوكيل بعقده<sup>(١)</sup>.
- (٢) بناء على أن الملك يقع للوكيل عند العقد ابتداءً، ثم ينتقل إلى الموكل. فإذا تعذر الانتقال منه، بقي على ملكه<sup>(٢)</sup>.

### حجة القول الثاني:

- (١) أن الوكيل مقر بأنها ملك لموكله<sup>(٣)</sup>.
- (٢) الوكيل هنا كمن له على رجل دين لا يؤديه، فظفر بمال من أمواله، يجوز له بيعه، وأخذ حقه منه<sup>(٤)</sup>.

---

(١) انظر: الحاوي ٥٤٦/٦.

(٢) انظر: العزيز ٢٦٢/٥، روضة الطالبين ٣٤٠/٤.

(٣) انظر: الحاوي ٥٤٦/٦.

(٤) انظر: التهذيب ٢٣٢/٤، روضة الطالبين ٣٤٠/٤.

## المبحث الثامن: الوديعة. وفيه ستة مطالب:

### [٩٢] المطلب الأول: حفظ الوديعة في غير ما عينه صاحبها.

إذا قال صاحب الوديعة للمودع: "احفظ هذه الوديعة في هذا البيت، ولا تنقلها".

فقال أبو سعيد الإصطخري: إن نقلها إلى مثلها، أو إلى ما هو أحرز من الأول، لم يضمن<sup>(١)</sup>.

وهو قول أبي علي<sup>(٢)</sup> الطبري<sup>(٣)</sup>، وأبي علي ابن أبي هريرة من الشافعية<sup>(٤)</sup>.

وبه قال الحنفية<sup>(٥)</sup>، والحنابلة<sup>(٦)</sup>.

القول الثاني: إن نقلها إلى مثلها، أو إلى ما هو أحرز من الأول، يضمن.

وهو المذهب عند الشافعية<sup>(٧)</sup>. وبه قال المالكية<sup>(٨)</sup>، والحنابلة في قول<sup>(٩)</sup>.

(١) انظر: التعليقة الكبرى تحقيق ديارا ص ٤٤٣، المذهب ٣/٣٨٤، حلية العلماء ٢/٦٧٣، البيان ٦/٤٧٨، العزيز ٧/٣١٠، روضة الطالبين ٦/٣٤٠.

(٢) أبو علي الطبري: الحسن بن القاسم، أبو علي، الطبري. أحد أصحاب الوجوه. تفقه ببغداد على أبي علي ابن أبي هريرة ودرس بها بعده. من مصنفاته: "الإفصاح"، و"العدة"، و"المحرر" وهو أول من صنف في الخلاف المجرد. مات ببغداد سنة خمسين وثلاثمائة. انظر: تهذيب الأسماء ٢/٢٦١، طبقات الشافعية الكبرى ٣/٢٨٠، طبقات الشافعية لابن قاضي شعبة ١/١٢٧.

(٣) انظر: حلية العلماء ٢/٦٧٣.

(٤) انظر: الحاوي ٨/٣٦٩.

(٥) انظر: بدائع الصنائع ٥/٣١١، الاختيار ٣/٣٠، الدر المختار ٦/٢٣٨.

(٦) وهو الصحيح من المذهب، اختاره القاضي وابن عقيل. انظر: المغني ٩/٢٥٩، المقنع والشرح الكبير والإنصاف ١١/١٦.

(٧) انظر: الحاوي ٨/٣٦٩، المذهب ٣/٣٨٤، التهذيب ٥/١١٩، البيان ٦/٤٧٨، العزيز ٧/٣١٠، روضة الطالبين ٦/٣٣٩.

(٨) انظر: عقد الجواهر ٢/٨٥٢، حاشية الدسوقي ٣/٦٥٣.

(٩) انظر: المغني ٩/٢٥٩، ٢٦٣، المقنع والشرح الكبير والإنصاف ١١/١٦.

### حجة القول الأول:

- (١) أن المودع نقل الوديعة إلى مثل الحرز المعين، أو إلى ما هو أحرز منه، فأشبهه إذا لم ينهه عن النقل<sup>(١)</sup>.
- (٢) أن تقييده بهذا الحرز يقتضي ما هو مثله، كمن اكترى أرضاً لزرع حنطة، فله زرعها وزرع مثلها في الضرر<sup>(٢)</sup>.

### حجة القول الثاني:

- (١) أن المودع ناه عن النقل، فضمنه بالنقل؛ لصريح المخالفة من غير حاجة<sup>(٣)</sup>.
- (٢) أن المودع لم يرض لإحراز ماله إلا ما عينه<sup>(٤)</sup>.
- (٣) أن الأمر بالشيء يقتضي تعيينه، فلا يعدل عنه إلا بدليل<sup>(٥)</sup>.
- (٤) أنه قطع اجتهاده بالتعيين، فخالفه بالنقل<sup>(٦)</sup>.

الراجح هو القول بالضمنان؛ لحديث: ((المسلمون على شروطهم))<sup>(٧)</sup>، وأنه قد رضي بالإيداع بهذا الشرط فما كان له بعد ذلك أن يسقطه، وأن الأمر بالشيء يقتضي تعيينه، فلا يعدل عنه إلا بدليل، ولأن المودع خالف ما أمره المودع، وأن المودع اختار المكان لمصلحة في ماله، أو في نفسه، قد لا يعلم غيره، والله تعالى أعلم بالصواب.

(١) انظر: المذهب ٣/٣٨٤، البيان ٦/٤٧٨، روضة الطالبين ٦/٣٤٠.

(٢) انظر: المغني ٩/٢٦٣.

(٣) انظر: المذهب ٣/٣٨٤، روضة الطالبين ٦/٣٣٩.

(٤) انظر: الحاوي ٨/٣٦٩.

(٥) انظر: المغني ٩/٢٦٣.

(٦) انظر: البيان ٦/٤٧٨.

(٧) أخرجه أبو داود، كتاب الأقضية، باب في الصلح ٤/١٩ رقم (٣٥٩٤)، والترمذي، كتاب الأحكام، باب ما ذكر عن الرسول ﷺ في الصلح بين الناس ٣/٦٣٤ رقم (١٣٥٢). صححه الألباني في الإرواء ٥/١٤٢ رقم (١٣٠٣).

[٩٣] المطلب الثاني: منع المودع من نقل الوديعة مطلقاً.

لو قال المودع: "لا تنقلها وإن حدثت ضرورة". فإن لم ينقلها حتى تلفت.

فقال أبو سعيد الإصطخري: يضمنها<sup>(١)</sup>.

القول الثاني: لا يضمن.

وهو قول أبي العباس ابن سريج، وأبي إسحاق<sup>(٢)</sup>.

وهو الصحيح من المذهب<sup>(٣)</sup>. وبهذا قال الحنابلة<sup>(٤)</sup>.

حجة القول الأول:

عن المغيرة<sup>(٥)</sup> قال: سمعت من رسول الله ﷺ: ((...أنه كان ينهى عن قيل وقال، وكثرة السؤال، وإضاعة المال. وكان ينهى عن عقوق الأمهات ووأد البنات ومنع وهات)) رواه البخاري<sup>(٦)</sup>.

وجه الدلالة: أن ترك الوديعة حتى تتلف من إضاعة المال المنهي عنها، فيصير أمر مالكها وسكوته سواء<sup>(٧)</sup>.

(١) انظر: حلية العلماء ٦٧٣/٢، العزيز ٣١٠/٧.

(٢) انظر: حلية العلماء ٦٧٣/٢.

(٣) انظر: حلية العلماء ٦٧٣/٢، العزيز ٣١٠/٧، روضة الطالبين ٣٤٠/٦.

(٤) انظر: المغني ٢٦٤/٩، المقنع والشرح الكبير والإنصاف ١٥/١٦.

(٥) هو: المغيرة بن شعبة بن مسعود بن متعب الثقفي، صحابي مشهور، أسلم قبل الحديبية، وولي إمرة البصرة ثم الكوفة، مات سنة خمسين على الصحيح. انظر: الإصابة ٤٥٢/٣، تقريب التهذيب ص ٩٦٥.

(٦) صحيح البخاري، كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب ما يكره من كثرة السؤال، ومن تكلف ما لا يعنيه، ص ١٥٢٨، رقم (٧٢٩٢).

(٧) انظر: المغني ٢٧٥/٩.

### حجة القول الثاني:

أن نفيه مع خوف الهلاك نصّ فيه، وتصريح به، فيكون مأذوناً في تركها في تلك الحال، فلم يضمنها؛ لامتناله أمر صاحبها، كما لو قال: "أتلف مالي" فأتلفه، لا يضمن<sup>(١)</sup>.

الراجح أنه لا يلزم المودّع الضمان إذا ترك الوديعة حتى تلفت؛ لأنه مأذون له، وامتنالاً لأمر صاحبها، والله تعالى أعلم بالصواب.

---

(١) انظر: العزيز ٣١٠/٧، روضة الطالبين ٣٤٠/٦، المغني ٢٦٤/٩.

### [٩٤] المطلب الثالث: نهي المودع المودع عن تغليف الدواب وسقيها.

ترك المودع دابة له عند المودع، ونهاه عن العلف والسقي. فلم يسقها المودع، ولم يعلفها حتى ماتت.

قال أبو سعيد الإصطخري: يجب على المودع الضمان<sup>(١)</sup>.

وبهذا قال ابن المنذر<sup>(٢)</sup>، وصححه الماوردي<sup>(٣)</sup>، وصاحب "الحاوي الصغير"<sup>(٤)</sup> من الحنابلة<sup>(٥)</sup>. وهو مقتضى قول المالكية<sup>(٦)</sup>.

### القول الثاني: لا يلزمه الضمان.

وهو المذهب عند الشافعية<sup>(٧)</sup>. وبهذا قال الحنابلة<sup>(٨)</sup>.

(١) انظر: التعليقة الكبرى تحقيق ديارا ص ٤٤٨، حلية العلماء ٦٧٦/٢، البيان ٤٩٣/٦، العزيز ٣٠٢/٧، روضة الطالبين ٣٣٢/٦، النجم الوهاج ٣٥٨/٦.

(٢) انظر: المغني ٢٧٥/٩.

(٣) انظر: الحاوي ٣٦٦/٨، النجم الوهاج ٣٥٨/٦.

(٤) هو الشيخ أبو نصر عبد الرحمن، مدرس المستنصرية. انظر: الإنصاف ١٩/١. وقال المحقق: لم نختد إليه.

(٥) انظر: الإنصاف ١٨/١٦.

(٦) وفي مواهب الجليل ٢٧٠/٦: "فرع: يجب حفظ الوديعة من التلف، ولو أذن ربها في التلف، ويضمن إن فعل. قال ابن سلمون: وفي كتاب الاستغناء: إذا قال رب الوديعة للمودع: ألقها في البحر، أو في النار، ففعل. فهو ضامن؛ للنهي عن إضاعة المال. كمن قال لرجل: اقتلني أو ولدي". وانظر: حاشية الدسوقي ٦٤٩/٣.

(٧) انظر: الحاوي ٣٦٥/٨، التعليقة الكبرى تحقيق ديارا ص ٤٤٨، التهذيب ١٢٤/٥، البيان ٤٩٣/٦، العزيز ٣٠٢/٧، روضة الطالبين ٣٣٢/٦.

(٨) انظر: المغني ٢٧٥/٩، المقنع والشرح الكبير والإنصاف ١٧/١٦-١٩.

### حجة القول الأول:

- (١) عن المغيرة رضي الله عنه قال: سمعت من رسول الله ﷺ: ((...أنه كان ينهى عن قيل وقال، وكثرة السؤال، وإضاعة المال...)) الحديث<sup>(١)</sup>.
- وجه الدلالة: أن ترك الوديعة حتى تتلف من إضاعة المال المنهي عنها، فيصير أمر مالکها وسكوته سواء<sup>(٢)</sup>.
- (٢) أنه منهي عن ترك العلف والسقي لحق الله تعالى، فإذا تركهما، فتتلف بذلك، لزمه الضمان<sup>(٣)</sup>.
- (٣) أنه شرط قد منع الشرع منه فكان مطرحاً<sup>(٤)</sup>.

### حجة القول الثاني:

- (١) أن ضمان القيمة يجب للمالك، وقد أذن بما يوجب التلف، فلم تجب له القيمة، كما لو قال: اقتل دابتي، فقتلها، لا ضمان عليه<sup>(٥)</sup>.
- (٢) أن المودع ممثل لأمر صاحبها، فلم يضمنها<sup>(٦)</sup>.
- (٣) أن نفيه عن النفقة إبراء من ضمان الذمة<sup>(٧)</sup>.

(١) تقدم تخريجه ص ٣٨١.

(٢) انظر: المغني ٩/٢٧٥.

(٣) انظر: البيان ٦/٤٩٣.

(٤) انظر: الحاوي ٨/٣٦٦.

(٥) انظر: التهذيب ٥/١٢٤، البيان ٦/٤٩٣، المغني ٩/٢٧٥.

(٦) انظر: المغني ٩/٢٧٥.

(٧) انظر: الحاوي ٨/٣٦٦.



### المناقشة والترحيح:

أجاب أصحاب القول الثاني عن الاستدلال بالنهي عن إضاعة المال:  
بأن الحق ثابت لصاحبها، فلم يغرم له شيئاً، كما لو استنابه في مباح. والتحريم أثره في بقاء حق الله تعالى، وهو التأثيم. أما حق الآدمي فلا يبقى مع إذنه في تفويته، ولأنها لم تتلف بفعله، وإنما تتلف بترك العلف المأذون فيه، أشبه ما لو قال له: لا تخرجها إذا خفت عليها، فلم يخرجها<sup>(١)</sup>.

الراجح أنه لا يلزم المودع الضمان إذا ترك الوديعة حتى تلفت؛ لأنه مأذون له، وقد لا يستطيع أن يتحمل تكاليف العلف والسقي، ولكنه يأثم على ذلك.  
والله تعالى أعلم بالصواب.

---

(١) انظر: المغني ٩/٢٧٦.

## [٩٥] المطلب الرابع: إخراج الدابة إلى خارج الحرز للعلف والسقي.

إن كان الوديعه دابة، فأخرجها المودع للسقي والعلف إلى خارج الحرز، فإن كان المنزل ضيقاً لم يضمن؛ لأنه مضطر إلى الإخراج. وإن كان المنزل واسعاً:

فقال أبو سعيد الإصطخري: يجب عليه الضمان<sup>(١)</sup>.

واختاره القفال<sup>(٢)</sup> الشاشي<sup>(٣)</sup>.

القول الثاني: لا يضمن.

وهو المذهب عند الشافعية<sup>(٤)</sup>.

حجة القول الأول:

أنه أخرج الوديعه من حرزها لغير عذر، فلزمه الضمان، كما لو أخرجها ليركبها<sup>(٥)</sup>.

---

(١) انظر: الحاوي ٣٦٥/٨، المهذب ٣٩١/٣، حلية العلماء ٦٧٦/٢، البيان ٤٩٣/٦، العزيز ٣٠٢/٧، روضة الطالبين ٣٣٣/٦.

(٢) القفال الشاشي: أبو الحسن، القاسم بن محمد بن علي القفال الشاشي. قال النووي: عظيم الشأن، جليل القدر، صاحب إتقان وتحقيق وتدقيق، وكتابه "التقريب" كتاب عظيم الفوائد من شروح مختصر المزني. وبه تخرج فقهاء خراسان، وازدادت طريقة أهل العراق به حسناً. وهو ولد الإمام العظيم القفال الكبير، تردد ذكر ابن القفال في كتب المذهب كثيراً وكثر الثناء عليه. ولكن لم يذكر تاريخ وفاته. انظر: تهذيب الأسماء ٢٧٨/٢، طبقات الشافعية الكبرى ٤٧٢/٣، طبقات الشافعية للإسنوي ١٤٥/١.

(٣) انظر: حلية العلماء ٦٧٦/٢.

(٤) انظر: الحاوي ٣٦٥/٨، المهذب ٣٩١/٣، التهذيب ١٢٤/٥، البيان ٤٩٣/٦، العزيز ٣٠٢/٧، روضة الطالبين ٣٣٣/٦.

(٥) انظر: المهذب ٣٩١/٣، البيان ٤٩٣/٦.

### حجة القول الثاني:

(١) أن ذلك يجري مجرى متزله، وقد جرت العادة بعلف البهائم والسقي خارج المنزل إذا كان آمناً<sup>(١)</sup>.

(٢) أن خارج المنزل حرز، كالمترل، فهو كما لو نقل الوديعة من بيت إلى بيت<sup>(٢)</sup>.

الراجح أنه لا يلزمه الضمان؛ لأنه قد جرت العادة بذلك، والله تعالى أعلم بالصواب.

---

(١) انظر: المهذب ٣/٣٩١، التهذيب ٥/١٢٤، البيان ٦/٤٩٣.

(٢) انظر: البيان ٦/٤٩٤.

## [٩٦] المطلب الخامس: سافر المودع وترك الوديعة عند الأمين مع وجود الحاكم.

إن أراد المودع السفر، ووجد صاحب الوديعة أو وكيله سلمها إليه، فإن لم يجد سلمها إلى الحاكم. فإن لم يكن حاكم، سلمها إلى أمين. وإن سلمها إلى أمين مع وجود الحاكم.

فقال أبو سعيد الإصطخري: يضمن<sup>(١)</sup>.

وهو المذهب عند الشافعية<sup>(٢)</sup>.<sup>(٣)</sup>. وبه قال الحنابلة<sup>(٤)</sup>.

### حجتهم:

- (١) أن أمانة الحاكم مقطوع بها، وأمانة الأمين غير مقطوع بها، فلا يجوز ترك ما يقطع به بما لا يقطع به، كما لا يجوز ترك النص إلى القياس<sup>(٥)</sup>.
- (٢) أن الحاكم نائب عن الغائب، فهو بمنزلة وكيل الغائب، وأن الحاكم هو المنصوص لحفظ الأمانات، وغير الحاكم لا ولاية له<sup>(٦)</sup>.

(١) انظر: الحاوي ٣٥٩/٨، التعليقة الكبرى تحقيق ديارا ص ٤٢٢، المذهب ٣٨٧/٣، حلية العلماء ٦٧٤/٢، البيان ٤٨٣/٦، العزيز ٢٩٤/٧.

(٢) انظر: المذهب ٣٨٧/٣، التهذيب ١١٨/٥، روضة الطالبين ٣٢٨/٦.

(٣) الوجه الثاني: لا يضمن. وهو قول أبي إسحاق المروزي، واختاره الشيخ أبو حامد؛ لأنه أمين فأشبهه الحاكم، ولأنه أودعها أميناً لعذر السفر، فهو كما لو كان الحاكم معدوماً في البلد. انظر: الحاوي ٣٥٩/٨، المذهب ٣٨٧/٣، حلية العلماء ٦٧٤/٢، التهذيب ١١٨/٥، البيان ٤٨٣/٦، العزيز ٢٩٤/٧.

وبهذا قال المالكية؛ لأنه أودعها من الحاجة لثقة مرضي، فأشبهه إيداعها عند الحاكم، ولأنه أحد سببي حفظها، فكان موكلاً إلى اجتهداده، كالحرز. انظر: الإشراف ٦٢٥/٢، التاج والإكليل ٢٧٤/٧، حاشية الدسوقي ٦٥٠/٣.

ومقتضى قول الحنفية. قال في الاختيار ٢٨/٣: "وله أن يحفظها بنفسه، ومن في عياله، وإن ناه". انظر: بدائع الصنائع ٣٠٨/٥، رد المحتار ٢٢٩/٦.

(٤) وقيل: يجوز دفعها إلى ثقة؛ لأنه قد يكون أحفظ لها، وأحب إلى صاحبها. انظر: المغني ٢٦١/٩، المقنع والشرح الكبير والإنصاف ٣١/١٦-٣٣.

(٥) انظر: الحاوي ٣٥٩/٨، المذهب ٣٨٧/٣، البيان ٤٨٣/٦.

(٦) انظر: التهذيب ١١٨/٥، المغني ٢٦١/٩.

## [٩٧] المطلب السادس: سلّم المودّع الوديعة مكرهاً لغير صاحبها.

رجل قبل وديعة طوعاً، ثم تغلب عليه متغلب، فأكرهه على أخذها منه، ودفعها المودّع بنفسه مكرهاً.

قال أبو سعيد الإصطخري: لا ضمان عليه<sup>(١)</sup>.

