

وفي رأيي أن تقدير خطر الموت عائد لظروف تقدم الطب في كل عصر. فإذا كان السل مثلاً مرضاً خطيراً في الماضي، فقد أصبح في عصرنا غير خطير بعد اكتشاف عصيات السل؛ وعلاجه المناسب له.

وقد اتفق أئمة المذاهب^(١) على جواز الحجر على مريض الموت لحق الورثة. وصرح المالكية أنه يلحق به: من يخاف عليه الموت كالمقاتل في صف القتال، والمحبوس للقتل، أو المحكوم بالإعدام، والحامل إذا بلغت ستة أشهر، ودخلت في السابع ولو بيوم. واختلف في راكب البحر وقت الهول بشدة ريح أو غيرها، والأصح أنه لا يعتبر كمريض الموت.

والذي يحجر به على مريض الموت: هو تبرعته فقط فيما زاد عن ثلث تركته، حيث لا دين، فيحجر على المريض في تبرع كهبة وصدقة ووصية ووقف وبيع محاباة، وبيع مشتمل على غبن، فيما يزيد عن ثلث ماله، أي أن حكم تبرعته كحكم وصيته، تنفذ من الثلث، وتكون موقوفة على إجازة الورثة في الزائد عن الثلث. فإن برئ من مرضه، صح تبرعه. وهذا رأي الحنفية والشافعية والحنابلة.

وقال المالكية: لا ينفذ من الثلث تبرع المريض في الحال أو لا ينجز للمتبرع له إلا إذا كان المال المتبرع منه مأموناً أي لا يخشى تغيره وهو العقار كدار وأرض وشجر، فإن كان المال غير مأمون فلا ينفذ وإنما يوقف ولو بدون الثلث حتى يظهر حاله من موت أو حياة.

ويمنع عند المالكية تصرف المريض فيما زاد على قدر الحاجة من الأكل والشرب والكسوة والتداوي، كما يمنع من الزواج بما زاد على الثلث.

(١) الدر المختار: ٤٨٠/٥ وما بعدها، شرح السراجية: ص ٥، الشرح الكبير: ٢٠٦/٢ وما بعدها، الشرح الصغير: ٣٩٩/٢ - ٤٠٢، مغني المحتاج: ١٦٥/٢، القوانين الفقهية: ص ٢٢٢ وما بعدها، المغني: ٤٦٥/٤، كشاف القناع: ٤٠٤/٢.

ولا يمنع من تصرفات المعاوضات المالية كبيع وشراء وقرض وقراض (مضاربة)
ومساقاة وإجارة ، إلا إن كان فيها محاباة .

فإن مات المريض ، نفذ تصرفه من التبرعات في ثلث ماله . وإن عاش ، نفذ
تصرفه من رأس ماله كله .

وقال الحنفية : تنفذ تصرفات المريض الضرورية الخاصة بشخصه وأسرته دون
إجازة أحد ، وهي النفقات الضرورية اللازمة للطعام والكسوة والسكنى له ، ولن
تلزمه نفقته ، أو اللازمة للعلاج كأجر الطبيب وثن الدواء وأجور العملية الجراحية .
وله الزواج ، لأنه قد يحتاج إلى من يخدمه أو يؤنسه ، بشرط كون المهر في حدود مهر
المثل ، والزائد عنه تبرع في حكم الوصية .

وللمريض أن يقر بدين لأجنبي أو لوارث ، فإن كان لأجنبي غير وارث فهو
صحيح نافذ دون حاجة لإجازة الورثة ، لكن يقدم عليه دين الصحة .

المطلب التاسع - الحجر على الزوجة :

قال المالكية وفي رواية عن أحمد^(١) : يحجر على المرأة المتزوجة الحرة الرشيدة
لصالح زوجها في التصرف بغير عوض كالهبة والكفالة فيما زاد على ثلث مالها قياساً
على المريض ، ويكون تبرعها بزائد عن الثلث نافذاً ، حتى يرد الزوج جميعه أو ما شاء
منه ، على المشهور عند المالكية .

وبناء على هذا المشهور ، ينفذ جميع ما تبرعت به ، إن لم يعلم الزوج بتبرعها حتى
بانث منه بطلاق ، أو علم وسكت ، أو مات أحدهما .

وللزوج رد جميع ما تبرعت به الزوجة إن تبرعت بزائد على ثلثها ، وله إمضاؤه

(١) الشرح الكبير : ٣٠٧/٣ وما بعدها ، الشرح الصغير : ٤٠٢/٣ ، القوانين الفقهية : ص ٢٢٣ ، المغني : ٤٦٤/٤ ،
كشاف القناع : ٤٠٥/٣ .

وإنفاذه ، وله رد الزائد فقط . ورد الزوج رد إيقاف على المعتد ، ورد إبطال عند أشهب .

وليس للزوجة بعد الثلث تبرع إلا أن يبعد ما بين التبرعين بنصف عام على المعتد عندهم .

أما واجبات الزوجة من نفقة أبيها ، فلا يجبر عليها فيه ، ولو قصدت بالإنفاق ضرر الزوج عند ابن القاسم ، خلافاً لما روي عن مالك من رد الثلث إذا قصدت به ضرر الزوج ، ولها أن تهب جميع مالها لزوجها ، ولا اعتراض عليها في الهبة لأحد . ولها التصرف بعوض في جميع مالها .

ودليل هذا المذهب أخبار منها : « لا يجوز لامرأة عطية في مالها إلا بإذن زوجها ، إذ هو مالك عصمتها »^(١) .

وقال الجمهور (الحنفية والشافعية والحنابلة في الراجح عندهم)^(٢) : للمرأة الرشيدة التصرف في مالها كله بالتبرع والمعاوضة ، لقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ أَنْتُمْ مِنْهُمْ رِشْدًا ، فادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ﴾ وهو ظاهر في فك الحجر عنهم ، وإطلاقهم في التصرف . وقد ثبت أن النبي ﷺ قال : « يامعشر النساء ! تصدقن ، ولو من حُلِيِّكُنَّ ... »^(٣) ، وأنهن تصدقن ، فقبل صدقتهن ، ولم يسأل ، ولم يستفصل . وهذا الرأي هو الأوجه ؛ لأن ذمة المرأة المالية مستقلة عن ذمة الزوج في الإسلام ، وهذا من مفاخر الشريعة التي أعطت المرأة أهلية كاملة في التملك والتصرف .

(١) رواه الحنفية إلا الترمذي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال في خطبة خطبها : « لا يجوز للمرأة أمر في مالها إذا ملك زوجها عصمتها » ، وهناك روايات أخرى عند ابن ماجه (المغني ، المكان السابق ، نيل الأوطار : ١٨٦) .

(٢) المغني : ٤٦٤/٤ .

(٣) رواه الترمذي عن زينب امرأة عبد الله بن مسعود (سنن الترمذي رقم الحديث : ٦٣٥)

ملحق - هل للمرأة الصدقة من مال زوجها بالشيء اليسير بغير

إذنه ؟

هناك روايتان عن الإمام أحمد تمثلان أهم آراء السلف إجمالاً^(١) :

إحدهما - الجواز وهو الأصح ، وهي الرواية الراجحة المشهورة في المذهب ؛ لأن عائشة قالت : قال رسول الله ﷺ : « ما أنفقت المرأة من بيت زوجها غير مُفسدة ، كان لها أجرها بما أنفقت ، ولزوجها أجره بما كسب ، وللخازن مثل ذلك ، لا ينقص بعضهم من أجر بعض شيئاً »^(٢) ، ولم تذكر إذناً ، إذ العادة السماح ، وطيب النفس به ، فجرى مجرى صريح الإذن ، كتقديم الطعام بين يدي الضيفان قام مقام صريح الإذن في أكله .

لكن إن منعها الزوج من التصدق ، أو كان الزوج بخيلاً ، فتشك في رضاه ، فيحرم عليها الصدقة بشيء من ماله حينئذ ، كما يحرم على الرجل الصدقة بطعام امرأته بغير إذنها ؛ لأن العادة لم تجر به . ومن يقوم مقام المرأة كالأخت والخادمة والغلام المتصرف في مال سيده ، هو كالزوجة ، يجوز له الصدقة بنحو رغيف من مال رب البيت ، مالم يمنع أو يكن بخيلاً ، أو يضطرب عرف ويشك في رضاه .

والرواية الثانية - لا يجوز ، لما روى أبو أمامة الباهلي ، قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « لا تنفق المرأة شيئاً من بيتها إلا بإذن زوجها ، قيل : يا رسول الله ، ولا الطعام ؟ قال : ذاك أفضل أموالنا »^(٣) ، ولأنه تبرع بمال غيره ، بغير إذنه ، فلم يجز كغير الزوجة .

قال ابن قدام الحنبلي : والأول أصح ؛ لأن الأحاديث فيها (أي في الرواية

(١) المغني : ٤/٤٦٥ وما بعدها ، كشاف القناع : ٣/٤٤٨ وما بعدها ، نيل الأوطار : ١٦٦ .

(٢) رواه الجماعة ، وهناك أحاديث أخرى في معناها متفق عليها (نيل الأوطار : ١٥٦ وما بعدها) .

(٣) رواه سعيد بن منصور في سننه ، وفي معناه أحاديث : حرمة مال الإنسان بغير طيب منه ، وتحريم الأموال والدماء بين المسلمين .

الأولى) خاصة صحيحة، والخاص يقدم على العام ويبينه، ويعرف أن المراد بالعام غير هذه الصورة المتخصصة. وحديث الباهلي ضعيف. ولا يصح قياس المرأة على غيرها؛ لأنها بحكم العادة تتصرف في مال زوجها وتتوسط فيه، وتتصدق منه لحضوره وغيبته، والإذن العرفي يقوم مقام الإذن الحقيقي، فصار كأنه قال لها: افعلي هذا.

المطلب العاشر- الحجر على المدين وأثره (التفليس):

أولاً- تعريف التفليس والمفلس: التفليس لغة: النداء على المفلس، وشهره بين الناس بصفة الإفلاس المأخوذ من الفلوس التي هي أخس الأموال. وشرعاً: جعل الحاكم المديون مفلساً بمنعه من التصرف في ماله أو خلع الرجل عن ماله للغرماء.

والفلس: عدم المال، والمفلس في العرف: من لا مال له، وهو المعدم، وفي الشرع: من لا يفي ماله بدينه، أو الذي أحاط الدين بماله، أو من لزمه من الدين أكثر من ماله الموجود. وسمي مفلساً، وإن كان ذا مال؛ لأن ماله مستحق الصرف في جهة دينه، فكأنه معدوم، أو باعتبار ما يؤول من عدم ماله بعد وفاء دينه، أو لأنه يمنع من التصرف في ماله إلا الشيء التافه الذي لا يعيش إلا به، كالفلوس ونحوها^(١).

ثانياً- هل يحجر على المدين المفلس؟

قال أبو حنيفة^(٢): لا أحجر على المفلس في الدين؛ لأن مال الله غاد ورائح، فهو لا يرى الحجر على المدين المفلس، كما لا يرى الحجر على السفية؛ لأن في الحجر إهداراً لحرите وإنسانيته وأهليته، فذلك أخطر من ضرر خاص يلحق الدائن. فتنفذ تصرفاته، ولا يباع ماله جبراً عنه، وإنما يؤمر بسداد ديونه؛ فإن امتثل فلا يتعرض له بشيء، وإن امتنع عن الأداء، حبس حتى يسدد دينه، أو يبيع ماله

(١) بداية المجتهد: ٢٨٠/٢، القوانين الفقهية: ص ٣١٨، الشرح الكبير: ٢٦١/٣، معني المحتاج: ١٤٦/٢، المعني: ٤٠٨/٤، كشاف القناع: ٤٠٥/٣.

(٢) الهداية مع تكملة الفتح: ٣٢٤/٧ وما بعدها، تبين الحقائق: ١٩٩/٥، الكتاب مع اللباب: ٧٢/٢.

بنفسه ، وشرع حبسه دفعاً لظلمه ؛ لأن قضاء الدين واجب عليه ، والمماثلة ظلم .
وليس للقاضي أن يبيع ماله جبراً عنه ؛ لأنه نوع حجر عليه ، وهو لا يجوز عنده .
والخلاصة : أن أبا حنيفة قال : ليس للحاكم أن يجبر على المفلس ، ولا يبيع ماله بل
يجبسه ، حتى يؤدي أو يموت في السجن .

والمفتى به عند الحنفية هو قول صاحبين ، وهو قول جمهور الفقهاء : وهو جواز
الحجر على المدين المفلس في تصرفاته المالية ، حفاظاً على حقوق الدائنين وأموالهم من
الضياع . بدليل ما روى الدارقطني ، والخلال ، وصحح الحاكم إسناده : أن النبي ﷺ
حجر على معاذ ، وباع ماله في دين كان عليه ، وقسمه بين غرمائه ، فأصابعهم خمسة
أسباع حقوقهم ، فقال لهم النبي ﷺ : ليس لكم إلا ذلك .

واختلفت المذاهب في بعض التفصيلات ، منها توقف الحجر على قضاء القاضي
وما يتبعه من أمور .

ثالثاً- هل يتوقف الحجر على المدين على قضاء القاضي ؟

١- مذهب المالكية^(١) : للمفلس الذي أحاط الدين بماله أحوال ثلاثة :

الحالة الأولى- قبل التفليس أي قبل نزع ماله منه وإعطائه للدائنين :
يكون للدائنين الحق في منعه من التصرف في ماله بغير عوض ، وإبطال تصرفه ،
سواء أكان دينهم حالاً أم مؤجلاً . فيمنعون من التصرفات الضارة بمصلحتهم ، كالترع
والهبة والصدقة والوقف ، والكفالة والقرض والإقرار بدين لشخص يتهم بأن إقراره
له فراراً من الدين ، كولده وزوجه . أما من لا يتهم معه ، فيعتبر إقراره له . وما عدا
المذكور من تصرفات المعاوضة كالبيع والشراء ، تنفذ منه .

(١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي : ٢٦١/٣ - ٢٦٤ ، الشرح الصغير : ٢٤٥/٣ - ٢٥٣ ، بداية المجتهد : ٢٨٠/٢ وما
بعدها ، القوانين الفقهية : ص ٣١٨ وما بعدها .

الحالة الثانية^(١) - ألا يرفع الأمر إلى الحاكم، وإنما يقوم الغرماء على المدين، فيستتر منهم ولا يحدونه، فلهم أن يحولوا بينه وبين ماله، ويمنعوه من التبرعات والتصرفات المالية بالبيع والشراء، والأخذ والعطاء، ولو بغير محاباة، ومن التزوج، ولهم قسم ماله بالمحاصة، أي بنسبة حصص ديونهم.

الحالة الثالثة^(٢) - حكم الحاكم بتفليسه أي بخلع ماله لغرمائه أي نزع ماله منه وإعطائه للدائنين، لعجزه عن قضاء ما لزمه من الديون.

ولا تتحقق هذه الحالة إلا بطلب الدائنين (الغرماء) جميعهم أو بعضهم، وأن يكون الدين حالاً، فلا يصح تفليسه بدين مؤجل، وأن يكون الدين زائداً على ماله ومتى فلسه الحاكم اشترك الجميع في ماله، من طلب ومن لم يطلب.

ويترتب على تفليسه في هذه الحال أمور أربعة تحقق معنى الحجر عليه وهي: منعه من التبرعات؛ ومن المعاوضات المالية، والزواج بأكثر من زوجة واحدة؛ وقسمة ماله بين الدائنين، وحلول الدين المؤجل، أي يحجر عليه في جميع التصرفات بعوض أو بغير عوض، وللدائنين منعه من سفر التجارة أو غيرها إن حل دينه أو كان محل بغيته، كما لهم طلب سجنه، فيحبسه الحاكم استبراء لأمره.

٢ - مذهب الجمهور (غير المالكية)^(٣): لا يحجر على المدين إلا بقضاء القاضي، فتكون تصرفاته قبل القضاء نافذة. وإذا حجر عليه، فإنه يمنع من جميع التصرفات التي تضر بالدائنين، وهي التبرعات والمعاوضات المالية، والإقرار بالدين في حال الحجر، وبيع الحاكم ماله، ويقسم ثمنه على الغرماء.

(١) وتسمى إفلاساً بالمعنى الأعم.

(٢) وتسمى إفلاساً بالمعنى الأخص.

(٣) تبين الحقائق: ١٦٩/٥، الدر المختار: ١٠٣/٥، الكتاب مع اللباب: ٧٣/٢، تكملة الفتح: ٣٢٧/٧ وما بعدها، مغني المحتاج: ١٤٧/٢ - ١٤٩، المهذب: ٣٢٠/١، المغني: ٤٠٩/٤، ٤٧١، كشاف القناع:

٤٠٧/٣ - ٤١١.

وقد شرط الحنفية في المفتى به وهو قول صاحبين شرطين للحجر على المدين :
أن يكون دينه مستغرقاً أمواله أو يزيد عنها ، وأن يطلب الغرماء الحجر عليه .

وشرط الشافعية والحنابلة للحجر على المدين شرطين أيضاً كالشرطين السابقين :
أن تكون عليه ديون حالة تزيد على ماله ، وأن يطلب الغرماء الحجر عليه .

ويصح تزوج المفلس بمهر المثل ، وطلاقه وخلعه وزوجته ورجعتها واستيفاءه
القصاص ، وإسقاط القصاص ولو مجاناً . وله أن يرد المبيع الذي اشتراه قبل الحجر
بالعيب أو الإقالة ، إن كانت المصلحة في الرد . والأصح عند الشافعية سريان الحجر
على ما يملكه المدين بعد الحجر بالاصطياد والهبة ، والوصية ، والشراء في الذمة ، على
القول الراجح بجواز هذا الشراء ؛ لأن مقصود الحجر وصول الحقوق إلى أهلها ، وهو
لا يختص بالمال الموجود وقت الحجر .

وينفق على المدين من ماله وعلى زوجته وأولاده الصغار وذوي أرحامه ؛ لأن
حاجته الأصلية مقدمة على حق الغرماء .

الفرق بين حجر المدين وحجر السفية : فرق الحنفية^(١) بين الحجر بالمدين
والحجر بالسفه من وجوه منها :

١- أن حجر السفية لمعنى في نفسه ، وهو سوء اختياره ، لا لحق الغرماء ، أما
الحجر للمدين فهو لمصلحة الدائنين ، ويحتاج كلاهما لحكم القضاء

٢- أن المحجور بالمدين لو أقر حالة الحجر ينفذ إقراره بعد زوال الحجر ولو فيما
سيحدث له من مال ، والمحجور بالسفه لا يجوز إقراره بالمدين ، لا حال الحجر ، ولا
بعده ، ولا في المال القائم ، ولا الحادث . وهذان الوجهان مقرران أيضاً عند الشافعية
والحنابلة والمالكية .

(١) رد المحتار : ١٠٢/٥ ، تبين الحقائق : ١٩٦/٥

وحجر الفلوس أقوى من حجر المرض بدليل أن المريض يتصرف في مرض الموت في ثلث ماله ، ولا تتعلق حقوق الورثة بماله إلا بعد الموت . أما حجر الفلوس فتتعلق حقوق الغرماء بعين مال المدين في الحال كالمرهون^(١) .

رابعاً- سفر المدين المفلس : للفقهاء في منع المدين من السفر رأيان متقاربان :

فقال الحنفية والشافعية^(٢) : ليس للدائنين منع المدين من السفر قبل حلول الأجل سواء أكان الأجل بعيداً أم قريباً ؛ لأنه لاحق لهم في مطالبة قبل حلول الأجل . فإذا حل الأجل لهم منعه من المضي في سفره حتى يوفي دينه .

وقال المالكية^(٣) : للدائنين منع المدين من سفر لتجارة أو غيرها إن حل أجل الدين ، أو كان يحل في أثناء غيبته ، مطلقاً أي ولو لم يكن الدين محيطاً بمال المدين ، إذا لم يوكل من يوفي عنه دينه ، أو لم يضمه موسر .

فإن كان الدين مؤجلاً ، أو لا يحل أثناء الغيبة في السفر ، ليس للدائنين منعه من السفر .

ويتفق الحنابلة^(٤) مع المالكية بالقول : للدائنين منع المدين الذي أراد سفرأ طويلاً فوق مسافة القصر ، إن حل الدين قبل عودته من السفر . وليس له منعه إن كان الدين لا يحل إلا بعد عودته من سفره . لكنهم قالوا : إن كان سفره لجهاد ، فله منعه إلا بضمن (كفيل) أو رهن ؛ لأنه سفر يتعرض فيه للشهادة ، وذهاب النفس ، فلا يأمن قوات الحق .

والخلاصة : أن الرأي الأول للحنفية والشافعية : ليس للدائنين المنع من السفر ولا

(١) مغني المحتاج : ١٤٨/٢ ، المهذب : ٣٢١/١ .

(٢) البدائع : ١٧٣/٧ ، تكملة الفتح : ٣٢٩/٧ ، اللباب : ٧٤/٢ ، المهذب : ٣١٩/١ ، مغني المحتاج : ١٥٧/٢

(٣) الشرح الكبير : ٢٦٢/٣ ، الشرح الصغير : ٣٤٨/٣

(٤) المغني : ٤٥٥/٤ ، كشاف القناع : ٤٠٥/٣ وما بعدها .

المطالبة بكفيل إذا كان الدين مؤجلاً بحال ، سواء أكان الدين يحل قبل العودة من السفر أم بعده ، وسواء أكان السفر إلى الجهاد أم إلى غيره ؛ لأنه لا يملك المطالبة بالدين ، فلم يملك منعه من السفر ، ولا المطالبة بكفيل كالسفر الآمن القصير . فإن كان الدين حالاً منع المدين من السفر .

والرأي الثاني للمالكية والحنابلة أكثر تشدداً في حفظ حق الدائن ، فله المنع من السفر إذا كان الدين يحل قبل العودة من السفر ؛ لأنه سفر يمنع استيفاء الدين في أجله ، فملك منعه من السفر إن لم يوثق بكفيل أو رهن كالسفر بعد حلول الحق .

خامساً - أثر الحجر على المفلس أو أحكام الحجر :

يترتب على الحجر آثاراً أو أحكام :

أ - تعلق حق الغرماء بعين ماله ، ومنعه من التصرف بماله^(١) : يستحب أن يشهد القاضي على حجر المفلس ، ليعلم الناس حاله ، ويجذروا معاملته ، فلا يعاملوه ، إلا على بصيرة^(٢) . فإذا حجر عليه تعلقت ديون الغرماء بماله كالرهن ، فلا ينفذ تصرفه فيه بما يضرهم ؛ لأنه لا ضرر على الغرماء ، فتبطل تبرعاته كالهبة والصدقة ، ولا يقبل إقراره أصلاً بعد التفليس على ماله باتفاق الفقهاء ، لكن قال المالكية : يقبل إقرار المفلس لغير متهم عليه أي أجنبي ، ولا يقبل لمتهم عليه كابن وأخ وزوجة ، وقبول إقراره يكون في المجلس الذي فلس فيه ، أو قام عليه الغرماء أو قريباً منه . ويبطل بيعه وشراؤه ونحوهما من المعاوزات المالية عند الحنابلة ، والشافعية في الأظهر ، لتعلق حق الغرماء بعين ماله كالرهون ، ولأنه محجور عليه بحكم الحاكم ، فلا يصح تصرفه في ماله ببيع أو غيره مما يناقض مقصود الحجر .

(١) رد المحتار : ١٠٥/٥ ، تكله الفتح : ٢٢٨/٧ ، الشرح الكبير : ٢٦٥/٣ ، الشرح الصغير : ٣٥٢/٣ ، ٣٥٥ ، القوانين الفقهية : ص ٣١٨ وما بعدها ، مغني المحتاج : ١٤٧/٢ ، المهذب : ٣٢١/١ ، كشاف القناع : ٤١١/٣ ، المغني : ٤٠٩/٤ ، ٤٧١ ، كشاف القناع : ٤١١/٣ .

(٢) المهذب : ٣٢١/١ ، مغني المحتاج : ١٤٨/٢ ، المغني : ٤٤٠/٤ ، كشاف القناع : ٤١١/٣ .

وقال الحنفية : يصح بيعه بثن المثل أو بمثل القيمة ، وأما إن كان بغير فيصح البيع موقوفاً على إجازة الدائنين ، وبه يكون قصدهم من منعه من التصرف عندهم هو البيع بأقل من ثمن المثل .

وقال المالكية : إن وقع التصرف المالي لم يبطل ، بل يوقف على نظر الحاكم والغرماء .

٢- أن تحل عليه الديون المؤجلة ، كما تحل الديون بالموت عند الحنفية وفي المشهور عند المالكية^(١) ، لخراب الذمة في الحالتين ، وهو عند المالكية ما لم يشترط المدين عدم حلوله بهما ، وما لم يقتل الدائن المدين عمداً ، فلا يحل .

وقال الشافعية في الأظهر ، والحنابلة في أرجح الروايتين^(٢) : لا يحل الدين المؤجل بفلس من هو عليه ؛ لأن الأجل حق مقصود للمفلس ، فلا يسقط بفلسه كسائر حقوقه ، ويفترق الفليس عن الموت في أن الميت خربت ذمته وبطلت . وعليه : لا يشارك أصحاب الديون المؤجلة غرماء الديون الحالية ، بل يقسم المال الموجود بين أصحاب الديون الحالية ، ويبقى المؤجل في الذمة إلى وقت حلوله . فإن لم يقسم الغرماء حتى حل الدين ، شارك الغرماء ، كما لو تجدد على المفلس دين بجنايته .

٣- الملازمة والحبس الاحتياطي للمدين :

اختلف الفقهاء في جواز ملازمة المدين ، واتفقوا على جواز حبسه بحكم القاضي بشروط معينة .

(١) الشرح الصغير : ٣٥٢/٣ ، القوانين الفقهية : ص ٣١٨ ، بداية المجهتد : ٢٨٢/٢ ، الشرح الكبير : ٢٦٥/٣ وما بعدها .

(٢) مغني المحتاج : ١٤٧/٢ ، المغني : ٤٣٥/٤ .

آ- الملازمة : قال أبو حنيفة وصاحبا^(١) : للدائنين أن يلازموا المدين ، فيذهبوا معه حيثما ذهب فإذا رجع إلى بيته ، فأذن لهم في الدخول ، دخلوا معه ، وإلا انتظروه على الباب ليلازموه بعد الخروج ، ولكن لا يمنعونه من التصرف والكسب والسفر حال الملازمة ، ولا يجسونه في مكان خاص ؛ لأنه حبس ، بل يدورون معه ، ويدور هو حيث شاء ؛ لأنه بذلك يتمكن الدائن من حمل المدين على قضاء الدين ، ولقوله عليه الصلاة والسلام : « لصاحب الحق : اليد ، واللسان »^(٢) أراد باليد : الملازمة ، وباللسان : التقاضي . ولا تلازم المرأة منعاً من الخلو بالاجنبية .

وقال زفر والمالكية والشافعية والحنابلة^(٣) : إذا ثبت إفسار المدين عند الحاكم ، لم يكن لأحد مطالبته وملازمته ، بل يهمل إلى أن يوسر لأنه إذا ثبتت العسرة استحق النظرة إلى الميسرة ، كما لو كان الدين مؤجلاً ، لقوله تعالى : ﴿ وَإِنْ كَانَ ذُو عَسْرَةٍ ، فَنظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ ﴾ . وحديث « لصاحب الحق ... » فيه مقال ، كما قال ابن المنذر ، أو أنه يحمل على الموسر ، فقد ثبت أن النبي ﷺ قال لغرماء الذي أصيب في ثمار ابتاعها ، فكثرت دينه : « خذوا ما وجدتم ، وليس لكم إلا ذلك »^(٤) . وهذا القول هو الأرجح .

ب- حبس المدين : المقرر شرعاً أنه يجب على المدين إيفاء ديونه إذا كان موسراً ، فإن كان معسراً فيهمل إلى وقت اليسار عملاً بنظرة الميسرة . وإن كان ماطلاً في الوفاء ، وله مال يفي بدينه للحال ، حبسه الحاكم ، لقوله ﷺ : « لئى الواجد

(١) تبين الحقائق : ٢٠٠/٥ ، تكملة الفتح : ٣٢٩/٧ وما بعدها ، البدائع : ١٧٣/٧ .

(٢) رواه بهذا اللفظ ابن عدي في الكامل عن أبي عتبة الخولاني ، ورواه الدارقطني عن مكحول بلفظ « إن لصاحب الحق اليد واللسان » وهو حديث مرسل . وأخرج البخاري عن أبي هريرة ، قال : « أتى النبي ﷺ رجل يتقاضاه ، فأغلظ له ، فهم به أصحابه ، فقال : دعوه ، فإن لصاحب الحق مقالاً » (نصب الراية : ١٦٦/٤) .

(٣) مغني المحتاج : ١٥٦/٢ ، المغني : ٤٤٩/٤ وما بعدها ، كشاف القناع : ٤٠٦/٣ ، ٤٣٠ ، الشرح الصغير : ٣٧٠/٣ ، القوانين الفقهية : ص ٣١٧ ، بداية المجتهد : ٢٨٠/٢ وما بعدها .

(٤) رواه مسلم والترمذي .

ظلم ، يحل عرضه وعقوبته»^(١) . واللي : المطل ، والواجد : الغني من الوُجد بمعنى القدرة . وعرضه : شكايته ، وعقوبته : حبسه . وبناء عليه يجوز الحبس ، ولكن بشروط أوضحها الفقهاء .

قال الحنفية^(٢) : للقاضي أن يحبس المدين رجلاً أو امرأة بدينه في كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة إذا كان غنياً ، أو اشتبه على القاضي حال يساره وإعساره ، ولم يقم عنده حجة على أحدهما ، فإذا حبسه شهرين أو ثلاثة أشهر ، ولم يظهر له مال في تلك المدة ، فإنه يطلق سراحه ، وإن أقام البينة على أن لا مال له أي أنه فقير ، خلى سبيله ، للآية السابقة ﴿ فنظرة إلى ميسرة ﴾ ولا يضرب المحبوس بالدين ولا يخوّف ، ولا يغل بقيد ، ولا مجرد ، ولا يوقف أمام صاحب الدين إهانة له ، ولا يؤجر .

ويشترط للحبس شروط ثلاثة : في الدين ، والمدين ، والدائن :

أولها - أن يكون الدين حالاً ، فلا يحبس في الدين المؤجل ؛ لأن الحبس لدفع الظلم المتحقق بتأخير قضاء الدين ، ولم يوجد من دينه مؤجل .

ثانيها - يشترط في المدين شروط ثلاثة : هي القدرة على وفاء الدين : فلو كان معسراً لا يحبس ، لقوله تعالى : ﴿ وإن كان ذو عسرة ، فنظرة إلى ميسرة ﴾ .

والمطل : وهو تأخير قضاء الدين ، للحديث السابق «مطل الغني ظلم»^(٣) فيحبس دفعاً للظلم ، وحديث « ليّ الواجد ... » والحبس عقوبة ، وما لم يظهر منه المطل ، لا يحبس لانعدام المطل واللي منه .

وأن يكون المدين غير الوالدين ، فلا يحبس الوالدون وإن علوا ، بدين

(١) رواه الحمسة إلا الترمذي ، وأخرجه أيضاً البيهقي والحاكم وابن حبان وصححه عن عمرو بن الشريد عن أبيه (نيل الأوطار : ٢٤٠/٥) .

(٢) البدائع : ١٧٣/٧ ، تكملة الفتوح : ٣٢٩/٧ - ٣٣٠ ، تبين الحقائق : ١٩٩/٥ .

(٣) رواه الجماعة عن أبي هريرة (نيل الأوطار : ٣٣٦/٥) .

المولودين ، وإن سفلوا ، لقوله تعالى : ﴿ وصاحبها في الدنيا معروفاً ﴾
﴿ وبالوالدين إحساناً ﴾ ، وليس من المصاحبة بالمعروف والإحسان : حبسها
بالدين ، لكن يحبس الوالد تعزيراً بالامتناع عن نفقة ولده الذي عليه نفقته^(١) ،
ويحبس ولي الصغير إذا كان هو المتسبب في تأخير قضاء الدين .

ثالثها - أن يطلب الدائن (صاحب الدين) من القاضي حبس المدين ، فما لم
يطلب لا يحبس ؛ لأن الدين حقه ، والحبس وسيلة إلى حقه ، وممارسة الحق بطلبه .
والذي يمنع عنه المحبوس : هو الخروج إلى أشغاله ومهاتته الدينية
والدنيوية ، كحضور الجمع والجماعات والأعياد وتشجيع الجنائز وعبادة المرضى
والزيارة والضيافة ، ليكون المنع باعثاً له على قضاء الدين . ولا يمنع من زيارة أقاربه
له ، ولا من التصرفات الشرعية كالبيع والشراء والهبة والصدقة والإقرار لغيرهم من
الغرماء . ولا يمكن المحبوس من الاشتغال بعمله على الصحيح ليضجر قلبه ، فينبعث
على قضاء دينه .

وقال المالكية^(٢) : يسجن المدين استبراءً لأمره إن جهل حاله ، أو ظهرت ملاءته
(غناه) بحسب ظاهر حاله ، بلبسه فاخر الثياب ، وركوبه جيد المواصلات ، وكان
له خدم من غير أن يعلم حقيقة حاله ، حتى يثبت عسره ، أو يأتي بكفيل يكفله ،
فيطلق سراحه .

فإن وعد غريمه بوفاء الدين ، وطلب تأخيره نحو اليومين ، أوجب لطلبه ،
ولا يحبس إن كفله كفيل .

كذلك يؤجل المدين المعلوم الملاءة (الغنى) أو ظاهر الملاءة ، إن وعد
بالوفاء ، وطلب التأخير لبيع أمواله وعروضه التجارية ، إن قدم كفيلاً بالمال ،

(١) أما الولد فيحبس بدين الوالد ، وكذا سائر الأقارب يحبس المديون بدين قريبه .

(٢) الشرح الصغير : ٣٦٨/٣ - ٣٧١ ، الشرح الكبير : ٢٧٨/٣ - ٢٨٢ ، القوانين الفقهية : ص ٣١٨ .

وإلا سجن ، وليس للحاكم بيع تلك العروض ، بخلاف المفلس ؛ لأن المفلس منع من التصرف في ماله ، وتحبس المرأة عند امرأة أمينة ، ويحبس الجد لولد ابنه ، ويحبس الولد لأبيه في دين أو غيره ، ولا العكس : أي لا يحبس والد بولده .

فإن أثبت المدين المجهول الحال ، أو ظاهر الملاءة عُشره بشهادة بيّنة تشهد أنه لا يعرف له مال ظاهر ولا باطن ، وحلف كذلك أنه لا مال له ، أنظر لميسرة ، فلا يسجن ولا يطالب قبلها ، ولا يلزم بتكسب ولا اقتراض لوفاء ما بقي عليه من الدين ، ولو كان قادراً عليه ؛ لأن الدين إنما تعلق بذمته ، فلا يطلب به إلا عند اليسار . ويخرج المجهول الحال من الحبس إن طال حبسه باجتهاد الحاكم بحيث يغلب على الظن أنه لو كان عنده مال ، ما صبر على الحبس هذه المدة . وأما ظاهر الملاءة فلا يخرج من الحبس إلا بيّنة بعدمه . وأما معلوم الملاءة فيخلد في السجن حتى يؤدي ما عليه أو يأتي بكفيل غارم .

وقال الشافعية والحنابلة^(١) : على الموسر إن طوّل أداء دينه فوراً بحسب الإمكان ، فإن امتنع وله مال ظاهر ، وهو من جنس الدين ، وفي منه ، فإن كان من غير جنس الدين ، باع الحاكم جبراً عليه ماله ، وإن كان المال في غير محل ولايته ، أو أكرهه مع التعزير بحبس أو غيره على البيع . فإن أخفى المدين ماله ، وهو معلوم ، وطلب غريمه حبسه ، حبس ، وحجر عليه أولاً حتى يظهره . فإن لم يتزجر بالحبس ، ورأى الحاكم ضربه أو غيره ، فعل ذلك ، وإن زاد مجموعه على الحد .

ومن ادعى الإعسار ولم يصدقه الدائن ، حبس إلى أن يأتي بيّنة تشهد بعسرته . فإن ثبت إعساره ، وجب إنظاره ولم تجز ملازمته للآية السابقة : ﴿ وإن كان ذو عسرة ، فنظرة إلى ميسرة ﴾ .

(١) معني المحتاج : ١٥٤/٢ ، ١٥٧ ، كشاف القناع : ٤٠٦/٣ - ٤٠٩ ، المغني : ٤٤٧/٤ وما بعدها ، و ٤٥٠

وما بعدها ، المهذب : ٣٢٠/١ .

وإن ثبتت قدرته على الوفاء، ولم يؤد ديونه، حبسه الحاكم^(١)، للحديث السابق: « لي الواجد محل عرضه وعقوبته »، وليس للحاكم إخراج المدين من الحبس حتى يتبين له أمره أنه معسر، فيجب حينئذ إطلاقه، أو يبرأ المدين من غريمه بوفاء أو إبراء، أو حوالة، فيطلق سراحه لسقوط الحق عنه، أو يرضى غريمه بإخراجه من الحبس. فإن أصر المدين المليء على الحبس، ولم يوف الدين، باع الحاكم ماله، وقضى دينه.

ولا يجبر كما قال المالكية على الكسب، للحديث السابق: « خذوا ما وجدتم، وليس لكم إلا ذلك » كما لا يجبر على قبول الهدية أو الصدقة أو القرض.

٤- بيع مال المدين المحجور عليه وقسمة ثمنه بين الغرماء:

اتفق الفقهاء^(٢) على أنه يباع مال المدين المحجور عليه بسبب الفلاس، ويقسم ثمنه بين الدائنين الغرماء بالمحاصة أي بنسبة ديونهم، ويندب أن يكون البيع فوراً بعد الحجر، لئلا يطول زمن الحجر عليه، ومبادرة لبراءة ذمته، وإيصال الحق إلى ذويه، ولأنه ﷺ لما حجر على معاذ، باع ماله في دينه، وقسم ثمنه بين غرمائه.

فإن كانت الديون من جنس مال المدين، قضاه القاضي بغير أمر المدين، وإن كانت من غير جنس مال المدين، وجب على القاضي بيع المال، وقسمة الثمن بين الدائنين.

ويستحب للحاكم وقت البيع أن يحضر المفلس أو وكيله، لفوائد منها ضبط متاعه، والتعريف بالجيد منه، وتطيب نفسه وإسكان قلبه، وتكثير الرغبة في

(١) قال الشيخ تقي الدين بن تيمية: لا يجب حبسه في مكان معين، بل المقصود: منعه من التصرف حتى يؤدي الحق، فيحبس ولو في دار نفسه بحيث لا يمكن من الخروج (كشاف القناع: ٤٠٨/٣).

(٢) تكملة الفتح: ٣٢٨/٧ وما بعدها، تبيين الحقائق: ١٩٩/٥ وما بعدها، الشرح الصغير: ٣٥٧/٣ وما بعدها، الشرح الكبير: ٢٦٩/٣ - ٢٧١، القوانين الفقهية: ص ٣١٩، مغني المحتاج: ١٥٠/٢ وما بعدها، المهذب: ٣٢٢/١، كشاف القناع: ٤٢٠/٣ وما بعدها، المغني: ٤٤١/٤ - ٤٤٦، بداية المجتهد: ٢٨٧/٢.

شرائه ، كما يستحب إحضار الغرماء ؛ لأن البيع لهم ، وربما رغبوا في شيء ، فزادوا في ثمنه ، ولتطيب قلوبهم ، والبعد عن التهمة ، وربما وجد أحدهم عين ماله ، فأخذه .

ويباع الشيء في عصرنا بالمزاد العلني ، ويبيع ندباً كل شيء في سوقه ، بشرط كون البيع بئس المثل ، حالاً ، من نقد البلد .

ويقدم في البيع ما يخاف فساده كالفواكه والبقول ، ثم ما يتعلق به حق المرهون ، ثم الحيوان لحاجته إلى النفقة ، ولأنه معرض للتلف ، ثم المنقول ؛ لأنه يخشى ضياعه بسرقة ونحوها ، ويقدم الملبوس على النحاس ونحوه ، ثم العقار ، ويقدم البناء على الأرض . وإنما أخرج العقار ؛ لأنه يؤمن عليه من الهلاك والسرقة ؛ ولأن العقار يعد للاقتناء ، فيلحقه ضرر ببيعه ، فلا يبيعه إلا عند الضرورة ، ويستأنى عند المالكية في بيع العقار نحو شهرين .

ويلاحظ أن أبا حنيفة خلافاً لصاحبيه لم يجز للحاكم بيع عروض المدين وعقاره .

ويترك للمفلس مجموعة كاملة عادية (دَسْت)^(١) من ثيابه المحتاج إليها عادة ، كما يترك له قوت يوم القسمة عند الشافعية لمن تلزمه نفقته ، من زوجة وخادم وقريب ، وعند الحنفية : ينفق على هؤلاء من مال المدين قبل التفليس ولو بعد الحجر ، وعند المالكية : يترك له ما يأكله أياماً ، وعند الحنابلة : إلى أن يفرغ من قسمة المال بين الغرماء . فالحنابلة كالشافعية . وتترك له آلة صنعته التي لا بد منها ، كما يترك للعالم كتبه التي يحتاج لمراجعتها ومطالعتها . وأجاز المالكية بيع الكتب وثياب الجمعة إن كثرت قيمتها ؛ لأن شأن العلم - على حد تعبيرهم - أن يحفظ في القلب ، لكن قال العلامة العدوي : إن الحفظ قد ذهب الآن ، فلذا أجراها بعضهم على آلة الصانع .

(١) الدَّسْت : ما قابل ثياب الزينة .

ويترك له مسكنه الذي لا غنى له عن سكناه فيه ، وخادمه الذي يحتاج إليه ، مما يكون كلاهما صالحين لمثله ؛ لأن ذلك مما لا غنى له عنه ، فلم يبيع في دينه كلباسه وقوته .

لكن الأصح عند الشافعية : أنه يبيع مسكنه ومركوبه ، ولا يترك له خادمه القابل للبيع في الماضي ، لزماته ومنصبه ؛ لأنه يسهل تحصيل المقصود بالكراء .
وقال المالكية : أوجر على المفلس خادمه الذي لا يبيع عليه ، ويبيع ما يبيع عليه .

هـ - استرداد الدائن عين ماله الذي وجدته في مال المفلس :

هذا هو الحكم أو الأثر الخامس من أحكام أو آثار الحجر على المفلس عند الجمهور غير الحنفية .

قال الحنفية^(١) : من أفلس (أي حكم الحاكم بتفليسه) وعنده متاع لرجل بعينه ، ابتاعه منه ، فصاحب المتاع أسوة الغرماء ، أي أنه لا يكون أحق به من سائر الغرماء ، فإن أفلس قبل قبض المتاع ، أو بعد القبض بغير إذن بئاعه ، كان له استرداده ، وحبسه بالثمن في حالة ما قبل القبض .

ودليلهم على عدم استحقاق صاحب المتاع عين ماله : أن الإفلاس يوجب في عقد المعاوضة لا في غيره العجز عن تسليم العين ، والعقد غير مستحق الفسخ ، فلا يثبت حق الفسخ ، وإنما المستحق هو الثمن أو الدين الذي هو وصف في الذمة ، وبقبض المشتري عين المبيع ، تتحقق المبادلة ما بين الدين والعين .

وقال الجمهور غير الحنفية^(٢) : إذا فلس الحاكم رجلاً ، فأصاب أحد الغرماء عين

(١) الدر المختار : ١٠٦/٥ ، تكملة الفتح والعناية : ٣٣٠/٧ وما بعدها ، تبين الحقائق : ٢٠١/٥ وما بعدها .

(٢) بداية المجتهد : ٢٨٣/٢ وما بعدها ، الشرح الصغير : ٣٧٢/٣ ، الشرح الكبير : ٢٨٢/٣ ، المهذب : ٢٢٢/١ ، مغني

المحتاج : ١٥٧/٢ وما بعدها ، المغني : ٤٠٩/٤ وما بعدها ، القوانين الفقهية : ص ٣١٩ .

ماله (أو سلعته التي باعها إياه بعينها) ، كان له حق فسخ البيع وأخذ سلعته ؛ لأنه عجز المشتري عن إيفاء الثمن ، فيوجب ذلك حق الفسخ ، كعجز البائع عن تسليم المبيع ، ولأنه يجوز فسخ العقد لتعذر العوض كالمسلم فيه إذا تعذر ، ولأن النبي ﷺ قال فيما يرويه أبو هريرة : « من أدرك ماله بعينه عند رجل أفلس ، أو إنسان قد أفلس ، فهو أحق به من غيره »^(١) .

وقال الحنفية : إنه معارض بما روى الخصاص بإسناده : أن النبي ﷺ قال : « أيما رجل أفلس فوجد رجل عنده متاعه ، فهو أسوة غرمائه » وتأويل حديث أبي هريرة : أن المشتري كان قبضه بشرط الخيار للبائع .

والحقيقة أن رأي الجمهور أقوى لصحة حديث أبي هريرة الذي لا يعارضه غيره ، ولبعد تأويل الحنفية السابق ، إذ لا حاجة للحديث في حالة وجود الخيار للبائع بفسخ البيع ، فهذا أمر مقرر عام يشمل المفلس وغيره . وأبعد منه تأويلهم الحديث على ما إذا كان المتاع وديعة أو عارية أو لقطة ؛ لأن نص الحديث مقيد بحالة الإفلاس .

وهناك أمور تتعلق برجوع صاحب المتاع أو المال على المفلس أهمها ما يأتي :

أ- هل خيار الرجوع على الفور أم على التراخي ؟ للشافعية والحنابلة رأيان^(٢) ، أصحهما أن خيار الرجوع على الفور ، كخيار العيب بجامع دفع الضرر ، فتأخير الخيار يفضي إلى الضرر بالغرماء ، لإفضائه إلى تأخير حقوقهم .

ب- حق الرجوع في كل المعاوضات : قال الشافعية^(٣) : لصاحب المال

(١) حديث صحيح رواه الجماعة عن أبي هريرة ، وله مؤيدات أخرى عن سمرة ، وعن أبي بكر بن عبد الرحمن بن

الحارث بن هشام (نيل الأوطار : ٢٤٢/٥) .

(٢) مغني المحتاج : ١٥٨/٢ ، المغني : ٤١٠/٤ .

(٣) مغني المحتاج : ١٥٨/٢ .

الرجوع في سائر المعاوضات المحضة كالبيع والإجارة والقرض والسلم ، لعموم حديث أبي هريرة السابق ، فإذا أجره داراً بأجرة حائلة ، لم يقبضها حتى حجر عليه ، فله الرجوع في الدار بالفسخ ، تنزيلاً للمنفعة منزلة العين في البيع ، ولو سلمه دراهم قرضاً ، أو رأس مال سلم حالاً أو مؤجل ، فحل أجل تسليم المسلم فيه ، ثم حجر عليه ، والدرهم باقية بالشروط الآتية ، فله الرجوع فيها بالفسخ .

أما غير المعاوضات كالهبة ، والمعاوضات غير المحضة كالنكاح والصلح عن دم العمد ، فلا يجوز الرجوع فيها .

ج- شروط الرجوع : يشترط للرجوع في البيع عند الشافعية شروط^(١) :

أولها- كون الثمن حالاً عند الرجوع ، لا مؤجلاً ؛ لأن المؤجل لا يطالب به .

ثانيها- أن يتعذر حصول الثمن بالإفلاس . فلو انتفى الإفلاس ، وامتنع المدين من دفع الثمن مع يساره ، أو هرب ، أو مات مليئاً وامتنع الوارث من التسليم ، فلا فسخ في الأصح ؛ لأن التوصل إلى أخذه بالحكم ممكن .

ولو عرض الغرماء فداء المال بدفع ثمنه له ، لم يلزمه قبوله ، وله الفسخ عند الشافعية والحنابلة لما في الفداء من المنة ، ولتعلق حقه بعين ماله . وقال المالكية : ليس له حينئذ حق الرجوع ؛ لأن الرجوع لتلافي النقص في الثمن ، فإذا بذل له الثمن كاملاً ، لم يكن له الرجوع ، كما لو زال العيب من المعيب^(٢) .

ثالثها- كون المبيع باقياً في ملك المشتري : فلو زال (فات) ملكه حساً كالموت أو حكماً كالوقف والبيع والهبة ، فلا رجوع ، لخروجه عن ملكه بالفوات .

(١) المرجع والمكان السابق .

(٢) الشرح الكبير : ٢٨٢/٣ ، الشرح الصغير : ٣٧٢/٣ وما بعدها ، مغني المحتاج : ١٥٩/٢ ، المغني :

. ٤١١/٤

وقد تبين من هذه الشروط وما ذكر قبلها أن شروط الرجوع عند الشافعية تسعة^(١) :

الأول - كونه في المعاوضة المحضة كالبيع .

الثاني - أن يرجع عقب العلم بالحجر .

الثالث - أن يكون رجوعه بقوله : فسخت البيع ونحوه ، بدون حاجة لحكم حاكم .

الرابع - أن يكون عوضه غير مقبوض ، فإن قبض شيئاً منه ثبت الرجوع فيما يقابل الباقي .

الخامس - أن يكون عدم استيفاء العوض لأجل الإفلاس .

السادس - كون العوض ديناً ، فإن كان عيناً قدم بها على الغرماء .

السابع - حلول الدين .

الثامن - كون المال المبيع باقياً في ملك المفسد .

التاسع - ألا يتعلق بالمال حق لازم ، كرهن صادر من المشتري للشيء .

وقال الحنابلة^(٢) : إنما يستحق البائع الرجوع في السلعة بخمس شرائط ، وزاد في

كشف القناع شرطين آخرين :

أحدها - أن تكون السلعة باقية بعينها ، لم يتلف بعضها ، فإن تلف جزء منها

كتلف ثمرة الشجر المثمر ، لم يكن للبائع الرجوع ، وكان أسوة الغرماء . وقال المالكية

والشافعية : يجوز الرجوع في الباقي ، ويساهم مع الغرماء بحصة التالف . وهذا هو

الشرط الثامن عند الشافعية .

ثانيها - ألا يكون المبيع زاد زيادة متصلة كالسمن والكبر . وقال المالكية

والشافعية : إنها لا تمنع .

(١) مغني المحتاج : ١٦٠/٢ .

(٢) المغني : ٤١٣/٤ ، ٤١٩ ، ٤٣٠ ، ٤٣١ ، ٤٣٤ ، ٤٥٣ ، كشف القناع : ٤١٤/٣ - ٤١٧ .

