

## الباب الثاني: البيوع.

و فيه أربعة فصول:

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

الفصل الثاني: الربا والتصرية واختلاف المتباعين.

الفصل الثالث: في الرهن، والتفليس، والحجر، والصلح،  
والحالة، والشركة، والضمان، والوكالة، والوديعة،  
والغصب، والشفعية، والإجارة، وإحياء الموات،  
والوقف، والهبة، واللقطة.

الفصل الرابع: الفرائض والوصايا.



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

وفيه مباحثان:

المبحث الأول: الخيار.

المبحث الثاني: في بيع الغرر.



## المبحث الأول: الخيار. وفيه أربعة مطالب:

### [٦١] المطلب الأول: ما يحصل به التفرق.

قال أبو سعيد الإصطخري: إذا كان المباعان في صحراء، أو في سوق، يشرط أن يبعد عن صاحبه، بحيث لو كلامه 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 الجرد<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 ومشي قليلاً حصل التفرق.  
وهو المذهب عند الشافعية<sup>(٧)</sup>. وبه قال الحنابلة في قول آخر<sup>(٨)</sup>.

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

(٢) انظر: المذهب ١١/٣، المجموع ٩/٢١٤.

(٣) انظر: المجموع ٩/٢١٤.

(٤) البغوي: أبو محمد، الحسين بن مسعود بن الفراء البغوي، الإمام الحافظ، محيي السنة. تفقه على القاضي الحسين. ومن تصانيفه: "شرح السنة" و"المصايح"، و"التهذيب"، والفسير المسمى بـ"معالم الترتيل". وكان ديناً ورعاً قانعاً باليسir. توفي في مرو الروذ في شوال سنة ٥١٦هـ ودفن عند شيخه. انظر: طبقات الشافعية الكبرى ٧/٧٥، طبقات الشافعية لـإيسنوي ١٠١/١، طبقات الشافعية لـابن قاضي شهبة ١/٢٨٨.

(٥) انظر: التهذيب ٣/٣٠٧.

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

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

(٨) وحكي القاضي أبو الطيب والروياني وجهاً: أنه يكفي أن يوليه ظهره. انظر: المجموع ٩/٢١٤.

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

(١٠) هذه المسألة ليست من فروع الحنفية والمالكية؛ لأنه لا يثبت خيار المجلس عندهم. انظر: بدائع الصنائع ٤/٤٧٣، فتح القدير ٦/٢٥٧، الاختيار ٢/٥، الإشراف ٢/٥٢٢، القوانين الفقهية ص ٤، ٢٠، مواهب الجليل ٦/٣٠٢.

## حججة القول الأول:

- ١) عن ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي ﷺ قال: ((إن المتباعين بالخيار في بيعهما ما لم يتفرقا، أو يكون البيع خيارا)). وقال نافع<sup>(١)</sup>: وكان ابن عمر إذا اشتري شيئاً يعجبه فارق صاحبه) رواه البخاري<sup>(٢)</sup>. وفي رواية مسلم: (قال نافع: فكان إذا باع رجلاً فأراد أن لا يقلبه، قام فمشى هنيهة<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 اشتري 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 بأبدالهما، بحيث إذا كلمه على العادة لم يسمع كلامه<sup>(٦)</sup>.

## حججة القول الثاني:

- قال نافع: (كان ابن عمر رضي الله عنهما إذا ابتعث 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 عد في العرف تفرقاً حكم به وما لا فلا<sup>(٧)</sup>، والله تعالى أعلم بالصواب.

(١) هو: نافع، أبو عبد الله المدي، 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 ص ٩٩١، 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 هنية، ويقال: هنية، أيضاً. انظر: النهاية ٩١٦/٢.

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

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

(٦) انظر: المذهب 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>.

(١) انظر: المجموع ٢٢٣/٩.

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

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

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

والمالكية. انظر: الإشراف ٢/٥٢٢، القوانين الفقهية ص ٤٢٠، حاشية الدسوقي ٣/١٤١.

حَتَّمُهُمْ: ١) قوله تعالى: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ إِيمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بِيَنْتَكُمْ بِالْبَطْلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تَحْرَرَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ [النساء، من الآية: ٢٩] هذه الآية أباحت أكل المال بالتجارة عن تراض، مطلقاً عن قيد التفرق عن مكان العقد، ويتربّ عليه جواز الأكل في المجلس قبل التفرق أو التخابر. انظر: بدائع الصنائع ٤/٤٧٣، رد المحتار ٥/٣٤.

٢) قوله تعالى: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ إِيمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾ [المائدة، من الآية: ١] هذا عقد قبل التحثير، وإذا لم يقع العقد لازماً لم يتحقق وجوب الوفاء به، وذلك خلاف مقتضي الآية. انظر: أحكام القرآن للحصاص ٣/١٣٣، رد المحتار ٥/٣٤.

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

٤) قول النبي ﷺ: ((لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيئة من نفسه)) [أخرجه الدارقطني، كتاب البيوع ٢/٦٠٥ رقم ٢٨٤٩)، وابن الجوزي في التحقيق، مسائل الغصب، ٦/٣٢٨ رقم ١٨٣٦)، وصححه الألباني في الإرواء ٥/٢٧٩ رقم ١٤٥٩)، وفي ٦/١٨٠ رقم ١٧٦١). انظر: التلخيص الحبير ٣/١٠١ رقم ١٥٢٥]. وجه الدلالة: أحل له المال بطيئة من نفسه وقد وجد ذلك بعقد البيع، فوجب بمقتضى الخبر أن يحل له. انظر: أحكام القرآن للحصاص ٣/١٣٦.

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

١) عن ابن عمر رضي الله عنهما عن رسول الله صلوات الله عليه وسلم أنه قال: ((إذا تباع الرحلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرق، وكانا جمِيعاً، أو يخier أحدهما الآخر فتباعا على ذلك، فقد وجب البيع، وإن تفرقا بعد أن يتبايعا ولم يترك واحداً منهمما البيع، فقد وجب البيع)) متفق عليه <sup>(١)</sup>.

٢) عن ابن عمر رضي الله عنهما أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: ((المتباعون، كلّ واحد منهم بالخير على صاحبه، ما لم يتفرقوا، إلا بيع الخير)) متفق عليه<sup>(٢)</sup>.  
وجه الاستدلال: إثبات خيار المجلس من الشرع لكل واحد من المتباعين بعد انعقاد البيع حتى يتفرقوا من ذلك المجلس بأبدانهما<sup>(٣)</sup>.

٣) حاجة الناس الدّاعية إلى مشروعه؛ لأنّ الإنسان بعد أن يبيع شيئاً قد يجد له فينتم، فباختيار الثابت له في المجلس يمكنه التدارك<sup>(٤)</sup>.

٦) أنّ خيار المجلس خياراً مجهولاً، فإنّ مدة المجلس مجهولة، فأنبئه ما لو شرطاً خياراً مجهولاً، وهذه جهالة فاحشة ممنوعة في الشّرّع. انظر: الإشراف / ٥٢٢ / ٢.

٧) أنّ البيع صدر من العاقدين مطلقاً عن شرط، والعقد المطلق يقتضي ثبوت الملك في العوضين في الحال، فالفسخ من أحد العاقدين يكون تصرّفاً في العقد الثابت بتراضيهما، أو تصرّفاً في حكمه بالرفع والإبطال من غير رضا الآخر وهذا لا يجوز، كما لم يجز الإقالة أو الفسخ من أحدهما بعد الافتراق. انظر: بداع الصنائع /٤٧٣/ .

(١) صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب إذا خير أحدهما صاحبه بعد البيع فقد وجب البيع، ص ٤١٧  
 (٢) صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب شهادة خارج المكان، المتتابع من ٣١٢٢٢ - ٣١٢٢٣، رقم ١٥٣١.

(٢) صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب البيع بالخيار ما لم يتفقا، ص ١٧٤ رقم (٢١١١)، صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين رقم ٩٤١/٣ رقم (١٥٣١).

قال ابن عبد البر في الاستذكار ٤٧٣/٦: "وأجمع العلماء من أهل الفقه بالحديث أن قوله ﷺ: "البياع بالخيار ما لم يفترقا" من أثبت ما يروي عن النبي ﷺ من أخبار الآحاد العدول، لا يختلفون في ذلك، وإنما اختلفوا في القول به، وادعاء النسخ فيه، وتخريج معانيه. وقد اختلف الحفاظ في الفاظه... وروي عن النبي ﷺ أنه قال: ((المتبايعان بالخيار ما لم يفترقا)) من وجوه كثيرة: من حديث سمرة بن جنوب، وأبي بربعة الأسلمي، وعبد الله بن عمرو بن العاص، وأبي هريرة، وحكيم بن حزام".

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

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

٤) انظر: رؤوس المسائل ٢/٦٧٢.

[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 القاس<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 وطائفه: الخلاف في إجارة العين، أما الإجارة على الذمة فيثبت فيها قطعاً كالسلم. انظر: العزيز ٢١٠/٩، المجموع ١٧٣/٤.

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

(٣) انظر: المذهب 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 "الغيبة"، ودرس ببغداد. ومات في جمادى الآخرة سنة سبع وأربعين وأربعين. انظر: طبقات الفقهاء للشيرازي ص ١٢٧، طبقات الفقهاء الشافعيين ٣٦٣/١، طبقات الشافعية للإسنوبي ١٧٦/٢، طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة 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.

حجّة القول الأول:

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

حجّة القول الثاني:

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

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

(١) انظر: العزيز ٤/١٧٣.

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

(٣) انظر: المذهب ٣/٥٣٣.

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

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

إذا تصرف المشتري في المبيع تصرفًا يفتقر إلى الملك كالعتق، 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>، المالكية<sup>(٥)</sup>، والحنابلة<sup>(٦)</sup>.

حجتهم:

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

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

(١) انظر: المذهب ١٦/٣، حلية العلماء ٥١٥/٢، العزيز ٤/٢٠٣، المجموع ٩/٤٣٢.

(٢) انظر: الحاوي ٥٦/٥، المذهب ١٦/٣، التهذيب ٣١٢/٣، البيان ٥/٣٦، العزيز ٤/٢٠٣، المجموع ٩/٤٣٢.

(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 بالعيوب منع الرد، فأسقط خيار المجلس، وخيار الشرط وما سواه، لو وجد قبل العلم بالعيوب لم يمنع الرد، فلم يسقط خيار المجلس، وخيار الشرط. انظر: المذهب ١٦/٣، البيان ٥/٣٦، العزيز ٤/٢٠٣، المجموع ٩/٤٣٢.

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

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

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

(٧) انظر: المذهب ١٦/٣، البيان ٥/٣٦.

(٨) انظر: المذهب ٣/١٦.

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 عليها . وهي مما لا يتغير غالباً، كالأراضي، والأواني، وال الحديد، والنحاس، ونحوها، أو كان لا يتغير في المدة المتخاللة بين الرؤية والشراء، فإن البيع جائز<sup>(١)</sup>.

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

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

حجتهم:

(١) أنه قد رأه من قبل وعلمه، والأصل بقاوه على ما رأه<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 المترتبة بالعقد، وتخالف الشهادة على النكاح؛ لأنها تراد لثبت الفراش بالعقد، فلم يجز أن يتقدم على العقد<sup>(٩)</sup>.

(١) انظر: الحاوي ٢٥/٥، العزيز ٤/٥٤.

(٢) انظر: الحاوي ٢٥/٥، المذهب ٣٦/٣، التهذيب ٣٢٨/٣، البيان ٥/٨٥، العزيز ٤/٥٥، روضة الطالبين ٣٦٩/٣، المجموع ٩/٣٥٨.

(٣) قال أبو القاسم الأنطاطي: 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 ٥/٢٦-٢٥، المذهب ٣٦/٣، البيان ٥/٨٥، العزيز ٤/٥٥.

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

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

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

(٧) انظر: التهذيب ٣/٢٨٨.

(٨) انظر: الإشراف ٢/٥٢٢.

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

## [٦٦] المطلب الثاني: بيع الباقياء في قشرية.

يجوز بيع الباقياء في القشر الأسفل بلا خلاف، وسواء كان أحضر أو يابساً. وأما بيعه في قشره الأعلى والأسفل -فإن كان يابساً- لم يجز على قولنا بمنع بيع الغائب، فإن حوزناه حاز، هكذا صرخ به إمام الحرمين والبغوي والجمهور<sup>(١)</sup>.  
وإن كان رطباً ففيه وجهان مشهوران:

قال أبو سعيد الإصطخري: يجوز بيع الباقياء في قشرية<sup>(٢)</sup>.

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

القول الثاني: لا يجوز بيع الباقياء في قشرية.

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

(١) انظر: المجموع ٣٧٠/٩.

(٢) انظر: الحاوي ١٩٨٥/٥، المذهب ٣٨٣/٣، حلية العلماء ٥٢٦/٢، العزيز ٣٥٣/٤، المجموع ٣٧٠/٩، النجم الراهج ٢٠٨٤/٤، المعانى البديعة ٤٤٧١، مجموع الفتاوى ٣١٢٩.

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

(٤) انظر: الوسيط ١٨٥٣/٣، الحاوي ١٩٨٥/٥، روضة الطالبين ٥٥٨٣/٣، المجموع ٣٧٠/٩.

(٥) انظر: فتح القدير ٢٩٣٦، رد المحتار ٦٨٥/٥.

(٦) انظر: الإشراف ٥٢١٢، التاج والإكليل ١١٥٦.

(٧) انظر: المغني ٦٦١/٦، المقنع والشرح الكبير والإنصاف ١٣٠/١١.

(٨) انظر: الأم ٤٠٥/٤.

(٩) انظر: التهذيب ٣٨٦٣/٣.

(١٠) انظر: الحاوي ١٩٨٥/٥، روضة الطالبين ٥٥٩٣/٣، المجموع ٣٧٠/٩.

(١١) انظر: التنبيه ص ٩٣.

### حججة القول الأول:

١) عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما: ((أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الشمار حتى ييدو صلاحها. نهى البائع والمبتاع)) متفق عليه<sup>(١)</sup>. وفي رواية مسلم: ((وعن السنبل حتى يَبِيَضُّ، ويؤمن العاهة))<sup>(٢)</sup>.

وجه الدلالة: مفهوم الحديث إباحة بيع الشمار إذا بدا صلاحها، وايضاً 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 السفلية ويحفظ رطوبة اللب<sup>(٥)</sup>.

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

### حججة القول الثاني:

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

(١) صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب بيع الشمار قبل أن ييدو صلاحها، ص ٤٣٠ رقم (٢١٩٤)، صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب النهي عن بيع الشمار قبل بدو صلاحها بغير شرط القطع ٩٤٣/٣ رقم (١٥٣٤).

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

(٣) انظر: المعني ١٦٢/٦.

(٤) المصدر نفسه.

(٥) انظر: الحاوي ١٩٨/٥، العزيز ٣٥٣/٤.

(٦) انظر: المهدب ٣٨/٣، المعني ١٦٢/٦.

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

(٨) انظر: الحاوي ١٩٨/٦.

- ٢) أن المقصود مستور بما لا يدخل 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 بيته ما لا شيء فيه، وقد يكون فيه حب متغير، وذلك غرر من غير حاجة، فلم يجز<sup>(٢)</sup>.

### المناقشة والترجيح:

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

وأجاب الجمهور عن حجة القول الثاني بأرجوبة، منها:

أما قولهم: إن هذا مجهول. فليست 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 نهى عنه رسول الله ﷺ. فليست الأمر كذلك لوجهين: أحدهما: أن المشترىين 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؛ وهذا أذن النبي ﷺ في بيع الشمار بعد بذو صلاحها مبقاءً 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: المهدب ٣٨/٣.

(٣) انظر: الحاوي ١٩٨/٦.

(٤) انظر: جموع الفتاوى ٢٢٦/٢٩.

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

(٦) انظر: جموع الفتاوى ٤٩١/٢٩.

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

وبهذا يتبيّن 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 سبليه"<sup>(٣)</sup>. والله تعالى أعلم بالصواب.

(١) انظر: المغني ٦/٦٦٢.

(٢) رواه أبو داود، كتاب البيوع والإجارات، باب في بيع الشمار قبل أن يبدو صلاحها، ٦٦٨/٣ رقم (٣٣٧١) عن أنس رض، والترمذى، كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهة بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها ٣/٥٣٠ رقم (١٢٢٨)، وابن ماجة، كتاب التجارات، باب النهي عن بيع الشمار قبل أن تبدو صلاحها ٢/٧٤٧ رقم (٢٢١٧)، وصححه الألبانى في صحيح سنن أبي داود ٣/٢٥٣.

(٣) مجموع الفتاوى ٢٩/٢٢٦.

[٦٧] المطلب الثالث: البيع لاثنين 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 العرض<sup>(٤)</sup>.

٢) أن كل ما ينحصر كل واحد من الثمن مجھول<sup>(٥)</sup>.

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

(٢) انظر: التهذيب ٤٩٩/٣، العزيز ٤/٤٥، المجموع ٩/٤١٠، تصحيح التنبيه ١/٢٨٧.

(٣) القول الثاني في المذهب: صح البيع. انظر: العزيز ٤/٤٥، روضة الطالبين ٣/٤٢٤.

وبهذا قال المخاتلة. انظر: المغني ٦/٣٣٨، الشرح الكبير والإنصاف ١١/١٥٨، كشاف 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>.

حججة القول الأول:

أنه كان يستعمل في النبيذ، فيمنع من بيعه.

حججة 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 الحفنة، وأقواها فعلاً ما كان منه غير مسوس، وكانت له لزوجة وبعض ضعيف، وإذا مضغ كانت في لونه صفرة وشيء من لون الرزغران. وهو أصناف: منها صيني، ومنها زنجي، ومنها تركي، ومنها شامي، وأجودها صيني. وله قوة مركبة من برد وحر، فإذا شرب نفع من الريح وضعف المعدة، ووهن العضل، وورم الطحال، ووجع الكبد، وغيرها. انظر: المعتمد في الأدوية المفردة ص ١٨١، وتنقية 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 المزوجة بالنحاس في الأعيان.

قال أبو سعيد الإصطخري: تجوز المعاملة بالفضة المزوجة 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) بـ(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 الخنطة المختلطة بالشمير إذا شوهدت، وإن جهل قدر كيل كل واحد منها<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 ٢/٢٥٨، مغني المحتاج ١/٣٩٠.

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

(٤) القول الثاني: لا تجوز المعاملة بها. وهو وجه عند الشافعية. حجتهم: لما فيها من الجهل بمقصودها، كثراب 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، كشاف القناع ٢٧١/٣.

(٥) انظر: بداع الصنائع ٤/٤٢٣، رد المحتار ٧/٥٢٢.

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

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

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

(٩) انظر: المصدرین نفسه.

(١٠) انظر: العزيز ٩١/٣.

- ٤) أنه ليس فيه أكثر من اشتتماله على جنسين لا غرر فيهما، فلا يمنع من بيعهما كما لو كانوا متميزين<sup>(١)</sup>.
- ٥) أن هذا مستفيض في الأعصار، حارٍ بينهم من غير نكير<sup>(٢)</sup>.
- ٦) أن في تحريم مشقة وضررًا، وليس شراؤه بها غشًا للمسلمين، ولا تغريراً 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 المتباعين.