وهو قول الحنابلة<sup>(٢)</sup>، ومقتضى قول الحنفية<sup>(٣)</sup>.

القول الثاني: أنه ضامن لها.

وهو المذهب عند الشافعية<sup>(٤)</sup>. وبه قال أبو الخطاب<sup>(٥)</sup>، وابن عقيل من الحنابلة<sup>(٦)</sup>.

## حجة القول الأول:

(١) أنه مكره، فأشبهه إذا أخذت بغير فعل من جهته<sup>(٧)</sup>.

(٢) أنه لا يلزمه أن يقي مال غيره بنفسه، كما لو صال عليه فحل فغلبه<sup>(٨)</sup>.

(١) انظر: الحاوي ٣٧٦/٨.

(٢) انظر: المغني ٢٨٠/٩، الشرح الكبير والإنصاف ٦٩/١٦.

(٣) قال في رد المختار ٢٤١/٦: "فروع: هدد المودّع، أو الوصي على دفع المال، إن خاف تلف نفسه، أو عضوه، فدفع، لم يضمن. وإن خاف الحبس أو القيد ضمن. وإن خشى أخذ ماله كله، فهو عذر، كما لو كان الجابر هو الآخذ بنفسه، فلا ضمان".

(٤) انظر: الحاوي ٣٧٦/٨، العزيز ٣١٤/٧، روضة الطالبين ٣٤٢/٦، مغني المحتاج ٨٨/٣.

(٥) أبو الخطاب: محفوظ بن أحمد بن حسن، أبو الخطاب، الكلوثاني، من أهل باب الأزج وكلوذا من نواحي بغداد، ويلقب بنجم الهدى، وهو الإمام البار، من تصانيفه: "الهداية"، و"الانتصار"، و"التهذيب في الفرائض"، وغيرها. ولد سنة اثنتين وثلاثين وأربعمئة، وتوفي سنة عشر وخمسمئة. انظر: طبقات الحنابلة ٤٧٩/٣، ذيل طبقات الحنابلة ١١٦/١، المنهج الأحمد ٥٧/٣، سير أعلام النبلاء ٣٤٨/١٩، علماء الحنابلة ص ١١٦.

(٦) انظر: الإنصاف ٦٩/١٦.

(٧) انظر: المهذب ٣٩٢/٣.

(٨) انظر: الحاوي ٣٧٦/٨.

٣) أن الإكراه عذر له، يبيح دفعها، فلم يضمنها، كما لو أخذت من يده قهراً<sup>(١)</sup>.

### حجة القول الثاني:

١) أنه فوتّ الوديعة على صاحبها لدفع الضرر عن نفسه، فأشبهه إذا أنفقها على نفسه لخوف التلف من الجوع<sup>(٢)</sup>.

٢) أنه ليس له أن يقي نفسه بمال غيره، كما لو ألقى في البحر مال غيره<sup>(٣)</sup>.

### الترجيح:

الراجح هو القول بعدم لزوم الضمان على المودّع؛ لأنه مكره على تسليمها، والإكراه من أسباب التخفيف كما هو مقرر في القواعد، وحفظ النفس مقدم على حفظ الأموال. والله تعالى أعلم بالصواب.

(١) انظر: المغني ٩/٢٨٠.

(٢) انظر: المهذب ٣/٣٩٢.

(٣) انظر: الحاوي ٨/٣٧٦.

## المبحث التاسع: الغصب والشفعة. وفيه مطلبان:

### [٩٨] المطلب الأول: ضمان الغاصب للنقص الذي حصل في المغصوب ثم زاد.

إن نقصت العين المغصوبة، ثم زال النقص، بأن كانت جارية سميعة فهزلت، ونقصت قيمتها، ثم سمت وعادت قيمتها، ففي ضمان النقص وجهان:

قال أبو سعيد الإصطخري: لا يسقط ضمان النقص الأول<sup>(١)</sup>.

وهو الأصح في المذهب<sup>(٢)</sup>.<sup>(٣)</sup> وبه قال الحنابلة في وجه<sup>(٤)</sup>.

### حجتهم:

- (١) أن السمن الثاني غير الأول، فلا يسقط به ما وجب عليه بنقصانها بذهاب الأول<sup>(٥)</sup>.
- (٢) أن حدوث النقص قد أوجب ثبوت الضمان في ذمته، فما طرأ بعده من زيادة فحادث على ملك المغصوب منه، فلم يجوز أن يسقط به ما قد ملكه من الغرم<sup>(٦)</sup>.

(١) انظر: الحاوي ١٤٨/٧، المهذب ٤٢٠/٣، حلية العلماء ٦٨٧/٢، البيان ٣٣/٧، العزيز ٤٥٠/٥.

(٢) انظر: التهذيب ٢٩٩/٤، البيان ٣٣/٧، العزيز ٤٥٠/٥، روضة الطالبين ٤٢/٥، مغني المحتاج ٢٩٠/٢.

(٣) الوجه الثاني: يسقط عنه الضمان. وهو قول أبي علي ابن أبي هريرة؛ لأنه زال ما أوجب الضمان، فسقط الضمان، كما لو جنى على عين فابيضت، ثم زال البياض. انظر: الحاوي ١٤٨/٧، المهذب ٤٢٠/٣، حلية العلماء ٦٨٧/٢، البيان ٣٢/٧.

وبهذا قال الحنفية والمالكية؛ لأن رجوع العين المغصوبة إلى مالكةا على صفتها التي غصبت عليه توجب سقوط الضمان. انظر: بدائع الصنائع ١٥٤/٦، البحر الرائق ١٣٨/٨، الإشراف ٦٢٩/٢، الشرح الكبير للدردير ٦٩٧/٣، التاج والإكليل ٣٢٣/٧.

وهو الوجه الثاني عند الحنابلة؛ لأنه عاد ما ذهب، فأشبه ما لو مرضت فنقصت، ثم عوفيت، أو نسيت صناعة ثم تعلمتها، أو أبق العبد ثم عاد. انظر: المغني ٣٨٣/٧، المقنع والشرح الكبير والإنصاف ١٩١/١٥-١٩٢.

(٤) انظر: المغني ٣٨٢/٧، المقنع والشرح الكبير والإنصاف ١٩١/١٥.

(٥) انظر: المهذب ٤٢٠/٣، البيان ٣٣/٧.

(٦) انظر: الحاوي ١٤٨/٧.

فرع:

إن سمنت، ثم هزلت، ثم سمنت، ثم هزلت، ضمن أكثر السمنين قيمة في قول أبي علي  
ابن أبي هريرة؛ لأن يعود السمن يسقط ما في مقابلته من الأرش. ويضمن السمنين في قول  
أبي سعيد؛ لأن السمن الثاني غير الأول فلزمه ضمهما<sup>(١)</sup>.

---

(١) انظر: الحاوي ١٤٨/٧، المذهب ٤٢٠/٣.



[٩٩] المطلب الثاني: منع الدين انتقال الشقص لورثة الميت الشفيع.

قال أبو سعيد الإصطخري: إذا ملك الرجل شقصاً في دار أو أرض، فمات وعليه دين يحيط بتركته، فباع شريكه الشقص، فليس للوارث أن يأخذه بالشفعة<sup>(١)</sup>. وهو مقتضى قول الحنفية<sup>(٢)</sup>، والحنابلة<sup>(٣)</sup>.

القول الثاني: للوارث أن يأخذه بالشفعة.

قاله ابن الحداد<sup>(٤)</sup>، وأطلقه الماوردي<sup>(٥)</sup>.<sup>(٦)</sup> وهو مقتضى قول المالكية<sup>(٧)</sup>.

حجة القول الأول:

لا تنتقل إلى الورثة لإحاطة الدين بها، والتركة باقية على ملك المتوفى لا يملكها الورثة، إلا بعد قضاء الدين كله، لقوله تعالى: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾<sup>(٨)</sup> فجعل الوارث مالكا للتركة بعد قضاء الدين، فلا يحق للوارث أن يأخذه بالشفعة<sup>(٩)</sup>.

(١) انظر: البيان ١٠٨/٧.

(٢) لأن الشفعة لا تورث عندهم. انظر: المبسوط ١١٦/١٤، بدائع الصنائع ١٢٣/٤.

(٣) لأن الشفعة لا تورث عندهم إلا إذا كان الميت قد طالب بها قبل موته. انظر: المغني ٥١٠/٧، المقنع والشرح الكبير والإنصاف ٤٧٢/١٥.

(٤) انظر: حلية العلماء ٧٠٨/٢، البيان ١٠٨/٧، العزيز ٥٤٧/٥، روضة الطالبين ١١٤/٥.

(٥) انظر: الحاوي ٢٥٩/٧.

(٦) وهذا تفريع على أن الدين لا يمنع انتقال الملك إلى الورثة، وهو الأصح. وأن موت المشتري لا يبطل شفعة الشفيع. انظر: المهذب ٤٦٧/٣، التهذيب ٣٥٩/٤، العزيز ٥٤٧/٥، روضة الطالبين ١١٤/٥.

(٧) لأن الشفعة موروثة عند المالكية. انظر: الإشراف ٦٣٦/٢، القوانين الفقهية ص ٢١٤.

(٨) سورة النساء، من الآية: ١١.

(٩) انظر: الحاوي ٣٦٩/٣، البيان ١٠٨/٧.

### حجة القول الثاني:

(١) أن الدين لا يمنع انتقال الملك إلى الوارث، والشقص ملك للوارث عند بيع شريكه<sup>(١)</sup>.

(٢) أن إفلاس ميتهم لا يكون مانعاً من استحقاقها؛ لأن لهم قضاء الديون واستيفاء الشقص<sup>(٢)</sup>.

الراجح هو القول بجواز الشفعة؛ لأن الدين لا يمنع انتقال الملك إلى الوارث<sup>(٣)</sup>، والله تعالى أعلم بالصواب.

---

(١) انظر: البيان ١٠٨/٧.

(٢) انظر: الحاوي ٢٦٠/٧.

(٣) سيأتي تفصيل القول في مسألة رقم (١١٢): "الدين هل يمنع من انتقال الملك إلى الورثة؟". إن شاء الله تعالى.

## المبحث العاشر: الإجارة. وفيه ثلاثة مطالب:

### [١٠٠] المطلب الأول: حكم الإجارة بالمشاهرة والمسانهة.

ما عقد على مدة لا يجوز إلا على مدة معلومة الابتداء والانتهاء.  
فإن قال: أجرتك هذه الدار، في كل شهر بدينار. ولم يبين عدد الشهور.  
فقال أبو سعيد الإصطخري: إنه تصح في الشهر الأول بدينار، وتبطل فيما زاد عليه<sup>(١)</sup>.  
وهو قول جمهور العلماء، الحنفية<sup>(٢)</sup>، والمالكية<sup>(٣)</sup>، والحنابلة في الأصح<sup>(٤)</sup>.

### القول الثاني: إن الإجارة تبطل في الجميع.

وهو الأصح في المذهب<sup>(٥)</sup>.  
وبه قال بعض الحنفية<sup>(٦)</sup>، وهو رواية عن أحمد، اختارها بعض الحنابلة<sup>(٧)</sup>.

(١) انظر: حلية العلماء ٧٢٥/٢، البيان ٣٠٥/٧، العزيز ١١٢/٦، روضة الطالبين ١٩٦/٥.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٢٨/٤، الاختيار ٦٠/٢، رد المختار ٣٠٦/٦.

(٣) انظر: الإشراف ٦٥٤/٢، القوانين الفقهية ص ٢٠٧، حاشية الدسوقي ٦٨/٤.

(٤) إلا أنهم قالوا: إن ما زاد عليه من الشهر الثاني وغيره، هما بالخيار: بين المقام على العقد، أو فسخه. وما زاد عليه من الشهر الثاني وغيره يلزم بالدخول فيه. انظر: المغني ٢٠/٨، المقنع والشرح الكبير والإنصاف ٣٠٤/١٤، رؤوس المسائل ٩٩٧/٣، التحقيق ٣٥٢/٦.

(٥) انظر: الحاوي ٤٠٧/٧، حلية العلماء ٧٢٥/٢، المهذب ٥١٨/٣، التهذيب ٤٣٢/٤، البيان ٣٠٥/٧، روضة الطالبين ١٩٦/٥.

(٦) قال الكاساني في بدائع الصنائع ٢٨/٤: "وذكر القُدوري: أن الصحيح من قول أبي يوسف ومحمد أنه لا يجوز".

(٧) منهم: أبو بكر عبد العزيز بن جعفر، وأبو عبد الله ابن حامد، واختاره ابن عقيل. انظر: المغني ٢١/٨، المقنع والشرح الكبير والإنصاف ٣٠٥/١٤.

## حجة القول الأول:

(١) قال علي عليه السلام: (جُعت مرة بالمدينة جوعاً شديداً، فخرجت أطلب العمل في عوالي المدينة، فإذا أنا بامرأة قد جمعت مدرّاً<sup>(١)</sup>، فظننتها تريد بلّهُ، فأتيته فقاطعتها كل ذنوب على تمرّة، فمددت ستة عشر ذنوباً، حتى مجلت<sup>(٢)</sup> يداي، ثم أتيت الماء فأصبت منه، ثم أتيتها فقلت بكفيّ هكذا بين يديها، فعدت لي ست عشرة تمرّة، فأتيت النبي صلى الله عليه وآله فأخبرته، فأكل معي منها) رواه أحمد وغيره<sup>(٣)</sup>.

(٢) عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: (جاء رجل من الأنصار فقال: يا رسول الله! مالي أرى لونك منكفئاً؟ قال: ((الخمص<sup>(٤)</sup>)). فانطلق الأنصاري إلى رحله، فلم يجد في رحله شيئاً، فخرج يطلب، فإذا هو بيهودي يسقي نخلاً. فقال الأنصاري لليهودي: أسقي نخلك؟ قال: نعم. قال: كل دلو بتمرّة. واشترط الأنصاري أن لا يأخذ خدرة<sup>(٥)</sup>، ولا تارزة<sup>(٦)</sup>، ولا حشفة<sup>(٧)</sup>، ولا يأخذ إلا جلدة<sup>(٨)</sup>. فاستقى بنحو من صاعين. فجاء به إلى النبي صلى الله عليه وآله<sup>(٩)</sup>.

(١) المدر: وهو الطين المتماسك؛ لئلا يخرج منه الماء. انظر: النهاية ٦٤٤/٢.

(٢) مجلت: يقال مجلت يده، تمجل، مجلاً، ومجلت، تمجل مجلاً، إذا ثخن جلدها، وتعجّر، وظهر فيها ما يشبه البشر، من العمل بالأشياء الصلبة الخشنة. انظر: النهاية ٦٣٦/٢.

(٣) المسند ٣٥١/٢ رقم (١١٣٥)، واللفظ له، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب الإجارة، باب جواز الإجارة، ١٩٧/٦ رقم (١١٦٤٩)، وابن الجوزي في التحقيق ٣٥٢/٦. ورواه ابن ماجه، كتاب الرهون، باب الرجل يستقى كل دلو بتمرّة، ويشترط جلدة، ٨١٨/٢ رقم (٢٤٤٧) مختصراً. وجوّد الحافظ ابن حجر سند أحمد، ونقل عن ابن السكن تصحيحه لسند ابن ماجه. انظر: التلخيص الحبير ١٣٤/٣. والحديث جود ابن كثير إسناده، وقواه. انظر: إرشاد الفقيه ٨٠/٢. وحسن الشيخ الألباني سند ابن ماجه. انظر: صحيح سنن ابن ماجه ٥٦/٢ (١٩٨١)، الإرواء ٣١٤/٥.

(٤) الخمص: يقال رجل خمصان، وخميص: إذا كان ضامر البطن من الجوع. انظر: النهاية ٥٣٤/١.

(٥) الخدرة: أي عفنة، وهي التي اسودّ باطنها. انظر: النهاية ٤٧٤/١.

(٦) التارزة: أي يابسة، وكل قوي صلب يابس تارز. وسمي الميت تارزاً ليبسه. انظر: النهاية ١٨٧/١.

(٧) الحشف: اليابس الفاسد من التمر. وقيل: الضعيف الذي لا نوى له، كالشيص. انظر: النهاية ٣٨٣/١.

(٨) الجلدّة: اليابسة اللحاء الجيدة. انظر: النهاية ٢٧٩/١.

(٩) رواه ابن ماجه، كتاب الرهون، باب الرجل يستقى كل دلو بتمرّة، ويشترط جلدة، ٨١٨/٢ رقم (٢٤٤٨). وقال الألباني: "ضعيف جداً". انظر: ضعيف سنن ابن ماجه ١٩٣ (٥٣٥)، والإرواء ٣١٥/٥.

وجه الدلالة: أن هاتين القصتين شبيهة بمسألتنا؛ لأن علياً والأنصاري رضي الله عنهما لم يحددا مدة العمل، ولكن حددا الأجرة، ولم ينكر النبي ﷺ عليهما، ولأن الدلو معلوم وعوضه معلوم<sup>(١)</sup>.

(٣) أن المنافع متقدرة بتقدير الأجرة، فكلما استوفى جزءاً من المنفعة استحق في مقابلته بقسطه من الأجرة<sup>(٢)</sup>.

(٤) أن الشهر الأول معلوم، وما زاد مجهول، فصح في المعلوم، وبطل في المجهول<sup>(٣)</sup>.

### حجة القول الثاني:

(١) أنه عقد على الشهر وما زاد من الشهر، وذلك مجهول، فبطل<sup>(٤)</sup>.  
(٢) أن قوله: "كل شهر" لا نهاية له، وإذا كانت مدة الإجارة مجهولة لم تصح، كما لو قال: أجرتك زماناً<sup>(٥)</sup>.

(٣) أن الشهر الأول وإن كان معلوماً، إلا أنه أضيف إلى مجهول، والمعلوم إذا أضيف إلى مجهول صار مجهولاً، فصار كما لو قال: أجرتك داري هذه وداراً أخرى بمائة<sup>(٦)</sup>.

### الترجيح:

الراجح هو أن الإجارة صحيحة في الشهر الأول، وما بعده يحسب بالدخول فيه؛ لأن كل شهر معلوم مدته، وأجرته، فأشبه ما لو قال: أجرتك شهراً، كل يوم بكذا، ولم يظهر فيه جهالة. فكلما استوفى جزءاً من المنفعة استحق في مقابلته بقسطه من الأجرة. وهذا هو ما شاع في عرف زماننا، أن الإيجار يقع باليوم والشهر، والله تعالى أعلم بالصواب.

(١) انظر: المغني ٢١/٨، رؤوس المسائل ٩٩٧/٣.

(٢) انظر: الإشراف ٦٥٤/٢.

(٣) انظر: المذهب ٥١٨/٣.

(٤) انظر: المذهب ٥١٨/٣.

(٥) انظر: البيان ٣٠٥/٧.

(٦) انظر: البيان ٣٠٥/٧.

[١٠١] المطلب الثاني: من استأجر رجلاً ليحمل له كتاباً إلى آخر ويأتيه بجوابه.

قال أبو سعيد الإصطخري: لو استأجر رجلاً ليحمل له كتاباً إلى موضع ويأتي بجوابه، فذهب وأوصل الكتاب ولم يكتب المكتوب إليه الجواب، فللحامل الأجرة كاملة<sup>(١)</sup>.

القول الثاني: استحق من الأجرة بقدر ما عمل.

وهو المذهب عند الشافعية<sup>(٢)</sup>. وهذا مقتضى قول الحنابلة<sup>(٣)</sup>.

القول الثالث: لا يستحق الأجرة.

وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف<sup>(٤)</sup>.

القول الرابع: يستحق أجرة الذهاب فقط.

وهو قول محمد بن الحسن<sup>(٥)</sup>.

حجة القول الأول:

أنه لا يلزمه أكثر مما عمل، وكان الامتناع من غيره<sup>(٦)</sup>.

(١) انظر: طبقات الشافعية الكبرى ٣/٣٢٨، ١٠٥/٧.

(٢) انظر: البيان ٧/٣٨٩.

(٣) قال ابن قدامة في المغني ٨/١٤٤: "فصل إذا استأجر رجلاً ليحمل له كتاباً إلى مكة أو غيرها، إلى صاحب له، فحملة، فوجد صاحبه غائباً، فرده، استحق الأجر بحمله في الذهاب والرد؛ لأنه حملة في الذهاب بإذن صاحبه صريحاً، وفي الرد تضميناً، لأن تقدير كلامه: وإن لم تجد صاحبه فرده، إذ ليس سوى رده إلا تضييعه، فقد علم أنه لا يرضى تضييعه، فتعين رده، والله أعلم".