ثالثها - ألا يكون البائع قبض من ثمنها شيئاً ، فإن كان قد قبض بعض ثمنها سقط الرجوع ، وهذا هو الشرط الرابع عند الشافعية ، فالمذهبان متفقان عليه . وقال المالكية : صاحب السلعة مخير : إن شاء رد ما قبضه ورجع في جميع العين ، وإن شاء ساهم مع الغرماء ولم يرجع .

رابعها - ألا يكون تعلق بها حق الغير ، فإن رهنها المشتري ، أو وهبها ، لم يملك البائع الرجوع ، كما لو باعها . وهذا هو الشرط التاسع عند الشافعية ، ولا خلاف فيه بين الشافعية والحنابلة والمالكية .

خامسها - أن يكون المفلس حياً ، فإن مات ، فالبائع أسوة الغرماء ، سواء علم بفلسه قبل الموت ، فحجر عليه ، ثم مات ، أو مات ، فتبين فلسه . وهذا رأي المالكية أيضاً ، لحديث أبي بكر بن عبد الرحمن : « فإن مات المشتري ، فصاحب المتاع أسوة الغرماء ^(١) » وقال الشافعية : له الفسخ ، واسترجاع العين ، عملاً بحديث أبي هريرة السابق .

سادسها - كون السلعة لم يزل ملك المشتري عنها ببيع أو هبة أو وقف ونحوه .

سابعها - أن يكون البائع حياً إلى وقت الرجوع .

وأما شروط رجوع البائع على المفلس في عين ماله عند المالكية فهي ثلاثة ^(٢) :

أولها - ألا يفديه غمأؤه بثمنه الذي على المفلس ، فإن فدوه بمالهم أو بمال المفلس ، أو ضمنوا له الثمن وهم ثقات ، أو أعطوه كفيلاً ثقة ، لم يأخذه .

ثانيها - أن يمكن أخذه واستيفأؤه ، فإن لم يمكن أخذه كبضع الزوجة

(١) رواه مالك في الموطأ ، وأبو داود ، وهو مرسل ، وقد أسنده أبو داود من وجه ضعيف (نيل الأوطار : ٢٤٢/٥) .

(٢) الشرح الكبير : ٢٨٣/٣ ، الشرح الصغير : ٣٧٤/٣ وما بعدها .

(الاستمتاع بها) فلا يرجع ، فالزوجة إذا فلس زوجها وطلبت صداقها ، ساهمت مع الغرماء ؛ إذ لا يمكن رجوعها في البضع ، ولها الفسخ قبل الدخول إذا أفلس حينئذ^(١) .

الثالثها - أن يبقى عين المال على حاله ، دون أن يتغير أو ينتقل عما كان عليه حين البيع ، فإن تغير ، ساهم صاحب المال مع الغرماء ، فلا يرجع إن طحنت الخنطة أو بذرت أو قليت أو عجت أو خبزت ، أو جعل الزُّبد سمناً ، أو فصل القماش ثوباً ، أو قطع الجلد نعالاً أو ذبح الحيوان ، أو تتمر الرطب (جعله تمرأ) ، أو خلط الشيء بغير مثله ، ولم يتيسر تمييزه ، كخلط عسل بسمن أو زيت ، أو قح جيد بعفن أو مسوس ، أو زيت بنوع آخر من الزيوت .

فإن خلط الشيء بمثله ، أو دبح الجلد ، أو صبغ الثوب ، أو نسج الغزل ، أو تعيب الشيء بأفة سماوية أو بفعل المشتري أو بفعل أجنبي وعاد لهيئته الأولى ، فلصاحبه حق الرجوع وأخذ الشيء .

فإن استمر العيب ، ولم يعد الشيء لهيئته الأولى ، فله أخذه ومشاركة الغرماء بنسبة النقص ، أو تركه ومشاركة الغرماء بجميع الثمن .

د - زيادة المبيع عند المشتري المفلس : إذا زاد المبيع في يد المفلس فهل

لصاحبه حق الرجوع ؟

للزيادة حالات :

الحالة الأولى - الزيادة المتصلة : كالسمن والكبر ، وتعلم الصناعة أو الكتابة

أو القرآن ونحوها ، لاتمتع الرجوع عند المالكية إلا أن يعطيه الغرماء ثمن المبيع ، وعند

(١) هذه مسألة استردادية ، لأن الكلام فيما قبض وحيز قبل الفس . والزوج وهو المبتاع لم يحصل منه قبض للبضع قبل الفس .

الشافعية ، وفي رواية عن أحمد . وتمنع الرجوع في رأي الخريقي الحنبلي ويظهر أنه الرأي الراجح عند الحنابلة لاتفاق كتبهم عليه^(١) .

الحالة الثانية - الزيادة المنفصلة : كالثمرة والولد الحادثين بعد البيع في يد المشتري ، لا تمنع الرجوع باتفاق المذاهب الثلاثة ، ويرجع البائع في الأصل ، دون الزيادة ، فإنها تكون للمشتري ؛ لأن الشارع إنما أثبت لصاحب المال الرجوع في المبيع ذاته ، فيقتصر عليه^(٢) .

الحالة الثانية - الزيادة بسبب الصبغ : إذا اشترى رجل من آخر قماشاً فصبغه بصباغ ما ، ثم أفلس ، لم يمنع الصبغ باتفاق المذاهب الثلاثة . من رجوع البائع بأصل القماش ؛ لأن له حق الرجوع بعين ماله . ويكون المفلس شريكاً لصاحب القماش بما زاد في قيمته ، وتكون الزيادة له^(٣) .

وفي احتمال آخر عند الحنابلة : ألا يكون له الرجوع إذا زادت القيمة ، لأنه اتصل بالمبيع زيادة للمفلس ، فمنعت الرجوع كالسمن .

الحالة الرابعة - الزيادة بالبناء أو الغرس أو الزراعة :

قال المالكية^(٤) : من وجد ماله بعينه عند المفلس ، وقد أحدث زيادة مثل أن تكون أرضاً فبناها أو غرسها ، امتنع عليه الرجوع ، ويساهم مع الغرماء في ماله .

(١) الشرح الكبير ٢٨٢/٣ ، مغني المحتاج : ١٦١/٢ ، المهذب : ٣٢٤/١ ، المغني : ٤١٩/٤ ، كشاف القناع : ٤١٦/٣ ، القوانين الفقهية : ص ٣٢٠ .

(٢) المراجع السابقة ، كشاف القناع : ٤١٨/٣ .

(٣) الشرح الكبير ٢٨٢/٣ ، مغني المحتاج : ١٦٤/٢ ، المهذب : ٣٢٥/١ ، المغني : ٤١٧/٤ ، كشاف القناع : ٤١٨/٣ .

(٤) بداية المجتهد : ٢٨٥/٢ .

وقال الشافعية والحنابلة^(١) : لو اختار البائع الرجوع في الأرض بعد بناء المشتري أو غرس أشجار فيها ، فإن اتفق الغرماء والمفلس على تفريغها من البناء والغرس ، فلهم ذلك ؛ لأن الحق لهم لا يعدوهم ، فإذا تم التفريغ فللبائع الرجوع في أرضه ؛ لأنه وجد متاعه بعينه ، ويجب تسوية الحفر وغرامة أرش النقص من مال المفلس إن نقصت بالقلع ، وإن امتنعوا عن التفريغ ، لم يجبروا ، قيل : وللبائع الرجوع في الأرض ، ويملك البناء والغراس بقيته ، وله أن يقلع ويضمن أرش النقص ؛ لأن مال المفلس مبيع كله ، والضرر يندفع بكل واحد من الأمرين ، كالزيادة بالصنع .

والأرجح عند الشافعية والحنابلة : أنه ليس للبائع الرجوع في الأرض ، ويبقى البناء والغراس للمفلس ، لما في الرجوع من ضرر بالمفلس المشتري والغرماء ، والضرر لا يزال بالضرر ، فالرجوع إنما شرع لدفع الضرر ، فلا يزال ضرر البائع بضرر المفلس والغرماء . وحينئذ يساهم البائع مع الغرماء بالثمن . وبه اتفقت المذاهب الثلاثة على عدم الرجوع في هذه الحالة .

فإن زرع المشتري الأرض ، ثم أفلس ، فيجوز للبائع عند الشافعية^(٢) الرجوع في الأرض ؛ لأنه وجد عين ماله مشغولاً بما ينقل ، كما لو كان المبيع داراً ، وفيها متاع للمشتري . وحينئذ إن استحصد الزرع ، وجب نقله ، وإن لم يستحصد ، جاز تركه إلى أوان الحصاد ، من غير أجره ؛ لأن المشتري زرع في أرضه ، فإذا زال الملك ، جاز ترك الزرع إلى أوان الحصاد ، من غير أجره ، كما لو زرع أرضه ، ثم باع الأرض .

هـ - تغيير المبيع بطحن الحنطة أو غزل الصوف ونحوهما :

إن اشترى شخص حنطة فطحنها ، أو زرعها ، أو دقيقاً فخبزه ، أو زيتاً فعمله

(١) مغني المحتاج : ١٦٢/٢ وما بعدها ، المهذب : ٣٢٥/١ ، المغني : ٤٢٦/٤ وما بعدها ، كشاف

القناع : ٤٢٧/٢ .

(٢) المهذب : ٣٢٦/١ .

صابوناً ، أو ثوباً قماشاً فقطعه قميصاً ، أو غزلاً ففسجه ثوباً ، أو خشباً فنجره أبواباً ، أو شريطاً فعمله إبراً ، أو شيئاً عمل به ما أزال اسمه ، ثم أفلس ، سقط حق الرجوع للبائع باتفاق المذاهب الثلاثة على الأظهر عند الشافعية إن زادت القيمة . فإن لم تزد القيمة رجع البائع ، ولا شيء للمفلس^(١) .

و- خلط المبيع بغيره :

إذا اشترى شخص زيتاً فخلطه بزيت آخر ، أو قحماً فخلطه بما لا يمكن تمييزه منه ، سقط حق الرجوع باتفاق المذاهب الثلاثة . لكن قال المالكية : إن خلط الشيء بمثله ، فله حق الرجوع ، وقال الشافعية : إن خلط المبيع بمثله أو دونه ، فللبائع أخذ قدر المبيع من المخلوط ، وإن خلطه بأجود منه ، فلا رجوع في المخلوط في الأظهر ، بل يضارب مع الغرماء بالثلث^(٢) .

ز- نقص المبيع : إذا نقصت مالية المبيع لذهاب صفة مع بقاء عينه ، أو عيب ، كهزال ، أو مرض ، أو بلى ثوب ، لم يمنع الرجوع باتفاق المذاهب الثلاثة ؛ لأن فقد الصفة لا يخرج عن كونه عين ماله ، لكن البائع عند الشافعية والحنابلة يتخير بين أخذه ناقصاً بجميع حقه ، وبين أن يساهم مع الغرماء بجميع الثمن ؛ لأن الثمن لا يتقسط على صفة السلعة من هزال أو غيره ، فيصير كنقصه بسبب تغير الأسعار .

ويتخير البائع عند المالكية بين أخذه ومشاركة الغرماء بنسبة النقص ، أو تركه ومشاركة الغرماء بجميع الثمن . وهو مذهب الشافعية أيضاً فيما إذا كان إتلاف بعض الشيء من أجنبي^(٣) .

(١) الشرح الكبير : ٢٨٢/٣ ، الشرح الصغير : ٣٧٤/٣ ، مغني المحتاج : ١٦٣/٢ ، المهذب : ٣٢٥/١ ،

المغني : ٤١٦/٤ .

(٢) الشرح الكبير ، والصغير ، ومغني المحتاج : المكان السابق ، المغني : ٤١٥/٤ ، المهذب : ٣٢٦/١ .

(٣) الشرح الكبير والصغير ، المكان السابق ، المهذب : ٣٢٤/١ ، المغني : ٤١٤/٤ ، القوانين الفقهية : ص ٣٢٠ .

المبحث الثالث - رفع الحجر عن المحجورين :

من المقرر شرعاً أن الحكم يدور مع سببه أو علته وجوداً وعدمياً ، وبما أن الحجر كان لسبب ، فإذا زال سبب الحجر ، زال مسببه الذي بني عليه ، وهو الحجر ، وقد بينا الحكم في بحث أثر الحجر في المحجورين ونوجزه هنا .

فيرتفع الحجر عن السففيه إذا ظهر رشده وأمارات حرصه على ماله ، ولكن لا بد في الراجح عند الفقهاء ، خلافاً لمحمد بن الحسن وابن القاسم كما بينا في السفه ، من قرار القاضي برفع الحجر ؛ لأن ما ثبت بحكم القاضي لا يزول إلا بحكم آخر . كذلك يرفع الحجر عن المغفل إذا ظهرت خبرته ، واهتدى إلى حسن التصرف . عن طريق حكم القاضي ، على الخلاف السابق في السفيه .

ويرفع الحجر عن المجنون بدون حكم القاضي باتفاق إذا شفي وعاد إليه عقله . ومثله المعتوه إذا اكتملت قواه العقلية وزال تخبطه في الكلام .

وأما الصغير : فإن كان غير مميز فيرفع الحجر عن بعض تصرفاته عند الحنفية والمالكية بإتمام سن السابعة . وإن كان مميزاً فيرفع الحجر عنه شيئاً^(١) :

أحدهما - عند الجمهور غير الشافعية : وهو إذن الولي إياه بالتجارة ، والإذن بالتجارة يزول الحجر عن التصرفات الدائرة بين الضرر والنفع . وعند الشافعية : لا يزول الحجر عن المميز ولو بالإذن بالتجارة .

الثاني - بلوغه عاقلاً رشيداً من غير حاجة إلى ترشيد ولي أو حكم من القاضي عند الجمهور غير المالكية .

وقال المالكية : الصغير ذو الأب : يزول الحجر عنه ببلوغه رشيداً بغير حكم

(١) البدائع : ١٧١/٧ ، المغني : ٤٥٧/٤ .

الحاكم. فإن كان عليه وصي من الأب، فيزول حجره بترشيد منه من غير إذن الحاكم، وإن كان وصيه من القاضي، فيزول حجره بترشيده، بإذن القاضي في رأي ابن جزى المالكي، وأما ما ذكره الدردير في الشرح الكبير والصغير فلا يحتاج الوصي مطلقاً في ترشيده إلى إذن القاضي، وما ذكره الدردير أرجح. والترشيد: أن يقول الوصي أمام العدول: اشهدوا أنني فككت الحجر عن فلان، وأطلقت له التصرف، لما قام عندي من رشده وحسن تصرفه.

وللقاضي ترشيد المحجور إذا ثبت عنده رشده، سواء كان بوصي أو بغير وصي.

والأثني تظل في ولاية أبيها في مشهور المذهب حتى تتزوج ويدخل بها زوجها، ويونس رشدها، أو يشهد العدول بحفظ مالها، أو يرشدها أبوها قبل الدخول أو بعده، أو وصيها المختار بعد الدخول. وليس لوصي القاضي ترشيدها مطلقاً إلا بشهادة البينة برشدها، كما بينا في بحث حجر الصغير.

وأما المفلس إذا قسم ماله بين الغرماء، فهل ينفك عنه الحجر بالقسمة، أو يحتاج إلى حكم القاضي بفك الحجر؟

ذكر الشافعية والحنابلة^(١) فيه وجهين:

أحدهما - يزول الحجر، بقسمة مال المفلس؛ لأن المعنى الذي لأجله حجر عليه قد زال، فزال الحجر تبعاً له، كزوال حجر المجنون لزوال جنونه.

والثاني - لا يزول إلا بحكم الحاكم؛ لأنه حجر ثبت بالحكم، فلم يزل إلا بالحكم، كالحجر على المبذر. ويختلف حكمه عن المجنون؛ لأن حجره ثبت بنفسه فزال بزواله.

وفي تقديري: أنه ينبغي أن يتضمن حكم القاضي بحجر المفلس تحديد غاية

(١) المهذب: ٣٢٧/١، المغني: ٤٤٩/٤.

معينة للحجر، وهي أن يتم تصفية أموال المفلس، فإذا تحقق الهدف، زال أثر الحجر تلقائياً بدون حاجة لحكم القاضي .

المبحث الرابع - تعلق الدين بالتركة :

ههنا أمور ثلاثة :

أ- هل تحمل الديون المؤجلة بالموت ؟ يرى جمهور العلماء ومنهم أئمة المذاهب^(١) أن الديون المؤجلة تحمل بالموت، كما تحمل عند الحنفية والمالكية خلافاً لغيرهم بالتفليس . قال الزهري : مضت السنة بأن دينه قد حل حين مات^(٢) . وحجته أن الله تبارك وتعالى لم يبيح التوارث إلا بعد قضاء الدين .

وإذا لم يحل الدين بالموت، فلا يخلو إما أن يبقى في ذمة الميت، أو الورثة، أو يتعلق بالمال : لا يجوز بقاءه في ذمة الميت لخراها وتعذر مطالبته بها، ولا في ذمة الورثة ؛ لأنهم لم يلتزموا الدين، ولا رضي صاحب الدين بذمهم، وهي مختلفة متباينة، ولا يجوز تعلق الدين بأعيان أموال التركة، أو تأجيله ؛ لأنه ضرر بالميت، وصاحب الدين، ولا نفع للورثة فيه . أما إضرار الميت فلأن ذمته تظل مشغولة بالدين حتى يوفى عنه لحديث « نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه »^(٣) . وأما إضرار صاحب الدين (الدائن) فيتأخر حقه، وقد تتلف العين، فيسقط حقه، وأما إضرار الورثة فإنهم لا ينتفعون بأعيان التركة ولا يتصرفون فيها .

ولأن الموت ما جعل مبطلاً للحقوق، وإنما هو ميقات للخلافة وعلامة على الوراثة، وقد قال النبي ﷺ : « من ترك حقاً أو مالاً فلورثته »^(٤) .

(١) بداية المجتهد : ٢٨٢/٢ ، المغني : ٤٣٥/٤ ، المهذب : ٣٢٧/١ .

(٢) يدل له ما روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال : « إذا مات الرجل وله دين إلى أجل، وعليه دين إلى أجل، فالذي عليه حال، والذي له إلى أجله » (المهذب : ٣٢٧/١) .

(٣) رواه أحمد والترمذي وابن ماجه والحاكم عن أبي هريرة، وهو حديث صحيح .

(٤) رواه أحمد وابن ماجه عن أبي كريمة (الجامع الكبير : ١٧٨/٣) .

٢- **كيفية تعلق الدين بالتركة** : يرى أغلب العلماء^(١) أن الدين يبقى في ذمة الميت كما كان ، ويتعلق بعين ماله كتعلق حقوق الغرماء بمال المفلس عند الحجر عليه ، أو كتعلق الدين بالمرهون ؛ لأنه أحوط للميت ، إذ يتمتع على الورثة تصرفهم بأموال التركة قبل قضاء الديون . والأصح عند الشافعية أنه يستوي الدين المستغرق وغيره في رهن التركة ، فلا ينفذ تصرف الوارث في شيء منها .

وبناء عليه لو باع رجل سلعة ثم مات المشتري قبل أداء الثمن ، يكون البائع أحق بسلعته عند الشافعية ، كما في حال الإفلاس . ودليلهم رواية ابن أبي ذئب بسنده عن أبي هريرة ، قال : قال رسول الله ﷺ : « أيما رجل مات ، أو أفلس ، فصاحب المتاع أحق به » .

وقال الحنابلة والحنفية والمالكية^(٢) : صاحب المتاع أسوة الغرماء بدليل رواية أبي بكر بن عبد الرحمن عن أبي هريرة ، ومعناها « أيما رجل مات أو أفلس ، فوجد بعض غرمائه ماله بعينه ، فصاحب المتاع أسوة الغرماء » .

٣- هل يمنع الدين نقل التركة إلى الورثة ؟

هناك رأيان عند الشافعية والحنابلة^(٣) ، الصحيح منها : أن تعلق الدين بالتركة لا يمنع الإرث ؛ لأن تعلقه بها لا يزيد على تعلق حق المرتهن بالمرهون ، وحق الدائن بمال المفلس ، وحق الجاني عليه بمال الجاني ، وهو كله لا يزيل الملك في حق الراهن والمفلس والجاني ، فلا يمنع تعلق الدين بالتركة من نقل الملك إلى الورثة .

(١) شرح السراجية : ص ٤ وما بعدها ، بداية المجتهد : ٢/٢٨٤ ، القوانين الفقهية : ص ٣١٩ وما بعدها ، مغني

المحتاج : ٢/١٤٤ وما بعدها ، المغني ٤/٤٣٦ ، المهذب : ١/٣٢٧ .

(٢) هذا ما ذكره ابن رشد في بداية المجتهد ، إذ فرق بين الإفلاس والموت ، ففي الأول : صاحب المتاع أحق وفي الثاني : هو أسوة الغرماء . وأما صاحب القوانين فقد سوى بينهما في حالة كون السلعة باقية ، فإن تلفت فصاحب المتاع أسوة الغرماء .

(٣) مغني المحتاج : ٢/١٤٥ وما بعدها ، المهذب : ١/٣٢٧ ، المغني : ٤/٤٣٧ .

فلو تصرف الورثة بالتركة ببيع أو غيره ، صح تصرفهم ، ولزمهم أداء الدين ، فإن تعذر وفاؤه فسخ تصرفهم . وتكون زوائد التركة كالنتاج أو الولد من حق الورثة ؛ لأنها حدثت في ملكهم . ولو تصرف الوارث ولم يكن هناك دين ، ثم طرأ دين برد مبيع معيب ، فيظل التصرف في الأصح نافذاً ، لكن إن لم يقض الدين ، فسخ تصرفه ، ليصل المستحق إلى حقه .

وَالْإِخْلَافُ فِي أَنْ لِلْمُورِثِ إِسْكَاتَ عَيْنِ التَّرِكَةِ وَقَضَاءَ الدَّيْنِ مِنْ مَالِهِ ؛ لِأَنَّهُ خَلِيفَةُ الْمُورِثِ ، وَالْمُورِثُ كَانَ لَهُ مَا ذَكَرَ .

وإذا قسم مال الميت أو مال المفلس بين الغرماء ، ثم ظهر غريم آخر ، رجع على الغرماء ، وشاركهم فيما أخذوه على قدر دينه ؛ لأن القسمة كانت بحكم الظاهر أنه لا غريم له غيرهم ، فإذا بان خلاف الظاهر ، وجب نقض القسمة .

وَالرَّأْيُ الثَّانِي الْمَرْجُوحُ : أَنَّ الدَّيْنَ يَمْنَعُ نَقْلَ التَّرِكَةِ إِلَى الْوَرِثَةِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دِينَ ﴾ أَي مِنْ بَعْدِ إِعْطَاءِ وَصِيَّةٍ أَوْ إِيفَاءِ دَيْنٍ إِنْ وَجَدَ ، فَجَعَلَ التَّرِكَةَ لِلْمُورِثِ مِنْ بَعْدِ الدَّيْنِ وَالْوَصِيَّةِ ، فَلَا يَثْبِتُ لَهُمُ الْمَلِكُ قَبْلَهُمَا . فَلَوْ تَصَرَّفَ الْوَرِثَةُ لَمْ يَصِحْ تَصَرُّفُهُمْ ؛ لِأَنَّهُمْ تَصَرَّفُوا فِي غَيْرِ مَلِكِهِمْ إِلَّا أَنْ يَأْذَنَ الْغُرْمَاءُ لَهُمْ .

القسم الرابع

الملكية وتوابعها

يتضمن هذا القسم بحث الملكية في باين : الباب الأول - الملكية ، وفيها تمهيد وستة فصول هي :

الفصل الأول - تعريف الملكية والملك .

الفصل الثاني - قابلية المال للتملك وعدمها .

الفصل الثالث - أنواع الملك .

الفصل الرابع - أنواع الملك الناقص .

الفصل الخامس - أسباب الملك التام .

الفصل السادس - طبيعة الملكية أو هل الملكية الفردية في تشريع الإسلام

مطلقة أم مقيدة ؟

وأما الباب الثاني : فهو توابع الملكية ونبحثها في اثني عشر فصلاً ، نذكرها بعد

التمهيد التالي :

تمهيد

إن الملكية وخصائصها من أخطر ما يقوم عليه النظام الاقتصادي في الماضي والحاضر، وهي محور الخلاف بين النظامين العالميين المعاصرين: النظام الرأسمالي والنظام الاشتراكي، لذا كان بحث الملكية وتوابعها من القضايا المهمة التي تشغل العالم.

وسيجد الباحث أن هناك كثيراً من أوجه الالتقاء والشبه بين الأنظمة الحالية في أهدافها السامية وبين النظام الإسلامي في تنظيم الملكية، على نحو يحقق مصلحة الفرد والجماعة، أو مصلحة الشعب والدولة، وبذلك انحلت عقدة الصراع على قضية الملكية بما كفله الإسلام من صون مبدأ التملك، ولكن مع تقييده بقيود شديدة ومتعددة لتحقيق مصلحة الجماعة، وتطويره بوازع الدين الحارس الأمين لكل مصلحة عامة، والدافع القوي للمساهمة في دعم الصالح العام.

كما سيجد الباحث مع ملاحظة اختلاف وجهات النظر الفقهية: أن الأموال العامة كاللفظ والمعادن هي حق للجماعة ممثلة بالدولة، كما أن كثيراً من الأحكام الفقهية القديمة مأخوذ به فعلاً في التقنيات الوضعية الحديثة، سواء في ميدان العقود أم في حالة الاعتداء على الأموال، وضمان المتلفات على أساس من العدالة والمساواة بين الضرر والتعويض، ورعاية حق الملكية، والدفاع عن المقدسات من نفس ومال وعرض. وهو كله دليل على سمو النظرية الإسلامية وعدالتها في التطبيق. والله الموفق إلى سواء السبيل.

هذا وقد سبق في النظريات الفقهية بحث الملكية: تعريفها، أسبابها، أنواعها، ولا بأس من إعادة بحثها هنا بنحو أشمل، مع بحث طبيعة الملكية أو هل

الملكية الفردية في الإسلام مطلقة أم مقيدة؟ ثم نبحت ما يتعلق بها، وهو ما يأتي في الفصول الاثنتي عشرة الآتية، وهي موضوع الباب الثاني.

الفصل الأول - أحكام الأراضي

الفصل الثاني - إحياء الموات

الفصل الثالث - أحكام المعادن والحجر والإقطاع

الفصل الرابع - حقوق الارتفاق

الفصل الخامس - عقود استثمار الأرض - المزارعة، المساقاة، المغارسة

الفصل السادس - اتفاق القسمة

الفصل السابع - الغصب والإتلاف

الفصل الثامن - دفع الصائل

الفصل التاسع - اللقطة واللقيط

الفصل العاشر - المفقود

الفصل الحادي عشر - السبق

الفصل الثاني عشر - الشفعة

الباب الأول الملكية وخصائضها

فيها ستة فصول نبثها تباعاً وهي ما يأتي :

الفصل الأول - تعريف الملكية والملك :

الملكية أو الملك : علاقة بين الإنسان والمال أقرها الشرع^(١) تجعله مختصاً به ، ويتصرف فيه بكل التصرفات ما لم يوجد مانع من التصرف .

والملك كما يطلق على هذه العلاقة ، يطلق أيضاً على الشيء المملوك ، تقول : هذا الشيء ملكي أي مملوك لي . وهذا المعنى هو المقصود في تعريف المجلة (م ١٢٥) للملك : بأنه ما ملكه الإنسان ، سواء أكان أعياناً أم منافع . وبهذا المعنى يفهم قول الحنفية : إن المنافع والحقوق ملك وليست بمال .

وبناء عليه فالملك أعم من المال عندهم .

والملك في اللغة : هو حيازة الإنسان للمال والاستبداد به ، أي الانفراد بالتصرف فيه . وقد عرف الفقهاء الملك بتعاريف متقاربة مضمونها واحد^(٢) ، ولعل أفضلها هو ما يأتي :

الملك : اختصاص بالشيء يمنع الغير منه ، ويمكن صاحبه من التصرف فيه ابتداء إلا لمانع شرعي .

فإذا حاز الشخص مالاً بطريق مشروع أصبح مختصاً به ، واختصاصه به يمكنه

(١) حق الملكية وغيره لا يثبت إلا بإقرار الشرع واعترافه به ، لأن الشرع هو مصدر الحقوق ، وليس الحق في الشريعة حقاً طبيعياً ، وإنما هو منحة إلهية منحها الخالق للأفراد وفقاً لمصلحة الجماعة .

(٢) راجع فتح القدير : ٧٤/٥ ، الفروق للقرافي : ٢٠٨/٣ وما بعدها .

من الانتفاع به والتصرف فيه إلا إذا وجد مانع شرعي يمنع من ذلك كالجنون أو العته أو السفه أو الصغر ونحوها . كما أن اختصاصه به يمنع الغير من الانتفاع به أو التصرف فيه إلا إذا وجد مسوغ شرعي يبيح له ذلك كولاية أو وصاية أو وكالة .

وتصرف الولي أو الوصي أو الوكيل لم يثبت له ابتداءً ، وإنما بطريق النيابة الشرعية عن غيره ، فيكون القاصر أو المجنون ونحوهما هو المالك ، إلا أنه ممنوع من التصرف بسبب نقص أهليته أو فقدانها ، ويعود له الحق بالتصرف عند زوال المانع أو العارض .

الفصل الثاني - قابلية المال للتملك وعدمها :

المال في الأصل قابل بطبيعته للتملك ، لكن قد يعرض له عارض يجعله غير قابل في كل الأحوال أو في بعضها للتملك ، فيتنوع المال بالنسبة لقابليته للتملك إلى ثلاثة أنواع :

١- ما لا يقبل التملك ولا التملك بحال : وهو ما خصص للنفع العام كالطرق العامة والجسور والحصون والسكك الحديدية والأنهار والمتاحف والمكتبات العامة والحدائق العامة ونحوها . فهذه الأشياء غير قابلة للتملك لتخصيصها للمنافع العامة . فإذا زالت عنها تلك الصفة عادت لحالتها الأصلية ، وهي قابلية التملك ، فالطريق إذا استغني عنه أو ألغي جاز تملكه .

٢- ما لا يقبل التملك إلا بمسوغ شرعي : كالأموال الموقوفة وأملاك بيت المال ، أي الأموال الحرة في عرف القانونيين . فالمال الموقوف لا يباع ولا يوهب إلا إذا تهدم أو أصبحت نفقاته أكثر من إيراده ، فيجوز للمحكمة الإذن باستبداله^(١) .

(١) أجاز الحنفية الاستبدال بالموقوف أرضاً للحاجة والملحة ، فقالوا : يجوز للقاضي التزيه العدل الإذن باستبدال الوقف ، بشرط أن يخرج عن الانتفاع بالكلية ، وأن لا يكون هناك ريع للوقف يعمر به ، وأن لا يكون البيع بفن فاحش ، وأن يستبدل بعقار لا بدراهم ودنانير (الدر المختار ورد المختار : ٤٢٥/٣) .

وأملك بيت المال (أو وزارة المالية، أو الحكومة) لا يصح بيعها إلا برأي الحكومة لضرورة أو مصلحة راجحة، كالحاجة إلى ثمنها، أو الرغبة فيها بضعف الثمن ونحوها؛ لأن أموال الدولة كأموال اليتيم عند الوصي لا يتصرف فيها إلا للحاجة أو المصلحة، قال الخليفة عمر رضي الله عنه :

«أنزلت نفسي من بيت مال المسلمين بمنزلة وصي اليتيم» .

٣- ما يجوز تملكه وتمليكه مطلقاً بدون قيد : وهو ما عدا النوعين

السابقين .

الفصل الثالث - أنواع الملك :

الملك إما تام أو ناقص .

فالملك التام : هو ملك ذات الشيء (رقبته) ومنفعته معاً، بحيث يثبت للمالك جميع الحقوق المشروعة .

ومن أهم خصائصه : أنه ملك مطلق دائم لا يتقيد بزمان محدود ما دام الشيء محل الملك قائماً، ولا يقبل الإسقاط (أي جعل الشيء بلا مالك) ، فلو غصب شخص عينا مملوكة لآخر، فقال المالك المغصوب منه : أسقطت ملكي، فلا تسقط ملكيته ويبقى الشيء ملكاً له، وإنما يقبل النقل، إذ لا يجوز أن يكون الشيء بلا مالك . وطريق النقل إما العقد الناقل للملكية كالبيع، أو الميراث أو الوصية .

ويمنح صاحبه الصلاحيات التامة من حرية الاستعمال والاستثمار والتصرف فيما يملك كما يشاء، فله البيع أو الهبة أو الوقف أو الوصية، كما له الإعارة والإجارة؛ لأنه يملك ذات العين والمنفعة معاً، فله التصرف بهما معاً، أو بالمنفعة فقط .

وإذا أتلف المالك ما يملكه لا ضمان عليه، إذ لا يتصور مالك وضامن في شخص

واحد، لكن يؤاخذ ديانة؛ لأن إتلاف المال حرام، وقد يؤاخذ قضاء، فيحجر عليه إذا ثبت سفهه.

والمملك الناقص: هو ملك العين وحدها، أو المنفعة وحدها. ويسمى ملك المنفعة حق الانتفاع. وملك المنفعة قد يكون حقاً شخصياً للمنتفع أي يتبع شخصه لا العين المملوكة، كالموصى له بمنفعة شيء مدة حياته، وقد يكون حقاً عينياً، أي تابعاً للعين دائماً، بقطع النظر عن الشخص المنتفع؛ وهذا يسمى حق الارتفاق، ولا يكون إلا في العقار.

الفصل الرابع - أنواع المملك الناقص

وبناء عليه يكون المملك الناقص ثلاثة أنواع:

١ - ملك العين فقط:

وهو أن تكون العين (الرقبة) مملوكة لشخص، ومنافعها مملوكة لشخص آخر، كأن يوصي شخص لآخر بسكنى داره أو بزراعة أرضه مدة حياته، أو مدة ثلاث سنوات مثلاً، فإذا مات الموصي وقبل الموصى له، كانت عين الدار ملكاً لورثة الموصي بالإرث، وللموصى له ملك المنفعة مدة حياته أو المدة المحددة. فإذا انتهت المدة صارت المنفعة ملكاً لورثة الموصي، فتعود ملكيتهم تامة.

وفي هذه الحالة: ليس للمالك العين الانتفاع بها ولا التصرف بمنفعتها، أو بالعين، ويجب عليه تسليم العين للمنتفع ليستوفي حقه من منافعها، فإذا امتنع أجبر على ذلك.

وبه يظهر أن ملكية العين فقط تكون دائمة، وتنتهي دائماً إلى ملكية تامة، وملكية المنافع تكون مؤقتة لا دائماً؛ لأن المنافع لا تورث عند الحنفية.

٢- ملك المنفعة الشخصي أو حق الانتفاع^(١) :

هناك أسباب خمسة لملك المنفعة : وهي الإعارة والإجارة ، والوقف والوصية ، والإباحة .

أما الإعارة : فهي عند جمهور الحنفية والمالكية : تملك المنفعة بغير عوض . فللمستعير أن ينتفع بنفسه ، وله إعارة الشيء لغيره ، لكن ليس له إجارته ؛ لأن الإعارة عقد غير لازم (يجوز الرجوع عنه في أي وقت) ، والإجارة عقد لازم ، والضعيف لا يتحمل الأقوى منه ، وفي إجارة المستعار إضرار بالمالك الأصلي .

وعند الشافعية والحنابلة : هي إباحة المنفعة بلا عوض . فليس للمستعير إعارة المستعار إلى غيره .

وأما الإجارة : فهي تملك المنفعة بعوض . وللمستأجر استيفاء المنفعة بنفسه ، أو بغيره مجاناً أو بعوض إذا لم تختلف المنفعة باختلاف المنتفعين ، حتى ولو شرط المؤجر على المستأجر الانتفاع بنفسه . فإن اختلف نوع المنفعة كان لا بد من إذن المالك المؤجر .

(١) يرى الحنفية : أنه لا فرق بين ملك المنفعة وحق الانتفاع ، وهما شيء واحد . فللمنتفع أن ينتفع بنفسه ، أو أن يملك غيره المنفعة ، إلا إذا وجد مانع صريح من قبل مالك العين ، أو وجد مانع يقتضيه العرف والعادة ، فمن وقف داره لسكنى الطلاب الغرباء كان للطالب حق السكنى فقط ، وحق الانتفاع بالمرافق العامة كالمدارس والجامعات والمشافي مقيد بالمنتفع فقط ، وليس له تملك غيره . وهذا الرأي هو المعمول به قانوناً . وقال المالكية : هناك فرق بين ملك المنفعة وحق الانتفاع . فملك المنفعة اختصاص يكسب صاحبه أن ينتفع بنفسه ، وأن يملكها لغيره بعوض أو بغير عوض . وأما حق الانتفاع : فهو مجرد رخصة بالانتفاع الشخصي بناء على إذن عام كحق الانتفاع بالمنافع العامة كالطرق والأنهار والمدارس والمصحات وغيرها ، أو إذن خاص كحق الانتفاع بملك شخص أذن له به ، كركوب سيارته ، والمبيت في منزله ، وقراءة كتبه ، ونحو ذلك . فليس للمنتفع أن يملك المنفعة لغيره ، فتملك الانتفاع : هو أن يباشر المنتفع بنفسه ، وتمليك المنفعة أعم وأشمل ، فيباشر بنفسه ويمكن غيره من الانتفاع بعوض كالإجارة ، وبغير عوض كالإعارة . (راجع الفروق للقرافي : ١٨٧/١ ، الفرق ٣٠) .

وأما الوقف : فهو حبس العين عن تملكها لأحد من الناس وصرف منفعتها إلى الموقوف عليه . فالوقف يفيد تملك المنفعة للموقوف عليه ، وله استيفاء المنفعة بنفسه ، أو بغيره إن أجاز له الواقف الاستثمار ، فإن نص على عدم الاستغلال ، أو منعه العرف منه ، فليس له الاستغلال .

وأما الوصية بالمنفعة : فهي تفيد ملك المنفعة فقط في الموصى به ، وله استيفاء المنفعة بنفسه ، أو بغيره بعوض أو بغير عوض إن أجاز له الموصي الاستغلال .

وأما الإباحة : فهي الإذن باستهلاك الشيء أو باستعماله ، كالإذن بتناول الطعام أو الثأر ، والإذن العام بالانتفاع بالمنافع العامة كالمروور في الطرقات والجلوس في الحدائق ودخول المدارس والمشافي . والإذن الخاص باستعمال ملك شخص معين كركوب سيارته ، أو السكن في داره .

وسواء أكانت الإباحة مفيدة ملك الانتفاع بالشيء بالفعل أو بإحرازه كما يرى الحنفية ، أم مجرد الانتفاع الشخصي كما يرى المالكية ، فإن الفقهاء متفقون على أنه ليس للمنتفع إنابة غيره في الانتفاع بالمباح له ، لا بالإعارة ولا بالإباحة لغيره .

والفرق بين الإباحة والملك هو :

أن الملك يكسب صاحبه حق التصرف في الشيء المملوك ما لم يوجد مانع . أما الإباحة : فهي حق الإنسان بأن ينتفع بنفسه بشيء بموجب إذن . والإذن قد يكون من المالك كركوب سيارته ، أو من الشرع كالانتفاع بالمرافق العامة ، من طرقات وأنهار ومراعي ونحوها .

فالمباح له الشيء لا يملكه ولا يملك منفعته ، بعكس المملوك .

خصائص حق المنفعة أو الانتفاع الشخصي :

يتميز الملك الناقص أو حق المنفعة الشخصي بخصائص أهمها ما يأتي :

١ - يقبل الملك الناقص التقييد بالزمان والمكان والصفة عند إنشائه ، بعكس الملك التام ، فيجوز لمن يعير سيارته لغيره أو يوصي بمنفعة داره أن يقيد المنتفع بمدة معينة كشهر مثلاً ، وبمكان معين كالركوب في المدينة لا في الصحراء ، وأن يركبها بنفسه لا بغيره .

٢ - عدم قبول التوارث عند الحنفية خلافاً لجمهور الفقهاء : فلا تورث المنفعة عند الحنفية ؛ لأن الإرث يكون للمال الموجود عند الموت ، والمنافع لا تعتبر مالاً عندهم كما بينا .

أما عند غير الحنفية فتورث المنافع في المدة الباقية ؛ لأن المنافع عندهم أموال كما أوضحنا ، فتورث كغيرها من الأموال ، فمن أوصى لغيره بسكنى داره مدة معلومة ، ثم مات قبل انتهاء هذه المدة ، فلورثته الحق بسكنى الدار إلى نهاية المدة . وهذا هو الراجح ؛ لأن المنفعة مال .

٣ - لصاحب حق المنفعة تسلم العين المنتفع بها ولو جبراً عن مالكها . ومتى تسلمها تكون أمانة في يده ، فيحافظ عليها كما يحافظ على ملكه الخاص ، وإذا هلكت أو تعيبت لا يضمنها إلا بالتعدي أو بالتقصير في حفظها . وما عدا ذلك لا ضمان عليه .

٤ - على المنتفع ما تحتاجه العين من نفقات إذا كان انتفاعه بها مجاناً ، كما في الإعارة . فإن كان الانتفاع بعوض كما في الإجارة فعلى مالك العين نفقاتها .

٥ - على المنتفع بعد استيفاء منفعته تسليم العين إلى مالكها متى طلبها إلا إذا تضرر المنتفع ، كما إذا لم يحن وقت حصاد الزرع في أرض مستأجرة أو مستعارة ، فله إبقاء الأرض بيده حتى موسم الحصاد ، ولكن بشرط دفع أجر المثل .

انتهاء حق المنفعة :

حق المنفعة حق مؤقت كما عرفنا ، فينتهي بأحد الأمور التالية :

١ - انتهاء مدة الانتفاع المحددة .

٢ - هلاك العين المنتفع بها أو تعيينها بعيب لا يمكن فيه معه استيفاء المنفعة .
كانهدم دار السكنى ، أو صيرورة أرض الزراعة سبخة أو مالحة . فإن حصل ذلك بتعدي مالك العين ضمن عيناً أخرى ، كالموصى له بركوب سيارة ثم عطلها ، فعليه تقديم سيارة أخرى .

٣ - وفاة المنتفع عند الحنفية ؛ لأن المنافع لا تورث عندهم .

٤ - وفاة مالك العين إذا كانت المنفعة من طريق الإعارة أو الإجارة ؛ لأن الإعارة عقد تبرع ، وهو ينتهي بموت المتبرع ، ولأن ملكية المأجور تنتقل إلى ورثة المؤجر ، وهذا عند الحنفية ، وقال الشافعية والحنابلة : الإعارة عقد غير لازم فيجوز للمعير أو لورثته الرجوع عنها ، سواء أكانت مطلقة أم مؤقتة . وقال المالكية : الإعارة المؤقتة عقد لازم ، فمن أعار دابة إلى موضع كذا ، لم يجوز له أخذها قبل ذلك ، وإلا لزمه إبقاؤها قدر ما ينتفع بالمستعار الانتفاع المعتاد .

وبه يتبين أن الجمهور يقولون : إن الإعارة لا تنتهي بموت المعير أو المستعير ، وكذلك الإجارة لا تنتهي بموت أحد العاقدين ؛ لأنها عقد لازم كالبيع .

أما إذا كانت المنفعة من طريق الوصية أو الوقف ، فلا ينتهي حق المنفعة بموت الموصي ؛ لأن الوصية تبدأ بعد موته ، ولا بموت الواقف ؛ لأن الوقف إما مؤبد ، أو مؤقت فيتقيد بانتهاء مدته .

٣ - ملك المنفعة العيني أو حق الارتفاق :

حق الارتفاق : هو حق مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر ، مملوك لغير مالك العقار الأول . وهو حق دائم يبقى ما بقي العقاران ، دون نظر إلى المالك ، مثل حق الشرب ، وحق المجرى وحق المسيل ، وحق المرور ، وحق الجوار ، وحق العلو .

أما حق الشرب : فهو النصيب المستحق من الماء لسقي الزرع والشجر ، أو نوبة الانتفاع بالماء لمدة معينة لسقي الأرض .

ويلحق به حق الشفة : وهو حق شرب الإنسان والدواب والاستعمال المنزلي .
وسمي بذلك ؛ لأن الشرب يكون عادة بالشفة .

والماء بالنسبة لهذا الحق أربعة أنواع^(١) :

أ- ماء الأنهار العامة كالنيل ودجلة والفرات ونحوها من الأنهار العظيمة : لكل واحد الانتفاع به ، لنفسه ودوابه وأراضيه ، بشرط عدم الإضرار بالغير لحديث : « الناس شركاء في ثلاث : الماء والكلاء والنار » وحديث : « لا ضرر ولا ضرار » .

ب- ماء الجداول والأنهار الخاصة ، المملوكة لشخص : لكل إنسان حق الشفة منه ، لنفسه ودوابه ، وليس لغير مالكة سقي أراضيه إلا بإذن مالك المجرى .

ج- ماء العيون والآبار والحياض ونحوها المملوكة لشخص : يثبت فيها كالنوع الثاني حق الشفة دون حق الشرب . فإن أبي صاحب الماء ، ومنع الناس من الاستقاء لأنفسهم ودوابهم ، كان لهم قتاله حتى ينالوا حاجتهم ، إذا لم يجدوا ماء قريباً آخر .

د- الماء المحرز في أوان خاصة : كالجرار والصهاريج ، لا يثبت لأحد حق الانتفاع به بأي وجه إلا برضا صاحب الماء ؛ لأن الرسول عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الماء إلا ما حمل منه . لكن المضطر إلى هذا الماء الذي يخاف على نفسه الهلاك من العطش ، له أخذ ما يحتاجه منه ، ولو بالقوة ليدفع عن نفسه الهلاك ، ولكن مع دفع قيمته ؛ لأن « الاضطرار لا يبطل حق الغير » .

وحق المجرى : هو حق صاحب الأرض البعيدة عن مجرى الماء في إجراءاته من

(١) البدائع : ١٨٨/٦ وما بعدها ، تكللة فتح القدير : ١٤٤/٨ ، القوانين الفقهية : ص ٣٢٩ ، نهاية المحتاج : ٢٥٥/٤ ، المغني : ٥٣١/٥ .

ملك جاره إلى أرضه لسقيها . وليس للجار أن يمنع مرور الماء لأرض جاره ، وإلا كان له إجراؤه جبراً عنه ، دفعاً للضرر عنه .

وحق المسيل : هو مجرى على سطح الأرض ، أو أنابيب تنشأ لتصريف المياه الزائدة عن الحاجة ، أو غير الصالحة حتى تصل إلى مصرف عام أو مستودع ، كمصارف الأراضي الزراعية أو مياه الأمطار أو الماء المستعمل في المنازل . والفرق بين المسيل والمجرى : أن المجرى جلب المياه الصالحة للأرض ، والمسيل لصرف الماء غير الصالح عن الأرض أو عن الدار . وحكمه مثل حق المجرى ، ليس لأحد منعه إلا إذا حدث ضرر بين .

وحق المرور : هو حق صاحب عقار داخلي بالوصول إلى عقاره من طريق يمر فيه ، سواء أكان الطريق عاماً غير مملوك لأحد ، أم خاصاً مملوكاً للغير . فالطريق العام يحق لكل إنسان المرور فيه . والطريق الخاص : يحق لأصحابه المرور فيه وفتح الأبواب والنوافذ عليه ، وليس سده أمام العامة للتجاء إليه .

وحق الجوار : الجوار نوعان : علوي وجانبي . وفيه حقان :

أ- **حق التعلّي :** وهو الثابت لصاحب العلو على صاحب السفلى .

ب- **حق الجوار الجانبي :** وهو الثابت لكل من الجارين على الآخر .

ولصاحب حق التعلّي حق القرار على الطبقة السفلى ، وهو حق ثابت دائماً لصاحب العلو ، لا يزول بهدم العقار كله أو انهدام السفلى ، وله ولورثته إعادة بنائه حين يريد ، وليس لصاحب العلو أو السفلى أن يتصرف في بنائه تصرفاً يضر بالآخر . وإذا انهدم السفلى وجب على صاحبه إعادة بنائه ، فإن امتنع أجبر على ذلك قضاء ، فإن رفض كان لصاحب العلو البناء ويرجع على الآخر بالنفقات ، إذا بني بإذن القاضي أو إذن صاحب السفلى . فإن بني من غير إذن رجع بقيمة البناء وقت تمامه ، لا بما أنفق ؛ لأنه لم يكن وكيلاً بالإنفاق .

وليس لصاحب الجوار الجانبي إلا حق واحد : وهو ألا يضر أحدهما بصاحبه
ضرراً فاحشاً بيناً : وهو كل ما يمنع المنفعة الأصلية المقصودة من البناء كالسكنى أو
يكون سبباً لهدم البناء أو وهن فيه .

فالضرر في كل أنواع الجوار ممنوع ، أما التصرفات التي يشكل أمرها في الجوار
العلوي فلا يعلم ، يحصل منها ضرر أم لا ، كفتح باب و نافذة في الطابق الأسفل ، أو
وضع متاع ثقيل في الطابق الأعلى قد يؤثر في السقف ، فهذه مختلف في منعها^(١) :
فقال أبو حنيفة : يمنع هذا التصرف إلا بإذن الجار ؛ لأن الأصل في تصرفات المالك في
ملكه ، التي تتعلق بها حق الغير : هو المنع والحظر ؛ لأن ملكه ليس خالصاً ، فلا يباح
له إلا ما يتعين فيه عدم الضرر ، ويتوقف ما عداه على إذن صاحب الحق ورضاه .
وهذا الرأي هو المفتى به عند الحنفية .

وقال الصحابان : الأصل في تصرف الجار الإباحة ؛ لأن صاحب العلو تصرف
في ملكه ، والمالك حر التصرف في ملكه ما لم يكن فيه ضرر لغيره بيقين ، فينع منه
حينئذ ، ويبقى ما عداه على الإباحة ، وهذا الرأي في تقديري هو المعقول الواجب
الاتباع . فيصبح حكم الجوار الجانبي والعلوي واحداً وهو إباحة التصرف في الملك ما لم
يترتب على التصرف ضرر فاحش بالجار ، فإن وقع الضرر ، وجب على المتعدي
ضمانه ، سواء أكان الضرر مباشراً أم بالتسبب . وهو رأي المالكية وباقي المذاهب
أيضاً^(٢) .

أمور ثلاثة متعلقة بحقوق الارتفاق :

الأول - الفرق بين حق الارتفاق وحق الانتفاع الشخصي :

يفترق حق الارتفاق عن حق الانتفاع من نواح تالية :

(١) فتح القدير : ٥٠٣/٥ ، رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين : ٣٢٢/٤ ، ط الباي الحلبي ، البدائع : ٢٦٤/٦ ،

البحر الرائق : ٣٢٧/٧ ، تبين الحقائق للزيلعي : ١٩٦/٤ .