و فيه ثلاثة مباحث:  
المبحث الأول: الربا.  
المبحث الثاني: بيع المضارة.  
المبحث الثالث: في اختلاف المتباعين.



## المبحث الأول: الربا. وفيه مطلبان:

[٧٠] المطلب الأول: بيع الربط على رؤوس النخل بالربط على الأرض.

قال أبو سعيد الإصطخري: لا يجوز بيع الربط على النخل، بربط على النخل خرضاً فيما، أو بربط على الأرض كيلاك فيه<sup>(١)</sup>.

وهو الأصح في المذهب عند الشافعية<sup>(٢)</sup> بـ<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 بن خيران، لما روى زيد بن ثابت : ((أن رسول الله ﷺ رخص بعد ذلك في بيع العرايا، بالربط أو بالتمر، ولم يرخص في غيره)). [رواه البخاري، كتاب البيوع، باب بيع المزابنة، وهي بيع التمر بالتمر وبيع الزبيب بالكرم، ص ٤٢٩، رقم ٢١٨٤)، ومسلم، كتاب البيوع، باب تحريم بيع الربط بالتمر إلا في العرايا، رقم ٩٤٥/٣ (١٥٣٩)]. وجه الدلالة: أن الحديث لم يفرق بينهما.

وبه قال الحنفية. انظر: بداع الصنائع ٤/٤٠٨، الاحتياط ٣٣/٢، والمالكية. انظر: المدونة ١١/٢، عقد الجواهر ٦٦١/٢، موهاب الجليل ٦/٢١٥.

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

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

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

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

حجتهم:

- ١) عن سهل بن أبي حثمة<sup>(١)</sup> : ((أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الثمر بالتمر، ورخص في العربية<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، فيقال الغرر<sup>(٤)</sup>.
- ٢) أن الخرص غرر، وقد وردت الرخصة في جوازه في أحد العوضين، فلو جوزنا في الرطب بالرطب، بجوزناه 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 يعني عن بيعه برطب على رؤوس النخل؛ لأنه لا حاجة فيه<sup>(٦)</sup>.

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

(٢) العربية: جمعها العرايا، عَرِيَّةٌ فعيلة بمعنى مفعولة، وهي النخلة يهدى إليها صاحبها رجلاً محتاجاً، فيجعل له ثمرتها عامها فيعروها، أي يأتيها. سميت بذلك؛ لأنها عربت عن حكم باقي البستان.

وفي الشرع: بيع الرطب في رؤوس النخل خرضاً بمثله من التمر كيلاً. انظر: النظم ١/٢٤٤، 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: "الثمر، المراد به الرطب خاصة".

(٤) انظر: البيان ٥/٢٠٩.

(٥) انظر: المذهب ٣/٧٨، البيان ٥/٢٠٩.

(٦) انظر: الحاوي ٥/٢١٦.

[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>.

حججة 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 نزعه، كالنوى في التمر<sup>(٩)</sup>.

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

(٢) انظر: التهذيب ٣/٣٦٣.

(٣) انظر: المتنقى ٦/٣٦٨، الناج والإكليل ٦/٢٠٥، ومواهب الجليل ٦/٢٠٦.

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

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

(٦) انظر: الحاوي ٥/١٥٦، المذهب ٣/٩٠، حلية العلماء ٢/٥٤٥، بحر المذهب ٦/١٥٩، البيان ٥/٢٠٣، العزيز ٤/٩٤، روضة الطالبين ٣/٣٩١، المجموع ١٠/٤٨٤.

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

(٨) انظر: المذهب ٣/٩٠، البيان ٥/٢٠٣.

(٩) انظر: المغني ٦/٨٦.

### حججة القول الثاني:

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

### المناقشة والترجح:

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، واحتلاط 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 خلقته، 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: المهدب ٩٠/٣، البيان ٥/٢٠٣.

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

(٣) انظر: المغني ٦/٨٦.

(٤) انظر: المخلص ٨/٥١٥.

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

[٧٢] المطلب الأول: رد المصاراة 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 يردها ومعها صاع من قمر، 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) المصاراة: من التصريرية. 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 يصرى تصريرية فهي مصاراة، مثل غذى المرأة يغذيها تغذية فهي مغذاة. وأصل التصريرية: الجمع. ومنه قولهم:

صرىت الماء أي جمعته. انظر: النظم ١/٢٤٩، تحرير الفاظ التنبيه ص ١٨٣.

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

(٣) انظر: المذهب ٣/٩١، حلية العلماء ٢/٥٥٣، بحر المذهب ٦/٢٢٦، التهذيب ٣/٤٢٧، البيان ٥/٢٧٠، العزيز ٤/٢٣١، المجموع ١١/٢٣٤.

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

(٥) انظر: الإنفاق ١١/٣٥٢.

(٦) انظر: إعلام الموقعين ٣/١٤.

(٧) انظر: الحاوي ٥/٣٤١، المذهب ٣/٩١، حلية العلماء ٢/٥٥٣، بحر المذهب ٦/٢٢٧، التهذيب ٣/٤٢٧، البيان ٥/٢٧٠، العزيز ٤/٢٣٠.

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

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

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

### حججة القول الأول:

١) عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلوات الله عليه: ((لا تُصرروا الإبل والغنم، فمن ابتعها بعد، فإنه بخير النظرين بعد أن يحتلها، إن شاء أمسك، وإن شاء ردّها وصاع تمر)) رواه البخاري ومسلم<sup>(٢)</sup> .

٢) عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلوات الله عليه قال: ((من اشتري 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 صلوات الله عليه: ((من ابتع محفلة فهو بالخيار ثلاثة أيام، فإن ردها، رد معها مثل أو مثلي لبّنها قمحاً))<sup>(٦)</sup> .

ووجه الدلالة من الأحاديث: أن الحديث ورد بلفاظ: ((ورد معها صاعاً من طعام)).  
وفي بعضها: ((ورد معها مثل أو مثلي لبّنها قمحاً)), فيجمع بين الأحاديث، وأن تنصيصه

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

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

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

(٤) السمراء: الحنطة. النهاية ١/٨٠٤.

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

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

على التمر؛ لأنَّه غالب قوت البلد في المدينة. ونص على القمح؛ لأنَّه 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 ردها، رد معها صاعاً من طعام، أو صاعاً من تمر)) رواه أحمد<sup>(٣)</sup>. وجه الدلالة: أنَّ ظاهر الحديث يقتضي التخيير بين التمر والطعام، وأنَّ الطعام غير التمر<sup>(٤)</sup>.

### حججة القول الثاني:

١) عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ: ((لا تُصرروا الإبل والغنم، فمن ابتاعها بعد فإنه بخير النظرين بعد أن يختلبهما، إن شاء أمسك، وإن شاء ردها وصاعَ تمر)) رواه البخاري ومسلم. وفي لفظ مسلم: ((... وإن شاء ردها، وصاعاً من تمر، لا سمراء)).

وجه الدلالة: أنَّ الحديث نص على التمر، ومعنى "لا سمراء" يعني لا يرد قمحاً<sup>(٥)</sup>.  
٢) أفتى بعض الصحابة برد التمر في التصرية، منهم ابن مسعود وأبو هريرة رضي الله عنه، ولا مخالف لهم من الصحابة<sup>(٦)</sup>.

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

(٢) هو: عبد الرحمن بن أبي ليلى، الأنباري، الأوسى، المداني، ثم الكوفي، أبو عيسى، ثقة. ولد لستَّ بقين 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 ثلث وثمانين في وقعة الجماجم. انظر: تذكرة الحفاظ ٥٨/١، تقريب التهذيب ص ٥٩٧، طبقات الحفاظ ص ٢٦.

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

(٤) انظر: فتح الباري ٤/٤٢٦.

(٥) انظر: المغني ٢١٨/٦.

(٦) انظر: فتح الباري ٤/٤٢٦.

### حججة القول الثالث:

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

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

### المناقشة والترجح:

أحاجي أصحاب القول الأول عن حجة القول الثاني:

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

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

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

(١) انظر: الحاوي ٣٤١/٥، العزيز ٤/٢٣١.

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

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

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

(٥) انظر: فتح الباري ٤/٤٢٦.

(٦) انظر: التهذيب ٣/٤٢٨.

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 مُطرح الظاهر بالاتفاق؛ إذ لا قائل بإيجاب مثل لبنتها أو مثلي لبنتها قمحاً، ثم قد شك فيه الرواية، وخالفته الأحاديث الصحاح، فلا يعول عليه<sup>(٢)</sup>.

٣) وأما حديث ابن أبي ليلى، فيحتمل أن تكون "أو" شكًّا من الرواية، لا تخياراً، 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 المضارة على رد صاع من تمر، فلا نعدل عما جاء به الشرع، ولأن التمر أقرب ما يكون شبيهاً 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 ٤/٢١٨.

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

(٣) انظر: فتح الباري ٤/٤٢٦.

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

(٥) انظر: إعلام الموقعين ٣/١٤.

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

قال أبو سعيد الإصطخري: من اشتري أتاناً فوجدها مصراء، 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>.

### حججة القول الأول:

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

### حججة القول الثاني:

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

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

(٢) انظر: الحاوي ٢٤٢/٥، المذهب ١١١/٣، حلية العلماء ٥٥٤/٢، البيان ٥٢٧٤/٥، العزيز ٤٢٣٢/٤، روضة الطالبين ٣٤٦٩/٣، المجموع ١١٢٧٦/١١، التحريم الوهاج ٤١٥٠/٤.

(٣) انظر: الحاوي ٢٤٢/٥، المذهب ١١١/٣، التهذيب ٣٢٩/٤، البيان ٥٢٧٤/٥، العزيز ٤٢٣٢/٤، روضة الطالبين ٣٤٦٩/٣، المجموع ١١٢٧٧/٤.

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

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

(٦) انظر: الحاوي ٢٤٢/٥، المذهب ١١١/٣، حلية العلماء ٥٥٤/٢، البيان ٥٢٧٤/٥، العزيز ٤٢٣٢/٣.

(٧) انظر: المذهب ٣١١/٣.

(٨) تقدم تخرّيجه ص ٣٣٦.

٢) أن لبنها يقصد لتربيه الجحش<sup>(١)</sup>; لأنه إذا كان لبنها غزيراً، كان جحشها سميناً<sup>(٢)</sup>.

٣) أنه تصرية بما يختلف الثمن به، فأثبتت الخيار، كتصريحة بقيمة الأنعام<sup>(٣)</sup>.

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

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

### حججة 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 لتسليم له الأتان مع اللبن، ولم تسلم، فوجب أن تمسك، وتحصل الأرش<sup>(٦)</sup>.

### المناقشة والترجح:

أن الراجح هو ما ذهب إليه الجمهور: أنه يردها؛ لأنه قد حصل فيه التدليس. ولا يرد معها بدل اللبن؛ لأنه ليس له قيمة شرعاً، فليس له عوض. ولا يؤخذ عنه الأرش؛ 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 وحجشان. انظر: مختار الصحاح ص ٨٢.

(٢) انظر: البيان ٢٧٣/٥.

(٣) انظر: المغني ٦/٢٢.

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

(٥) انظر: الحاوي ٥/٤٢، المغني ٦/٢٢٣.

(٦) انظر: المهدب ١١١/٣، البيان ٥/٢٧٤.

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

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

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

إذا اختلف البائع والمشتري في الشمن، يجمع كل واحد منهما في اليمين بين النفي والإثبات؛ لأنَّه يدعي عقداً، وينكر عقداً، ويحلف عليهما، فيقول البائع: والله ما بعث بخمسين، وإنما بعث بآلف. ويقول المشتري: والله ما اشتريت بآلف، وإنما اشتريت بخمسين<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 رحمه الله: "هذا الخلاف في الاستحباب على الأصح. وقيل: في الاستحقاق". روضة الطالبين ٣/٥٨٠، معنى المحتاج ٢/٩٦.

(٢) انظر: الحاوي ٥/٢٠٢، المذهب ٣/١٤٩، روضة الطالبين ٣/٥٨٠.

(٣) انظر: الحاوي ٥/٢٠٢، 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، معنى 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.

### حججة القول الأول:

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

### حججة القول الثاني:

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

### المناقشة والترجح:

أجحاب 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: المذهب 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 ٣/٥٨٠.

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

(٤) انظر: المذهب ١٤٩/٣، البيان ٣٦٣/٥.

(٥) انظر: البيان ٣٦٣/٥.

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

قال أبو سعيد الإصطخري: إذا باع السيد عبداً بشرط العقد، فإن أعتقه المشتري استقر العقد، وإن لم يعتقه، يجبر على عتقه<sup>(١)</sup>.  
وهو المذهب عند الشافعية<sup>(٢)</sup> بـ<sup>(٣)</sup>.  
وبهذا قال جمهور العلماء، المالكية<sup>(٤)</sup>، والحنابلة<sup>(٥)</sup> بـ<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 أهله: إن شئت أعطيتها ما بقي. وقال سفيان مرد: إن شئت أعتقتها ويكون الولاء لنا. فلما جاء رسول الله صلوات الله عليه وآله وسلامه ذكره ذلك، فقال النبي صلوات الله عليه وآله وسلامه:

(١) انظر: الحاوي ٣١٥/٥.

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

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

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

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

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

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

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

ووجه 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 (٤٥٦)، رقم (٤٥٦)، صحيح مسلم، كتاب العتق، باب إنما الولاء من أعتق ٩٢١/٢، رقم (١٥٠٤).

(٢) انظر: المغني ٦/٣٢٤.

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

[٧٦] المطلب الثالث: إذا اشتري عبدٌ بغير إذن سيده بثمن في ذمته.

قال أبو سعيد الإصطخري: إذا اشتري عبدٌ بغير إذن سيده بثمن في ذمته فإن شراءه باطل<sup>(١)</sup>.

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

حجتهم:

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

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

(٢) انظر: المصادر نفسها.

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

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

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

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

وهو مقتضى قول الحنفیة. انظر: الاختیار ٢/١٠١، رد المحتار ٦/٤٦٧.

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

(٦) انظر: الحاوي ٣٦٩/٥، المذهب ٤٩٢/٣، البيان ٢٣٩/٧، العزيز ٣٧٣/٤.

(٧) انظر: المغني ٦/٣٥٠.

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

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

القول الثاني: إن المال ليس مبيعاً أصلًا 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>.

### حججة القول الأول:

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

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

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

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

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

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

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

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

### حججة القول الثاني:

١) عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال: سمعت رسول الله ص يقول: ((من ابْتَاعَ نَخْلًا بَعْدَ أَنْ تَؤْبِرَ فَشَرِّقَهَا لِلْبَاعِ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُبَتَاعَ، وَمَنْ ابْتَاعَ عَبْدًا وَلَهُ مَالٌ فَمَالُهُ لِلَّذِي بَاعَهُ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُبَتَاعَ)) رواه البخاري ومسلم <sup>(١)</sup>.

وجه الدلالة: أن المال جعل للمبائع بالشرط، لا بالشراء، فدل على أن مال العبد لا يكون مبيعاً منه، فيصح البيع وإن كان المال ديناً أو غائباً أو مجهولاً <sup>(٢)</sup>.

٢) أن المال ليس مبيعاً أصلًا 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؛ لأنَّه 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 المسافة، باب الرجل يكون له ماء أو شرب في حائط أو في نخل؟ ص ٤٧٠، رقم (٢٣٧٩)، صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب من باع نخلاً عليها ثمن ٩٤٩/٣، رقم (١٥٤٣).

(٢) انظر: الحاوي ٥/٢٦٨.

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

(٤) انظر: المصادر نفسها.

## الفصل الثالث:

في الرهن، والتفليس، والحجر، والصلح، والحوالة، والشركة، والضمان، والوكالة، والوديعة، والغصب، والشفعية، 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 والشفعية.

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 لصلاحة في مال الصبي فيشترط أن يستوفي ما يساوي المبيع تقدما، ويرتهن ويؤجل بالنسبة للفاضل<sup>(١)</sup>.

القول الثاني: إذا ارتهن الولي جاز أن يرتهن بجميع الشمن، 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>.

### حججة القول الأول:

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

(١) انظر: الحاوي ٢٤/٦، حلية العلماء ٦٢٨/٢، روضة الطالبين ٦٣/٦.

(٢) انظر: الحاوي ٢٤/٦، حلية العلماء ٦٢٩/٢، المذهب ٢٧٥/٣، التهذيب ٤/٢١٣، البيان ٦/٢١٣، 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 ٤/٦٣.

(٤) انظر: المغني ٦/٤٨٠.

(٥) قال الكاساني في البدائع ٥/١٩٦: "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 أحظر لمال الصبي - فالارتكان أحوط له، فيمكن أن نقول: بأن الارتكان يجوز للولي أن يفعله على القولين. والله تعالى أعلم بالصواب.

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

### حججة 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 الارتكان حتى يقبض قيمة السلعة نقداً، ويؤجل الباقي وياخذ به رهناً، لكان ذلك متعدراً، بل لا يمكن في الغالب<sup>(٣)</sup>.

### المناقشة والترجح:

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

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

(١) انظر: المذهب ٢٧٥/٣.

(٢) انظر: البيان ٢١٣/٦.

(٣) انظر: الحاوي ٢٤/٦.

(٤) انظر: المغني ٤٨٠/٦.

## المبحث الثاني: التقليس. وفيه مطلبات:

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

قال أبو سعيد الإصطخري: إن للبائع استرجاع ماله بعot المشتري موسراً، كما له استرجاعه بعot المشتري مفلاساً<sup>(١)</sup>. وهو قول الشافعـي 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>.

## حجۃ القول الاول:

١) عن عمر بن خلدة الزرقى<sup>(٤)</sup> - وكان قاضي المدينة - أنه قال: (جئنا أبا هريرة في صاحب لنا قد أفلس، فقال: هذا الذي قضى فيه رسول الله ﷺ: ((أيما رجل مات أو

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

(٢) انظر: الأم ٤/١٥.

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

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

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

<sup>٦)</sup> انظر: المغني ٥٩٠/٦، الشرح الكبير على المقنع ١٣/٢٦٥.

(٧) هو: عمر بن خلدة، يقال: عمر بن عبد الرحمن بن خلدة الزرقى، الأنصارى، أبو حفص، المدى، القاضى، ثقة، قليل الحديث، وكان مهيبا صارما ورعا عفيفا. ولـ قضاـءـ المـدـىـةـ في زـمـنـ عـبـدـ الـمـلـكـ بـنـ مـرـوـانـ. انـظـرـ: تـهـذـيبـ الـهـذـيبـ/٣٨٨ـ، تـقـرـيـبـ الـهـذـيبـ صـ٧١٧ـ.

أفلس، فصاحب الماتع أحق بمتاعه إذا وجده بعينه<sup>(١)</sup>.