(٤) انظر: المبسوط ٣٠/٢٠٢، بدائع الصنائع ٤/٦٦، البحر الرائق ٨/١٠، رد المختار ٦/٣٠١.

(٥) انظر: المصادر السابقة.

(٦) انظر: طبقات الشافعية الكبرى ٧/١٠٥.

### حجة القول الثاني:

أنه عمل بعض ما استؤجر عليه على مقتضى الأمر، فاستحق من الأجرة بقدر ما عمل، كما لو كتب إلى جماعة، فأوصل إليهم، فرد بعضهم الجواب دون بعض<sup>(١)</sup>.

### حجة القول الثالث:

أن المقصود من حمل الكتاب إيصاله إلى فلان ولم يوجد، فلا يجب شيء، على أن المقصود وإن كان نقل الكتاب لكنه إذا رده فقد نقص تلك المنافع فبطل الأجر، كما لو استأجره ليحمل طعاما إلى البصرة إلى فلان فحمله فوجده قد مات فردّه، أنه لا أجر له لما قلنا كذا هذا<sup>(٢)</sup>.

### حجة القول الرابع:

أن الأجر مقابل بقطع المسافة لا بحمل الكتاب؛ لأنه لا حمل له ولا مؤنة، وقطع المسافة في الذهاب وقع على الوجه المأمور به فيستحق حصته من الأجر، وفي العود لم يقع على الوجه المأمور به فلا يجب به شيء<sup>(٣)</sup>.

الراجح هو القول باستحقاق الأجرة بقدر العمل؛ لأن الأجير قد عمل بما أمر به، وعليه مؤنة السفر والعودة، فيستحق ذلك، والله تعالى أعلم بالصواب.

(١) انظر: البيان ٣٨٩/٧.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٦٦/٤.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٦٦/٤.

[١٠٢] المطلب الثالث: رد المستأجر مال الإجارة بعد مضي المدة.

قال أبو سعيد الإصطخري: يلزم المستأجر رد مال الإجارة بعد مضي المدة، وإن لم يطلب المالك، وعليه مؤنته<sup>(١)</sup>.

وهو الأقرب إلى كلام الشافعي رحمته الله<sup>(٢)</sup>، واختاره الشيرازي في التنبيه<sup>(٣)</sup>.  
وبه قال المالكية<sup>(٤)</sup>.

القول الثاني: لا يلزمه الرد، وإنما عليه التخلية بين المالك وبينها إذا طلب.  
اختاره الغزالي<sup>(٥)</sup>، وهو المذهب عند الشافعية<sup>(٦)</sup>.  
وبه قال الحنفية<sup>(٧)</sup>، والحنابلة<sup>(٨)</sup>.

### حجة القول الأول:

أنه غير مأذون في الإمساك بعد المدة فلزمه الرد، كالعارية المؤقتة بعد انقضاء وقتها،  
ولأنه أخذها لمنفعة نفسه، فأشبهه المستعير<sup>(٩)</sup>.

(١) انظر: العزيز ١٤٦/٦.

(٢) قال الشافعي رحمته الله في مختصر المزني ص ١٧٤: "ولو اكترى دابة فحبسها قدر المسير، فلا شيء عليه، وإن حبسها أكثر من قدر ذلك ضمن". وانظر: العزيز ١٤٥/٦، روضة الطالبين ٢٢٦/٥.

(٣) ص ١٢٥.

(٤) انظر: الإشراف ٦٦٤/٢.

(٥) انظر: الوسيط ١٨٧/٤، الوجيز ص ٢٢٣، العزيز ١٤٥/٦.

(٦) انظر: العزيز ١٤٥/٦، روضة الطالبين ٢٢٦/٥، مغني المحتاج ٣٥١/٢.

(٧) انظر: تحفة الفقهاء ٣٥١/٢، بدائع الصنائع ٧٠/٤.

(٨) انظر: المغني ١١٤/٨، الشرح الكبير على المقنع ٤٩١/١٤، كشاف القناع ٤٦/٤.

(٩) انظر: الإشراف ٦٦٥/٢، المهذب ٥٣٨/٣، العزيز ١٤٦/٦، روضة الطالبين ٢٢٦/٥.



### حجة القول الثاني:

- (١) أنه أمانة فلا يجب رده قبل الطلب، كالوديعة<sup>(١)</sup>.
- (٢) أنه عقد لا يقتضي الضمان، فلا يقتضي رده ومؤنته، كالوديعة<sup>(٢)</sup>.

### المناقشة والترجيح:

أجاب أصحاب القول الثاني عن حجة القول الأول بأنه مثل العارية: بأن الإجارة تفارق العارية؛ فإن العارية مضمونة في كل حال، فكذلك ردها، بخلاف مسألتنا<sup>(٣)</sup>.

أرى أن الصواب في المسألة هو النظر إلى مال الإجارة، فإن كان الإجارة في شيء منقول كالسيارة، والكتب فهذه يردّها إلى صاحبها بعد مضي المدة. وإن كان مال الإجارة من العقارات، فلا يلزمه الرد، وإنما عليه التخلية بين المالك وبينها إذا طلب. والله تعالى أعلم بالصواب.

(١) انظر: المهذب ٥٣٧/٣، العزيز ١٤٥/٦، روضة الطالبين ٢٢٦/٥.

(٢) انظر: المغني ١١٤/٨.

(٣) انظر: المغني ١١٤/٨.

المبحث الحادي عشر: إحياء الموات. وفيه ثلاثة مطالب:

[١٠٣] المطلب الأول: حكم تنازع الشركاء في النهر في قدر أنصبائهم.

قال أبو سعيد الإصطخري: لو تنازع الشركاء في النهر، في قدر أنصبائهم، فيجعل على قدر

الأراضي<sup>(١)</sup>.

وهو الأصح في المذهب<sup>(٢)</sup>.<sup>(٣)</sup>.

وبه قال الحنفية<sup>(٤)</sup>، والحنابلة<sup>(٥)</sup>.

حجتهم:

(١) لأن الظاهر أن الشركة بحسب الملك<sup>(٦)</sup>.

(٢) أن المقصود بالشرب، سقي الأراضي، والحاجة إلى ذلك تختلف بقلّة الأراضي وكثرتها، فالظاهر أن حق كل واحد منهم من الشرب بقدر أرضه، وقدر حاجته<sup>(٧)</sup>.

(١) انظر: العزيز ٢٣٨/٦، روضة الطالبين ٣٠٨/٥.

(٢) انظر: الحاوي ٥١٠/٧، المهذب ٦٣١/٣، التهذيب ٥٠٨/٤، البيان ٥٠٨/٧، روضة الطالبين ٣٠٨/٥.

(٣) الوجه الثاني: يجعل لهم بالسوية؛ لأنه في أيديهم. انظر: المصادر السابقة.

(٤) انظر: المبسوط ١٧٢/٢٣، بدائع الصنائع ٢٧٧/٥، الدر المختار ٧٦٧/٦.

(٥) انظر: المغني ١٧١/٨، الشرح الكبير والإنصاف ١٤٨/١٦.

(٦) انظر: العزيز ٢٣٨/٦، روضة الطالبين ٣٠٨/٥.

(٧) انظر: المبسوط ١٧٢/٢٣.

## [١٠٤] المطلب الثاني: إحياء الموات بماء فيه مضرة على الجيران.

إذا أراد رجل أن يحيي مواتاً، ويجعل شربه من النهر الموجود فيها، فإن لم يضق الماء على الذين قد حصلت لهم الأرض، والشرب من النهر قبل هذا، كان للثاني أن يسقي معهم؛ لأن الماء مباح، ولا ضرر عليهم في ذلك.

قال أبو سعيد الإصطخري: إذا كان في إحياء هذا نقصان الماء عليهم، فلم يكن للثاني

ذلك<sup>(١)</sup>.

وبه قال أبو جعفر<sup>(٢)</sup> الترمذي<sup>(٣)</sup>. وهو المذهب عند الشافعية<sup>(٤)</sup>.

وبه قال المالكية<sup>(٥)</sup>، والحنابلة في وجه<sup>(٦)</sup>. وهو مقتضى قول الحنفية<sup>(٧)</sup>.

(١) انظر: البيان ٥٠٧/٧.

(٢) أبو جعفر الترمذي: محمد بن أحمد بن نصر، الترمذي، الشافعي، الإمام الزاهد، الورع، العلامة، شيخ الشافعية بالعراق في وقته، قال الدارقطني: ثقة مأمون ناسك. قال إبراهيم بن السري الزجاج: إنه كان يجرى على أبي جعفر في الشهر أربعة دراهم يتقوت بها. قال: وكان لا يسأل أحدا شيئا. ولد في ذي الحجة من سنة مائتين، وتوفي في المحرم سنة خمس وتسعين ومائتين. انظر: طبقات الفقهاء ص ١١٥، سير أعلام النبلاء ٥٤٦/١٣، طبقات الفقهاء الشافعيين ١٧٥/١.

(٣) انظر: البيان ٥٠٧/٧.

(٤) انظر: المهذب ٦٣١/٣، التنبيه ص ٢٦٠، التهذيب ٥٠٧/٤، العزيز ٢٣٦/٦، روضة الطالبين ٣٠٦/٥، مغني المحتاج ٣٧٤/٢.

(٥) انظر: عقد الجواهر ٩٥٦/٣، التاج والإكليل ٦٢٣/٧.

(٦) انظر: المغني ١٧٠/٨، المقنع والشرح الكبير والإنصاف ١٤٦/١٦، قال المرداوي: "وهل لهم منعه من إحياء ذلك الموات؟ على وجهين. وأطلقهما في المغني والشرح والفروع والفائق. أحدهما: ليس لهم منعه من ذلك. قال الحارثي: وهو أظهر. وقدمه ابن رزين في شرحه، وجزم به في الكافي. والوجه الثاني: لهم منعه. قال الحارثي: وهو المفهوم من إيراد الكتاب".

(٧) قال الكاساني في البدائع ٢٧٧/٥: "أن النهر الخاص لجماعة لا يملك أحدهم التصرف فيه من غير رضا الباقين، سواء أضر بهم التصرف أو لا؛ لأن رقبة النهر مملوكة لهم، وحرمة التصرف في المملوك لا تقف على الإضرار بالمالك، حتى لو أراد واحد من الشركاء أن يحفر نورا صغيرا من النهر المشترك فيسوق الماء إلى أرض أحيائها ليس لها منه شرب ليس له ذلك إلا برضاهم؛ لأن الحفر تصرف في محل مملوك على الشركة من غير رضاهم فيمنع عنه". وانظر: البحر الرائق ٢٤٥/٨، رد المختار ٧٦٧/٦.

حجتهم:

- (١) أن من أحيأ مواتاً ملكه، وملك مرافقه، وما يصلح به، ومن مرافق هذه الأرض كفايتها من الماء<sup>(١)</sup>.
- (٢) من سبق إلى شيء مباح كان أحق به، وهؤلاء الذين تقدم إحيائهم سبقوا إلى هذا الماء والشرب منه، فكانوا أحق به من غيرهم<sup>(٢)</sup>.
- (٣) لهم منعه؛ لئلا يصير ذلك ذريعة إلى منعهم حقهم من السقي، لتقديمه عليهم بالقرب، إذا طال الزمان، وجهل الحال<sup>(٣)</sup>.

---

(١) انظر: البيان ٥٠٧/٧.

(٢) انظر: البيان ٥٠٨/٧.

(٣) انظر: المغني ١٧٠/٨.

[١٠٥] المطلب الثالث: استحقاق الرجل موضعاً من الشارع إذا جلس فيه ثم قام عنه.

من جلس في موضع من الشارع، ثم قام عنه، إن كان جلوسه لاستراحة وشبهها، بطل حقه. وإن كان لحرفة ومعاملة، فإن فارقه على أن لا يعود؛ لتركه الحرفة، أو لقعوده في موضع آخر، بطل حقه أيضاً. وإن فارقه على أن يعود:

فقال أبو سعيد الإصطخري: إذا رجع إلى بيته بالدليل، فسبقه إليه غيره، فمن سبقه أحق

به<sup>(١)</sup>.

وهو اختيار الماوردي<sup>(٢)</sup>. وبه قال المالكية في قول<sup>(٣)</sup>، والحنابلة<sup>(٤)</sup>.

القول الثاني: لا يبطل حقه بالرجوع في الليل إلى بيته، وليس لغيره مزاحمته في اليوم

الثاني.

وهو المذهب عند الشافعية<sup>(٥)</sup>.<sup>(٦)</sup>

وبه قال المالكية في قول<sup>(٧)</sup>.

(١) انظر: التهذيب ٤/٥٠٠، العزيز ٦/٢٢٤، روضة الطالبين ٥/٢٩٥، النجم الوهاج ٥/٤٢٩.

(٢) انظر: الحاوي ٧/٤٩٥، الأحكام السلطانية ص ١٨٨.

(٣) وهو قول جمهور المالكية، وقالوا: أحق به استحساناً، لا وجوباً. انظر: التاج والإكليل ومواهب الجليل ٧/١٢٧، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٣/٥٦٩.

(٤) انظر: الأحكام السلطانية لأبي يعلى ص ٢٢٦، المغني ٨/١٦١، المنع والشرح الكبير والإنصاف ١٦/١٣١.

(٥) انظر: المهذب ٣/٦٢١، التهذيب ٤/٥٠٠، البيان ٧/٤٩١، العزيز ٦/٢٢٤، روضة الطالبين ٥/٢٩٥، تحفة المحتاج ٨/٣٣.

(٦) عند الشافعية: الأسواق التي تقام في كل أسبوع، أو في كل شهر مرة، إذا اتخذ فيها مقعداً، كان أحق به في النوبة الثانية، وإن تخللت بينهما أيام. انظر: التهذيب ٤/٥٠٠، العزيز ٦/٢٢٤، روضة الطالبين ٥/٢٩٥.

(٧) وهذا القول روي عن الإمام مالك. قال في مواهب الجليل ٧/١٢٧: "حكى الماوردي عن مالك أنه أحق به حتى يتم غرضه". انظر: التاج والإكليل ٧/١٢٧، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٣/٥٦٩، الحاوي ٧/٤٩٥، الأحكام السلطانية للماوردي ص ١٨٨.

القول الثالث: إن جلس يقطع الإمام، فلا يبطل حقه بقيامه عنه، وليس لغيره الجلوس فيه. وإن استقل، وترك فيه شيئاً من متاعه، بقي حقه، وإلا، فلا<sup>(١)</sup>. وهو قول القاضي الروياني، وابن<sup>(٢)</sup> الصباغ<sup>(٣)</sup>.

### حجة القول الأول:

(١) عن عائشة رضي الله عنها قالت: (قلنا: يا رسول الله! ألا نبي لك بيتاً يظلك بمنى؟ قال: ((لا. منى منى من سبق))<sup>(٤)</sup>.

وجه الدلالة: أن هذا الحديث أصل في جواز كل مباح للانتفاع به، خاصة الاستحقاق والتملك<sup>(٥)</sup>.

(٢) قال علي رضي الله عنه: (من سبق إلى مكان في السوق فهو أحق به) قال -الراوي- فلقد رأيتنا يبايع الرجل اليوم ههنا، وغدا من ناحية أخرى) رواه البيهقي<sup>(٦)</sup>.

(١) انظر: العزيز ٢٢٤/٦، روضة الطالبين ٢٩٥/٥.

(٢) ابن الصباغ: أبو نصر، عبد السيد بن محمد بن عبد الواحد، البغدادي، فقيه العراق، أخذ عن القاضي أبي الطيب الطبري، ورجح في المذهب على الشيخ أبي إسحاق، وكان ورعاً نزهة تقياً، صالحاً زاهداً. ومن مصنفاته: "الشامل" و"الكامل" و"كفاية السائل" وغيرها. ولد سنة ٤٠٠هـ، توفي في سنة ٤٧٧هـ. انظر: طبقات الشافعية الكبرى ١٢٢/٥، طبقات الشافعية لابن قاضي شعبة ٢٥٨/١.

(٣) انظر: العزيز ٢٢٤/٦، روضة الطالبين ٢٩٥/٥.

(٤) رواه أبو داود، كتاب المناسك، باب تحريم حرم مكة، ٢/٢٢٢ رقم (٢٠١٩)، والترمذي، كتاب الحج، باب ما جاء أن منى منى من سبق، ٣/٢٢٨ رقم (٨٨١) قال أبو عيسى: "هذا حديث حسن صحيح". واللفظ له، وابن ماجه، كتاب المناسك، باب التزول بمنى، ٢/١٠٠٠ رقم (٣٠٠٦). والحديث ضعفه الألباني في ضعيف سنن أبي داود ص ١٩٧ (٤٣٨)، وضعيف سنن الترمذي ص ١٠٤ (١٥٣).

(٥) انظر: عارضة الأحوذى ١١٢/٤.

(٦) السنن الكبرى، كتاب إحياء الموات، باب ما جاء في مقاعد الأسواق، ٦/٢٤٩ رقم (١١٨٣٦). والأثر ضعفه الدكتور الأعظمي في المنة الكبرى شرح وتخريج السنن الصغرى ٤٤٩/٥.

- (٣) عن سفيان بن عيينة<sup>(١)</sup> عن أبي يعفور<sup>(٢)</sup> قال: (كنا في زمن المغيرة بن شعبة: من سبق إلى مكان في السوق فهو أحق به إلى الليل) رواه البيهقي<sup>(٣)</sup>.
- (٤) قياس قيامه من موضع جلوسه في السوق على مفارقتها موضعه من المسجد، وعوده للصلاة الأخرى، وقد سبقه إليه غيره<sup>(٤)</sup>.
- (٥) أنه لو جعل هو أحق به؛ لصار في حكم ملكه، ولحماء عن غيره<sup>(٥)</sup>.
- (٦) كان هذا العمل في سوق المدينة فيما مضى<sup>(٦)</sup>.

### حجة القول الثاني:

- (١) عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: ((إذا قام أحدكم)). وفي رواية: ((من قام من مجلسه، ثم رجع إليه، فهو أحق به)) رواه مسلم<sup>(٧)</sup>.
- وجه الدلالة: هذا الحديث فيمن جلس في موضع من المسجد، أو غيره؛ لصلاة مثلاً، ثم فارقه ليعود، بأن فارقه ليتوضأ، أو يقضى شغلاً يسيراً، ثم يعود، لم يبطل اختصاصه، بل إذا رجع فهو أحق به في تلك الصلاة.

- (١) هو: سفيان بن عيينة بن أبي عمران ميمون الهلالي، أبو محمد، الكوفي، ثم المكي، محدث الحرم المكي، ثقة حافظ، فقيه إمام حجة، إلا أنه تغير حفظه بآخره، وكان ربما دلس، لكن عن الثقات. قال الشافعي: لولا مالك وسفيان لذهب علم الحجاز. وقد حج سبعين سنة. ولد سنة ١٠٧هـ، ومات في سنة ١٩٨هـ، وله ٩١ سنة. انظر: تذكرة الحفاظ ١/٢٦٢، تقريب التهذيب ص ٣٩٥، طبقات الحفاظ ص ١١٩.
- (٢) أبو يعفور: واقد، وقيل: وقدان العبدي، الكوفي، من ثقات التابعين، وهو أبو يعفور الكبير، مشهور بكنيته، حدث عن ابن عمر وأنس بن مالك وعبد الله بن أبي أوفى ومصعب بن سعد، روى عنه شعبة وإسرائيل والثوري وأبو الأحوص وابنه يونس بن أبي يعفور وسفيان بن عيينة وآخرون، مات سنة عشرين ومائة تقريباً. انظر: سير أعلام النبلاء ٥/٢١٤، تهذيب التهذيب ١١/١٢٣، تقريب التهذيب ص ١٠٣٧.
- (٣) رواه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب إحياء الموات، باب ما جاء في مقاعد الأسواق، ٦/٢٤٩ رقم (١١٨٣٨). والأثر حسنه الأعظمي في المنة الكبرى ٥/٤٤٩.
- (٤) انظر: التهذيب ٤/٥٠٠، العزيز ٦/٢٢٤.
- (٥) انظر: الحاوي ٧/٤٩٥.
- (٦) انظر: المغني ٨/١٦١.
- (٧) صحيح مسلم، كتاب السلام، باب إذا قام من مجلسه، ثم عاد، فهو أحق به، ٤/١٣٦٨، رقم (٢١٧٩).