(٢) المنتقى على الموطأ : ٤٠٦/٦ وما بعدها ، القوانين الفقهية : ص ٣٤١ ، نيل الأوطار : ٢٦١/٥ ، ط العثمانية .

١- حق الارتفاق يكون دائماً مقررأ على عقار، فتنقص به قيمة العقار المقرر عليه . أما حق الانتفاع الشخصي فقد يتعلق بعقار كوقف العقار أو الوصية به أو إجارته أو إعارته . وقد يتعلق بمنقول كإعارة الكتاب وإجارة السيارة .

٢- حق الارتفاق مقرر لعقار إلا حق الجوار فقد يكون لشخص أو لعقار . أما حق الانتفاع فإنه دائماً مقرر لشخص معين باسمه أو بوصفه .

٣- حق الارتفاق حق دائم يتبع العقار وإن تعدد الملاك . وحق الانتفاع الشخصي مؤقت ينتهي بأحوال معينة كما تقدم .

٤- حق الارتفاق يورث حتى عند الحنفية الذين لا يعتبرونه مالاً ؛ لأنه تابع للعقار . وأما حق الانتفاع فختلف في إرثه بين الفقهاء كما بينا .

الثاني - خصائص حقوق الارتفاق :

لحقوق الارتفاق أحكام عامة وخاصة .

فأحكامها العامة أنها إذا ثبتت تبقى ما لم يترتب على بقائها ضرر بالغير، فإن ترتب عليها ضرر أو أذى وجب إزالتها، فيزال السيل القدر في الطريق العام، ويمنع حق الشرب إذا أضر بالمنتفعين، ويمنع سير السيارة في الشارع العام إذا ترتب عليها ضرر كالسير بسرعة فائقة، أو في الاتجاه المعاكس، عملاً بالحديث النبوي: « لا ضرر ولا ضرار » ولأن المرور في الطريق العام مقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه^(١)، ولأن «الضرر لا يكون قديماً» .

وأما الأحكام الخاصة فسوف نذكرها في بحث حقوق الارتفاق المخصص لكل نوع منها .

(١) الدر المختار ورد المختار : ٤٢٧/٥ .

الثالث - أسباب حقوق الارتفاق :

تنشأ حقوق الارتفاق بأسباب متعددة منها :

١ - الاشتراك العام : كالمرافق العامة من طرقات وأنهار ومصارف عامة ، يثبت الحق فيها لكل عقار قريب منها ، بالمرور والسقي و صرف المياه الزائدة عن الحاجة ؛ لأن هذه المنافع شركة بين الناس فيباح لهم الانتفاع بها ، بشرط عدم الإضرار بالآخرين .

٢ - الاشتراط في العقود : كاشتراط البائع على المشتري أن يكون له حق مرور بها ، أو حق شرب لأرض أخرى مملوكة له . فيثبت هذان الحقان بهذا الشرط .

٣ - التقادم : أن يثبت حق ارتفاق لعقار من زمن قديم لا يعلم الناس وقت ثبوته ، كإرث أرض زراعية لها حق المجرى أو المسيل على أرض أخرى ؛ لأن الظاهر أنه ثبت بسبب مشروع حملاً لأحوال الناس على الصلاح ، حتى يثبت العكس .

الفصل الخامس - أسباب الملك التام :

إن أسباب أو مصادر الملكية التامة في الشريعة أربعة هي :

الاستيلاء على المباح ، والعقود ، والخلفية ، والتولد من الشيء المملوك . وفي القانون المدني هي ستة : الاستيلاء على ما ليس له مالك من منقول أو عقار ، والميراث وتصفية التركة ، والوصية ، والاتصاق بالعقار أو بالمنقول ، والعقد ، والحيازة والتقادم^(١) .

وهذه الأسباب تتفق مع الأسباب الشرعية^(٢) ما عدا الحيازة والتقادم (وضع

(١) راجع الفصل الثاني من حق الملكية - أسباب كسب الملكية : م ٨٢٨ ، ٨٢٦ ، ٨٧٦ ، ٨٧٩ ، ٨٩٤ ، ٩٠٧ وما بعدها من القانون المدني السوري .

(٢) يلاحظ أن المادة (١٢٤٨) من المجلة اقتضت على الأسباب الثلاثة الأولى للملك . ولكن من الضروري إضافة سبب رابع وهو التولد من المملوك إذ هو سبب مستقل عن تلك الأسباب .

اليد على مال مملوك للغير مدة طويلة) ، فإن الإسلام لا يقر التقادم المكسب على أنه سبب للملكية ، وإنما هو مجرد مانع من سماع الدعوى بالحق الذي مضى عليه زمن معين^(١) ، توفيراً لوقت القضاء ، وتجنباً لما يثار من مشكلات الإثبات ، وللشك في أصل الحق . أما أصل الحق فيجب الاعتراف به لصاحبه وإيفاءه له ديانة . فمن وضع يده على مال مملوك لغيره لا يملكه شرعاً بحال .

كذلك لا يقر الإسلام مبدأ التقادم المسقط على أنه مسقط للحق بترك المطالبة به مدة طويلة . فاكتساب الحقوق وسقوطها بالتقادم حكم ينافي العدالة والخلق ، ويكفي في ذلك أن يصير الغاصب أو السارق مالكاً . إلا أن الإمام مالك في المدونة خلافاً لمعظم أصحابه يرى إسقاط الملكية بالحيازة ، كما يرى تملك الشيء بالحيازة . ولكنه لم يحدد مدة للحيازة ، وترك تحديدها للحاكم ، ويمكن تحديدها عملاً بمحدث مرسل رواه سعيد بن المسيب مرفوعاً إلى النبي ﷺ عن زيد بن أسلم : « من حاز شيئاً على خصمه عشر سنين ، فهو أحق به منه »^(٢)

وأما الالتصاق بسبب سيل أو فيضان أو كثران رمل بسبب ريح شديدة ، فلا مانع منه شرعاً ؛ لأنه زيادة سماوية ، تدخل تحت مبدأ « التولد من المملوك » .

١ - الاستيلاء على المباح :

المباح : هو المال الذي لم يدخل في ملك شخص معين ، ولم يوجد مانع شرعي من تملكه كالماء في منبعه ، والكلاً والخطب والشجر في البراري ، وصيد البر والبحر . ويتميز هذا النوع بما يأتي :

(١) حده الفقهاء بـ ٣٣ سنة ، وحددته المجلة (م ١٦٦١ ، ١٦٦٢) في الحقوق الخاصة بـ ١٥ سنة وفي الأراضي الأميرية بـ ١٠ سنوات ، وفي الأوقاف وأموال بيت المال بـ ٣٦ سنة .

(٢) انظر بحث الحيازة والتقادم في الفقه الإسلامي للدكتور محمد عبد الجواد : ص ١٨ ، ٥٠ وما بعدها ، ٦٠ ، ١٠٨ ، ١٥٠ وما بعدها ، ومراجعته مثل المدونة : ٢٣/١٣ ، وتبصرة الحكام على هامش فتح العلي المالك : ٣٦٢/٢ ، وما بعدها . وانظر : ٣١٤/٢ ط دار الفكر بيروت .

أ- إنه سبب منشئ للملكية على شيء لم يكن مملوكاً لأحد . أما بقية أسباب الملكية الأخرى (العقد، الميراث ونحوهما) ، فإن الملكية الحادثة مسبوقه بملكية أخرى ، فهي سبب ناقل .

ب- إنه سبب فعلي لا قولي : يتحقق بالفعل أو وضع اليد ، فيصح من كل شخص ولو كان ناقص الأهلية كالصبي والمجنون والمجور عليه . أما العقد فقد لا يصح من هؤلاء أو يكون موقوفاً على إرادة أخرى ، وهو سبب قولي .

ويشترط لهذا الطريق أي إحراز المباح شرطان :

أولهما - ألا يسبق إلى إحرازه شخص آخر ، لأن « من سبق إلى ما لم يسبقه إليه مسلم فهو له » كما قال النبي عليه الصلاة والسلام .

ثانيها - قصد التملك : فلو دخل الشيء في ملك إنسان دون قصد منه لا يملكه ، كما إذا وقع طائر في حجر إنسان ، لا يملكه . ومن نشر شبكته ، فإن كان للاصطياد تملك ما يقع فيها ، وإن كان للتجفيف لم يملك ما يقع فيها ؛ لأن « الأمور بمقاصدها » .

والاستيلاء على المباح له صور أربعة :

أولاً- إحياء الموات : أي استصلاح الأراضي البور . والموات : ما ليس مملوكاً من الأرضين ، ولا ينتفع بها بأي وجه انتفاع ، وتكون خارجة عن البلد . فلا يكون مواتاً : ما كان ملكاً لأحد الناس أو ما كان داخل البلد ، أو خارجاً عنها ، ولكنه مرفق لها كحتطب لأهلها أو مرعى لأنعامهم .

والإحياء يفيد الملك لقول النبي ﷺ : « من أحيا أرضاً ميتة فهي له » سواء أكان الإحياء بإذن الحاكم أم لا عند جمهور الفقهاء . وقال أبو حنيفة ومالك : لا بد من إذن الحاكم . وإحياء الأرض الموات يكون يجعلها صالحة للانتفاع بها كالبناء والغرس

والزراعة والحرق وحفر البئر. وعمل مستصلح الأرض لإحيائها يسمى فقهاً «التحجير» وقد حدد بثلاث سنين، قال عمر: «ليس لمتحجر بعد ثلاث سنين حق».

ثانياً - الاصطياد: الصيد: هو وضع اليد على شيء مباح غير مملوك لأحد. ويتم إما بالاستيلاء الفعلي على المصيد وهو الإمساك، أو بالاستيلاء الحكمي: وهو اتخاذ فعل يعجز الطير أو الحيوان أو السمك عن الفرار، كاتخاذ الحياض لصيد الأسماك، أو الشباك، أو الحيوانات المدربة على الصيد كالكلاب والفهود والجوارح المألوفة^(١).

والصيد حلال للإنسان إلا إذا كان مُحَرَّمًا بالحج أو العمرة، أو كان المصيد في حرم مكة المكرمة أو المدينة المنورة، قال تعالى: ﴿أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعاً لكم وللسيارة، وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرماً﴾.

والصيد من أسباب الملكية، لكن يشترط في الاستيلاء الحكمي لا الاستيلاء الحقيقي قصد التملك عملاً بقاعدة «الأمر بمقاصدها». فمن نصب شبكة فتعلق بها صيد، فإن كان قد نصبها للجفاف، فالصيد لمن سبقت يده إليه؛ لأن نيته لم تتجه إليه. وإن كان قد نصبها للصيد ملكه صاحبها كما بينا، وإن أخذه غيره كان متعدياً غاصباً. ولو أفرخ طائر في أرض إنسان كان لمن سبقت إليه يده إلا إذا كان صاحب الأرض هيأها لذلك.

وإذا دخل طائر في دار إنسان، فأغلق صاحبها الباب لأخذه، ملكه. وإن

(١) قال تعالى: ﴿يسألونك ماذا أحل لهم، قل: أحل لكم الطيبات، وما علمتم من الجوارح مكلبين، تعلمونن مما علمكم الله، فكلوا مما أسكن عليكم، واذكروا اسم الله عليه، واتقوا الله، إن الله سريع الحساب﴾ [المائدة: ٤].

أغلقه صدفة ، لم يملكه . وهكذا لو وقع الصيد في حفرة أو ساقية ، المعول في تملكه على نية صيده ، وإلا فلن سبقت إليه يده .

ثالثاً - الاستيلاء على الكلاً والآجام :

الكلاً : هو الحشيش الذي ينبت في الأرض بغير زرع ، لرعي البهائم .

والآجام : الأشجار الكثيفة في الغابات أو الأرض غير المملوكة .

وحكم الكلاً : ألا يملك ، وإن نبت في أرض مملوكة ، بل هو مباح للناس جميعاً ، لهم أخذه ورعيه ، وليس لصاحب الأرض منعهم منه ؛ لأنه باق على الإباحة الأصلية ، وهو الراجح في المذاهب الأربعة ، لعموم حديث : « الناس شركاء في ثلاثة : المله والكلاً والنار »^(١) .

وأما الآجام : فهي من الأموال المباحة إن كانت في أرض غير مملوكة ، فلكل واحد حق الاستيلاء عليها ، وأخذ ما يحتاجه منها ، وليس لأحد منع الناس منها ، وإذا استولى شخص على شيء منها وأحرزه صار ملكاً له . لكن للدولة تقييد المباح بمنع قطع الأشجار ، رعاية للمصلحة العامة ، وإبقاء على الثروة الشجرية المفيدة .

أما إن كانت في أرض مملوكة فلا تكون مالاً مباحاً ، بل هي ملك لصاحب الأرض فليس لأحد أن يأخذ منها شيئاً إلا بإذنه ؛ لأن الأرض تقصد لآجامها ، بخلاف الكلاً ، لا تقصد الأرض لما فيها من الكلاً .

رابعاً - الاستيلاء على المعادن والكنوز :

المعادن : ما يوجد في باطن الأرض من أصل الخلق والطبيعة ، كالذهب والفضة والنحاس والحديد والرصاص ونحوها .

(١) البدائع : ١٩٢/٦ وما بعدها ، م ١٢٥٧ من المجلة .

والكنز: ما دفنه الناس وأودعوه في باطن الأرض من الأموال ، سواء في الجاهلية أو في الإسلام .

والمعدن والكنز يشملهما عند الحنفية كلمة « الرزاز » : وهو ما ركز في باطن الأرض ، سواء أكان بخلق الله كفلزات الحديد والنحاس وغيرها ، أم كان بصنع الناس كالأموال التي يدفنها الناس فيها . وحكمها واحد في الحديث النبوي : « وفي الرزاز الخمس »^(١) .

وقال المالكية والشافعية والحنابلة : الرزاز : دفن الجاهلية . والمعدن : دفن أهل الإسلام .

حكم المعادن :

اختلف الفقهاء في تملك المعادن بالاستيلاء عليها ، وفي إيجاب حق فيها للدولة إذا وجدت في أرض ليست مملوكة .

أما تملك المعادن للفقهاء فيه رأيان :

قال المالكية في أشهر أقوالهم^(٢) : جميع أنواع المعادن لا تملك بالاستيلاء عليها ، كما لا تملك تبعاً لملكية الأرض ، بل هي للدولة يتصرف فيها الحاكم حسبما تقضي المصلحة ؛ لأن الأرض مملوكة بالفتح الإسلامي للدولة ، ولأن هذا الحكم مما تدعو إليه المصلحة .

وقال الحنفية^(٣) : المعادن تملك بملك الأرض ؛ لأن الأرض إذا ملكت ملكت بجميع أجزائها ، فإن كانت مملوكة لشخص كانت ملكاً له ، وإن كانت في أرض للدولة

(١) رواه الجماعة عن أبي هريرة (نيل الأوطار : ١٤٧/٤) .

(٢) القوانين الفقهية : ص ١٠٢ ، الشرح الكبير مع الدسوقي : ٤٨٦/١ وما بعدها .

(٣) الدر المختار ورد المحتار : ٦١/١ وما بعدها ، المهذب : ١٦٢/١ ، المغني : ٢٨٣ ، ٥٢٠/٥ .

فهي للدولة ، وإن كانت في أرض غير مملوكة فهي للواجد ؛ لأنها مباحة تبعاً للأرض ، وذلك على تفصيل سيأتي في بحث المعادن والإقطاع ، فعند الشافعية يملك المحي المعادن الباطنية ، وعند الحنابلة يملك المحي المعادن الجامدة .

وأما حق الدولة في المعادن ففيه رأيان أيضاً :

قال الحنفية : في المعادن الخمس ؛ لأن الركاز عندهم يشمل المعادن والكنوز بمقتضى اللغة ، والباقي للواجد نفسه . وذلك في المعادن الصلبة القابلة للطرق والسحب كالذهب والفضة والحديد والنحاس والرصاص . أما المعادن الصلبة التي لا تقبل الطرق والسحب كالماس والياقوت والفحم الحجري ، والمعادن السائلة كالزئبق والنفط فلا يجب فيها شيء للدولة ؛ لأن الأولى تشبه الحجر والتراب ، والثانية تشبه الماء ، ولا يجب فيها شيء للدولة ، إلا الزئبق فيجب فيه الخمس .

وقال الشافعية : لا يجب في المعادن شيء للدولة ، لا الخمس وغيره ، وإنما يجب فيها الزكاة ، لقول النبي ﷺ : « العجماء جَبَّار ، والبئر جبار ، والمعدن جبار ، وفي الركاز الخمس »^(١) فأوجب الخمس في الركاز : وهو دفين أهل الجاهلية ، ولم يوجب في المعدن شيئاً ؛ لأن « الجبار » معناه : لا شيء فيه . وإيجاب الزكاة عندهم هو بعموم أدلة الزكاة ، والمعدن : مركز كل شيء ، والمعادن : المواضع التي تستخرج منها جواهر الأرض كالذهب والفضة والنحاس وغيرها . ويطلق المعدن أيضاً على الفلز في لغة العلم .

(١) رواه الأئمة الستة في كتبهم عن أبي هريرة (نصب الرأية : ٢٨٠/٢ ، شرح مسلم : ٢٢٦/١١) . وقوله : « المعدن جبار » معناه أن الرجل يحفر معدناً في ملكه أو في موات ، فيربها ما ، فيسقط فيها فيموت ، أو يستأجر أجراً يعملون فيها ، فيقع عليهم ، فيموتون ، فلا ضمان في ذلك . وكذا البئر جبار معناه أنه يحفرها في ملكه أو في مواته فيقع فيها إنسان أو غيره ويتلف ، فلا ضمان . وكذا لو استأجره لحفرها ، فوقع عليه ، مات ، فلا ضمان . وأما إذا حفر البئر في طريق المسلمين أو في ملك غيره بغير إذنه ، فتلقت فيها إنسان ، فيجب ضمانه ، وكذا إن تلف بها غير الأدمي وجب ضمانه في مال الحافر .

حكم الكنز:

وأما الكنز: فهو ما دفنه الناس ، سواء في الجاهلية أم في الإسلام . فهو نوعان : إسلامي وجاهلي .

فالإسلامي : ما وجد به علامة أو كتابة تدل على أنه دفن بعد ظهور الإسلام مثل كلمة الشهادة أو المصحف ، أو آية قرآنية أو اسم خليفة مسلم .

والجاهلي : ما وجد عليه كتابة أو علامة تدل على أنه دفن قبل الإسلام كنقش صورة صنم أو وثن ، أو اسم ملك جاهلي ونحوه .

والمشتمه فيه : وهو ما لم يتبين بالدليل أنه إسلامي أو جاهلي ، قال فيه متقدمو الحنفية : إنه جاهلي . وقال متأخروهم : إنه إسلامي لتقدم العهد . وإن وجد كنز مختلط فيه علامات الإسلام والجاهلية فهو إسلامي : لأن الظاهر أنه ملك مسلم ، ولم يعلم زوال ملكه .

والكنز الإسلامي : يبقى على ملك صاحبه ، فلا يملكه واجده ، بل يعتبر كاللقطة ، فيجب تعريفه والإعلان عنه . فإن وجد صاحبه سلم إليه وإلا تصدق به على الفقراء ، ويحل للفقير الانتفاع به . هذا رأي الحنفية^(١) .

وأجاز المالكية والشافعية والحنابلة^(٢) تملكه والانتفاع به ، ولكن إن ظهر صاحبه بعدئذ وجب ضمانه .

وأما الكنز الجاهلي : فاتفق أئمة المذاهب على أن خمسه لبيت المال (خزانة

(١) فتح القدير : ٣٠٧/٣ ، البدائع : ٢٠٢/٦ ، المبسوط : ٤/١١ وما بعدها ، الدر المختار : ٣٥١/٣ .

(٢) بداية المجتهد : ٣٠١/٢ ، الشرح الكبير مع الدسوقي : ١٢١/٤ ، المهذب : ٤٣٠/١ ، مغني المحتاج : ٤١٥/٢ ،

المغني : ٦٢٦/٥ .

الدولة) وأما باقيه وهو الأربعة الأخماس ، ففيه اختلاف : فقيل : إنها للواجد مطلقاً سواء وجدها في أرض مملوكة أم لا . وقيل : إنها للواجد في أرض غير مملوكة أو في أرض ملكها بالإحياء . فإن كان في أرض مملوكة فهي لأول مالك لها أو لورثته إن عرفوا ، وإلا فهي لبيت المال .

هذا وقد اعتبر القانون المدني السوري (م ٨٣٠) ثلاثة أخماس الكنز للمالك العقار الذي وجد فيه الكنز ، وخمسه لمكتشفه ، والخمس الأخير لحزينة الدولة .

٢- العقود الناقلة للملكية :

العقود كالبيع والهبة والوصية ونحوها من أهم مصادر الملكية وأعمها وأكثرها وقوعاً في الحياة المدنية ؛ لأنها تمثل النشاط الاقتصادي الذي يحقق حاجات الناس من طريق التعامل . أما الأسباب الأخرى للملكية فهي قليلة الوقوع في الحياة .

ويدخل في العقود التي هي سبب مباشر للملكية حالتان^(١) :

الأولى : العقود الجبرية التي تجرئها السلطة القضائية مباشرة ، بالنيابة عن المالك الحقيقي ، كبيع مال المدين جبراً عنه لوفاء ديونه ، وبيع الأموال المحتكرة . فالمتلك يتملك عن طريق عقد بيع صريح بإرادة القضاء .

الثانية : نزع الملكية الجبري . وله صورتان :

أ- الشفعة : وهي عند الحنفية حق الشريك أو الجار الملاصق بتملك العقار المبيع جبراً على مشتريه بما بذل من ثمن ونفقات . وقصرها الجمهور على الشريك .

ب- الاستملاك للصالح العام : وهو استملاك الأرض بسعرها العادل جبراً عن صاحبها للضرورة أو المصلحة العامة ، كتوسيع مسجد ، أو طريق ونحوهما .

(١) المدخل الفقهي العام للأستاذ الزرقاء : ف ١٠٥ .

والمتملك من هذا الطريق يملك بناء على عقد شراء جبري مقدر بإرادة السلطة .

وعليه فالعقد المسبب للملكية إما أن يكون رضائياً أو جبرياً ، والجبري : إما صريح كما في بيع المدين ، أو مفترض كما في الشفعة ونزع الملكية .

٣- الخلفية :

وهي أن يخلف شخص غيره فيما كان يملكه ، أو يحل شيء محل شيء آخر ، فهي نوعان : خلفية شخص عن شخص وهي الإرث . وخلفية شيء عن شيء وهي التضمين .

والإرث : سبب جبري للتملك يتلقى به الوارث بحكم الشرع ما يتركه المورث من أموال التركة .

والتضمين : هو إيجاب الضمان أو التعويض على من أتلف شيئاً لغيره ، أو غصب منه شيئاً فهلك أو فقد ، أو ألحق ضرراً بغيره بجناية أو تسبب . ويدخل فيه الديات وأروش الجنايات ، أي الأعيان المالية المقدرة شرعاً الواجبة على الجاني في الجراحات .

٤- التولد من المملوك :

معناه أن ما يتولد من شيء مملوك يكون مملوكاً لصاحب الأصل ؛ لأن مالك الأصل هو مالك الفرع ، سواء أكان التولد بفعل مالك الأصل ، أم بالطبيعة والخلقة . فغاصب الأرض الذي زرعها يملك الزرع عند الجمهور غير الحنابلة ؛ لأنه نماء البذر وهو ملكه وعليه كراء الأرض ، ويضمن لصاحب الأرض تقصانها بسبب الزرع . وثمرة الشجر وولد الحيوان وصوف الغنم ولبنها للمالك الأصل .

وقال الحنابلة : الزرع مالمالك الأرض ، لما رواه الخمسة إلا النسائي عن رافع بن خديج أن النبي ﷺ قال : « من زرع في أرض قوم بغير إذنهم ، فليس له من الزرع شيء ، وله نفقته » قال البخاري : هو حديث حسن ^(١) .

الفصل السادس - طبيعة الملكية أو هل الملكية الفردية في تشريع الإسلام مطلقة أم مقيدة ؟

البيع كما هو معروف بمثابة قانون منظم لمعاملات الأفراد وحقوق التملك ، ومن أهم أسباب تقييد البيع بقيود أو شروط هو الحفاظ على حقوق الناس الطبيعية فيما يمتلكونه من أموال ، فلا تنتقل ملكية أحد إلى آخر إلا في دائرة الحق والعدل ، دون أن يكون هناك غش أو غبن أو تغيير أو استغلال أو جهالة تؤدي إلى المنازعة واضطراب المعاملات ، أو أكل أموال الناس بالباطل . وهذه هي أهم الأسباب التي تؤثر على العقد فتجعله فاسداً أو باطلاً ، وهو مناط تحريم العقد في شرعة الإسلام .

لذا كان جديراً أن نتساءل : هل حرية الفرد في تصرفاته ونشاطه في العمل والإنتاج والتملك مطلقة ، أم أن هناك قيوداً من الشرع على حق التملك ؟

تمهيد :

يسود عالم اليوم نظامان متعارضان في الاقتصاد وهما : النظام الرأسمالي والنظام الاشتراكي :

فالنظام الرأسمالي : يعترف بحق الفرد في تملك الأموال ملكية خاصة ، سواء أكانت هذه الأموال من أموال الاستهلاك ، أم من أموال الإنتاج ، على أنه لا يشترط أن تكون جميع الأموال مملوكة للأفراد ، بل يجوز للدولة أو أحد فروعها أن تمتلك

(١) نيل الأوطار : ٣١٨/٥ وما بعدها .

جانباً من هذه الأموال ، كما لا يشترط أن يكون حق الملكية الفردية مطلقاً ، بل يجوز أن ترد عليه بعض القيود للمنفعة العامة .

ويقوم النظام الرأسمالي على أساس الحرية الاقتصادية للأفراد ، دون تدخل الدول لتقييد نشاطهم في الميدان الاقتصادي ، ويكون السعي للحصول على أكبر كسب نقدي هو الدافع المحرك للنشاط الاقتصادي في ظل النظام الرأسمالي .

وقد انتقد هذا النظام لأنه يؤدي إلى اختلال التوازن في توزيع الثروة بين الأفراد ، وانقسام المجتمع إلى طبقتين ؛ طبقة الرأسمالية الإقطاعية ، وطبقة ذوي الدخل المحدود من عمال وفلاحين ونحوهم ، كما يؤدي إلى تركيز الثروة في أيدي فئة قليلة وانتشار البطالة والاحتكارات الطبيعية والصناعية . وكان من نتيجة ذلك فشل النظام الرأسمالي في تحقيق الاستقرار الاقتصادي ، وضمان الحياة الرغدة للبشرية .

وقد أدى هذا الفشل إلى رد فعل معاكس ، فازداد تدخل الدولة في الميدان الاقتصادي من ناحية ، وانتشرت المبادئ الاشتراكية من ناحية أخرى^(١) .

والنظام الاشتراكي : يقوم على أساس امتلاك الدولة لمختلف وسائل الإنتاج^(٢) من صناعة وزراعة وثروة طبيعية وخدمات عامة ، ويكون بالتالي لا وجود للملكية الفردية القائمة على أساس الاستغلال والاستعباد ، ولا حرية اقتصادية مطلقة للفرد إلا بمقدار ما يمنحه المجتمع إياه وينظمه له .

فالملكية الخاصة لم تلغ إلغاء تاماً ؛ لأن ملكية الأموال الاستهلاكية من أدوات منزلية ونقود وسلع معترف بها ، ويجوز أن تنتقل هذه الملكية لأموال الاستهلاك إلى الغير بطريق الميراث^(٣) .

(١) راجع أصول الاقتصاد لأستاذنا الدكتور محمد حلمي مراد ص : ١٥١ - ١٨٢ .

(٢) وهي الأرض ورأس المال والعمل .

(٣) هذا هو صريح المادة العاشرة من الدستور السوفيتي .

وأما ملكية أموال الإنتاج : فهي ملكية اشتراكية تظهر بشكل ملكية للدولة ، أو بشكل ملكية تعاونية ، ومع ذلك فلم تلغ الملكية الخاصة لأموال الإنتاج إلغاءً كاملاً في روسيا ، فيسمح القانون الروسي بالمشاريع الاقتصادية الصغيرة الخاصة بالفلاحين القرويين وبالحرفيين على أن يقوموا بعملهم شخصياً ، وبشرط ألا يستغلوا فيه جهد الآخرين^(١) ، مما أوجد نوعاً ثالثاً من أنواع المشروعات الزراعية هو المشروعات الفردية بجانب المزارع الحكومية والمزارع المشتركة . وعلى هذا فليست الملكية الشخصية حقاً مطلقاً ثابتاً ، وإنما هي متطورة في محورها نحو الملكية الجماعية ؛ لأن الملكية في ذاتها وظيفة اجتماعية تخدم مصالح الجماعة .

وغاية النظام الاشتراكي تحقيق العدالة الاجتماعية ، لذا فإنه يهتم بالدرجة الأولى في إشباع كل حاجات الأفراد ، ولكن بحسب ضرورتها وأهميتها^(٢) من أجل تحقيق مستوى مادي ومعنوي لائق بكرامة الإنسان ، ثم السعي لرفع ذلك المستوى بشكل مستمر ، مما جعل الجماهير الكادحة تتجه أنظارها إلى النظام الاشتراكي باعتباره المنقذ من أدران الرأسمالية .

ويقول منتقدو هذا النظام بأنه يهدر الحق الطبيعي المقدس للفرد : وهو حق الملكية ، كما أنه يعطي الجماعة ممثلة بالدولة سلطات واسعة على حساب الأفراد ، ويقيد الحرية الاقتصادية .

(١) هذا هو نص المادة التاسعة من الدستور السوفييتي ، وقريب منها نص المادة السابعة : « لكل عائلة من عوائل المزرعة التعاونية بالإضافة إلى دخلها الأساسي الذي يأتيها من اقتصاد المزرعة التعاونية المشترك قطعة من الأرض خاصة بها ، وملحقة بمحل السكن . ولها في الأرض اقتصاد إضافي ومنزل للسكنى وماشية منتجة وطيور وأدوات زراعية بسيطة كملكية خاصة » .

(٢) هدف الرأسمالية إشباع حاجات الأفراد بحسب القدرة الثرائية مما يؤدي إلى عجز بعض الأفراد عن سد حاجاتهم الضرورية ، بينما يشبع فريق آخر حاجاته الترفية المتعددة .

وأما نظام الإسلام الاقتصادي والاجتماعي : فهو العدل الوسط بين النظامين السابقين ، أو بتعبير أدق : هو نظام قائم بذاته ، له فكره الاجتماعي الخاص به ، فهو يعترف بقيمة الفرد ، كما يعترف بحقوق المجتمع ، فيقيم توازناً بينهما ، بل إنه جعل الفرد للجماعة ، والجماعة للفرد من طريق التضامن العام بين الأفراد ، فهو إذاً ليس فردياً فقط يؤدي إلى الرأسمالية ، وليس جماعياً فقط يؤدي إلى الماركسية ، وإنما يمنح الفرد قدراً من الحرية بحيث لا يطفئ على كيان الآخرين ، ويمنح المجتمع أو الدولة التي تمثله سلطة واسعة في تنظيم الروابط الاجتماعية والاقتصادية على أساس من الحب المتبادل بين الفرد والجماعة ، لا على أساس الحقد وإيجاد العداوات بين الناس .

وبناء عليه فهو يعترف بحق الإنسان في التملك الفردي ، ويمنحه حق الانتفاع والاستثمار لماله ، والتصرف فيه طوال حياته وبعد مماته ، في حدود معينة تعتبر أوسع بكثير من القدر الذي تسمح به الشيوعية ، ولكنه لا يهمل المالك السلطان المطلق فيما يملك بغير أي قيد عليه كما تفعل الرأسمالية ، فهو لا يسمح بالربا والاحتكار ، ولا أن تكون الملكية سبيلاً للاستغلال الحرام والطغيان ، وبذلك يجمع الإسلام بين مزايا كل من الاشتراكية والرأسمالية ويتجنب أوجه الانحراف والمبالغة في كل منهما^(١) .

ولا يمكن القول بأن نظام الإسلام الاقتصادي نظام رأسمالي أو اشتراكي ؛ لأن للرأسمالية أو الاشتراكية في الوقت الحاضر معنى محدداً مفهوماً ، له خصائص معينة في معالجة الحياة الاقتصادية .

وإنما الإسلام نظام قائم بنفسه لا ينسب إلى مذهب جديد أو قديم ، مهمته الربط بين قوى الحياة ومواهب الفطرة في كيان المرء وبين ثمار الطبيعة الظاهرة

(١) الفكر الإسلامي الحديث للدكتور محمد البهي : ص ٢٨٧ ، شهادات حول الإسلام للأستاذ محمد قطب : ص ٢٧ ، نظرية الإسلام السياسية للمودودي : ص ٥٧ .

والباطنة ، فيحدث التفاعل بين الجانبين ، وتتكون الحضارة الصالحة بما في الإنسان من مواهب العقل والروح وما في الكون من أسرار الحقائق وكنوز المال والثروة ، وبما في الإسلام من حلول جذرية لمشكلات الحياة ، وقواعد للفرد والمجتمع في الحقوق والواجبات . وإذا كان في الاشتراكية بعض المعاني الإنسانية التي جاء بها الإسلام من ضرورة التكافل الاجتماعي ، فلا يعني ذلك أن نظام الإسلام هو النظام الاشتراكي الماركسي .

المال والملكية في تقدير الإسلام :

المال عند الحنفية كما عرفنا : هو ما يميل إليه الإنسان طبعاً ، ويمكن ادخاره لوقت الحاجة . وعند الجمهور : هو كل ماله قيمة يباع بها ويلزم متلفه وإن قلت ؛ وما لا يطرحه الناس مثل الفلّس وما أشبه ذلك . وهذا التعريف مأخوذ عن الإمام الشافعي رضي الله عنه ^(١) .

وبناء على التعريف الأول لا تكون المنافع والحقوق المجردة مالا ما عدا منفعة العين المؤجرة ، وعلى التعريف الثاني تكون المنافع أموالاً متقومة في ذاتها يمكن أن تورث .

والمالك : هو اختصاص حازر شرعاً يسوغ صاحبه التصرف إلا مانع ^(٢) .

والمال في الحقيقة لله سبحانه : ﴿لله ملك السموات والأرض وما فيهن﴾ ^(٣)

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي : ص ٢٥٨ .

(٢) المدخل الفقهي للأستاذ مصطفى الزرقاء ، المجلد الأول : ج ١ ص ٢٢٠ ، والمراد من كلمة « حازر » أنه الذي يخول صاحبه منع غيره ، وهو قريب المعنى من المفهوم اللغوي للملكية الذي يدل على معنى الاستئثار والاستبداد مما يتعلق به من الأشياء . والمراد من جملة « يسوغ صاحبه التصرف » أن الملك قدرة مبتدأة لا مستمدة من شخص آخر .

(٣) المائدة : ١٢٠ .

وتملك الإنسان للمال مجاز، أي أنه مؤتمن على المال ومستخلف عليه: ﴿ وأنفقوا مما جعلكم مستخلفين فيه ﴾ .

قال عروة رضي الله عنه: « أشهد أن رسول الله ﷺ قضى: أن الأرض أرض الله، والعباد عباد الله، ومن أحياء مواتاً فهو أحق به ». ويترتب عليه أن الإنسان ملزم بالتقيد بأوامر الله سبحانه في التملك بحسب ما يريده صاحب الملك. والناس على السواء، لهم حق في تملك خيرات الأرض. والملكية الفردية حق ممنوح من الله تعالى، والمال ليس غاية مقصودة لذاتها، وإنما هو وسيلة للانتفاع بالمنافع وتأمين الحاجيات^(١).

ومن الجدير بالذكر أنه لم يحدث في تاريخ الإسلام أن أخذ مال غني بغير رضاه وأعطى لفقير، مهما اشتدت الحاجة وبلغت الفاقة، وإنما كان النبي ﷺ يحض المسلمين على البذل، ويرغبهم في العطاء من غير أمر ولا عزيمة، فجاء أبو بكر مرة بماله كله، وجاء عمر بنصف ماله، وجهاز عثمان جيش العسرة بجميع ما يلزمه، فقال النبي ﷺ: « ما ضر عثمان ما فعل بعد اليوم »^(٢).

تقييد الملكية:

يقول بعض الكاتبين: لما كان المال مال الله، والناس جميعاً عباد الله، وكانت الحياة التي يعملون فيها ويعمرونها بمال الله هي أيضاً لله، كان من الضروري أن يكون المال - وإن ربط باسم شخص معين - لجميع عباد الله، وينتفع به الجميع، قال الله تعالى: ﴿ هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعاً ﴾ وهذا يكون للمال وظيفة

(١) انظر اشتراكية الاسلام للمرحوم الدكتور مصطفى السباعي: ص ٧٧ وما بعدها، التكافل الاجتماعي في الإسلام لأستاذنا الشيخ محمد أبو زهرة: ص ١٤ وما بعدها.

(٢) انظر بحث الملكية الفردية في الإسلام للأستاذ محمد عبد الله كتون المنشور مع بحوث المؤتمر الأول لمجمع البحوث في الأزهر: ص ١٨٦، وانظر حديث عثمان في التلخيص الجبير: ص ٢٧٨.

اجتماعية هدفها إسعاد المجتمع وقضاء حاجياته ومصالحه ، وتكون الملكية الشخصية إذاً في نظر الإسلام وظيفة اجتماعية^(١) .

ويرى أستاذنا الشيخ محمد أبو زهرة أنه لا مانع من وصف الملكية بكونها وظيفة اجتماعية ، ولكن يجب أن يعرف أنها بتوظيف الله تعالى ، لا بتوظيف الحكام ؛ لأن الحكام ليسوا دائماً عادلين^(٢) .

وفي تقديري أن الإسلام منهج واضح لا غبار عليه ، واستعمال هذا التعبير المأخوذ من تعاليم الشيوعية أو الاشتراكية الماركسية يزوج الإسلام في حمأة المبادئ الماركسية ، ويناقض حرية الإنسان الطبيعية الفطرية في التملك ، ويضلل الأفكار في فهم حقيقة نظرة الإسلام للملكية ، فالملكية الفردية حق مصون في الإسلام ، اللهم إلا في حدود حق الغير ومصصلحة المجتمع . فحق الملكية ليس وظيفة اجتماعية تجعل المالك مجرد موظف لصالح الجماعة وإنما هو ذو وظيفة اجتماعية ، كما أنه ذو صفة فردية ، ويعتبر إلغاء الملكية مناقضاً للفطرة الإنسانية ومصادماً لمشاعر الإنسان وحبه التملك ، وسبباً واضحاً في كبت الطاقات البشرية ونزعة الإبداع والترقي الذاتي .

وبعبارة أخرى : إن الإسلام لا يمنع الملكية الفردية مطلقاً ، ولا يطلقها بلا حدود . قال الله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ ، إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾ ، ﴿ الَّذِينَ فِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ لِلسَّائِلِ وَالْمَحْرُومِ ﴾ ، ﴿ وَاللَّهُ فَضْلَ بَعْضِكُمْ عَلَى بَعْضٍ فِي الرِّزْقِ ﴾ ، ﴿ ذَلِكَ فَضْلُ اللَّهِ يُؤْتِيهِ مَنْ يَشَاءُ ﴾ ويقول

(١) انظر مقال شيخ الأزهر السابق : أستاذنا الشيخ محمود شلتوت في جريدة الجمهورية ٢٢ كانون الأول (ديسمبر)

١٩٦١ ، اشتراكية الإسلام للسباعي : ص ٨٠ .

(٢) التكافل الاجتماعي في الإسلام ، المصدر السابق : ص ٢٣ .

الرسول ﷺ: « كل المسلم على المسلم حرام: دمه وماله وعرضه »^(١) « إن دماءكم وأموالكم حرام عليكم كحرمة يومكم هذا في بلدكم هذا في شهركم هذا »^(٢)، « لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه »^(٣).

وبناء عليه يحرم التعدي على ملكيات الأفراد ما دامت مشروعة، قال ﷺ:
« من ظلم شبراً من الأرض طوقه الله من سبع أرضين »^(٤).

وقرر الإسلام عقوبات على السرقة والغصب والسلب والغش، والحماية الظالمة ونحوها، وطالب بضمان الأموال المتلفة. وأما الملكية غير المشروعة فيجوز للدولة التدخل في شأنها لرد الأموال إلى صاحبها، بل إن لها الحق في مصادرتها، سواء أكانت منقولة أم غير منقولة، كما فعل سيدنا عمر في مشاطرة بعض ولاته الذين وردوا عليه من ولايتهم بأموال لم تكن لهم، استجابة لمصلحة عامة: وهو البعد بها عن الشبهات وعن اتخاذها وسيلة للثراء^(٥)؛ لأن الملكية مقيدة بالطيبات والمباحات، أما المحرمات التي تجيء عن طريق الرشوة أو الغش أو الربا أو التطفيف في الكيل والميزان أو الاحتكار أو استغلال النفوذ والسلطة، فلا تصلح سبباً مشروعاً للملك.

وكذلك يحق للدولة التدخل في الملكيات الخاصة المشروعة لتحقيق العدل والمصلحة العامة، سواء في أصل حق الملكية، أو في منع المباح وتملك المباحات قبل الإسلام وبعده إذا أدى استعماله إلى ضرر عام، كما يتضح من مساوئ الملكية

(١) رواه مسلم وغيره عن أبي هريرة رضي الله عنه (راجع الترغيب والترهيب: ٣ ص ٦٠٩ وما بعدها).

(٢) رواه مسلم وأبو داود والنسائي عن جابر بن عبد الله (جمع الفوائد لابن سليمان الروداني: ٤٧٤/١).

(٣) أخرجه الدارقطني في سننه بلفظ: « لا يحل لامرئ من مال أخيه شيء إلا ما طابت به نفسه » وله ألفاظ وروايات كثيرة منها: مارواه الحاكم وابن حبان في صحيحهما عن أبي حميد الساعدي بلفظ: « لا يحل لامرئ أن يأخذ عصا أخيه بغير طيبة نفس منه » (انظر مجمع الزوائد: ٤ ص ١٧١، نصب الراية: ٤ ص ١٦٩، سبل السلام: ٣ ص ٦٠، نيل الأوطار: ١٥٢/٨).

(٤) متفق عليه بين البخاري ومسلم وأحمد عن عائشة (نيل الأوطار: ٣١٧/٥).

(٥) انظر التلخيص الجبير: ص ٢٥٤.

الإقطاعية ، ومن هنا يحق لولي الأمر العادل أن يفرض قيوداً على الملكية في بداية إنشائها في حال إحياء الموات ، فيحددها بمقدار معين ، أو ينتزعاها من أصحابها مع دفع تعويض عادل عنها^(١) إذا كان ذلك في سبيل المصلحة العامة للمسلمين^(٢) . ومن المقرر عند الفقهاء أن لولي الأمر أن ينهي إباحة الملكية بحظر يصدر منه لمصلحة تقتضيه ، فيصبح ما تجاوزه أمراً محظوراً ، فإن طاعة ولي الأمر واجبة بقوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم ﴾ وأولو الأمر : الأمراء والولاة كما روى ابن عباس وأبو هريرة ، وقال الطبري : إنه أولى الأقوال بالصواب .

ومن أمثلة تدخل ولي الأمر في الملكية : ما روى محمد الباقر عن أبيه علي زين العابدين أنه قال : « كان لسمرة بن جندب نخل في حائط (أي بستان) رجل من الأنصار ، وكان يدخل هو وأهله فيؤذيه ، فشكا الأنصاري ذلك إلى رسول الله ﷺ ، فقال رسول الله لصاحب النخل : به ، فأبى ، فقال الرسول : فاقطعه ، فأبى ، فقال : فهبه ولك مثله في الجنة ، فأبى ، فالتفت الرسول إليه وقال : أنت مضار ، ثم التفت إلى الأنصاري ، وقال : اذهب فاقلع نخله »^(٣) ففي هذه الحادثة ما يدل على أن النبي ﷺ لم يحترم الملكية المعتدية ، وهو القائل في القضاء في حقوق الارتفاق : « لا ضرر ولا ضرار »^(٤) ، وروى أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال :

(١) ولا تعويض وانما يصادر المال إذا كان مكتسباً بطريق غير مشروع كالإغتصاب والاختلاس أو كان سبب اكتسابه مشتبهاً فيه ، ولقد صادر النبي ﷺ وصحابته وبخاصة سيدنا عمر أموال الولاة الذين ذكروا سبباً غير مشروع للملكياتهم كإهداء أو لم يبينوا من أين ملكوا المال .

(٢) انظر بحث الاستاذ الشيخ علي الحنيف « الملكية الفردية وتحديدها في الاسلام » ص ١١٢ ، ١٢٨ وما بعدها من كتاب المؤتمر الأول لمجمع البحوث الإسلامية .

(٣) انظر الاحكام السلطانية لأبي يعلى ، مطبعة الباقي الحلبي : ص ٢٨٥ .

(٤) رواه مالك في الموطأ مرسلًا عن عمرو بن يحيى عن أبيه ، ورواه أحمد في مسنده وابن ماجه والدارقطني في سننهما مسندا عن أبي سعيد الخدري . وله طرق يقوي بعضها بعضا . والضرر : الحاق مفسدة بالغير ، والضرار : مقابلة الضرر بالضرر .

« لا يمنع أحدكم جاره خشبة يغرزها في جداره »^(١) . وشرع الإسلام حق الشفعة على الملكية ، دفعاً للضرر وإقراراً لقاعدة المصلحة .

ومن الأمثلة أيضاً ما روى الإمام مالك في الموطأ : وهو أن رجلاً أسمه الضحاك بن خليفة ساق خليجاً^(٢) من العريض (واد في المدينة) ، فأراد أن يمر به في أرض محمد بن مسلمة ، فأبى ، فكلّم فيه الضحاك عمر بن الخطاب ، فدعا عمر محمد بن مسلمة ، فأمره أن يخلي سبيله ، فقال محمد : « لا ، فقال عمر : لم تمنع أخاك ما ينفعه ، وهولك نافع ، تسقي به أولاً وآخرأ ، وهو لا يضرك ؟ فقال محمد : لا والله ، فقال عمر : والله ليمرن به ولو على بطنك ، فأمره عمر أن يمر به ، ففعل الضحاك »^(٣) ففي هذا ما يدل على أنه لا يكفي الامتناع من الضرر ، بل يجب على المسلم في ملكه أن يقوم بما ينفع غيره ما دام لا ضرر عليه فيه .

ويمكن أن يعتبر مسوغاً لتنظيم الملكية أو تقييدها - بناء على قاعدة : الضرورات تبيح المحظورات ، وعملاً بقانون المصلحة العامة ومبدأ سد الذرائع - كون صاحبها مانعاً لحقوق الله تعالى أو اتخاذها طريقاً للتسلط والظلم والطغيان ، أو التبذير والإسراف وتبديد الأموال والوقوع في حمأة الرذيلة والفساد ، أو إشعال نار الفتنة والاضطرابات بين الناس ، أو الاحتكارات والتلاعب بأسعار الأشياء ، ومحاولة تهريب الأموال إلى خارج البلاد ، أو دفع ضرر فقر أمة من الناس ، أو لإهدار الأموال المجموعة من الربا^(٤) ، على شرط أن يكون اجراء استثنائياً مرهوناً بوقت الحاجة لا تشريعاً دائماً ، وبشرط ألا يهتدم رأس المال من أصله .

(١) رواه مسلم ومالك واحمد وابن ماجه (شرح مسلم : ٤٧/١١)

(٢) الخليج : نهر يقطع من النهر الأعظم إلى موضع ينتفع به فيه .

(٣) الموطأ : ٢١٨/٢ وما بعدها ، وهناك حادثة أخرى في الموطأ تشابه هذه الحادثة قضى فيها عمر .

(٤) الربا والاحتكار هما مصيبة الرأسمالية الطاغية ، اذ مكناها رويدا رويدا من تجميع الثروات في ايديها وحرمان

سائر الناس منها (جاهلية القرن العشرين لمحمد قطب : ص ٢٧٨) .

قيود الملكية :

قيود الملكية ثلاثة : أولها - أن تكون في دائرة منع الضرر . ثانيها - ليس كل شيء قابلاً للتملك الفردي . ثالثها - للجماعة أو للدولة حقوق مفروضة على الملكية الخاصة .

القيود الأول - منع الإضرار بالآخرين : إن الحقوق المقررة على الملكية أساسها أمران :

١ - منع ضرر الغير؛ لأن كل حق في الإسلام مقيد بمنع الضرر .

٢ - نفع الغير إن لم يكن ثمة ضرر لاحق به ^(١) .

والضرر أربعة أقسام عند العلماء ^(٢) :

١ - الضرر المؤكد الوقوع : وهو أن يترتب على تصرف المالك في ملكه ضرر مؤكد بغيره عند استعمال حقه المأذون فيه . وحكمه أنه إذا تمكن صاحب الحق من استعمال ملكه دون إضرار بغيره ، فيمنع من الضرر؛ لأنه يتحمل الضرر الخاص في سبيل دفع الضرر العام . وإذا كان الضرر خاصاً بالآحاد ، فيكون حق صاحب الحق أولى بالاعتبار .

٢ - الضرر الغالب وقوعه : وهو أن يكون الضرر كثير الوقوع عند القيام بالفعل ، وهذه الحال تلحق بسابقتها : وهي المقطوع فيها بوقوع الضرر؛ لأن غلبة الظن تقوم مقام اليقين في الأحكام العملية .

٣ - الضرر الكثير غير الغالب : وهو أن يكون ترتب المفسدة على الفعل كثيراً في ذاته إذا وقع ، ولكن لا يغلب على الظن وقوعه .

(١) التكافل الاجتماعي للاستاذ محمد أبو زهرة : ص ٢٤ .

(٢) المصدر السابق : ص ٦٤ - ٦٦ .

وفيه اختلف الفقهاء ، فالمالكية والحنابلة يرون العمل بقاعدة « دفع المضار مقدم على جلب المصالح » واحتمال وقوع الضرر كاف لمنع الفعل . والحنفية والشافعية يرون أن الفعل مشروع في أصله ، واحتمال الضرر لا يصلح دليلاً على الضرر المتوقع ، فلا يمنع حق مجرد احتمال الضرر .

٤ - الضرر القليل : وهو أن يكون الضرر المترتب على استعمال الحق المأذون فيه نادر الوقوع ، أو كان في ذاته قليلاً ، وهو لا يلتفت إليه لقلته ، إذ العبرة بأصل الحق الثابت ، فلا يعدل عنه إلا لعارض الضرر الكثير بالغير .