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

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

### حججة القول الثاني:

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

(١) أخرجه الشافعي في مسنده ص ٣٢٩، وأبو داود، كتاب البيوع والإجارات، باب في الرجل يفلس فيجد الرجل متاعه بعينه عنده ٧٩٣/٣ رقم (٣٥٢٣) وابن ماجة، كتاب الأحكام، باب من وجد متاعه بعينه عند رجل قد أفلس ٧٩٠/٢ رقم (٢٣٦٠)، والدارقطني، كتاب البيوع ٦١٠/٢ رقم (٢٨٦٥)، والحاكم في المستدرك ٥٨/٢ رقم (٢٣١٤) وقال: "هذا حديث عال صحيح الإسناد، ولم يخرجاه بهذا النقوذ"، وصححه الذهبي في التلخيص ٥٨/٢، وابن الملقن في تحفة المحتاج ٢٥٨/٢. وقال الحافظ في الفتح ٧٩/٥: "وهو حديث حسن يحتاج 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 ٤/٤٠، التلخيص الحبير ٣/٨٧، بلوغ المرام ص ١٧٢.

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

(٣) انظر: الحاوي ٦/٢٧٣.

(٤) هو: أبو بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام بن المغيرة المخزومي المدين، قيل: اسمه محمد، وقيل: المغيرة، وقيل: أبو بكر اسمه، وكتبه أبو عبد الرحمن، وقيل: اسمه كتبته، راهب قريش، ثقة فقيه عابد، من الثالثة، مات سنة أربع وتسعين، وقيل غير ذلك. انظر: تقرير التهذيب ص ١١٦.

(٥) رواه الإمام مالك في الموطأ مرسلاً، كتاب البيوع، باب ما جاء في إفلاس الغريم ٢/٦٦، وأبو داود، كتاب البيوع والإجارات، 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 مرسلاً في الموطأ عند جميع رواته عند مالك. ورواه عبد الرزاق عن مالك عن ابن شهاب عن أبي بكر بن عبد الرحمن عن أبي هريرة عن النبي ﷺ بلفظ الموطأ سواه. وانختلف 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 مرسلاً عن النبي ﷺ". انظر: التمهيد ٨/٤٠٦، المخلص ٧/١٧٧، سبل السلام ٣/١٠٩.

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

(٢) عن أبي هريرة رض قال: (قضى رسول الله صل في رجل مات أو أفلس: أن صاحب المนาع أحق بمتاعه إذا وجده 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؛ لتسير الثمن<sup>(٤)</sup>.

### المناقشة والترجح:

أحاب أصحاب القول الثاني عن حجة القول الأول بأجوبته، منها:

١- أن الخبر الذي استدلوا به محمول على ما إذا مات مفلساً، لأنه روى 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، وحرابها بالفلس في الحياة يمنعه من وصوله إلى حقه، فلم يكن للاستدلال بهذا وجه<sup>(٦)</sup>.

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

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

(٢) أخرجه الدارقطني، كتاب البيوع، ٢/٦١٠، رقم (٢٨٦٤)، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب التفليس، باب المشتري بموت مفلساً بالثمن، ٦/٧٧، رقم (١١٢٥٤)، وابن أبي شيبة في المصنف، كتاب أقضية رسول الله صل، ٦/١٢، رقم (٢٩٠٨٥). قال الحافظ في فتح الباري ٥/٧٩: "وزاد بعضهم في آخره: ((إلا أن يترك صاحبه وفاء)) ورجحه الشافعي على المرسل، وقال: يحتمل أن يكون آخره من رأي أبي هريرة وغيره لم يذكروا ذلك، بل صرّح 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: المذهب ٣/٢٧٠، البيان ٦/٢٠٣، روضة الطالبين ٤/١٢٧.

(٥) انظر: العزيز ٥/٥، البيان ٦/٢٠٣.

(٦) انظر: الحاوي ٦/٢٧٣.

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

حججة القول الأول:

(١) عن عمرو بن العاص رضي الله عنه : (أن رسول الله ﷺ قال: ((يغفر للشهيد كل ذنب، إلا الدين)) رواه مسلم<sup>(٦)</sup>.  
وجه الدلالة: أن الحديث دل على فضل المجاهد وطلب الشهادة، وهي تكفر خطایاه كلها إلا حقوق الآدميين، وإنما يكون تكفييرها بأداء حقوقها<sup>(٧)</sup>.

(١) انظر: العزيز ١٧/٥، روضة الطالبين ٤/٣٦، النجم الوهاج ٩/٣١٠.

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

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

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

(٥) انظر: رد المحتار ٤/٣٠١.

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

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

(٨) انظر: شرح صحيح مسلم ١٣/٢٩.

- (٢) أن الغالب من أمر هذا السفر الهالك؛ فيضيع حق صاحب الحق <sup>(١)</sup>.
- (٣) أن المجاهد يعرض نفسه للقتل طلباً للشهادة، فلم يكن بدُّ من إقامة الكفيل أو الرهن؛ لينسق في صاحب الدين منه <sup>(٢)</sup>.
- (٤) إنه سفر يمنع استيفاء الدين في محله، فملكه 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 تأخيره عن محله، فلم يملكه، كجحده <sup>(٤)</sup>.

### حججة القول الثاني:

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

(١) انظر: التهذيب ٤/١١٧، العزيز ٥/١٧.

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

(٣) انظر: المغني ٦/٥٩٢.

(٤) انظر: المغني ٦/٥٩٢.

(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 ٢/٣٣٩، الإصابة ٢/٣٥٠.

(٦) انظر: المغني ١٣/٢٨.

(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 <sup>ﷺ</sup>، باب من فضائل عبد الله بن عمرو بن حرام، والد جابر، ٤/١٥٢٤ 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 أداؤه لا يستحق التوثيق به كالحاضر<sup>(٣)</sup>.

**المناقشة والترجح:**

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

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

وأنه لو جاز أن يستحق هذه المطالبة في المدaiنات 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 سأله المجاهدين الذين يخرجون معه للجهاد أكان عندهم دين أم لا، والله تعالى أعلم بالصواب.

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

(٢) انظر: الحاوي ٦/٣٣٧.

(٣) انظر: الحاوي ٦/٣٣٧.

(٤) انظر: المذهب ٣/٤٢.

(٥) انظر: الحاوي ٦/٣٣٨.

### المبحث الثالث: الحجر. وفيه مطلبان:

[٨١] المطلب الأول: حكم الحجر على الشحير الذي يدخل على نفسه في النفقه.

قال أبو سعيد الإصطخري: الشحير الذي يدخل على نفسه في النفقه، لا يأكل حسب كناته، ولا يلبس بقدر حاله، شحًا على نفسه، وحباً للمال وجمعًا، يجب الحجر عليه<sup>(١)</sup>.

وبه قال أبو العباس ابن سريج<sup>(٢)</sup>، والأرجي<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>.

### حججة القول الأول:

(١) قوله تعالى: ﴿وَلَا تَجْعَلْ يَدَكَ مَغْلُولَةً إِلَى عُنْقِكَ وَلَا تَبْسُطْهَا كُلَّ الْبَسْطِ فَتَقْعُدَ مَلُومًا مَحْسُورًا﴾<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 ٦/٣٥٨، حلية العلماء ٢/٦٣٢.

(٢) انظر: المصدررين نفسه.

(٣) الأرجي: يحيى بن يحيى الأرجي، الفقيه، الحنبلي، صاحب "نهاية المطلب في علم المذهب"، قال ابن مفلح: هو كتاب كبير جدا، حذا فيه حذو "نهاية المطلب" لإمام الحرمين. توفي في سنة (٦٦١هـ). انظر: ذيل طبقات الحنابلة ٢/١٢٠، المنهج الأحمد ٤/٥٢، علماء الحنابلة ص ١٦١.

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

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

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

(٧) سورة الإسراء، من الآية: ٢٩.

(٨) انظر: الحاوي ٦/٣٥٨.

(٩) انظر: الحاوي ٦/٣٥٨.

حجۃ القول الثاني:

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

الترجمي:

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

(١) انظر: الحاوي ٣٥٨/٦.

(٢) انظر: المصدر نفسه.

[٨٢] المطلب الثاني: ولية الأم على مال الصبي إذا لم يكن له أب أو جد.

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

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

القول الثاني: لا ولية 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>.

حججة القول الأول:

١) عن عائشة حَلَّةَ عَنْهَا: (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 سياك ص ٣٦٦، المذهب ٣٦٦، حلية العلماء ٢، ٦٢٨/٢، البيان ٢٠٨/٦، العزيز ٨٠/٥، روضة الطالبين ٤/١٨٧، مغني الحاج ٧٥/٣، النجم الوهاج ٣٢٨/٦.

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

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

(٤) انظر: الحاوي ٣٣٣/٨، المذهب ٣٢٢/٣، حلية العلماء ٢، ٦٢٨/٢، البيان ٢٠٨/٦، العزيز ٨٠/٥، روضة الطالبين ٤/١٨٧.

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

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

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

(٨) هي: هند بنت عتبة بن ربيعة بن عبد شمس بن عبد مناف، القرشية، والدة معاوية بن أبي سفيان، أسلمت هي وزوجها أبو سفيان بن حرب يوم الفتح، وحسن إسلامها، توفيت في حملة عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، بعد أبي بكر بقليل. انظر: الاستيعاب ٤/٤٢٤، الإصابة ٤/٤٢٥.

(٩) هو: صخر بن حرب بن أمية بن عبد شمس بن عبد مناف القرشي الأموي، أبو سفيان، صحابي شهير، أسلم عام الفتح، ومات سنة اثنين وثلاثين، وقيل: بعدها. انظر: الإصابة ٢/١٧٢، تفريغ التهذيب ص ٤٥٠.

رجل صحيح، وليس يعطيني ما يكفيه ولدي، إلا ما أخذت منه، وهو لا يعلم. فقال:  
(خذلي ما يكفيك ولدك بالمعروف) رواه البخاري<sup>(١)</sup>.

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

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

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

### حججة القول الثاني:

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

(٢) أن قرابة الأم لا تتضمن تعصيًّا، فلم تتضمن ولية، كقرابة الحال<sup>(٦)</sup>.

(٣) أنها قصرت بنقص الأنوثة عن ولية النكاح التي تسرى في جميع العصبات، فكانت أولى أن تقتصر بما يختص من الولاية بالأباء دون سائر العصبات<sup>(٧)</sup>.

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

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

(٢) انظر: البيان ٢٠٨/٥.

(٣) انظر: المهدب ٢٧٢/٣، البيان ٦/٢٠٨.

(٤) انظر: الحاوي ٨/٣٣٣.

(٥) انظر: المهدب ٢٧٢/٣، البيان ٦/٢٠٨.

(٦) انظر: البيان ٦/٢٠٨.

(٧) انظر: الحاوي ٨/٣٣٣.

(٨) انظر: بدائع الصنائع ٤/٣٥٣.

### الترجح:

الراجح هو القول بثبوت ولایة الأم على مال أولادها الصغار؛ لاتفاق العلماء<sup>(١)</sup> على أن المرأة تصح أن تكون وصية، فإذا أقام الرجل زوجته أو غيرها وصيًّا من بعده على أولادها الصغار ومات مصراً على ذلك، حاز ذلك.

وقد أوصى الخليفة عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ إلى ابنته حفصة<sup>(٢)</sup> رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا. فإذا صحت أن تكون وصية حاز أن تلي أموال أولادها الصغار؛ لأنها لما صحت أن تكون وصية، دل ذلك على أن لها ولایة في المال، فجاز أن تلي أموال أولادها<sup>(٤)</sup>. ولأنها أشفق على ولدها من غيرها، وقد ثبت أن ولایة المال ثابتة لها في مالها، فلا تقاس على ولایة 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 ١/٦٩١، الإشراف ٢/١٠١٠، المعونة ٢/٥١٥، مغني المحتاج ٣/٧٥، النجم الوهاج ٦/٣٢٧، المغني ٨/٥٥٢.

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

(٣) أخرجه أبو داود، كتاب الوصايا، باب ما جاء في الرجل يوقف الوقف رقم ٣٩٩/٣، رقم ٢٨٧٩، ولفظ: (بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما أوصى به عبد الله عمر أمير المؤمنين إن حدث به حدث، أن ثمغاً وصرمة بن الأكوع والعبد الذي فيه والمائة سهم التي بخبير ورقيقه الذي فيه، والمائة التي أطعنه محمد صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بالوادي، تليه حفصة ما عاشت ثم يليه ذو الرأي من أهلها أن لا يباع ولا يشتري، ينفقه حيث رأى من السائل والمحروم وذي القربي، ولا حرج على من وليه إن أكل أو أكل، أو اشتري ريقاً منه). وصححه الألباني في صحيح سنن أبي داود ٢/٥٥٧، رقم ٣٥٠.

(٤) انظر: أحكام اليتيم ص ٢٣٠-٣٣٠.

## المبحث الرابع: الصلح. وفيه مطلبان:

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

إذا تداعى شخصان في سلعة، ورغم 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 اشتري  
لغيره بغير أمره<sup>(٤)</sup>.

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

(٢) انظر: الحاوي ٣٧٤/٦، حلية العلماء ٦٣٤/٢، المذهب 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 حاز أن يصالح عما في النمة بغير إذنه، حاز أن يصالح عن العين القائمة بغير إذنه. انظر: الحاوي ٣٧٤/٦، المذهب 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 الخليل ٥/٧،  
المغني ٩/٧، المقنع والشرح الكبير والإنصاف ١٥٥/١٣.

الفرق بينهما: يجوز الصلح بما في النمة؛ لأن طريقه الإبراء، ويصح من الإنسان أن يبرئ غيره بغير أمره وإذنه.  
ولا يجوز الصلح إذا كان المدعى عيناً؛ لأنه لا يمكن تملك الغير عين ماله بغير إذنه، وعكن 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 مطالبه بإزالتها، فإن لم يفعل فله تحويلها عن ملكه، فإن لم يكن فله قطعها، ولا يحتاج فيه إلى إذن القاضي. وانتشار العروق كاتشار 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 ٤/٢٢٣.

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

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

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

(٥) انظر: المذهب ٣/٢٩٦، البيان ٦/٢٦٤.

(٦) انظر: البيان ٦/٢٦٤.

## المبحث الخامس: الحوالة والشركة. وفيه ثلاثة مطالب:

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

قال أبو سعيد الإصطخري: إذا كان على الحال عليه دين للمحيل، فلاتتم الحوالة إلا برضاء الحال 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 القاسم<sup>(٥)</sup>، وأبو حفص ابن الوكيل من الشافعية<sup>(٦)</sup>. وهو قول الحنفية<sup>(٧)</sup>.

القول الثاني: تتم الحوالة بغير رضا الحال عليه.  
وهو المذهب عند الشافعية<sup>(٨)</sup>. وبه قال المالكية<sup>(٩)</sup>، والحنابلة<sup>(١٠)</sup>.

(١) انظر: الحاوي ٤١٨/٦، ٤٢٧، المذهب ٤٢٧، حiley العلماء ٣٠٦/٣، 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: الزبيري بن أحمد بن سليمان بن عبد الله بن عاصم بن المنذر بن الزبيري بن العوام، الأسدية، أبو عبد الله البصري، أحد أئمة الشافعية، وأصحاب الوجوه. من مصنفات: "الكافي"، وهو مختصر نفيس في المذهب. و"الإماراة"، و"رياضة المتعلم"، وغيرها. مات سنة سبع عشرة وثلاثمائة. انظر: طبقات الفقهاء الشافعيين ١٩١، طبقات الشافعية للإسنوي ٢٩٩/١، طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة 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 ٥/٩، الاختيار ٣/٤، فتح القدير ٧/٢٣٩، رد المحتار ٥/٤٧٨.

(٨) انظر: الحاوي ٤١٨/٦، المذهب ٣٠٦/٣، حiley العلماء ٦٤١/٢، التهذيب ٤/٦٤٢، البيان ٢٨٧/٦، العزيز ١٢٧/٥، روضة الطالبين ٤/٢٢٨.

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

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

### حججة القول الأول:

- ١) أن الحال عليه أحد من تتم به الحوالة، فاعتبر رضاه في الحوالة، كالمحيل والمحтал<sup>(١)</sup>.
- ٢) أن الناس يختلفون في الإيفاء والاستيفاء، فيشترط رضا الحال عليه؛ دفعاً للضرر عنه<sup>(٢)</sup>.
- ٣) أنها إلزام بالدين، ولا لزوم بلا التزام<sup>(٣)</sup>.
- ٤) أن الدين قد يتعلّق بالذمة أصلاً، وبالرهن فرعاً، فلما لم يكن لصاحب الدين أن يولّى الرهن غيره، فأولى ألا يكون له أن يولّى الذمة غيره<sup>(٤)</sup>.

### حججة القول الثاني:

- ١) عن أبي هريرة رضي الله عنه: أن رسول الله صلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: ((مطل الغني ظلم، فإذا أُتبَعَ أحدكم على مليءٍ فليتبع)) متفق عليه<sup>(٥)</sup>.  
ووجه الدلالة: أن الحديث دل على استحباب قبول الحوالة، ولم يشترط رضا الحال عليه<sup>(٦)</sup>.
- ٢) أن الحق هو للملك، فله أن يملّكه من شاء كسائر الحقوق<sup>(٧)</sup>.

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

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

(٣) انظر: رد المحتار ٥/٤٧٨.

(٤) انظر: الحاوي ٤١٨/٦.

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

(٦) انظر: الإشراف ٤/٢٠٠، فتح الباري ٤/٥٤.

(٧) انظر: الإشراف ٢/٢٠٠.

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

### المناقشة والترجح:

أجاب أصحاب القول الثاني عن بعض أدلة القول الأول:  
بأن الحال عليه يخالف المحتال؛ فإن الحق له، فلا ينقل بغير رضاه كالبائع، وله هنا 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 الحال عليه بغير رضاه، تمت الحوالة بغير رضاه<sup>(٣)</sup>.  
وأما الجواب عن الرهن، فهو أن المرهن لما لم يملك الرهن، لم يكن له أن ينقله إلى غيره. ولما كان المخيل مالكًا للدين حاز أن ينقله إلى غيره<sup>(٤)</sup>.  
وبهذا يترجح القول بعدم اشتراط رضا الحال عليه في الحوالة؛ للحديث، ولأن الحال عليه سيدفع المال لأي منهما، ولا فرق في ذلك، والله تعالى أعلم بالصواب.

(١) انظر: المهدب ٣٠/٣، البيان ٢٨٧/٦، العزيز ١٢٧/٥، المغني ٧/٦٣.

(٢) انظر: المهدب ٣٠/٣.

(٣) انظر: الحاوي ٤١٩/٦.

(٤) انظر: الحاوي ٤١٩/٦.

[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 والسودان<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>، المالكية<sup>(٥)</sup>، والحنابلة<sup>(٦)</sup>.

### حججة القول الأول:

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

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

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

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

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

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

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

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

- (٢) أنهما مالان يتميز أحدهما عن الآخر، فلم تصح الشركة عليهم، كما لو كانوا حنطة وشعيرًا، أو كما لو لم تكون 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>.

### حججة القول الثاني:

احتج أصحاب القول الثاني بنفس حجج أصحاب القول الأول.

### حججة القول الثالث:

- (١) أن الشركة يتحقق معناها بالعقد لا بالمال، وموارد العقد هو العمل، والربح نتيحته، 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: المدایة ١٨١/٦.

(٣) انظر: بداع الصنائع ٧٩/٥.

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

(٥) انظر: بداع الصنائع ٧٩/٥.