قال الإمام النووي: "وفي معناه: من سبق إلى موضع من الشوارع، ومقاعد الأسواق؛ لمعاملة"<sup>(١)</sup>.

(٢) أن الأول ثبتت له اليد بالسبق إليه<sup>(٢)</sup>.

(٣) إعطاء الحق لمن اعتاد في ذاك الموضع، فيه من المصلحة بقطع التنازع ووقوع الاختلاف<sup>(٣)</sup>.

### حجة القول الثالث:

أن للإمام النظر والاجتهاد، فإذا أقطعه ثبتت يده عليه<sup>(٤)</sup>.

### المناقشة والترجيح:

أجاب أصحاب القول الثاني عن قياس الجلوس في الموضع للبيع بالجلوس في المسجد: بأن السوق بخلاف المسجد؛ فإنه مكان عبادة، وموضع قربة ينتابه الناس، فالسابق أولى به في أي وقت جاء؛ لقول النبي ﷺ: ((منى مناخ من سبق))<sup>(٥)</sup>.  
الراجح هو ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني: أنه لا يبطل حقه بالرجوع في الليل إلى بيته، وليس لغيره مزاحمته في اليوم الثاني؛ لعموم الحديث، أن من سبق إلى مكان فهو أحق به، وقد سبق أن جلس في هذا الموضع، والناس يعرف مكانه، وهذا أسهل لهم للحصول على حاجاتهم، وأيضاً قطعاً للتزاع، ووقوع الاختلاف بين التجار في اختيار الموقع. والله تعالى أعلم بالصواب.

(١) انظر: شرح صحيح مسلم ١٤/١٦٠-١٦٢، فتح الباري ١١/٦٦.

(٢) انظر: المهذب ٣/٦٢٤، التهذيب ٤/٥٠٠.

(٣) انظر: الحاوي ٧/٤٩٥.

(٤) انظر: التهذيب ٤/٥٠٠.

(٥) انظر: التهذيب ٤/٥٠٠، والحديث تقدم تخريجه ص ٤٠٦.



المبحث الثاني عشر: الوقف والهبة. وفيه ثلاثة مطالب:

[١٠٦] المطلب الأول: في بيان الصريح والكناية من ألفاظ الوقف.

قال أبو سعيد الإصطخري: إن لفظ التحبيس والتسبيل كناية عن الوقف<sup>(١)</sup>.

وفي رواية أخرى عنه: إن التحبيس صريح، والتسبيل كناية<sup>(٢)</sup>.<sup>(٣)</sup>.

وهو قول الحارثي<sup>(٤)</sup> من الحنابلة<sup>(٥)</sup>.

القول الثاني: إن لفظ التحبيس والتسبيل صريح عن الوقف.

وهو المذهب عند الشافعية<sup>(٦)</sup>.

وبه قال المالكية<sup>(٧)</sup>، والحنابلة<sup>(٨)</sup>، وهو مقتضى قول الحنفية<sup>(٩)</sup>.

(١) انظر: الوسيط ٤/٢٤٤، العزيز ٦/٢٦٣.

(٢) انظر: العزيز ٦/٢٦٣.

(٣) ورد في النجم الوهاج ٥/٤٧٦: "وعن الإصطخري رواية غريبة: أن لفظ الوقف ليس بصريح".

(٤) الحارثي: سعد الدين، أبو محمد، مسعود بن أحمد بن مسعود بن زيد العراقي، ثم المصري، الحنبلي، الفقيه الحافظ المتقن، قاضي القضاة. وكتب بخطه الكثير، وخرّج الجماعة، وتكلم على الحديث ورجاله، وكان عارفا بمذهبه، ثقة متقنا صينا. ولد سنة اثنتين وخمسين وست مائة، ومات في ذي الحجة سنة إحدى عشرة وسبعمائة.

انظر: تذكرة الحفاظ ٤/١٤٩٥، طبقات الحفاظ ص ٥١٩، علماء الحنابلة ص ٢٢٦.

(٥) انظر: الإنصاف ١٦/٣٦٧.

(٦) انظر: الحاوي ٧/٥١٨، حلية العلماء ٢/٧٦٦، المهذب ٣/٦٧٩، التهذيب ٤/٥١٥، البيان ٨/٧٣، الوسيط ٤/٢٤٤، العزيز ٦/٢٦٣، روضة الطالبين ٥/٣٢٢، مغني المحتاج ٢/٣٨٢.

(٧) انظر: المعونة ٢/٤٨٧، الذخيرة ٦/٣١٨، القوانين الفقهية ص ٢٧٣، حاشية الدسوقي ٤/١٣١.

(٨) انظر: المغني ٨/١٨٩، المقنع والشرح الكبير والإنصاف ١٦/٣٦٦.

(٩) توسع الحنفية في الصيغة، حيث جاء بستة وعشرين لفظاً للوقف. انظر: فتح القدير ٦/٢٠٢، الإسعاف في أحكام الأوقاف ٥٣، البحر الرائق ٥/٢٠٥-٢٠٦.

### حجة القول الأول:

- (١) أن هذين اللفظين لم يشتهرا اشتهاً لفظ الوقف<sup>(١)</sup>.  
 (٢) أن التسييل من السبيل، وهو مبهم. والتحسيس حبس الملك في الرقبة عن التصرفات المزيلة، وهو معنى الوقف<sup>(٢)</sup>.

### حجة القول الثاني:

- عن ابن عمر رضي الله عنهما: (أن عمر رضي الله عنه ملك مائة سهم من خير اشتراها، فأتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: يا رسول الله! إني أصبت مالاً، لم أصب مثله قط، وقد أردت أن أتقرب به إلى الله. فقال: ((حبس الأصل، وسبب الثمرة))<sup>(٣)</sup>.  
 وجه الدلالة: أن الشرع ورد بهما، ولا يصلحان في اللغة إلا لذلك<sup>(٤)</sup>.  
 (٢) أن هذين اللفظين صريحان؛ لكثرة استعمالهما بين الناس، واشتهارهما شرعاً، وعرفاً<sup>(٥)</sup>.

### الترجيح:

الراجح أن هذين اللفظين صريحان في معنى الوقف المشروع؛ لكثرة استعمالهما، واشتهارهما شرعاً وعرفاً، فتصرف إلى معنى الوقف، ويتم بهما الوقف بمجرّد ذكرهما، والله تعالى أعلم بالصواب.

(١) انظر: العزيز ٢٦٣/٦.

(٢) انظر: العزيز ٢٦٣/٦.

(٣) رواه الشافعي في مسنده ص ٣٠٨، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب الوقف، باب وقف المشاع، ٢٦٨/٦ (١١٩٠٤). وهو حديث صحيح. انظر: شفاء العي ٢/٢٨٥، والإرواء ٣١/٦.

(٤) انظر: المهذب ٦٧٩/٣، البيان ٧٣/٨.

(٥) انظر: العزيز ٢٦٣/٦، المغني ١٨٩/٨.

[١٠٧] المطلب الثاني: عزل الواقف من ولأه ونصب غيره.

قال أبو سعيد الإصطخري: للواقف أن يعزل من ولأه، وينصب غيره<sup>(١)</sup>.<sup>(٢)</sup>.

وبه قال أبو الطيب ابن سلمة<sup>(٣)</sup>، وهو الصحيح من المذهب<sup>(٤)</sup>.<sup>(٥)</sup>.

وبه قال الحنفية<sup>(٦)</sup>، والمالكية<sup>(٧)</sup>.

حجتهم:

يجوز عزل من ولأه، كما يعزل الموكل وكيله، وينصب غيره، وكان المتولي نائباً عنه<sup>(٨)</sup>.

(١) انظر: العزيز ٢٩١/٦، أدب القضاء لابن أبي الدم ص ٥٢٥، روضة الطالبين ٣٤٩/٥.

(٢) تنبيه: وفي كتاب "أدب القضاء لابن أبي الدم ص ٥٢٥: "إذا وقف رجل على رجل وقفاً، وفوض النظر فيه إلى رجل آخر عدل، ثم أراد بعد ذلك أن يعزله، ويستبدله به غيره، لا لأمر عرض من فسق أو خيانة، بل تشهياً. نص الإمام على أنه لا يجوز. وحكى بعض متأخري الأصحاب في هذه المسألة وجهين: أحدهما: ينسب إلى أبي سعيد الإصطخري أن له عزله.

والثاني: ينسب إلى أبي الطيب بن سلمة أنه ليس له عزله. وهو الأصح".

(٣) انظر: العزيز ٢٩١/٦، أدب القضاء لابن أبي الدم ص ٥٢٥، روضة الطالبين ٣٤٩/٥.

(٤) انظر: العزيز ٢٩١/٦، روضة الطالبين ٣٤٩/٥، منهاج الطالبين ص ٩٩، مغني المحتاج ٣٩٤/٢، تحفة المحتاج ١٦٥/٨، نهاية المحتاج ٣٩٩/٥، تيسير الوقوف على غوامض أحكام الوقوف ١٤٢/١.

(٥) وفي وجه: أنه ليس له العزل؛ لأن ملكه قد زال، فلا تبقى ولايته عليه. انظر: العزيز ٢٩١/٦، روضة الطالبين ٣٤٩/٥.

وبه قال الحنابلة. انظر: المغني ٢٣٧/٨، الإنصاف ٤٤٧/١٦، مطالب أولى النهى ٣٢٩/٤.

(٦) انظر: الاختيار ٥٠/٣، الإسعاف في أحكام الأوقاف ٥٣، رد المختار ٦٢٨/٤، حاشية قرة عيون الأخبار ٤٦٠/٧.

(٧) انظر: التاج والإكليل ٦٥٩/٧، مواهب الجليل ٦٥٧/٧، حاشية الدسوقي ١٣٧/٤.

(٨) انظر: العزيز ٢٩١/٦، روضة الطالبين ٣٤٩/٥، مغني المحتاج ٣٩٤/٢.

[١٠٨] المطلب الثالث: أهدى شخص لآخر على أن يخدمه فلم يفعل.

قال أبو سعيد الإصطخري: لو أهدى شخص لآخر هدية على أن يقضي له حاجة، أو يخدمه، فلم يفعل، وجب عليه ردها إن بقيت، وبدلها إن تلفت<sup>(١)</sup>.

وهو المذهب عند الشافعية<sup>(٢)</sup>.

وبه قال الجمهور، الحنفية<sup>(٣)</sup>، والمالكية<sup>(٤)</sup>، والحنابلة<sup>(٥)</sup>.

حجتهم:

(١) قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه: (من وهب هبة لصلة رحم، أو على وجه صدقة؛ فإنه لا يرجع فيها. ومن وهب هبة يرى أنه إنما أراد بها الثواب، فهو على هبته، يرجع فيها إذا لم يرض منها) رواه مالك<sup>(٦)</sup>.

(٢) وجب عليه رد الهدية لصاحبها؛ لأنه شرط، ولأن مقصوده لم يحصل<sup>(٧)</sup>.

(١) انظر: النجم الوهاج ٥/٥٦٧، مغني المحتاج ٢/٤٠٤، نهاية المحتاج ٥/٤٢٠.

(٢) انظر: مغني المحتاج ٢/٤٠٤، نهاية المحتاج ٥/٤٢٠، تحفة المحتاج ٨/٢٠٧، حاشية الشرواني ٦/٣١٤.

(٣) انظر: المبسوط ١٢/٤٩، بدائع الصنائع ٥/١٦٦، الاختيار ٣/٥٩.

(٤) لأن هبة الثواب على أن يكافئه الموهوب له جائز عند المالكية. انظر: الإشراف ٢/٦٧٧، الكافي لابن عبد البر ص ٥٣٢، القوانين الفقهية ص ٢٧٢، حاشية الدسوقي ٤/١٨٠.

(٥) انظر: المغني ٨/٢٨٠، الكافي لابن قدامة ٣/٥٩٩.

(٦) الموطأ، كتاب الأقضية، باب القضاء في الهبة ٢/٢٢٤، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب الهبة، باب المكافأة في الهبة، ٦/٣٠١ (١٢٠٢٨). والأثر صححه الألباني في الإرواء ٦/٥٥.

(٧) انظر: حاشية الشرواني ٦/٣١٤، المغني ٨/٢٨٠.

المبحث الثالث عشر: اللقطة واللقيط. وفيه ثلاثة مطالب:

[١٠٩] المطلب الأول: التقاط العبد غير المأذون من سيده.

قال أبو سعيد الإصطخري: إذا أخذ العبد اللقطة بعد نهي السيد له، فإنه يضمنها في رقبته<sup>(١)</sup>.

وهو المذهب عند الشافعية<sup>(٢)</sup>.<sup>(٣)</sup>.

حجتهم:

لأن نهي السيد قد قطع اجتهاد العبد في أخذها<sup>(٤)</sup>.

(١) انظر: الحاوي ٢٠/٨، حلية العلماء ٧٥٥/٢، العزيز ٣٤٧/٦، روضة الطالبين ٣٩٧/٥، مغني المحتاج ٤٠٨/٢.

(٢) انظر: البيان ٥٥٠/٧، روضة الطالبين ٣٩٧/٥، النجم الوهاج ١٣/٦، مغني المحتاج ٤٠٨/٢.

(٣) القول الثاني: يجوز للعبد الالتقاط؛ لأنه مستفاد بالفعل، والبدن، فوجب أن يستوي فيه الحر والعبد، كالاحتطاب، والاحتشاش، وغيرهما. انظر: التهذيب ٥٦٠/٤، البيان ٥٤٩/٧.

وهو قول الجمهور: الحنفية، والمالكية، والحنابلة. حجتهم: عموم الخبر، ولأن الالتقاط سبب يملك به الصبي ويصح منه، فصح من العبد، كالاحتطاب والاصطياد، ولأن من جاز له قبول الوديعة، صح منه الالتقاط كالحر. انظر: البحر الرائق ١٦٢/٥، رد المختار ٤٦٦/٤، الذخيرة ١٠٧/٩، التاج والإكليل ومواهب الجليل ٤٨/٦، الشرح الكبير للدردير ١٨٩/٤، المغني ٣٣٤/٨، المقنع والشرح الكبير والإنصاف ٢٧١/١٦، رؤوس المسائل ١٠٨٣/٣.

(٤) انظر: الحاوي ٢٠/٨.

[١١٠] المطلب الثاني: وقت امتلاك اللقطة.

قال أبو سعيد الإصطخري: إن الواجد يكون مالكا لها بمضي الحول وإن لم يختتر التملك، إلا أن يختار أن تكون في يده أمانة<sup>(١)</sup>.

وبه قال أبو حفص ابن الوكيل<sup>(٢)</sup>.

وهو قول الحنابلة<sup>(٣)</sup>.

القول الثاني: إن الواجد لا يملكها إلا باختيار التملك.

وبه قال أبو إسحاق المروزي<sup>(٤)</sup>، وهو الأصح في المذهب<sup>(٥)</sup>.<sup>(٦)</sup>

وبهذا قال المالكية<sup>(٧)</sup>، وأبو الخطاب من الحنابلة<sup>(٨)</sup>.<sup>(٩)</sup>

(١) انظر: الحاوي ٣/٣١٦.

(٢) انظر: الحاوي ٨/١٥.

(٣) انظر: المغني ٨/٣٠٠، المقنع والشرح الكبير والإنصاف ١٦/٢٣٦.

(٤) انظر: الحاوي ٨/١٥.

(٥) انظر: الحاوي ٣/٣١٦، التهذيب ٤/٥٥١، البيان ٧/٥٣٠، العزيز ٦/٣٧٠، روضة الطالبين ٥/٤١٢، مغني المحتاج ٢/٤١٥.

(٦) والوجه الثالث: أنه لا يملكها بعد مضي الحول، إلا بالاختيار والتصرف. انظر: الحاوي ٨/١٥، روضة الطالبين ٥/٤١٢.

(٧) انظر: عقد الجواهر ٣/٩٩٢، الذخيرة ٩/١١٣، الشرح الكبير للدردير ٤/١٨٨.

(٨) انظر: المغني ٨/٣٠٠، الإنصاف ١٦/٢٣٧.

(٩) وعند الحنفية: أن الملتقط لا يملك اللقطة، كالوديعة. انظر: روضة القضاة ٣/١٣٨٩، مجمع الضمانات ١/٤٦٥، فتح القدير ٦/١٢٣.

### حجة القول الأول:

(١) عن عمرو بن العاص رضي الله عنه قال: (سمعت رجلا من مزينة، وهو يسأل النبي صلى الله عليه وسلم قال: يا رسول الله، اللقطة نجدها في السبيل العامر؟ قال: ((عرفها سنة، فإن جاء صاحبها، وإلا فهي لك))<sup>(١)</sup>.

وجه الدلالة: قوله صلى الله عليه وسلم: ((هي لك)) دليل على أنه يملك بمجرد التعريف، ولو وقف ملكها على تملكها لبنه له، ولم يجوز له التصرف قبله<sup>(٢)</sup>.

(٢) أنه كسب مال بفعل فلا يشترط في تملكه اختيار التملك، كالصيد<sup>(٣)</sup>.

(٣) أن الالتقاط والتعريف سبب للتملك، فإذا وجد السبب حصل الملك، فلم يقف الملك بعده على قوله، ولا اختياره، كالميراث، والاصطياد، والاحتشاش، وإحياء الموات<sup>(٤)</sup>.

(٤) أنه كسب على غير بدل، فأشبهه الركاز والاصطياد<sup>(٥)</sup>.

### حجة القول الثاني:

(١) عن زيد بن خالد الجهني رضي الله عنه قال: (جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله عن اللقطة، فقال: ((اعرف عفاصها<sup>(٦)</sup> ووكاءها<sup>(٧)</sup>)، ثم عرفها سنة. فإن جاء صاحبها، وإلا

(١) أخرجه الإمام أحمد في المسند ٢٧٣/١١ رقم (٦٦٨٣)، وفي ٤٩٢/١١ رقم (٦٨٩١)، وأبو داود، كتاب اللقطة، بدون باب - ٣٣٥/٢ رقم (١٧١٠)، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب اللقطة، باب ما يجوز له أخذه، وما لا يجوز مما يجده، ٣١٤/٦ رقم (١٢٠٦٨)، وهو حديث حسن. انظر: صحيح سنن أبي داود ٤٧٧/١ رقم (١٧١٠).

(٢) انظر: التهذيب ٥٥١/٤، المغني ٣٠١/٨.

(٣) انظر: المهذب ٦٣٨/٣، التهذيب ٥٥١/٤.

(٤) انظر: البيان ٥٣٠/٧، المغني ٣٠١/٨.

(٥) انظر: الخاوي ١٥/٨.

(٦) هو: زيد بن خالد الجهني، المدني، صحابي مشهور، مات بالمدينة، وقيل: بالكوفة، سنة ثمان وستين أو سبعين، وله خمس وثمانون سنة. انظر: الإصابة ٥٦٥/١، تقريب التهذيب ص ٣٥٣.

(٧) العفاص: الوعاء الذي تكون فيه النفقة من جلد، أو خرقة، أو غير ذلك. من العفص: وهو الثني، والعطف، وبه سمي الجلد الذي يجعل على رأس القارورة: عفاصا، وكذلك غلافها. انظر: النهاية ٢٢٧/٢.

(٨) الوكاء: الخيط الذي تشد به الصرة والكيس، وغيرهما. انظر: النهاية ٨٧٧/٢.

فشأنك بها)) متفق عليه<sup>(١)</sup>.

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ فوض الأمر إلى اختياره، وأغراه بتملكها بعد التعريف، فدل على أنه لم يملكها بمضي مدة التعريف إلا بالاختيار<sup>(٢)</sup>.

(٢) أنه أبيع له التملك بعد الحول بعد أن كان مؤتمناً، فافتضى ألا ينتقل عما كان عليه إلا باختيار ما أبيع له<sup>(٣)</sup>.

(٣) أنه تملك ببذل فافتقر إلى اختيار التملك، كالمملك بالبيع<sup>(٤)</sup>.

### المناقشة والترحيح:

#### أجاب أصحاب القول الأول على بعض أدلة القول الثاني:

بأن التعريف سبب يُملك به، فلم يقف الملك بعده على قوله، ولا اختياره، كسائر الأسباب؛ وذلك لأن المكلف ليس إليه إلا مباشرة الأسباب، فإذا أتى بها ثبت الحكم قهراً وجبراً من الله، غير موقوف على اختيار المكلف، كالميراث<sup>(٥)</sup>.