القيد الثاني - منع الملكية الخاصة في بعض الحالات :

ليست كل الأموال قابلة للتملك الفردي ، فهناك أنواع ثلاثة من المال لا تقبل الملكية الفردية وإنما هي مملوكة للجماعة^(١) ، وما عداها من المرافق الخاصة كالزروع والمصنوعات ، يجوز للأفراد تملكها والتصرف فيها . وتلك الأنواع هي ما يأتي :

النوع الأول : الأموال ذات النفع العام كالمساجد والمدارس والطرق والأنهار والأوقاف الخيرية ونحوها من المنافع العامة التي لا تؤدي غايتها إلا إذا كانت للجماعة .

النوع الثاني : الأموال الموجودة بخلق الله تعالى ، كالمعادن والنفط والأحجار والماء والكلاً والنار ، فهذه الأشياء لم يوجدها البشر وإنما هي مخلوقة بخلق الله تعالى . وكون المعادن كلها مملوكة للدولة وتستخدم من أجل المرافق العامة هو الحق وهو الرأي الراجح عند المالكية ، وهو رأي الحنابلة في المعادن الظاهرة أو السائلة : وهي التي يحصل عليها من غير مؤنة ينتابها الناس ، كالملح والماء والكبريت والنفط

(١) انظر التكاليف الاجتماعية للاستاذ أبي زهرة : ص ٢٩ وما بعدها .

والكحل والياقوت ونحوها . أما المعادن الجامدة فتملك بملك الأرض التي هي فيها^(١) .

وأما الحنفية فعندهم تفصيلات تعرف في كتبهم ، ولكنهم يقرون أن للدولة فيها حظاً كبيراً . ويظهر رأي الحنابلة في قول ابن قدامة الحنبلي : « وجملة ذلك أن المعادن الظاهرة : وهي التي يوصل ما فيها من غير مؤنة ينتابها الناس وينتفعون بها كالمح والماء والكبريت والقيرو والمومياء^(٢) والنفط والكحل والبرام^(٣) والياقوت ومقاطع الطين وأشباه ذلك لا تملك بالإحياء ، ولا يجوز إقطاعها لأحد من الناس ولا احتجازها دون المسلمين ؛ لأن فيه ضرراً بالمسلمين وتضييقاً عليهم^(٤) .

النوع الثالث : الأموال التي تؤول ملكيتها للدولة من الأفراد أو يكون للدولة عليها الولاية .

فالأولى مثل ما يؤول إلى بيت المال كالأموال الضائعة ، أو التي لا وارث لها ؛ لأن « بيت المال وارث من لا وارث له » والثاني مثل الأراضي الخراجية الزراعية التي آلت إلى المسلمين بالفتح كأراضي الشام ومصر والعراق وفارس وما وراءها تعتبر كالمعادن مملوكة للدولة ، وتعتبر اليد القائمة عليها يد اختصاص وانتفاع فقط ، لا يد تملك تام أي (للرقبة والمنفعة معاً) . وإذا كانت أغلب أراضي المسلمين هي أراضي خراجية ، ويد الزراع عليها ليست يد ملك مطلق ، فإن لولي الأمر عند الضرورة أن ينتزع الأراضي من أيدي واضعي اليد عليها ، ويعوضهم عنها إذا اقتضت المصلحة العامة نزعها ، وقد ثبت أن رسول الله ﷺ حرم أرضاً بالمدينة وهو النقيع (موضع معروف بالمدينة) لترعى فيها خيل المسلمين^(٥) أي أنه جعلها مشاعة لجميع الناس ، أي

(١) المغني : ٢٨٢ ، ٥٢٠/٥ .

(٢) نوع من الدواء .

(٣) البرام - بكسر الباء جمع برمة - بضم الباء : وهي القدر من الحجارة .

(٤) المغني : ٥٢٠/٥ .

(٥) روى أحمد وابن حبان عن ابن عمر أن النبي ﷺ حرم النقيع للخيل - خيل المسلمين - ورواه أحمد وأبو داود =

مؤمة للجماعة بتعبير العصر. وحى عمر رضي الله عنه أرضاً بالربذة والشرف (وهما موضعان بين مكة والمدينة) وجعل كلاهما للمسلمين كافة ، فجاء أهلها يشكون قائلين : « يا أمير المؤمنين ، إنها أرضنا ، قاتلنا عليها في الجاهلية وأسلمنا عليها ، علام تحميها ؟ » فأطرق عمر وقال : « المال مال الله ، والعباد عباد الله ، والله لولا ما أحمل في سبيل الله - أي إعداد خيول الجهاد - ما حميت من الأرض شبراً في شبر » وظاهر هذا الأثر أن حمى عمر كان في أرض لأهلها فيها منافع ومرافق بسبب الجوار ، ولم يمنعه من حمايتها على أهلها حين دعت إلى ذلك مصلحة عامة ^(١) ، مثل شركات المياه والكهرباء والنفط وخطوط النقل الجوية والبرية والبحرية ونحوها من المرافق الحيوية ذات النفع العام للبلاد .

القيود الثالث - حقوق الجماعة في ملكيات الأفراد :

للجماعة أو للدولة حقوق في أموال وملكيات الأفراد يترتب على أدائها تفتيت الثروات الضخمة ؛ لأن الإسلام يكره تكديس الأموال واكتنازها وتضخيم الملكيات ^(٢) ، فيجب مساهمة ذوي الحاجات في أموال الأغنياء تحقيقاً للعدالة

= عن الصعب بن جثامة أن النبي ﷺ حى النقيع ، وقال « لا حمى إلا لله ولرسوله » للبخاري منه : « لا حمى إلا لله ولرسوله » وقال : « بلغنا أن النبي ﷺ حى النقيع ، وأن عمر حمى الشرف والربذة » (انظر جامع الأصول : ٣٣١/٣ ، مجمع الزوائد : ١٧١/٤ ، نيل الأوطار : ٢٠٨/٥) ويكون حمى الأرض يجعلها حرماً يمنع غير حاميتها من الرعي والإقامة ، والحمى كان الغرض منه مجرد انتفاع مقصور على الحامي مدة موقوتة تتحدد بصلاحيته المكان للرعي ، فإذا انتهت صلاحيته انتهت حمايته .

(١) الأموال لأبي عبيد : ص ٢٩٤ - ٣٠٢ ، بحث الاستاذ علي الحنيف « الملكية الفردية وتحديدتها في الإسلام » : ص ١٠٨ من كتاب المؤتمر الأول لمجمع البحوث الإسلامية .

(٢) هناك آيات قرآنية كثيرة في هذا المعنى مثل قوله تعالى ﴿ والذين يكتزون الذهب والفضة ولا ينفقونها في سبيل الله فبشرهم بعذاب أليم ﴾ ﴿ ولو بسط الله الرزق لعباده لبغوا في الأرض ولكن ينزل بقدر ما يشاء ﴾ ﴿ كلان الإنسان ليطغى ، أن رآه استغنى ﴾ ﴿ كي لا يكون دولة بين الأغنياء منكم ﴾ ﴿ وابتغ فيما آتاك الله الدار الآخرة ولا تنس نصيبك من الدنيا وأحسن كما أحسن الله إليك ولا تبغ الفساد في الأرض إن الله لا يحب المفسدين ﴾ .

الاجتماعية في توزيع الثروات ، كما يجب على الأغنياء المساهمة في دعم موارد الخزينة العامة للمحافظة على كيان الأمة . وهذه الحقوق العامة للجماعة في أموال الأغنياء أو الموارد المالية للدولة تتلخص فيما يأتي ^(١) :

١- الزكاة : هي تشريع إلزامي في الإسلام يجب على الأغنياء القيام بتنفيذه ، وتقوم الدولة بمجباية الزكوات من أصحاب رؤوس الأموال ، ولها أن تجبرهم على أدائها ، فليست الزكاة صدقة ممتنة ، كما فهم بعض الكتّاب في الصحافة الحديثة ، كما أنها ليست إذلالاً للفقير ، وإنما هي حق مستقيم واجب ديانة وقانوناً ، وهي تؤخذ من الأموال النامية المنتجة ، وهي أربعة أقسام في عرف المسلمين في الماضي :

أ- النعم : وهي الإبل والبقر والغنم التي ترعى أغلب العام في عشب مباح ، ومقادير المأخوذ منها معروفة في كتب السنة والفقهاء .

ب- النقدان : الذهب والفضة بنسبة ربع العشر ٢,٥% ، ويمثلها في عصرنا الأوراق النقدية .

ج- أموال التجارة بنسبة ربع العشر .

د- الزروع والثمار بنسبة العشر فيما يسقى بغير آلة ، ونصف العشر إن كانت تسقى بالآلة .

٢- تأمين حاجيات الدفاع عن البلاد : إذا اقتضت حاجات الدفاع عن الأمة أو الجهاد في سبيل الله بعض الأموال ، ولم يكن في الخزينة العامة ما يكفي لسد تلك الحاجة ، فعلى الدولة أن تفرض في أموال الناس من الضرائب بقدر ما يندفع به الخطر عملاً بالمصالح المرسله ، وقد نص على ذلك كثير من علماء الإسلام مثل الغزالي

(١) انظر اشتراكية الإسلام للسباعي : ص ١٢١ ، ١٢٦ وما بعدها ، التكافل الاجتماعي في الإسلام للأستاذ محمد أبو زهرة . ص ٧٩ وما بعدها .

والقرافي والشاطبي والقرطبي وابن حزم والعز بن عبد السلام وابن عابدين^(١).

٣- كفاية الفقراء : وللدولة أيضاً أن تطالب الأغنياء بإغناء الفقراء ، فهي ممثلة لهم ، قال عليه الصلاة والسلام - فيما يرويه علي بن أبي طالب رضي الله عنه : « إن الله فرض على أغنياء المسلمين في أموالهم بقدر الذي يسع فقراءهم ، ولن يجهد الفقراء إذا جاعوا أو عروا إلا بما يصنع أغنياؤهم ، ألا وإن الله يحاسبهم حساباً شديداً ويعذبهم عذاباً ألياً »^(٢) وقال عليه السلام أيضاً « أيما أهل عَرْصَة (أي بقعة) أصبح فيهم امرؤ جائعاً فقد برئت منهم ذمة الله تبارك وتعالى »^(٣).

وقال عليه الصلاة والسلام أيضاً : « إن في المال حقاً سوى الزكاة »^(٤) ، وقال سيدنا عمر رضي الله عنه : « لو استقبلت من أمري ما استدبرت لأخذت فضول أموال الأغنياء ، فرددتها إلى الفقراء » . قال ابن حزم^(٥) في كتاب المحلى : « فرض على الأغنياء

(١) انظر الوسيط في أصول الفقه للمؤلف : ص ٤٢٤ ، الاعتصام : ١٢١/٢ ، ط التجارية ، الفروق : ١٤١/١ ، ط دار إحياء الكتب ، المستصفى : ٣٠٣/١ ، حاشية ابن عابدين : ٤٢/٢ ، ط الميمنية ، المحلى : ١٥٦/٦ - ١٥٩ ط ١٣٤٩ هـ .

(٢) رواه الطبراني في الأوسط والصغير وقال : تفرد به ثابت بن محمد الزاهد ، قال الحافظ ابن حجر : وثابت ثقة صدوق روى عنه البخاري وغيره ، وبقية رواته لا بأس بهم ، وروي موثقاً على علي رضي الله عنه وهو أشبه (انظر الترغيب والترهيب : ٥٣٨/١ ، مجمع الزوائد : ٦٢/٣) .

(٣) رواه الحاكم وأحمد بلفظ « من احتكر الطعام أربعين ليلة فقد برئ من الله ، وبرئ الله منه ، وأيما أهل عرصة أصبح فيهم امرؤ جائع فقد برئت منهم ذمة الله » وفي إسناده أصح بن زيد وكثير بن مرة ، والأول مختلف فيه ، والثاني قال ابن حزم : إنه مجهول ، وقال غيره : معروف ، ووثقه ابن سعد ، وروى عنه جماعة واحتج به النسائي (انظر نيل الأوطار : ٢٢١/٥) .

(٤) رواه الترمذي عن فاطمة بنت قيس بلفظ « إن في المال حقاً سوى الزكاة » وتلا قوله تعالى ﴿ ليس البر أن تولوا وجوهكم قبل المشرق والمغرب ولكن البر من آمن بالله واليوم الآخر ﴾ . وقال : « إسناده ليس بذلك » (انظر التلخيص الحبير : ص ١٧٧ أحكام القرآن للجصاص : ١٥٣/١) وروى ابن حزم عن ابن عمر أنه قال : « في مالك حق سوى الزكاة » ثم قال : وصح عن الشعبي ومجاهد وطاوس وغيرهم كلهم يقول : في المال حق سوى الزكاة ، ثم ذكر أنه لا خلاف في هذا إلا عن الضحاك بن مزاحم ، وهو ليس بحجة .

(٥) يعتبر ابن حزم بعد أبي ذر الغفاري مفكر الاشتراكية الإسلامية ، فهو أول من نظر في استنباط الأحكام إلى الحياة الإنسانية التي جاءت الأحكام لتنظيمها ، فأحس بمشكلة الفقر في المجتمع ، وأهم مظاهر الفقر : الجوع =

من كل بلد أن يقوموا بقفرائها ، ويجبرهم السلطان على ذلك إن لم تقم الزكوات بهم ولا في سائر أموال المسلمين ، فيقام لهم بما يأكلون من القوت الذي لا بد منه ، ومن اللباس في الشتاء والصيف بمثل ذلك ، وبمسكن يكنهم من المطر والصيف والشمس وعيون المارة»^(١) .

٤ - الإنفاق على الأقارب : يجب على الإنسان أن يكفي أقاربه إذا كانوا محتاجين كالأباء والأجداد والأبناء وفروعهم . وأما الإخوة وفروعهم والأعمام والعمات والأخوال والحالات ، فقد اختلفت المذاهب في أمر الإنفاق عليهم ، فأوجب الحنفية الإنفاق على كل ذي رحم محرم كالعم والأخ وابن الأخ والعمة والعم والحال ، وألزم الحنابلة النفقة لكل قريب وارث بفرض أو تعصيب كالأخ والعم وابن العم ، ولا تجب لذوي الأرحام كبنات العم والحال والحالة .

٥ - صدقات الفطر : تجب صدقة الفطر على الرجل بالنسبة لمن تلزمه نفقتهم من زوجة وولد وخدام .

٦ - الأضاحي : تجب الأضحية مرة في كل عام عند أبي حنيفة ، وهي سنة مؤكدة عند جمهور الأئمة .

٧ - النذور والكفارات : يجب على المسلم أن يفني بنذره إذا نذر أن يتبرع لله بما ، كما يجب عليه الكفارة بإطعام الفقراء والمساكين جزاء لبعض الآثام كالحنث في اليمين والظهار ، أو بسبب الإخلال ببعض الواجبات الدينية كالإفطار في رمضان

= والعري وفقد المأوى ، وهذه في الواقع هي الحاجات الأساسية للبشرية ، ثم قرر أن الزكاة ليست كل الواجب ، وأن الواجب الإسلامي لا يتم إلا بتحقيق وسائل الحياة الكريمة للطبقة الفقيرة ، وبذلك يكون للفقراء حق في أموال الأغنياء غير مقيد بالزكاة ، وأن للدولة أن تأخذ من الأغنياء ما يمكن أن يسد حاجات الفقراء (انظر بحث الدكتور إبراهيم اللبان وموضوعه « حق الفقراء في أموال الأغنياء » المنشور مع بحوث المؤتمر الأول لمجمع البحوث الإسلامية : ص ٢٤٩ وما بعدها .

(١) المحلى : ٤٥٢/٦ م ٧٢٥ .

بالنسبة للعاجز أو الذي ينتهك حرمة الصيام بالجماع نهراً، ونحوه كالواجبات التي تجب أثناء الإحرام بالحج .

وهناك أوجه كثيرة للإنفاق في سبيل الله حث عليها الإسلام، كما أن هناك موارد أخرى لبيت المال كالأوقاف والغنائم، وهو ما يحقق معنى التكافل الاجتماعي في الإسلام .

وهناك أيضاً قيود أخلاقية دينية على الأموال، فينبغي على الدولة ملاحظة المكاسب لمنع الاستغلال واختلال توازن الثروات، مثل تحريم الربا والاحتكار والميسر والغش والتغريب والغبن والتدليس وإتقاص المكيال والميزان ونحوه .

والخلاصة: أن هناك قيوداً كثيرة في الإسلام على حق الملكية الشخصية، منها ما هو قانوني إلزامي، ومنها ما هو أخلاقي ديني يتطلب فهماً صحيحاً وتطبيقاً شاملاً لدين الإسلام؛ لأن الإسلام منهج عام شامل للحياة وكل لا يتجزأ، وتشريعاته حتى العبادات منها يكمل بعضها بعضاً، لمعالجة كل متطلبات الحياة الحديثة وضرورات الاقتصاد المعاصر .

الباب الثاني توابع الملكية

وتشمل اثني عشر فصلاً:

موقف الإسلام في
مصر

الفصل الأول

أحكام الأراضي

الأراضي الخاضعة للسلطة الإسلامية إما جديدة آلت إلى المسلمين بالاستيلاء أو الفتح، وإما قديمة استقر بها المسلمون. وسنبحث هذين النوعين على النحو التالي:

أولاً- أحكام الأراضي المستولى عليها بالفتح.

ثانياً- أحكام الأراضي المستقرة في داخل الدولة.

ونبدأ بالنوع الأول.

أولاً- أحكام الأراضي المستولى عليها بالفتح:

الأراضي التي استولى عليها المسلمون تنقسم إلى ثلاثة أقسام: أرض ملكت عنوة وقهراً، وأرض ملكت عفواً لجلأ أهلها عنها، وأرض استولى عليها صلحاً.

١- الأراضي التي فتحت عنوة:

تنتقل ملكية الأراضي إلى الفاتحين بمجرد الاستيلاء عليها عند الملكية على المشهور، والحنبلة والشيعة الإمامية والزيدية؛ لأنها مال زال عنه ملك المحاربين بالاستيلاء عليه، فصار كالمباح تسبق إليه اليد، فيتم تملكه بإحرازه.

وعند الشافعية : تملك الأراضي والمنقولات بالاستيلاء والقسمة بالتراضي أو اختيار تملكها .

وعند الحنفية : لا تنتقل ملكية الأراضي إلا بالضم إلى دار الإسلام أو حيازتها فعلاً ، وجعلها جزءاً من دار الإسلام .

وموات الأرض التي فتحت عنوة أو صلحاً لا يملك إلا بالإحياء بالاتفاق^(١) .

واختلف الفقهاء في حكم مالك هذه الأرض بعد الاستيلاء عليها :

أ - فذهب جمهور الصحابة والشافعية والظاهرية^(٢) : إلى أنه تنتقل ملكية هذه الأراضي من أصحابها إلى المسلمين ، كالغنائم ، الخمس لمن ذكرتهم آية الغنائم : ﴿ واعلموا أنما غنمتم من شيء فإن لله خمسه وللرسول .. ﴾ والغنائم ما أخذ من أموال أهل الحرب عنوة بطريق القهر والغلبة .

والأربعة الأخماس الباقية للغنائم . فإن طابت بتركها نفوس الغنائم بعوض أو غيره ، وقفها ولي الأمر على مصالح المسلمين .

ب - وقال المالكية في المشهور عندهم ، والإمامية^(٣) : تصبح هذه الأراضي وقفاً على المسلمين ، بمجرد الحيازة ، دون أن تحتاج إلى وقف الإمام ، ولا تكون ملكاً لأحد ، ويصرف خراجها^(٤) في مصالح المسلمين من أرزاق المقاتلة ، وبناء القناطر والمساجد ،

(١) الحرشي ، الطبعة الثانية : ١٢٨/٣ ، تأسيس النظر للدبوسي : ص ٥٧ ، مغني المحتاج : ٢٣٤/٤ ، المهذب : ٢٤١/٢ ، القواعد لابن رجب : ص ١٨٩ ، ٤١١ وما بعدها ، المغني : ٤٢٢/٨ ، مفتاح الكرامة : ٧/٧ ، البحر الزخار : ٢١٥/٢ .

(٢) الأم : ١٠٣/٤ ، ١٩٢ ، مخطوط الروضة للنووي : ٢ ق ٢٤/ب ، المحلى : ٢٤١/٧ .

(٣) الحرشي : ١٢٨/٣ ، ط ثانية ، المدونة : ٢٧/٣ ، الخطاب : ٣٦٦/٣ ، القوانين الفقهية : ص ١٤٨ ، ط تونس ، الكافي للكليني : ٦٢٦/١ ، مفتاح الكرامة : ٢٣٩/٤ وما بعدها ، الشرح الرضوي : ص ٣١٠ ، الروضة البهية : ٢٢٢/١ ، المختصر النافع في فقه الإمامية : ص ١٢٨ .

(٤) الخراج لغة : هو ما حصل عليه من ريع أرض أو كرائها أو أجرة غلام ونحوه ، ثم سمي ما يأخذه السلطان خراجاً ، فيقع على الضريبة والجزية ومال الفيء ، ويختص في الغالب بضريبة الأرض .

وغيرها من سبل الخير، إلا أن يرى ولي الأمر في وقت من الأوقات أن المصلحة تقتضي القسمة .

ج - وقال الخنابلة في أظهر الروايات عن أحمد^(١) : إن الإمام يفعل ما يراه الأصلح من قسمتها ووقفها ، نظير خراج دائم يقرر عليها كالأجرة ، وتكون أرضاً عشرية خراجية ، العشر على المستغل ، والخراج على رقبة الأرض .

د - وقال الحنفية والزيدية^(٢) : الإمام بالخيار ، إن شاء قسمها بين المسلمين ، كما فعل رسول الله ﷺ بخيبر ، وإن شاء أقر أهلها عليها ، ووضع على رؤوسهم الجزية ، وعلى أراضيهم الخراج ، فتكون أرض خراج ، وأهلها أهل ذمة . قال ابن عابدين : القسمة بين الغنمين أولى عند حاجتهم ، وتركها بيد أهلها أولى عند عدم الحاجة لتكون عدة للمسلمين في المستقبل .

الأدلة :

يتضح مما سبق أن الفقهاء متفقون على جواز قسمة الغنائم بين الغنمين ، لعموم قوله تعالى ﴿ واعلموا أنما غنمتم من شيء ، فإن لله خمسه وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل .. ﴾ أي أن خمس الغنيمة لمن ذكرتهم الآية ، أو للدولة ، والأربعة الأخماس الباقية ملك للغنمين من غير خلاف بين الأئمة ، بدليل إسناد الحق في الغنيمة للغنمين في قوله تعالى : ﴿ غنمتم ﴾ أسنده إليهم إسناد الملك إلى مالكة .

وبدليل ما بينته السنة بقوله ﷺ وفعله ، أما قوله فثل : « أيما قرية أتيتها

(١) زاد المعاد : ١٧٢/٢ ، الشرح الكبير للمقديسي : ٥٢٨/١ ، المحرر : ١٧٨/٢ ، أحكام أهل الذمة لابن القيم : ص ١٠٢ .

(٢) المبسوط : ١٥/١٠ ، ٣٧ ، درر الحكام : ٢٨٥/١ ، فتح القدير : ٣٠٢/٤ ، حاشية ابن عابدين : ٣١٦/٣ ، ٣٥٢ ، البحر الزخار : ٩١٢/٢ .

وأقمت بها فسهمكم فيها ، وأيا قرية عصت الله ورسوله ، فإن خمسها لله ورسوله ، ثم هي لكم^(١) ، فالمراد بالقرية الأولى : الفيء ، ويصرف مصارفه ، والمراد بالقرية الثانية : ما أخذ عنوة ، فيكون غنية يخرج منه الخمس ، وباقيه للغانمين ، وهو معنى قوله : « ثم هي لكم » أي باقيها .

وأما ما فعله عليه الصلاة والسلام : فالثابت عنه أنه قسم خيبر بين الغانمين بعد أن فتحت عنوة أي قهراً لا صلحاً ، وقسم أيضاً أموال بني قريظة وبني النضير^(٢) كما ذكر ابن القيم في زاد المعاد .

وأما المدينة ففتحت بالقرآن وأسلم عليها أهلها فأقرت بحالها . وأما مكة ففتحتها الرسول ﷺ عنوة ، ولم يقسمها .

وقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه : « أما والذي نفسي بيده ، لولا أن أترك آخر الناس بيّناً^(٣) ، ليس لهم شيء ، ما فتحت علي قرية إلا قسمتها كما قسم رسول الله ﷺ خيبر ، ولكنني أتركها خزانة لهم ، يقتسمونها^(٤) ، فكان رأي عمر أن يترك الأرض ولا يقسمها .

هل القسمة ملزمة للإمام أم له الخيار في أمور أخرى ؟

أ- قال الشافعية والظاهرية : يجب قسمة الأراضي بين الغانمين ، كسائر الأموال ، عملاً بمقتضى القرآن والسنة ، إذ لا فرق بين العقار والمنقول ، وعموم آية

(١) رواه أحمد ومسلم وأبو داود (شرح مسلم للنووي : ٦٩/١٢ ، الأموال لأبي عبيد : ص ٥٧) .

(٢) انظر شرح مسلم : ٩١/١٢ ، ١٦٤ ، عيني بخاري : ٤٦/١٥ ، سنن أبي داود : ٢١٧/٣ ، زاد المعاد : ٦٨/٢ ، نيل الأوطار : ١٢/٨ .

(٣) البيان : المعدم الذي لا شيء له . والمعنى : لولا أني أتركهم فقراء معدومين لاشيء لهم أي متساوين في الفقر ، لأنه إذا قسم البلاد المفتوحة على الغانمين بقي من لم يحضر الغنينة ، ومن يجيء بعد من المسلمين بغير شيء منها ، فذلك تركها لتكون بينهم جميعاً (فتح الباري : ٣٩٥/٧ ، النهاية لابن الأثير : ٦٩/١) .

(٤) صحيح البخاري : ٨٦/٤ .

الغنائم: ﴿واعلموا أننا غنمتم...﴾ بوجوب القسمة يتفق مع فعله ﷺ الذي يجري مجرى البيان للمجمل، فضلاً عن العام^(١).

وأما آية الحشر: ﴿وما أفاء الله على رسوله منهم..﴾ فهي في الفيء (أي الأموال الآيلة للمسلمين بدون قتال) على ما هو الظاهر منها.

وإذا لم يقسم الإمام الأرض، فعليه أن يستطيب الغنائم، كما استطاب رسول الله ﷺ أنفس الغنائم يوم حنين ممن صار في يديه سبي هوازن، وكما فعل في خيبر وبني قريظة^(٢)، وكما استطاب عمر بن الخطاب الغنائم بعد فتح سواد العراق بعوض أو بغيره، فصارت الأرض وقفاً أي فيئاً للمصالح العامة بعد أن كانت غنمية، فقد أعطى عمر جريراً البجلي عوضاً من سهمه، وأعطى امرأة بجلية عوضاً من سهم أبيها؛ لأن حق الغنائم قد ثبت في الغنمية بعد الفتح بالاستيلاء، فلا يملك الإمام إبطال هذا الحق بترك الأرض في أيدي أهلها كالنقول، ومن يطب نفساً منهم فهو أحق بحقه^(٣).

ب- وقلل المالكية في المشهور عندهم والإمامية^(٤): تصبح الأرض وقفاً بمجرد الاستيلاء عليها، أي كأثر طبيعي لازم دون حاجة لصيغة الإمام، ولا لتطيب أنفس المجاهدين، محتجين بفعل عمر، حيث وقف الأراضي التي افتتحها كصر والشام والعراق.

ج- وقال الحنفية والحنابلة: إن الأصل المقرر أن يكون للإمام الخيار في الأراضي، فله أن يقسمها، وله أن يتركها وقفاً، وعمر رضي الله عنه قد استعمل

(١) بداية المجتهد: ٢٨٨/١، مجمع الزوائد: ٣٤٠/٥.

(٢) رواه البخاري والبيهقي وغيرهما (سنن البيهقي: ٦٤/٩، ١٣٦، البداية والنهاية: ٢٥٢/٤).

(٣) مغني المحتاج: ٢٣٤/٤، شرح المجموع: ٢٧٤/١.

(٤) الخطاط: ٣٦٧/٢، منح الجليل: ٧٣٥/١، بداية المجتهد: ٢٨٧/١، القوانين الفقهية: ص ١٤٨، مفتاح الكرامة: ٦٧.

حقه ، فقرر أن تكون وقفاً ، أي ملكاً للجماعة الإسلامية بأن تكون ملكية الرقبة للدولة ، وملكية المنفعة فقط لأهلها القائمين عليها .

أدلة القائلين بإعطاء الخيار للإمام في وقف الأرض :

استدل هؤلاء ، وهي في الواقع أدلة لعمر بما يأتي :

١ - إن آية الأنفال : ﴿ واعلموا أنما غنمتم .. ﴾ وآيات الحشر : ﴿ وما أفاء الله على رسوله منهم .. ﴾ (٦ - ١٠) واردة في موضوع واحد ، ولكن آية الحشر مخصصة لآية الأنفال ، أي أنه بعد أن كانت الثانية شاملة للأرض والمنقول ، خصتها آية الحشر بما عدا الأرض . أما الأرض فقد أعطت آية الحشر الحق للإمام في أن يتصرف بما يجده من المصلحة : إما أن يقف الأرض ، أو يقرها في أيدي أهلها ويضع عليها الخراج ؛ لأن آية الأنفال توجب التخميس وآية الحشر توجب القسمة بين المسلمين جميعاً دون التخميس ، والدولة مفوضة في الأمر ، فيكون الإمام مخيراً بين التخميس وترك التخميس ، وبذلك يجمع بين الآيتين^(١) ، والجمع بين الأدلة عند كثير من الأصوليين مقدم على القول بالنسخ ، أي بنسخ آية الحشر لآية الأنفال ، كما قال بعضهم^(٢) .

والرسول عليه السلام قد عمل بآية الأنفال ، وعمر قد عمل بآية الفياء ، وليس فعل النبي ﷺ براد لفعل عمر ؛ لأن فعل الرسول إما على سبيل الإباحة لجهالة صفة الفعل منه ، وإما على سبيل الوجوب فهو واجب مخير ، بدليل الآية التي استنبط منها عمر خصلة الواجب الأخرى^(٣) ، قال عمر : فاستوعبت هذه الآية (آية الحشر) الناس

(١) الفياء : ما أخذ بغير قتال ، مصرفاً لمصالح المسلمين يفعل ولي الأمر في ذلك ما يراه مصلحة ، ولا يخمس الفياء عند الجمهور خلافاً للشافعية والزيدية . (بداية المجتهد : ٢٢١/١ ، القوانين الفقهية : ص ١٤٧ ، ١٥٠ ، نهاية المحتاج : ١٠٦/٥ ، البحر الزخار : ٤٤٢/٥) .

(٢) المقدمات للمهدات لابن رشد : ٢٧١/١ وما بعدها .

(٣) مخطوط الدررة اليتيمة في الغنية للشيخ الفزاري : ق ١٠٢ .

إلى يوم القيامة^(١)، وقال أيضاً: «والله مامن أحد من المسلمين إلا وله حق في هذا المال أعطي منه أو منع، حتى راع بعدن»^(٢).

وبناء عليه شملت آية الحشر جميع المؤمنين، وشركت آخرهم بأولهم في الاستحقاق. ولا سبيل إليه إلا بعدم قسمة الأرض، وهو معنى وقفها عند المالكية. وليس معناه الوقف الذي يمنع من نقل الملك في الرقبة، بل يجوز بيع هذه الأرض، كما هو عمل الأمة، وقد أجمع العلماء على أنها تورث، والوقف لا يورث، إلى آخر ما هنالك من فروق^(٣).

٢- ترك رسول الله ﷺ قرى لم يقسمها، وقد ظهر على مكة عنوة^(٤)، وفيها أموال، فلم يقسمها، وظهر على قريظة والنضير، وعلى غير دار من دور العرب، فلم يقسم شيئاً من الأرض غير خيبر. فكان الإمام بالخيار: إن قسم كما قسم رسول الله ﷺ فحسن، وإن ترك كما ترك رسول الله غير خيبر فحسن^(٥).

٣- إجماع الصحابة رضي الله عنهم، على ما ارتآه عمر، حينما فتح سواد العراق، فقد ترك الأراضي في أيدي أهلها، وضرب على رؤوسهم الجزية، وعلى أراضيهم الخراج، بمحض من الصحابة محتجاً بآيات الحشر السابق ذكرها، ولم ينقل أنه أنكر عليه منكر، فكان ذلك إجماعاً منهم. ومن خالف منهم في مبدأ الأمر كبلال وسلمان، عاد فوافق بعدئذ^(٦).

(١) رواه أبو داود (سنن أبي داود: ١٩٥/٣، القسطلاني: ٢٠١/٥).

(٢) رواه ابن أبي شيبة والبيهقي (سنن البيهقي: ٣٥١/٦).

(٣) المنتقى على الموطأ: ٢٢٣/٣ وما بعدها، زاد المعاد: ٦٩/٢.

(٤) كما خرج مسلم في صحيحه، وهو الأصح عند العلماء (بداية المجتهد: ٢٨٨/١).

(٥) القسطلاني شرح البخاري: ٢٠٢/٥، زاد المعاد: ٦٩/٢، الخراج لأبي يوسف: ص ٦٨، القياس لابن تيمية:

ص ٤٠.

(٦) انظر الخراج لأبي يوسف: ص ٢٧، ٣٥، شرح السير الكبير: ٢٥٤/٣، القسطلاني: ٢٠٠/٥، الأموال: ص

٤ - المعقول : إذا قسمت بين الغانمين الأرض المفتوحة التي كادت أن تشمل معظم العالم في أوج الفتوحات الإسلامية ، فماذا يبقى لمن يأتي بعدهم ؟

ومن أين تجد خزانة الدولة نفقاتها لإنفاقها في المصالح العامة للمسلمين ؟

لهذا قال عمر ، بعد أن تلا آيات الفياء في سورة الحشر : « قد أشرك الله الذين يأتون من بعدكم في هذا الفياء ، فلو قسمته لم يبق لمن بعدكم شيء ، ولئن بقيت ليلغن الراعي بصنعاء نصيبه من هذا الفياء ، ودمه في وجهه »

وقال أيضاً : « أرايتم هذه الثغور لا بد لها من رجال يلتزمونها ، أرايتم هذه المدن العظام ، كالشام والجزيرة والكوفة والبصرة ومصر ، لا بد لها من أن تشحن بالجيش وإدراار العطاء عليهم ، فمن أين يعطى هؤلاء إذا قسمت الأرضون والعلوج ؟ » فقالوا جميعاً : الرأي رأيك ، فنعم ما قلت وما رأيت ^(١) .

وإذا قسمت الأرض بين الغانمين واشتغلوا بالزراعة ، وتركوا الجهاد ، فسرعان ما تضعف الأمة الإسلامية ، وتصبح نهبة للطامعين ؛ بل إن في ذلك أمراً مهماً بالنسبة للاقتصاد العام ، حيث يحافظ على الإنتاج ، لو تركت الأرض في أيدي أهلها لطول خبرتهم بها ، وتمرنهم على شؤون الزراعة ، بخلاف العرب الذين لم يكونوا يألفون حياة الزراعة والاستقرار في المدينة .

يتلخص من هذه الأدلة : أنه قد حصل بدلالة الآية وإجماع السلف والسنة تخير الإمام في قسمة الأرضين ، أو تركها ملكاً لأهلها ، ووضع الخراج عليها .

وأرجح اعتبار الفياء والغنية بمعنى واحد : وهو كل ما جاء من العدو ، كما تقضي اللغة ، فيخير الإمام بكل منها على حدة بين القسمة وعدمها وفق مقتضيات المصلحة العامة كما رأى عمر رضي الله عنه .

(١) شرح السير الكبير : ٢٥٤/٣ ، الخراج لأبي يوسف : ص ٢٤ وما بعدها ، الأموال لأبي عبيد : ص ٥٧ ، فتوح البلدان : ص ٢٧٥ .

٢- الأرض التي جلا عنها أصحابها خوفاً :

هذا النوع الثاني من الأرضين هو المعروف لدى الفقهاء بالفياء : وهو المال الذي حصل من الحربين بلا قتال ولا إيجاف خيل ولا ركاب ، كالجزية والعشور التجارية^(١) .

وحكها أنها تنتقل ملكيتها إلى بيت المال بالاستيلاء عليها ، وتصير أملاك دولة ، وعبر عنها الفقهاء بأنها تصير وقفاً : أي ملكاً للأمة الإسلامية بمجرد الاستيلاء عليها ، ويضع الإمام عليها خراجاً يؤخذ كأجرة ممن يعامل عليها من مسلم أو معاهد . وصيرورتها وقفاً لأنها ليست غنمية ، فكان حكمها حكم الفياء يكون للمسلمين كلهم . ولم يختلف في هذا فقهاؤنا بالنسبة للعقار ، إلا أن الشافعية والحنابلة في قول عندهم ذكروا أن وقفها يحتاج إلى صيغة من الإمام ، لتصبح هذه الأرض وقفاً ، والراجح خلافه^(٢) .

أما المنقول في الفياء : فيوقف أيضاً عند الجمهور ، ويصرف لمصالح المسلمين ، أي الأمر فيه للإمام يفعل ما يراه مصلحة . ويخمس عند الشافعية المنقول كالغنمية ؛ لأن آية الفياء : ﴿ ما أفاء الله على رسوله ﴾ مطلقة ، وآية الغنمية : ﴿ واعلموا أننا غنم من شيء ﴾ مقيدة ، فحمل المطلق على المقيد ، جمعاً بينهما لاتحاد الحكم ، فإن الحكم واحد ، وهو رجوع المال من الحربين للمسلمين ، وإن اختلف السبب بالقتال وعدمه^(٣) .

غير أن مذهب الجمهور في هذا أصح ، ودليلهم ما روى مالك بن أنس عن عمر ،

-
- (١) بداية المجتهد : ٣٨٩/١ ، المهذب : ٢٤٧/٢ ، نهاية المحتاج : ١٠٥/٥ ، أحكام أهل الذمة لابن القيم : ص ١٠٦ .
(٢) فتح القدير : ٣٥٣/٤ ، الخراج : ص ٢٢ ، الشرح الكبير للدردير : ١٧٥/٢ ، القوانين الفقهية : ص ٦٦ ، الأحكام السلطانية للساوردي : ص ١٣٣ ، ولأبي يعلى : ص ١٢٢ ، مغني المحتاج : ٩٩/٣ ، الشرح الكبير للمقدسي : ٥٤٢/١٠ ، كشف القناع : ٧٥/٣ ، ط أنصار السنة ، المحرر : ١٧٩/٢ .
(٣) زاد المعاد : ٢٢٠/٣ ، القوانين الفقهية : ص ١٤٨ ، ط تونس ، مغني المحتاج : ٩٢/٣ .

قال : كانت أموال بني النضير مما أفاء الله على رسوله مما لم يوجب عليه المسلمون بخيل ولا ركاب ، فكانت للنبي ﷺ خاصة ، فكان ينفق على أهله نفقة سنة ، وما بقي يجعله في الكراع (الخيول) والسلاح عُدَّة في سبيل الله ^(١) .

فقوله : « كانت للنبي ﷺ خاصة » يؤيد مذهب الجمهور في أنه لا يخمس الفيء ، إذ من المعروف أن فدك والعوالي (أموال بني النضير في المدينة) ^(٢) كانت للرسول ﷺ خاصة ، ولمن بعده من الأئمة ، لقوله تعالى : ﴿ وما أفاء الله على رسوله منهم .. ﴾ ﴿ ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فلله وللرسول ﴾ أراد أن الفيء لا يقسم كالغنائم ، بدليل قوله تعالى : ﴿ كيلا يكون دولة بين الأغنياء منكم ﴾

وإذا أراد الإمام تفريق الفيء بين المسلمين اتخذ ديواناً يحفظهم ويرتبهم ، ويجعل العطاء على حسب ما يتيسر له شهرياً أو غيره ^(٣) .

٣- الأرض التي فتحت صلحاً :

يتحدد حكم هذا النوع من الأراضي بموجب عقد الصلح ، فهو إما أن يقع الصلح على أن تكون الأرض للمسلمين ، وإما أن يقع على أن تكون الأرض لأصحابها كأرض اليمن والحيرة .

ففي الحالة الأولى : تصبح الأرض وقفاً للمسلمين ، كأرض العنوة ، وتعتبر من بلاد الإسلام ، كالأرض التي جلا عنها أهلها ؛ لأن النبي ﷺ فتح خيبر ، وصالح أهلها على أن يعمروا أرضها ، ولهم نصف ثمرتها ، فكانت للمسلمين دونهم . قال ابن عمر رضي الله عنها : « عامل النبي ﷺ خيبر بشرط ما يخرج منها من ثمر أو زرع » ^(٤) ، وصالح

(١) شرح مسلم : ٧٠/١٢ ، قال النووي : كانت أموال بني النضير أي معظمها .

(٢) سيرة ابن هشام : ٣٣٧/٢ .

(٣) البحر الزخار : ٤٤٢/٥ ، المهذب : ٢٤٨/٢ .

(٤) رواه البخاري والبيهقي وأبو داود (صحيح البخاري : ١٠٥/٢ ، ١٤٠/٥ ، سنن البيهقي : ١١٢/٦ ، سنن أبي

داود : ٣٥٧/٢) .

النبي بني النضير على أن يجليهم من المدينة، ولهم ما أقلت الإبل من المتعة والأموال إلا الحلقة (السلاح) وكانت مما أفاء الله على رسوله^(١).

ويوضع على هذه الأرض الخراج، ويكون تابعاً لها، فإذا اشترى مسلم بعضاً منها، ظل ملتزماً بضريبة الخراج؛ لأنه يعتبر أجرة في نظير الانتفاع بالأرض، وهذا أمر متفق عليه بين الفقهاء^(٢).

وفي الحالة الثانية: تكون الأرض ملكاً لأهلها بموجب الصلح، باتفاق الفقهاء، ويلتزم المسلمون بتنفيذ شروط الصلح كاملة، ما دام هؤلاء قائمين على الصلح، ولكن يوضع الخراج على الأرض يؤدونه عنها، ويكون لبيت المال^(٣)، وهذا الخراج يعتبر في حكم الجزية، فقتى أسلموا سقط عنهم عند الجمهور والشيعه الإمامية^(٤)، بدليل ما كتب عمر بن عبد العزيز لعماله: ولا خراج على من أسلم من أهل الأرض.

أما عند الحنفية والشيعه الزيدية: فلا يسقط؛ لأن الخراج عندهم فيه معنى المؤنة ومعنى العقوبة، ولذا يبقى على المسلم ولا يتبدأ به^(٥).

وتعتبر دار هؤلاء المصالحين دار عهد أو صلح عند الشافعية وبعض الحنابلة^(٦)،

(١) الشرح الكبير لابن قدامة المقدسي: ٥٤٢/١٠.

(٢) المدونة: ٢٦/٣، المنتقى على الموطأ: ٢١٩/٣، الحرشي: ١٤٩/٣، ط ثانية، كشاف القناع: ٧٥/٣، المحرر:

١٧٩/٣، أحكام أهل الذمة: ص ٥١٠٦، مفتاح الكرامة: ٢٤٩/٤، المختصر النافع: ص ١٤.

(٣) الخراج: ص ٦٣، تبين الحقائق: ٢٧٤/٣، حاشية ابن عابدين: ٥٢/٢، حاشية الدسوقي: ١٧٥/٢، القوانين

الفقهية: ص ١٤٨، الأم: ١٠٣/٤، ١٩٣، الشرح الكبير للمقدسي: ٥٤٢/١٠، أحكام أهل الذمة: ص ١٠٥،

غاية المنتهى: ٤٦٧/١، ويلاحظ أن هذه المصادر عند الحنابلة تقر وجود الخراج لنا لكن ورد في كشاف

التتبع: ٦٨٦/٣ باب حكم الأرضين المغنومة: لا خراج على أرض صلح أهلها على أن الأرض لهم، كأرض

الين والحيرة، كما لا خراج على ما أحياه المسلمون كأرض البصرة.

(٤) لباب اللباب: ص ٧٣، سنن البيهقي: ١٤١/٩، المحرر في الفقه الحنبلي: ١٧٩/٢، مفتاح الكرامة: ٢٣٩/٤،

المختصر النافع: ص ١١٤.

(٥) التلويح على التوضيح: ١٥٢/٢، المنتزع المختار: ٥٧٥/١.

(٦) الاحكام السلطانية للماوردي: ص ١٢٣، ولاي يعلى: ص ١٢٣، كشاف القناع: ٧٥/٣.

وعند الجمهور تعتبر الدار بالصلح دار إسلام ، ويصير أهلها أهل ذمة تؤخذ منهم الجزية .

ثانياً- أحكام الأراضي في داخل الدولة :

الأراضي نوعان : أرض مملوكة وأرض مباحة . والمملوكة نوعان : عامرة وخراب ، والمباحة نوعان أيضاً : نوع هو من مرافق البلد للاحتطاب ورعي المواشي ، ونوع ليس من مرافقها وهو الأرض الموات أو ما يسمى الآن أملاك الدولة العامة ، والمقصود بالأرض العامرة هي التي ينتفع بها من سكنى أو زراعة أو غيرها . وأما الأرض الخراب فهي المعروفة بالأرض المملوكة العامرة : وهي التي انقطع ماؤها أو لم تستغل بسكنى أو استثمار أو غيرها . وسنعطي هنا فكرة إجمالية عن حكم كل أرض .

أ- حكم الأرض المملوكة العامرة : هو أنه لا يجوز لأحد أن يتصرف فيها من غير إذن صاحبها .

ب- حكم الأرض الخراب التي انقطع ماؤها : هذه الأرض ملك لصاحبها ، وإن طال الزمان على خرابها ، حتى إنه يجوز له بيعها وهبتها وإجارتها وتورث عنه إذا مات هذا إذا عرف صاحبها ، فإن لم يعرف ، فحكمها حكم اللقطة .

وأما الكلاً^(١) الذي ينبت في أرض مملوكة فهو مباح للناس غير مملوك لأحد ، إلا إذا قطعه صاحب الأرض ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « الناس شركاء في ثلاث : الماء والكلاً والنار »^(٢) فإذا قطع الكلاً صاحب الأرض وأحزره صار مملوكاً له ؛ لأنه

(١) الكلاً : الحشيش أو العشب الذي ينبت في الأرض من غير صنع أحد .

(٢) رواه أحمد وأبو داود عن بعض أصحاب النبي ﷺ بلفظ « المسلمون شركاء في ثلاثة : في الماء والكلاً والنار » ويلفظ « الناس شركاء .. » ورواه ابن ماجه عن ابن عباس ، وزاد « وثمنه حرام » ورواه الطبراني في معجمه عن ابن عمر ، ورواه غيرهم (راجع تحقيق وتخريج أحاديث تحفة الفقهاء : ٤٣٠/٢ وما بعدها ، نصب الراية : ٢٩٤/٤ ، سبل السلام : ٨٦٣) .

استولى على مال مباح غير مملوك فيملكه كالماء المحرز في الأواني والظروف وسائر المباحات ، قال صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : « من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو له »^(١) .

والمروج غير المملوكة ، والآجام^(٢) غير المملوكة ، والسك وسائر المباحات كالطير ، تعتبر في حكم الكلاء .

وأما الحطب والقصب في الأجمة المملوكة : فليس لأحد أن يقطعها إلا بإذن المالك ؛ لأن ذلك مملوك لصاحب الأجمة ينبت على ملكه ، وإن لم يوجد منه الإنبات أصلاً ؛ لأن ملك القصب والحطب مقصود من ملك الأجمة ، فيملك بملكها ، بخلاف الكلاء ، فإنه غير مقصود ، وإنما المقصود زراعة الأرض^(٣) .

وإذا كان الكلاء مستنبتاً في أرض مملوكة ، بفعل صاحبها وسقيه ، كان ملكاً خاصاً له .

٣- حكم الأرض الموات : الأرض الموات كما عرفنا نوعان :

أحدهما : ما كان من مرافق أهل بلدة يستعمل مرعى للمواشي ومحتطباً لهم أو مقبرة لموتاهم أو ملعباً لصغارهم ، سواء أكانت داخل البلدة أم خارجها ، فيكون حقاً لهم لا مواتاً ، فلا يجوز للإمام أن يقطعها لأحد ، لما يترتب عليه من الأضرار بأهل البلدة ، ولكن ينتفع بالحطب والقصب الذي في هذه الأرض من قبل أهل البلدة وغيرهم ، وليس لهم أن يمنعوها عن غيرهم ؛ لأنها ليست مملوكة لهم .

والحد الفاصل فيما يعتبر قريباً من البلدة : هو المكان الذي يسمع فيه الرجل صوت الشخص الذي يناديه من آخر أرض مملوكة ، فإذا لم يسمع الصوت ، فهو موات

(١) رواه أبو داود عن أسمر بن مريض ، وصححه الضياء في المختارة ، وقال البغوي : لأعلم بهذا الإسناد غير هذا الحديث (نيل الأوطار : ٣٠٢/٥ وما بعدها) .

(٢) الاجمة بالتحريك : الشجر الكثير الملتف جمع أجم ، وأجم ، واجمات ، وجمع الجمع آجام

(٣) البدائع : ١٩٢/٦ وما بعدها .

لا يتبع تلك البلدة . ومثل أرض القرية : أرض الملح والقار^(١) والنفط ونحوها مما لا يستغني عنه المسلمون ، فهي لا تعد أرض موات ، فلا يجوز إقطاعها لأحد ، وإنما تكون حقاً لجماعة المسلمين .

والثاني : ما لا يكون تبعاً لقرية من القرى وهو الموات في اصطلاح الفقهاء .

والموات : هو ما لا يملكه أحد ولا ينتفع به من الأراضي لانتقطاع الماء عنه أو لغلبة الماء عليه وما أشبه ذلك مما يمنع الزراعة : بأن غلبت عليه الرمال مثلاً ، ولا يكون مملوكاً لمسلم أو ذمي ، وأن يكون في رأي أبي يوسف بعيداً عن القرية بحيث إذا وقف إنسان في طرف الدور ، فصاح ، لا يسمع الصوت من كان فيه .

إلا أن هذا الشرط الأخير لا يعتبر في ظاهر الرواية ، وإنما يكفي عدم ارتفاع أهل القرية به ، وإن كان قريباً منهم وهو المفتى به عند الحنفية . فإذا كانت الأرض مملوكة لأحد لم تكن مواتاً ، وإذا لم يعرف مالکها فهي لقطه يتصرف بها الإمام .

وإحياء الأرض . معناه إصلاحها ببناء أو غرس أو سقي أو تفجير ماء أو حرث بحيث تصبح الأرض منتفعاً بها^(٢) . أما لو وضع حول الأرض أحجاراً أو تراباً أو حاطها بجائط صغير ، وجعل ذلك حداً ، فإنه لا يملكها ؛ لأن هذا ليس بإحياء للأرض ، وإنما يصير متحجراً ، ويكون أحق بها من غيره باتفاق الأئمة^(٣) ، لقول النبي ﷺ : « من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو أحق به » . وقوله عليه السلام أيضاً « منى مناخ من سبق »^(٤) .