(٦) انظر: المغني ١٢٧/٧.

### المناقشة والترجح:

أحاب الجمهور عن حجة القول الأول والثاني بقولهم:

أما قوله: الشركة تنبئ عن الاختلاط، فمسلم لكن على اختلاط رأس المال، أو على اختلاط الربح، فهذا مما لا يتعرض له لفظ الشركة، فيجوز أن يكون تسميتها شركة لاختلاط الربح لا لاختلاط رأس المال، واحتلاط الربح يوجد وإن اشتري كل واحد منهما بمال نفسه على حدة؛ لأن الزيادة وهي الربح تحدث على الشركة.

وأما ما هلك من أحد المالين قبل الخلط، فإنما كان من نصيب صاحبه خاصة؛ لأن الشركة لا تسم إلا بالشراء، فما هلك قبله هلك قبل تمام الشركة فلا تعتبر، حتى لو هلك بعد الشراء بأحدهما كان الماكل من المالين جمیعا؛ لأنه هلك بعد تمام العقد<sup>(١)</sup>.

وأما قوله: 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 يتبيّن أن الراجح هو قول جمهور العلماء؛ أنه لا يشترط خلط المالين؛ لأن الشركة يتحقق معناها بالعقد لا بالمال، وموارد العقد هو العمل، والربح نتيجته، 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 وعبدة.

قال أبو سعيد الإصطخري: الكسب النادر كالكنز واللقطة داخلان في المهايأة، كالمأوف

منها<sup>(٢)</sup>.

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

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

حجتهم:

أئمـا من كـسبـهـ، فـأشـبـهـتـ سـائـرـ أـكـسـابـهـ المـعـادـةـ، فـإـنـ وـجـدـهـ فـيـ يـوـمـهـ فـهـيـ لـهـ، وـإـنـ  
وـجـدـهـ فـيـ يـوـمـ سـيـدـهـ فـهـيـ لـهـ<sup>(٦)</sup>.

(١) المهايأة: المراد بما النوبة، أصلها: الإصلاح، وهيأت الشيء: أصلحته، وهي مفاعة على ذلك، وإذا تصالحا على قسمة المنافع على التعاقب والتناوب، قيل: تهـاـيـاـ مـهـاـيـأـةـ. انظر: المصباح المنير ص ٣٣٢ (هـ يـ أـ)، التعريفات ص ٢٣٧، النظم المستعدب ٣٥٦/٢.

(٢) انظر: الحاوي ٢٢/١٨، حلية العلماء ٨٠٦/٢.

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

(٤) الوجه الثاني، وهو محكي عن أبي إسحاق المروزي: أئمـا لا يـدـخـلـانـ فـيـ المـهـاـيـأـةـ؛ لـأـنـهـ قدـ يـكـونـ هـذـاـ فـيـ زـمـانـ أحـدـهـماـ دـوـنـ الـآـخـرـ، فـلـاـ يـتـسـاـوـيـانـ فـيـهـ، وـيـكـونـ حدـوـثـ ذـلـكـ فـيـ زـمـانـ أحـدـهـماـ مـوـجـاـ لـأـنـ يـكـونـ بـيـنـهـمـاـ. انظر:

الحاوي ٢٢/١٨، المذهب ٥٣٦/٥، حلية العلماء ٨٠٦/٢.

وـهـوـ المـذـبـ عـنـ الـحـنـابـلـةـ. قالـوـ: أـئـمـاـ كـسـبـ نـادـرـ، لـاـ يـعـلـمـ وـجـودـهـ وـلـاـ يـظـنـ، فـلـمـ تـدـخـلـ فـيـ المـهـاـيـأـةـ، وـتـكـوـنـ  
بـيـنـهـمـاـ. انـظـرـ: المـغـنـيـ ٣٣٦ـ/ـ٨ـ، الـإـنـصـافـ ٢٧٥ـ/ـ١٦ـ.

(٥) انـظـرـ: المـغـنـيـ ٣٣٦ـ/ـ٨ـ، المـقـنـعـ وـالـشـرـحـ الـكـبـيرـ وـالـإـنـصـافـ ٢٧٥ـ/ـ١٦ـ.

(٦) انـظـرـ: المـذـبـ ٥٣٦ـ/ـ٥ـ، المـغـنـيـ ٣٣٦ـ/ـ٨ـ.

## 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>.

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 النمرة بعقد، فأشبه النكاح، فلم يصح<sup>(٩)</sup>.

(١) انظر: الحاوي ٤٥٧/٦، المذهب ٣١٢/٣، حiley العلماء ٦٤٥/٢، العزيز ٥/٤٧.

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

(٣) الوجه الثاني: يصح ضمان العبد بغير إذن سيده، ويتبع به إذا عتق. وهو قول أبي إسحاق، وابن أبي هريرة. حجتهمما: 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، المذهب ٣١٢/٣، البيان ٦/٣٠٨، العزيز ٥/١٤٧.

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

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

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

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

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

(٨) انظر: الحاوي ٦/٤٥٧.

(٩) انظر: العزيز ٥/١٤٧.

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

قال أبو سعيد الإصطخري: الهرة التي تلف طيراً، أو طعاماً، أو غيره، إن عهد ذلك منها، وكذا كل حيوان مولع بالتعدي، إذا تركها صاحبها، ضمن ما أتلفت، 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، ويكتف شرعاً، فإذا فرط في حفظها فعليه الضمان<sup>(٨)</sup>.

(١) انظر: مغني المحتاج ٤/٢٠٧.

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

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

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

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

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

(٧) انظر: المذهب ٥/٢٢٢.

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

## 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، المذهب ٣٥٧/٣، حلية العلماء ٢/٢، العزيز ٢٢٦/٥، روضة الطالبين ٤/٤، ٣٠٤، طبقات الشافعية الكبرى ٣/٢٣٥.

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

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

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

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

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

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

### حججة القول الأول:

- ١) أن الوكيل بيعه أو شرائه امتنل 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 مبایع لنفسه<sup>(٣)</sup>.

### حججة 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 ومتسلماً، مطالباً ومطالباً، وهذا محال<sup>(٤)</sup>.
  - ٢) أن الوكيل متهم في الميل إلى ولده، كما كان متهمماً في الميل إلى نفسه، ولذلك لم يجز أن يشهد لولده، كما لا تصح منه الشهادة لنفسه، فلم تجز مبایعة ولده بمال غيره، كما لم تجز مبایعة 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 بطبيعته على أن يشتري لنفسه رخيصاً، وغرض الموكل الاستقصاء في البيع للأكثر، وهو 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: المهدب ٣٥٧/٣.

(٣) انظر: الحاوي ٥٣٧/٦.

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

(٥) انظر: الحاوي ٥٣٧/٦، المهدب ٣٥٧/٣.

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

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

رجل أمر وكيله بشراء جارية بعینها بثمن مقدر، فاشترتها بعشرين ديناراً، ثم اختلفا، فقال الموكل: أمرتك أن تشتريها بعشرة، فاشتريتها بعشرين، فالشراء لا يلزمني، والثمن واجب عليك. 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 ابتعها بغير إذن. فإن كان الوكيل كاذباً كانت الجارية له في الظاهر والباطن. وإن كان صادقاً كانت الجارية للموكل في الباطن، وللوكيل في الظاهر. ويرفق الحكم بالموكل فيقول: إن كنت أمرته أن يشتريها بعشرين فبعلها بعشرين. فإن قال له: بعثك هذه الجارية بعشرين، صارت الجارية للوكيل في الظاهر والباطن. وإن امتنع الموكل من البيع، فهل يكون الوكيل مالكاً 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 يملكونها، 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 ٤٦/٦، المذهب ٣٧٧/٣، حلية العلماء ٢/٦٧١، العزيز ٥/٢٦٢، روضة الطالبين ٤/٣٤٠.

(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 ٢/١٧١، رد المحتار ٦/٦٦.

(٣) قال الدردير في الشرح الكبير ٣/٥٩٣: "وحيث خالف الوكيل، بأن زاد كثيراً في اشتراك أو اشتراك غير لائق... لزمه أى الوكيل ما اشتراه".

(٤) انظر: الحاوي ٤٦/٦، المذهب ٣٧٧/٣، التهذيب ٤/٢٣٢، العزيز ٥/٢٦٢، روضة الطالبين ٤/٣٤٠، مغني المحتاج ٢/٢٣٥.

(٥) انظر: المغني ٧/٢٢١، الشرح الكبير والإنصاف ١٣/٥٤٩.

### حججة القول الأول:

- ١) أن الملك قد انتقل عن الموكيل بيمينه، فاقتضى أن ينتقل إلى الموكيل بعده<sup>(١)</sup>.
- ٢) بناء على أن الملك يقع للوكليل عند العقد ابتداء، ثم ينتقل إلى الموكيل. فإذا تعذر الانتقال منه، بقي على ملكه<sup>(٢)</sup>.

### حججة القول الثاني:

- ١) أن الوكليل مقر بأهلاً ملك لموكله<sup>(٣)</sup>.
- ٢) الوكليل هنا كمن له على رجل الدين لا يؤديه، فظفر بمال من أمواله، يجوز له بيعه، وأنحد 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 مثلك، أو إلى ما هو أحرز من الأول، لم يضمن<sup>(١)</sup>.

وهو قول أبي علي<sup>(٢)</sup> الطبرى<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 مثلك، 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 ٤٣، المذهب ٣٨٤/٣، حلية العلماء ٦٧٣/٢، البيان ٦/٤٧٨، العزيز ٣١٠/٦، روضة الطالبين ٧/٣٤٠.

(٢) أبو علي الطبرى: الحسن بن القاسم، أبو علي، الطبرى. 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 ٢٦١/٢، طبقات الشافعية الكبرى ٣/٢٨٠، طبقات الشافعية لابن قاضى شهبة 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 القاضى وابن عقيل. انظر: المغنى ٩/٢٥٩، المقنع والشرح الكبير والإنصاف ١٦/١١.

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

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

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

### حججة القول الأول:

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

### حججة القول الثاني:

١) أن المودع نهاد عن النقل، فضمنه بالنقل؛ لتصريح المخالف من غير حاجة<sup>(٣)</sup>.

٢) أن المودع لم يرض لإحراز ماله إلا ما عينه<sup>(٤)</sup>.

٣) أن الأمر بالشيء يقتضي تعينه، فلا يعدل عنه إلا بدليل<sup>(٥)</sup>.

٤) أنه قطع اجتهاده بالتعيين، فخالفه بالنقل<sup>(٦)</sup>.

الراجح هو القول بالضمان؛ لحديث: ((ال المسلمين على شروطهم))<sup>(٧)</sup>، وأنه قد رضي بالإيداع بهذا الشرط فما كان له بعد ذلك أن يسقطه، وأن الأمر بالشيء يقتضي تعينه، 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 ٣٨٤/٣، البيان ٤٧٨/٦، روضة الطالبين ٣٤٠/٦.

(٢) انظر: المغني ٢٦٣/٩.

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

(٤) انظر: الحاوي ٣٦٩/٨.

(٥) انظر: المغني ٢٦٣/٩.

(٦) انظر: البيان ٤٧٨/٦.

(٧) أخرجه أبو داود، كتاب الأقضية، باب في الصلح ١٩/٤ رقم (٣٥٩٤)، والترمذني، كتاب الأحكام، باب ما ذكر عن الرسول ﷺ في الصلح بين الناس ٦٣٤/٣ رقم (١٣٥٢). صححه الألباني في الإرواء ١٤٢/٥ 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 سريح، وأبي إسحاق<sup>(٢)</sup>.

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

حججة 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>.

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

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

(٢) انظر: حلية العلماء ٦٧٣/٢.

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

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

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

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

(٧) انظر: المغني ٩/٢٧٥.

حجّة القول الثاني:

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

الراجح أنه لا يلزم المودع الضمان إذا ترك الوديعة حتى تلفت؛ لأنّه مأذون له، وامثالاً لأمر صاحبها، والله تعالى أعلم بالصواب.

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

[٩٤] المطلب الثالث: نهي المودع الموعَ عن تعليف 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 يلزم المودع الضمان.

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

(١) انظر: التعليقة الكبرى تحقيق ديارا ص ٤٤٨، حلية العلماء ٤٩٣/٦، البيان ٦٧٦/٢، 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 يمتد إليه.

(٥) انظر: الإنصاف ١٨/١٦.

(٦) وفي مواهب الجليل ٢٧٠/٦: "فرع: يجب حفظ الوديعة من التلف، ولو أذن ربهما 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: أقتلني أو ولدي". وانظر: حاشية الدسوقي ٦٤٩/٣.

(٧) انظر: الحاوي ٣٦٥/٨، التعليقة الكبرى تحقيق ديارا ص ٤٤٨، التهذيب ١٢٤/٥، البيان ٦٩٣/٦، العزيز ٣٠٢/٧، روضة الطالبين ٣٣٢/٦.

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

### حججة القول الأول:

- ١) عن المغيرة رضي الله عنه قال: سمعت من رسول الله صلوات الله عليه وآله وسلامه: ((...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 مالكها وسكته سواء<sup>(٢)</sup>.
- ٢) أنه منهي عن ترك العلف والسيسي لحق الله تعالى، فإذا تركهما، فتتلف بذلك، لزمه الضمان<sup>(٣)</sup>.
- ٣) أنه شرط قد منع الشرع منه فكان مطرحاً<sup>(٤)</sup>.

### حججة القول الثاني:

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

(١) تقدم تخرجه ص ٣٨١.

(٢) انظر: المغني ٢٧٥/٩.

(٣) انظر: البيان ٤٩٣/٦.

(٤) انظر: الحاوي ٣٦٦/٨.

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

(٦) انظر: المغني ٩/٢٧٥.

(٧) انظر: الحاوي ٨/٣٦٦.

### المناقشة والترجح:

أصحاب أصحاب القول الثاني عن الاستدلال بالنهي عن إضاعة المال: بأن الحق ثابت لصاحبها، فلم يغرن 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؛ لأنها مأذون له، وقد لا يستطيع أن يتحمل تكاليف العلف والسقي، ولكنه يأثم على ذلك.  
والله تعالى أعلم بالصواب.

(١) انظر: المغني ٢٧٦/٩.

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

إن كان الوديعة دابة، فأخرجها المودع لل斯基 والعلف إلى خارج الحرز، فإن كان المترل ضيقاً لم يضمن؛ لأنه مضطر إلى الإخراج. وإن كان المترل 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>.

#### حججة القول الأول:

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

(١) انظر: الحاوي ٣٦٥/٨، المذهب 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 "الترقير" 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 وكثير 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، المذهب ٣٩١/٣، التهذيب ٥/١٢٤، البيان ٤٩٣/٦، العزيز ٣٠٢/٧، روضة الطالبين ٣٣٣/٦.

(٥) انظر: المذهب ٣٩١/٣، البيان ٤٩٣/٦.

حجۃ القول الثاني:

- ١) أن ذلك يجري مجری متله، وقد جرت العادة بعلف البهائم والسكنی خارج المترل  
إذا كان آمناً<sup>(١)</sup>.
- ٢) أن خارج المترل حرز، كالمترل، فهو كما لو نقل الوديعة من بيت إلى بيت<sup>(٢)</sup>.

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

---

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

(٢) انظر: البيان ٤٩٤/٦.

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 الأمانة 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 بمثابة وكيل الغائب، وأن الحاكم هو المنصوص لحفظ الأمانات، وغير الحاكم لا ولایة 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 لعدم السفر، فهو كما لو كان الحاكم معذوماً في البلد. انظر: الحاوي ٣٥٩/٨، المذهب ٣٨٧/٣، حلية العلماء ٦٧٤/٢، التهذيب ١١٨/٥، البيان ٤٨٣/٦، العزيز ٢٩٤/٧

ويمضى قول المالكية؛ لأنها أودعها من الحاجة لثقة مرضي، فأشبهه بإيداعها عند الحاكم، ولأنه أحد سببي حفظها، فكان موكلًا إلى احتجاده، 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 نهاده". انظر: بدائع الصنائع ٣٠٨/٥، رد المحتار ٢٢٩/٦.

(٤) وقيل: يجوز دفعها إلى ثقة؛ لأنها 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: سلم المودع الوديعة مكرهاً لغير صاحبها.  
رجل قبل وديعة طوعاً، ثم تغلب عليه متغلب، فأكرهه على أخذها منه، ودفعها المودع 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>.

### حججة القول الأول:

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

(٢) أنه لا يلزم 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 المحتار ٢٤١/٦: "فروع: هدد المودع، أو الوصي على دفع المال، إن خاف تلف نفسه، أو عضوه، فدفع، لم يضمن. وإن خاف الحبس أو القيد ضمن. وإن خشي 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 ٣/٨٨.

(٥) أبو الخطاب: محفوظ بن أحمد بن حسن، أبو الخطاب، الكلوذاني، من أهل باب الأرجح وكلوذا من نواحي بغداد، ويلقب بنجم المهدى، وهو الإمام البارع، من تصنيفه: "المهادىة"، و"الانتصار"، و"التهذيب في الفرائض"، وغيرها. ولد سنة اثنين وثلاثين وأربعين، وتوفي سنة عشر وخمسين. انظر: طبقات الحنابلة ٣/٤٧٩، ذيل طبقات الحنابلة ١١٦/١، المنهج الأحمد ٣/٥٧، سير أعلام النبلاء ١٩/٣٤٨، علماء الحنابلة ص ١١٦.

(٦) انظر: الإنصاف ٦٩/١٦.

(٧) انظر: المذهب ٣/٣٩٢.

(٨) انظر: الحاوي ٣٧٦/٨.

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

حججة القول الثاني:

- ١) أنه فوّت الوديعة على صاحبها لدفع الضرر عن نفسه، فأشبه إذا أنفقها على نفسه لخوف التلف من الجموع<sup>(٢)</sup>.
- ٢) أنه ليس له أن يقي نفسه بمال غيره، كما لو ألقى في البحر مال غيره<sup>(٣)</sup>.

الترجح:

الراجح هو القول بعدم لزوم الضمان على المودع؛ 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 ٢٨٠/٩.

(٢) انظر: المهدب ٣٩٢/٣.

(٣) انظر: الحاوي ٣٧٦/٨.

## المبحث التاسع: الغصب والشفعة. وفيه مطلبان:

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

إن نقصت العين المغصوبة، ثم زال النقد، بأن كانت جارية سمينة فهزلت، ونقصت قيمتها، ثم سمنت وعادت قيمتها، ففي ضمان النقد وجهان:

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

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

حجتهم:

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

(١) انظر: الحاوي ١٤٨/٧، المذهب 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؛ لأن زال ما أوجب الضمان، فسقط الضمان، كما لو جنى على عين فايضت، ثم زال البياض. انظر: الحاوي ١٤٨/٧، المذهب ٤٢٠/٣، حلية العلماء ٦٨٧/٢، البيان ٣٢/٧.

وبهذا قال الحنفية والمالكية؛ لأن رجوع العين المغصوبة إلى مالكها 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، الناج والإكليل ٣٢٣/٧.