#### أجاب أصحاب القول الثاني عن أدلة القول الأول:

١- الجواب عن قياس تملك اللقطة بعد الحول والتعريف بالميراث ببيان الفرق بينهما: بأن الموروث إنما نقل ملكه بسبب تعذر حاجته إليه، والشرع إنما ملك الأملاك لدفع الحاجات، فحيث لا حاجة لا ملك. وصاحب اللقطة يحتاج لبقاء حياته، فملكه باق عند عدم اختيار الواحد؛ لأنه لما كان مالكاً افتقر انتقال ملكه إلى رضا المنتقل إليه، ولا يشترط

(١) صحيح البخاري، كتاب في اللقطة، باب إذا لم يوجد صاحب اللقطة بعد سنة فهي لمن وجدها، ص ٤٨٠ رقم

(٢٤٢٩)، صحيح مسلم، كتاب اللقطة، -بدون باب- ١٠٨٥/٣ رقم (١٧٢٢).

(٢) انظر: الحاوي ١٥/٨، المهذب ٦٣٨/٣، التهذيب ٥٥١/٤، البيان ٥٣٠/٧، العزيز ٣٧٠/٦.

(٣) انظر: الحاوي ١٥/٨.

(٤) انظر: المهذب ٦٣٨/٣، التهذيب ٥٥١/٤، البيان ٥٣٠/٧.

(٥) انظر: المغني ٣٠١/٨.



رضاءه هو؛ لتعذر وجوده، ومن مصلحته الاقتصار على رضا الواحد؛ لتضمنها في ذمته<sup>(١)</sup>.

٢- الجواب عن الاستدلال بحديث: ((فهي لك)) بأنه روي في رواية مشهورة ((فشأنك بها)) ففوضها لاختياره، فتحمل الروايات الأخر على ما بعد الاختيار، جمعاً بينها<sup>(٢)</sup>.

٣- الجواب عن القياس بالاحتطاب والاصطياد، بأن الحطب والصيد لم يتقدم عليه ملك، فكان الأمر في انتقاله أيسر<sup>(٣)</sup>.

٤- الجواب عن قياس اللقطة بالوديعة، بأن الوديعة صاحبها معلوم، فاشتراط رضاه، كالبيع. وهذا مجهول، أشبه المفقود، فضعف ملكه<sup>(٤)</sup>.

الراجح هو أن الملتقط يملك اللقطة بعد التعريف، ولا يحتاج إلى الاختيار، إلا إذا اختار أن تكون أمانة عنده؛ لعموم الأدلة على ذلك، وقد سئل رسول الله ﷺ عن ذلك، وأفقي بما فيه متعين، وإن خالفه من خالفه؛ فإنه لم يعارضه ما يوجب تركه<sup>(٥)</sup>، والله تعالى أعلم بالصواب.

(١) انظر: الذخيرة ١١٣/٩.

(٢) انظر: الذخيرة ١١٣/٩-١١٤.

(٣) انظر: المصدر نفسه.

(٤) انظر: المصدر نفسه.

(٥) انظر: إعلام الموقعين ٣٣٢/٤.

## [١١١] المطلب الثالث: إسلام اللقيط الصبي المميز.

قال أبو سعيد الإصطخري: يصح إسلام الصبي المميز<sup>(١)</sup>.

وهو قول جمهور العلماء، الحنفية<sup>(٢)</sup>، والمالكية<sup>(٣)</sup>، والحنابلة<sup>(٤)</sup>.

## القول الثاني: لا يصح إسلام الصبي المميز.

وهو الصحيح من المذهب<sup>(٥)</sup>.<sup>(٦)</sup> وبه قال زفر من الحنفية<sup>(٧)</sup>، وهو رواية عن أحمد<sup>(٨)</sup>.

## حجة القول الأول:

(١) عن أنس رضي الله عنه قال: (كان غلام يهودي يخدم النبي ﷺ فمرض فأتاه النبي ﷺ يعوده، فقعد عند رأسه فقال له: ((أسلم)) فنظر إلى أبيه وهو عنده، فقال له: أطع أبا القاسم ﷺ فأسلم، فخرج النبي ﷺ وهو يقول: ((الحمد لله الذي أنقذه من النار)) رواه البخاري<sup>(٩)</sup>.

(١) انظر: الحاوي ٤٦٨/١٠، بحر المذهب ٣٠٥/١٠، العزيز ٣٩٥/٦، روضة الطالبين ٤٢٩/٥، النجم الوهاج ٧٤/٦، أحكام أهل الذمة ٩٠٢/٢.

(٢) انظر: المبسوط ١٢٠/١٠، بدائع الصنائع ٦٨/٦، روضة القضاة ١٢٢٥/٣، جامع أحكام الصغار ٩٣/٢، فتح القدير ٩٤/٦.

(٣) انظر: الإشراف ٦٨٣/٢، عقد الجواهر ٩٩٩/٣، الذخيرة ١٣٤/٩.

(٤) انظر: المغني ٢٧٨/١٢، المقنع والشرح الكبير والإنصاف ١٢٣/٢٧.

(٥) انظر: الحاوي ٤٦/٨، المهذب ٢٧٤/٥، التهذيب ٥٧٦/٤، البيان ١٧٢/١٢، العزيز ٣٩٥/٦، روضة الطالبين ٤٢٩/٥، مغني المحتاج ٤٢٤/٢.

(٦) الوجه الثالث: يحكى عن ابن أبي هريرة: يتوقف، فإن بلغ واستمر على كلمة الإسلام، تبينا كونه مسلماً من يومئذ، وإن وصف الكفر، تبينا أنه كان لغواً، وقد يعبر عن هذا بصحة إسلامه ظاهراً لا باطناً. انظر: البيان ١٧١/١٢، العزيز ٣٩٥/٦، روضة الطالبين ٤٢٩/٥.

(٧) انظر: المبسوط ١٢٠/١٠، فتح القدير ٩٤/٦.

(٨) انظر: المقنع والشرح الكبير والإنصاف ١٢٣/٢٧، ١٢٦.

(٩) صحيح البخاري، كتاب الجنائز، باب إذا أسلم الصبي فمات، هل يصلى عليه؟ وهل يعرض على الصبي الإسلام؟ ص ٢٦٦ رقم (١٣٥٦).

وجه الدلالة: أنه لولا صحة إسلامه لما قال النبي ﷺ: ((أنقذه من النار))<sup>(١)</sup>.

(٢) عن ابن عمر رضي الله عنهما: (أن عمر انطلق مع النبي ﷺ في رهط قبل ابن صياد<sup>(٢)</sup> حتى وجدوه يلعب مع الصبيان عند أطم<sup>(٣)</sup> بني مَعَالَة<sup>(٤)</sup>)، وقد قارب ابن صياد الحلم، فلم يشعر حتى ضرب النبي ﷺ بيده ثم قال لابن صياد: ((أتشهد أني رسول الله؟)) فنظر إليه ابن صياد فقال: أشهد أنك رسول الأمين. فقال ابن صياد للنبي ﷺ: أتشهد أني رسول الله؟ فرفضه، وقال: ((آمنت بالله وبرسوله)) الحديث، متفق عليه<sup>(٥)</sup>.

وجه الدلالة: أنه لولا صحة إسلامه لم يعرض الإسلام عليه<sup>(٦)</sup>.

(٣) عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: ((أمرت أن أقاتل الناس حتى يشهدوا أن لا إله إلا الله، وأن محمداً رسول الله، ويقيموا الصلاة، ويؤتوا الزكاة، فإذا فعلوا ذلك عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحق الإسلام، وحسابهم على الله)) رواه البخاري ومسلم<sup>(٧)</sup>. وجه الدلالة: عموم الحديث يدخل فيه الصبي<sup>(٨)</sup>.

(١) انظر: فتح الباري ٢٦٢/٣.

(٢) قال النووي في شرح صحيح مسلم ٤٦/١٨: "يقال له: ابن صياد وابن صائد. واسمه: صاف. وقصته مشكلة، وأمره مشتبّه في أنه هل هو المسيح الدجال المشهور، أم غيره. ولا شك في أنه دجال من الدجاجة. قال العلماء: وظاهر الأحاديث أن النبي ﷺ لم يوح إليه بأنه المسيح الدجال ولا غيره، وإنما أوحى إليه بصفات الدجال. وكان في ابن صياد قرائن محتملة". وانظر: فتح الباري ٣٣٧/١٣-٣٤١.

(٣) أطم: بناء مرتفع كالحصن، وجمعه: آطام. انظر: النهاية ٦٦/١، فتح الباري ٢٦١/٣.

(٤) بني مَعَالَة: بطن من الأنصار. انظر: شرح صحيح مسلم ٥٣/١٨، فتح الباري ٢٦١/٣.

(٥) صحيح البخاري، كتاب الجنائز، باب إذا أسلم الصبي فمات، هل يصلى عليه؟ وهل يعرض على الصبي الإسلام؟ ص ٢٦٦ رقم (١٣٥٤). صحيح مسلم، كتاب الفتن وأشراف الساعة، باب ذكر ابن صياد ١٧٧٧/٤ رقم (٢٩٣٠).

(٦) انظر: فتح الباري ٢٦٢/٣.

(٧) صحيح البخاري، كتاب الإيمان، باب {فإن تابوا وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة فخلوا سبيلهم}، ص ٩، رقم (٢٥)، صحيح مسلم، كتاب الإيمان، باب الأمر بقتال الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله...، ٥٨/١، رقم (٢٢).

(٨) انظر: المغني ٢٧٨/١٢.

- (٤) عن عروة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: (أسلم الزبير رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وهو ابن ثمان سنين)<sup>(٢)</sup>.
- (٥) عن عروة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: (أسلم علي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وهو ابن ثمان سنين)<sup>(٣)</sup>.
- وجه الدلالة: أسلم علي والزبير رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وهما في سن قبل البلوغ، فأصبحا من المسلمين<sup>(٤)</sup>.
- (٦) عن جابر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: قال رسول الله ﷺ: ((كل مولود يولد على الفطرة حتى يعرب عنه لسانه، فإذا أعرب عنه لسانه، فإما شاكراً وإما كفوراً)) رواه أحمد<sup>(٥)</sup>.
- وجه الدلالة: قوله ﷺ: ((حتى يعرب عنه لسانه)) جعل الغاية إعراب لسانه عنه، أي بيان لسانه عنه، فإذا أعرب عنه لسانه بعد تمييزه صار إما شاكراً وإما كفوراً بالنص، فإذا أعرب حكم عليه بالملة التي يختارها<sup>(٦)</sup>.

(١) هو: الزبير بن العوام بن خُوَيْلِد بن أسد بن عبد العزى بن قصي بن كلاب، أبو عبد الله القرشي، الأسدي، حواري رسول الله ﷺ، وابن عمته صفية بنت عبد المطلب، أحد العشرة المشهود لهم بالجنة، وأحد الستة أهل الشورى، وأول من سلَّ سيفه في سبيل الله، قتل سنة ست وثلاثين، بعد منصرفه من وقعة الجمل. انظر: الاستيعاب ١/٥٨٠، سير أعلام النبلاء ١/٤١، الإصابة ١/٥٤٥، تقريب التهذيب ص ٣٣٦.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب اللقطة، باب من قال يحكم بصحة إسلامه، ٣٤٢/٦ رقم (١٢١٧١).

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب اللقطة، باب من قال يحكم بصحة إسلامه (الصبي)، ٣٣٩/٦ رقم (١٢١٦٠). اختلفت الروايات في إسلام علي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، أسلم وهو ابن ثمان سنين، عشر سنين، خمس عشرة سنة، وغيرها. انظر: السنن الكبرى ٦/٢٠٦، المستدرک ٣/١٢٠، مجمع الزوائد ٩/١٠٣، التلخيص الحبير ٣/١٦٧، نصب الراية ٣/٤٥٩، نيل الأوطار ص ١٥٣٧.

قال ابن الجوزي في التحقيق ٧/٥١: "قلت: الذي نقلناه فيه زيادة علم؛ فإن من روى خمس عشرة لم يبلغه إسلامه وهو ابن ثمان، على أن استقرار الحال يبين بطلان هذه الدعوى؛ فإنه إذا كان له يوم المبعث ثمان سنين فقد عاش بعد المبعث ثلاثاً وعشرين، وبقي بعد رسول الله ﷺ نحو الثلاثين، فهذه مقاربة الستين وهذا الصحيح في مقدار عمره".

(٤) انظر: الحاوي ٨/٤٦، العزيز ٦/٣٩٥.

(٥) المسند ٢٣/١١٣ رقم (١٤٨٠٥)، وإسناده ضعيف. وأصل الحديث في الصحيحين عن أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ دون لفظ: "حتى يعرب عنه لسانه". انظر: صحيح البخاري، كتاب الجنائز، باب إذا أسلم الصبي فمات، هل يصل عليه؟ وهل يعرض على الصبي الإسلام؟ ص ٢٦٧ رقم (١٣٥٨)، صحيح مسلم، كتاب القدر، باب معنى كل مولود يولد على الفطرة، وحكم موت أطفال الكفار وأطفال المسلمين، ٤/١٦٢٤ رقم (٢٦٥٨).

(٦) انظر: أحكام أهل الذمة ٢/٩٠٤، نيل الأوطار ص ١٥٣٨.

- (٧) أنه مولود على الفطرة التي فطر الله عليها عباده، فإذا تكلم بكلمة الإسلام، فقد نطق بموجب الفطرة، فعملت الفطرة، والكلمة عملهما<sup>(١)</sup>.
- (٨) أنه قد يصل إلى معرفة الدليل، كما يصل إليه البالغ<sup>(٢)</sup>.
- (٩) أن الإيمان عبادة، يتصف بها الموصوف بفعله وبفعل غيره، فصحت من الصبي، كالإحرام يصح بنفسه، وبوليه<sup>(٣)</sup>.
- (١٠) كل من صحت منه الصلاة صح منه الإيمان، كالبالغ، يبين صحة هذا: أنه قد يصح الإيمان ممن لا تصح منه العبادات، وهي الحائض<sup>(٤)</sup>.
- (١٢) أن الله تعالى دعا عباده إلى دار السلام، وجعل طريقها الإسلام، وجعل من لم يجب دعوته في الجحيم والعذاب الأليم، فلا يجوز منع الصبي من إجابة دعوة الله، مع إجابته إليها، وسلوكه طريقها، ولا إلزامه بعذاب الله، والحكم عليه بالنار، وسد طريق النجاة عليه مع هربه منها<sup>(٥)</sup>.

### حجة القول الثاني:

- (١) عن عائشة رضي الله عنها عن النبي ﷺ قال: ((رفع القلم عن ثلاث: عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يعقل))<sup>(٦)</sup>.

(١) انظر: أحكام أهل الذمة ٩٠٣/٢.

(٢) انظر: الحاوي ٤٦/٨.

(٣) انظر: رؤوس المسائل ١١٠٥/٣، المغني ٢٧٩/١٢.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٦٨/٦، البيان ١٧١/١٢، رؤوس المسائل ١١٠٥/٣.

(٥) انظر: المغني ٢٧٩/١٢.

(٦) أخرجه أحمد في المسند ٢٢٤/٤١ رقم (٢٤٦٩٤)، واللفظ له، وأبو داود، كتاب الحدود، باب في المجنون يسرق أو يصيب حداً، ٥٥٨/٤ رقم (٤٣٩٨)، والنسائي، كتاب الطلاق، باب من لا يقع طلاقه من الأزواج، ص ٣٦٢ رقم (٣٤٣٢)، وابن ماجه، كتاب الطلاق، باب طلاق المعتوه والصغير والنائم، ٦٥٨/١ رقم (٢٠٤١)، والترمذي، كتاب الحدود، باب ما جاء فيمن لا يجب عليه الحد، ٢٤/٤ رقم (١٤٢٣) من حديث علي رضي الله عنه. صححه الألباني في صحيح سنن أبي داود ٥٥/٣.

- وجه الدلالة: أن الصبي رفع القلم عنه قبل البلوغ في جميع أحواله، وجمع بينه وبين المجنون في سقوط تكليفه، فلم يصح منه الإسلام<sup>(١)</sup>.
- (٢) أن عقود المعاملات أخف حالاً من شروط الإسلام، فلما امتنع قبل البلوغ أن تصح منه العقود، فأولى أن يمنع منه شروط الإسلام<sup>(٢)</sup>.
- (٣) أنه غير مكلف، فلم يصح إسلامه بنفسه، كالمجنون والصبي الذي لا تمييز له<sup>(٣)</sup>.
- (٤) أنه قول ثبت به الأحكام، فلم يصح من الصبي كالهبة<sup>(٤)</sup>.

### المناقشة والترجيح:

أجاب أصحاب القول الثاني عن أدلة الجمهور:  
أما ما روي عن عُمَرَ عَلِيٍّ رضي الله عنه حين أسلم، فقد تطرق إليه الاحتمال؛ لوجود عدة روايات في تحديدها، ويحتمل أيضاً أنه أقر بالبلوغ، ثم أسلم<sup>(٥)</sup>.

وأجاب الجمهور عن أدلة القول الثاني:

١- فأما قول النبي ﷺ: ((رفع القلم عن ثلاث))، فلا حجة لهم فيه، فإن هذا يقتضي أن لا يكتب عليه ذلك، والإسلام يكتب له لا عليه، ويسعد به في الدنيا والآخرة، فهو كالصلاة تصح منه وتكتب له وإن لم تجب عليه، وكذلك غيرها من العبادات المحضة<sup>(٦)</sup>.

(١) انظر: الحاوي ٤٦/٨.

(٢) انظر: الحاوي ٤٦/٨.

(٣) انظر: المهذب ٢٧٤/٥، العزيز ٣٩٥/٦، المغني ٢٧٨/١٢.

(٤) انظر: المغني ٢٧٨/١٢.

(٥) انظر: البيان ١٧٢/١٢.

(٦) انظر: المغني ٢٧٩/١٢.

٢- حديث: ((رفع القلم)) قلنا: نعم، في الفروع الشرعية، فأما في الأصول العقلية فممنوع، ووجوب الإيمان من الأحكام العقلية، فيجب على كل عاقل، والحديث يحمل على الأحكام الشرعية توفيقاً بين الدلائل<sup>(١)</sup>.

الراجح هو ما ذهب إليه الجمهور، أنه يصح إسلام الصبي المميز إذا أقر بالإسلام، لما يلي:

١- قوة أدلتهم، وخاصة إسلام علي والزبير رضي الله عنهما صبيًا.

٢- حديث إسلام الغلام اليهودي، وعرضه ﷺ للإسلام على ابن صياد.

٣- أن الإيمان عبارة عن التصديق، وهو تصديق الله ﷻ في جميع ما أنزل على رسله، أو تصديق رسله في جميع ما جاءوا به عن الله تبارك وتعالى، وقد وجد ذلك منه لوجود دليله، وهو إقرار العاقل، وخصوصاً عن طوع، فترتب عليه الأحكام؛ لأنها مبنية على وجود الإيمان حقيقة<sup>(٢)</sup>.

٤- أنه إذا بلغ سن التمييز، وعقل ما يقول، صار له إرادة واختيار ونطق يترتب عليه به الثواب، وإن تأخر ترتب عليه العقاب إلى ما بعد البلوغ، فلا يلزم من انتفاء صحة أسباب العقاب انتفاء صحة أسباب الثواب؛ فإن الصبي يصح حجّه وطهارته وصلاته وصيامه وصدقته وذكره، ويثاب على ذلك، وإن لم يعاقبه على تركه، فباب الثواب لا يعتمد على البلوغ؛ ولم يقدّم دليل شرعي على إهدار أقوال الصبي بالكلية، بل الأدلة الشرعية تقتضي اعتبار أقواله في الجملة<sup>(٣)</sup>، والله سبحانه وتعالى أعلم.

(١) انظر: بدائع الصنائع ٦/٦٩.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٦/٦٨-٦٩.

(٣) انظر: أحكام أهل الذمة ٢/٩٠٤.





## الفصل الرابع: الفرائض والوصايا.

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: الفرائض.

المبحث الثاني: الوصايا.

المبحث الثالث: في الأوصياء



المبحث الأول: الفرائض. وفيه أربعة مطالب:

[١١٢] المطلب الأول: منع الدين انتقال المال إلى الورثة.