(١) القار : مادة سوداء تظلى بها السفن ، وقيل هو الزفت .

(٢) البدائع ، المرجع السابق : ص ١٩٤ ، تكله فتح القدير : ٨ ص ١٣٦ وما بعدها ، الدر المختار : ٥ ص ٣٠٦ .

(٣) تكله فتح القدير : ص ١٣٨ ، البدائع : ص ١٩٥ ، الدر المختار : ص ٣٠٧ ، المراجع السابقة ، الشرح الكبير للدردير : ٤ ص ٧٠ ، مغني المحتاج : ٢ ص ٣٦٦ ، المغني : ٥ ص ٥١٨ ، ٥٢٨ ، المهذب : ١ ص ٤٢٥ .

(٤) رواه أحمد وأصحاب السنن : أبو داود والترمذي وابن ماجه والبيهقي عن السيدة عائشة رضي الله عنها ، قال الترمذي : حديث حسن . والمناخ : مبرك الإبل ، ومحل الإقامة (راجع تحقيق وتخريج أحاديث تحفة الفقهاء للمؤلف مع الأستاذ المتصر الكتاني : ٣ ص ٤٤٢ ، نيل الأوطار : ٨ ص ٢٢) .

ومن حجر أرضاً ولم يعمرها ثلاث سنين أخذها الإمام ودفعتها إلى غيره؛ لأن التحجير كما قلنا ليس بإحياء، وإنما هو إعلام بوضع الأحجار حول الأرض. وإعطاء المحتجر الحق في ترك الأرض له مدة ثلاث سنين مأخوذ من قول عمر رضي الله عنه: «ليس لمحتجر بعد ثلاث سنين حق»^(١)، ولأن هذه المدة يحتاج إليها لتهيئة الأمور والاستعداد لإتمام الأحياء.

هل يحتاج إحياء الموات إلى إذن الحاكم؟: اختلف العلماء في ذلك، فقال أبو حنيفة والمالكية^(٢): يحتاج إحياء الموات إلى إذن الإمام أو نائبه، لقوله ﷺ: «ليس للمرء إلا ما طبأت به نفس إمامه»^(٣)، فإذا لم يأذن لم تطب نفسه به، فلا يملكه.

وقال الصحابان والشافعية والحنابلة^(٤): يجوز تملك الأرض بالإحياء، وإن لم يأذن الإمام فيه، لقوله ﷺ: «من أحيأ أرضاً ميتة فهي له، وليس لعرق ظالم حق»^(٥) فهذا الحديث أثبت الملك للمحيي من غير اشتراط إذن الإمام، ولأن إحياء الأرض مباح استولى عليه المحيي، فيملكه بدون إذن الإمام، كما لو أخذ إنسان صيداً أو حش كلاً.

(١) رواه أبو يوسف في كتاب الخراج عن سعيد بن المسيب (راجع نصب الراية: ٤ ص ٢٩٠، الخراج: ص ٦٥).

(٢) البدائع: ٦ ص ١٩٤، تكملة فتح القدير: ٨ ص ١٣٦، الدر المختار: ٥ ص ٣٠٩، الشرح الكبير للدردير: ٤ ص ٦٩.

(٣) رواه الطبراني من حديث معاذ بن جبل، وفيه ضعف (نصب الراية: ٣ ص ٤٣٠، ٤ ص ٢٩٠).

(٤) مراجع الحنفية السابقة، مغني المحتاج: ٢ ص ٣٦١، المغني: ٥ ص ٥١٣ وما بعدها.

(٥) روي عن ثمانية: وهم عائشة وسعيد بن زيد، وجابر، وعبد الله بن عمرو بن العاص، وفضالة بن عبيد، ومروان بن الحكم، وعمرو بن عوف، وابن عباس، وحديث عائشة رواه البخاري وغيره (راجع نصب الراية: ٤ ص ٢٨٨، سبل السلام: ٣ ص ٨٢) قال هشام بن عروة في تفسيره «وليس لعرق ظالم حق»: الظالم: أن يأتي الرجل الأرض الميتة لغيره، فيغرس فيها.

هل للبيئر أو النهر في أرض الموات حریم^(١)؟ إذا حفر الرجل بيئراً في برية أو حفر نهراً في أرض موات، فيعتبر الحفر إحياء للأرض، ولكن هل للبيئر أو للنهر حریم؟

اتفق الفقهاء على أن للبيئر والنهر حرماً لا يجوز للآخرين التعدي عليه بإحياء الأرض مثلاً فيه؛ لأن الرسول عليه الصلاة والسلام جعل للبيئر حرماً كما سنين، إلا أنهم اختلفوا في مقدار حریم البيئر. واتفق الحنفية على أن حریم العين خمسمائة ذراع من كل جانب، لقوله ﷺ: «للعين خمسمائة ذراع، وحریم بئر العطن أربعون ذراعاً»^(٢).

وأما حریم البيئر والنهر ففيه خلاف: قال الحنفية: حریم بئر العطن^(٣): أربعون ذراعاً لقوله ﷺ: «من حفر بيئراً فله مما حولها أربعون ذراعاً عطناً»^(٤) لماشيته^(٥).

وأما حریم بئر الناضح^(٦): فعند أبي حنيفة: أربعون ذراعاً، عملاً باطلاق الحديث السابق، ولأن حاجة الناضح تتحقق بأربعين ذراعاً من كل جانب كحاجة بئر العطن.

(١) الحریم: الموضع المجاور حول النهر أو البيئر الذي تجب حمايته.

(٢) قال الزيلعي عن هذا الحديث: غريب. ثم بين أول الحديث من زيادة الزهري (راجع نصب الراية: ٤ ص ٢٩٢).

(٣) بئر العطن بتحريك العين والطاء: هي التي ينزح منها الماء باليد. والعطن: موطن الابل ومبركها، أو مناخها حول الماء.

(٤) أي مبركاً للماشية.

(٥) رواه ابن ماجه والطبراني عن عبد الله بن مفضل. قال ابن حجر: وإسناده ضعيف، لأن فيه اسماعيل بن أسلم، ورواه أيضاً أحمد في مسنده عن أبي هريرة بلفظ: «حریم البيئر أربعون ذراعاً من جوانبها كلها لأعطان الإبل، والغنم، وابن السبيل أو الشارب، ولا يمنع فضل ماء، لمنع به الكلاً» (نصب الراية: ٤ ص ٢٩١ وما بعدها، سبل السلام: ٣ ص ٨٥).

(٦) بئر الناضح: هي التي ينزح منها الماء بالبعير. والناضح: البعير.

وعند الصاحبين : حریم بئر الناضح ستون ذراعاً عملاً بالحديث السابق : « حریم العين خمسمائة ذراع ، وحریم بئر العطن أربعون ذراعاً ، وحریم بئر الناضح ستون ذراعاً » ولأنه قد يحتاج لهذه المسافة لتسيير الدابة للاستقاء .

وأما حریم النهر : فاختلف في تقديره أبو يوسف ومحمد . وقال أبو يوسف ، ورأيه هو المفتى به : يقدر بنصف أرض النهر من كل جانب . وقال محمد : يقدر بقدر عرض النهر من كل جانب ^(١) .

وفائدة تملك الحریم : هي أن من أراد أن يحفر فيه بئراً أو ينتفع به بشيء ، فإنه يمنع منه ، ولمالك الحریم ردم البئر التي تحفر ، أو تضمين الحافر النقصان ، ثم يردمه بنفسه .

وقال المالكية : إن ما يضر بالماء حریم لكل بئر ، ويزاد عليه بالنسبة لبئر الماشية والشرب ما لا يضيق الوارد الذي يشرب من هذه البئر ^(٢) .

وقال الشافعية : حریم البئر المحفورة في أرض الموات : هو بقدر ما يقف فيه النازح منها على رأس البئر ليستقي إن كانت البئر للشرب ، وقدر ما يرفيه الثيران إن كانت للسقي .

وحریم النهر عند الشافعية : هو ملقى الطين وما يخرج منه من الرواسب ، ويرجع فيه إلى أهل العرف في الموضع ^(٣) . واستدلوا بالحديث السابق : « من حفر بئراً فله مما حولها أربعون ذراعاً .. » وبحديث مرسل عن سعيد بن المسيب : « حریم البئر البديء - أي المستحدث - خمسة وعشرون ذراعاً ، وحریم البئر العادية - أي القديمة -

(١) البدائع : ٦ ص ١٩٥ ، تكله فتح القدير : ٨ ص ١٣٩ وما بعدها ، الدر المختار ورد المختار عليه : ٥ ص ٣٠٨ وما بعدها .

(٢) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه : ٤ ص ٦٧ .

(٣) المهذب : ١ ص ٤٢٤ ، مغني المحتاج : ٢ ص ٣٦٣ .

خمسون ذراعاً ، وحریم بئر الزرع ثلاثمائة ذراع»^(١) .

وقال الحنابلة : حریم البئر المستحدث خمسة وعشرون ذراعاً حواليتها ، وحریم البئر القديم خمسون ذراعاً ، بدليل حديث ابن المسيب السابق^(٢) . وسيأتي في بحث إحياء الموات تفصيل الكلام في الحریم .

وقفنا على كتاب

(١) رواه أبو داود في مراسيله عن الزهري عن سعيد بن المسيب . وأخرجه الدارقطني والحلال بإسنادها عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة مرفوعاً إلى النبي ﷺ ، وفيه ابن أبي جعفر ضعيف وهو عند أحمد عن أبي هريرة (نصب الرأية : ٤ ص ٢٩٢ وما بعدها ، تخريج أحاديث تحفة الفقهاء : ٣ ص ٤٣٩) .

(٢) المغني : ٥ ص ٥٤٠ .

الفصل الثاني

إحياء الموات

(استصلاح الأراضي والبناء فيها)

خطة البحث :

الكلام في هذا الموضوع يشمل ما يأتي :

المبحث الأول - تعريف إحياء الموات ومشروعيته والترغيب فيه .

المبحث الثاني - ما يقبل الإحياء من الموات .

المبحث الثالث - كيفية الإحياء وطرقه - التحجير .

المبحث الرابع - شروطه .

المبحث الخامس - أحكامه - تملك الأرض ومقدار ما يملك (الحريم) .

المبحث الأول - تعريف إحياء الموات ومشروعيته والترغيب فيه

شرعاً :

تعريف إحياء الموات : الإحياء لغة : جعل الشيء حياً ، أي ذا قوة حساسة

أو نامية . والموات : ما لا روح فيه ، أو الأرض التي لا مالك لها ، أو الأرض الخراب

الدارسة غير العامرة ، وبإيجاز : هو الأرض التي لم تعمر ، والمراد بإحياء الموات :

التسبب للحياة النامية ، شبهت العمارة بالحياة ، وتعطيها بعدم الحياة ، وإحيائها :

عمارتها .

وشرعاً: الإحياء: إصلاح الأرض الموات بالبناء أو الغرس أو الكِزَاب^(١)، أو غير ذلك. والموات: الأرض التي لا عمارة ولا ماء فيها، ولا يملكها ولا ينتفع بها أحد^(٢). أو هو عند الحنفية الأرض التي تعذر زرعها لاتقطاع الماء عنها، أو لغلبته عليها، غير مملوكة، بعيدة من العامر. أو هو ما سلم عن اختصاص بإحياء أي بسبب إحياء^(٣).

وحد الموات عند الشافعية: ما لم يكن عامراً، ولا حريماً لعامر، قرب من العامر أو بعد^(٤).

ومضمون التعاريف: هو أن إحياء الموات في الغالب: يعني استصلاح الأراضي الزراعية أو جعلها صالحة للزراعة، برفع عوائق الزراعة من أحجار وأعشاب منها، واستخراج الماء، وتوفير التربة الصالحة للزراعة، وإقامة الأسوار عليها أو تشييد البناء فيها.

والإحياء ورد عن الشارع مطلقاً، وما كان كذلك وجب الرجوع فيه إلى العرف؛ لأنه قد يبين مطلقات الشارع، والذي يحصل به الإحياء في العرف أحد خمسة أسباب: تبييض الأرض، وتنقيتها للزرع، وبناء الحائط على الأرض، وحفر الخندق القعير الذي لا يطلع من نزله إلا بمطلع، واستخراج الماء^(٥).

مشروعيته: ثبتت شرعية إحياء الموات بالسنة النبوية في أحاديث كثيرة منها:

- (١) كرب الأرض: قلبها للحرث.
- (٢) القوانين الفقهية: ص ٢٢٩، الشرح الكبير: ٦٦/٤، مغني المحتاج: ٣٦١/٢، كشف القناع: ٢٠٥/٤.
- (٣) الكنز للنسفي مع تبين الحقائق: ٢٤/٦، اللباب مع الكتاب: ٢١٨/١ وما بعدها.
- (٤) مغني المحتاج، المكان السابق.
- (٥) سبل السلام: ٨٢/٣.

« من أحيأ أرضاً ميتة فهي له »^(١) ، « من أحيأ أرضاً ميتة فهي له ، وليس لعرق ظالم حق »^(٢) « من عمر أرضاً ليست لأحد ، فهو أحق بها »^(٣) « من سبق إلى مال لم يسبق إليه مسلم فهو له ، قال : فخرج الناس يتعادون يتخاطون »^(٤) .

دلت هذه الأحاديث على إباحة إحياء الأرض الميتة التي لا مالك لها ، ولم ينتفع بها أحد ، فيحييها الشخص بالسقي ، أو الزرع أو الغرس ، أو البناء ، أو بالتحويط على الأرض بمقدار ما يسمى حائطاً في اللغة . قال عروة : قضى عمر بن الخطاب رضي الله عنه في خلافته وعامة فقهاء الأمصار على أن الموات يملك بالإحياء ، وإن اختلفوا في شروطه .

وتدل الأحاديث أيضاً على أن الشرع رغب في الإحياء ، لحاجة الناس إلى موارد الزراعة ، وتعمير الكون ، مما يحقق لهم رفاهاً اقتصادياً ، ويوفر ثروة عامة كبرى .

المبحث الثاني - الموات القابل للإحياء :

لا تصلح كل أرض للإحياء ، وإنما منها ما يقبل الإحياء ، ومنها ما لا يقبل . وقد اتفق الفقهاء على أن الأرض التي لم يملكها أحد ، ولم يوجد فيها أثر عمارة وانتفاع ، تملك بالإحياء .

(١) رواه أحمد والترمذي وصححه عن جابر بن عبد الله ، قال الترمذي : هذا حديث حسن صحيح . وقد رواه ثمان من الصحابة .

(٢) رواه أحمد وأبو داود والترمذي ، وقال : هذا حديث حسن .

(٣) رواه مالك في موطئه ، وأحمد والبخاري وأبو داود عن عائشة . قال ابن عبد البر : وهو مسند صحيح متلقى بالقبول عند فقهاء المدينة وغيرهم . وروى أبو عبيد في الأموال عن عائشة « من أحيأ أرضاً ليست لأحد فهو أحق بها » .

(٤) رواه أبو داود عن أسمر بن مضر . ومعنى يتعادون يتخاطون : المعادة : الإسراع بالسير . ويتخاطون : يعملون على الأرض علامات بالخطوط ، وهي تسمى الخطط ، جمع خطة بكسر الخاء (راجع الأحاديث كلها في نيل الأوطار : ٣٠٢/٥ ، نصب الرأية : ٢٨٨/٤ وما بعدها) .

كما اتفقوا على أن الأراضي التي لها مالك معروف بشراء أو عطية، لم ينقطع ملكه، لا يجوز إحيائها لأحد، غير أصحابها.

واختلفوا في أنواع أخرى من الأرض^(١):

النوع الأول: ماملك بالإحياء، ثم ترك حتى دثر (درس) وعاد مواتاً:

قال الشافعية والحنابلة^(٢): لا يملك بالإحياء؛ لأن الأحاديث التي أجازت الإحياء مقيدة بغير المملوك: «من أحيأ أرضاً ميتة ليست لأحد» «ليس لعرق ظالم حق»، ولأن سائر الأموال لا يزول الملك عنها بالترك.

وقال أبو يوسف من الحنفية^(٣). يملك بالإحياء، ما لا يعرف له مالك بعينه إذا كان بعيداً من القرية، بحيث إذا وقف إنسان جهوري الصوت في أقصى العمران من دور القرية، فصاح بأعلى صوته، لم يسمع الصوت فيه. وعند محمد: إن ملكت في الإسلام لا تكون مواتاً، وإذا لم يعرف مالکها تكون لجماعة المسلمين. وظاهر الرواية المفتى به: عدم ارتفاق البلدة به كما سنذكر.

وقال المالكية^(٤): يملك بالإحياء ما اندرس من عمارة الأرض، لعموم الحديث: «من أحيأ أرضاً ميتة فهي له»، ولأن أصل هذه الأرض مباح، فإذا تركت حتى تصير مواتاً، عادت إلى الإباحة.

النوع الثاني: ما يوجد فيه آثار ملك قديم من الجاهلية كآثار الروم ومساكن

(١) المغني: ٥١٣/٥ وما بعدها، كشف القناع: ٢٠٦/٤.

(٢) مغني المحتاج: ٣٦٢/٢، المهذب: ٤٢٣/١، المغني: ٥١٤/٥، كشف القناع: ٢٠٦/٤.

(٣) الكتاب مع اللباب: ٢١٩/٢، تبين الحقائق: ٣٥/٦، الدر المختار: ٣٠٧/٥.

(٤) الشرح الكبير: ٦٦/٤، ٦٨، الشرح الصغير: ٨٧/٤.

ثود ونحوها يملك بالإحياء في المذاهب الأربعة^(١)، وهو الأظهر عند الشافعية، إذ لا حرمة لملك الجاهلية، ولقوله ﷺ: «عادي الأرض لله ولرسوله ثم هو بعد لكم»^(٢) أي قديم الخراب بحيث لم يملك في الإسلام.

والرأي الثاني للشافعي: أنه لا يملك بالإحياء، لأنه ليس بموات.

النوع الثالث: ما جرى عليه الملك في الإسلام لمسلم أو ذمي غير معين، أي لم يعرف مالكة: يملك بالإحياء عند الحنفية والمالكية، وفي رواية عن أحمد، لعموم الأخبار الواردة في مشروعية الإحياء، ولأنه أرض موات لا حق فيها لقوم بأعيانهم، فأشبهت ما لم يمر عليه ملك مالك.

وقال الشافعية: هو مال ضائع، أمره إلى الإمام الحاكم في حفظه إلى ظهور مالكة، أو يبيعه وحفظ ثمنه واستقراضه على بيت المال، أي لا يملك بالإحياء.

والصحيح عند الحنابلة: أنه لا يملك بالإحياء، فلا أثر لإحيائه ويكون فيئاً بمنزلة ما جلا عنه الأعداء خوفاً منا، أي يوزع في سبيل المصالح العامة^(٣).

والخلاصة: أن الشافعية والحنابلة متفقون على أنه لا يملك بالإحياء، والحنفية والمالكية يقولون بجواز إحيائه.

توضيح آراء المذاهب في الموات القابل للإحياء:

يحسن بيان رأي كل مذهب على حدة فيما يقبل الإحياء.

١- مذهب الحنفية^(٤): الأرض الموات: هي أرض خارج البلد، لم تكن ملكاً

(١) المراجع السابقة .

(٢) رواه عن طاوس سعيد بن منصور في سننه وأبو عبيد في الأموال (الغني، المكان السابق).

(٣) المراجع السابقة .

(٤) اللباب شرح الكتاب: ٢١٩/٢ وما بعدها، البدائع: ١٩٤/٦، تبين الحقائق: ٢٤/٦، الدر المختار ورد المختار:

٢٠٧/٥، تكله الفتح: ١٣٦/٨ .

لأحد، ولا حقاً له خاصاً. ففي داخل البلد لا يكون موات أصلاً، وكذا ما كان خارج البلدة من مرافقها، محتطباً لأهلها، أو مرعى لهم. فلا يجوز إحياء ما قرب من العامر؛ لأنه من مرافقه التابعة له ويترك مرعى لأهل القرية، ومطرحاً لحصائدهم، لتحقق حاجتهم إليها، فلا يكون مواتاً كالطريق والنهر.

فالمهم في الأرض غير المملوكة: عدم الارتفاق من أهل البلد، سواء قربت من العامر أم بعدت. وهذا هو ظاهر الرواية وهو قول الأئمة الثلاثة، وهو المفتى به عند الحنفية.

٢- مذهب المالكية^(١): موات الأرض: ما سلم عن اختصاص بإحياء (أي بسبب إحياء لها بشيء) أو بسبب كونه حريم عمارة كحتطب أو مرعى لبلد. فإذا اندرست عمارتها من بناء أو غرس أو تفجير ماء ونحوها، لا يزول ملكها عن أحيائها، إلا بإحياء جديد من غيره بعد اندراسها بمدة طويلة يقدرها عرف الناس، فتصبح حينئذ ملكاً للمحي الثاني.

وذلك سواء أكانت الأرض قريبة من العمران أم بعيدة من العمران، إلا أن الأولى يفتقر إحيائها إلى إذن الحاكم.

٣- مذهب الشافعية^(٢): حد الموات: ما لم يكن عامراً، ولا حريماً لعامر قرب من العامر أو بعد. أو هو الأرض التي لم تعمّر قط في بلاد الإسلام. ولا يملك بالإحياء حريم معمور: وهو ما تمس الحاجة إليه لتام الانتفاع، مثل مرتكض الخيل ومناخ الإبل ومطرح الرماد ونحوها.

٤- مذهب الحنابلة^(٣): الموات: هو الأرض التي ليس لها مالك، ولا بها ماء،

(١) الشرح الكبير: ٦٦/٤، الشرح الصغير: ٨٧/٤ وما بعدها، القوانين الفقهية: ص ٣٣٩.

(٢) مفتي المحتاج: ٣٦١/٤، ٣٦٣، للهدب: ٤٢٣/١.

(٣) كشف القناع: ٢٠٥/٤، المغني: ٥١٣/٥ وما بعدها، ٥١٦.

ولا عمارة، ولا ينتفع بها. أو هي الأرض المنفكة عن الاختصاصات وملك معصوم : مسلم كان أو كافر. لكن لا يجوز إحياء ما قرب من العامر وتعلق بمصالحه من طرقه ومسيل مائه ومطرح قامته وملقى ترابه وآلاته، والمتعلق بمصالح القرية كفنائها ومرعى ماشيتها ومختطبها وطرقها ومسيل مائها، والحد الفاصل بين القريب والبعيد يتحدد بالعرف .

والخلاصة : أن المذاهب متقاربة في أصلها ومختلفة في بعض الشروط والقيود .

المبحث الثالث - كيفية الإحياء وطرقه :

إحياء الأرض الموات : يكون باستصلاحها للزراعة بحسب عرف الناس وعاداتهم ، كما قرر الشافعية ، لكن للمذاهب آراء في الموضوع .

قال الحنفية^(١) : إصلاح الأرض الموات يكون بالبناء أو الغرس أو الكراب (قلبها للحرث) ، أو إقامة المسنّاة (السد : وهو ما بيني ليرد ماء السيل ، والمراد هنا الجسر) ، أو شق النهر، أو إلقاء البذور، أو السقاية مع حفر الأنهار، أو التحويط والتسليم بحيث يعصم الماء ؛ لأنه من جملة البناء .

وعن محمد : أن المحيي لو حفر النهر، ولم يسق الأرض أو فعل العكس ، يكون فعله تحجيراً لا إحياء .

وقال المالكية^(٢) : الإحياء يكون بالبناء والغرس والزراعة والحرث وإجراء المياه فيها وغيرها من أحد أمور سبعة هي :

الأول : بتفجير ماء لبر أو عين ، فيملك به ، وكذا تملك الأرض التي تزرع به .

والثاني : بإزالة الماء منها حيث كانت الأرض غامرة بالماء .

(١) تبين الحقائق : ٢٦/٦ ، الهداية مع تكملة الفتح : ١٣٩/٨ ، اللباب مع الكتاب : ٢١٨/٢ .

(٢) الشرح الصغير : ٩٣/٤ ، الشرح الكبير : ٦٩/٤ وما بعدها ، القوانين الفقهية : ص ٣٢٩ .

- والثالث : ببناء أرض .
 والرابع : بسبب غرس الشجر بها .
 والخامس : بسبب تحريك أرض بحرثها ونحوه (الحراثة) .
 والسادس : يكون بسبب قطع شجر بها بنية وضع يده عليها .
 والسابع : بسبب كسر حجرها مع تسوية الأرض .

وقال الشافعية^(١) : الإحياء الذي يملك به : يختلف بحسب الغرض المقصود من الأرض ، ويرجع فيه إلى العرف ، والعرف يمثل المصلحة عادة ؛ لأن الشرع أطلقه ، ولا حد له في اللغة ، فيرجع فيه إلى العرف كالقبض في المبيع والموهوب ، والحرز في السرقة : وهو في كل شيء بحسبه ، والضابط : التهيئة للمقصود .

فإن أراد إحياء الموات مسكناً ، اشترط فيه تحويط البقعة بأجر أو لبن أو قصب بحسب عادة ذلك المكان . والمعتمد أنه لا يكتفى بالتحويط من غير بناء ، بل لا بد من البناء ، ويشترط سقف بعض الأرض ليتهاً للسكنى ، وتعليق (نصب) باب ؛ لأن العادة في المنازل أن يكون لها أبواب ، ولا تصلح الأرض للسكنى بما دون ذلك (أي بالبناء والسقف وتركيب باب) .

وإن أراد إحياء الموات زربية دواب أو نحوها ، كحظيرة لجمع ثمار وغللات وغيرها ، فيكتفى بالتحويط بالبناء بحسب العادة ، ولا يشترط سقف شيء ؛ لأن العادة فيها عدمه . ولا بد فيه من تركيب باب على الأرجح مع البناء أو التحويط بالبناء .

وإن أراد إحياء الموات مزرعة ، فيطلب جمع التراب حولها ، وتسوية الأرض ، وترتيب ماء لها بشق ساقية من نهر ، أو بحفر بئر أو قناة أو نحوها ، إن لم يكفها المطر

(١) معني المحتاج : ٣٦٥/٤ وما بعدها ، المهذب : ٤٢٤/١ .

المعتاد . ولا تشترط الزراعة فعلاً في الأصح ، لأنه استيفاء منفعة الأرض ، وهو خارج عن الإحياء ، كما لا يعتبر في إحياء الدار سكنها . والخلاصة : أنه بالتحويط وتسوية الأرض وإيجاد الماء .

وإن أراد إحياء الموات بستاناً ، فيشترط جمع التراب حول الأرض كالمزرعة ، والتحويط حيث جرت العادة به عملاً بها ، وتهيئة ماء كما تقرر في المزرعة . ويشترط أيضاً في البستان غرس البعض على المذهب . فهذا الإحياء يكون بالتحويط وتسوية الأرض وإيجاد الماء والغرس .

وقال الحنابلة^(١) : إحياء الأرض : أن يحوط عليها حائطاً منيعاً ، سواء أَرادها للبناء أو للزرع أو حظيرة للغنم أو الخشب أو غيرها ، لقوله ﷺ : « من أحاط حائطاً على أرض ، فهي له »^(٢) ، ولأن الحائط حاجز منيع ، فكان إحياء .

وكالحائط : إجراء ماء للأرض من نهر أو بئر إن كانت لا تزرع إلا به ، أو حفر بئر فيها ينبع منها الماء ، فإن لم يخرج الماء فهو كالمحتجر الشارع في الإحياء .

ومثل الحائط : أن يغرس فيها شجراً ، أو أن يمنع عن الموات ما لا يمكن زرعها إلا بحبسه عنها كأرض البطائح^(٣) .

وفي الجملة : الإحياء يكون إما بالتحويط المنيع أو إيجاد الماء أو غرس الشجر .

ولا يحصل الإحياء بمجرد الحرث والزرع ؛ لأنه لا يراد للبقاء بخلاف الغرس ، كما لا يحصل الإحياء أيضاً بخندق يجعله حول الأرض التي يريد إحياءها ولا بشوك وشبهه يحوطها به ، ويكون تحجراً .

(١) المغني : ٥٣٨/٥ ، كشف القناع : ٢١٢/٤ .

(٢) رواه أحمد وأبو داود عن جابر ، ولها مثله عن سمرة بن جندب .

(٣) البطحاء والأطوح : مسيل واسع فيه دفاق الحصى .

هل يحصل الإحياء بالتحجير؟

التحجير أو التحويط : هو الإعلام بوضع الأحجار حول الأرض أي وضع سور من الأحجار والأشواك ونحوها على جوانب الأرض ، وقد اتفق الفقهاء على عدم صلاحيته للإحياء ، لكن المتحجر يكون أحق بها من غيره .

فقال الحنفية^(١) : إن حجر شخص الأرض ، لا يملكها بالتحجير ؛ لأنه ليس بإحياء في الصحيح ؛ لأن الإحياء جعلها صالحة للزراعة ، والتحجير للإعلام مشتق من الحجر : وهو المنع للغير بوضع علامة من حجر ، أو بحصاد ما فيها من الحشيش والشوك ونفيه عنها وجعله حولها ، أو بإحراق ما فيها من الشوك وغيره ، وكل ذلك لا يفيد الملك ، فبقيت مباحة على حالها .

لكن المتحجر أولى بها من غيره ، ولا تؤخذ منه إلى ثلاث سنين ، فإذا لم يعمرها فيها ، أخذها الحاكم منه ، ودفعها إلى غيره . والتقدير بثلاث سنين مأخوذ من قول عمر رضي الله عنه : « ليس لمتحجر بعد ثلاث سنين حق »^(٢) لكن هذا حكم ديانة ، أما قضاء : فإذا أحيها غيره قبل مضيها ، ملكها لتحقق سبب الملك منه ، دون الأول أي المتحجر .

وقال المالكية^(٣) : لا يكون الإحياء بتحويط (تحجير) للأرض بنحو خط عليها ، ولا رعي كلاًها ، ولا حفر بئر ماشية بها ، إلا أن يبين الملكية حين حفر البئر ، فإن بينها فإحياء .

(١) تبين الحقائق : ٣٥/٦ ، تكملة الفتوح : ١٣٨/٨ ، الدر المختار : ٣٠٧/٥ .

(٢) رواه أبو يوسف في كتاب الخراج عن سعيد بن المسيب بلفظ : « من أحيأ أرضاً ميتة فهي له ، وليس لمحتجر حق بعد ثلاث سنين » لكن في سننه الحسن بن عمارة ضعيف ، وسعيد عن عمر فيه كلام (نصب الراية : ٢٩٠/٤) .

(٣) الشرح الكبير : ٧٠/٤ ، الشرح الصغير : ٩٣/٤ .

وقرر الشافعية والحنابلة^(١) أنه : إن تحجر مواتاً ، وهو أن يشرع في إحيائه ، ولم يتمه ، أو أعلم على بقعة بنصب أحجار ، أو غرز خشباً فيها ، أو نصب أسلاكاً شائكة ، أو حاطها بجائط صغير لم يملكها بما ذكر ؛ لأن الملك بالإحياء ، وليس هذا إحياء .

لكن يصير أحق الناس به لحديث أبي داود : « من سبق إلى مال لم يسبق إليه مسلم ، فهو أحق به » .

فلو أحياه آخر ملكه . فإن لم يتم إحياء المتحجر ، وطالت المدة عرفاً ، كنحو ثلاث سنين ، قيل له : إما أن تحييه فملكه ، أو تتركه لمن يحييه ، إن حصل متشوف للإحياء ؛ لأنه ضيق على الناس في حق مشترك بينهم ، فلم يَكُن من الإحياء ، فإن طلب المتحجر المهلة لعذر ، أمهل شهرين أو ثلاثة أو أقل ، على ما يراه الحاكم لأنه يسير . وإن لم يكن له عذر ، فلا يهمل ، فهم تقريباً كالحنفية .

المبحث الرابع - شروط الإحياء :

هناك شروط في المحيي ، والأرض المحيية ، وإجراء الإحياء .

المطلب الأول - شروط المحيي :

المحیی : هو الذي يباشر الإحياء الذي هو من أسباب الاختصاص أو التملك ، ويجوز إحياء كل من يملك المال ؛ لأنه فعل يملك به كالاصطياد .

ولا يشترط عند الجمهور (الحنفية والمالكية والحنابلة)^(٢) كون المحيي مسلماً ، فلا فرق بين المسلم والذمي في الإحياء ، لعموم قول النبي ﷺ : « من أحيأ أرضاً ميتة ،

(١) مغني المحتاج : ٣٦٦/٤ ، المهذب : ٤٢٥/١ ، المغني : ٥١٨/٥ ، ٥٤٣ وما بعدها ، كشاف القناع : ٢١٤/٤ .

(٢) الهداية مع تكملة الفتح : ١٢٨/٨ ، الشرح الكبير : ٦٩/٤ ، المغني : ٥١٧/٥ .

فهي له» ، ولأن الإحياء أحد أسباب التملك ، فاشترك فيه المسلم والذمي ، كسائر أسباب الملكية .

واشترط الشافعية^(١) في المحيي أن يكون مسلماً ، ولا يملك الذمي إحياء الأرض الموات ، وإن أذن له فيه الإمام ؛ لأن الإحياء استعلاء ، وهو ممتنع عليهم بدار الإسلام . فلو أحيى ذمي أرضاً ، نزعته منه ولا أجره عليه ، فلو نزعها منه مسلم وأحيها ، ملكها ، وإن لم يأذن له الإمام ، إذ لا أثر لفعل الذمي .

المطلب الثاني - شروط الأرض المحيية :

يشترط في الأرض المحيية شروط تتعلق بملكيتها والارتفاق بها ومكانها ، وهي ما يأتي :

١- ألا تكون ملكاً لأحد ، مسلم أو ذمي ، وليست من اختصاص أحد . وهذا معنى قول الفقهاء : أن تكون الأرض عادياً (أي قديم الخراب بحيث لم يملك في الإسلام) ، لا مالك له في الإسلام ، فكأنها خربت من عهد عاد . وهذا الشرط متفق عليه فقهاً^(٢) .

٢- ألا تكون مرتفعاً بها أي مستعملة ارتفاقاً لأهل البلدة ، قريباً أو بعيداً ، كمحتطب ومرعى ، وناد (مجلس يجتمعون فيه للتحدث) ، ومرتكض خيل ، ومُناخ . إبل ، ومطرح رماد ، وحريرم بئر ، وشوارع وطرق ، ونحوها . وهو شرط متفق عليه أيضاً بين المذاهب في الأرجح عند بعضها كالحنفية^(٣) .

(١) مغني المحتاج : ٣٦١/٤ - ٣٦٢ ، المهذب : ٤٢٣/١ وما بعدها .

(٢) الدر المختار : ٣٠٦/٥ ، اللباب شرح الكتاب : ٢١٩/٢ ، الشرح الكبير : ٦٦/٤ ، مغني المحتاج : ٣٦١/٤ ، المهذب : ٤٢٣/١ ، كشاف القناع : ٢٠٥/٤ .

(٣) الهداية مع التكملة : ١٣٦/٨ ، البدائع : ١٩٤/٦ ، الدر المختار : ٣٠٦/٥ وما بعدها ، اللباب : المكان السابق ، الشرح الكبير : ٦٧/٤ ، مغني المحتاج : ٣٦٣/٤ ، المغني : ٥١٦/٥ ، ٥٢٥ ، كشاف القناع : ٢٠٨/٤ .

٣- أن تكون الأرض عند الشافعية في بلاد الإسلام : فإن كانت في دار الحرب فلمسلم إحيائها إن كانت مما لا يمنعها أهلها عن المسلمين ، فإذا منعوها أو دفعوا المسلمين عنها ، فلا يملكها المسلم بالاستيلاء^(١) .

ولا فرق عند الجمهور غير الشافعية بين دار الحرب ودار الإسلام لعموم الأخبار ، ولأن عامر دار الحرب إنما يملك بالقهر والغلبة كسائر أموالهم^(٢) .

المطلب الثالث - شروط الإحياء الذي يثبت به الملك :

يشترط في الإحياء الذي يثبت به الملك شرطان في بعض الآراء :

١- أن يكون الإحياء عند أبي حنيفة^(٣) بإذن الحاكم ، لحديث : « ليس للمرء إلا ما طابت به نفس إمامه »^(٤) ، فإذا لم يأذن لم تطب نفسه به ، ولأن هذه الأراضي كانت في أيدي الكفرة ، ثم صارت في أيدي المسلمين ، فهي فيء ، والإمام هو المختص بتوزيع الفيء ، كالغنائم ، ومثل إعطاء السلب للقاتل في قوله عليه الصلاة والسلام : « من قتل قتيلاً فله سلبه »^(٥) فهذا تصرف من الرسول ﷺ بطريق الإمامة والسياسة ، لا بطريق الشرع والنبوة .

وقال المالكية^(٦) : إذا كانت الأرض قريبة من العمران ، افتقر إحيائها إلى إذن الإمام ، بخلاف البعيدة من العمران .

(١) معني المحتاج : ٢٦٢/٤ .

(٢) المعني : ٥١٥/٥ ، المراجع السابقة .

(٣) البدائع : ١٩٤/٦ وما بعدها ، الهداية مع التكلفة : ١٣٦/٨ ، تبين الحقائق : ٣٥/٦ ، الدر المختار : ٣٠٧/٥ .

الحراج لأبي يوسف : ص ٦٤ .

(٤) رواه الطبراني ، وفيه ضعف من حديث معاذ (نصب الراية : ٤٣٠/٣ ، ٢٩٠/٤) .

(٥) أخرجه الجماعة إلا النسائي عن أبي قتادة الأنصاري (نصب الراية : ٤٢٨/٣) . والسلب : ما يكون مع القتل

من سلاح وآلات وثياب ونقود وخيل ونحوها .

(٦) القوانين الفقهية : ص ٣٢٩ ، الشرح الصغير : ٩٤/٤ .

وقال الصحبان والشافعية والحنابلة^(١) : من أحيأ أرضاً مواتاً ، تملكها ، وإن لم يأذن له فيها الإمام ، اكتفاء بإذن رسول الله ﷺ : « من أحيأ أرضاً ميتة فهي له » الصادر بطريق الشرع والنبوة ، ولأنه مال مباح كالاخطاب والاصطياد ، سبقت إليه يد المحيي ، فيملكه . ويؤيده حديث البخاري عن عائشة : « من عمّر أرضاً ليست لأحد فهو أحق بها » فظاهره أنه لا يشترط إذن الإمام .

لكن يستحب استئذانه . خروجاً من الخلاف .

٢ - يشترط عند الحنفية في حالة التحجير : أن يتم الإحياء خلال مدة أقصاها ثلاث سنين . فإذا لم يعمرها فيها أخذها الحاكم منه ، ودفعتها إلى غيره ؛ لأن البدء أو الشروع في استصلاحها يتطلب تعميمها ، فيحصل النفع للمسلمين بدفع العشر أو الخراج ، فإذا لم يحصل المقصود ، فلا فائدة في تركها في يده^(٢) .

والتقدير بثلاث سنين مأخوذ - كما عرفنا - من قول عمر رضي الله عنه : « ليس لمتحجر بعد ثلاث سنين حق »^(٣) . وهذه مدة معقولة لاستصلاح الأراضي وتدبير مصالحها . لكن هذا الحكم من طريق الديانة ، أما من طريق القضاء ، فلو أحيأها غيره قبل مضي تلك المدة ، ملكها لتحقق سبب الملك منه ، دون الأول .

ومذهب الشافعية والحنابلة كالحنفية تقريباً .

(١) مغني المحتاج : ٣٦١/٤ ، تكللة فتح القدير ، المكان السابق ، المهدب : ٤٢٣/١ ، المحرر في الفقه الحنبلي : ٣٦٧/١ ، المغني : ٥٤٣/٥ ، كشاف القناع : ٢٠٦/٤ .

(٢) تبين الحقائق : ٣٥/٦ .

(٣) عرفنا أن في سنده ضعفاً . وروى حميد بن زنجويه النسائي في كتاب الأموال عن عمرو بن شعيب أن النبي ﷺ أقطع ناساً من جهينة أرضاً ، فعملوها وتركوها ، فأخذها قوم آخرون ، فأحيوها ، فخاصم فيها الأولون إلى عمر بن الخطاب ، فقال : لو كانت قطعة مني أو من أبي بكر لم أرددها ، ولكنها من رسول الله ﷺ ، وقال : من كانت له أرض ، فعملها ثلاث سنين ، لا يعمرها ، فعمرها غيره ، فهو أحق بها (نصب الراية : ٢٩٠/٤) .

المبحث الخامس - أحكام إحياء الموات :

يترتب على إحياء الأرض تملكها ، وفرض ضريبة العشر أو الخراج عليها ، وعدم تملك حريم المعمور ، وملك حريم الموات .

المطلب الأول - تملك الأرض المحيية :

هل يثبت بإحياء الموات ملك الاستغلال (حق الانتفاع) ، أم ملك الرقبة (ذات الأرض) ملكية مطلقة تشمل حق التصرف والاستعمال والاستغلال ؟

قال الفقيه أبو القاسم أحمد البلخي رحمه الله : إن الذي يثبت بإحياء الموات هو حق الاستغلال لاحق للملكية ، قياساً على من جلس في موضع مباح ، فإن له الانتفاع ، فإذا قام عنه ، وأعرض ، بطل حقه ^(١) .

وقال عامة الفقهاء : الثابت بالإحياء هو حق الملكية المطلقة ، استدلالاً بنص الحديث : « من أحيا أرضاً ميتة فهي له » فإنه أضاف الحق للمحيي بلام التملك في قوله « فهي له » وملكه لا يزول بالترك ^(٢) . وهذا هو الحق العيني للمحيي .

وبناء عليه نص الحنفية : أنه لو ترك المحيي الأرض بعد الإحياء ، وزرعها غيره ، فالأول أحق بها في الأصح ^(٣) .

المطلب الثاني - وظيفة الأرض المحيية :

الحق الثاني في الأرض المحيية هو للدولة ، لكن هل الواجب المفروض على تلك الأرض أو الوظيفة : هو العشر أو الخراج ؟

(١) العناية بهامش تكملة فتح القدير : ١٣٧/٨ .

(٢) المرجع السابق ، تبين الحقائق : ٣٥/٦ ، البدائع : ١٩٤/٦ ، الشرح الصغير : ٨٧/٤ ، المهذب : ٤٢٣/١ وما بعدها ، مغني المحتاج : ٣٦١/٤ ، المغني : ٥١٣/٥ ، كشاف القناع : ٢٠٦/٤ .

(٣) الدر المختار : ٣٠٧/٥ ، الهداية مع تكملة الفتح : ١٣٧/٨ ، تبين الحقائق : ٣٥/٦ .

قال أبو يوسف: إن أحيائها مسلم، فإن كانت تلك الأرض من الأراضي العشرية فالواجب فيها العشر، وإن كانت من حيز الأراضي الخراجية فالواجب فيها الخراج.

وقال محمد: إن أحيائها بماء العشر كماء المطر أو الأنهار الكبيرة فهي عشرية، وإن أحيائها بماء الخراج، كالماء المأخوذ من نهر حفرة غير المسلمين فهي خراجية. وهذا الرأي هو مامشى عليه صاحب الهداية.

وقال الحنابلة: لاخراج على من أحياء موات الأرض المفتوحة عنوة، كأرض مصر والشام والعراق. أما إن أحيائها ذمي فهي خراجية مطلقاً بالاتفاق^(١).

المطلب الثالث - القيد الوارد على ملكية الهيي والمملكة الإضافية - الحریم:

الحریم: هو ماتمس الحاجة إليه لتام الانتفاع بالمعمور، أو ما يحتاج إليه لمصلحة العامر من المرافق، كحریم البئر، وفناء الدار، والطريق، ومسيل الماء ومرافق القرية مثل ناد (مجلس الاجتماع) ومحتطب ومرعى ومرتكض الخيل ومناخ الإبل، ومطرح الرماد، ونحوها.

ولا يجوز باتفاق الفقهاء^(٢) تملك حریم الأراضي العامرة قبل الإحياء؛ لأنه تابع للعامر، فلا يملك؛ لأننا لو جوزنا إحياءها أبطلنا الملك في العامر على أهله.

ولا يجوز أيضاً بالإحياء تملك ما بين العامر من الرحاب والشوارع ومقاعد الأسواق؛ لأن المذكور ليس من الموات، وإنما من جملة العامر، ولأننا لو جوزنا التملك ضيقنا على الناس في أملاكهم وطرقهم.

(١) البدائع: ١٩٥/٦، الهداية مع التكملة: ٣٧/٨، كشف القناع: ٢٠٧/٤.

(٢) البدائع: ١٩٥/٦، تبين الحقائق: ٣٦/٦، الشرح الكبير: ٦٧/٤، الشرح الصغير: ٨٨/٤، مغني المحتاج:

٢٦٣/٤، المهذب: ٤٢٣/١، المغني: ٥٢٥/٥، كشف القناع: ٢٠٨/٤.

والخلاصة : أن كل مملوك لا يجوز إحياء ماتعلق بمصالحه .

ومن جهة أخرى للمحيي ملكية إضافية قررها الشارع : وهو حریم الأرض التي أحيائها ، فله بالإحياء ما يحتاج إليه من المرافق كفناء الدار (الساحة أمام الدار) ومسيل وحریم البئر ، وله أن يمنع غيره منه .

والكلام عن الحریم في أصل مشروعيته ، ومقداره .

مشروعية الحریم : الأصل في مشروعية الحریم أن النبي ﷺ جعل للبئر حرماً^(١) . وللعين حریم بالإجماع ، لأنه عليه الصلاة والسلام جعل لكل أرض حرماً^(٢) .

مقدار الحریم : للفقهاء تقديرات متقاربة للحریم .

ف عند الحنفية^(٣) :

آ- حریم العين الجارية : الأصح أن حریمها خمسمائة ذراع من كل جانب والذراع ست قبضات ، كل قبضة أربع أصابع ، وهو من المرفق إلى الأنامل . لقول الزهري : « وحریم العين خمسمائة ذراع ، من كل ناحية » وبناء عليه يمنع غير صاحب الحریم من الحفر ونحوه في مسافة الحریم ، لأنه ملك له ، فله تضمين المعتدي أو ردم الحفرة .

(١) قال عليه السلام : « من حفر بئراً ، فله مما حولها أربعون ذراعاً ، عطنا لما شئته » أخرجه ابن ماجه من حديث عبد الله بن مغفل ، ورواه أحمد من حديث أبي هريرة (نصب الرأية : ٢٩١/٤) .

(٢) أخرج أبو داود في مراسيله عن الزهري عن سعيد بن المسيب ، قال : قال رسول الله ﷺ « حریم البئر العادية خمسون ذراعاً ، وحریم بئر البديء خمسة وعشرون ذراعاً » وأخرج الحاكم عن عبادة بن الصامت أن النبي ﷺ قضى في النخلة أن حریمها مبلغ جريدها (نصب الرأية : ٢٩٢/٤ وما بعدها) وزاد الزهري : « وحریم العين خمسمائة ذراع من كل ناحية » .

(٣) الدر المختار : ٣٠٨/٥ - ٣١٠ ، الهداية مع تكلية الفتح : ١٢٩/٨ وما بعدها ، تبين الحقائق : ٣٦٦ - ٣٨ ، الكتاب مع شرحه اللباب : ٢٢١/٢ وما بعدها ، البدائع : ١٩٥/٦ .

ب- وحریم البئر: یختلف بین بئر العطن (العطن: مَنَاحِ الاِبلِ حولِ البئرِ)، وبئر العطن (هي التي ينزح منها الماء باليد) وبين بئر الناضح: (وهي التي ينزح منها الماء بالبعير ونحوه).

وحریم بئر العطن: أربعون ذراعاً من كل جانب باتفاق الحنفية، كما دلت بعض الروايات لكنها غريبة أي لم تثبت، كما قال الزيلعي^(١).

وحریم بئر الناضح أربعون ذراعاً كبئر العطن عند أبي حنيفة، عملاً بحاجة الناس. وعند الصحابين: ستون ذراعاً لما روي: «وحریم بئر الناضح ستون ذراعاً»، والصحيح: أن حریمها على قدر الحاجة من كل الجوانب. بشرط أن يحفرها في موات بإذن الإمام أو في ملكه، فلو حفر في ملك الغير لا يستحق الحریم.

ج- حریم القناة: وهي مجرى الماء تحت الأرض. ولم يقدر حریمها بشيء يمكن ضبطه، فحریمها بقدر ما يصلحها لإلقاء الطين ونحوه. وعن محمد: أنها بمنزلة البئر في استحقاق الحریم، وقيل بآراء أخرى، أو لاها عندي: أن لها حریماً مفوضاً إلى رأي الإمام؛ لأنه لانص في الشرع.

د- حریم النهر: اختلف فيه الحنفية. فعند أبي حنيفة: لا حریم للنهر في ملك الغير. وقال الصحابان: له حریم من الجانبين؛ لأن استحقاق الحریم للحاجة، وصاحب النهر يحتاج إليه كصاحب البئر والعين، إذ أنه يحتاج إلى المشي على حافتي النهر، كما يحتاج إلى موضع لإلقاء الطين عليه عند كرى النهر. ثم اختلف الصحابان في تقديره.

فقال أبو يوسف: قدر نصف بطن النهر من كل جانب، أي نصف العرض.

(١) نصب الرأية: ٢٩٢/٤.

وقال محمد: قدر جميع بطن النهر من كل جانب، أي عرض النهر. واتفق الحنفية أن للنهر حرماً عاماً، احتياج إليه لإلقاء الطين ونحوه، فيما لو أحياء في أرض موات. وعليه من كان له نهر في أرض غيره، فليس له حرمة عند أبي حنيفة بمجرد دعواه أنه له؛ لأن الظاهر لا يشهد له، بل لصاحب الأرض؛ لأنه من جنس أرضه، والقول لمن يشهد له الظاهر، إلا أن يقيم البينة على ذلك؛ لأنها لإثبات خلاف الظاهر.

وقال الصحابان: له مسناة^(١) يمشي عليها، ويلقي عليها طينه؛ لأن النهر لا بد له من ذلك. فكان الظاهر أنه له.

وثمره الخلاف: أن ولاية الغرس لصاحب الأرض عند أبي حنيفة، وعند الصحابين: لصاحب النهر.

قال الزيلعي: والصحيح أن هذا الحرم لصاحب النهر، ما لم يفحش.

هـ - حرمة الشجر: حرمة الشجر الذي يغرس في الأرض الموات: خمسة أذرع من كل جانب، حتى لا يملك غيره أن يغرس شجراً في حرمة؛ لأنه يحتاج إلى الحرم لجذاذ ثمره، وللوضع فيه. وقد جعل النبي ﷺ حرمة الشجرة خمسة أذرع^(٢).