وهو الوجه الثاني عند الحنابلة؛ لأنه عاد ما ذهب، فأشبه ما لو مرضت فنقت، ثم عوفيت، أو نسيت صناعة ثم تعلمتها، أو أبقي 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: المذهب 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 بعود السمن يسقط ما في مقابلته من الأرش. ويضمن السمنين في قول أبي سعيد؛ لأن السمن الثاني غير الأول فلزمه ضمافهما<sup>(١)</sup>.

---

(١) انظر: الحاوي ١٤٨/٧، المهدب ٤٢٠/٣.

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

قال أبو سعيد الإصطخري: إذا ملك الرجل شخصاً في دار أو أرض، فمات وعليه دين يحيط بتركه، فباع شريكه الشخص، فليس للوارث أن يأخذ بالشفعه<sup>(١)</sup>.  
وهو مقتضى قول الحنفية<sup>(٢)</sup>، والحنابلة<sup>(٣)</sup>.

القول الثاني: للوارث أن يأخذ بالشفعه.

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

### حججة القول الأول:

لا تنتقل إلى الورثة لإحاطة الدين بها، والتركة باقية على ملك المتوفى لا يملكتها الورثة، إلا بعد قضاء الدين كله، لقوله تعالى: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾<sup>(٧)</sup> فجعل الوارث مالكاً للتركة بعد قضاء الدين، فلا يحق للوارث أن يأخذ بالشفعه<sup>(٨)</sup>.

(١) انظر: البيان ١٠٨/٧.

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

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

(٤) انظر: حلية العلماء ٢/٧٠٨، البيان ٧/١٠٨، العزيز ٥/٤٤٧، روضة الطالبين ٥/١١٤.

(٥) انظر: الحاوي ٧/٢٥٩.

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

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

(٨) سورة النساء، من الآية: ١١.

(٩) انظر: الحاوي ٣/٣٦٩، البيان ٧/١٠٨.

حجّة القول الثاني:

- ١) أن الدين لا يمنع انتقال الملك إلى الورث، والشخص ملك للوارث عند بيع شريكه<sup>(١)</sup>.
- ٢) أن إفلاس ميتهم لا يكون مانعاً من استحقاقها؛ لأن لهم قضاء الديون واستيفاء الشخص<sup>(٢)</sup>.

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

(١) انظر: البيان ٧/١٠٨.

(٢) انظر: الحاوي ٧/٢٦٠.

(٣) سيرتي 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 والمساندة.

ما عقد على مدة لا يجوز إلا على مدة معلومة الابتداء والانتهاء.

فإن قال: أجررتك 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 ٢/٧٢٥، البيان ٧/٣٠٥، العزيز ٦/١١٢، روضة الطالبين ٥/١٩٦.

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

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

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

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

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

(٧) منهم: أبو بكر عبد العزيز بن جعفر، وأبي عبد الله ابن حامد، واختاره ابن عقيل. انظر: المغني ٨/٢١، المقنع والشرح الكبير والإنصاف ٤/٣٠٥.

## حججة القول الأول:

١) قال علي رضي الله عنه: (جُعت مرة بالمدينة جوعاً شديداً، فخرجت أطلب العمل في عوالي المدينة، فإذا أنا بامرأة قد جمعت مدرأ<sup>(١)</sup>، فظننتها تريد بله، فأتيتها ففقطعتها كل ذنوب على قرة، فمدت ستة عشر ذنوباً، حتى مجلت<sup>(٢)</sup> يداي، ثم أتيت الماء فأصبت منه، ثم أتيتها فقلت بكفي هكذا بين يديها، فعدت لي ست عشرة قرة، فأتيت النبي صلوات الله عليه وآله وسلامه 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! ما لي أرى لونك منكفاً؟ قال: ((الخمس<sup>(٤)</sup>)). فانطلق الأنصاري إلى رحله، فلم يجد في رحله شيئاً، فخرج يطلب، فإذا هو بيهودي يسقي خلا. فقال الأنصاري لليهودي: أسيقي خلوك؟ قال: نعم. قال: كل دلو بتمرة. واشترط الأنصاري أن لا يأخذ خدرة<sup>(٥)</sup>، ولا تارزة<sup>(٦)</sup>، ولا حشقة<sup>(٧)</sup>، ولا يأخذ إلا جلدة<sup>(٨)</sup>. فاستقى بنحو من صاعين. فجاء به إلى النبي صلوات الله عليه وآله وسلامه ).

(١) المدر: وهو الطين المتماسك؛ لثلا يخرج منه الماء. انظر: النهاية ٢/٦٤.

(٢) مجلت: يقال مجلت يده، تجعل، مجالاً، ومجلت، تجعل مجالاً، إذا ثخن جلدتها، وتعجر، وظهر فيها ما يشبه البشر، من العمل بالأشياء الصلبة الحشنة. انظر: النهاية ٢/٦٣٦.

(٣) المسند ٢/٣٥١ (١١٣٥)، واللفظ له، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب الإجارة، باب حواز الإجارة، ٦/١٩٧ (١١٦٤٩)، وابن الجوزي في التحقيق ٦/٣٥٢. ورواه ابن ماجة، كتاب الرهون، باب الرجل يستقى كل دلوة بتمرة، ويشترط ابن ماجة لسند ابن حجر سند أحمد، ونقل عن ابن السكن تصححه لسند ابن ماجة. انظر: التلخيص الحبير ٣/١٣٤. والحديث جود ابن كثير إسناده، وقواه. انظر: إرشاد الفقيه ٢/٨٠. وحسن الشيخ الألباني سند ابن ماجة. انظر: صحيح سنن ابن ماجة ٥/٥٦ (١٩٨١)، الإرواء ٥/٣١٤.

(٤) الخمس: يقال رجل خمسان، وخميس: إذا كان ضامر البطن من الجوع. انظر: النهاية ١/٥٣٤.

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

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

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

(٨) الجلدة: اليابسة اللحاء الحيدة. انظر: النهاية ١/٢٧٩.

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

وجه الدلاله: أن هاتين القصتين شبيهه بمسألتنا؛ لأن علياً والأنصاريَّ رض لم يحددا مدة العمل، ولكن حددوا الأجرة، ولم ينكر النبي ﷺ صلوات الله عليه رض عليهما، ولأن الدلو معلوم وعوضه معلوم<sup>(١)</sup>.

٣) أن المนาفع 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>.

### حججة القول الثاني:

١) أنه عقد على الشهر وما زاد من الشهور، 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 بعائمه<sup>(٦)</sup>.

### الترجح:

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 بكتدا، 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 وبالشهر، والله تعالى أعلم بالصواب.

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

(٢) انظر: الإشراف ٦٥٤/٢.

(٣) انظر: المهدب ٥١٨/٣.

(٤) انظر: المهدب 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، فللحاملي الأجرة كاملاً<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>.

حججة القول الأول:

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

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

(٢) انظر: البيان ٣٨٩/٧.

(٣) قال ابن قدامة في المغني ١٤٤/٨: "فصل إذا استأجر رجلاً ليحمل له كتاباً إلى مكة أو غيرها، إلى صاحب له، فحمله، فوجد صاحبه غائباً، فرده، استحق الأجر بحمله في الذهاب والردد؛ لأن حمله 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 يرضي تضييعه، فتعين رده، والله أعلم".

(٤) انظر: الميسوط ٣٠/٢٠٢، بداع الصنائع ٤/٦٦، البحر الرائق ٨/١٠، رد المحتار ٦/٣٠١.

(٥) انظر: المصادر السابقة.

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

### حججة 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>.

### حججة 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 فرده، أنه لا أجر له لما قلنا كذا هذا<sup>(٢)</sup>.

### حججة 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: بداع الصنائع ٦٦/٤

(٣) انظر: بداع 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 مؤته<sup>(١)</sup>.

وهو الأقرب إلى كلام الشافعي رحمه الله<sup>(٢)</sup>، واحتاره 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.  
احتاره الغزالي<sup>(٥)</sup>، وهو المذهب عند الشافعية<sup>(٦)</sup>.  
وبه قال الحنفية<sup>(٧)</sup>، والحنابلة<sup>(٨)</sup>.

حججة القول الأول:

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

(١) انظر: العزيز ١٤٦/٦.

(٢) قال الشافعي رحمه الله في مختصر المزني ص ١٧٤: "ولو اكتفى دابة فحبسها قدر المسير، فلا شيء عليه، وإن حبسها أكثر من قدر ذلك ضمّن". 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، بذائع الصنائع ٧٠/٤.

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

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

### حججة 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 والترجح:

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 يردها إلى صاحبها بعد مضي المدة. وإن كان مال الإجارة من العقارات، فلا يلزمها الرد، وإنما عليه التخلية بين المالك وبينها إذا طلب. والله تعالى أعلم بالصواب.

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

(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>.

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 الأرضي، وال الحاجة إلى ذلك تختلف بقلة الأرضي وكثرتها، فالظاهر أن حق كل واحد منهم من الشرب بقدر أرضه، وقدر حاجته<sup>(٧)</sup>.

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

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

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

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

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

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

(٧) انظر: المبسوط ٢٣/١٧٢.

[٤٠٤] المطلب الثاني: إحياء الموات بماء فيه مضره 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 يسقى 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> الترمذى<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 الترمذى: محمد بن أحمد بن نصر، الترمذى، الشافعى، الإمام الزاهى، الورع، العلامة، شيخ الشافعية بالعراق في وقته، قال الدارقطنى: ثقة مأمون ناسك. قال إبراهيم بن السرى الزجاج: إنه كان يجرى على أبي جعفر في الشهر أربعة دراهم يتقوت بها. قال: وكان لا يسأل أحدا شيئاً. ولد في ذى الحجة من سنة مائتين، وتوفي في المحرم سنة خمس وتسعين ومائتين. انظر: طبقات الفقهاء ص ١١٥، سير أعلام النبلاء ١٣/٥٤٦، طبقات الفقهاء الشافعيين ١٧٥/١.

(٣) انظر: البيان ٥٠٧/٧.

(٤) انظر: المذهب ٣/٦٣١، التنبية ص ٢٦٠، التهذيب ٤/٥٧، العزيز ٦/٢٣٦، روضة الطالبين ٥/٣٠٦، مغني المحتاج ٢/٣٧٤.

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

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

(٧) قال الكاسانى في البدائع ٥/٢٧٧: "أن النهر الخاص لجماعة لا يملك أحدهم التصرف فيه من غير رضا الباقيين، 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 يخفر نهرًا صغيرًا من النهر المشترك فيسوق الماء إلى أرض أحياها ليس لها منه شرب ليس له ذلك إلا برضاهما؛ لأن الحفر تصرف في محل مملوك على الشركة من غير رضاهما فيمنع عنه". وانظر: البحر الرائق ٨/٢٤٥، رد المحتار ٦/٧٦٧.

حجتهم:

- ١) أن من أحيا مواتاً ملکه، وملک 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 إحياءهم سبقوا إلى هذا الماء والشرب منه، فكانوا أحق به من غيرهم<sup>(٢)</sup>.
- ٣) لم منعه؛ لئلا يصير ذلك ذريعة إلى منعهم حقهم من السقي، لتقديمه عليهم بالقرب، إذا طال الزمان، وجهل الحال<sup>(٣)</sup>.

(١) انظر: البيان ٧/٥٠٧.

(٢) انظر: البيان ٧/٥٠٨.

(٣) انظر: المغني ٨/١٧٠.

[١٠٥] المطلب الثالث: استحقاق الرجل موضعًا 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، فان فارقه على أن لا يعود؛ لتركه الحرفة، أو لعوده في موضع آخر، بطل حقه أيضًا. وإن فارقه على أن يعود:

فقال أبو سعيد الإصطخري: إذا رجع إلى بيته بالليل، فسبقه إليه غيره، فمن سبقة 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 مزاحمه 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: الناج والإكيليل وموهاب الجليل ٧/١٢٧، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٣/٥٦٩.

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

(٥) انظر: المذهب 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 اتّخذ فيها مقعداً، كان أحق به في النوبة الثانية، وإن تخللت بينهما أيام. انظر: التهذيب ٤/٤٠٠، العزيز ٦/٢٢٤، روضة الطالبين ٥/٢٩٥.

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

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

### حججة القول الأول:

(١) عن عائشة رضي الله عنها قالت: (قلنا: يا رسول الله! ألا نبني لك بيتاً يظللك مني؟ قال: لا. مني مُناخ 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- فلقدرأيتنا يباعي الرجل اليوم هنا، وغدا من ناحية أخرى) رواه البيهقي<sup>(٦)</sup>.

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

(٢) ابن الصباغ: أبو نصر، عبد السيد بن محمد بن عبد الواحد، البغدادي، فقيه العراق، أخذ عن القاضي أبي الطيب الطبرى، ورجح في المذهب على الشيخ أبي إسحاق، وكان ورعاً نزهاً تقىاً، صالحًا 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 للإسنوي ٣٩/٢، طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ١/٢٥٨.

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

(٤) رواه أبو داود، كتاب المنسك، باب تحريم حرم مكة، ٢٢٢/٢ رقم(٢٠١٩)، والترمذى، كتاب الحج، باب ما جاء أن مني مُناخ من سبق، ٢٢٨/٣ رقم(٨٨١) قال أبو عيسى: "هذا حديث حسن صحيح". واللفظ له، وابن ماجة، كتاب المنسك، باب الترول (عنى)، ١٠٠٠/٢ رقم(٣٠٠٦). والحديث ضعفه الألبانى في ضعيف سنن أبي داود ص ١٩٧ (٤٣٨)، وضعيف سنن الترمذى ص ١٠٤ (١٥٣).

(٥) انظر: عارضة الأحوذى ٤/١١٢.

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

- (٣) عن سفيان بن عيينة<sup>(١)</sup> عن أبي يعفور<sup>(٢)</sup> قال: (كنا في زمان 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 مفارقته موضعه من المسجد، وعوده للصلوة 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>.

### حججة القول الثاني:

- (١) عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول صلوات الله عليه 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؛ لصلوة مثلاً، ثم فارقه ليعود، بأن فارقه ليتوضاً، 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 الهملاي، أبو محمد، الكوفي، محدث الحرم المكي، ثقة حافظ، فقيه إمام حجة، إلا أنه تغير حفظه بأخره، وكان رمما دلس، لكن عن النقائats. قال الشافعى: لولا مالك وسفيان لذهب علم الحجاز. وقد حج سبعين سنة. ولد سنة ١٠٧هـ، ومات في سنة ١٩٨هـ، وله ٩١ سنة. انظر: تذكرة الحفاظ ٢٦٢/١، تقريب التهذيب ص ٣٩٥، طبقات الحفاظ ص ١١٩.

(٢) أبو يعفور: واقد، وقيل: وقدان العبدى، الكوفي، من ثقات التابعين، وهو أبو يعفور الكبير، مشهور بكنته، حدث عن ابن عمر وأنس بن مالك وعبد الله بن أبي أوفى ومصعب بن سعد، روى عنه شعبة وإسرائيل والشوري وأبو الأحوص وابنه يونس بن أبي يعفور وسفيان بن عيينة وآخرون، مات سنة عشرين ومائة تقربياً. انظر: سير أعلام النبلاء ٤/٢١٤، تهذيب التهذيب ١١/٢٢٣، تقريب التهذيب ص ٤٣٧.

(٣) رواه البيهقي في السنن الكبيرى، كتاب إحياء الموات، باب ما جاء في مقاعد الأسواق، ٦/٤٩٢ رقم (١١٨٣٨). والأثر حسنة الأعظمى في المنة الكبيرى 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 ثبت 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>.

### حججة القول الثالث:

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

### المناقشة والترجح:

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: ((مني 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 للتراء، ووقوع الاختلاف بين التجار في اختيار الموضع.

والله تعالى أعلم بالصواب.

(١) انظر: شرح صحيح مسلم ٤/١٦٠-١٦٢، فتح الباري ١١/٦٦.

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

(٣) انظر: الحاوي ٧/٤٩٥.

(٤) انظر: التهذيب ٤/٥٠٠.

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

المبحث الثاني عشر: الوقف والهبة. وفيه ثلاثة مطالب:

[١٠٦] المطلب الأول: في بيان الصرح والكتابية من الفاظ الوقف.

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

وفي رواية أخرى عنه: إن التحبيس صريح، والتبيل كتابة<sup>(٢)</sup>.

وهو قول الحارثي<sup>(٣)</sup> من الحنابلة<sup>(٤)</sup>.

القول الثاني: إن لفظ التحبيس والتبيل صريح عن الوقف.

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

وبه قال المالكية<sup>(٦)</sup>، والحنابلة<sup>(٧)</sup>، وهو مقتضى قول الحنفية<sup>(٨)</sup>.

(١) انظر: الوسيط ٤/٤، 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، وخرج بجماعة، وتكلم على الحديث ورجاله، وكان عارفاً بمذهبها، ثقة متلقنا صينا. ولد سنة اثنين وخمسين وستمائة، ومات في ذي الحجة سنة إحدى عشرة وسبعمائة.

انظر: تذكرة الحفاظ ٤/٤٩٥، طبقات الحفاظ ص ٥١٩، علماء الحنابلة ص ٢٢٦.

(٥) انظر: الإنصاف ٦/٣٦٧.

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

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

(٨) انظر: المعني ٨/١٨٩، المقنع والشرح الكبير والإنصاف ٦/٣٦٦.

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

### حججة القول الأول:

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

### حججة القول الثاني:

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

### الترجح:

الراجح أن هذين اللفظين صريحان في معنى الوقف المشرع؛ لكثرة استعمالهما، واشتهرارهما شرعاً وعرفاً، فتصرف إلى معنى الوقف، ويتم بهما الوقف بمجرد 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، ٦/٢٦٨ (١١٩٠٤). وهو حديث صحيح. انظر: شفاء العي ٢/٢٨٥، والإرواء ٦/٣١.

(٤) انظر: المذهب ٣/٦٧٩، البيان ٨/٧٣.

(٥) انظر: العزيز ٦/٢٦٣، المغني ٨/١٨٩.

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

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

وبه قال أبو الطيب ابن سلمة<sup>(٢)</sup>، وهو الصحيح من المذهب<sup>(٣)</sup>.

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

حجتهم:

يجوز عزل من ولاه، كما يعزل الموكل وكيله، وينصب غيره، وكان المتولى نائباً عنه<sup>(٦)</sup>.

(١) انظر: العزيز ٢٩١/٦، أدب القضاء لابن أبي الدم ص ٥٢٥، روضة الطالبين ٥/٣٤٩.

(٢) تنبية: وفي كتاب "أدب القضاء لابن أبي الدم ص ٥٢٥": "إذا وقف رجل على رجل وقفأ، وفرض النظر فيه إلى رجل آخر عدل، ثم أراد بعد ذلك أن يعزله، ويستبدل به غيره، لا لأمر عرض من فسق أو خيانة، بل تشهيأ. نص الإمام على أنه لا يجوز. وحکى 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 ٥/٣٤٩.

(٤) انظر: العزيز ٢٩١/٦، روضة الطالبين ٥/٣٤٩، منهاج الطالبين ص ٩٩، معنی المحتاج ٢/٣٩٤، تحفة المحتاج ٨/١٤٢، نهاية المحتاج ٥/٣٩٩، تيسير الوقوف على غوامض أحكام الوقوف ١/١٦٥.