قال أبو سعيد الإصطخري: إن الدين يمنع انتقال المال إلى الورثة، بل هو باق على ملك الميت إلى أن يقضى دينه<sup>(١)</sup>.

وهو قول الحنفية<sup>(٢)</sup>، وأحمد في رواية<sup>(٣)</sup>.

القول الثاني: إن الدين لا يمنع انتقال المال إلى الورثة.

وهو المذهب عند الشافعية<sup>(٤)</sup>. وبه قال الحنابلة<sup>(٥)</sup>.

حجة القول الأول:

(١) قوله عز وجل: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾<sup>(٦)</sup>

وجه الدلالة: أن الله تعالى جعل الوارث مالكا للتركة بعد قضاء الدين والوصية، فدل على انتفاء الملك لهم قبلهما<sup>(٧)</sup>.

(٢) أن الدين تستغرقه حاجته فقدم على الإرث<sup>(٨)</sup>.

(١) انظر: الحاوي ٣/٣٦٩، ٨١/١٧، المهذب ٤/٧٦، حلية العلماء ٢/٨٣٣، البيان ٣/٢٥٢، العزيز ٣/١٧٠، روضة الطالبين ٢/٣٠٥.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٥/٩٠، ٦/١٢٥.

(٣) انظر: المغني ٦/٥٦٩، الشرح الكبير ١٣/٣٣٤، الإنصاف ١٣/٣٢٩.

(٤) انظر: الحاوي ٨١/١٧، المهذب ٤/٧٦، العزيز ٣/١٧٠، روضة الطالبين ٢/٣٠٥.

(٥) انظر: المغني ٦/٥٦٩، الشرح الكبير ١٣/٣٣٤، الإنصاف ١٣/٣٢٩.

(٦) سورة النساء، من الآية: ١١.

(٧) انظر: بدائع الصنائع ٥/٩٠، الحاوي ٣/٣٦٩، المغني ٦/٥٦٩.

(٨) انظر: المهذب ٤/٧٦.

### حجة القول الثاني:

(١) أن تعلق الدين بالمال لا يزيل الملك في حق الجاني والراهن والمفلس، فلم يمنع نقله<sup>(١)</sup>.

(٢) ما لا يعرف فيه خلاف أن للورثة أن يقضوا ديون الميت من غير التركة، وتكون التركة ملكاً لهم، فلولا أن التركة على ملكهم لم يكن ذلك جائزاً لهم<sup>(٢)</sup>.

(٣) أن الميت لو كان له دين، وعليه دين جاز للورثة أن يحلفوا على دينه، ويستحقوا ويقضوا منه ديونه، فلولا أن ملك الدين قد انتقل إليهم ما جاز أن يحلفوا على غير ملكهم<sup>(٣)</sup>.

### المناقشة والترحيح:

أجاب أصحاب القول الثاني على الاستدلال بالآية: بأن المراد بها جواز التصرف دون الملك.

الراجح هو القول بانتقال الملك؛ لأن العلماء قد أجمعوا على أن الميت لو كان عليه دين وخلف ابنين، ثم مات أحد الابنين وترك ابناً، ثم إن الغرماء أبرؤا الميت من ديونهم، كانت التركة بين الابن الباقي وابن ابن الميت نصفين، فلو كانت التركة على ملك الميت لا تنتقل إلى الورثة إلا بعد قضاء الدين لوجب أن تكون جميع التركة للابن الباقي؛ لأن الميت الثاني لم يكن مالكاً لشيء منها في حياته، فلما أجمعوا على خلاف هذا دل على أن التركة قد انتقلت بالموت إلى ملك الورثة<sup>(٤)</sup>.

والله تعالى أعلم بالصواب.

(١) انظر: المغني ٥٦٩/٦. الشرح الكبير ٣٣٤/١٣، الإنصاف ٣٢٩/١٣.

(٢) انظر: الحاوي ٣٦٩/٣.

(٣) انظر: المصدر نفسه.

(٤) انظر: المصدر نفسه.

### [١١٣] المطلب الثاني: حكم المعتق نصفه يموت ويترك مالا.

قال أبو سعيد الإصطخري: المعتق بعضه لا يورث، وماله لبيت مال المسلمين<sup>(١)</sup>. وهو قول ابن سريج، وقال الفرضيون: هو الأصح<sup>(٢)</sup>، واختاره الماوردي<sup>(٣)</sup>.

القول الثاني: المعتق بعضه لا يورث، وماله لسيده.

وهو قول الشافعي في القديم<sup>(٤)</sup>. وبهذا قال المالكية<sup>(٥)</sup>، وابن حزم<sup>(٦)</sup>.

القول الثالث: المعتق بعضه يورث، وماله لورثته دون سيده.

وهو قول الشافعي في الجديد<sup>(٧)</sup>، وهو الأظهر في المذهب<sup>(٨)</sup>. وبه قال أبو يوسف ومحمد بن الحسن من الحنفية<sup>(٩)</sup>، والحنابلة<sup>(١٠)</sup>.

(١) انظر: المقنع للمحاملي ص ٨٦٤، الحاوي ٨/٨٤، ١٢/٤١١، ١٨/٢٤، التعليقة الكبرى تحقيق محب الله ص ٦٦٠، المهذب ٤/٨٠، بحر المذهب ١٤/٢٥، حلية العلماء ٢/٨٣٦، البيان ١١/٥٨٢، العزيز ٦/٥١٠، روضة الطالبين ٦/٣٠.

(٢) انظر: العزيز ٦/٥١٠، روضة الطالبين ٦/٣٠.

(٣) انظر: الحاوي ٨/٨٤.

(٤) انظر: الحاوي ٨/٨٤، المهذب ٤/٨٠، التهذيب ٥/١٣، العزيز ٦/٥١٠، روضة الطالبين ٦/٣٠.

(٥) الإشراف ٢/١٠٢١، القوانين الفقهية ٢٩١، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٤/٧٥٥.

(٦) انظر: المحلى ٩/٣٠١.

(٧) انظر: الحاوي ٨/٨٤، العزيز ٦/٥١٠، روضة الطالبين ٦/٣٠.

(٨) انظر: روضة الطالبين ٦/٣٠.

(٩) انظر: تبين الحقائق ٦/٢٤٠، رد المختار ٧/٣٥٨.

(١٠) انظر: المغني ٩/١٢٧، المقنع والشرح الكبير والإنصاف ١٨/٣٨٢، رؤوس المسائل ٤/٣١.

### حجة القول الأول:

(١) أنه لا يجوز أن يكون لسيده؛ لأنه جمعه بالحرية فلا حق له في حريته. ولا يجوز أن يورث عنه؛ لبقاء أحكام رقه، فكان أولى الجهات به بيت المال؛ ليصرف في المصالح، كمال لا مالك له<sup>(١)</sup>.

(٢) أن مالك الباقي قد أخذ حقه من كسبه، وهذا مملوك بالحرية<sup>(٢)</sup>.

(٣) أنه ليس للمالك الباقي على الحر منة ولا ولاء، ولا ملك ولا نسب، فلا معنى لصرفه إليه<sup>(٣)</sup>.

### حجة القول الثاني:

(١) أنه إذا لم يرث بحريته، لم يورث بها، ويكون ماله لسيده<sup>(٤)</sup>.

(٢) أن المانع من الإرث ملكه، فكان المال للسيد<sup>(٥)</sup>.

(٣) أنه نقص منع الإرث، فصار كما لو كان كله رقيقاً<sup>(٦)</sup>.

(٤) أن كل من لم يرث لمعنى لولاه لورث، فإنه لا يورث<sup>(٧)</sup>.

(٥) روي عن زيد بن ثابت رضي الله عنه أنه قال: (لا يرث ولا يورث)<sup>(٨)</sup>.

(١) انظر: المذهب ٨٠/٤.

(٢) انظر: العزيز ٥١٠/٦.

(٣) انظر: العزيز ٥١٠/٦.

(٤) انظر: الحاوي ٨٤/٨، المذهب ٨٠/٤.

(٥) انظر: التهذيب ١٤/٥.

(٦) انظر: العزيز ٥١٠/٦.

(٧) انظر: الإشراف ١٠٢١/٢.

(٨) لم أجد تخرجه. انظر: التمهيد لابن عبد البر ٢٨٩/١٤، المغني ١٢٧/٩.

### حجة القول الثالث:

- (١) عن ابن عباس رضي الله عنهما عن النبي ﷺ قال: ((المكاتب يعتق بقدر ما أدى، ويقام عليه الحد بقدر ما أعتق منه، ويرث بقدر ما عتق منه))<sup>(١)</sup>.
- (٢) عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال في العبد يعتق بعضه: ((يرث ويورث على قدر ما عتق منه))<sup>(٢)</sup>.
- وجه الدلالة: أن الحديث يثبت لكل بعض حكمه، فكان المعتق بعضه يورث عنه.
- (٣) أنه مال ملكه بالحرية فورث عنه ورثته، كمال الحر<sup>(٣)</sup>.
- (٤) أن السيد لم يكن يملك ذلك المال عنه في حياته، فكذلك لا يملكه بعد موته<sup>(٤)</sup>.
- (٥) أن الموروث يتبع بعض، فأثرت الحرية في تبعيضه، دليله الجلد؛ فإنه يزداد بقدر الحرية<sup>(٥)</sup>.
- (٦) أن الإرث أحد جهات الملك، فملك به من بعضه حر، كالبيع والهبة والوصية<sup>(٦)</sup>.
- (٧) روي عن علي وابن مسعود رضي الله عنهما أنهما قالوا: (يرث ويورث بقدر ما أعتق منه)<sup>(٧)</sup>.

(١) رواه النسائي، كتاب القسامة، باب دية المكاتب، ص ٤٩٧ رقم (٤٨١١)، واللفظ له، وفي السنن الكبرى، كتاب العتق، باب ذي المكاتب يؤدي بعض كتابته، ٥٠/٥ رقم (٦٣٩٠)، والترمذي، كتاب البيوع، باب ما جاء في المكاتب إذا كان عنده ما يؤدي، ٥٦٠/٣ رقم (١٢٥٩)، وأبو داود، كتاب الديات، باب في دية المكاتب، ٧٠٦/٤ رقم (٤٥٨٢)، والدارقطني، كتاب المكاتب ٣/٣٥٧، رقم (٤١٤٠) والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب المكاتب، باب ما جاء في المكاتب يصيب حداً أو ميراثاً أو يقتل، ٥٤٧/١٠ رقم (٢١٦٥٢)، وصححه الألباني في صحيح السنن. انظر: صحيح سنن الترمذي ١٨/٢ (١٠١١).

(٢) انظر: المغني ١٢٨/٩. رواه عبد الله بن أحمد بإسناده (١٠١/٢) وصححه الشيخ الألباني في الإرواء ١٦١/٦.

(٣) انظر: المهذب ٨٠/٨.

(٤) انظر: الحاوي ٨٤/٨.

(٥) انظر: رؤوس المسائل ٣٢/٤.

(٦) انظر: رؤوس المسائل ٣٢/٤.

(٧) لم أجد تخرجه. انظر: التمهيد لابن عبد البر ٢٨٩/١٤، المغني ١٢٧/٩.

### المناقشة والترجيح:

أجاب أصحاب القول الثاني عن حجة القول بالتوريث أو لبيت المال، بأنه لا يخلو أن يكون حكمه حكم العبيد أو المنعم عليهم، فإن كان حكمه حكم العبد وجب أن يكون جميع ما ترك للسيد، وإن كان حكم المنعم عليهم كان المال بين من له الرق وبين المعتق بقدر الحرية والرق، فكل ذلك مقدم على بيت المال<sup>(١)</sup>.

وأنه إذا نقل إلى بيت المال، فلا يخلوا إما أن يكون نقله إليه فيئاً<sup>(٢)</sup>، أو ميراثاً، ولا يجوز أن ينقل إليه ميراثاً؛ لأنه لا يورث، ولا يجوز أن ينقل إليه فيئاً؛ لأنه مسلم، ومال المسلم لا يكون فيئاً، وإذا بطل ذلك لم يبق إلا أن يصرف إلى سيده<sup>(٣)</sup>.

أجاب أصحاب القول الثالث عن حجة القول بعدم التوريث، لأنه ليس لمالك باقيه على ما عتق منه ملك، ولا ولاء، ولا هو ذو رحم<sup>(٤)</sup>.

الراجح في المسألة هو القول بالتوريث، وماله لورثته دون السيد، ولا لبيت المال؛ لأن المال من كسب العبد في حرته، وورثته أحق به من عموم المسلمين. ولورود الحديث عن ابن عباس رضي الله عنهما في الموضوع . والله تعالى أعلم بالصواب.

(١) انظر: الإشراف ١٠٢١/٢.

(٢) الفيء: وهو ما حصل للمسلمين من أموال الكفار من غير حرب، ولا جهاد، وأصل الفيء: الرجوع، يقال: فاء فيء فئاً وفُيُوءاً، كأنه كان في الأصل لهم، فرجع إليهم. ومنه قيل للظل الذي يكون بعد الزوال: فيء؛ لأنه يرجع من جانب الغرب إلى جانب الشرق. انظر: النهاية ٤٠٢/٢، مختار الصحاح ص ٤٥٤ (ف ي أ).

(٣) انظر: التعليقة الكبرى تحقيق محب الله ص ٦٦١.

(٤) انظر: التمهيد ٢٨٩/١٤، المغني ١٢٧/٩.



[١١٤] المطلب الثالث: شخص ملك<sup>(١)</sup> في مرض موته من يعتق عليه.

قال أبو سعيد الإصطخري: يعتق، ولا يرث بحال<sup>(٢)</sup>.

وهو اختيار أبي إسحاق الشيرازي<sup>(٣)</sup>.

القول الثاني: يعتق، ويرث المريض إذا مات.

وبهذا قال أبو العباس وهو الأصح في المذهب<sup>(٤)</sup>.

وبه قال جمهور العلماء، الحنفية<sup>(٥)</sup>، والمالكية<sup>(٦)</sup>، والحنابلة<sup>(٧)</sup>.

### حجة القول الأول:

(١) أنه ملكه بالقبول، وعتق عليه، والعتق في المرض وصية، والميراث والوصية لا يجتمعان، فلو ورثناه بطل عتقه، وإذا بطل العتق بطل الإرث، فأثبتنا العتق، وأبطلنا الإرث<sup>(٨)</sup>.

(١) بغير عوض، كالهبة والوصية. ولا خلاف بين العلماء في أنه إذا ملكه بالميراث أنه يعتق ويرث. انظر: المغني ٣٩٨/٨.

(٢) انظر: الوسيط ٤/٤٦٩، البيان ٨/٢٢٥، العزيز ٧/١٣٤، روضة الطالبين ٦/٢٠٤.

(٣) انظر: المهذب ٣/٧٢٠.

(٤) انظر: حلية العلماء ٢/٧٨٢، العزيز ٧/١٣٤، روضة الطالبين ٦/٢٠٤.

(٥) انظر: المبسوط ١٧/١٥٣.

(٦) انظر: عقد الجواهر ٣/١٢٢٨، مواهب الجليل ٦/٣٣٤.

(٧) انظر: المغني ٨/٣٩٨، ٤/٤٧٩، رؤوس المسائل ٣/١١٦١، الفروع ٤/٥٠٨، المقنع والشرح الكبير والإنصاف ١٧/١٧٠-١٧٢.

(٨) انظر: المهذب ٣/٧٢٠.

(٢) أن عتقه يعتبر وصية في حقه، وإن لم تكن وصية في حق الوارث، كما لو نكحت المريضة بدون مهر المثل، تصح المحابة من رأس المال، إن كان الزوج أجنبياً. فإن كان وارثاً، جعل وصية، فتبطل، ويجب مهر المثل<sup>(١)</sup>.

### حجة القول الثاني:

(١) أنه ليس بوصية؛ لأنه لم يخرج من ملكه شيئاً بغير عوض، بل هو مستحق شرعاً، فلا يلزم الجمع بين الميراث والوصية<sup>(٢)</sup>.

### المناقشة والترحيح:

أجاب أصحاب القول الثاني عن حجة القول الأول: بأن عتقه وصية فلا يجتمع مع الميراث. وهذا لا يصح؛ لأنه لو كان وصية لاعتبر من الثلث كما لو اشتراه<sup>(٣)</sup>. وأن الوصية هي التبرع بماله بعتية أو إتلاف، أو التسبب إلى ذلك، ولم يوجد واحد منهما؛ لأن العتق ليس من فعله، ولا يقف على اختياره، وقبول الهبة ليس بعتية، ولا إتلاف لماله، وإنما هو تحصيل شيء يتلف بتحصيله، فأشبه قبوله لشيء لا يمكنه حفظه، أو لما يتلف ببقائه، في وقت لا يمكنه التصرف فيه<sup>(٤)</sup>. وبهذا يتبين أن الراجح هو القول بالعتق والإرث، والله تعالى أعلم بالصواب.

(١) انظر: العزيز ١٣٤/٧، روضة الطالبين ٢٠٤/٦-٢٠٥.

(٢) انظر: المهذب ٧٢٠/٣، العزيز ١٣٤/٧.

(٣) انظر: المغني ٤٧٩/٨.

(٤) انظر: المغني ٤٨٠/٨.

## [١١٥] المطلب الرابع: ميراث البنت مع العم.

قال أبو سعيد الإصطخري: لو مات رجل، وترك بنتاً وعماً، فللبنت النصف، والباقي للعم<sup>(١)</sup>.

وهو المذهب عند الشافعية<sup>(٢)</sup>. وقد أجمع العلماء على ذلك<sup>(٣)</sup>.

### حجتهم:

(١) أجمع العلماء على أن البنت إذا انفردت تأخذ النصف<sup>(٤)</sup>، قال الله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا الشُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبُوَاهُ فَلِلْأُمِّهِ الثُّلُثُ فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِلْأُمِّهِ الشُّدُسُ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ ؕ أَبَاؤُكُمْ وَأَبْنَاؤُكُمْ لَا تَدْرُونَ أَيُّهُمْ أَقْرَبُ لَكُمْ نَفْعًا فَرِيضَةٌ مِنَ اللَّهِ إِنْ اللَّهُ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا﴾<sup>(٥)</sup>.

وجه الدلالة: دلت الآية بالعبرة الصريحة على أن البنت الواحدة التي ليس معها ابن تأخذ نصف التركة.

(٢) عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال: (جاءت امرأة سعد بن الربيع<sup>(٦)</sup> بابنتيها من سعد إلى

(١) انظر: طبقات الشافعية الكبرى ٢٣٣/٣.

(٢) انظر: المهذب ٨٧/٤، البيان ٤٧/٩، نهاية الهداية في تحرير الكفاية ص ١٦٨، شرح المارديني على الرحيبة ص ٥٠.

(٣) انظر: الاختيار ٩٥/٥، رد المختار ٣٥٥/٧، التلقين ص ١٧٣، القوانين الفقهية ص ٢٨٩، المغني ١٤/٩، المقنع والشرح الكبير ٧٠/١٨، العذب الفائض ٥٠/١.

(٤) انظر: الإجماع لابن المنذر ص ٣٢، مراتب الإجماع ص ١٧٩، نهاية الهداية ص ١٦٨، شرح المارديني على الرحيبة ص ٥٠.

(٥) سورة النساء، الآية: ١١.

(٦) هو: سعد بن الربيع بن عمرو بن أبي زهير بن مالك بن امرئ القيس بن مالك بن ثعلبة بن كعب بن الخزرج بن الحارث بن الخزرج، الأنصاري، الخزرجي، الحارثي، البدري، النقيب، الشهيد، الذي آخى النبي ﷺ بينه وبين عبد الرحمن بن عوف، فعزم على أن يعطي عبد الرحمن شطر ماله ويطلق إحدى زوجتيه ليتزوج بها، فامتنع عبد الرحمن من ذلك ودعا له، وكان أحد النقباء ليلة العقبة، استشهد يوم أحد. انظر: الاستيعاب ٣٤/٢، سير أعلام النبلاء ٣١٨/١، الإصابة ٢٦/٢.

رسول الله ﷺ، فقالت: يا رسول الله، هاتان ابنتا سعد بن الربيع، قتل أبوهما معك يوم أحد شهيدا، وإن عمّهما أخذ مالهما، فلم يدع لهما مالا، ولا تنكحان إلا ولهما مال، قال: ((يقضي الله في ذلك))، فتزلت آية الميراث، فبعث رسول الله ﷺ إلى عمّهما، فقال: ((أعط ابنتي سعد الثلثين، وأعط أمّهما الثمن، وما بقي فهو لك))<sup>(١)</sup>.  
وجه الدلالة: دل الحديث أن العم من العصبه، يأخذ ما بقي بعد أصحاب الفروض<sup>(٢)</sup>.