ومقدار الحرم عند المالكية^(٣): ما يأتي:

حريم البئر: ما يتصل بها من الأرض التي حولها، فهو يختلف بقدر كبر البئر وصغرها وشدة الأرض ورخاوتها. ويشمل باطن الأرض، فلا يحق لآخر حفر بئر ينشف ماءها أو يذهبه، أو يغيره بطرح نجاسة يصل إليها وسخها، كما يشمل ظاهر الأرض كالبناء والغرس.

(١) المسناة: ما يبني في وجه السيل لجس الماء. ويراد بها هنا: ما يكون كالجسر للنهر، للمشي وإلقاء الطين عند الكري (أي الحفر).

(٢) أخرجه أبو داود في سننه عن أبي سعيد الخدري (نصب الراية: ٢٩٣/٤).

(٣) الشرح الصغير: ٨٩/٤، القوانين الفقهية: ص ٣٣٩.

وحریم الدار: مدخلها ومخرجها ، ومواضع مضابطها ، وشبهها ، مما يرتفق أهلها به من مطرح تراب ، ومصب ميزاب لدار .

وحریم الفدان^(١) : حواشيه ، ومدخله ومخرجه .

وحریم القرية : موضع محتطبها ومرعاها .

وحریم الشجر: مافيه مصلحة عرفا ، فلصاحبها منع من أراد احداث شيء بقرها يضربها ، من بناء أو غرس أو حفر بئر ونحوها .

وعند الشافعية^(٢) : يرجع في تقدير الحریم إلى العرف ، حتى إن المنصوص عليه مراعى فيه العرف والحاجة . والحریم كما بينا : هو ماتمس الحاجة إليه لتام الانتفاع بالمعمور ، وإن حصل أصل الانتفاع بدونه .

فحریم القرية المحياة : النادي (وهو المجلس الذي يجتمعون فيه ويتحدثون) ، ومرتكض الخيل ، ومناخ الإبل ، ومطرح الرماد ونحوها كمراح غنم ومسيل ماء وملعب صبيان .

وحریم البئر المحفورة في الموات : موقف النازح منها (وهو القائم على رأس البئر ليستقي)^(٣) والحوض (وهو ما يصب النازح فيه ما يخرج من البئر) ، والدولاب ، ومجتمع الماء (الذي يطرح فيه من الحوض لسقي الماشية والزرع) ، ومتردد النازح من الدابة إن استقى بها ، أو الآدمي .

وحریم بئر الشرب : موضع المستقي منها .

وحریم النهر: هو ملقى الطين وما يخرج منه بحسب العرف في الموضع . بدليل

(١) الفدان : ٥٧٦٠ م = ٢٤٠ قصبة ، والدوم : ١٠٠٠ م .

(٢) مغني المحتاج : ٣٦٢/٤ وما بعدها ، المهذب : ٤٢٤/١ وما بعدها .

(٣) أما المحفورة في ملكه ، فيعتبر فيها العرف .

حديث عبد الله بن مغفل السابق أن النبي ﷺ قال : « من احتفر بئراً ، فله أربعون ذراعاً حولها ، عطناً لماشيته » .

وحریم الدار المبنية في الموات : مطرح رماد وكناسة وثلج ، وممر في صوب الباب (جهته) .

وحریم آبار القناة ؛ ما لو حفر فيه (أي في الحریم) نقص ماؤها ، أو خيف عليها الانهيار . والدار المحفوفة بدور لاحریم لها . ويتصرف كل واحد في ملكه على العادة ، فإن تعدى ضمن .

ويجوز إحياء موات الحرم ، كما يملك عامره بالبيع وغيره ، دون عرفات ومزدلفة ومنى ، لا يجوز إحيائها لتعلق الوقوف بعرفات ، وأداء شعائر الحج فيها وفي غيرها ، كالحقوق العامة من الطرق ومصلى العيد في الصحراء ، وموارد الماء .

ومذهب الحنابلة^(١) ما يأتي :

البئر العادية (بتشديد الياء نسبة إلى عاد)^(٢) : هي القديمة التي انظمت وذهب ماؤها ، فجدد حفرها وعمارتها ، أو انقطع ماؤها ، فاستخرجه الحي الذي يملكها ويملك حریمها . وحریمها : خمسون ذراعاً من كل جانب .

والبئر غير العادية (البئر البديء) : حریمها على النصف من حریم العادية ، وهو خمسة وعشرون ذراعاً من كل جانب .

كما روى أبو عبيد في الأموال عن سعيد بن المسيب قال : « السنة في حریم القليب - البئر العادية : خمسون ذراعاً ، وحریم البديء : خمسة وعشرون ذراعاً ، وحریم بئر الزرع ثلثمائة ذراع » .

(١) كشاف القناع : ٢١٢/٤ وما بعدها ، المغني : ٥٤٢/٥ .

(٢) لم يرد عادة بعينها ، لكن لما كانت « عاد » في الزمن الاول ، وكانت لها آثار في الأرض ، نسب إليها كل قديم . لذا عرفت بأنها : القديمة .. الخ .

وحریم عین وقناة من موات حولها : خمائة ذراع ، أي ذراع اليد ؛ لأنه المتبادر عند الإطلاق .

وحریم نهر من حافته : ما يحتاج النهر إليه ، ل طرح كرايته (أي ما يلقى منه طلباً لسرعة جريه) وما يضر صاحبه ، بملكه عليه ، وإن كثر ، وكذا ما يرتفق بدخوله ؛ لأنه من مصالحه .

وحریم شجرة : قدر مد أغصانها . وحریم النخل : بقدر مد جريدها ، لحديث أبي سعيد الخدري المتقدم : « اختصم إلى النبي ﷺ في حریم نخلة ، فأمر بجريدة من جرائدها فذرعت ، فكانت سبعة أذرع ، أو خمسة أذرع ، فقضى بذلك » .

وحریم أرض زراعة : قدر ما يحتاجه زارعها لسقيها ، وربط دواهبها ، وطرح سبخها ونحوه ، كمصرف مائها عند الاستغناء عنه ، لأن كل المذكور من مراقفها .

وحریم الدار : مطرح تراب وكناسة وثلج وماء وميزاب ، وممر إلى بابها ؛ لأن هذا كله مما يرتفق به ساكنها .

ولا حریم لدار محفوفة بملك الغير من كل جانب ؛ لأن الحریم من المرافق ، ولا يرتفق بملك غيره ؛ لأن مالكة أحق به ، ويتصرف كل واحد منهم في ملكه وينتفع بحسب ماجرت به العادة ، فإن تعدى العادة ، منع التعدي ، عملاً بالعادة .

وبناء عليه : لو حفر رجل بئراً في أرضه ، فأدى الى نضوب ماء بئر الجار ، وجب سد ماء البئر ، عند الخابلة .

ولا شيء عليه عند الحنفية ؛ لأن الماء الموجود تحت الأرض غير مملوك لأحد ، وهذا منصوص عليه في المجلة (م ١٢٨٨) .

الفصل الثالث

أحكام المعادن ، والحمى والإقطاع

فيه مبحثان :

الأول - الحمى .

الثاني - الإقطاع ، ويتضمن أحكام المعادن

المبحث الأول - الحمى :

معناه وأصله ، مشروعيته ، ما حماه النبي ﷺ أو إمام غيره .

أولاً - أصل الحمى ومعناه : أصل الحمى عند العرب في الجاهلية : أن الرئيس منهم كان إذا نزل بأرض مخصبة ، استعوى كلباً ، على مكان عال ، فحيث انتهى إليه صوته من كل جانب ، حماه لنفسه ، فلا يرعى فيه غيره ، ويرعى هو مع غيره . وهذا لا يجوز شرعاً ، فقد نهى عنه النبي ﷺ لما فيه من التضييق على الناس ، ومنعهم من الانتفاع بشيء لهم فيه حق .

والحمى بمعنى المحمي ، مصدر يراد به اسم المفعول ، أو المراد به الحماية والتحجير . ومعناه شرعاً . أن يحمي الإمام أرضاً من الموات ، فيمنع الناس من رعي مافيهما من الكلاب ، ليختص بها دونهم ، لمصلحة المسلمين ، لا لنفسه . وعرف المالكية الحمى الشرعي

بقولهم : أن يحمي الإمام مكاناً خاصاً لحاجة غيره^(١) .

ثانياً - مشروعيته : لا يجوز لأحد أن يحمي مواتاً لينع إحياء الموات ، ورعي ما فيه من الكلاً ، لما روى الصعب بن جثامة : أن النبي ﷺ قال : « لا حمى إلا لله ولرسوله »^(٢) .

ويجوز باتفاق المذاهب في الصحيح عند الشافعية للإمام أن يحمي لخيـل المجاهدين ونعم^(٣) الجزية ، وابل الصدقة ، والماشية الضعيفة ، بدليل أن النبي ﷺ حمى النقيع^(٤) للخيل - خيل المسلمين^(٥) . ويؤيده ما روى عامر بن عبد الله بن الزبير عن أبيه ، قال : أتى أعرابي من أهل نجد عمر رضي الله عنه ، فقال : يا أمير المؤمنين ، بلادنا قاتلنا عليها في الجاهلية ، وأسلمنا عليها في الاسلام ، فعلام تحميها ؟ فأطرق عمر رضي الله عنه ، وجعل ينفخ ، ويفتل شاربه ، وكان إذا كره أمراً ، فقتل شاربه ونفخ ، فلما رأى الأعرابي مابه ، جعل يردد ذلك ، فقال عمر : « المال مال الله ، والعباد عباد الله ، فلولا ما أحمل عليه في سبيل الله (أي لخيـل الجهاد) ، ما حميت من الأرض شبراً في شبر »^(٦) .

قال مالك : بلغني أنه كان يحمل في كل عام على أربعين من الظهر ، وقال مرة : من الخيل .

(١) نيل الاوطار : ٣٠٨/٥ ، المغني : ٥٢٨/٥ وما بعدها ، الدردير في الشرح الكبير : ٦٨/٤ وما بعدها ، وفي

الصغير : ٩٢/٤ ، المهذب : ٤٢٧/١ . كشاف القناع : ٢٢٣/٤ وما بعدها .

(٢) رواه أحمد والبخاري وأبو داود (نيل الاوطار : ٣٠٨/٥) .

(٣) النعم : الابل والبقر والغنم .

(٤) النقيع : موضع معروف ، على بعد عشرين فرسخاً من المدينة . وقدره ميل في ثمانية أميال . وأصل النقيع :

كل موضع ينتقع فيه الماء ، فيكثر فيه الحصب ، بسبب وجود الماء . والفرسخ ٥٥٤٤ م ، والميل ١٨٤٨ م .

(٥) رواه أحمد عن ابن عمر (نيل الاوطار ، ٣٠٨/٥) ورواه البخاري وأبو داود عن الصعب بن جثامة (جامع

الأصول ٢٢١/٣) .

(٦) رواه أبو عبيد باسناده عن عامر بن عبد الله بن الزبير . ورواه البخاري والموطأ عن أسلم مولى عمر (جامع

الأصول : ٢٢٨/٣ وما بعدها) .

وقال البخاري : بلغنا أن النبي ﷺ حمى النقيع ، وأن عمر حمى شرف
والرَبْذَةَ^(١) .

وعن أسلم مولى عمر : أن عمر استعمل مولى له ، يدعى «هَنِيئاً» على الحمى ، وقال
له : يا هَنِيي ، اضمم جَنَاحَكَ على المسلمين^(٢) ، واتق دعوة المظلوم ، فإن دعوة المظلوم
مستجابة ، وأدخل رب الصَّرِيمة^(٣) ، ورب الغَنِيمة ، وإياك ونعم ابن عوف ، ونعم ابن
عفان^(٤) ، فإنها إن تهلك ماشيتهما ، يرجعان إلى نخل وزرع .

ورب الصرمة ورب الغنمية ، إن تهلك ماشيتها ، يأتيني ببينة يقول : يا أمير
المؤمنين أفتاركهم أنا ، لا أبالك^(٥) ، فالماء والكلاء يسرعلي من الذهب والورق .

وأيم الله ، إنهم ليرؤن أني قد ظلمتهم ، إنها لبلادهم ، قاتلوا عليها في الجاهلية ،
وأسلموا عليها في الإسلام .

والذي نفسي بيده ، لولا المال الذي أحمل عليه في سبيل الله ، ما حميت عليهم
من بلادهم شيئاً^(٦) .

قال ابن قدامة^(٧) : وهذا إجماع من الصحابة ، ولأن ما كان لمصالح المسلمين ،
قامت الأئمة فيه مقام رسول الله ﷺ ، وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال .

(١) رواه البخاري عن الصعب بن جثامة (نيل الاوطار ، المكان السابق) والشرف : موضع بقرب مكة ،
والرَبْذَةُ : موضع معروف بين مكة والمدينة .

(٢) في كتب الفقهاء : اضمم جناحك عن الناس أي امسك يدك ولا تمددها الى ضرر مسلم أي تواضع لها ، أو اتق
الله فيهم .

(٣) الصرمة : تصغير صرمة : وهي القطعة من الابل نحو الثلاثين ، فهي ما بين العشرين الى الثلاثين من الابل ،
أو من العشر الى الأربعين منها ، والغنمية : ما بين الأربعين والمائة من الشاء .

(٤) أي لا تدخلها الحمى ، فانها غنيان لا يضرهما هلاك نعمها .

(٥) ظاهره الدم ، والقصد : التحريض على الشيء .

(٦) رواه البخاري (نيل الاوطار ، المكان السابق) .

(٧) المغني : ٥٣٠/٥ .

« ما أطعم الله لنبي طُعْمَةً ، إلا جعلها طُعْمَةً لمن بعده » رواه أحمد .

وأجاز المالكية^(١) الحمى الشرعي بشروط أربعة ، هي :

١- حاجة المسلمين إليه : فلا يحمي الإمام أو نائبه لنفسه ، ولا لغيره عند عدم الحاجة .

٢- أن يكون الحمى قليلاً ، لا كثيراً . والقليل : ما لا يضيق فيه على الناس والكثير : ما ضيق فيه على الناس .

٣- أن يكون الحمى في مكان عفا ، أي خالياً من البناء والغرس .

٤- أن يكون الغرض من الحمى : تحقيق مصلحة عامة الناس ، مثل الجهاد ونحوه ، أي لترعى فيه دواب الحرب أو الصدقة أو ضعفة المسلمين .

ونائب الإمام مثل الإمام ، وإن لم يأذن له الإمام ، بخلاف الإقطاع ، فليس لنائب السلطان إقطاع إلا بإذن ؛ لأن الإقطاع يحصل به التملك ، فلا بد فيه من الإذن ، بخلاف الحمى .

ثالثاً- حكم ما حماه النبي ﷺ أو إمام غيره^(٢) :

ليس لأحد نقضه ، ولا تغييره ، مع بقاء الحاجة إليه ، لأنه كالمصوص عليه ، ومن أحيأ منه شيئاً لم يملكه .

وإن زالت الحاجة إليه ، ففيه عند الشافعية والحنابلة وجهان : أحدهما - يجوز لأنه زال السبب .

(١) الشرح الكبير : ٦٩/٤ ، الشرح الصغير : ٩٢/٤ .

(٢) راجع المذهب : ٤٢٧/١ ، المغني : ٥٣٠/٥ ، كشاف القناع : ٢٢٤/٤ .

والثاني- لا يجوز، لأن ما حكم به رسول الله ﷺ نص، فلا يجوز تقضه بالاجتهاد .

وإن حمى إمام آخر بعد النبي، فغيره هو، أو غيره من الأئمة: جاز.

وإن أحياء انسان بعد الإمام ففيه قولان عند الشافعية والحنابلة:

أحدهما- لا يملكه، كما لا يملك ما حماه رسول الله ﷺ، ولأن اجتهاد الإمام لا يجوز تقضه .

والثاني- يملك؛ لأن حمى الإمام اجتهاد، وملك الأرض بالإحياء نص، والنص يقدم على الاجتهاد .

المبحث الثاني- الإقطاع:

تعريفه، مشروعيته، أنواعه وحكم كل نوع .

أولاً- تعريف الإقطاع: هو جعل بعض الأراضي الموات مختصة ببعض الأشخاص- سواء أكان ذلك معدناً، أم أرضاً، فيصير ذلك البعض أولى به من غيره، بشرط أن يكون من الموات الذي لا يختص به أحد .

أو هو توسيع الإمام من مال الله شيئاً لمن يراه أهلاً له . وأكثر ما يستعمل في الأرض: وهو أن يخرج منها لمن يراه ما يحوزه، إما بأن يملكه، فيعمره، وإما بأن يجعل له غلته مدة^(١) .

ثانياً- مشروعيته: يجوز للإمام أن يقطع موات الأرض لمن يملكه بالإحياء، لما روى وائل بن حجر: «أن النبي ﷺ أقطعه أرضاً، بحضرموت وبعث معاوية ليقطعها

(١) نيل الاوطار: ٣١١/٥ .

إياه»^(١)، وروى ابن عمر: «أن النبي ﷺ أقطع الزبير حُضْرُ فرسه^(٢)، وأجرى الفرس حتى قام، ثم رمى بسوطه، فقال: أقطعوه، حيث بلغ السوط»^(٣). وروى عمرو بن شعيب أن النبي ﷺ أقطع ناساً من جهينة أو مزينة أرضاً^(٤).

وروي أن أبا بكر أقطع الزبير، وأقطع عمر علياً، وأقطع عثمان رضي الله عنهم خمسة من أصحاب رسول الله ﷺ: الزبير، وسعد، وابن مسعود، وخباباً، وأسامة بن زيد، رضي الله عنهم. ويروى عن نافع أبي عبد الله: أنه قال لعمر: إن قبلنا أرضاً بالبصرة، ليست من أرض الخراج، ولا تضر بأحد من المسلمين، فإن رأيت أن تقطعنيها، أتحذ فيها قصيلاً^(٥) لخلي فافعل. قال: فكتب عمر إلى أبي موسى: إن كانت كما يقول، فأقطعها إياه^(٦). ويجوز أيضاً إقطاع المعادن للاستغلال، لا ملك الرقبة (عين الشيء)، لما روى ابن عباس قال: «أقطع رسول الله ﷺ بلال بن الحارث المزني معادن القبليّة^(٧)، جلسيها وغوريها وحيث يصلح الزرع من قُدُس^(٨)، ولم يعطه حق مسلم»^(٩).

(١) رواه الترمذي وصححه (نيل الاوطار: ٣١٢/٥).

(٢) حضّر فرسه: مقدار عدوه.

(٣) رواه أحمد وأبو داود لكن في اسناده رجل فيه مقال، وهو عبد الله بن عمر بن حفص بن عاصم بن عمر بن الخطاب (نيل الاوطار: ٣١٢/٥).

(٤) رواه سعيد بن منصور في سننه.

(٥) القصيل: الشعير يمز أخضر لعلف الدواب.

(٦) روى هذه الآثار كلها أبو عبيد في الاموال.

(٧) القبليّة: ناحية من ساحل البحر، بينها وبين المدينة خمسة ايام.

(٨) المجلس: كل مرتفع من الأرض، ويطلق على أرض نجد. وغوريها: نسبة الى غور، قال في القاموس: إن الغور يطلق على ما بين ذات عرق الى البحر، وكل ما انحدر مغرباً عن تهامة، وموضع منخفض بين القدس وحوران مسيرة ثلاثة ايام في عرض فرسخين، وموضع في ديار بني سليم، وماء لبني العدوية. اهـ. والمراد هنا المواضع المرتفعة والمنخفضة من معادن القبليّة. وقدس: هو جبل عظيم بنجد، كما في القاموس، وقيل: الموضع المرتفع الذي يصلح للزرع.

(٩) رواه أحمد وأبو داود: وروياه أيضاً من حديث عمرو بن عوف المزني (نيل الاوطار: ٣٠٩/٥).

ثالثاً - أنواع الإقطاع :

الإقطاع ثلاثة أقسام : إقطاع تمليك ، وإقطاع استغلال ، وإقطاع ارفاق .
وإقطاع التمليك ينقسم إلى موات ، وعامر ، ومعادن . وإقطاع الاستغلال نوعان :
عشر ، وخراج .

١- حكم إقطاع الموات : أما إقطاع الموات : فيجوز باتفاق المذاهب للإمام
إقطاع موات لمن يحييه ، فيؤدي إلى عمارة البلاد ، لأنه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - كما بينا - أقطع بلال بن
الحارث العتيق ، وأقطع وائل بن حجر أرضاً ، وأقطع أبو بكر وعمر وعثمان جمعاً من
الصحابة .

فإن أقطع الإمام أرضاً لشخص ، ملكها عند المالكية^(١) وإن لم يعمرها بشيء ،
فله بيعها وهبتها ، وتورث عنه . وليس هو من الإحياء ، بل هو تمليك مجرد .

ولا يملك الموات بالإقطاع عند الجمهور^(٢) (غير المالكية) ، لأنه لو ملكه ما جاز
استرجاعه ، بل يصير المقطع كالمشجر الشارع في الإحياء ، فيكون أحق به إذا أحياه
في خلال مدة ، أقصاها عند الحنفية ثلاث سنين ، لقول عمر : « ليس لمشجر بعد ثلاث
سنين حق » .

ولا ينبغي للإمام أن يقطع من الموات إلا ما قدر المقطع على إحيائه ؛ لأن في
إقطاعه أكثر من هذا القدر تضييقاً على الناس في حق مشترك بينهم ، مما لا فائدة
فيه ، فيدخل به الضرر على المسلمين .

فإن أقطع الإمام أحداً أكثر من القدر الذي يمكن إحيائه ، ثم تبين عجزه عن
عمارته أو إحيائه استرجعه الإمام منه ، كما استرجع عمر من بلال بن الحارث ما عجز

(١) الاحكام السلطانية للماوردي : ص ١٨٣ ، الاحكام السلطانية لابي يعلى : ص ٢١٢ ، كشاف القناع : ٢١٦/٤ ،
الشرح الصغير : ٩٠/٤ .

(٢) البدائع : ١٩٤/٦ ، المهذب : ٤٢٦/١ ، المغني : ٥٢٦/٥ - ٥٢٧ ، كشاف القناع : ٢١٦/٤ وما بعدها .

عن عمارته ، من العقيق الذي أقطعه إياه رسول الله ﷺ . وهذا هو المراد بالمصلحة التي يجوز الإقطاع لأجلها ؛ لأن الحكم يدور مع علته .

وللإمام عند الحنابلة إقطاع غير موات تمليكا ، وانتفاعا للمصلحة^(١) . ويجوز الإقطاع من مال الخراج ، كما يجوز من مال الجزية^(٢) .

وقال المالكية^(٣) : لا يقطع الإمام معمور أرض العنوة كأرض مصر والشام والعراق ، أي الصالحة لزراعة الحب ملكا ؛ لأنها وقف عندهم ، بل يقطعها إمتاعا وانتفاعا . وأما مالا يصلح لزراعة الحب ، وإن صلح لغرس الشجر ، وليس من العقار ، فإنه من الموات ، يقطعه ملكا وانتفاعا .

وأما أرض الصلح فلا يقطعها الإمام لأحد مطلقا ؛ لأنها مملوكة لأربابها .

٢- حكم إقطاع العامر وهو إقطاع الإرفاق : قال الشافعية والحنابلة^(٤) :

يجوز إقطاع ما بين العامر من الرحاب للمساجد ونحوها ، ومقاعد الأسواق ، والطرق الواسعة ، إقطاع انتفاع ، ولا يملكه المقطع وإنما ينتفع به مالم يضيق على الناس أو يضر بالماراة ، فمن أقطع شيئا مما ذكر صار أحق بالجلوس في الموضع ؛ لأن للإمام النظر والاجتهاد ، فإذا أقطعه ثبتت يده عليه بالإقطاع ، فلم يكن لغيره أن يقعد فيه ، بمنزلة السابق إليه من غير إقطاع ، إلا في فارق واحد : وهو أن السابق لشيء إذا انتقل عنه بنقل متاعه منه ، زال استحقاقه ، لزوال المعنى الذي استحق به . وفي الإقطاع لا يزول استحقاقه سواء نقل متاعه إليه أو لم ينقل ، جلس فيه أو تركه ؛ لأنه استحق بإقطاع الإمام ، فلا يزول حقه بترك الجلوس فيه .

(١) كشف القناع : ٢١٧/٤ .

(٢) المرجع السابق .

(٣) الشرح الصغير : ٩١/٤ وما بعدها ، الشرح الكبير : ٦٨/٤ .

(٤) المهذب : ٤٢٧/١ ، المغني : ٥٢٦/٥ ، كشف القناع : ٢١٧/٤ ، الاحكام السلطانية للساوري : ص ١٨٤ ،

الاحكام السلطانية لأبي يعلى : ص ٢١٣ .

وللجالس في الرحاب أو الطرق أن يظل على نفسه بما لا ضرر فيه من حصير وكساء للحاجة إليه ، وليس له بناء شيء في الطريق ، ولا في رحبة المسجد ، لما فيه من التضيق .

وليس للجالس بطريق واسع الجلوس بحيث يمنع جاره رؤية المتعاملين معه ، أو يضيق على جاره في كيل أو وزن أو أخذ أو عطاء ، لحديث « لا ضرر ولا ضرار » .

٣ - حكم إقطاع المعادن وملكيته :

تعريف المعادن ، والفرق بينها وبين الرّكاز أو الكنز ، وأنواعها ، وحكم ملكيتها وإقطاعها في المذاهب .

المستخرج من الأرض بالبحث والتنقيب : إما معدن ، أو ركاز أو كنز .

تعريف المعادن : المعادن أو الفلزات : هي ما يوجد في باطن الأرض من أصل الخلق ، كالذهب والفضة ، والنحاس والحديد والرصاص .

والرّكاز أو الكنز : هو المال المدفون في الأرض بفعل صاحبه ، أو بأثر حادث إلهي ، كزلزال أو رياح عاتية ، أدى إلى طمر بلد مع ما فيها من ثروات .

والفرق بين المعدن والركاز : أن المعدن جزء من الأرض ، وأن الركاز ليس جزءاً من الأرض ، وإنما هو دفين مودع فيها ، بفعل الانسان^(١) .

أنواع المعادن : المعادن عند الحنفية أنواع^(٢) :

(١) تبين الحقائق : ٢٨٧/١ وما بعدها ، مختصر المعاملات الشرعية للاستاذ الشيخ علي الحفيف : ص ٢٩ ، الاموال ونظرية العقد ، للدكتور محمد يوسف موسى : ص ١٩٤ .

(٢) البدائع : ٦٧/٢ ، ٦٨ .

أ- ما يقبل الطرق والسحب ، فيعمل منه الصفائح والحلي والأسلاك ، أو ما يذوب بالإذابة وينطبع بالحلية - بتعبير الفقهاء ، كالذهب والفضة والحديد والنحاس والرصاص ونحوها .

ب- ما لا يقبل الطرق والسحب أو ما لا يذوب بالإذابة ، كالماس والياقوت والبلور والعقيق والفيروز والكحل والزرنينخ ، ونحوها .

ج- المعادن السائلة أو المائية ، كالنفت والقار ونحوها من الزيوت المعدنية .

وقسم الشافعية والحنابلة^(١) المعادن قسمين : ظاهرة وباطنة .

أ- فالظاهرة : هي البارزة غير المختلطة بالأرض ، التي لا تحتاج إلى مشقة في استخراجها أو الوصول إليها ، كالنفت والقار (الزفت) والملح والكحل والكبريت .

ب- والباطنة : هي التي تحتاج إلى جهد وعمل لاستخراجها ، كالذهب والحديد والنحاس والرصاص .

حكم المعادن عند الحنفية^(٢) :

لا تكون أرض المعادن ، كأرض الملح والقار والنفط ونحوها مما لا يستغني عنها المسلمون أو الأمة ، أرض موات . فلا يجوز للإمام أن يقطعها لأحد ؛ لأنها حق لعامة المسلمين ، وفي الإقطاع إبطال حقهم ، وهو لا يجوز^(٣) .

وحكم ملكيتها وزكاتها فيما يأتي : لا يقول الحنفية بالتفرقة في مقدار الزكاة بين المعدن والكنز ، والركاز يشمل الاثنين وكلاهما من البر ، وهناك معادن البحر .

(١) الاحكام السلطانية للماوردي : ص ١٨٩ وما بعدها ، الاحكام السلطانية لأبي يعلى : ص ٢١٩ وما بعدها .

(٢) البدائع : ٦٥/٢ - ٦٨ ، تبين الحقائق : ٢٨٨/١ وما بعدها ، الدر المختار : ٥٩/٢ وما بعدها .

(٣) البدائع : ١٦٤/٦ ، الدر المختار : ٣٠٨/٥ .

أولاً- المعدن: آ- إن كان في أرض غير مملوكة في دار الإسلام ، وكان مما يقبل الطرق والسحب ، كالذهب والفضة والحديد والنحاس والرصاص ، قليلاً أو كثيراً : يكون فيه الخمس لبيت المال كالواجب في الغنمية ، والباقي وهو الأربعة الأخماس لمن عثر عليه ، كائناً من كان إلا الحربي المستأمن ، فإنه يسترد منه الكل .

ودليلهم : قوله ﷺ : « وفي الركاك الخمس »^(١) والركاك : اسم للمعدن حقيقة ، ويطلق على الكنز مجازاً ؛ لأن العرب تقول : أركز الرجل : إذا أصاب ركاكاً ، وهي قطع من الذهب تخرج من المعادن^(٢) . وروى أبو يوسف عن أبي هريرة رضي الله عنه ، قال : قال رسول الله ﷺ : « في الركاك الخمس ، قيل : وما الركاك يا رسول الله ؟ قال : الذي خلقه الله في الأرض يوم خلقت »^(٣) فدل النص عندهم على أن الركاك يطلق على المعدن ، فالمعدن ركاك ، وعلى المال المدفون .

ب- وإن كان المعدن مما لا يقبل الطرق والسحب ، كالنحاس والياقوت وسائر الأحجار الكريمة ، فلا خمس فيه ، ويكون كله للواجد ؛ لأنه من جنس الأرض ، كالتراب والأحجار العادية ، إلا أنها مضيئة ، ولا خمس في الحجر .

ج- وإن كان المعدن مائعاً كالنفط والقيز : فلا شيء فيه لبيت المال ، وكله لمن وجده ؛ لأنه كالماء ، ولا يقصد بالاستيلاء ، فلا يعتبر كالغنائم ، التي يجب فيها الخمس . أما الزئبق : ففيه الخمس ؛ لأنه ينطبع مع غيره ، وإن كان مما لا ينطبع بنفسه ، فأشبهه الفضة .

د- وإن وجد المعدن في أرض مملوكة لبعض الناس ، أودار أو منزل أو حانوت ،

(١) رواه الجماعة (أحد والأئمة الستة) عن أبي هريرة (نيل الاوطار : ١٤٧/٤ ، نصب الرأية : ٣٨٠/٢) .
(٢) خالفهم الجمهور في الحكم ، فقالوا : لا يقال للمعدن ركاك ، لحديث : « والمعدن جبار - أي هدر - وفي الركاك الخمس » فقد فرق بينها بالعطف ، فدل ذلك على المغايرة .
(٣) نصب الرأية : ٣٨٠/٢ .

فلا خوف عند الحنيفة في أن الأربعة الأحماس لصاحب الملك ، وان وجده غيره في أرضه ؛ لأن المعدن من تواع الأرض ، لأنه من أجزائها التي خلق فيها .

وأما الخمس فهو لبيت المال إذا كان الموجود مما يقبل الطرق والسحب عند الصاحبين ، للحديث المتقدم : « وفي الركاز الخمس » من غير تفصيل بين الأرض المملوكة وغيرها .

وعند أبي حنيفة : لا خمس فيه ، على من وجده في أرضه أو داره .

ثانياً - الكنز :

أ- إن كان إسلامياً ، بأن وجد عليه علامة الاسلام ، كالمصحف والدرهم المكتوب عليها : « لا إله إلا الله محمد رسول الله » ، ووجد في أرض غير مملوكة ، كالجبال والمغاوير ونحوها ، كان بمنزلة اللقطة ، فيجب على واجده التعريف به ، ثم الانتفاع به ان كان فقيراً ، والتصدق به إن كان غنياً .

ب- وإن كان غير اسلامي ، بأن وجد عليه علامة الجاهلية أو الرومان أو الفرس ، كان لبيت المال الخمس ، والباقي وهو الأربعة الأحماس للواجد ، بلا خلاف عندهم .

ج- وإن كان الكنز في أرض مملوكة : وجب فيه الخمس بلا خلاف ، للحديث السابق : « وفي الركاز الخمس » . والباقي للمالك ثم لورثته عند أبي حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف : هو للواجد ؛ لأنه غنمة وصل إليها قبل غيره .

د- وإن وجد الكنز في دار الحرب : فإن وجد في أرض غير مملوكة لأحد ، فهو للواجد ، ولا خمس فيه ، لأنه مال أخذه ، لا بطريق القهر والغلبة . وإن وجد في أرض مملوكة ، ففيه الخمس لبيت المال ، والباقي للمالك عند أبي حنيفة ومحمد ، وعند أبي يوسف : للواجد ؛ لأنه مباح سبقت يده إليه ، أي كما هو المقرر في دار الإسلام .

ثالثاً- المستخرج من البحر: كاللؤلؤ والمرجان والعنبر، وكل حلية تستخرج من البحر، لاشيء فيه لبيت المال عند أبي حنيفة ومحمد، وجميعه للواجد، بدليل ماروي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه سئل عن العنبر، فقال: هو شيء دسره البحر، لا خمس فيه، ولأن يد الكفرة لم تثبت على باطن البحار التي يستخرج منها اللؤلؤ والعنبر، فلم يكن الخارج منها مأخوذاً بطريق القهر لهم، فلا يكون غنمة، فلا خمس فيه. والعنبر: هو الطيب المعروف.

وعند أبي يوسف: في كل ما خرج من البحر من الحلي والجواهر: الخمس لبيت المال، والباقي لواقده أو مستخرجه، بدليل أن عمر رضي الله عنه كتب لعامل له وجد لؤلؤة بأن فيها الخمس، وبأن الكفار كانوا يملكون الأرض كلها براً وبحراً، فيكون كل ما يصير من أموالهم إلينا غنمة، وفي الغنائم الخمس بنص القرآن^(١). وهذا الرأي هو الأولى بالاتباع في الظروف الدولية الحاضرة.

وذكر أبو عبيد أقوالاً مختلفة، منها كما قال أبو حنيفة ومحمد، ومنها قول لعمر وعمر بن عبد العزيز: أن معادن البحر كمعادن البر، فيها الزكاة إذا بلغت نصاباً^(٢).

المعادن عند المالكية^(٣):

المعدن غير الركا، والركا هو الكنز، والمعدن: هو ما يخرج من الأرض من ذهب أو فضة بعمل وتصفية. ومذهب المالكية يتفق مع النظرة الحديثة للدول في ملكية المعادن.

(١) البدائع: ٦٨/٢.

(٢) الاموال: ص ٣٤٥ - ٣٤٧.

(٣) القوانين الفقهية: ص ١٠٢، الشرح الصغير وحاشية الصاوي عليه: ٦٥٠/١ - ٦٥٤.

أولاً- المعدن : ملكيته، والواجب فيه :

أما ملكيته فأنواع ثلاثة :

أ- إن كان في أرض غير مملوكة لأحد : فهو للإمام أو نائبه ، يقطعه لمن شاء من المسلمين ، انتفاعاً ، لا تملياً ، أو يجعله في بيت المال للمصلحة أو المنفعة العامة ، ولا يختص بشيء منه من وجد في أرضه .

ب- أن يكون في أرض مملوكة لمالك معين : هو للإمام في مشهور المذهب ، وقيل : لصاحب الأرض .

ج- أن يكون في أرض مملوكة لغير معين ، كأرض العنوة والصلح : المعتمد أنه للإمام ، وقيل : لمن افتتحها .

والخلاصة : أن المعادن الجامدة والسائلة للدولة عند المالكية في مشهور المذهب ؛ لأن المعادن قد يجدها شرار الناس ، فلولا ما يكن حكمها للإمام ، لأدى الأمر إلى الفتن والمهرج .

وأما الواجب في المعدن فهو الزكاة : وهي ربع العشر^(١) إن كان نصاباً . فإن كان دون النصاب ، فلا شيء فيه . ولا حول في زكاة المعدن ، بل يزكى لوقته ، كالزراع .

ثانياً- الركاز : وهو الكنز ، يختلف حكمه باختلاف الأرض التي وجد فيها . وهي أربعة أنواع :

الأول- أن يوجد في الفيافي ، ويكون من دفن (مدفون) الجاهلية ، فهو لواجده ، وفيه الخمس لبيت المال مطلقاً ، ذهباً كان أو غيره ، قل أو كثير .

(١) هذا هو مقدار زكاة الذهب والفضة ، كما ثبت في السنة (نيل الاوطار : ١٣٧/٤) .

الثاني - أن يوجد في أرض مملوكة : قيل : يكون لواجده ، وقيل : يكون لمالك الأرض .

الثالث - أن يوجد في أرض فتحت عنوة : قيل : لواجده ، وقيل للذين افتتحو الأرض .

الرابع - أن يوجد في أرض فتحت صلحاً : قيل : لواجده ، وقيل : لأهل الصلح . وهذا كله ما لم يكن بطابع المسلمين . فإن كان بطابع المسلمين فحكمه حكم اللقطة ، يعرف سنة إذا لم يعلم صاحبه أو وارثه ، فإن لم يعرف فمحلّه هو بيت مال المسلمين .

والخلاصة : أن في الركاك الخمس لبيت المال ، وباقيه لواجده إن لم تكن الأرض مملوكة . فإن كانت مملوكة ، فمالك الأرض الأصلي الذي ملكها بإحياء ثم لوارثه ، لا لمالكها الحالي مطلقاً سواء ملكها بشراء أو هبة .

هذا إن علم المالك الأصلي (البائع الأصلي أو الواهب) ، والا فلقطة .

المعادن عند الشافعية والحنابلة^(١) :

آ - المعدن غير الركاك عندهم . فالمعدن : هو ما تولد من الأرض ، وكان من غير جنسها فهو جزء من الأرض . والركاك : هو دفين الجاهلية أو من تقدم من الكفار . ويفرقون بين نوعين فيها وهي المعادن الظاهرة : وهي ما برزت بلا عمل ، ويتوصل إليها بلا مؤنة أي لا تحتاج لعزل عن غيرها ، وإنما العمل والجهد في تحصيلها ، كالنفط والقار والملح والكبريت .

(١) مغني المحتاج : ٣٩٤/١ - ٣٩٦ ، المهذب : ١٥٧/١ وما بعدها ، ٤٢٥ ، نهاية المحتاج : ٢٥٣/٤ ، الاحكام السلطانية لماوردي : ص ١٨٩ وما بعدها . المغني : ١٧/٣ - ٢٧ ، ٥٢٠/٥ - ٥٢٤ ، ٥٤٤ ، كشاف القناع : ٢٥٩/٢ - ٢٦٥ ، ٢٠٨/٤ وما بعدها ، ٢١٦ وما بعدها ، الاحكام السلطانية لابي يعلى : ص ٢١٩ وما بعدها .

والمعادن الباطنة: وهي التي تحتاج لاستخراجها إلى عمل ومؤنة كالذهب والفضة والحديد والنحاس والرصاص، أي تحتاج لفصلها عن غيرها لاختلاطها بالتراب .

ب- والمعادن الظاهرة: لا يجوز إقطاعها لأحد من الناس سواء إقطاع تمليك أو إقطاع ارفاق، بل هي للجميع، ينتفعون بها، ولا تملك بإحياء أرض موات، وجدت فيها، عند الشافعية، وفي الأظهر عند الحنابلة؛ لأن هذه الأمور مشتركة بين الناس، مسلمهم وكافرهم كالماء والكلاء، كما في الحديث «الناس شركاء في ثلاث: في الماء والكلاء والنار» ولأنها ليست من أجزاء الأرض، فلم يملكها من أحياء الأرض بملك الأرض، كالكنز؛ ولأنه ﷺ أقطع رجلاً ملح مأرب، فقال رجل: يا رسول الله، إنه كالماء العذب (أي الماء الجاري العذب) قال: فلا، إذن^(١).

والمعادن الباطنة: لا يملكها بمجرد الحفر والعمل من كشفها وأحيائها في الأظهر عند الشافعية، وظاهر المذهب عند الحنابلة، كالمعدن الظاهر؛ لأن إحياء الأرض الذي يملك به هو العمارة التي يتهيأ بها الحيا للانتفاع من غير تكرار عمل. وهذا أي حفر المعدن: حفر وتخريب يحتاج إلى تكرار عند كل انتفاع، فجرد الاكتشاف لا يكون سبباً لملك المعادن .

ج- ومن أحياء أرضاً مواتاً، فملكها بذلك، فظهر فيها معدن باطن كالذهب أو الفضة، ملكه عند الشافعية؛ لأنه بإحياء ملك الأرض بجميع أجزائها، ومن أجزائها المعدن، بخلاف الركاز أو الكنز، فإنه مودع فيها للنقل عنها. أما المعدن الظاهر، فلا يملك كما عرفنا بإحياء عند الشافعية؛ لأنه حق للجميع^(٢).

وقال الحنابلة^(٣): من أحياء أرضاً مواتاً، فملكها، فملك المعادن الجامدة؛ لأنه

(١) رواه الترمذي وأبو داود وباقي أصحاب السنن الأربعة، وصححه ابن حبان عن أبيض بن حمال (نيل الاوطار: ٢١٠/٥).

(٢) مغني المحتاج: ٢٧٢/٢ - ٢٧٣.

(٣) المغني: ٥٢٢/٥.

ملك الأرض بجميع أجزائها وطبقاتها ، وهذا المعدن منها ، فدخل في ملكه على سبيل التبعية . وأما المعادن الجارية كالنفط والقار والماء ، فأظهر الروايتين عندهم أن محيي الأرض لا يملكها ؛ لأن الناس شركاء فيها ، لحديث « الناس شركاء في ثلاث : في الماء والكلأ والنار »^(١) .

د- ومن سبق في الموات إلى معدن ظاهر أو باطن ، فهو أحق بما ينال منه دون أن يملكه ، لقول النبي ﷺ : « من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم ، فهو له » رواه أبو داود .

والخلاصة : أن المعادن الظاهرة للدولة في ظاهر المذهب عند الشافعية والحنابلة . وأما المعادن الباطنة فلا يملكها مكتشفها ، وتكون للدولة أيضاً . فإن ظهرت المعادن في أرض أحيائها شخص ، فيملك المحيي المعدن الباطن عند الشافعية . ويملك عند الحنابلة فقط المعدن الجامد دون السائل .

هـ- أما الواجب في المعدن : فهو ربع العشر ، إن كان ذهباً أو فضة فقط عند الشافعية ، وكذلك إن كان من غيرهما وبلغت قيمته نصاباً عند الحنابلة .

و- وأما الكنز : وهو دفين الجاهلية ، فيجب فيه الخمس في بيت المال ، والباقي إن وجد بأرض مملوكة ، فهو عند الشافعية والحنابلة للمالك الأرض يمينه إن ادعاه ، وإلا فهو لمن ملك منه أي لمن سبقه من المالكين . أما إن وجد في موات أو ملك أحياء ، فهو لواجده .

وإن كان الكنز إسلامياً ، وعلم مالكة ، فهو له ، وإلا فهو لقطعة . وكذلك إن جهل كونه إسلامياً أم جاهلياً ، هو للمالكة إن عرف ، وإلا فهو لقطعة . وهذا باتفاق الشافعية والحنابلة .

(١) والرواية الثانية : يملكها لأنها خارجة من أرضه المملوكة له ، فأشبهت الزرع والمعادن الجامدة . وقد مثى القاضي أبو يعلى في الاحكام السلطانية (ص ٢٢٠) على هذه الرواية .

الفصل الرابع

حقوق الارتفاق

الكلام فيها في مبحثين :

المبحث الأول- تعريف حق الارتفاق ، والفرق بينه وبين حق الانتفاع ، ووصفه الفقهي ، وأحكامه العامة .

المبحث الثاني- أنواع حقوق الارتفاق .

المبحث الأول- تعريف حق الارتفاق ، والفرق بينه وبين حق الانتفاع ، ووصفه الفقهي وأحكامه العامة .

أولاً- تعريف حق الارتفاق : الارتفاق في اللغة : الانتفاع بالشيء . وشرعاً هو أحد أنواع الملك الناقص^(١) . وهو حق عيني^(٢) قصر على عقار ، لمنفعة عقار آخر مملوك لغير الأول ، أيا كان شخص المالك ، كإجراء الماء من أرض الجار ، أو تصرف

(١) الملك كما هو معروف نوعان : ملك تام : وهو ملك الرقبة (ذات الشيء) والمنفعة . وملك ناقص : وهو ملك المنفعة . وملك المنفعة : قد يكون حقاً شخصياً للمنتفع أي يتبع شخصه ، لا العين المملوكة ، وقد يكون حقاً عينياً ، أي تابعا للعين المملوكة دائما ، فينتقل من شخص إلى آخر .

(٢) الحق في اصطلاح القانونيين نوعان : حق عيني وحق شخصي . فالاول : هو علاقة مباشرة بين شخص وشيء معين بذاته ، مثل حق الملكية وحق الارتفاق . وحق شخصي : هو علاقة شرعية بين شخصين ، احدهما يكون مكلفا بعمل ، والآخر بالامتناع عن عمل ، كعلاقة نذائن والمدين ، يكلف المدين بأداء الدين ، وهذا عمل ، وعلاقة المودع بالوديعة ، فللاول حق على الوديعة في ألا يستعمل الوديعة ، وهذا امتناع عن عمل .

الماء الملوث في مصرف معين ، أو المرور في أرض الغير ، أو البناء فوق دار غيره (حق التعلية) ، سواء أكانت الأرض المرتفق بها مملوكة ملكاً عاماً أم خاصاً ، وبقطع النظر عن شخصية مالك العقار المرتفق ، والمرتفق به ، ولذا وصف حق الارتفاق بأنه « حق عيني » فلو كان العقاران لملك واحد ، لم يثبت حق الارتفاق .

ثانياً- الفرق بين حق الارتفاق وحق الانتفاع :

كل من هذين الحقين من أنواع الحقوق العينية لا الشخصية ، لكن يظل بينهما فروق^(١) .

١- إن حق الارتفاق مقرر لعقار . وأما حق الانتفاع فهو مقرر لشخص . فحق المرور من أرض إلى أخرى حق مقرر للأرض الثانية ، فينتفع به كل مالك لها ، ولا يقتصر الانتفاع به على شخص معين .

أما حق الانتفاع فإنه خاص بشخص المنتفع ، فإذا مات انتهى حقه ، سواء أكان ناشئاً بين الأحياء كالإجارة والإعارة ، أم بين ميت وحي كالوصية والوقف .

٢- يكون حق الارتفاق مقررأ دائماً على عقار ، ولذا تقل به قيمته عن الأرض الحالية من مثل هذا الحق . أما حق الانتفاع فقد يتعلق بالعقار ، كأرض أعييرت ، وقد يتعلق بالمنقول مثل كتاب أعيير .

٣- حق الارتفاق دائم لا ينتهي بوقت ، فيورث باتفاق المذاهب . أما حق الانتفاع فهو مؤقت ينتهي بموت شخص المنتفع كالموصى له بمنفعة أرض .

ثالثاً- وصفه الفقهي :

حق الارتفاق عند الحنفية ليس مالاً ، وإنما هو حق مالي يسوغ لمالكة الانتفاع

(١) راجع مختصر أحكام المعاملات الشرعية لاستاذنا الشيخ علي الخفيف : ص ١٥ - ١٦ .

به . ويترتب على كونه ليس مالاً عند الحنفية^(١) : أنه لا يجوز بيعه مستقلاً عن الأرض ، وإنما يباع تبعاً لها ، ولا يجوز هبته أو التصديق به ؛ لأنه تمليك ، والحقوق المجردة لا تحتل التمليك . ولا يجوز أيضاً الصلح عليه في دعوى تتعلق بالمال أو الحق في القصاص في النفس وما دونها ؛ لأن الصلح في معنى البيع أي المبادلة المالية ، والبيع لا يجوز .

ولا يصح جعله مهراً في عقد الزواج ؛ لأنه يترتب عليه التمليك ، وحق الارتفاق لا يقبل التمليك ، وإنما يجب في هذه الحالة مهر المثل .

كما لا يصح جعله بدل الخلع ، بأن اختلعت المرأة نفسها عليه ؛ لأن بذل العوض تمليك ، والارتفاق لا يحتمل التمليك . ويجب على المرأة حينئذ رد المأخوذ من المهر .

ويترتب على كونه حقاً مالياً^(٢) :

أنه يمكن أن يورث ؛ لأن الإرث عند الحنفية يجري في الأموال وفي بعض الحقوق كخيار العيب .

ويصح أن يوصى بالانتفاع به ، كالإيلاء لرجل بأن يسقي أرضه مدة معلومة من حق الشرب لفلان . والإيلاء كالإرث يصح في الأموال والحقوق ، لكن إذا مات الموصى له تبطل الوصية .

ويصح بيع الأرض دون حق الارتفاق ، ولا يدخل حق الارتفاق كحق الشرب مثلاً في بيع الأرض إلا بالنص عليه صراحة ، أو بذكر ما يدل عليه ، كأن يقول البائع : باعت الأرض بحقوقها أو بمراقفها ، أو كل قليل وكثير حولها .

(١) البدائع : ١٨٩/٦ - ١٩٠ ، تبين الحقائق : ٤٢/٦ .

(٢) المرجعان السابقان ، الدر المختار : ٢١٦/٥ .

رابعاً- أحكام حق الارتفاق العامة :

لحقوق الارتفاق أحكام عامة وخاصة ، أما الخاصة فتذكر مع أنواع الارتفاقات وأما الأحكام العامة فمنها ما يأتي :

١- يجب ألا يؤدي استعمالها إلى الإضرار بالغير عملاً بقاعدة : « لا ضرر ولا ضرار » ، فلا يجوز للمار بأرض غيره إلحاق الأذى بغيره . وليس لمن يسقي أرضه بحق الشرب مثلاً أن يسرف في الماء بحيث يضر بمن تحته من المنتفعين بمجرى الماء .

٢- إما أن تثبت حقوق الارتفاق على أملاك عامة أو خاصة . أما الأملاك العامة : فمثل الأنهار الكبيرة كالنيل ودجلة والفرات ، أو الطرق والمرافق العامة كالقناطر والجسور التي لا تختص بأحد . وحق الارتفاق المقرر عليها ثابت للناس جميعاً ، بلا إذن من أحد عند غير أبي حنيفة^(١) .

وأما الأملاك الخاصة بفرد أو أفراد فلا يثبت حق الارتفاق عليها إلا بإذن المالك .