(٥) وفي وجه: أنه ليس له العزل؛ لأن ملكه قد زال، فلا تبقى ولايته عليه. انظر: العزيز ٢٩١/٦، روضة الطالبين ٥/٣٤٩.

وبه قال الحنابلة. انظر: المغني ٨/٢٣٧، الإنفاق ١٦/٤٤٧، مطالب أولى النهى ٤/٣٢٩.

(٦) انظر: الاختيار ٣/٥٠، الإسعاف في أحكام الأوقاف ٥٣، رد المحتار ٤/٦٢٨، حاشية قرة عيون الأخيار ٧/٤٦٠.

(٧) انظر: الناج والإكليل ٧/٦٥٩، مواهب الجليل ٧/٦٥٧، حاشية الدسوقي ٤/١٣٧.

(٨) انظر: العزيز ٢٩١/٦، روضة الطالبين ٥/٣٤٩، معنی المحتاج ٢/٣٩٤.

[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، وبدها 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 المهدية لصاحبها؛ لأنه شرط، ولأن مقصوده لم يحصل<sup>(٧)</sup>.

(١) انظر: النجم الوهاج ٥٦٧/٥، مغني المحتاج ٤٠٤/٢، نهاية المحتاج ٤٢٠/٥.

(٢) انظر: مغني المحتاج ٤٠٤/٤، نهاية المحتاج ٤٢٠/٥، تحفة المحتاج ٢٠٧/٨، حاشية الشروانى ٣١٤/٦.

(٣) انظر: المبسوط ٤٩/١٢، بداع الصنائع ١٦٦/٥، الاختيار ٥٩/٣.

(٤) لأن هبة الثواب على أن يكافئه الموهوب له جائز عند المالكية. انظر: الإشراف ٦٧٧/٢، الكافي لابن عبد البر ٥٣٢، القوانين الفقهية ص ٢٧٢، حاشية الدسوقي ١٨٠/٤.

(٥) انظر: المغني ٢٨٠/٨، الكافي لابن قدامة ٥٩٩/٣.

(٦) الموطأ، كتاب الأقضية، باب القضاء في الهبة ٢٢٤/٢، والبيهقي في السنن الكبير، كتاب الهبة، باب المكافأة في الهبة، ٣٠١/٦ (١٢٠٢٨). والأثر صححه الألباني في الإرواء ٥٥/٦.

(٧) انظر: حاشية الشروانى ٣١٤/٦، المغني ٢٨٠/٨.

### المبحث الثالث عشر: اللقطة والقيط. 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> بـ<sup>(٣)</sup>.

حجتهم:

لأن نهي السيد قد قطع اجتهاد العبد في أخذها<sup>(٤)</sup>.

(١) انظر: الحاوي ٢٠/٨، حلية العلماء ٢٥٥/٧٥٥، العزيز ٦/٣٤٧، روضة الطالبين ٥/٣٩٧، مغني المحتاج ٢/٤٠٨.

(٢) انظر: البيان ٥٥٠/٧، روضة الطالبين ٥/٣٩٧، التجم الوهاج ٦/١٣، مغني المحتاج ٢/٤٠٨.

(٣) القول الثاني: يجوز للعبد الالتفات؛ لأنه مستفاد بالفعل، والبدن، فوجب أن يستوي فيه الحر والعبد، كالاحتطاب، والاحتشاش، وغيرهما. انظر: التهذيب ٤/٥٦٠، البيان ٧/٥٤٩.

وهو قول الجمهور: الحنفية، والمالكية، والحنابلة. حجتهم: عموم الخبر، ولأن الالتفات سبب يملأ به الصي ويصبح منه، فصح من العبد، كالاحتطاب والاصطياد، ولأن من جاز له قبول الوديعة، صح منه الالتفات كالحر.

انظر: البحر الرائق ٥/١٦٢، رد المحتار ٤/٤٦٦، الذخيرة ٩/١٠٧، الناج والإكليل ومواهب الجليل ٦/٤٨، الشرح الكبير للدردير ٤/١٨٩، المغني ٨/٣٣٤، المقنع والشرح الكبير والإنصاف ٦/٢٧١، رؤوس المسائل ٣/١٠٨٣.

(٤) انظر: الحاوي ٨/٢٠.

[١١٠] المطلب الثاني: وقت امتلاك اللقطة.

قال أبو سعيد الإصطخري: إن الواجب يكون مالكاً لها بمضي المول وإن لم يختر 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 الواجب لا يملكتها 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 ٣١٦/٣.

(٢) انظر: الحاوي ١٥/٨.

(٣) انظر: المغني ٣٠٠/٨، المقنع والشرح الكبير والإنصاف ٢٣٦/١٦.

(٤) انظر: الحاوي ١٥/٨.

(٥) انظر: الحاوي ٣١٦/٣، التهذيب ٤/٥٥١، البيان ٧/٥٣٠، العزيز ٦/٣٧٠، روضة الطالبين ٤١٢/٥، معنى المحتاج ٤١٥/٢.

(٦) والوجه الثالث: أنه لا يملكتها بعد مضي المول، إلا بالاختيار والتصرف. انظر: الحاوي ١٥/٨، روضة الطالبين ٤١٢/٥.

(٧) انظر: عقد الجواهر ٩٩٢/٣، الذخيرة ١١٣/٩، الشرح الكبير للدردير ٤/١٨٨.

(٨) انظر: المغني ٣٠٠/٨، الإنصاف ٢٣٧/١٦.

(٩) وعند الحنفية: أن الملتقط لا يملك اللقطة، كالوديعة. انظر: روضة القضاة ٣/١٣٨٩، مجمع الضمانات ١٢٣/٦، فتح القدير ٤٦٥/١.

### حججة القول الأول:

١) عن عمرو بن العاص رضي الله عنه قال: (سمعت رجلا من مزينة، وهو يسأل النبي صلوات الله عليه قال: يا رسول الله، اللقطة بحدها في السبيل العامر؟ قال: ((عِرْفُهَا سَنَةٌ، فَإِنْ جَاءَ صَاحْبَهَا، وَإِلَّا فَهِيَ لَكَ)).<sup>(١)</sup>

وجه الدلالة: قوله صلوات الله عليه ((هي لك)) دليل على أنه يملك بمجرد التعريف، ولو وقف ملكها على تملّكها لبينه له، ولم يجوز له التصرف قبله<sup>(٢)</sup>.

٢) أنه كسب مال بفعل فلا يشترط في تملّكه اختيار التملك، كالصيد<sup>(٣)</sup>.

٣) أن الالتفات والتعرّيف سبب للملك، 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، فأشبّه الركاز والاصطياد<sup>(٥)</sup>.

### حججة القول الثاني:

١) عن زيد بن خالد الجهني رضي الله عنه قال: (جاء رجل إلى رسول الله صلوات الله عليه فسألته عن اللقطة، فقال: ((اعرف عفاصها<sup>(٦)</sup> ووكانها<sup>(٧)</sup>، ثم عرّفها سنة. فإن جاء صاحبها، وإلا

(١) أخرجه الإمام أحمد في المسند ١١/٢٧٣ 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 أخذنه، وما لا يجوز ما يجده، ١٢٠٦٨ رقم (٣١٤/٦)، وهو حديث حسن. انظر: صحيح سنن أبي داود ٤٧٧/١ رقم (١٧١٠).

(٢) انظر: التهذيب ٤/٥٥١، المعني ٨/٣٠١.

(٣) انظر: المذهب ٣/٦٣٨، التهذيب ٤/٥٥١.

(٤) انظر: البيان ٧/٥٣٠، المعني ٨/٣٠١.

(٥) انظر: الحاوي ٨/١٥.

(٦) هو: زيد بن خالد الجهني، المديني، صحابي مشهور، مات بالمدينة، وقيل: بالكوفة، سنة ثمان وستين أو سبعين، وله خمس وثمانون سنة. انظر: الإصابة ١/٥٦٥، تقريب التهذيب ص ٣٥٣.

(٧) العفاص: الوعاء الذي تكون فيه النفقة من جلد، أو خرقة، أو غير ذلك. من العفاص: وهو الثنبي، والعطف، وبه سمي الجلد الذي يجعل على رأس القارورة: عفاصا، وكذلك غالفيها. انظر: النهاية ٢/٢٢٧.

(٨) الوكان: الخيط الذي تشد به الصرة والكيس، وغيرهما. انظر: النهاية ٢/٨٧٧.

ف شأنك بها)) متفق عليه<sup>(١)</sup>.

وجه الدلاله: أن النبي ﷺ فوض الأمر إلى اختياره، وأغراه بتملكها بعد التعريف، فدل على أنه لم يملکها بمضي مدة التعريف إلا بالاختيار<sup>(٢)</sup>.

٢) أنه أبىح له التملك بعد الحول بعد أن كان مؤمناً، فاقتضى ألا ينتقل عما كان عليه إلا باختيار ما أبىح له<sup>(٣)</sup>.

٣) أنه تملك ببدل فافتقر إلى اختيار التملك، كالمملک بالبيع<sup>(٤)</sup>.

### المناقشة والترجح:

أجاب أصحاب القول الأول على بعض أدلة القول الثاني:

بأن التعريف سبب يملك 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 ببيان الفرق بينهما: بأن الموروث إنما نقل ملكه بسبب تuder حاجته إليه، والشرع إنما ملك الأملال لدفع الحاجات، فحيث لا حاجة لا ملك. وصاحب اللقطة يحتاج لبقاء حياته، فملكه باق عند عدم اختيار الواجد؛ 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 ٤٨٠، صحيح مسلم، كتاب اللقطة، - بدون باب - ١٠٨٥/٣ رقم ١٧٢٢ (٢٤٢٩).

(٢) انظر: الحاوي ١٥/٨، المذهب ٦٣٨/٣، التهذيب ٥٥١/٤، البيان ٥٣٠/٧، العزيز ٣٧٠/٦.

(٣) انظر: الحاوي ١٥/٨.

(٤) انظر: المذهب ٦٣٨/٣، التهذيب ٥٥١/٤، البيان ٥٣٠/٧.

(٥) انظر: المغني ٣٠١/٨.

رضاؤه هو؛ لتعذر وجوده، ومن مصلحته الاقتصار على رضا الواحد؛ لتضمنها في ذمتها<sup>(١)</sup>.

٢- الجواب عن الاستدلال بحديث: ((فهي لك)) بأنه روي في رواية مشهورة ((فشأنك بها)) ففرضها لاختياره، فتحمل الروايات الأخرى على ما بعد الاختيار، جماعاً بينها<sup>(٢)</sup>.

٣- الجواب عن القياس بالاحتطاب والاصطياد، بأن الخطب والصيد لم يتقدم عليه ملك، فكان الأمر في انتقاله أيسر<sup>(٣)</sup>.

٤- الجواب عن قياس اللقطة بالوديعة، بأن الوديعة صاحبها معلوم، فاشترط رضاه، كالبيع. وهذا مجھول، أشبه المفقود، فضعف ملکه<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، وأفتى بما فيه متعين، وإن خالفه من خالقه؛ فإنه لم يعارضه ما يوجب تركه<sup>(٥)</sup>، والله تعالى أعلم بالصواب.

(١) انظر: الذخيرة ١١٣/٩.

(٢) انظر: الذخيرة ١١٤-١١٣/٩.

(٣) انظر: المصدر نفسه.

(٤) انظر: المصدر نفسه.

(٥) انظر: إعلام الموقعين ٣٣٢/٤.

[١١١] المطلب الثالث: إسلام القبط 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> .

حججة القول الأول:

١) عن أنس رض قال: (كان غلام يهودي يخدم النبي صل فمرض فأتاه النبي صل يعوده، فقعد عند رأسه فقال له: ((أسلم)) فنظر إلى أبيه وهو عنده، فقال له: أطع أبا القاسم صل فأسلم، فخرج النبي صل 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: المعني ٢٧٨/١٢، المقنع والشرح الكبير والإنصاف ١٢٣/٢٧.

(٥) انظر: الحاوي ٤٦/٨، المذهب ٢٧٤/٥، التهذيب ٥٧٦/٤، البيان ١٧٢/١٢، العزيز ٣٩٥/٦، روضة الطالبين ٤٢٩/٥، معنى المحتاج ٤٢٤/٢.

(٦) الوجه الثالث: يحكي عن ابن أبي هريرة: يتوقف، فإن بلغ واستمر على كلمة الإسلام، تبيناً كونه مسلماً من يومئذ، وإن وصف الكفر، تبيناً أنه كان لغواً، وقد يعبر عن هذا بصحبة 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 لو لا صحة إسلامه لما قال النبي ﷺ: ((أنقذه من النار))<sup>(١)</sup>.

٢) عن ابن عمر موثقاً: (أن عمر انطلق مع النبي ﷺ في رهطٍ 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 الأميين. فقال ابن صياد للنبي ﷺ: أتشهد أني رسول الله؟ فرفضه، وقال: ((آمنت بالله وبرسله)) الحديث، متفق عليه<sup>(٥)</sup>.

وجه الدلالة: أنه لو لا صحة إسلامه لم يعرض الإسلام عليه<sup>(٦)</sup>.

٣) عن ابن عمر موثقاً أن رسول الله ﷺ قال: ((أمرت أن أقاتل الناس حتى يشهدوا أن لا إله إلا الله، وأن محمداً رسول الله، ويقيموا الصلاة، و يؤتوا الزكاة، فإذا فعلوا ذلك عصموها 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 مشكّلة، وأمره مشتبه في أنه هل هو المسيح الدجال المشهور، أم غيره. ولا شك في أنه دجال من الدجالية. 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 ١٣/٣٣٧-٣٤١.

(٣) أطم: بناء مرتفع كالمحصن، وجمعه: آطم. انظر: النهاية ١/٦٦، فتح الباري ٣/٢٦١.

(٤) بني مَعَالَة: بطن من الأنصار. انظر: شرح صحيح مسلم ١٨/٥٣، فتح الباري ٣/٢٦١.

(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 الفتنة وأشرطة الساعة، باب ذكر ابن صياد ٤/١٧٧٧ رقم (٢٩٣٠).

(٦) انظر: فتح الباري ٣/٢٦٢.

(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 ...، ١/٥٨، رقم (٢٢).

(٨) انظر: المغني ١٢/٢٧٨.

٤) عن عروة رحمه الله قال: (أسلم الزبير <sup>(١)</sup> وهو ابن ثمان سنين) <sup>(٢)</sup>.

٥) عن عروة رحمه الله قال: (أسلم علي رحمه الله وهو ابن ثمان سنين) <sup>(٣)</sup>.

وجه الدلالة: أسلم علي والزبير رضي الله عنهما وهم في سن قبل البلوغ، فأصبحا من المسلمين <sup>(٤)</sup>.

٦) عن جابر رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلوات الله عليه وآله وسلامه: ((كل مولود يولد على الفطرة حتى يعرب عنه لسانه، فإذا أعرب عنه لسانه، إما شاكراً وإما كفوراً)) رواه أحمد <sup>(٥)</sup>.

وجه الدلالة: قوله صلوات الله عليه وآله وسلامه: ((حتى يعرب عنه لسانه)) جعل العاية 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 خويلد بن أسد بن عبد العزى بن قصي بن كلاب، أبو عبد الله القرشي، الأسدى، حواري رسول الله صلوات الله عليه وآله وسلامه، وابن عمته صفية بنت عبد المطلب، أحد العشرة المشهود لهم بالجنة، وأحد ستة أهل الشورى، وأول من سل 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 بصحبة إسلامه، رقم ٣٤٢/٦ (١٢١٧١).

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب اللقطة، باب من قال يحكم بصحبة إسلامه (الصبي)، رقم ٣٣٩/٦ (١٢١٦٠). اختلفت الروايات في إسلام علي رضي الله عنه، أسلم وهو ابن ثمان سنين، عشر سنين، خمس عشرة سنة، وغيرها. انظر: السنن الكبرى ٦/٢٠، المستدرك ٣/٢٠، مجمع الزوائد ٩/٣٠، 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 استقراء الحال بين بطلان هذه الدعوى؛ فإنه إذا كان له يوم المبعث ثمان سنين فقد عاش بعد المبعث ثلاثة وعشرين، وبقي بعد رسول الله صلوات الله عليه وآله وسلامه نحو الثلاثين، فهذا مقاربة الستين وهذا الصحيح في مقدار عمره".

(٤) انظر: الحاوي ٨/٤، العزيز ٦/٤٦.

(٥) المسند ٢٣/١١٣ (رقم ٤٨٠٥)، وإسناده ضعيف. وأصل الحديث في الصحيحين عن أبي هريرة رضي الله عنه دون لفظ: "حتى يعرب عنه لسانه". انظر: صحيح البخاري، كتاب الجنائز، باب إذا أسلم الصبي فمات، هل يصلى 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 ٢/٤٠٩، نيل الأوطار ص ١٥٣٨.

- ٧) أنه مولود على الفطرة التي فطر الله عليها عباده، فإذا تكلم بكلمة الإسلام، فقد نطق بوجب 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، يتصرف 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 من 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 إجابتة إليها، وسلوكته طريقها، ولا إزامه بعذاب الله، والحكم عليه بالنار، وسد طريق النجاة عليه مع هربه منها<sup>(٥)</sup>.

### حججة القول الثاني:

- ١) عن عائشة رضي الله عنها عن النبي ﷺ قال: ((رفع القلم عن ثلات: عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يختلم، وعن المجنون حتى يعقل))<sup>(٦)</sup>.

(١) انظر: أحكام أهل الذمة ٢/٣٩٠.

(٢) انظر: الحاوي ٨/٤٦.

(٣) انظر: رؤوس المسائل ٣/٥١١٠، المغني ١٢/٩٢٧.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٦/٦٨، البيان ١٢/١٧١، رؤوس المسائل ٣/٥١١٠.

(٥) انظر: المغني ١٢/٩٢٧.

(٦) أخرجه أحمد في المسند ٤١/٤٢ (رقم ٢٤٦٩٤)، واللفظ له، وأبو داود، كتاب الحدود، باب في المجنون يسرق أو يصيب حداً، ٤/٤ (رقم ٥٥٨)، والنمسائي، كتاب الطلاق، باب من لا يقع طلاقه من الأزواج، ١/٦٥٨ (رقم ٣٤٣٢)، وابن ماجة، كتاب الطلاق، باب طلاق المعتوه والصغير والنائم، ٤/٢٤ (رقم ١٤٢٣)، والترمذى، كتاب الحدود، باب ما جاء فيمن لا يجب عليه الحد، ٤/٤ (رقم ٢٤٢٣) من حديث علي رضي الله عنه. صححه الألبانى في صحيح سنن أبي داود ٣/٥٥.

- وجه الدلالة: أن الصبي رفع القلم عنه قبل البلوغ في جميع أحواله، وجمع بينه وبين الجنون في سقوط تكليفة، 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 والترجح:

أحاب أصحاب القول الثاني عن أدلة الجمهور:

أما ما روي عن عُمُرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ حين أسلم، فقد تطرق إليه الاحتمال؛ لوجود عدة روایات في تحديدها، ويحتمل أيضاً أنه أقر بالبلوغ، ثم أسلم<sup>(٥)</sup>.

وأحاب 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 كالصلوة تصح منه وتكتب له وإن لم تجب عليه، وكذلك غيرها من العبادات المضرة<sup>(٦)</sup>.