٣) عن ابن عباس رضيه عن النبي ﷺ قال: ((ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فهو لأولى رجل ذكر)) متفق عليه<sup>(٣)</sup>.  
قال الإمام النووي: "قال العلماء: المراد بأولى رجل، أقرب رجل. مأخوذ من الولي -باسكان اللام على وزن الرمي- وهو القرب، وليس المراد بأولى هنا أحق... وهذا الحديث في توريث العصبات، وقد أجمع المسلمون على أن ما بقي بعد الفروض فهو للعصبات، يقدم الأقرب فالأقرب، فلا يرث عاصب بعيد مع وجود قريب"<sup>(٤)</sup>.

(١) الحديث رواه الإمام أحمد في المسند ١٠٨/٢٣ رقم (١٤٧٩٨)، والترمذي، كتاب الفرائض، باب ما جاء في ميراث البنات، ٣٦١/٤ رقم (٢٠٩٢) واللفظ له، وقال أبو عيسى: "هذا حديث صحيح". وأبو داود، كتاب الفرائض، باب ما جاء في ميراث الصلب ٣١٤/٣ رقم (٢٨٩١)، وابن ماجه، كتاب الفرائض، باب فرائض الصلب ٩٠٨/٢ رقم (٢٧٢٠). والحديث حسنه الشيخ الألباني في صحيح سنن أبي داود ٢٦٠/٢ رقم (٢٥١٤)، وفي الإرواء ١٢١/٦ رقم (١٦٧٧).

(٢) انظر: المهذب ٩٦/٤.

(٣) صحيح البخاري، كتاب الفرائض، باب ميراث الولد من أبيه وأمه، ص ١٤١٥ رقم (٦٧٣٢)، صحيح مسلم، كتاب الفرائض، باب ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فلأولى رجل ذكر، ٩٩٩/٣ رقم (١٦١٥).

(٤) شرح صحيح مسلم ٥٣/١١ باختصار. وانظر: مراتب الإجماع ص ١٧٦.

المبحث الثاني: الوصايا. وفيه ستة مطالب:

[١١٦] المطلب الأول: وقت تلك الوصية بعد موت الموصي.

قال أبو سعيد الإصطخري: إن الوصية تدخل في ملك الموصى له بغير قبول، كال ميراث<sup>(١)</sup>.  
وبه قال زفر من الحنفية<sup>(٢)</sup>، وهو وجه عند الحنابلة<sup>(٣)</sup>.

القول الثاني: إن الوصية تدخل في ملك الموصى له بالقبول، فإن قبل يحكم له بانتقال الملك إليه.

وهو الأظهر في المذهب<sup>(٤)</sup>.  
وبه قال جمهور العلماء، الحنفية<sup>(٥)</sup>، والمالكية<sup>(٦)</sup>، والحنابلة<sup>(٧)</sup>.

حجة القول الأول:

- (١) أن ملك الموصى له بمثالة ملك الوارث؛ لأن كل واحد من الملكين ينتقل بالموت، ثم ملك الوارث لا يفتقر إلى قبوله، وكذا ملك الموصى له<sup>(٨)</sup>.
- (٢) أنها خلافة، فلا يحتاج فيها إلى القبول كال ميراث<sup>(٩)</sup>.

(١) انظر: الحاوي ٣/٣٧٠.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٦/٤٢٥، تبين الحقائق ٦/١٨٤، الدر المختار ورد المختار ٧/٢٢٩.

(٣) انظر: المغني ٨/٤١٩، الشرح الكبير والإنصاف ١٧/٢٤٨.

(٤) انظر: روضة الطالبين ٦/١٤٣، منهاج الطالبين ص ١١٢، مغني المحتاج ٣/٥٤.

(٥) انظر: بدائع الصنائع ٦/٤٢٥، الاختيار ٥/٧٣، تكملة البحر الرائق ٨/٤٨٦، الدر المختار ورد المختار ٧/٢٢٩.

(٦) انظر: الإشراف ٢/١٠١٤، عقد الجواهر ٣/١٢٢٤، الذخيرة ٧/٥٥.

(٧) انظر: المغني ٨/٤١٨، المقنع والشرح الكبير والإنصاف ١٧/٢٤٧.

(٨) انظر: بدائع الصنائع ٦/٤٢٥.

(٩) انظر: تبين الحقائق ٦/١٨٤.

### حجة القول الثاني:

- (١) قوله تبارك وتعالى: ﴿وَأَنْ لَّيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى﴾<sup>(١)</sup>. وجه الدلالة: ظاهر الآية أن لا يكون للإنسان شيء بدون سعيه، فلو ثبت الملك للموصى له من غير قبول لثبت من غير سعيه، وهذا منفي إلا ما خص بدليل<sup>(٢)</sup>.
- (٢) أنها تملك مال لمن هو من أهل الملك متعين، فاعتبر قبوله، كالهبة والبيع<sup>(٣)</sup>.
- (٣) أن الوصية إثبات ملك جديد، ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب، ولا يرد عليه به، ولا يملك أحد إثبات الملك لغيره بدون اختياره<sup>(٤)</sup>.

### المناقشة والترجيح:

- أجاب الجمهور عن حجة القول الأول بأن الوصية تدخل في ملك الموصى له بمجرد موت الموصي، قياساً على الإرث: بالفرق بينهما: أن الوصية تملك، والميراث تملك وليس بتمليك<sup>(٥)</sup>.
- لو لزمه الملك من غير قبوله للحقه الضرر من غير التزامه، وإلزام من له ولاية الإلزام، إذ ليس للموصي ولاية إلزام الضرر فلا يلزمه، بخلاف ملك الوارث؛ لأن اللزوم هناك بإلزام من له ولاية الإلزام، وهو الله تبارك وتعالى، فلم يقف على القبول، كسائر الأحكام التي تلزم بإلزام الشرع ابتداء.
- ولأن القول بثبوت الملك له من غير قبوله يؤدي إلى الإضرار به من وجهين: أحدهما أنه يلحقه ضرر المنة، ولهذا توقف ثبوت الملك للموهوب له على قبوله، دفعاً لضرر المنة.

(١) سورة النجم، الآية: ٣٩.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٤٢٥/٦.

(٣) انظر: المغني ٤١٨/٨.

(٤) انظر: تبين الحقائق ١٨٤/٦.

(٥) انظر: رؤوس المسائل ١١٥٤/٣.

والثاني أن الموصى به قد يكون شيئاً يتضرر به الموصى له كالعبد الأعمى والزمن والمقعد ونحو ذلك<sup>(١)</sup>.

ولأنه لو كان يدخل في ملك الموصى له بموت الموصي، من غير قبول، لما انفسخ بالرد، كالميراث. ولا خلاف أن الموصى له متى رد الوصية بعد موت الموصي، رجع الشيء إلى الورثة، فدل على أنه لا يدخل في ملك الموصى له إلا برضاه وقبوله<sup>(٢)</sup>.

وبهذا يتبين أن الراجح هو ما ذهب إليه الجمهور، أن الوصية لا تملك إلا بقبول الموصى له؛ لأن الوصية لا تخرج من كونها تبرعاً من التبرعات، ولا ينتقل إلا بالقبول، وفيه تحقيق لغرض الموصي من الوصية، ومراعاة لجانب الموصى له، وهي حمايته من لحوق الضرر به. والله تعالى أعلم بالصواب.

(١) انظر: بدائع الصنائع ٤٢٥/٦.

(٢) انظر: رؤوس المسائل ١١٥٤/٣.

[١١٧] المطلب الثاني: شخص أوصى بكلبه الوحيد.

قال أبو سعيد الإصطخري: إن كان له كلب فوصى لرجل، ولم تجز الورثة، وكان له مال، يدفع إليه ثلث الكلب<sup>(١)</sup>.

وبه قال الحنابلة<sup>(٢)</sup>.

القول الثاني: إنه يدفع الجميع إلى الموصى له.  
وبه قال أبو علي ابن أبي هريرة<sup>(٣)</sup>، وهو الأظهر في المذهب<sup>(٤)</sup>.  
وبه قال الحنابلة في وجه<sup>(٥)</sup>.

### حجة القول الأول:

(١) أنه لا يجوز أن يحصل للموصى له شيء إلا ويحصل للورثة مثله، ولا يمكن اعتبار الكلب من ثلث المال؛ لأنه لا قيمة له، فاعتبر بنفسه<sup>(٦)</sup>.  
(٢) أنه مما لا يمكن أن يشتري، فيساويه الورثة فيما صار إليهم من المال، فاختص الكلب بحكمه، وصار كأنه جميع التركة<sup>(٧)</sup>.

(١) انظر: الحاوي ٢٣٧/٨، التعليقة الكبرى بتحقيق الأخ ديارا ص ٢٠٥، حلية العلماء ٧٩٠/٢، المهذب ٧٣٧/٣، التهذيب ٨٨/٥، العزيز ٣٩/٧، روضة الطالبين ١٢٠/٦.

(٢) انظر: المغني ٥٦٨/٨، المقنع والشرح الكبير والإنصاف ٣٤٤/١٧، الإقناع للححاوي ١٥٣/٣.

(٣) انظر: الحاوي ٢٣٧/٨، حلية العلماء ٧٩٠/٢، المهذب ٧٣٧/٣، التهذيب ٨٨/٥، العزيز ٣٩/٧، روضة الطالبين ١٢١/٦.

(٤) انظر: العزيز ٣٩/٧، منهاج الطالبين ص ١١١، مغني المحتاج ٤٦/٣، الإقناع للشريبي ٢١٨/٢.

(٥) انظر: المغني ٥٦٨/٨، المقنع والشرح الكبير والإنصاف ٣٤٤/١٧.

(٦) انظر: المهذب ٧٣٧/٣، التهذيب ٨٩/٥، البيان ٢٥٧/٨.

(٧) انظر: الحاوي ٢٣٧/٨.



### حجة القول الثاني:

أن قليل المال خير من الكلب الذي ليس بمال، إذ لا قيمة للكلب، فأمضيت الوصية فيه، كما لو أوصى له بشاة، وله مال تخرج الشاة من ثلثه<sup>(١)</sup>.

---

(١) انظر: الحاوي ٢٣٧/٨، المهذب ٧٣٧/٣، التهذيب ٨٩/٥، البيان ٢٥٧/٨.

[١١٨] المطلب الثالث: ترك ثلاثة كلاب ومالاً وأوصى بجميع كلابه الثلاثة.

قال أبو سعيد الإصطخري: لو ترك ثلاثة كلاب ومالاً، وأوصى بجميع كلابه الثلاثة، تصح الوصية في أحدها<sup>(١)</sup>.  
وبه قال الحنابلة<sup>(٢)</sup>.

القول الثاني: لو ترك ثلاثة كلاب ومالاً، وأوصى بجميع كلابه الثلاثة، تصح الوصية في جميعها.  
وهو قول ابن أبي هريرة<sup>(٣)</sup>.

حجة القول الأول:

أن الكلاب ليست من جنس المال، فيقدر كأنه لا مال له، وتنفذ الوصية في الثلاثة الكلاب<sup>(٤)</sup>.

حجة القول الثاني:

أن المعتبر أن يبقى للورثة ضعف الموصى به، والمال وإن قل خير من ضعف الكلب، إذ لا قيمة له<sup>(٥)</sup>.

(١) انظر: الحاوي ٢٣٧/٨، التعليقة الكبرى تحقيق ديارا ص ٢٠٦، العزيز ٣٩/٧.

(٢) انظر: المغني ٥٦٩/٨، الشرح الكبير ٣٤٥/١٧، الإقناع للحجاوي ١٥٣/٣، منتهى الإرادات ١٣/٢.

(٣) انظر: الحاوي ٢٣٧/٨، العزيز ٣٩/٧.

(٤) انظر: العزيز ٣٩/٧، روضة الطالبين ١٢٠/٦.

(٥) انظر: العزيز ٣٩/٧، روضة الطالبين ١٢٠/٦.

[١١٩] المطلب الرابع: قضاء الديون من نتاج التركة بعد موت الموصي.

قال أبو سعيد الإصطخري: إذا ضاقت التركة عن الديون، تقضى من نتاج التركة<sup>(١)</sup>.

القول الثاني: لا تقضى منها الديون.

وهو المذهب عند الشافعية<sup>(٢)</sup>.

حجة القول الأول:

(١) تقضى منها الديون؛ لحدوثها عن التركة المستحقة في الديون، بخلاف الوصايا؛ لأن للورثة شركة في الوصايا بالثلثين، وليس لهم شركة في الدين<sup>(٣)</sup>.

(٢) أنهم استفادوا من تركة لا يستقر ملكهم عليها إلا بعد قضاء ديونها<sup>(٤)</sup>.

حجة القول الثاني:

لا تقضى منها الديون كما لا تنفذ منها الوصايا<sup>(٥)</sup>.

(١) انظر: الحاوي ٦٧/١٨، بحر المذهب ٤٧/١٤، ٦٤.

(٢) انظر: الحاوي ٦٧/١٨، بحر المذهب ٤٧/١٤، ٦٤.

(٣) انظر: الحاوي ٦٧/١٨، بحر المذهب ٤٧/١٤، ٦٤.

(٤) انظر: بحر المذهب ٤٧/١٤.

(٥) انظر: الحاوي ٦٧/١٨، بحر المذهب ٤٧/١٤، ٦٤.

[١٢٠] المطلب الخامس: قبول العبد الوصية بغير إذن المولى.

قال أبو سعيد الإصطخري: لا يصح قبول العبد الوصية من غير إذن المولى<sup>(١)</sup>.

وبه قال أبو الخطاب من الحنابلة<sup>(٢)</sup>.

القول الثاني: إنه يصح قبول العبد الوصية بغير إذن سيده، ويملك به المولى.

وهو المذهب عند الشافعية<sup>(٣)</sup>. وبه قال المالكية<sup>(٤)</sup>، والحنابلة<sup>(٥)</sup>.

حجة القول الأول:

(١) أنه تمليك للسيد بعقد، فيشترط إذنه، ولم يصح القبول فيه من غير إذنه<sup>(٦)</sup>.

(٢) أن منافعه مستحقة للسيد بكل حال، فلا يملك التصرف فيها بغير إذن السيد، كالشراء<sup>(٧)</sup>.

حجة القول الثاني:

(١) أنه اكتساب بغير عوض، فصح منه بغير إذن السيد، كقبول الهبة، وتحصيل المباح من الاصطياد والاحتطاب<sup>(٨)</sup>.

(١) انظر: الحاوي ١٩٢/٨، المهذب ٧١٤/٣، التهذيب ٧٢/٥، البيان ١٦٨/٨، العزيز ٣٧٣/٤.

(٢) انظر: الإنصاف ٢٨٩/١٧، القواعد والفوائد الأصولية ص ٢٩٥.

(٣) انظر: الحاوي ١٩٢/٨، المهذب ٧١٤/٣، التهذيب ٧٢/٥، البيان ١٦٨، ٣٠٤/٨، العزيز ٣٧٣/٤، روضة الطالبين ٥٧٣/٣.

(٤) انظر: عقد الجواهر ١٢١٦/٣، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٦٦١/٤.

(٥) انظر: المغني ٥٢٠/٨، الشرح الكبير والإنصاف ٢٨٨/١٧، القواعد والفوائد الأصولية ص ٢٩٥.

(٦) انظر: المهذب ٧١٤/٣، التهذيب ٧٢/٥.

(٧) انظر: البيان ١٦٨/٨، المغني ٥٢٠/٨.

(٨) انظر: المهذب ٧١٤/٣، التهذيب ٧٢/٥، البيان ١٦٨/٨، العزيز ٣٧٣/٤، المغني ٥٢٠/٨.

٢) يصح قبوله بغير إذن السيد، كما لو خالعت العبد زوجته صح، ودخل العوض في ملك سيده قهراً، فكذلك هاهنا<sup>(١)</sup>.

---

(١) انظر: العزيز ٣٧٣/٤، روضة الطالبين ٥٧٣/٣.

[١٢١] المطلب السادس: نفقة العبد الموصى بمنفعته إذا احتاج إلى النفقة.

قال أبو سعيد الإصطخري: إذا أوصى السيد عبده لرجل بمنفعة على التأيد، فنفقته على الموصى له بالمنفعة<sup>(١)</sup>.

وبه قال الحنفية<sup>(٢)</sup>، والمالكية<sup>(٣)</sup>، والحنابلة<sup>(٤)</sup>.

القول الثاني: إنها على المالك (الوارث).

وهو قول أبي علي ابن أبي هريرة<sup>(٥)</sup>، وهو الأصح<sup>(٦)</sup>.

وبهذا قال أحمد في رواية<sup>(٧)</sup>.

القول الثالث: إنها في كسبه، فإن لم يف الكسب ففي بيت المال<sup>(٨)</sup>.

حكاه أبو حامد الإسفراييني<sup>(٩)</sup>. وهو وجه عند الحنابلة<sup>(١٠)</sup>.

(١) انظر: الحاوي ٢٢٢/٨، المهذب ٧٤٦/٣، حلية العلماء ٧٩٣/٢، العزيز ١١٣/٧، النجم الوهاج ٣٠١/٦، المغني ٤٦١/٨.

(٢) إن كان العبد كبيراً؛ لأن منفعته له، فكانت النفقة والكسوة عليه، وإن كان العبد صغيراً، فنفقته على صاحب الرقبة إلى أن يدرك الخدمة، ويصير من أهلها. انظر: بدائع الصنائع ٥٠٥/٦، روضة القضاء ٧١٠/٢، رد المحتار ٢٧٨/٧.

(٣) انظر: عقد الجواهر ١٢٢٨/٣، الذخيرة ٨٨/٧.

(٤) وهو الأصح في المذهب. انظر: المغني ٤٦١/٨، الشرح الكبير والإنصاف ٣٧٥/١٧.

(٥) انظر: الحاوي ٢٢٢/٨، المهذب ٧٤٦/٣، حلية العلماء ٧٩٣/٢.

(٦) انظر: التهذيب ٨٤/٥، العزيز ١١٣/٧، روضة الطالبين ١٨٩/٦، منهاج الطالبين ص ١١٣، مغني المحتاج ٦٦/٣.

(٧) هذا الوجه ذكره الشريف أبو جعفر مذهباً للإمام أحمد. انظر: المغني ٤٦١/٨، الإنصاف ٣٧٥/١٧.

(٨) انظر: المهذب ٧٤٦/٣، روضة الطالبين ١٨٩/٦.

(٩) انظر: الحاوي ٢٢٢/٨، البيان ٢٧٥/٨.

(١٠) انظر: المقنع والشرح الكبير والإنصاف ٣٧٣/١٧.

### حجة القول الأول:

- (١) أنه يملك منفعته على التأييد، فكانت النفقة عليه، كالزواج<sup>(١)</sup>.
- (٢) أن المنفعة تختص بالكسب، والكسب له، فكان عليه ضره، كالمالك لهما جميعاً<sup>(٢)</sup>.

### حجة القول الثاني:

- (١) أن النفقة على الرقبة، فكانت على صاحبها، كالعبد المستأجر، وكما لو لم يكن منفعة<sup>(٣)</sup>.
- (٢) أن الفطرة تلزمه، والفطرة تتبع النفقة، ووجوب التابع على إنسان دليل على وجوب المتبوع عليه<sup>(٤)</sup>.

### حجة القول الثالث:

- (١) أنه لا يمكن إيجابها على المالك؛ لأنه لا يملك الانتفاع، ولا على الموصى له؛ لأنه لا يملك الرقبة، فلم يبق إلا ما قلناه<sup>(٥)</sup>.
- (٢) أن كل واحد من مالكي الرقبة والمنفعة لم يكمل فيه استحقاق وجوبها عليه، فعدل إلى بيت المال<sup>(٦)</sup>.

(١) انظر: العزيز ١١٣/٧، المغني ٤٦١/٨.

(٢) انظر: الحاوي ٢٢٢/٨، المهذب ٧٤٦/٣، المغني ٤٦١/٨.

(٣) انظر: المهذب ٧٤٦/٣، العزيز ١١٣/٧، المغني ٤٦١/٨.

(٤) انظر: المغني ٤٦١/٨.