وإذا لم يعرف سبب حق الارتفاق ، يترك لصاحبه حق الانتفاع به ، ويفترض كونه قديماً حادثاً بسبب مشروع عملاً بقاعدة « القديم يترك على قدمه » بشرط ألا يكون ضاراً بالغير كالمسيل القدر الذي يلوث ماء بئر الجيران ، أو النافذة المنخفضة التي تطل على مقر نساء الجار ، فيجب إزالة منشأ الضرر ، عملاً بقاعدة أخرى هي قيد في سابقتها وهي : « الضرر لا يكون قديماً »^(٢) .

(١) عبارة الشافعية في ذلك : منفعة الشارع المرور ، ويجوز الجلوس به لاستراحة ومعاملة ونحوها إذا لم يضيق على

المارة ، ولا يشترط إذن الامام (المنهاج للنووي مع مغني المحتاج : ٣٦٩/٤) .

(٢) انظر المدخل الفقهي العام للاستاذ الزرقاء : ف ٥٩٦ وما بعدها .

المبحث الثاني - أنواع حقوق الارتفاق :

حقوق الارتفاق المهمة عند الحنفية تنحصر في ستة هي : حق الشرب ، والطريق ، والمجرى ، والمسيل ، والتعلي ، والجوار ، ولا يجوز عند الحنفية إنشاء حقوق ارتفاق أخرى ؛ لأن في إنشائها تقييداً للملكية ، والأصل فيها ألا تقبل تقييداً ، وما قيدت به هو استثناء ، لا يتوسع فيه .

ورأي المالكية أنها غير محصورة فيما ذكر ، فيجوز إنشاء حقوق ارتفاق أخرى بالإرادة ، كأن يلتزم شخص ألا يقيم في ناحية من أرضه بناء أو يغرس شجراً ، أو ألا يرتفع إلى ارتفاع معين^(١) .

المطلب الأول - حق الشرب :

معناه ، أنواع المياه ، وحكم ملكية كل نوع ، الأحكام العامة للانتفاع بالمياه ، كرى الأنهار .

أولاً - معنى حق الشرب : الشرب (بكسر الشين) في اللغة : النصيب من الماء ، قال صالح عليه السلام فيما قصه الله في القرآن : ﴿ هذه ناقة لها شرب ولكم شرب يوم معلوم ﴾ . ويطلق أيضاً على زمن الشرب . ويستعمله الشرعيون في المعنيين . فالشرب في الشرع : النصيب من الماء لسقي الزرع والأشجار . وهذا عند أكثر الفقهاء . وقد يستعمل في نوبة الانتفاع بالماء أو زمن الانتفاع لسقي الشجر أو الزرع .

ويلحق به حق الشفة : وهو حق الشرب (بضم الشين) : وهو ما يخص الانسان

(١) الحق والالتزام للاستاذ الشيخ علي الحفيف : ص ٦٤ ، الأموال ونظرية العقد ، يوسف موسى : ص ١٧١ وما بعدها .

والحيوان من الماء لشربه . ويراد به تحقيق حاجة الانسان إلى الماء لشربه وشرب
دوابه .

ثانياً- أنواع المياه بالنسبة لحق الشرب والشفة : المياه تنقسم باعتبار
هذين الحقين إلى أنواع أربعة :

الماء المحرز في أوان خاصة ، ماء العيون والآبار ونحوها ، ماء الأنهار أو الجداول
الخاصة ، ماء الأنهار العامة .

النوع الأول- الماء المحرز في أوان خاصة : هو ما حازه صاحبه في آنية أو
ظروف خاصة كالجرار والصهاريج والحياض والأنابيب ، ومنه مياه الشركات في
المدن المتخصصة لتأمين ماء الدور . وهذا الماء ملك خاص لمن أحرزه ، بالاستيلاء
عليه ككل مباح يمتلك بإحرازه . فليس لأحد حق الانتفاع به إلا بإذن صاحبه ،
ولصاحبه يبيعه أو التصرف به كما يشاء^(١) ، فقد روي عن النبي ﷺ أنه « نهى عن بيع
الماء إلا ما حمل منه »^(٢) . وقد خصص حديث المنع من بيع فضل الماء^(٣) بالقياس على
جواز بيع الخطب إذا أحرزه الحاطب ، لحديث الرجل الذي أمره النبي ﷺ
بالاحتطاب ليستغني به عن السؤال^(٤) .

وبالرغم من كون هذا الماء مملوكاً لصاحبه ، فيجوز للمضطر الذي خاف على
نفسه الهلاك من العطش : أن يشرب منه أو يأخذ منه حاجته ، ولو بالقوة ، ليدفع
الهلاك عن نفسه إذا كان فاضلاً عن حاجة صاحبه ، بأن كان يكفي لحفظ رمقها ، ولم

(١) البدائع : ١٨٨/٦ وما بعدها ، تبين الحقائق . ٢٩/٦ ، تكلية الفتوح : ١٤٤/٨ وما بعدها ، الدر المختار :
٣١١/٥ - ٣١٢ ، القوانين الفقهية : ص ٣٣٩ ، المهذب : ٤٢٧/١ ، المغني : ٥٣٦/٥ وما بعدها ، كشاف الفناع :
٢٢٢/٤ ، الخراج لابي يوسف : ص ٩٥ ، ٩٧ .

(٢) الاموال لابن سلام : ص ٣٠٢ .

(٣) رواه أحمد وأصحاب السنن الا ابن ماجه ، وصححه الترمذي عن اياس بن عبد .

(٤) متفق عليه من حديث أبي هريرة .

يجد المضطرماء آخر، ولكن يجب عليه دفع قيمة الماء؛ لأن «الاضطرار لا يبطل حق الغير» أو أن حل الأخذ للاضطرار لا ينافي الضمان. والأولى أن يقاتله بغير سلاح كالعصا؛ لأنه ارتكب معصية، فكان ذلك كالتعزير له.

النوع الثاني - ماء العيون والآبار والحياض: وهو الذي يستخرجه الشخص لنفسه: وحكمه عند الحنفية^(١): أنه ليس بمملوك لصاحبه، بل هو مباح في نفسه ولصاحبه حق خاص فيه، سواء أكان في أرض مباحة، أو مملوكة؛ لأن الماء في الأصل مباح لجميع الناس، لقوله ﷺ: «الناس شركاء في ثلاث: الماء والكلاء والنار»^(٢).

وعليه، فإنه يثبت فيه حق الشفة، دون حق الشرب، فالأول لا يختص بشخص دون آخر، فهو لمستحقه، ولغيره من الناس، يأخذون منه حاجتهم لشربهم وشرب دوابهم واستعمالهم المنزلي.

فإن أبي صاحبه، كان للمحتاج أخذه جبراً، ولو بالقوة، وله أن يقاتله بسلاح؛ لأن الماء في البئر مباح غير مملوك، ولكن يشترط ألا يجد المحتاج ماء آخر قريباً منه.

والدليل لحق المحتاج: أن قوماً سَفَرُوا وردوا ماء، فطلبوا من أهله السماح لهم بالشرب منه، وبسقي دوابهم التي كادت أن تهلك من العطش، فأبوا، فذكروا ذلك لعمر بن الخطاب رضي الله عنه فقال: «هلا وضعت فيهم السلاح»^(٣).

ويلاحظ أن حكم هذين النوعين متشابه تقريباً إلا أن الأول ملك لصاحبه،

(١) المراجع السابقة.

(٢) روي من حديث رجل عن أبي داود، ومن حديث ابن عباس بإسناد جيد عن ابن ماجه، ومن حديث ابن عمر عند الطبراني في معجمه (نصب الراية: ٢٩٤/٤) ورواه أحمد أيضاً. وجاء في حديث آخر «لا يمنع فضل الماء» وهو أن يسقي الرجل أرضه، ثم تبقى من الماء بقية لا يحتاج إليها، فلا يجوز له أن يبيعها ولا يمنع منها أحد ينتفع بها، هذا إذا لم يكن الماء ملكه، أو على قول من يرى أن الماء لا يملك.

(٣) الخراج لابن يوسف: ص ٩٧.

والثاني غير مملوك ، ولم يضطر الذي يخاف الضرر على نفسه أن يأخذ الماء الفائض عن الحاجة ، ولو بالقوة ، لكن في النوع الأول بغير سلاح ، وفي الثاني يجوز استخدام السلاح . ويتجلى في هذا النوع صفة حق الارتفاق بنحو أوضح من غيره .

وقال الشافعية في الأصح عندهم^(١) : يملك الشخص ماء البئر المحفورة في الأرض الموات للملك ، أو المحفورة في ملك خاص ؛ لأنه نماء ملكه ، كالثمرة واللبن والشجر النابت في ملكه .

ولا يلزم المالك عند الشافعية بذل ما فضل عن حاجته لزرع وشجر ، ويجب بذل الفاضل منه عن شربه وشرب ماشيته ، وزرعه ، لشرب غيره من الأدميين ولماشية غيره ، على الصحيح لحرمته الروح ، ولخبر الصحيحين : « لا تمنعوا فضل الماء لتمنعوا به الكلاً » أي من حيث إن الماشية إنما ترعى بقرب الماء ، فإذا منع من الماء فقد منع من الكلاً ، والمراد : هو نفع البئر المباحة ، أي ليس لأحد أن يغلب عليه ، ويمنع الناس منه ، حتى يحوزه في إناء ويملكه .

النوع الثالث - ماء الأنهار الخاصة :

وهو ماء الأنهار أو الجداول الصغيرة الخاصة المملوكة لبعض الناس ، وحكمه كالنوع الثاني^(٢) : يثبت لكل أحد فيه حق الشفة ، لاحق الشرب ، فلكل إنسان الحق في الانتفاع به لنفسه ودوابه وإن لحق به ضرر يسير ؛ لأن « الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف » ، ولكن ليس له أن يسقي منه زرعه وشجره ، إلا بإذن صاحبه ، فلصاحبه أن يمنع الغير من سقي الزرع والأشجار (حق الشرب) لأن له في مائه حقاً خاصاً .

(١) مغني المحتاج : ٢٧٥/٢ .

(٢) البدائع : ١٨٩/٦ ، الدر المختار ورد المختار : ٣١١/٥ وما بعدها ، تبين الحقائق : ٣٩٦/٦ ، الخراج لأبي يوسف :

ص ٩٥ ، تكملة الفتح : ١٤٥/٨ ، القوانين الفقهية : ص ٢٣٩ ، المهذب : ٤٢٧/١ وما بعدها ، المغني : ٧٩/٤ ،

٥٣٦/٥ ، كشاف القناع : ٢٢١/٤ ، نهاية المحتاج : ٢٥٧/٤ ، مغني المحتاج : ٢٧٥/٢ .

ولا يجوز لصاحبه عند الحنفية بيع حق الشرب منفرداً، بأن باع شرب يوم، أو أكثر؛ لأنه عبارة عن حق الشرب والسقي، والحقوق لا تحتل عندهم الأفراد بالبيع والشراء. فلو باع الأرض مع الشرب، جاز تبعاً للأرض، ويجوز أن يجعل الشيء تبعاً لغيره، وإن كان لا يجوز بيعه مستقلاً عن غيره. ولا يدخل الشرب في بيع الأرض - كما أشرنا سابقاً - إلا بالتسمية صراحة، أو بذكر ما يدل عليه، بأن يقول: بعتهما بحقوقها أو بمرافقتها. لكنهم أجازوا بيع الماء المعلوم القدر المحرز أو المملوك، للشرب، لا للشفة (شرب الإنسان والحيوان).

كذلك أجاز المالكية والشافعية والحنابلة بيع الماء المملوك مستقلاً عن الأرض، ولكن يستحب لصاحبه أن يبذله بغير ثمن. ولا يجبر على بذله، إلا أن يكون قوم اشتد بهم العطش فخافوا الموت، فيجب عليهم سقيهم (حق الشفة)، فإن منعهم، فلهم أن يقاتلوه على منعه.

وصرح الشافعية بأنه يشترط في بيع الماء تقديره بكيل أو وزن، لا بريّ المشية أو الزرع^(١).

النوع الرابع - ماء الأنهار العامة :

وهو الذي يجري في مجار عامة غير مملوكة لأحد، وإنما هي للجماعة، مثل النيل ودجلة والفرات ونحوها من الأنهار العظيمة.

وحكمه^(٢): أنه لا ملك لأحد في هذه الأنهار، لا في الماء ولا في الحجرى، بل هو حق للجماعة كلها، فلكل واحد حق الانتفاع بها، بالشفة (سقي نفسه ودوابه) والشرب (سقي زروعه وأشجاره)، وشق الجداول منها، ونصب الآلات عليها لجر

(١) نهاية المحتاج : ٢٥٧/٤ .

(٢) البدائع : ١٩٢/٦ ، تبين الحقائق : ٣٩٦ ، تكللة الفتح : ١٤٤/٨ ، الدر المختار : ٣١١/٥ ، القوانين الفقهية :

ص ٣٢٩ ، المهذب : ٤٢٨/١ ، المغني : ٥٣١/٥ ، نهاية المحتاج : ٢٠٥/٤ ، مغني المحتاج : ٣٧٢/٢ .

الماء لأرضه ، ونحوها من وسائل الانتفاع بالماء ، وليس للحاكم منع أحد من الانتفاع بكل الوجوه ، إذا لم يضر الفعل بالنهر أو بالغير أو بالجماعة . كما هو الحكم المقرر بالانتفاع في الطرق أو المرافق العامة .

فإذا أضر ، فلكل واحد من المسلمين منعه أو الحد من تصرفه لإزالة الضرر ؛ لأنه حق لعامة المسلمين ، وإباحة التصرف في حقهم مشروطة بانتفاء الضرر ، كالانتفاع بالمرافق العامة ، إذ لا ضرر ولا ضرار . والدليل على كون هذه الأنهار غير مملوكة لأحد ، وإنما الحق فيها مشاع للجميع : هو قوله عليه الصلاة والسلام : « الناس شركاء في ثلاث : في الماء والكلاً والنار »^(١) وفي رواية « والملح » وشركة الناس فيها شركة إباحة ، لا شركة ملك ، لعدم إحرارها ، فهم سواء في الانتفاع بها ومنها الماء العام ، فيثبت لهم حق الشرب .

ثالثاً- الأحكام العامة لحق الشرب أو الانتفاع بالمياه :

للانتفاع بالمياه أحكام عامة أهمها ما يأتي^(٢) :

أ- المحافظة على حافة البئر أو العين أو النهر (مجرى الماء مطلقاً) : فإن لم يفعل كان لصاحب المجرى منعه من الانتفاع ، دفعاً للضرر عنه ، عملاً بالحديث النبوي : « لا ضرر ولا ضرار » . ومن الضرر تسرب الماء إلى أرض الجار على وجه غير معتاد ، وعليه الضمان إذا كان متعدياً . قال الحنفية : ولا يضمن من ملأ أرضه ماء ، فنزت أرض جاره أو غرقت ، أي في حال السقي المعتاد الذي تتحمله الأرض عادة ، لأنه

(١) المراد بالماء : ما ليس بمحرز ، فإذا أحرز فقد ملك ، فخرج من أن يكون مباحاً ، كالصيد إذا أحرز ، فلا يجوز لأحد أن ينتفع به حينئذ إلا بإذنه . والمراد بالكلاً : الحشيش الذي ينبت بنفسه من غير أن ينبت أحد ، ومن غير أن يزرعه ويسقيه ، فهلكه من قطعه وأحرزه ، وإن كان في أرض غيره . والمراد بالنار : الاستضاءة بضوئها ، والاصطلاء بها ، والإيقاد من لهبها ، وليس لصاحبها أن يمنع من ذلك إن كانت في الصحراء ، بخلاف مالو أراد غيره أن يأخذ الحجر ، لأنه ملكه ، ويتضرر بذلك ، فكان له منعه كسائر أملاكه ، إلا إذا لم يكن له قيمة (تبين الحقائق : ٣٩٦) .

(٢) انظر الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي للدكتور محمد يوسف موسى : ص ١٧٥ وما بعدها .

متسبب غير متعد ، فإن كان السقي غير معتاد ، ضمن وعليه الفتوى ^(١) .

ب - يجب على المنتفع إمرار الماء من طريق عام إن وجد ، فإن لم يوجد ، كان على صاحب الطريق الخاص الإذن بإمرار الماء ، أو إخراج حاجته من الماء ، لقول عمر رضي الله عنه لمحمد بن مسَلَمَة حينما شكاه الضحاك بن خليفة الذي أراد إمرار ماء من أرض ابن مسَلَمَة : « والله ، ليمرّن به ، ولو على بطنك » ^(٢) .

ج - حق الشرب يورث ، وتصح الوصية بالانتفاع به ، حتى عند الحنفية ، الذين يرون عدم توارث الحقوق والمنافع إلا ما استثنى ، ويجوز بيعه تبعاً للأرض ، لا مستقلاً منفرداً عنها عند الحنفية ، كما أوضحنا سابقاً ؛ لأنه مجهول الكمية ، وبيع المجهول لا يصح لما فيه من الضرر أو الظلم ، ولأن الحقوق عند الحنفية ليست بمال متقوم في ظاهر الرواية ، فلا تقبل الأفراد بالبيع أو الهبة أو الإجارة أو التصديق بها ^(٣) .
والأولى الأخذ برأي غير الحنفية القائلين بجواز التصرف في الحقوق والمنافع ؛ لأنها أموال متقومة ، في عرف الناس .

د - إذا كان الماء مملوكاً لشخص واحد ، كان له حق الانتفاع به كيفما شاء ، فإن كان الماء لجماعة مشتركة أو أناس كثيرين ، وزع بينهم بالعدل ، إما بالمناوبة الزمانية (المهاياة) : بأن يستقل واحد بالماء في زمن معين . وإما بالكوى ، أي بفتحات جانبية للماء إلى المزارع والجداول ، بما يتناسب ومساحة أرض كل منتفع بهذا الماء . وهذا رأي الشافعية أيضاً ^(٤) . ومقتضى العدل في التوزيع : أنه إذا كان نهر بين قوم ، واختموا في الشرب ، كان الشرب بينهم على قدر مساحة أراضيهم ، كما بينا ؛ لأن

(١) تكملة الفتح : ١٤٩/٨ ، الدر المختار : ٣١٧/٥ .

(٢) تنوير الحوالك شرح الموطأ : ٢١٨/٢ وما بعدها .

(٣) الدر المختار : ٣١٦/٥ وما بعدها ، تبين الحقائق : ٤٢/٦ ، تكملة الفتح : ١٥٠/٨ ، البدائع : ١٨٩/٦ .

(٤) المهذب : ٤٢٨/١ ، مغني المحتاج : ٣٧٥/٢ .

المقصود هو الانتفاع بسقي الأراضي، فيقدر حقهم بقدرها، بخلاف الطريق؛ لأن المقصود منه هو المرور، وهو لا يختلف قدره سعة وضيقاً.

كما أن مقتضى العدل أيضاً أن يتم تغيير التوزيع برضا الجميع، فليس لمشارك بلا رضاهم أن يشق جدولاً من النهر، أو ينصب عليه رحي، أو آلة نرح، أو جسراً، أو يوسع في النهر، أو أن يقسم بالأيام بعد أن كانت القسمة بالفتحات أو أن يسوق نصيبه إلى أرض أخرى ليس لها فيه شرب؛ لأن القديم يترك على قدمه لظهور الحق فيه، ولأنه يمنع الضرر بالآخرين، وفي التوسعة وغيرها إضرار بهم^(١).

هـ - يصح رفع دعوى الشرب بغير أرض استحساناً عند الحنفية^(٢)؛ لأن الشرب مرغوب فيه، منتفع به، ويمكن أن يملك بغير أرض بالإرث، أو الوصية، ولأنه قد تباع الأرض دون الشرب فيبقى الشرب وحده، فإذا استولى عليه غيره، كان له أن يدفع الظلم عن نفسه، بإثبات حقه بالبينة.

و - ينتفع الناس بماء الأمطار أو السيول أو النهر الصغير الذي يزدحم الناس فيه؛ بأن يبدأ بالأعلى، فيسقي أرضه، حتى يصل إلى الكعب (النهاية)، ثم يرسله إلى من يليه، فيسقي ويحس الماء حتى يصل إلى كعبه، ثم يرسله إلى من يليه، فيفعل كذلك، وهم جرا إلى آخره^(٣)، لحديث عبادة: «أن النبي ﷺ قضى في شرب النخل من السيل: أن الأعلى يشرب قبل الأسفل، ويترك الماء إلى الكعبين، ثم يرسل الماء إلى الأسفل الذي يليه، وكذلك حتى تنقضي الحوائط، أو يفنى الماء»^(٤).

وروى عبد الله بن الزبير: أن الزبير ورجلاً من الأنصار تنازعا في شراج

(١) الدر المختار: ٣١٥/٥ وما بعدها، تبيين الحقائق: ٤٢/٦، تكملة الفتح: ١٤٨/٨ وما بعدها، نهاية المحتاج:

٢٥٨/٤، المهذب: ٤٢٨/١، المغني: ٥٣٣/٥ - ٥٣٦.

(٢) الدر المختار: ٣١٤/٥، تبيين الحقائق: ٤٠/٦، تكملة الفتح: ١٤٧/٨.

(٣) المهذب: ٤٢٨/١، مغني المحتاج: ٣٧٢/٢، كشف القناع: ٢١٩/٤ وما بعدها، المغني: ٥٣١/٥.

(٤) رواه ابن ماجه، وعبد الله بن أحمد. ورواه أبو داود بإسناد حسن.

الحرة^(١) التي يسقى بها النخل ، فقال الأنصاري للزبير : سرح الماء ، فأبى الزبير ، فاختصا إلى رسول الله ﷺ ، فقال رسول الله ﷺ للزبير : اسق أرضك ، ثم أرسل الماء إلى أرض جارك . فقال الأنصاري : أن كان ابن عمك يا رسول الله ، فتلون وجه رسول الله ﷺ ، فقال : يا زبير ، اسق أرضك ، إلى أن يبلغ الجذر ، قال الزبير : فوالله ، إني لأحسب هذه الآية نزلت فيه : ﴿ فلا ، وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ﴾^(٢) .

وروى مالك في الموطأ أيضاً عن عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم أنه بلغه : أن رسول الله ﷺ قال في سيل مهزور ومذنب : « يسك حتى الكعبين ، ثم يرسل الأعلى على الأسفل »^(٣) .

رابعاً- كري الأنهار التي يكون منها الشرب :

الكري : إخراج الطين من أرض النهر ، وحفره ، وإصلاح ضفتيه . ويلحق به إصلاح الجسور ونحوها .

ومؤنة الكري أي نفقته بحسب نوع النهر ، والأنهار أنواع ثلاثة^(٤) :

الأول : النهر العام غير المملوك لأحد ، كالفرات والنيل : نفقة كريبه وإصلاحه من بيت مال المسلمين ، من الخراج والجزية ، دون العشور والصدقات ؛

(١) الحرة : أرض في المدينة ذات حجارة سود . والشراج جمع شرج ، والشرج : نهر صغير .

(٢) متفق عليه في الصحيحين ، ورواه مالك في موطئه عن عبد الله بن الزبير (جامع الأصول : ٥٦٥/١٠) والمراد

بقوله : « احبس الماء حتى يبلغ الجذر » : أن يصل مبلغ تمام الشرب ، من جذر الحساب : أصل كل شيء .

وقيل : أراد أصل الحائط . ويلاحظ أن رواية الحديث بالبدال : « يرجع إلى الجذر » أي الكعبين .

(٣) تنوير الحوالك : ٢١٧/٢ .

(٤) تكلفة الفتح : ٤٦/٨ وما بعدها ، الدر المختار : ٣١٢/٥ وما بعدها ، البدائع : ١٩١/٧ وما بعدها ، تبيين

الحقائق : ٤٠/٦ وما بعدها .

لأنه للمصلحة العامة ، فيختص بنفقتة بيت المال ، عملاً بالحديث النبوي : « الخراج بالزمان »^(١) .

فإن لم يكن في بيت المال شيء ، أجبر الحاكم الناس على إصلاح النهر ، إن امتنعوا عنه ، دفعاً للضرر ، وتحقيقاً للمصلحة العامة . قال عمر في مثله : « لو تركتم ، لبعتم أولادكم » .

وتفرض مؤنة الاصلاح على الأغنياء الموسرين الذين لا يطبقون الاصلاح بأنفسهم ، كما هو الشأن في تجهيز الجيوش . ويكلف القادرون على العمل بأنفسهم ، وتكون نفقتهم على الأغنياء .

الثاني : النهر المملوك لأهله العام الداخل في المقاسم ، ويمكن قسمته ، ويشترك به جماعة هم أصحاب النهر ، فهو عام من وجه ، وخاص من وجه : نفقة إصلاحه على أهله ؛ لأن الحق لهم والمنفعة تعود إليهم على الخصوص ، فعليهم إصلاحه لأن الغنم بالغرْم . ومن أبي منهم يجبر على الإنفاق ، دفعاً للضرر العام الذي يلحق بقية الشركاء .

فالمملوك : بأن دخل في المقاسم : عام وخاص^(٢) . والخاص وهو النوع الثالث : هو ما يشترك فيه فئة محصورة . والعام : هو المملوك لجماعة غير محصورة

الثالث : النهر المملوك لأهله الخاص بفئة محدودة : نفقة إصلاحه على أهله أيضاً ؛ لأن نفعه عائد إليهم . لكن إن امتنع جميعهم عن الإصلاح ، لم يجبرهم الحاكم ، كالممتنع عن عمارة أرضه وداره . فإن امتنع بعضهم دون الآخرين ، فقليل : يجبر الآبي ؛ لأن النفع للكل ، وقيل : لا يجبر ؛ لأن في إجباره اضراً به . ويمكن دفع

(١) رواه الحنفية (أحمد وأصحاب السنن) عن عائشة وضعفه البخاري (سبل السلام : ٣٠٣) .

(٢) المملوك الداخل في المقاسم : عام وخاص . والفاصل بينها : أن ماتستحق به الشفعة خاص وهو النوع الثالث ، ومالا تستحق به الشفعة عام . واختلف في تحديد الخاص : فقليل : هو ما كان لعشرة ، أو عليه قرية واحدة . وقيل : لما دون أربعين أو مائة أو ألف . والأصح : تفويضه لرأي المجتهد ، فيختار أي قول شاء .

الضرر عن شركائه برجوعه عليه بحصته من النفقة، إذا تم الإصلاح بأمر القاضي .

واختلف في كيفية الكري على الشركاء، إذا احتاج النهر في مسيله إلى إصلاح منطقة ليست في أعلاه: فقال أبو حنيفة: مؤنة كري النهر المشترك على الشركاء من أعلاه، فإذا جازوا أرض رجل منهم دون حاجة إلى الكري، برئ من مؤنة الكري؛ لأن المقصد من الكري الانتفاع بالسقي، وقد حصل لصاحب الأعلى، فلا يلزمه نفع غيره .

وقال الصحابان: الكري على الشركاء جميعهم، من أوله إلى آخره، بخصص الشرب والأراضي؛ لأن لصاحب الأعلى حقاً في الأسفل، لاحتياجه إلى تسهيل ما فضل من الماء فيه . وهذا الرأي هو المعقول في تقديري .

واتفق أئمة الحنفية على أن الإصلاح إذا كان من أعلى النهر، فمؤنة إصلاحه على الشركاء جميعاً، لتوقف انتفاعهم به على إصلاحه .

المطلب الثاني - حق الشفة :

يلحق حق الشفة بحق الشرب، وتكاد تكون أحكامها واحدة مع بعض الفوارق البسيطة :

معنى حق الشفة : هو حق الانتفاع بالماء لشرب الإنسان والاستعمال المنزلي من طبخ وغسل ونحوهما، ولسقي البهائم بالشفاه لدفع العطش ونحوه . أو هو حاجة الإنسان إلى الماء لشربه أو لشرب دوابه ولانتفاعه المنزلي^(١) .

وأحكامه تختلف بحسب نوع الماء . والمياه أربعة أقسام^(٢) :

(١) مختصر المعاملات الشرعية للشيخ علي الحفيف : ص ١٨ .

(٢) تكملة الفتوح : ١٤٤/٨ وما بعدها ، تبيين الحقائق : ٤٠/٦ ، البدائع : ١٨٨/٦ وما بعدها ، الدر المختار : ٣١١/٥ وما بعدها .

الأول - ماء البحار: لكل واحد من الناس فيها حق الشفة وسقي الأراضي، والانتفاع بها بأي وجه؛ لأنها غير مملوكة، والانتفاع بماء البحر كالانتفاع بالشمس والقمر والهواء.

الثاني - ماء الأنهار العظيمة كالفرات ودجلة والنيل، وسيحون وجيحون ونحوها: للناس فيه الشفة مطلقاً، وحق سقي الأراضي؛ لأنها مباحة في الأصل لكل إنسان شرباً وسقياً، ما لم يضر بالجماعة؛ لأن دفع الضرر عنهم واجب، ولأن الانتفاع بالمباح إنما يجوز إذا لم يضر بأحد، كتخريب النهر أو كسرفته، فتغرق القرى والأراضي.

الثالث - ماء الأنهار الصغيرة المملوكة الخاصة بقوم محصورين وهو المسمى عند الفقهاء «ماء المقاسم»: حق الشفة ثابت فيه، للضرورة، ولأن الأصل في الماء اشتراك الناس فيه، لقوله عليه الصلاة والسلام: «الناس شركاء في ثلاث: الماء، والكلأ والنار» ولأن استصحاب الماء إلى كل مكان أمر متعذر، والناس بحاجة إليه، فلو منعوا منه، وقعوا في حرج عظيم.

لكن إذا كان ماء النهر أو البئر المملوك لجماعة في أرض مملوكة: فلصاحب الأرض أن يمنع من يريد الشفة من الدخول في ملكه، إذا كان يجد ماء بقربه^(١).

فإن لم يجد يقال له: إما أن تخرج الماء إليه، أو تتركه، بشرط ألا يضر النهر أو البئر كأن يكسرفته أي جانبه؛ لأن للمضطر أو المحتاج حق الشفة في ماء النهر أو البئر أو الحوض عند الحاجة.

فلو منعه صاحب الأرض، وهو أو دابته في حالة عطش، كان له أن يقاتله بالسلاح ليأخذ قدر ما يدفع عن نفسه الهلاك، لقول عمر السابق: «هلا وضعتم فيهم

(١) حد القرب: ميل كما في التيمم، والميل أربعة آلاف ذراع، والذراع: ٦١/٦ سم، فالميل: ١٨٤٨ م.

السلاح؟» ولأنه قصد إتلافه بمنع الشفة عنه، وهو حقه؛ لأن ماء البئر أو النهر ونحوهما مباح غير مملوك .

والأصح أن للناس الأخذ من هذا الماء ونقله للوضوء وغسل الثياب؛ لأن منعه من الدناءة، قال عليه الصلاة والسلام: «إن الله تعالى يحب معالي الأمور، ويكره سفاسفها»^(١).

والأصح أن لصاحب الماء منع من أراد الأخذ منه لسقي الشجر أو الخضري في داره، بحمله بالجرار ونحوها إلا بإذنه .

كذلك إذا كانت الشفة تأتي على الماء كله، بأن كان جدولاً صغيراً، والمواشي الواردة عليه كثيرة، فقال أكثر الفقهاء منهم الحنفية: للمالك حق المنع، لأنه يلحقه ضرر به، كسقي الأرض .

الرابع - الماء المحرز في الأواني: مملوك لصاحبه بالإحراز، فلا يحق لغيره الانتفاع به إلا بإذن صاحبه، لا شرباً ولا سقياً ولا غيره .

لكن للمضطر الذي يخاف على نفسه من الهلاك بسبب العطش، ولم يجد سوى هذا الماء المحرز: أن يأخذ هذا الماء من صاحبه، ولو بالقوة، لكن بغير سلاح إذا كان الماء فاضلاً عن حاجة صاحبه، كما بينا في حق الشرب .

المطلب الثالث - حق المجرى :

تعريفه، وأحكامه .

تعريف حق المجرى: هو حق صاحب الأرض البعيدة عن مجرى الماء، في إجراء الماء إلى أرضه لسقيها . وقد يكون المجرى نفسه مملوكاً لصاحب المجرى، أو

(١) رواه الطبراني عن الحسين بن علي، وهو حديث حسن .

لصاحب الأرض التي هو فيها وهو الكثير، أو لهما معاً، أو مشتركاً بين كثيرين .

أحكامه : المبدأ العام في الشرع أنه ليس لصاحب الأرض منع جاره من إمرار الماء في أرضه ، عملاً بقول عمر المتقدم ، لمن منع جاره من إرسال الماء في أرضه : « والله ليبرن به ، ولو على بطنك » .

وليس لصاحب الأرض أيضاً أن ينقل المجرى من مكانه إلا برضا أصحاب الحق فيه ، ولهم الحق في ترميمه ، ومنع تسرب الماء منه ، وتعميقه ، وتقوية جانيبه . كما أن لصاحب الأرض مطالبتهم بإصلاحه ، حتى لا يتسرب الماء منه ، فيتلف مزروعاته .

وإذا كان المجرى مشتركاً بين جماعة ، فليس لأحدهم سده إلا برضا الجميع على أن يسده كل واحد في نوبته . فإن منعه من سده ، كان له رفع الماء إلى أرضه بأالة^(١) ، ودليل اشتراط رضا الجميع بسد المجرى هو قاعدة : « يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام » .

وحق المجرى إن كان قديماً في أرض الغير يترك على حاله^(٢) ، عملاً بقاعدة : « القديم يترك على قدمه » ، ولا يُزال ، إلا إذا كان فيه ضرر على صاحب الأرض ، عملاً بقاعدة : « الضرر لا يكون قديماً » .

وإن أريد إحداث مجرى جديد : فإن كان في طريق عام ، أنشئ بإذن السلطة ، لمنع الضرر وتحقيق المصلحة العامة .

وإن كان في أرض مملوكة لغيره ، أحدث بإذن المالك ، ولكن ليس للمالك المنع من إحداثه ، ما لم يلحق به ضرر بسببه ، عملاً بقول عمر السابق : « والله ليبرن به ولو

(١) البدائع : ١٩٠/٦ وما بعدها ، الأموال ونظرية العقد : ص ١٧٦ وما بعدها ، مختصر المعاملات الشرعية : ص ٢٠ .

(٢) الدر المختار ورد المختار : ٣١٤/٥ ، الخراج لأبي يوسف : ص ٩٩ .

على بطنك»^(١).

المطلب الرابع - حق المسيل :

تعريفه ، وحكمه .

حق المسيل : هو حق تصريف الماء الزائد عن الحاجة ، أو غير الصالح ، إلى المصارف والمجاري العامة ، بواسطة مجرى سطحي أو أنبوب مستور ، سواء من أرض أودار أو مصنع .

والفرق بينه وبين حق المجرى : هو أن حق المجرى لطلب الماء الصالح للأرض ، وحق المسيل لتصريف الماء غير الصالح عن الأرض أو الدار ونحوها .

والمسيل قد يكون مملوكاً للمنتفع به ، أو لصاحب الأرض التي يمر فيها ، وقد يكون في مرفق عام .

وإذا تعينت أرض الجار لإحداث المسيل ، لم يجوز للمالكها المعارضة أو الممانعة فيه ، إلا إذا ترتب عليه ضرر يبين . ويظل هذا الحق قائماً ، وإن تغيرت صفة الأرض المقرر لها ، كأن كانت أرضاً زراعية ، فصارت منزلاً أو مصنفاً مثلاً .

وإذا كان حق المسيل قديماً ، بقي على حاله ، ما لم يكن ضاراً بالمصلحة العامة أو الخاصة ، فيجب حينئذ إزالته ؛ لأن «الضرر يزال» ، ولا يحتج بتقادم الضرر ؛ لأن «الضرر لا يكون قديماً» .

(١) والقصة هي : روى مالك في موطئه (٢١٨/٢) عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه : أن الضحاك بن خليفة ساق خليجاً له من العريض ، فأراد أن يمر به في أرض محمد بن مسلمة ، فأبى محمد ، فقال له الضحاك : لم تمنعني ، وهو لك منفعة ، تشرب به أولاً وآخرأ ، ولا يضرك ؟ فأبى محمد ، فكلم فيه الضحاك عمر بن الخطاب ، فدعا عمر بن الخطاب محمد بن مسلمة ، فأمره أن يخلي سبيله ، فقال محمد : لا ، فقال عمر : لم تمنع أخاك ما ينفعه ، وهو لك نافع ، تسقي به أولاً وآخرأ ، وهو لا يضرك ؟ فقال محمد : لا ، والله ، فقال عمر : والله ليرن به ، ولو على بطنك . فأمره عمر أن يمر به ، ففعل الضحاك . وانظر الحراج ليحيى بن آدم : ص ١١٠ .

وتجب نفقات إصلاح المسيل ، على المنتفع به ، إذا كان في ملكه ، أو في ملك غيره . فإن كان في أرض عامة ، فنفقة الإصلاح على بيت المال^(١) .

المطلب الخامس - حق المرور :

تعريفه ، وأحكامه .

حق المرور : هو حق أن يصل الإنسان إلى ملكه ، داراً أو أرضاً ، بطريق يمر فيه ، سواء أكان من طريق عام ، أم من طريق خاص مملوك له أو لغيره ، أو لهما معاً .
وحكمه يختلف بحسب نوع الطريق :

أ- فإن كان الطريق عاماً : فلكل إنسان حق الانتفاع به ، لأنه من المباحات ، سواء بالمرور ، أو بفتح نافذة أو طريق فرعي عليه ، أو إنشاء شرفة ونحوها ، وله إيقاف الدواب أو السيارات أو إنشاء مركز للبيع والشراء . ولا يتقيد إلا بشرطين^(٢) :

الأول : السلامة ، وعدم الإضرار بالآخرين ، إذ لا ضرر ولا ضرار^(٣) .

الثاني : الإذن فيه من الحاكم .

فإن أضر المار أو المنتفع بالآخرين ، كأن أعاق المرور ، منع . وإن لم يترتب على فعله ضرر ، جاز بشرط إذن الحاكم عند أبي حنيفة ، ولا يشترط الإذن عند الصاحبين ، على ما سنبنين في حق التعلي . كذلك لا يشترط إذن الإمام عند الشافعية

(١) أملية مختصر المعاملات الشرعية للخفيف : ص ٢٠ وما بعدها .

(٢) الدر المختار ورد المختار : ٣١٩/٥ وما بعدها ، تبين الحقائق : ١٤٢/٦ وما بعدها ، جامع الفصولين : ١٩٧/٢ ،

تكلمة الفتح : ٣٣٠/٨ وما بعدها ، مغني المحتاج : ١٨٢/٢ .

(٣) أي لا يضر الرجل أخاه ابتداء ولا جزء ، بمعنى أنه لا يجوز إنشاء الضرر ، ولا مقابلة الضرر بمثله . والضرر في

الجزء : أن يتعدى المجازي عن قدر حقه في القصاص وغيره .

والحنابلة^(١) كقوله عليه السلام : « من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم ، فهو أحق به » .
وقال المالكية^(٢) : من بنى في طريق المسلمين أو أضاف شيئاً من الطريق إلى ملكه ، منع منه باتفاق .

وقال الشافعية^(٣) : الطريق النافذ أي الشارع لا يتصرف فيه بما يضر المارة في مرورهم فيه ؛ لأن الحق فيه للمسلمين كافة ، فلا يشرع فيه جناح أي روشن ، ولا سباط (أي سقيفة على حائطين والطريق بينهما) يضر الناس كلّ منهما .

ب - وأما إن كان الطريق خاصاً : فحق الانتفاع به مقصور على صاحبه أو أهله أو المشتركين فيه ، فليس لغيرهم أن يفتح عليه باباً أو نافذة إلا بإذن منهم ، ولكل الناس حق المرور فيه عند زحمة الطريق العام ، وليس لأصحابه سده أو إزالته ، احتراماً لحق العامة فيه .

كذلك ليس لأحد من أصحاب الحق في الطريق الخاص الارتفاق به على غير الوجه المعروف إلا بإذن الشركاء كلهم ، حتى المشتري من أحدهم بعد الإذن ، كإحداث غرفة ، أو بناء شرفة ، أو ميزاب ونحوه^(٤) .

المطلب السادس - حق التعلي :

تعريفه ، وحكم تصرف المالك الأعلى أو الأسفل في ملكه .

حق التعلي : هو حق القرار الدائم أو الاستناد لصاحب الطبقة العليا ، على الطبقة السفلى ، والانتفاع بسقوفها ، مثل الملكية المشتركة للطوابق الحديثة .

(١) معني المحتاج : ٣٦٩/٢ ، المعني : ٥٤٤/٥ .

(٢) القوانين الفقهية : ص ٣٤١ .

(٣) معني المحتاج : ١٨٢/٢ .

(٤) الدر المختار ورد المختار : ٢٢٠/٥ ، تكللة الفتح ، تبين الحقائق : المكان السابق ، القوانين الفقهية :

ص ٣٤١ ، معني المحتاج : ١٨٤/٢ .

وهذا حق دائم ثابت لصاحب العلو، على حساب السفل، فيكون للعلو حق البقاء والقرار على ذلك السفل، دون أن يملك عند الحنفية سقفه، فلا يزول الحق بهدمه، أو انهدام السفل، أو هما معاً، ويظل هذا الحق قائماً، يجري فيه التوارث.

وقال المالكية^(١) : السقف الذي بين الطابقين لصاحب السفل، وعليه إصلاحه وبناءؤه إن انهدم، ولصاحب العلو الجلوس عليه، أي كما قال الحنفية.

وقال الشافعية^(٢) : السقف مشترك بين صاحب العلو والسفل كالجدار بين ملكين، لاشتراكهما في الانتفاع به، فإنه سائر لصاحب السفل وأرضه لصاحب العلو، فلصاحب العلو الاستناد إليه، وليس لأحدهما دق وتد أو فتح كوة ونحوه مما يضايق إلا بإذن الآخر. ولصاحب العلو الانتفاع بالسقف بحسب العادة، وإذا انهدم المشترك بين اثنين ليس لأحدهما إجبار الآخر على العمارة؛ لأن الضرر لا يزال بالضرر والممتنع يتضرر بتكليف العمارة.

ولا يباع حق التعلي عند الحنفية استقلالاً، فبيعه غير صحيح، لأنه ليس بمال.

وقال غير الحنفية: يجوز بيعه استقلالاً؛ لأن الحقوق أموال عندهم. وهذا هو المعقول والأصح فقهاً وعرفاً وعملاً.

واختلف أبو حنيفة مع صاحبيه في مدى حق التصرف لكل من صاحب العلو وصاحب السفل^(٣) :

فقال أبو حنيفة: الأصل في تصرفات المالك في ملكه، إذا تعلق به حق الغير:

(١) القوانين الفقهية: ص ٢٤١.

(٢) مغني المحتاج: ١٩٢/٢، روضة الطالبين للنووي: ٢١٩/٤، ٢٢٦.

(٣) تبين الحقائق: ١٩٤/٤ - ١٩٦، فتح القدير: ٥٠٢/٥ وما بعدها، ٥٠٦، البدائع: ٢٦٤/٦ وما بعدها، الدر

المختار ورد المختار: ٢٧٥/٤ - ٢٧٧.

الحظر؛ لأنه تصرف في محل تعلق به حق محترم للغير، فليس للجار التصرف في ملكه من غير رضا صاحب الحق، وإن لم يضره هذا التصرف.

وبناء عليه: ليس لصاحب السفلى أن يحدث في بنائه أي تغيير، كدق وتد، أو فتح نافذة، أو رفع جدار، إلا برضا صاحب العلو، وإن لم يضر به. وليس لصاحب العلو زيادة بناء يوهن السفلى.

وقال الصحابان: الأصل في تصرف الجار الإباحة؛ لأنه تصرف في ملكه، والمملك يقتضي إطلاق التصرف، كما يشاء المالك، إلا إذا لحق بسببه ضرر بالغير، فيمنع حينئذ المالك منه، وبناء عليه: لصاحب السفلى أو الطابق الأدنى أن يصنع ما لا يضر بالبناء الأعلى.

وهذا الرأي هو المعقول، والأصح في تقديري، وهو الاستحسان المفتى به عند الحنفية^(١).

المطلب السابع - حق الجوار:

تعريفه، ومدى صلاحيته أو حق الجار بالتصرف في ملكه.

حق الجوار: المراد به هو حق الجوار الجاني: وهو الناشئ عن تلاصق الحدود وتجاورها، ويكون لكل من الجارين الحق في الارتفاق بعقار جاره، على ألا يلحق به ضرراً بيناً فاحشاً.

والامتناع عما يوذى الجار واجب ديانة، لقوله صلى الله عليه وسلم: «لا يدخل الجنة من لا يأمن جاره بوائقه»^(٢) أي غوائله وشروبه، ومع ذلك للفقهاء آراء قضائية في منع

(١) انظر الدر المختار: ٣٧٥/٤.

(٢) رواه مسلم عن أبي هريرة.

الضرر بالجار^(١) :

فقال أبو حنيفة بمقتضى القياس ، والشافعية والظاهرية : لصاحب الملك أن يفعل في ملكه ما يشاء ، وهو مطلق التصرف في خالص ملكه ، وإن ألحق الضرر بغيره ، فله فتح ما شاء من النوافذ ، وهدم ما شاء من الجدران ، وحفر ما رأى من الآبار ، وإنشاء ما يشاء من المصانع ، واتخاذ ما أراد من السكنى أو المتجر .

لكن في الجدار المشترك : قال الشافعية في الجديد^(٢) : ليس لأحد الشريكين وضع جذوعه عليه بغير إذن شريكه ، وليس له أن يدق وتدأ أو يفتح كوة أو نحوهما مما يضيق فيه عادة إلا بإذن شريكه ، ولا أن يستند إليه ويسند متاعاً لا يضر ، وله ولغيره مثل هذا الانتفاع في جدار الأجنبي ؛ لأنه لا ضرر على المالك ، فلا يضيق فيه ، بل له الانتفاع ، ولو منعه المالك .

وقال الصحابان بمقتضى الاستحسان الذي أخذت به المجلة : يتقيد استعمال مالك العقار وتصرفه بما لا يؤدي إلى ضرر بين فاحش بجاره ، ولقوله عليه الصلاة والسلام : « لا ضرر ولا ضرار » . وهذا هو المفتى به عند الحنفية .

والضرر البين الفاحش : ما يكون سبباً لهدم أو سقوط بناء الجار ، أو ما يوهن البناء ، أو ما يوذى الجار أذىً بالغاً على وجه دائم ، أو ما يؤدي إلى سلخ حق الانتفاع بالكلية : وهو ما يمنع من الحوائج الأصلية ، كأن يحول داره إلى فرن أو مصنع للحديد أو مطحنة للحبوب ، أو حمام أو تنور أو يبني جداراً يمنع به الضرر عن جاره .

فإن فعل شيئاً مما ذكر ، وأمر بإزالته ، وكان ضامناً ما يترتب عليه من تلف بدار جاره ، سواء أكان بالمباشرة أم بالتسبب .

(١) البدائع : ٢٦٤/٦ وما بعدها ، فتح القدير : ٥٠٦/٥ ، المبسوط : ٢١/١٥ ، الام : ٢٢٢/٣ وما بعدها ، ط الأثرية ، المحلى : ٢٤١/٨ ، م ١٣٥٥ ، مختصر المعاملات الشرعية : ص ٢٣ .

(٢) مغني المحتاج : ١٨٩/٢ .

وقال المالكية والحنابلة^(١) : يتقيد استعمال المالك بألا يضر بالآخرين ، ولو بالنية والقصد ، فإن لم تكن له مصلحة ظاهرة في التصرف ، أو لم يقصد سوى الإضرار بالآخرين ، منع منه ؛ لأن المسلم ممنوع من قصد الإضرار .

لكن المشهور عند المالكية أن الشخص لا يمنع إذا أراد أن يعلي بنياناً يمنع جاره الضوء والشمس ، ويمنع إذا أراد أن يبني بنياناً يمنع الهواء . واتفق المالكية على منع أنواع من الضرر المحدث ، هي : فتح كوة أو طاقة يكشف منها على جاره ، فيؤمر بسدها أو سترها ، وأن يبني شخص في داره فرنًا أو حماماً أو كير حداد ، أو صائغ ، مما يضر بجاره دخانه ، فيمنع منه إلا إن احتال في إزالة الدخان . وأن يصرف ماءه على دار جاره أو على سقفه ، أو يجري في داره ماء ، فيضر بجيطان جاره . ومن طرق تجنب الضرر : كاتم الصوت وعازل الحرارة ، وصفاية الدخان .

والخلاصة : أن الاتجاه الأقوى في الفقه الإسلامي يجيز للمالك أن يتصرف في ملكه بما لا يضر فيه على الجار ، أما ما بان ضرره الفاحش ، أو أشكل فيه الحال ، فإنه ممنوع .

وإذا كان الشيء قديماً قبل الجوار ، يظل قائماً ، ما لم يكن فيه ضرر بالجوار الجديد .

(١) الموافقات : ٢٤٩/٢ ، القوانين الفقهية : ص ٢٤١ .

الفصل الخامس

عقود استثمار الأرض

المزارعة، المساقاة، المغارسة

العقد الأول - المزارعة أو المخابرة

تعريفها، ومشروعيتها، وركنها وصفة العقد، وشرائطها، وأنواعها أو أحوالها، وحكمها وانتهائها وحالات فسخها. وفيه مباحث خمسة :

المبحث الأول - تعريف المزارعة ومشروعيتها وركنها وصفة

العقد :

أولاً - تعريف المزارعة : المزارعة لغة . مفاعلة من الزرع : هو الإنبات .
وشرعاً : عقد على الزرع ببعض الخارج^(١) . وعرفها المالكية : بأنها الشركة في
الزرع^(٢) . وعرفها الحنابلة بأنها : دفع الأرض إلى من يزرعها أو يعمل عليها ، والزرع
بينها^(٣) .

وتسمى أيضاً المخابرة (من الخبار : وهي الأرض اللينة) ، والمحاكلة ، ويسميتها
أهل العراق : القراح . ووصف الشافعية^(٤) المخابرة بأنها : عمل الأرض ببعض ما يخرج

(١) البدائع : ١٧٥/٦ ، تبين الحقائق : ٢٧٨/٥ ، الدر المختار : ١٩٣/٥ ، تكله الفتح : ٣٢/٨ .

(٢) الشرح الكبير : ٢٧٢/٣ ، القوانين الفقهية : ص ٢٨٠ .

(٣) المغني : ٢٨٢/٥ ، كشاف القناع : ٥٢٢/٣ .

(٤) مغني المحتاج : ٣٢٢/٢ وما بعدها .

منها ، والبذر من العامل . والمزارعة : هي المحابرة ، ولكن البذر فيها يكون من المالك .