(١) انظر: الحاوي ٤٦/٨.

(٢) انظر: الحاوي ٤٦/٨.

(٣) انظر: المذهب ٥/٢٧٤، العزيز ٦/٣٩٥، المغني ١٢/٢٧٨.

(٤) انظر: المغني ١٢/٢٧٨.

(٥) انظر: البيان ١٢/١٧٢.

(٦) انظر: المغني ١٢/٢٧٩.

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 توقيعاً بين الدلائل<sup>(١)</sup>.

الراجح هو ما ذهب إليه الجمهور، أنه يصح إسلام الصبي المميز إذا أقر بالإسلام، لما يلي:

١- قوة أدلةتهم، وخاصة إسلام علي والزبير رضي الله عنهما صبياً.

٢- حديث إسلام الغلام اليهودي، وعرضه بن حماد في الإسلام على ابن صياد.

٣- أن الإيمان عبارة عن التصديق، وهو تصديق الله تعالى في جميع ما أنزل على رسle، أو تصديق رسle 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 و اختيار و نطق 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 و طهارته و صلاته و صيامه و صدقته و ذكره، ويثاب على ذلك، وإن لم يعاقبه على تركه، فباب الشواب لا يعتمد على البلوغ؛ ولم يقم دليل شرعي على إهدار أقوال الصبي بالكلية، بل الأدلة الشرعية تقتضي اعتبار أقواله في الجملة<sup>(٣)</sup>، والله سبحانه وتعالى أعلم.

(١) انظر: بداع الصنائع ٦٩/٦.

(٢) انظر: بداع الصنائع ٦٨-٦٩/٦.

(٣) انظر: أحكام أهل الذمة ٤/٩٠.



## الفصل الرابع: الفرائض والوصايا.

و فيه 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>.

### حججة القول الأول:

١) قوله عز وجل: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾<sup>(٦)</sup>

وجه الدلالة: أن الله تعالى جعل الوارث مالكاً 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 ٣٦٩/٣، ٨١/١٧، المذهب ٤/٧٦، حلية العلماء ٢/٨٣٣، البیان ٣/٢٥٢، العزيز ٣/١٧٠، روضة الطالبين ٢/٥٣٠.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٥/٩٠، ٦/١٢٥.

(٣) انظر: المغني ٦/٥٦٩، الشرح الكبير ٤/٣٣٤، الإنصال ١٣/٣٢٩.

(٤) انظر: الحاوي ١٧/٨١، المذهب ٤/٧٦، العزيز ٣/١٧٠، روضة الطالبين ٢/٥٣٠.

(٥) انظر: المغني ٦/٥٦٩، الشرح الكبير ٤/١٣، الإنصال ١٣/٣٢٩.

(٦) سورة النساء، من الآية: ١١.

(٧) انظر: بدائع الصنائع ٥/٩٠، الحاوي ٣/٣٦٩، المغني ٦/٥٦٩.

(٨) انظر: المذهب ٤/٧٦.

### حججة 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، فلو لا أن التركة على ملكهم لم يكن ذلك جائزأً لهم<sup>(٢)</sup>.
- ٣) أن الميت لو كان له دين، وعليه دين جاز للورثة أن يخلفوا على دينه، ويستحقوا ويقضوا منه ديونه، فلو لا أن ملك الدين قد انتقل إليهم ما جاز أن يخلفوا على غير ملكهم<sup>(٣)</sup>.

### المناقشة والترجيح:

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 أبْرُؤا الميت من ديونهم، كانت التركة بين الابن الباقى وابن الميت نصفين، فلو كانت التركة على ملك الميت لا تنتقل إلى الورثة إلا بعد قضاء الدين لوجب أن تكون جميع التركة للابن الباقى؛ 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 ٦/٥٦٩. الشرح الكبير ١٣/٣٤، الإنصاف ١٣/٣٢٩.

(٢) انظر: الحاوي ٣/٣٦٩.

(٣) انظر: المصدر نفسه.

(٤) انظر: المصدر نفسه.

١١٣] المطلب الثاني: حكم المعتق نصفه يموت ويترك مالاً.

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>، واحتاره 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 ٨٤/٨، ٤١١/١٢، ٢٤/١٨، التعليقة الكبرى تحقيق حب الله ص ٦٦٠، المذهب ٤/٨٠، بحر المذهب ٢٥/١٤، حلية العلماء ٨٣٦/٢، البيان ٥٨٢/١١، العزيز ٥١٠/٦، روضة الطالبين ٣٠/٦.

(٢) انظر: العزيز ٥١٠/٦، روضة الطالبين ٦/٣٠.

(٣) انظر: الحاوي ٨٤/٨.

(٤) انظر: الحاوي ٨٤/٨، المذهب ٤/٨٠، التهذيب ٥/١٣، العزيز ٦/٥١٠، روضة الطالبين ٦/٣٠.

(٥) الإشراف ٤/٢١٠، القوانين الفقهية ٢٩١، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٤/٧٥٥.

(٦) انظر: المخل ٩/٣٠١.

(٧) انظر: الحاوي ٨٤/٨، العزيز ٦/٥١٠، روضة الطالبين ٦/٣٠.

(٨) انظر: روضة الطالبين ٦/٣٠.

(٩) انظر: تبيين الحقائق ٦/٢٤٠، رد المحتار ٧/٣٥٨.

(١٠) انظر: المغني ٩/١٢٧، المقنع والشرح الكبير والإنصاف ١٨/٣٨٢، رؤوس المسائل ٤/٣١.

### حجۃ 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 مالك الباقي على الحر منة ولا ولاء، ولا ملك ولا نسب، فلا معنى لصرفه إليه<sup>(٣)</sup>.

### حجۃ 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 لمعن لولاه لورث، فإنه لا يورث<sup>(٧)</sup>.
- ٥) روی عن زید بن ثابت رضي الله عنه أنه قال: (لا يرث ولا يورث)<sup>(٨)</sup>.

(١) انظر: المذهب ٤/٨٠.

(٢) انظر: العزيز ٦/٥١٠.

(٣) انظر: العزيز ٦/٥١٠.

(٤) انظر: الحاوي ٨/٨٤، المذهب ٤/٨٠.

(٥) انظر: التهذيب ٥/٤١.

(٦) انظر: العزيز ٦/٥١٠.

(٧) انظر: الإشراف ٢/٢١٠.

(٨) لم أجده تخریجه. انظر: التمهید لابن عبد البر ١٤/٢٨٩، المغني ٩/٢٧١.

### حججة القول الثالث:

- ١) عن ابن عباس رضي الله عنهما عن النبي ﷺ قال: ((المكاتب يَعْتِق بقدر ما أَدَى، ويقام عليه الحد بقدر ما أَعْتِقَ منه، ويرث بقدر ما عتق منه))<sup>(١)</sup>.
  - ٢) عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال في العبد يَعْتِق 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 يتبعض، فأثرت الحرية في تبعيشه، 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 قالا: (يرث ويورث بقدر ما أَعْتِقَ منه)<sup>(٧)</sup>.

(١) رواه النسائي، كتاب القساممة، باب دية المكاتب، ص ٤٩٧ رقم (٤٨١١)، واللفظ له، وفي السنن الكبيرى،

كتاب العتق، باب ذي المكاتب يؤدى بعض كتابته، رقم ٥٠/٥ رقم (٦٣٩٠)، والترمذى، كتاب البيوع، باب ما

جاء في المكاتب إذا كان عنده ما يؤدى، رقم ٥٦٠/٣ رقم (١٢٥٩)، وأبو داود، كتاب الديات، باب في دية

المكاتب، رقم ٧٠٦/٤ رقم (٤٥٨٢)، والدارقطنى، كتاب المكاتب ٣/٣٥٧، رقم (٤١٤٠) والبيهقي في السنن

الكبيرى، كتاب المكاتب، باب ما جاء في المكاتب يصيب حداً أو ميراثاً أو يقتل، رقم ٥٤٧/١٠ رقم (٢١٦٥٢)،

وصححه الألبانى في صحيح السنن. انظر: صحيح سنن الترمذى ٢/١٨٢ (١٠١١).

(٢) انظر: المغني ٩/١٢٨ . رواه عبد الله بن أحمد بإسناده (١٠١/٢) وصححه الشيخ الألبانى في الإرواء ٦/١٦١ .

(٣) انظر: المذهب ٨/٨٠ .

(٤) انظر: الحاوى ٨/٨٤ .

(٥) انظر: رؤوس المسائل ٤/٣٢ .

(٦) انظر: رؤوس المسائل ٤/٣٢ .

(٧) لم أجده تخریجه. انظر: التمهید لابن عبد البر ١٤/٢٨٩ ، المغني ٩/١٢٧ .

### المناقشة والترجح:

أحاب أصحاب القول الثاني عن حجة القول بالتوريث أو بيت 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 يخلو 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>.

أحاب أصحاب القول الثالث عن حجة القول بعدم التوريث، لأنه ليس مالك 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 بيت المال؛ لأن المال من كسب العبد في حريته، وورثته أحق به من عموم المسلمين. ولورود الحديث عن ابن عباس رضي الله عنه في الموضوع . والله تعالى أعلم بالصواب .

(١) انظر: الإشراف ١٠٢١/٢.

(٢) الفيء: وهو ما حصل لل المسلمين من أموال الكفار من غير حرب، ولا جهاد، وأصل الفيء: الرجوع، يقال: فاء يفيء فئة وفيء، 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 ٤٠٢/٤، مختار الصحاح ص ٤٥٤ (ف ي أ).

(٣) انظر: التعليقة الكبيرة تحقيق محب الله ص ٦٦١.

(٤) انظر: التمهيد ١٤/٢٨٩، المغني ٩/١٢٧.

[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>.

### حججة 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، كالمبة 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 ٦/٢٠.

(٣) انظر: المذهب ٣/٧٢٠.

(٤) انظر: حلية العلماء ٢/٧٨٢، العزيز ٧/١٣٤، روضة الطالبين ٦/٢٠.

(٥) انظر: المبسوط ١٧/١٥٣.

(٦) انظر: عقد الجواهر ٣/١٢٢٨، موهب الجليل ٦/٣٣٤.

(٧) انظر: المغني ٨/٣٩٨، ٤٧٩، رؤوس المسائل ٣/١١٦١، الفروع ٤/٥٠٨، المقنع والشرح الكبير والإنصاف .١٧٢-١٧٠/١٧

(٨) انظر: المذهب ٣/٧٢٠.

(٢) أن عتقه يعتبر وصية في حقه، وإن لم تكن وصية في حق الوارث، كما لو نكحت المريضة بدون مهر المثل، تصح الحاباة من رأس المال، إن كان الزوج أجنبياً. فإن كان وارثاً، جعل وصية، فتبطل، ويجب مهر المثل<sup>(١)</sup>.

### حججة 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 والترجح:

أصحاب أصحاب القول الثاني عن حجة القول الأول: بأن عتقه وصية فلا يجتمع مع الميراث. وهذا لا يصح؛ لأنه لو كان وصية لا تعتبر من الثالث كما لو اشتراه<sup>(٣)</sup>. وأن الوصية هي التبرع بماله بعطيه أو إتلاف، أو التسبب إلى ذلك، ولم يوجد واحد منهمما؛ لأن العتق ليس من فعله، ولا يقف على اختياره، وقبول الهبة ليس بعطيه، ولا إتلاف ماله، وإنما هو تحصيل شيء يتلف بتحصيله، فأشباه قبولة لشيء لا يمكنه حفظه، أو لما يتلف بيقائه، في وقت لا يمكنه التصرف فيه<sup>(٤)</sup>.

وبهذا يتبين أن الراجح هو القول بالعتق والإرث، والله تعالى أعلم بالصواب.

(١) انظر: العزيز ٧/١٣٤، روضة الطالبين ٦/٤-٢٠٥-٢٠٥.

(٢) انظر: المذهب ٣/٧٢٠، العزيز ٧/١٣٤.

(٣) انظر: المغني ٨/٤٧٩.

(٤) انظر: المغني ٨/٤٨٠.

[١١٥] المطلب الرابع: ميراث البنت مع العم.

قال أبو سعيد الإصطخري: لو مات رجل، وترك بنتا وعما، فللبنـت النـصف، والباقي

للـعم<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 النـصف<sup>(٤)</sup>، قال الله تعالى:

﴿يُوصِّيْكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ أَنْثَيَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا نِصْفٌ وَلَا يُبَوِّهُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَسْدُسٌ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرَثَهُ أَبُواهُ فَلِأُمِّهِ الْثُلُثُ فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ أَسْدُسٌ مِمَّا مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دِيْنٌ إِبَابَاؤُكُمْ وَأَبْنَاؤُكُمْ لَا تَدْرُوْنَ أَيْهُمْ أَقْرَبُ لَكُمْ تَفْعَالَ فَرِيْضَةٌ مِنْ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيْمًا حَكِيمًا﴾<sup>(٥)</sup>.

وجه الدلالة: دلت الآية بالعبارة 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 ٣/٢٣٣.

(٢) انظر: المذهب ٤/٨٧، البيان ٩/٤٧، نهاية المداية في تحرير الكفاية ص ١٦٨، شرح الماردینی على الرحیۃ ص ٥٠.

(٣) انظر: الاختیار ٥/٩٥، رد المحتار ٧/٣٥٥، التلقين ١٧٣/١، القوانین الفقهیة ٩/١٤، المغنی ٩/٢٨٩، المقنع

والشرح الكبير ١٨/٧٠، العذب الفائض ١/٥٠.

(٤) انظر: الإجماع لابن المنذر ص ٣٢، مراتب الإجماع ص ١٧٩، نهاية المداية ص ١٦٨، شرح الماردینی على الرحیۃ 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، البدرى، 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: الاستیعاب ٢/٣٤، سیر أعلام النبلاء ١/٣١٨، الإصابة ٢/٢٦.

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 وهما مال، قال: ((يقضى الله في ذلك))، فتركت آية الميراث، فبعث رسول الله ﷺ إلى عمّهما، فقال: (أعط ابني سعد الثلثين، وأعط أمهما الثمن، وما بقي فهو لك)<sup>(١)</sup>.

ووجه الدلالة: دل الحديث أن العصبة، يأخذ ما بقي بعد أصحاب الفروض<sup>(٢)</sup>.

٣) عن ابن عباس رضي الله عنهما عن النبي ﷺ قال: ((الحقوا 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، فلا يرث عاصب بعيد مع وجود قريب"<sup>(٤)</sup>.

(١) الحديث رواه الإمام أحمد في المسند ١٠٨/٢٣ رقم(١٤٧٩٨)، والترمذى، كتاب الفرائض، باب ما جاء في ميراث البنات، ٤/٣٦١ 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 ماجة، كتاب الفرائض، باب فرائض الصلب ٩٠٨/٢ رقم(٢٧٢٠). والحديث حسن الشیخ الألبانی في صحيح سنن أبي داود ٢٦٠/٢ رقم(٢٥١٤)، وفي الإرواء ٦/١٢١ رقم(١٦٧٧).

(٢) انظر: المهدب ٤/٩٦.

(٣) صحيح البخاري، كتاب الفرائض، باب ميراث الولد من أبيه وأمه، ص ١٤١٥ رقم(٦٧٣٢)، صحيح مسلم، كتاب الفرائض، باب الحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فأولى رجل ذكر، ٣/٩٩ رقم(١٦١٥).

(٤) شرح صحيح مسلم ١١/٥٣ باختصار. وانظر: مراتب الإجماع ص ١٧٦.

## المبحث الثاني: الوصايا. وفيه ستة مطالب:

### [١١٦] المطلب الأول: وقت تملك الوصية بعد موت الموصي.

قال أبو سعيد الإصطخري: إن الوصية تدخل في ملك الموصى له بغير قبول، كالميراث<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>.

### حججة القول الأول:

- ١) أن ملك الموصى له بمثابة ملك الوراث؛ لأن كل واحد من الملكين ينتقل بالموت، ثم ملك الوراث لا يفتقر إلى قبوله، وكذا ملك الموصى له<sup>(٨)</sup>.
- ٢) أنها خلافة، فلا يحتاج فيها إلى القبول كالميراث<sup>(٩)</sup>.

(١) انظر: الحاوي ٣٧٠/٣.

(٢) انظر: بداع الصنائع ٤٢٥/٦، تبيين الحقائق ١٨٤/٦، الدر المختار ورد المختار ٢٢٩/٧.

(٣) انظر: المغني ٤١٩/٨، الشرح الكبير والإنصاف ٢٤٨/١٧.

(٤) انظر: روضة الطالبين ١٤٣/٦، منهاج الطالبين ص ١١٢، مغني المحتاج ٥٤/٣.

(٥) انظر: بداع الصنائع ٤٢٥/٦، الاختيار ٤٢٥/٥، تكملة البحر الرائق ٤٨٦/٨، الدر المختار ورد المختار ٢٢٩/٧.

(٦) انظر: الإشراف ١٠١٤/٢، عقد الجواهر ١٢٢٤/٣، الذخيرة ٥٥/٧.

(٧) انظر: المغني ٤١٨/٨، المقنع والشرح الكبير والإنصاف ٢٤٧/١٧.

(٨) انظر: بداع الصنائع ٤٢٥/٦.

(٩) انظر: تبيين الحقائق ١٨٤/٦.

### حجّة القول الثاني:

- ١) قوله تبارك وتعالى: ﴿وَأَنَّ لَيْسَ لِلإِنْسَنِ 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 ثبت من غير سعيه، وهذا منفي إلا ما خص بدليل<sup>(٢)</sup>.
- ٢) أنها تملك مال من هو من أهل الملك متعين، فاعتبر قبوله، كالمهبة والبيع<sup>(٣)</sup>.
- ٣) أن الوصية إثبات ملك جديد، وهذا لا يرد الموصى له بالعيب، ولا يرد عليه به، ولا يملك أحد إثبات الملك لغيره بدون اختياره<sup>(٤)</sup>.

### المناقشة والترجح:

أجاب الجمهور عن حجّة القول الأول بأن الوصية تدخل في ملك الموصى له بمجرد موت الموصي، قياساً على الإرث: بالفرق بينهما: أن الوصية تملك، والميراث تملك وليس بتملك<sup>(٥)</sup>.

لو لزم الملك من غير قبوله للحّقّه الضّرر من غير التّزامه، وإلزام من له ولاية الإلزام، إذ ليس للموصي ولاية إلزام الضّرر فلا يلزم، بخلاف ملك الورث؛ لأنّ الّلزوم هناك بإلزام من له ولاية الإلزام، وهو الله تبارك تعالى، فلم يقف على القبول، كسائر الأحكام التي تلزم بإلزام الشّرع ابتداء.

ولأن القول بثبوت الملك له من غير قبوله يؤدي إلى الإضرار به من وجهين: أحدهما أنه يلحقه ضرر المّنة، وهذا توقف ثبوت الملك للموهوب له على قبوله، دفعاً لضرر المّنة.

(١) سورة النّجّم، الآية: ٣٩.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٤٢٥/٦.

(٣) انظر: المغني ٤١٨/٨.

(٤) انظر: تبيين الحقائق ٦/١٨٤.

(٥) انظر: رؤوس المسائل ٣/١١٥٤.