(٥) انظر: المهذب ٧٤٦/٣، البيان ٢٧٥/٨، العزيز ١١٣/٧.

(٦) الحاوي ٢٢٢/٨.

### المناقشة والترجيح:

أجاب أصحاب القول الأول عن القول بإيجاب النفقة على المالك: بأن إيجاب النفقة على من لا نفع له ضرر مجرد، فيصير معنى الوصية: أوصيت لك بنفع عبدي، وأبقيت على ورثتي ضرره. وإن وصى بنفعه لإنسان، ولآخر برقبته، كان معناه: أوصيت لهذا بنفعه، ولهذا بضره. والشرع ينفي هذا بقوله: ((لا ضرر ولا ضرار))<sup>(١)</sup>.

ولذلك جعل ((الخراج بالضمان))<sup>(٢)</sup>، ليكون ضرره على من له نفعه.

والجواب على قياسهم بالمستأجر، فإن نفعه في الحقيقة للمؤجر؛ لأنه يأخذ الأجر عوضاً عن منافعه<sup>(٣)</sup>.

وبهذا يتبين أن الراجح هو القول بوجودها على الموصى له بالمنفعة. والله تعالى أعلم بالصواب.

(١) أصل هذه القاعدة، حديث عبادة بن الصامت وابن عباس رضي الله عنهما: (أن رسول الله ﷺ قضى أن ((لا ضرر ولا ضرار)) رواه ابن ماجه، كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره ٧٨٤/٢ رقم (٢٣٤٠)، والإمام أحمد في المسند ٥٥/٥ رقم (٢٨٦٥)، والحديث لا يخلو أكثر طرقه من مقال، ولكن المحدثين حكموا بصحته بمجموع طرقه. انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٣، إرواء الغليل ٤٠٨/٣ رقم (٨٩٦)، سلسلة الأحاديث الصحيحة ٤٩٨/١ رقم (٢٥٠)، صحيح الجامع الصغير ١٢٤٩/٢ رقم (٧٥١٧).

(٢) أصل هذه القاعدة، حديث عائشة رضي الله عنها عن النبي ﷺ قال: ((الخراج بالضمان)). رواه الإمام أحمد في المسند ٢٧٢/٤٠ رقم (٢٤٢٢٤)، وأبو داود في كتاب البيوع والإجازات، باب فيمن اشترى عبداً فاستعمله، ثم وجد به عيباً ٧٧٧/٣ رقم (٣٥٠٨، ٣٥٠٩)، والترمذي في كتاب البيوع، باب ما جاء فيمن يشتري العبد ويستغله، ثم يجد به عيباً ٥٨٢/٣ رقم (١٢٨٥) وقال: هذا حديث حسن صحيح. والنسائي في كتاب البيوع، باب الخراج بالضمان ص ٤٦٨ رقم (٤٤٩٠)، وابن ماجه، كتاب التجارات، باب الخراج بالضمان ٧٥٤/٢ رقم (٢٢٤٣)، وحسنه الألباني في الإرواء ١٥٨/٥ رقم (١٥١٣). انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٣٥.

(٣) انظر: المغني ٤٦١/٨.



المبحث الثالث: في الأوصياء. وفيه خمسة مطالب:

[١٢٢] المطلب الأول: الوقت الذي يراعى فيه عدالة الوصي.

قال أبو سعيد الإصطخري: يراعى عدالة الوصي في الطرفين، عند الوصية وعند الموت، ولا يضر أن يكون بين الوصية والموت غير عدل<sup>(١)</sup>. وبه قال الحنابلة<sup>(٢)</sup>.

القول الثاني: يراعى عدالة الوصي عند موت الموصي، ولا يضر أن يكون فاسقاً عند عقد الوصية.

وهو قول أبي إسحاق المروزي<sup>(٣)</sup>، واختاره الشيخ أبو حامد<sup>(٤)</sup>. وبه قال الحنابلة في وجه<sup>(٥)</sup>.

القول الثالث: تعتبر عدالة الوصي من حين الوصية إلى أن يموت الموصي، فإن طرأ عليه في شيء منه فسق، بطلت الوصية.

وهو قول ابن سريج<sup>(٦)</sup>، وهو الأصح<sup>(٧)</sup>. وبه قال المالكية<sup>(٨)</sup>، والحنابلة في وجه<sup>(٩)</sup>.<sup>(١٠)</sup>

(١) انظر: الحاوي ٣٣١/٨.

(٢) انظر: المغني ٥٥٤/٨، المقنع والشرح الكبير والإنصاف ٤٦٩/١٧-٤٧٠.

(٣) انظر: الحاوي ٣٣١/٨.

(٤) انظر: البيان ٣٠٦/٨.

(٥) انظر: المغني ٥٥٤/٨، المقنع والشرح الكبير والإنصاف ٤٦٩/١٧-٤٧٠.

(٦) انظر: العزيز ٢٦٩/٧.

(٧) انظر: الحاوي ٣٣١/٨، المهذب ٧٥٤/٣، التهذيب ١٠٧/٥، العزيز ٢٦٩/٧، روضة الطالبين ٣١١/٦.

(٨) انظر: الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٧٠٤/٤.

(٩) انظر: المغني ٥٥٤/٨، المقنع والشرح الكبير والإنصاف ٤٦٩/١٧-٤٧٠.

(١٠) وعند الحنفية تصح الوصية إلى الفاسق ولكن يستبدل. قال في الدر المختار ٢٨٥/٧: "(ولو) أوصى (إلى صبي وعبد غيره وكافر وفاسق بدل) أي بدلهم القاضي (بغيرهم) إتماماً للنظر. ولفظ (بدل) يفيد صحة الوصية، فلو تصرفوا قبل الإخراج جاز". وانظر: تكملة البحر الرائق ٥٢٣/٨، تبين الحقائق ٢٠٦/٦.

### حجة القول الأول:

- (١) أن وقت الوصية هو حال الإيجاب، ووقت الموت هو حال القبول، فاعتبر فيهما العدالة، ولم تعتبر في غيرهما<sup>(١)</sup>.
- (٢) أنها شروط لعقد، فتعتبر حال وجوده، كسائر العقود<sup>(٢)</sup>.
- (٣) أنها شروط لصحة العقد، فاعتبرت حالة العقد، ولا ينفع وجودها بعده<sup>(٣)</sup>.

### حجة القول الثاني:

- (١) قياس عدالة الوصي على عدالة الشهود بأنها تشترط عند الأداء، أو الحكم، دون التحمل<sup>(٤)</sup>.
- (٢) أن الوصي إنما يستحق النظر في تلك الحال دون ما قبله، فاعتبر حاله فيه، كما يعتبر كون الشخص وارثاً عند موت المورث دون ما قبله<sup>(٥)</sup>.

### حجة القول الثالث:

- أن كل وقت من ذلك يجوز أن يموت فيه الموصي فيستحق الوصي فيه النظر، فاعتبرت الشروط في الجميع<sup>(٦)</sup>.

### الترجيح:

الراجح هو ما ذهب إليه أصحاب القول الأول، أن المعتبر عدالة الوصي عند الوصية وعند الموت؛ لأنه لا يتصور أن يوصي إلى فاسق ابتداءً، ولأن وقت الموت هو وقت الأداء فيعتبر فيه عدالته، والله تعالى أعلم بالصواب.

(١) انظر: الحاوي ٣٣١/٨، المهذب ٧٥٤/٣، البيان ٣٠٦/٨.

(٢) انظر: المغني ٥٥٤/٨.

(٣) انظر: المغني ٥٥٤/٨.

(٤) انظر: الحاوي ٣٣١/٨، المهذب ٧٥٤/٣.

(٥) انظر: البيان ٣٠٦/٨.

(٦) انظر: الحاوي ٣٣١/٨، المهذب ٧٥٤/٣، البيان ٣٠٦/٨.

[١٢٣] المطلب الثاني: ولاية الأم على صغار ولدها في المال.

قال أبو سعيد الإصطخري: للأم أن توصي في أموال أطفالها عند عدم الأب والجد<sup>(١)</sup>.

وهو مقتضى قول القاضي أبي<sup>(٢)</sup> يعلى<sup>(٣)</sup>، واختاره شيخ الإسلام ابن تيمية<sup>(٤)</sup>.

القول الثاني: لا ولاية لها عليهم، فليس لها أن توصي.

وهو قول أبي إسحاق المروزي<sup>(٥)</sup>، وهو المذهب عند الشافعية<sup>(٦)</sup>.

وبه قال المالكية<sup>(٧)</sup>، والحنابلة في المذهب<sup>(٨)</sup>.

وهو مقتضى قول الحنفية<sup>(٩)</sup>.

(١) انظر: الحاوي ٣٣٣/٨، التهذيب ١٠٦/٥، العزيز ٢٧٦/٧، روضة الطالبين ٣١٥/٦، مغني المحتاج ٧٥/٣، حواشي الشرواني ٨٨/٧.

(٢) أبو يعلى: محمد بن الحسين بن محمد بن خلف بن أحمد، الفراء، البغدادي، الحنبلي، الإمام العلامة، شيخ الحنابلة، القاضي، من مصنفاته: "التعليقة الكبرى"، و"الأحكام السلطانية"، وأحكام القرآن، وغيرها. ولد سنة ثمانين وثلاثمائة، وتوفي سنة ثمان وخمسين وأربعمائة. انظر: طبقات الحنابلة ٣/٣٦١، سير أعلام النبلاء ١٨/٨٩، علماء الحنابلة ص ١٠٣.

(٣) انظر: الإنصاف ٣٦٩/١٣.

(٤) انظر: الاختيارات الفقهية ص ١٢٠، الإنصاف ٣٦٩/١٢.

(٥) انظر: الحاوي ٣٣٣/٨.

(٦) انظر: المهذب ٢٧٢/٣، التهذيب ١٠٦/٥، العزيز ٢٧٦/٧، روضة الطالبين ٣١٥/٦، مغني المحتاج ٧٦/٣.

(٧) إلا أن تكون الأم وصياً من أب، وكان المال يسيراً. انظر: عقد الجواهر ٣/١٢٣٤، الذخيرة ٧/١٥٧، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٤/٧٠٢، التاج والإكليل مواهب الجليل ٨/٥٥٦.

(٨) انظر: المغني ٨/٥٥٠، الشرح الكبير والإنصاف ١٧/٤٨٥.

(٩) انظر: بدائع الصنائع ٤/٣٥٣، البحر الرائق ٥/٢٨١، رد المختار ٧/٣٠٠.

### حجة القول الأول:

- (١) عن عائشة رضي الله عنها: (أن هند بنت عتبة قالت: يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح، وليس يعطيني ما يكفيني وولدي، إلا ما أخذت منه، وهو لا يعلم. فقال: ((خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف)) رواه البخاري<sup>(١)</sup>.
- وجه الدلالة: أن الرسول ﷺ جوز لها أن تنفق على أولادها الصغار، فدل ذلك على أن لها أن توصي في أموال أولادها الصغار<sup>(٢)</sup>.
- (٢) أن الأم أحد الأبوين، فاستحقت النظر في مال الولد، كالأب<sup>(٣)</sup>.
- (٣) أن للأم عليهم ولاية كالأب؛ لما فيها من البعضية، وأنها برأفة الأنوثة، أحنّ عليهم وأشفق<sup>(٤)</sup>.

### حجة القول الثاني:

- (١) أنها ليست من أهل الولاية عليهم في النكاح، فلم يجز أن تلي عليهم في مالهم<sup>(٥)</sup>.
- (٢) أن قرابة الأم لا تتضمن تعصياً، فلم تتضمن ولاية، كقرابة الخال<sup>(٦)</sup>.
- (٣) أن الأم قصرت بنقص الأنوثة عن ولاية النكاح التي تسري في جميع العصبات، فكانت أولى أن تقصر عما يختص من الولاية بالآباء دون سائر العصبات<sup>(٧)</sup>.
- (٤) أنها قاصرة، لا تلي النكاح بحال، فلا تلي مال غيرها، كالعبد. ولأنها لا تلي بولاية القضاء فكذلك بالنسب<sup>(٨)</sup>.

(١) تقدم تخريجه ص ٣٦١.

(٢) انظر: البيان ٣٠٥/٨.

(٣) انظر: المذهب ٢٧٢/٣، البيان ٢٠٨/٦.

(٤) انظر: الحاوي ٣٣٣/٨.

(٥) انظر: التعليقة الكبرى تحقيق ديارا ص ٣٦٦، المذهب ٢٧٢/٣، البيان ٢٠٨/٦.

(٦) انظر: البيان ٢٠٨/٦.

(٧) انظر: الحاوي ٣٣٣/٨.

(٨) انظر: المغني ٥٥٠/٨.

### الترجيح:

الراجح هو القول بثبوت ولاية الأم على مال أولادها الصغار، فتوصي في أمور أطفالها عند عدم الأب والجد؛ لاتفاق العلماء على أن المرأة تصح أن تكون وصية، فإذا أقام الرجل زوجته أو غيرها وصياً من بعده على أولادها الصغار ومات مصراً على ذلك، جاز ذلك<sup>(١)</sup>. وقد أوصى الخليفة عمر رضي الله عنه إلى ابنته حفصة رضي الله عنها<sup>(٢)</sup>.

فإذا صحت أن تكون وصية جاز أن تلي أموال أولادها الصغار؛ لأنها لما صحت أن تكون وصية، دل ذلك على أن لها ولاية في المال، فجاز أن تلي الوصية في أموال أولادها. ولأنها أشفق على ولدها من غيرها، وقد ثبت أن ولاية المال ثابتة لها في مالها، فلا تقاس على ولاية النكاح التي لا تثبت لها، فيجوز لها أن تلي الوصية في مال ولدها الصغير، والله تعالى أعلم بالصواب.

(١) انظر: الإشراف ١٠١٠/٢، المعونة ٥١٥/٢، مغني المحتاج ٧٥/٣، المغني ٥٥٢/٨.

(٢) تقدم تخريجه ص ٣٦٣.

### [١٢٤] المطلب الثالث: من أوصى إلى اثنين مجتمعين.

إذا كانت الوصية إلى اثنين مجتمعين، وليس لأحدهما التفرد بالنظر، ففي جواز اقتسام المال حفاظاً له، وجهان:

قال أبو سعيد الإصطخري: يجوز لهما القسمة، ولكن لم يكن لواحد منهما أن يتصرف فيما بيده إلا مع اجتماع صاحبه<sup>(١)</sup>.

وهو قول ابن أبي هريرة<sup>(٢)</sup>. ومقتضى قول أبي يوسف من الحنفية<sup>(٣)</sup>.

الوجه الثاني: ليس لهما القسمة.

وهو قول أبي إسحاق المروزي<sup>(٤)</sup>، واختاره الماوردي<sup>(٥)</sup>. وبه قال المالكية<sup>(٦)</sup>.

حجة الوجه الأول:

أن اقتسامهما المال أعون لهما على حفظه، وإنما الاجتماع على التنفيذ<sup>(٧)</sup>.

حجة الوجه الثاني:

ليس لهما الاقتسام، كما ليس لهما التفرد بالإنفاذ<sup>(٨)</sup>.

(١) انظر: الحاوي ٣٣٨/٨.

(٢) انظر: الحاوي ٣٣٨/٨.

(٣) عنده: يجوز لكل واحد منهما أن ينفرد بالتصرف في جميع الأشياء؛ لأن الوصية خلافة، وذلك إنما يكون إذا ثبت للخليفة مثل ما كان للمستخلف. انظر: الاختيار ٧٤/٥، الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير للكنوي ٥٢٩/١.

(٤) انظر: الحاوي ٣٣٨/٨، البيان ٣٠٩/٨.

(٥) انظر: الحاوي ٣٣٨/٨.

(٦) انظر: التاج والإكليل ومواهب الجليل ٥٦٧/٨، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٧٠٥/٤.

(٧) انظر: الحاوي ٣٣٨/٨.

(٨) انظر: الحاوي ٣٣٨/٨.

[١٢٥] المطلب الرابع: اتفقا على قدر النفقة واختلفا في قدر المدة.

قال أبو سعيد الإصطخري: إذا بلغ الصبي واختلف هو والوصي في المدة، فقال الوصي:

أنفقت عشر سنين. وقال الصبي: خمس سنين. فالقول قول الوصي<sup>(١)</sup>.

وهو قول أبي يوسف من الحنفية<sup>(٢)</sup>.

القول الثاني: إن القول قول الصبي مع يمينه.

وهو الأصح عند الشافعية<sup>(٣)</sup>.

وبه قال جمهور العلماء: الحنفية<sup>(٤)</sup>، والمالكية<sup>(٥)</sup>، والحنابلة<sup>(٦)</sup>.

حجة القول الأول:

(١) القول قول الوصي، كما لو اختلفا في قدر النفقة<sup>(٧)</sup>.

(٢) أن الصبي يدعي عليه وجوب تسليم المال وهو ينكر، فيكون القول قوله<sup>(٨)</sup>.

(١) انظر: روضة القضاة ٧٠٦/٢، الحاوي ٣٤٦/٨، المهذب ٧٥٨/٣، حلية العلماء ٧٩٩/٢، البيان ٣١٤/٨،

العزیز ٢٨٣/٧، النجم الوهاج ٣٣٧/٦.

(٢) انظر: مجمع الضمانات ٨٢٨/٢.

(٣) انظر: الحاوي ٣٤٦/٨، المهذب ٧٥٨/٣، البيان ٣١٤/٨، العزیز ٢٦٣/٧، روضة الطالبين ٣٢١/٦.

(٤) انظر: روضة القضاة ٧٠٦/٢، مجمع الضمانات ٨٢٨/٢.

(٥) انظر: عقد الجواهر ١٢٣٨/٣، الذخيرة ١٨١/٧، التاج والإكليل ومواهب الجليل ٥٧٨/٨، الشرح الكبير

وحاشية الدسوقي ٧٠٩/٤.

(٦) انظر: الكافي لابن قدامة ٦٦/٤، المبدع ٣٤٦/٤.

(٧) انظر: الحاوي ٣٤٦/٨.

(٨) انظر: مجمع الضمانات ٨٢٨/٢.

### حجة القول الثاني:

- (١) أن الأصل حياة الأب، ويمكن الوصي إقامة البينة على موت الأب<sup>(١)</sup>.
- (٢) أن الأمانة التي أوجبت صدقه لم تتناول الزمان المتنازع فيه<sup>(٢)</sup>.
- (٣) أن الأصل عدم إنفاق ما يدعيه الوصي من النفقة، وإقامة البينة عليه ممكنة<sup>(٣)</sup>.

### الترجيح:

الراجح هو ما ذهب إليه الجمهور، أن القول قول الصبي؛ بناء على أن الأصل حياة الموصي، ويمكن إقامة البينة على ذلك باستدعاء الشهود، وغيرها. والله تعالى أعلم بالصواب.

(١) انظر: البيان ٣١٤/٨.

(٢) انظر: حاشية الدسوقي ٧٠٩/٤.

(٣) انظر: الحاوي ٣٤٦/٨، الذخيرة ١٨١/٧.



[١٢٦] المطلب الخامس: حكم الوصية بالولاية على مال البالغ.

قال أبو سعيد الإصطخري: لا تصح الوصية بالنظر في مال الكبير، سواء كان حاضراً أو غائباً<sup>(١)</sup>.

وهو المذهب عند الشافعية<sup>(٢)</sup>.

وبه قال المالكية<sup>(٣)</sup>.<sup>(٤)</sup>.

حجتهم:

هذا قول لا يسوغ فيه الاجتهاد، ولو أن حاكماً حكم به، نقض حكمه؛ لأنه لما لم يكن للموصي ولاية على البالغ في حياته، فكيف يجوز لوصيه بعد وفاته<sup>(٥)</sup>.

(١) انظر: الحاوي ٣٣٤/٨.

(٢) انظر: الحاوي ٣٣٤/٨، العزيز ٢٧٤/٧، روضة الطالبين ٣١٤/٦.

(٣) انظر: عقد الجواهر ١٢٣٥/٣، التاج والإكليل ومواهب الجليل ٥٥٥/٨.

(٤) عند الإمام أبي حنيفة رحمه الله تصح الوصية بالولاية على مال البالغ إذا كان غائباً، وهكذا إذا كان حاضراً، وشريكه في الميراث طفل. انظر: المبسوط ١٠٠/٢١.

(٥) انظر: الحاوي ٣٣٤/٨.