والثاني أن الموصى به قد يكون شيئاً يتضرر به الموصى له كالعبد الأعمى والزمن والمقدد ونحو ذلك<sup>(١)</sup>.

ولأنه لو كان يدخل في ملك الموصى له بموت الموصى، من غير قبول، لما انفسخ بالرد، كالميراث. ولا خلاف أن الموصى له متى رد الوصية بعد موت الموصى، 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 لحقه 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 الأظاهر في المذهب<sup>(٤)</sup>.

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

### حججة القول الأول:

(١) أنه لا يجوز أن يحصل للموصى له شيء إلا ويحصل للورثة مثلاه، 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 ٢، ٧٩٠/٢، المذهب ٣/٧٣٧،  
التهذيب ٥/٨٨، العزيز ٧/٣٩، روضة الطالبين ٦/١٢٠.

(٢) انظر: المغني ٥٦٨/٨، المقنع والشرح الكبير والإنصاف ١٧/٣٤٤، الإقناع للحجاوي ٣/١٥٣.

(٣) انظر: الحاوي ٢٣٧/٨، حلية العلماء ٢، ٧٩٠/٢، المذهب ٣/٧٣٧، التهذيب ٥/٨٨، العزيز ٧/٣٩، روضة  
الطالبين ٦/١٢١.

(٤) انظر: العزيز ٧/٣٩، منهاج الطالبين ص ١١، مغني المحتاج ٣/٤٦، الإقناع للشرباني ٢/٢١٨.

(٥) انظر: المغني ٥٦٨/٨، المقنع والشرح الكبير والإنصاف ١٧/٣٤٤.

(٦) انظر: المذهب ٣/٧٣٧، التهذيب ٥/٨٩، البيان ٨/٢٥٧.

(٧) انظر: الحاوي ٢٣٧/٨.

### حجۃ القول الثاني:

أن قليل المال خیر من الكلب الذي ليس بمال، إذ لا قيمة للكلب، فامضیت الوصیة  
فیه، كما لو أوصی لہ بشارة، وله مال تخرج الشارة من ثلاثة<sup>(۱)</sup>.

---

(۱) انظر: الحاوي ۲۳۷/۸، المهدب ۷۳۷/۳، التهذیب ۸۹/۵، البيان ۲۵۷/۸.

[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>.

### حججة القول الأول:

أن الكلاب ليست من جنس المال، فيقدر كأنه لا مال له، وتنفذ الوصية في الثلاثة الكلاب<sup>(٤)</sup>.

### حججة القول الثاني:

أن المعترض 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 ١٧/٤٥، الإقناع للحجاوي ١٥٣/٣، منتهى الإرادات ١٣/٢.

(٣) انظر: الحاوي ٢٣٧/٨، العزيز ٣٩/٧.

(٤) انظر: العزيز ٣٩/٧، روضة الطالبين ٦/٢٠.

(٥) انظر: العزيز ٣٩/٧، روضة الطالبين ٦/٢٠.

[١١٩] المطلب الرابع: قضاء الديون من تاج التركة بعد موت الموصي.

قال أبو سعيد الإصطخري: إذا ضاقت التركة عن الديون، تقضى من تاج التركة<sup>(١)</sup>.

القول الثاني: لا تقضى منها الديون.

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

حججة 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>.

حججة 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 ٦٤/١٤.

(٣) انظر: الحاوي ٦٧/١٨، بحر المذهب ٦٤/١٤.

(٤) انظر: بحر المذهب ٤٧/١٤.

(٥) انظر: الحاوي ٦٧/١٨، بحر المذهب ٦٤/١٤.

[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>.

حججة القول الأول:

١) أنه تملك 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>.

حججة القول الثاني:

١) أنه اكتساب بغير عرض، فصح منه بغير إذن السيد، كقبول الهبة، وتحصيل المباح من الاصطياد والاحتطاب<sup>(٨)</sup>.

(١) انظر: الحاوي ١٩٢/٨، المهدب ٧١٤/٣، التهذيب ٧٢/٥، البيان ١٦٨/٨، العزيز ٤/٣٧٣.

(٢) انظر: الإنصاف ٢٨٩/١٧، القواعد والفوائد الأصولية ص ٢٩٥.

(٣) انظر: الحاوي ١٩٢/٨، المهدب ٧١٤/٣، التهذيب ٧٢/٥، البيان ١٦٨، ٣٠٤/٨، العزيز ٤/٣٧٣، روضة الطالبين ٣/٥٧٣.

(٤) انظر: عقد الجواهر ١٢١٦/٣، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٤/٦٦١.

(٥) انظر: المغني ٥٢٠/٨، الشرح الكبير والإنصاف ٢٨٨/١٧، القواعد والفوائد الأصولية ص ٢٩٥.

(٦) انظر: المهدب ٧١٤/٣، التهذيب ٥/٧٢.

(٧) انظر: البيان ١٦٨/٨، المغني ٨/٥٢٠.

(٨) انظر: المهدب ٧١٤/٣، التهذيب ٧٢/٥، البيان ١٦٨/٨، العزيز ٤/٣٧٣، المغني ٨/٥٢٠.

٢) يصح قبوله بغير إذن السيد، كما لو خالع العبد زوجته صحيح، ودخل العوض في ملك سيده قهرا، فكذلك هاهنا<sup>(١)</sup>.

(١) انظر: العزيز ٤/٣٧٣، روضة الطالبين ٣/٥٧٣.

[١٢١] المطلب السادس: نفقة العبد الموصى بمنفعته إذا احتاج إلى النفقة.

قال أبو سعيد الإصطخري: إذا أوصى السيد عبده لرجل بمنفعة على التأييد، فنفقته على الموصى له بمنفعة<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>.

حکاه أبو حامد الإسپراسي<sup>(٩)</sup>. وهو وجه عند الحنابلة<sup>(١٠)</sup>.

(١) انظر: الحاوي ٢٢٢/٨، المذهب 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، المذهب ٧٤٦/٣، حلية العلماء ٧٩٣/٢.

(٦) انظر: التهذيب ٨٤/٥، العزيز ١١٣/٧، روضة الطالبين ٦/١٨٩، منهاج الطالبين ص ١١٣، مغني المحتاج ٦٦/٣.

(٧) هذا الوجه ذكره الشرييف أبو جعفر مذهب الإمام أحمد. انظر: المغني ٤٦١/٨، الإنصاف ٣٧٥/١٧.

(٨) انظر: المذهب ٧٤٦/٣، روضة الطالبين ٦/١٨٩.

(٩) انظر: الحاوي ٢٢٢/٨، البيان ٢٧٥/٨.

(١٠) انظر: المقنع والشرح الكبير والإنصاف ٣٧٣/١٧.

### حججة القول الأول:

- (١) أنه يملّك منفعته على التأييد، فكانت النفقة عليه، كالزوج<sup>(١)</sup>.
- (٢) أن المنفعة تختص بالكسب، والكسب له، فكان عليه ضره، كمال المال لهما جميعاً<sup>(٢)</sup>.

### حججة 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>.

### حججة 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 وجوهها عليه، فعدل إلى بيت المال<sup>(٦)</sup>.

(١) انظر: العزيز ١١٣/٧، المغني ٤٦١/٨.

(٢) انظر: الحاوي ٢٢٢/٨، المهدب ٧٤٦/٣، المغني ٤٦١/٨.

(٣) انظر: المهدب ٧٤٦/٣، العزيز ١١٣/٧، المغني ٤٦١/٨.

(٤) انظر: المغني ٤٦١/٨.

(٥) انظر: المهدب ٧٤٦/٣، البيان ٢٧٥/٨، العزيز ١١٣/٧.

(٦) الحاوي ٢٢٢/٨.

### المناقشة والترجح:

أصحاب 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 ضره. 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 ((الخروج بالضمان))<sup>(٢)</sup>، ليكون ضره 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 بوجوبها على الموصى له بالمنفعة. والله تعالى أعلم بالصواب.

(١) أصل هذه القاعدة، حديث عبادة بن الصامت وابن عباس رض: (أن رسول الله ص قضى أن ((لا ضرر ولا ضرار)) رواه ابن ماجة، كتاب الأحكام، باب من بني في حقه ما يضر بمحاره ٧٨٤/٢ رقم ٢٣٤١، والإمام أحمد في المسند ٥٥/٥ رقم ٢٨٦٥)، والحديث لا يخلو أكثر طرقه من مقال، ولكن الحدثين حكماً بصحته بمجموع طرقه. انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٨٣، إرواء الغليل ٣/٤٠٨ رقم ٨٩٦، سلسلة الأحاديث الصحيحة ١/٤٩٨ رقم ٢٥٠، صحيح الجامع الصغير ٢/١٢٤٩ رقم ٧٥١٧.

(٢) أصل هذه القاعدة، حديث عائشة رض عن النبي ص قال: ((الخروج بالضمان)). رواه الإمام أحمد في المسند ٤٠/٢٧٢ رقم ٢٤٢٤، وأبو داود في كتاب البيوع والإجرات، باب فيمن اشتري عبداً فاستعمله، ثم وجد به عبياً ٣/٧٧٧ رقم ٣٥٠٨، والترمذى في كتاب البيوع، باب ما جاء فيمن يشتري العبد ويستغله، ثم يجد به عبياً ٣/٥٨٢ رقم ١٢٨٥ وقال: هذا حديث حسن صحيح. والنمسائى في كتاب البيوع، باب الخراج، باب الخراج بالضمان ص ٤٦٨ رقم ٤٤٩٠، وابن ماجه، كتاب التجارات، باب الخراج بالضمان ٢/٧٥٤ رقم ٢٢٤٣، وحسنه الألبانى في الإرواء ٥/١٥٨ رقم ١٥١٣). انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى ص ١٣٥.

(٣) انظر: المغني ٨/٤٦١.

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، المذهب ٣٣١/٨، التهذيب ٧٥٤/٣، التهذيب ١٠٧/٥، العزيز ٢٦٩/٧، روضة الطالبين ٦/٣١١.

(٨) انظر: الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٤/٤.

(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 بدهم القاضي (بغيرهم) إقاماً للنظر. ولفظ (بدل) يفيد صحة الوصية، فلو تصرفوا قبل الإخراج جاز". وانظر: تكملة البحر الرائق ٥٢٣/٨، تبيين الحقائق ٦/٢٠٦.

### حججة القول الأول:

- ١) أن وقت الوصية هو حال الإيجاب، وقت 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>.

### حججة القول الثاني:

- ١) قياس عدالة الوصي على عدالة الشهود بأنها تشرط عند الأداء، أو الحكم، دون التحمل<sup>(٤)</sup>.
- ٢) أن الوصي إنما يستحق النظر في تلك الحال دون ما قبله، فاعتبر حالة فيه، كما يعتبر كون الشخص وارثاً عند موت المورث دون ما قبله<sup>(٥)</sup>.

### حججة القول الثالث:

- أن كل وقت من ذلك يجوز أن يموت فيه الوصي فيستحق الوصي فيه النظر، فاعتبرت الشروط في الجميع<sup>(٦)</sup>.

### الترجمة:

الراجح هو ما ذهب إليه أصحاب القول الأول، أن المعتبر عدالة الوصي عند الوصية وعند الموت؛ لأنه لا يتصور أن يوصي إلى فاسق ابتداء، ولأن وقت الموت هو وقت الأداء فيعتبر فيه عدالته، والله تعالى أعلم بالصواب.

(١) انظر: الحاوي ٣٣١/٨، المهدب ٧٥٤/٣، البيان ٣٠٦/٨.

(٢) انظر: المغني ٥٥٤/٨.

(٣) انظر: المغني ٥٥٤/٨.

(٤) انظر: الحاوي ٣٣١/٨، المهدب ٧٥٤/٣.

(٥) انظر: البيان ٣٠٦/٨.

(٦) انظر: الحاوي ٣٣١/٨، المهدب ٧٥٤/٣، البيان ٣٠٦/٨.

## [١٢٣] المطلب الثاني: ولية 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>، واحتاره شيخ الإسلام ابن تيمية<sup>(٤)</sup>.

القول الثاني: لا ولية 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، حواشى الشروانى ٨٨/٧.

(٢) أبو يعلى: محمد بن الحسين بن محمد بن خلف بن أحمد، الفراء، البغدادي، الحنفي، الإمام العلامة، شيخ الحنابلة، القاضي، من مصنفاته: "التعليق الكبرى"، و"الأحكام السلطانية"، وأحكام القرآن، وغيرها. ولد سنة ثمانين وثلاثمائة، وتوفي سنة مائة وخمسين وأربعين. انظر: طبقات الحنابلة ٣٦١/٣، سير أعلام النبلاء ٨٩/١٨، علماء الحنابلة ص ١٠٣.

(٣) انظر: الإنصاف ٣٦٩/١٣.

(٤) انظر: الاحتيارات الفقهية ص ١٢٠، الإنصاف ٣٦٩/١٢.

(٥) انظر: الحاوي ٣٣٣/٨.

(٦) انظر: المذهب ٢٧٢/٣، التهذيب ١٠٦/٥، العزيز ٢٧٦/٧، روضة الطالبين ٣١٥/٦، مغني المحتاج ٧٦/٣.

(٧) إلا أن تكون الأم وصيًّا من أب، وكان المال يسيراً. انظر: عقد الحواهر ١٢٣٤/٣، الذخيرة ١٥٧/٧، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٧٠٢/٤، التاج والإكليل مواهب الجليل ٥٥٦/٨.

(٨) انظر: المغني ٥٥٠/٨، الشرح الكبير والإنصاف ٤٨٥/١٧.

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

### حججة القول الأول:

١) عن عائشة رضي الله عنها : (أن هند بنت عتبة قالت: يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح، وليس يعطيني ما يكفيه وولدي، إلا ما أخذت منه، وهو لا يعلم. فقال: ((خذ ما يكفيك وولدك بالمعروف)) رواه البخاري <sup>(١)</sup> .

وجه الدلالة: أن الرسول صلوات الله عليه 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 ولالية كالأب؛ لما فيها من البعضية، وأنها برأفة الأنوثة، أحسن عليهم وأشفق <sup>(٤)</sup> .

### حججة 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 تعصيًّا، فلم تتضمن ولالية، كقرابة الحال <sup>(٦)</sup> .

٣) أن الأم قصرت بنقص الأنوثة عن ولالية النكاح التي تسرى في جميع العصبات، فكانت أولى أن تقصى عمما يختص من الولاية بالأباء دون سائر العصبات <sup>(٧)</sup> .

٤) أنها قاصرة، لا تلي النكاح بحال، فلا تلي مال غيرها، كالعبد. ولأنها لا تلي بولالية القضاء فكذلك بالنسبة <sup>(٨)</sup> .

(١) تقدم تخرّيجه ص ٣٦١.

(٢) انظر: البيان ٢٠٥/٨.

(٣) انظر: المهدب ٢٧٢/٣، البيان ٢٠٨/٦.

(٤) انظر: الحاوي ٣٣٣/٨.

(٥) انظر: التعليقة الكبيرة تحقيق ديارا ص ٣٦٦، المهدب ٢٧٢/٣، البيان ٢٠٨/٦.

(٦) انظر: البيان ٢٠٨/٦.

(٧) انظر: الحاوي ٣٣٣/٨.

(٨) انظر: المغني ٥٥٠/٨.

### الترجمة:

الراجح هو القول بثبوت ولایة الأم على مال أولادها الصغار، فتوصي في أمور أطفالها عند عدم الأب والجده؛ لاتفاق العلماء على أن المرأة تصح أن تكون وصية، فإذا أقام الرجل زوجته أو غيرها وصيًّا من بعده على أولادها الصغار ومات مصراً على ذلك، حاز ذلك<sup>(١)</sup>. وقد أوصى الخليفة عمر رضي الله عنه إلى ابنته حفصة رضي الله عنها<sup>(٢)</sup>.

إذا صحت أن تكون وصية حاز أن تلي أموال أولادها الصغار؛ لأنها لما صحت أن تكون وصية، دل ذلك على أن لها ولایة في المال، فجاز أن تلي الوصية في أموال أولادها. ولأنها أشفعت على ولدها من غيرها، وقد ثبت أن ولایة المال ثابتة لها في مالها، فلا تقاس على ولایة النكاح التي لا تثبت لها، فيحوز لها أن تلي الوصية في مال ولدها الصغير، والله تعالى أعلم بالصواب.

(١) انظر: الإشراف ١٠١٠/٢، المعنون ٥١٥/٢، مغني المحتاج ٧٥/٣، المعنون ٥٥٢/٨.

(٢) تقدم تخرجه 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 يده 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>، واحتراره الماوردي<sup>(٥)</sup>. وبه قال المالكية<sup>(٦)</sup>.

حججة الوجه الأول:

أن اقتسامهما المال أعنون لهما على حفظه، وإنما الاجتماع على التنفيذ<sup>(٧)</sup>.

حججة 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 للخلفية مثل ما كان للمستخلف. انظر: الاختيار ٥/٥٧، الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير للكنوي ١/٥٢٩.

(٤) انظر: الحاوي ٣٣٨/٨، البيان ٨/٣٠٩.

(٥) انظر: الحاوي ٣٣٨/٨.

(٦) انظر: الناج والإكليل وموهاب الحليل ٨/٦٧، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٤/٤٧٠.

(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:

أتفقت 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>.

### حججة القول الأول:

(١) القول قول الوصي، كما لو اختلفا في قدر النفقة<sup>(٧)</sup>.

(٢) أن الصبي يدعى عليه وجوب تسليم المال وهو ينكر، فيكون القول قوله<sup>(٨)</sup>.

(١) انظر: روضة القضاة ٢/٢، الحاوي ٣٤٦/٨، المهدب ٣/٧٥٨، حileyة العلماء ٢/٧٩٩، البيان ٨/٣١٤، العزيز ٦/٣٣٧، النجم الوهاج ٦/٢٨٣.

(٢) انظر: مجمع الضمانات ٢/٨٢٨.

(٣) انظر: الحاوي ٣٤٦/٨، المهدب ٣/٧٥٨، البيان ٨/٣١٤، العزيز ٧/٢٦٣، روضة الطالبين ٦/٣٢١.

(٤) انظر: روضة القضاة ٢/٢، ٧٠٦/٢، مجمع الضمانات ٢/٨٢٨.

(٥) انظر: عقد الجواهر ٣/١٢٣٨، الذخيرة ٧/١٨١، الناج والإكيليل ومواهب الجليل ٨/٥٧٨، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٤/٧٠٩.

(٦) انظر: الكافي لابن قدامه ٤/٦٦، المبدع ٤/٣٤٦.

(٧) انظر: الحاوي ٨/٣٤٦.

(٨) انظر: مجمع الضمانات ٢/٨٢٨.

حجّة 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 يدعوه الوصي من النفقة، وإقامة البينة عليه ممكّنة<sup>(٣)</sup>.

الترجح:

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، الناج والإكيليل ومواهب الجليل ٥٥٥/٨.

(٤) عند الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه تصح الوصية بالولاية على مال البالغ إذا كان غائباً، وهكذا إذا كان حاضراً، وشريكه في الميراث طفل. انظر: المسوط ٢١/١٠٠.

(٥) انظر: الحاوي ٣٣٤/٨.