ثانياً - مشروعيتها : لم يجز أبو حنيفة وزفر المزارعة ، وقالوا : هي فاسدة ، وبعبارة أخرى : المزارعة بالثلث والرابع في رأيها باطلة^(١) . وكذلك لم يجز الشافعي المزارعة وإنما تجوز عند الشافعية فقط تبعاً للمساقاة للحاجة ، فلو كان بين النخل بياض صحت المزارعة عليه مع المساقاة على النخل بشرط اتحاد العامل ، وعسر أفراد النخل بالسقي ، والبياض بالعمارة : وهي الزراعة لاتنتفاع النخل بسقي الأرض وتقليبها . والأصح أنه يشترط : ألا يفصل العاقدان بين العقدين وإنما يؤتى بهما على الاتصال ، وألا يقدم المزارعة على المساقاة ، لأنها تابعة ، والتابع لا يقدم على متبوعه . ولا تجوز المحابرة عند الشافعية تبعاً للمساقاة ، لعدم ورود مشروعيتها^(٢) . ودليل أبي حنيفة وزفر والشافعي على عدم مشروعية المزارعة أن النبي ﷺ نهى عن المحابرة^(٣) : وهي المزارعة . ولأن أجر المزارع : وهو مما تخرجه الأرض إما معدوم لعدم وجوده عند العقد ، أو مجهول لجهالة مقدار ما تخرجه الأرض ، وقد لا تخرج شيئاً ، وكل من الجهالة وانعدام محل العقد مفسد عقد الإجارة .

وأما معاملة النبي ﷺ أهل خيبر - كما سيأتي - فكان خراج مقاسمة^(٤) كثلث أو ربع غلة الأرض ، بطريق المن والصلح ، وهو جائز .

(١) العناية بهامش تكملة الفتوح : ٢٢/٨ ، وتقييدهم بالثلث والرابع باعتبار العادة في ذلك ، ولتقرير محل النزاع ، إذ لو لم يعين المقدار فسدت اتفاقاً .

(٢) مغني المحتاج : ٢٢٤/٢ ، المهذب : ٣٩٤/١ .

(٣) أخرجه مسلم عن جابر بن عبد الله ، وأخرجه أيضاً عن ابن عمر : أن رافع بن خديج روى أن رسول الله ﷺ نهى عنه (نصب الراية : ١٨٠/٤) وروى مسلم أيضاً عن ثابت بن الضحاك « أن رسول الله ﷺ نهى عن المزارعة » وروى أبو داود والنسائي وأحمد والبخاري حديث رافع بالنهي عن كراء الأرض (نيل الأوطار : ٢٧٥/٥ ، ٢٨٠) .

(٤) الخراج نوعان : خراج وظيفة : وهو فرض جزء مقطوع معلوم سنوياً على جزء معلوم من مساحة الأرض المفتوحة . وخراج مقاسمة : وهو فرض مقدار نسبة محددة من غلة الأرض كالنصف مثلاً .

وقال صاحباً أبي حنيفة (أبو يوسف ومحمد) ، ومالك وأحمد وداود الظاهري ، وهو رأي جمهور الفقهاء : المزارعة جائزة ، بدليل أن النبي ﷺ عامل أهل خيبر بشرط ما يخرج من ثمر أو زرع^(١) . ولأنه عقد شركة بين المال والعمل ، فيجوز كالمضاربة ، لدفع الحاجة ، فصاحب المال قد لا يحسن الزراعة ، والعامل يتقنها ، فيتحقق بتعاونها الخير والإنتاج والاستثمار . والعمل والفتوى عند الحنفية على قول الصاحبين ، لحاجة الناس إليهم ولتعاملهم . وهذا هو الراجح .

ثالثاً- ركن المزارعة وصفة العقد : ركن المزارعة عند الحنفية : الإيجاب والقبول ، وهو أن يقول صاحب الأرض للعامل : دفعت إليك هذه الأرض مزارعة بكذا ، ويقول العامل : قبلت ، أو رضيت ، أو ما يدل على قبوله ورضاه ، فإذا وجدنا تم العقد بينهما^(٢) .

فأطرافها ثلاثة : صاحب الأرض أو المالك ، والعامل أو المزارع ، ومحل العقد ، المتردد بين أن يكون منفعة الأرض أو عمل العامل . وهي عند الحنفية : عقد إجارة ابتداء ، شركة انتهاء ، فإن كان البذر من العامل فالمعقود عليه منفعة الأرض ، وإن كان من صاحب الأرض فالمعقود عليه منفعة العامل .

وقال الحنابلة^(٣) : ولا تفتقر المزارعة والمساقاة إلى القبول لفظاً ، بل يكفي الشروع في العمل قبولاً ، كالوكيل .

وأما صفة المزارعة : فهي عند الحنفية كبقية الشركات عقد غير لازم . وقال المالكية^(٤) : وتلزم بالبذر ونحوه أي بإلقاء الحب على الأرض لينبت ، أو بوضع

(١) رواه الجماعة (أحمد والأئمة الستة) عن ابن عمر ، وروي أيضاً عن ابن عباس وجابر بن عبد الله (نيل الأوطار : ٢٧٢/٥) .

(٢) البدائع : ١٧٦/٦ .

(٣) كشاف القناع : ٥٢٨/٣ وما بعدها .

(٤) الشرح الصغير : ٣٩٢/٣ .

الزريعة في الأرض مما لا بذر لجهه كالبصل ونحوه . والمعتمد عند المالكية أن شركات الأموال تلزم بالصيغة .

وقال الحنابلة^(١) : المزارعة والمساقاة عقدان غير لازمين ، لكل طرف فسخها ، ويبطل العقد بموت أحد المتعاقدين .

المبحث الثاني - شرائط المزارعة :

اشترط الصحابان من الحنفية^(٢) في المزارعة شرائط : في العاقد ، وفي الزرع والمزروع ، وفي الخارج من الزرع ، وفي الأرض المزروعة ، وفي محل العقد ، وفي آلة الزراعة ، وفي مدة المزارعة .

شروط العاقد : يشترط شرطان عامان في العقود .

أ- أن يكون العاقد عاقلاً (مميزاً) : فلا تصح مزارعة المجنون والصبي غير المميز ؛ لأن العقل شرط أهلية التصرفات .

وأما البلوغ فليس بشرط لجواز المزارعة ، فتجوز مزارعة الصبي المأذون ، كالإجارة . والمزارعة استئجار ببعض الناتج .

٢- ألا يكون مرتدأ - في رأي أبي حنيفة - لأن تصرفات المرتد موقوفة عنده ، فلا تصح للحال . ولا يشترط هذا الشرط عند الصحابين ، فتعتبر مزارعة المرتد نافذة للحال .

أما المرتدة فتصح مزارعتها باتفاق الحنفية .

شرط الزرع : أن يكون معلوماً ، بأن يبين ما يزرع ؛ لأن حال المزروع

(١) غاية المنتهى : ١٥٤/٢ .

(٢) البدائع : ١٧٦/٦ - ١٨٠ . تكملة الفتح مع العناية : ٣٤/٨ وما بعدها ، الكتاب مع اللباب : ٢٣٠/٢ ، تبين

الحقائق : ٢٧٩/٥ ، الدر المختار : ١٩٣/٥ .

يختلف باختلاف الزرع، بالزيادة والنقصان، فرب زرع يزيد في الأرض، وآخر ينقصها. ومقتضى الاستحسان: أن بيان ما يزرع في الأرض ليس بشرط، إذا نص على المزارعة، فإن ما يزرع مفوض للعامل.

شرط المزروع: أن يكون قابلاً لعمل الزراعة: وهو أن يؤثر فيه العمل بالزيادة بحسب العادة.

شروط الخارج الناتج من الزرع: تشترط شروط إذا لم تتحقق فسد العقد وهي:

- ١- أن يكون معلوماً في العقد؛ لأنه بمثابة الأجرة وجهالتها تفسد الإجارة.
- ٢- أن يكون مشتركاً بين العاقدين: فلو شرط تخصصه بأحدهما فسد العقد.
- ٣- أن يكون الناتج معلوم القدر كالنصف والثلث والرابع ونحوه؛ لأن ترك التقدير يؤدي إلى الجهالة المفضية إلى المنازعة.
- ٤- أن يكون الناتج جزءاً مشاعاً بين العاقدين، فلو شرط لأحدهما مقدار معلوم كأربعة أمداد أو بقدر البذر، لم يصح العقد، لجواز ألا ينتج إلا ذلك القدر. ولا يصح أيضاً اشتراط كون الناتج على السواقي أو الجداول لأحدهما، لاحتمال ألا ينبت الزرع إلا في ذلك الموضع.
- ولا يصح أيضاً اشتراط كون التبن لأحدهما، وللآخر الحب؛ لأن الزرع قد تصيبه آفة، فلا ينعقد الحب، ولا يخرج إلا التبن.

شروط الأرض المزروعة: يشترط في الأرض المزروعة ما يأتي:

- ١- أن تكون صالحة للزراعة: فلو كانت سبخة أو نزة، لا يجوز العقد؛ لأن المزارعة عقد استئجار يبيع بعض الناتج، والسبخة والنزة لا تجوز إيجارتها، فلا تجوز مزارعتها.

٢- أن تكون معلومة : فإن كانت مجهولة لا تصح المزارعة ؛ لأنها تؤدي إلى المنازعة .

٣- التخلية بين الأرض والعامل ، فتسلم إلى العامل مخلاة : وهو أن يوجد من صاحب الأرض التخلية بين الأرض وبين العامل ، فلو شرط العمل على رب الأرض أو عليها معاً ، لا تصح المزارعة ، لانعدام التخلية .

شرط محل العقد : أن يكون المعقود عليه في المزارعة مقصوداً بحسب العرف والشرع : أي من الأعمال الزراعية عرفاً وشرعاً ، من حيث إنها إجارة أحد أمرين : إما منفعة عمل العامل : بأن كان البذر من صاحب الأرض . وإما منفعة الأرض : بأن كان البذر من العامل .

وإذا اجتمع الأمران في الاستئجار ، فسدت المزارعة ، وتفسد إذا كان العمل غير زراعي كقطع الأحجار ونقلها ورصف جوانبها مثلاً بالحجارة ؛ لأنها ليست من أعمال المزارعة .

شرط آلة الزراعة : أن تكون الآلة من دابة أو آلة حديثة أمراً تابعاً في العقد ، لا مقصوداً ، فإن جعلت أمراً مقصوداً ، فسدت المزارعة .

شرط مدة المزارعة : أن تكون المدة معلومة ، فلا تصح المزارعة إلا بعد بيان المدة ؛ لأنها استئجار ببعض الناتج ، ولا تصح الإجارة مع جهالة المدة ، والمدة متعارفة ، فتفسد بما لا يتمكن العامل فيها ، وبما لا يعيش إليها أحد العاقدين . والمفتى به أن المزارعة تصح بلا بيان مدة ، وتقع على أول زرع واحد^(١) .

وفي الجملة : تصح المزارعة عند الصاحبين بشروط ثمانية :

(١) الدر المختار : ١٩٢/٥ .

١- أهلية العاقدين ٢- وتعيين مدة العقد ، والمفتى به أنه لا يشترط ذلك .
٣- صلاحية الأرض للزراعة . ٤- والتخلية بين الأرض والعامل . ٥- وأن يكون
النتاج مشتركاً مشاعاً بين العاقدين تحقيقاً لمعنى الشركة . ٦- وبيان من عليه البذر
منعاً للمنازعة ، وإعلاماً للمعقود عليه : وهو منافع الأرض أو منافع العامل . ٧-
وبيان نصيب كل من العاقدين^(١) سواء من قدم البذر أو من لم يقدمه . ٨- وبيان
جنس البذر ليصير الأجر معلوماً ؛ لأن الأجر جزء من الناتج ، فلا بد من بيانه ، ليعلم
أن الناتج من أي نوع ؛ لأنه ربما يعطي بذراً لا يحصل الناتج به إلا بعمل كثير .
والاستحسان : أن بيان ما يزرع في الأرض ليس بشرط .

شروط المزارعة عند المالكية^(٢) :

اشترط المالكية ثلاثة شروط للمزارعة :

١- السلامة من كراء الأرض بأجر ممنوع كراؤها به ، ألا تقع الأرض أو بعضها
في مقابلة بذر ، أو طعام ولو لم تنبته الأرض كعسل ، أو ما تنبته ولو غير طعام
كقطن وكتان ، إلا الحشب ، أي إنه لا بد لصحة المزارعة من كرائها بذهب أو فضة أو
عرض تجاري أو حيوان . ولا بد من كون البذر من صاحب الأرض والعامل معاً ، فلو
كان البذر من أحدهما والأرض للآخر ، فسدت المزارعة .

وسبب اشتراط هذا الشرط : ورود النهي في السنة عن كراء الأرض بما يخرج
منها^(٣) . فلا تصح في مقابل جزء من الخارج .

(١) المذكور في الهداية : بيان نصيب من لا بذر من قبله ، لأنه يستحق عوضاً بالشرط ، فلا بد من أن يكون
معلوماً ، وما لا يعلم لا يستحق شرطاً بالعقد . لكن قال قاضي زاده معلقاً عليه : لا شك أن بيان نصيب كل
من المتعاقدين مما لا بد منه في عقد المزارعة ، فعد بيان نصيب من لا بذر من قبله ، من الشرائط دون بيان
نصيب الآخر ، مما لا يجدي كبير طائل . فتأمل (تكلمة الفتح : ٢٤/٨) .

(٢) الشرح الكبير : ٣٧٢/٣ وما بعدها ، الشرح الصغير : ٤٩٤/٣ وما بعدها ، القوانين الفقهية : ص ٢٨٠ .

(٣) رواه أحمد والبخاري والنسائي من حديث رافع بن خديج (نيل الأوطار : ٢٧٥/٥) .

٢- تكافؤ الشريكين أو تساويهما فيما يخرجان أو يقدمان : بأن يقابل أجر الأرض مساو غير بذر كعمل حيوان ونحوه ، وعلى قدر الربح الواقع بينهما ، كأن تكون أجرة الأرض مئة ، وما يقابلها من تقديم حيوان وعمل سوى البذر مئة ، والربح بينهما مناصفة ، فتصح وإلا فسدت . ويجوز لأحدهما التبرع للآخر بالزيادة من عمل أو ربح ، بعد لزوم الشركة .

٣- تماثل البذرين المقدمين من كليهما نوعاً كقمح أو شعير أو فول . فإن اختلف بذر أحدهما عن الآخر ، كأن أخرج أحدهما من البذر غير ما أخرجه الآخر ، فسدت المزارعة ، ولكل ما أنبته بذره .

ومذهب مالك وابن القاسم ، وهو الراجح الذي به الفتوى : أنه لا يشترط كما في شركة الأموال - خلط البذرين حقيقة ولا حكماً ، بل إذا خرج كل منهما ببذره وكان بذر كل منهما مستقلاً عن الآخر ، فالشركة صحيحة .

والخلاصة : أن المالكية يشترطون تقديم البذر من كلا العاقدين ، وتساويهما فيه نوعاً ، وتماثلها في الربح وفيما يقدم كل منهما من شيء عيني كالأرض ، وما يقابلها من منفعة حيوان وعمل ، وألا تكون المزارعة بجزء ناتج من الأرض ، وإنما بعوض آخر غير محصول الأرض . ويلاحظ أن هذه الشروط شديدة لا تنطبق مع واقع المزارعة القائم .

أما الشافعية^(١) : فلم يشترطوا في المزارعة التي تصح تبعاً للمساواة أن يتساوى العاقدان في الجزء المشروط من الثمر والزرع ، فيصح أن يشترط للعامل نصف الثمر ، وربح الزرع مثلاً . كذلك حددوا محل منع كراء الأرض بما يخرج منها بما إذا كان المشروط من خصوص بقعة معينة . وقالوا : إن المزارعة : هي عمل الأرض بما يخرج منها ، والبذر من المالك .

(١) مغني المحتاج : ٢٢٢/٢ - ٢٢٥ .

وأما الحنابلة^(١) : فأجازوا المزارعة ببعض ما يخرج من الأرض ، ولم يشترطوا تساوي العاقدين في الناتج . واشترطوا كالشافعية في ظاهر المذهب كون البذر من المالك رب الأرض ، وروي عن أحمد ما يدل على أن البذر يجوز أن يكون من العامل . واشترطوا بيان نصيب كل واحد من العاقدين ، فإن جهل النصيب فسدت المزارعة ، كما اشترطوا أيضاً معرفة جنس البذر وقدره ؛ لأن المزارعة معاقدة على عمل ، فلم تجز على غير معلوم الجنس والقدر ، كالإجارة .

المبحث الثالث - أحوال المزارعة :

للمزارعة عند الصحابين أربعة أحوال ، تصح في ثلاثة ، وتبطل في واحد^(٢) .

الأولى : أن تكون الأرض والبذر من واحد ، والعمل والحيوان واسطة الزراعة من آخر : تجوز المزارعة ، وصار صاحب الأرض والبذر مستأجراً للعامل ، والحيوان المستخدم للحراثة تبعاً له ؛ لأن الحيوان آلة العمل .

الثانية : أن تكون الأرض لواحد ، والحيوان والبذر والعمل لواحد : حازت المزارعة أيضاً ، وصار العامل مستأجراً للأرض ببعض الخارج الناتج .

الثالثة : أن تكون الأرض والحيوان والبذر لواحد ، والعمل لواحد : جازت أيضاً ، وصار رب الأرض مستأجراً للعامل ببعض الخارج^(٣) .

الرابعة : إذا كانت الأرض والحيوان لواحد ، والبذر والعمل لآخر : فهي فاسدة ، في ظاهر الرواية ، لأنه لو قدر العقد إجارة للأرض ، فاشتراط الحيوان على

(١) المغني : ٢٨٢/٥ ، ٢٨٨ ، ٢٩٢ ، كشف القناع : ٥٢٣/٣ .

(٢) البدائع : ١٧٩/٦ وما بعدها ، تكملة الفتح : ٣٥/٨ وما بعدها ، تبين الحقائق : ٢٨١/٥ وما بعدها ، الدر المختار :

١٩٥/٥ وما بعدها ، اللباب شرح الكتاب : ٢٢٩/٢ وما بعدها .

(٣) قد نظم بعضهم الصور الثلاث المجازة في بيت ، فقال :

أرض وبذر ، كذا أرض ، كذا عمل من واحد ، ذي ثلاث كلها قبلت .

صاحبها ، مفسد للإجارة ؛ إذ لا يمكن جعل الحيوان تبعاً للأرض ، لاختلاف المنفعة ، أي إن منفعة الحيوان ليست من جنس منفعة الأرض ؛ لأن الأرض للنماء والإنبات ، والحيوان للعمل وشق الأرض .

ولو قدر العقد إجارة للعامل ، فاشتراط البذر عليه مفسد ؛ لأنه ليس تبعاً له .

وعليه تفسد المزارعة إذا اشترطت الآلة أو الحيوان أو العمل على صاحب الأرض ، كما تفسد إذا اشترط الخارج كله لأحد العاقدين ، أو اشترط الحصاد والدياس أو الحمل والحفظ على العامل المزارع ؛ لأنه لا يتعلق به صلاح الزرع .

المبحث الرابع - حكم المزارعة الصحيحة والفاصلة :

أولاً - حكم المزارعة الصحيحة عند الحنفية : للمزارعة الصحيحة عند الحنفية^(١) أحكام هي ما يأتي :

- ١ - كل ما كان من عمل المزارعة مما يحتاج الزرع إليه لإصلاحه ، كنفقة البذر ومؤنة الحفظ ، فعلى المزارع ، لأن العقد تناوله .
- ٢ - كل ما كان نفقة على الزرع ، كالسماد وقلع الأعشاب والحصاد والدياس ، فعلى العاقدين على قدر نصيبهما من الناتج .

٣ - الناتج من الأرض يقسم بين العاقدين بحسب الشرط المتفق عليه ، لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : « المسلمون عند شروطهم »^(٢) . فإن لم تخرج الأرض شيئاً ، فلا شيء لواحد من العاقدين على الآخر ، أما إنه لا شيء للعامل ، فلأنه مستأجر ببعض الخارج الناتج ،

(١) البدائع : ١٨١/٦ وما بعدها ، تكملة الفتح ٣٩٨/٨ ، تبين الحقائق : ٢٨٢/٥ ، الكتاب مع اللباب : ٢٣١/٢ وما بعدها ، الدر المختار : ١٩٩/٥ .

(٢) رواه الحاكم عن أنس وعائشة ، وهو حديث صحيح . ورواه أبو داود والحاكم عن أبي هريرة بلفظ : « المسلمون على شروطهم » وأخرجه الترمذي وابن ماجه من حديث عمرو بن غوف باللفظ الأخير (نصب الراية : ١١٢/٤ ، الجامع الصغير) .

ولم يوجد . هذا بخلاف المزارعة الفاسدة : يجب للعامل أجر المثل إن لم تخرج الأرض شيئاً . والفرق أن الواجب في العقد الصحيح هو المسمى وهو بعض الخارج ، فإذا لم يوجد لم يجب شيء . وأما الواجب في المزارعة الفاسدة فهو أجر مثل العمل في الذمة لا في الخارج ، فعدم الخارج لا يمنع وجوبه في الذمة .

٤ - عقد المزارعة كما بينا في صفته غير لازم عند الحسابلة ، ويلزم بالبذر عند المالكية ، وقال الحنفية : هو عقد غير لازم في جانب صاحب البذر لازم في جانب العاقد الآخر . ولا يجوز له فسخ المزارعة إلا بعذر كما سنبين . فإذا امتنع صاحب البذر من العمل ، لم يجبر عليه . وإن امتنع الذي ليس من قبله البذر ، أجبره الحاكم على العمل ؛ لأنه لا يلحقه بالعقد ضرر ، والعقد لازم بمنزلة الإجارة إلا إذا كان هناك عذر تفسخ به الإجارة ، فتفسخ به المزارعة . وسبب التفرقة بين العاقدين : أن صاحب البذر لا يمكنه تنفيذ العقد إلا بإتلاف ملكه وهو البذر ، في التراب ، فلا يكون الشروع فيه ملزماً في حقه ، إذ لا يجبر الإنسان على إتلاف ملكه ، أما العاقد الآخر فليس من قبله إتلاف ملكه ، فكان الشروع في حقه ملزماً .

٥ - الكراب (الحراثة) والسقي : إن تم الإتفاق عليه أو الاشتراط يجب الوفاء به على من شرط عليه . وإن لم يتفق عليه يجبر عليه العاقد حسب الزراعة المعتادة . فإن كانت الأرض تسقى بماء السماء لا يجبر أحد على السقي ، وإلا فعلى النحو المعتاد . فإذا قصر المزارع في عقد المزارعة الصحيحة في سقي الأرض حتى هلك الزرع بهذا السبب يضمن لوجوب العمل عليه فيها ، ويضمن ضمان الأمانات بالتقصير ؛ لأن الأرض في يده أمانة . ولا يضمن في المزارعة الفاسدة .

٦ - تجوز الزيادة على الشرط المذكور من الخارج الناتج ، والحط عنه ، والقاعدة فيه : هي أنه كلما احتل إنشاء العقد عليه ، احتل الزيادة ، وما لا فلا ، والحط جائز في الحالتين جميعاً ، كالزيادة في الثمن في عقد البيع .

فلو زاد العامل المزارع في حصة صاحب الأرض بعد الحصاد، وكان البذر منه أي من العامل، لم يجوز؛ لأن الزيادة على الأجرة تمت بعد انتهاء عمل المزارعة واستيفاء المعقود عليه وهو المنفعة، وهو لا يجوز، إذ لو أنشأ العقد بعد الحصاد، لا يجوز، فلا تجوز الزيادة .

وإن كانت الزيادة للمزارع في هذه الحالة من صاحب الأرض، جازت؛ لأنها حط من الأجرة المستحقة له، وهو لا يتطلب قيام المعقود عليه .

فإن كان البذر من صاحب الأرض، فزاد في حصة المزارع بعد الحصاد، فالحكم أنه لا يجوز الزيادة من المالك؛ لأنها تمت بعد استيفاء المعقود عليه، وتجاوز الزيادة من المزارع؛ لأنها حط من الأجرة المستحقة له .

أما إن حدثت الزيادة من كل واحد من العاقدين، قبل الحصاد، فيجوز .

٧- لومات أحد المتعاقدين قبل إدراك الزرع، ترك إلى الإدراك، ولا شيء على المزارع لبقاء عقد الإجارة ههنا ببقاء المدة .

حكم المزارعة عند الشافعية: عرفنا أنه لا تجوز المزارعة (البذر من المالك) عند الشافعية إلا تبعاً للمساقاة . ولا يجوز أن يخبر الشخص (البذر من العامل) تبعاً للمساقاة .

فإن أفردت أرض بالمزارعة، فالغلة للمالك، لأنها نماء ملكه، وعليه للعامل أجرة مثل عمله ودوابه وآلاته .

وطريق جعل الغلة للطرفين العاقدين، ولا أجرة لأحدهما على الآخر، يحصل بصورتين :

إحدهما: أن يستأجر المالك العامل بنصف البذر شائعاً، أي استئجاراً على الشيوخ ليزرع له النصف الآخر في الأرض، ويعيره نصف الأرض شائعاً .

الثانية: أن يستأجر المالك العامل بنصف البذر شائعاً، ونصف منفعة الأرض شائعاً أيضاً، ليزرع له النصف الآخر من البذر، في النصف الآخر من الأرض.

فيكون الطرفان شريكين في الزرع على المناصفة، ولا أجر لأحدهما على الآخر؛ لأن العامل يستحق من منفعة الأرض بقدر نصيبه من الزرع، والمالك يستحق من منفعة الأرض بقدر نصيبه من الزرع^(١).

ثانياً - حكم المزارعة الفاسدة عند الحنفية: للمزارعة الفاسدة أيضاً أحكام^(٢).

١- لا يجب على المزارع شيء من أعمال المزارعة؛ لأن إيجابه بالعقد، وهو لم يصح.

٢- الخارج الناتج كله لصاحب البذر، سواء أكان رب الأرض أم المزارع؛ لأن الخارج استحقه بسبب كونه نماء ملكه، لا بالشرط. ويتفق المالكية والحنابلة^(٣) مع الحنفية في هذا الحكم، وهو أن العقد إذا فسد لزم كون الزرع لصاحب البذر.

٣- إذا كان البذر من صاحب الأرض، استحق المزارع بسبب فساد المزارعة أجر مثل عمله. وإذا كان البذر من العامل، كان عليه لصاحب الأرض أجر مثل أرضه؛ لأن العقد في الحالتين يكون استئجاراً.

وفي الحالة الأولى يطيب الخارج كله لصاحب الأرض؛ لأنه نماء ملكه، وهو البذر في ملكه وهو الأرض. وفي الحالة الثانية: لا يطيب كل الخارج للمزارع، وإنما يأخذ منه قدر بذره وقدر أجر مثل الأرض، ويتصدق بالفضل الزائد.

(١) مغني المحتاج: ٣٢٥/٢.

(٢) البدائع: ١٨٢/٦ وما بعدها، تكملة الفتوح: ٣٩/٨ وما بعدها، تبيين الحقائق: ٢٨٢/٥، الدر المختار: ١٩٦/٥، والكتاب مع اللباب: ٢٣١/٢.

(٣) الشرح الصغير: ٤٩٨/٣، المغني: ٣٩٢/٥.

٤- يجب أجر المثل في المزارعة الفاسدة، وإن لم تخرج الأرض شيئاً، بعد أن استعملها المزارع؛ لأن المزارعة عقد إجارة، والأجرة في الإجارة الفاسدة لا تجب إلا بحقيقة الاستعمال، أما في المزارعة الصحيحة فلا يجب شيء على أحدهما إذا لم تخرج الأرض شيئاً. وقد بينا الفرق في أحكام المزارعة الصحيحة رقم ٣.

٥- يجب أجر المثل في المزارعة الفاسدة مقدراً بالمسمى عند أبي حنيفة وأبي يوسف، عملاً برضا الطرفين ورعاية للجانبين بالقدر الممكن، وقد رضى العامل سلفاً بسقوط الزيادة.

وعند محمد: يجب أجر المثل تماماً مهما بلغ، إذ هو قدر قيمة المنافع المستوفاة، وقد استوفى منافعه بعقد فاسد، فيجب عليه قيمتها، إذ لا مثل لها.

المبحث الخامس - انتهاء المزارعة وحالات فسخها:

قد تنقضي المزارعة بتحقيق المقصود منها، وقد تنتهي بإنائها قبل تحقق المقصود منها، وذلك في الأحوال التالية:

١- انقضاء مدة المزارعة: تنتهي المزارعة بانقضاء مدة العقد، فإذا انقضت المدة، فقد انتهى العقد، وهو معنى انفساخ العقد^(١).

لكن إذا انتهت المدة، وأدرك الزرع، وقسم المتعاقدان الناتج بحسب الاتفاق أو الاشتراط بينهما، لم يحدث إشكال، وينتهي العقد حينئذ.

أما إذا انتهت المدة المقررة في العقد أو انقضت مدة المزارعة، والزرع لم يدرك بعد، استمر عقد المزارعة، حتى يدرك الزرع ويستحصد، رعاية لمصلحة الجانبين، بقدر الإمكان، كما في الإجارة.

(١) البدائع: ١٨٤/٦، تكملة الفتح: ٤٣/٨، الكتاب مع اللباب: ٢٣٢/٢، الدر المختار ورد المختار: ١٩٧/٥.

وعلى العامل في هذه الحالة أجر مثل نصيبه من الأرض ، إلى أن يستحصد
الزرع ، كما في الإجارة ، لأنه استوفى منفعة بعض الأرض لتربية حصته فيها إلى وقت
الحصاد .

وتكون نفقة الزرع ومؤنة الحفظ وكري الأنهار حينئذ ، على المتعاقدين بمقدار
حصصها ، لانتهاؤ العقد بانقضاء المدة ، وكانت هذه الأمور على العامل أثناء بقاء مدة
العقد ، فإذا انتهى العقد ، وجبت هذه النفقات عليها ؛ لأن الزرع مال مشترك
بينهما .

وهذا بخلاف ما لو مات أحد العاقدين قبل إدراك الزرع ، يترك الزرع في
مكانه إلى أن يدرك ويكون العمل ونفقاته على العامل ؛ لأن الحنفية قرروا حينئذ
بقاء عقد الإجارة استحساناً ، لبقاء مدة الإجارة ، فيستر العامل أو وارثه على ما كان
عليه من العمل . أما في حال انقضاء المدة فلا يمكن إبقاء العقد لانقضاء المدة .

٢ - موت أحد العاقدين : تنتهي المزارعة أو تنفسخ بموت أحد العاقدين^(١) ،
كما تنفسخ الإجارة به ، سواء حدث الموت قبل المزارعة أم بعدها ، وسواء أدرك الزرع
أم لم يدرك بأن كان بقلأ أي طرياً . وقال الجمهور : لا تنقضي المزارعة كالإجارة بموت
أحد العاقدين .

لكن لو مات رب الأرض ، والزرع لم يدرك ، فإن العامل أو وارثه يظل ملزماً
بالعمل ؛ لأن العقد يوجب على العامل عملاً يحتاج إليه الزرع إلى انتهاء أو نضوج
الزرع ، ويبقى العقد كما بينا للضرورة استحساناً لانتهاؤ الزرع إذا مات أحد
العاقدين ، وقد نبت الزرع ، ويبقى الزرع إلى الحصاد ، ولا يلزم العامل بأجر
للأرض ، ثم ينتقض العقد فيما بقي من السنين في مدة العقد ، لعدم الضرورة ؛ لأن في

(١) البدائع : ١٨٤/٦ وما بعدها ، تكملة الفتح : ٤٢/٨ ، الكتاب : ٢٣٢/٢ ، الدر المختار ورد المختار : ١٩٨/٥ ،
تبيين الحقائق : ٢٨٢/٥ .

بقاء العقد حتى يستحصد الزرع مراعاة لمصلحة طرفي العقد ، فيعمل العامل أو ورثته على النحو المتفق عليه .

٣- فسخ العقد بالعدر :

إذا حدث فسخ العقد قبل اللزوم ، انتهت المزارعة . ومن المقرر عند الحنفية : أن الملتزم بالبذر لا يلتزم بالمزارعة بمجرد العقد . وعند المالكية : لا تلزم المزارعة إلا بشروع العامل في العمل ، فما لم يشرع في عمل المزارعة ، له فسخ العقد .

ويجوز عند الحنفية فسخ المزارعة بعد لزومها لعذر من الأعدار ، سواء من قبل صاحب الأرض ، أم من قبل العامل ، ومن الأعدار ما يأتي^(١) :

أ- لحوق دين فادح لصاحب الأرض ، فيحتاج لبيع الأرض التي تم الاتفاق على مزارعتها ، ولا مال له سواها ، فيجوز بيعها بسبب هذا الدين الفادح ، ويفسخ العقد بهذا العذر ، كما في عقد الإجارة ؛ لأنه لا يمكنه المضي في العقد إلا بضرر يلحقه ، فلا يلزمه تحمل الضرر ، فيبيع القاضي الأرض بدين صاحبها أولاً ، ثم يفسخ المزارعة . ولا تنفسخ بنفس العذر .

هذا .. إن أمكن الفسخ بأن كان قبل الزراعة ، أو بعدها إذا أدرك الزرع ، وبلغ مبلغ الحصاد . فإن لم يمكن الفسخ ، بأن كان الزرع لم يدرك ، ولم يبلغ مبلغ الحصاد ، لا تباع الأرض في الدين ، ولا يفسخ إلى أن يدرك الزرع ؛ لأن في البيع إبطال حق العامل ، وفي الانتظار إلى وقت إدراك الزرع تأخير حق صاحب الدين ، فيؤخر البيع ، رعاية لمصلحة الجانبين ، لأنه الطريق الأولى .

(١) البدائع : ١٨٢/٦ وما بعدها ، تكملة الفتح والعناية : ٤٢/٨ ، الدر المختار ورد المختار : ١٩٦/٥ وما بعدها ، تبين الحقائق : ٢٨٢/٥ ، الكتاب مع اللباب : ٢٢٢/٢ .

ثم هناك عند الحنفية - من أجل التعويض على العامل قضاءً - صور ثلاثة للفسخ بعد عقد المزارعة وعمل العامل :

الأولى - إذا فسخ العقد ، بعدما كَرَبَ (حرث) المزارع الأرض ، وحفر الأنهار ، فليس للعامل شيء مقابل عمله ؛ لأن أعماله منافع لا تتقوم على صاحب الأرض إلا بالعقد ، والعقد إنما قوم بالخارج الناتج ، ولم يخرج ، لكن يجب استرضاء العامل ديانة فيما بينه وبين الله تعالى .

الثانية - إذا كان الزرع قد نبت ، ولم يستحصد بعد ، لم تبع الأرض بالدين ، حتى يحصد الزرع ؛ لأن في البيع إبطال حق المزارع ، وتأخير تسديد الدين أهون من الإبطال ، فيؤخر كما بينا .

الثالثة - إذا أريد فسخ عقد المزارعة ، بعد ما زرع العامل الأرض ، إلا أنه لم ينبت الزرع ، حتى لحق صاحب الأرض دين فادح ، فهل له أن يبيع الأرض ؟ فيه اختلاف عند مشايخ الحنفية : قال بعضهم : له البيع ، لأنه ليس لصاحب البذر في الأرض عين مال قائم ، لأن البذر استهلاك والمستهلك ليس بمال ، فتباع الأرض في الحال . وقال بعضهم : ليس له البيع ، لأن البذر استثناء مال ، وليس باستهلاك ، فكان للمزارع عين مال قائم ، فلا تباع الأرض حتى الحصاد ، كما لا تباع بعد نبات الزرع ، ولعل هذا اختيار صاحب الهداية .

ب - طرء أعدار للمزارع ، مثل المرض ؛ لأنه معجز عن العمل ، والسفر ، لأنه يحتاج إليه ، وترك حرفة إلى حرفة ، طلباً للكسب الذي يوفر المعيشة ، والمانع الذي يمنع من العمل كالتطوع للجهاد في سبيل الله ، كما في الإجارة ، والخيانة بالسرقة ونحوها .

وهل يحتاج الفسخ لقضاء القاضي ، أم أنه يصح بالتراضي ؟ هناك روايتان عند الحنفية : في رواية : لا بد لصحة الفسخ من القضاء أو الرضا ، لأن المزارعة كالإجارة ،

ولا بد فيها لصحة الفسخ من القضاء أو الرضا . والرواية الراجحة : يجوز فسخ المزارعة ، ولو بلا قضاء ورضا .

العقد الثاني - المساقاة أو المعاملة :

تعريفها ومشروعيتها وركنها ، وموردها والفرق بينها وبين المزارعة ، وشراؤها ، وحكم المساقاة الصحيحة والفاصة ، وانتهاء المساقاة .

المبحث الأول - تعريف المساقاة ومشروعيتها وركنها وموردها ، والفرق بينها وبين المزارعة :

أولاً - تعريف المساقاة :

المساقاة لغة : مفاعلة من السقي . وتسمى عند أهل المدينة المعاملة : مفاعلة من العمل . ويفضل اسم المساقاة لما فيها من السقي غالباً . وشرعاً : هي معاقدة دفع الأشجار إلى من يعمل فيها على أن الثمرة بينها . أو هي عبارة عن العقد على العمل ببعض الخارج . وبعبارة أخرى : هي دفع الشجر إلى من يصلحه بجزء معلوم من ثمره . وهي عند الشافعية : أن يعامل غيره على نخل أو شجر عنب فقط ، ليتعهد بالسقي والتربية على أن الثمرة لها^(١) .

ثانياً - مشروعيتها : المساقاة عند الحنفية كالمزارعة حكماً وخلافاً وشروطاً ممكنة فيها ، فلا تجوز عند أبي حنيفة وزفر ، فالمساقاة بجزء من الثمر باطلة عندهما ، لأنها استئجار ببعض الخارج ، وهو منهي عنه . قال عليه الصلاة والسلام : « من كانت له أرض ، فليزرعها ، ولا يكرها بثلث ولا بربع ولا بطعام مسمى »^(٢) .

(١) تبين الحقائق : ٢٨٤/٥ ، البدائع : ١٨٥/٦ ، الدر المختار : ٢٠٠/٥ ، الباب : ٢٣٣/٢ ، القوانين الفقهية : ص ٢٧٩ ، مغني المحتاج : ٢٢٢/٢ ، كشاف القناع : ٥٢٢/٢ .

(٢) متفق عليه من حديث رافع بن خديج لكنه حديث مضطرب جداً (المغني : ٢٨٢/٥ ، ٢٨٥) .

وقال الصحبان وجمهور العلماء (منهم مالك والشافعي وأحمد) : تجوز المساقاة بشروط ، استدلالاً بمعاملة النبي ﷺ أهل خيبر ، روي عن ابن عمر : « أن رسول الله ﷺ عامل أهل خيبر بشرط ما يخرج من ثمر أو زرع » رواه الجماعة ، ولحاجة الناس إليها ؛ لأن مالك الأشجار قد لا يحسن تعهدها ، أو لا يتفرغ له ، ومن يحسن ويتفرغ قد لا يملك الأشجار ، فيحتاج الأول للعامل ، ويحتاج العامل للعمل .

والفتوى عند الحنفية على قول الصحابين ، لعمل النبي وأزواجه والخلفاء الراشدين وأهل المدينة ، وإجماع الصحابة على إباحة المساقاة^(١) . قال ابن جزي المالكي : وهي جائزة مستثناة من أصلين ممنوعين ، وهما الإجارة المجهولة ، وبيع ما لم يخلق^(٢) .

ثالثاً - ركنها : ركن المساقاة عند الحنفية : الإيجاب والقبول ، كالمزارعة . الإيجاب من صاحب الشجر ، والقبول من العامل أو المزارع . والمعقود عليه : هو عمل العامل فقط دون تردد ، بخلاف المزارعة . وتلزم عند المالكية باللفظ لا بالعمل . وذكر الحنابلة أنها كالمزارعة لا تفتقر إلى القبول لفظاً ، بل يكفي الشروع في العمل قبولاً ، كالوكيل . وقال الشافعية : يشترط فيها القبول لفظاً دون تفصيل الأعمال ، ويحمل المطلق في كل ناحية على العرف الغالب^(٣) .

رابعاً - موردها : مورد المساقاة عند الحنفية^(٤) : الشجر المثمر ، فتصح المساقاة في النخل والشجر والكرم والرطاب (الفصة أو البرسيم) وأصول الباذنجان ؛ لأن

(١) المغني : ٣٨٤/٥ ، تكملة الفتح : ٤٥/٨ وما بعدها ، مغني المحتاج : ٣٢٢/٢ وما بعدها .

(٢) القوانين الفقهية : ص ٢٧٩ ، بداية المجتهد : ٢٤٢/٢ .

(٣) البدائع : ١٨٥/٦ ، كشف القناع : ٥٢٨/٣ ، بداية المجتهد : ٢٤٧/١ ، الشرح الصغير : ٧١٢/٣ ، مغني المحتاج : ٣٢٨/٢ .

(٤) البدائع : ١٨٦/٦ ، تكملة الفتح : ٤٧/٨ ، الدر المختار ورد المختار : ٣٠٠/٥ وما بعدها ، تبين الحقائق : ٢٨٤/٥ ، الباب : ٢٣٤/٢ .

الجواز للحاجة وهي تعم الجميع ، وأجاز متأخرو الحنفية المعاملة على الشجر غير المثمر ، كشجر الحور والصفصاف ، والشجر المتخذ للحطب ، لاحتياجه إلى السقي والحفظ ، فلو لم يحتج لا تجوز المساقاة .

ومورد المساقاة عند المالكية^(١) : على الزروع ما عدا البقول كالحمص والفاصولياء ، وعلى الأشجار المثمرة ذات الأصول الثابتة ، مثل كرم العنب والنخيل والتفاح والرمان ونحوها بشرطين :

أحدهما - أن تعقد المساقاة قبل بدو صلاح الثمرة ، وجواز بيعها ، وبشرط ألا يخلف ، فإن كان يخلف كالموز والتين ، فلا تصح فيه مساقاة إلا تبعاً لغيره .

الثاني - أن تعقد إلى أجل معلوم ، ولو لسنين ، وتكره فيما طال من السنين . ولا تجوز المساقاة لمدة من السنين كثيرة جداً ، وهي المدة التي تتغير فيها الأصول عادة بحسب اختلاف الأشجار والأمكنة ، كما لا تجوز إذا اختلف الجزء المساقى به في السنين ، بأن كان في سنة يخالف غيره في أخرى .

ويشترط لصحتها عند ابن القاسم أن تكون بلفظ المساقاة ، ولا تنعقد بلفظ الإجارة ، وتجاوز عنده فيما ليس له أصل ثابت كالمقايي من نحو قشاء وبطيخ ، والزرع ، بأربعة شروط : (الشرطان المذكوران) .

والثالث - أن تعقد بعد ظهوره من الأرض .

والرابع - أن يعجز عنه صاحبه .

ويشترط في الجزء المساقى به من الثمر : شيوعه في ثمر البستان ، فلا يصح بشجر معين ولا بكيل ، كما يشترط علمه كربع أو ثلث أو أقل أو أكثر .

(١) التوانين الفقهية : ص ٢٧٩ ، الشرح الصغير : ٧١٣/٣ - ٧١٨ ، بداية المجتهد : ٢٤٢/٢ - ٢٤٦ .

والمساقاة عند الحنابلة^(١) : ترد على الأشجار المثمرة المأكولة فقط ، فلا تصح في الشجر غير المثمر ، كالصفصاف والحوار والعفص ونحوه ، والورد ونحوه .

وقال الشافعية في المذهب الجديد^(٢) : مورد المساقاة النخل والعنب فقط ، أما النخل فلخبر الصحيحين السابق : « أنه ﷺ عامل أهل خيبر » وفي رواية : « دفع إلى يهود خيبر نخلها وأرضها بشرط ما يخرج منها من ثمر أو زرع » والعنب مثل النخل ، لأنه في معناه ، بجامع وجوب الزكاة فيها . وجوزها الشافعي في المذهب القديم في سائر الأشجار المثمرة .

خامساً - الفرق بين المساقاة والمزارعة :

قال الحنفية : المساقاة كالزراعة إلا في أربعة أمور^(٣) :

١ - إذا امتنع أحد العاقدين في المساقاة عن تنفيذ العقد ، يجبر عليه ، إذ لا ضرر عليه في بقاء العقد ، بخلاف المزارعة ، فإن رب البذر إذا امتنع قبل الإلقاء ، لا يجبر عليه ، للضرر اللاحق به في الاستمرار ، ولأن المساقاة عقد لازم عند الجمهور غير الحنابلة . وأما المزارعة فلا تلزم المتعاقدين إلا بإلقاء البذر . وقال الحنابلة^(٤) : الوكالة والشركة والمضاربة والمساقاة والمزارعة والوديعة والجعالة : عقود جائزة من الطرفين ، لكل فسحها .

٢ - إذا انقضت مدة المساقاة تترك أي يستمر العقد بلا أجر ، ويعمل العامل بلا أجر عليه لصاحب الشجر ، فللعامل البقاء في عمله إلى انتهاء الثمرة ، لكن بلا أجر عليه ؛ لأن الشجر لا يجوز استئجاره عند الحنفية ، ولأن العمل كله على العامل . أما في المزارعة فيستمر العامل بأجر مثل نصيبه من الأرض ؛ لأن الأرض يجوز

(١) كشف القناع : ٥٢٣/٣ .

(٢) مغني المحتاج : ٣٢٣/٢ ، المهذب : ٣٩٠/١ .

(٣) الدر المختار ورد المختار : ٢٠١/٥ ، تبين الحقائق : ٢٨٤/٥ .

(٤) غاية المنتهى لابن يوسف الحنبلي : ١٥٤/٣ ، كشف القناع : ٥٢٨/٣ وما بعدها ، المغني : ٣٧٢/٥ وما بعدها .

استئجارها، والعمل عليها، بحسب الملك في الزرع، فيكون العمل على العامل وعلى صاحب الأرض، وإذا وجب الأجر لرب الأرض على العامل، لم يجب على العامل العمل في نصيب صاحب الأرض بعد انتهاء المدة.

٣- إذا استحق النخيل المثمر لغير رب الأرض، يرجع العامل بأجر مثله؛ لأن أجرته صارت عيناً أي تمثلت بجزء من الشجر، ومتى صارت عيناً واستحقت، رجع بقيمة المنافع. ولا يرجع بشيء إذا لم تخرج النخيل ثمراً. أما في المزارعة: لو استحقت الأرض بعد الزراعة، فيرجع العامل بقيمة حصته من الزرع نابئاً، ولو استحقت الأرض بعد العمل قبل الزراعة لا شيء للمزارع.

٤- ليس بيان المدة في المساقاة بشرط استحساناً، اكتفاء بعلم وقتها عادة؛ لأن لإدراك الثمرة وقتاً معلوماً قلما يتفاوت، بخلاف الزرع، قد يتقدم الحصاد، وقد يتأخر بحسب التبكير أو التأخر في إلقاء البذر.

أما في المزارعة فيشترط تعيين المدة في أصل المذهب، لكن المفتى به - كما بينا - أنه لا يشترط.

وتعتبر المساقاة والمزارعة عند الحنفية والشافعية إجارة ابتداء، شركة انتهاء. وألحق الحنابلة المساقاة بالمضاربة^(١).

المبحث الثاني - شروط المساقاة :

يشترط في المساقاة ما يمكن من شروط المزارعة، فلا يشترط في المساقاة بيان جنس البذر، وبيان صاحبه، وصلاحية الأرض للزراعة، وبيان المدة.

وبقي من شروط المزارعة الثانية الممكنة في المساقاة: أهلية العاقدين، وبيان

(١) كشف القناع : ٥٢٩/٣ .

حصة العامل ، والتخلية بينه وبين الأشجار ، والشركة في الخارج الناتج ، ويدخل في الأخير: كون الجزء المشروط للعامل جزءاً مشاعاً^(١) .

ويمكن توضيح شروط المساقاة فيما يأتي^(٢) :

١ - أهلية العاقدين : بأن يكونا عاقلين ، فلا يجوز عقد من لا يعقل ، وهو غير المميز . أما البلوغ فليس بشرط عند الحنفية ، وشرط عند بقية الأئمة .

٢ - محل العقد : أن يكون من الشجر الذي فيه ثمرة . وقد بينا في بحث مورد المساقاة الخلاف فيه . وأن يكون محل العمل وهو الشجر معلوماً .

٣ - التسليم إلى العامل : وهو التخلية بين العامل وبين الشجر المعقود عليه . فلو شرط العمل على العاقدين ، فسدت المساقاة ، لعدم التخلية .

٤ - أن يكون الناتج شركة بين الاثنين ، وأن تكون حصة كل واحد منها جزءاً مشاعاً معلوم القدر ، فلو شرط أن يكون الناتج لأحدهما فسدت المساقاة ، ولو شرط جزء معين لأحدهما ، أو جهل مقدار الحصص فسدت المساقاة أيضاً .

ولا يشترط عند الحنفية بيان مدة المساقاة استحساناً ، عملاً بالمتعارف المتعامل به ، وتقع المساقاة على أول ثم يخرج في أول السنة . وفي الرطاب (الفصة أو البرسيم) عند الحنفية تقع المساقاة على الجزء الأولى ، كما في الشجرة المثمرة ، فإن لم يخرج في تلك السنة ثمرة ، فسدت المساقاة .

ولو ذكرت مدة لا تخرج الثمرة فيها عادة ، فسدت المساقاة أيضاً ، ولا شيء لأحد العاقدين على صاحبه .

(١) رد المحتار : ٢٠١/٥ .

(٢) البدائع : ١٨٥/٦ وما بعدها ، تكملة الفتح : ٤٧/٨ ، تبين الحقائق : ٢٨٤/٥ .

ولو ذكرت مدة يحتمل فيها بلوغ الثمرة وعدمه ، صح العقد ، لعدم التيقن بفوات المقصود . فلو ظهرت الثمرة في الوقت المتفق عليه ، قسمت بحسب الشرط المتفق عليه في العقد ، وإن لم تظهر في الوقت المسمى ، فسدت المساقاة ، وللعامل أجر المثل لفساد العقد ؛ لأنه تبين الخطأ في المدة المسماة .

أما شروط المساقاة عند المالكية فقد ذكرت في بحث مورد المساقاة المتقدم ، والمفهوم منها أنه يشترط عندهم كون المساقاة لمدة معلومة للإجارة .

أركان المساقاة عند الجمهور :

ذكر الشافعية ومثلهم الحنابلة والمالكية للمساقاة أركاناً خمسة : وهي العاقدان ومورد العمل ، والثمار ، والعمل ، والصيغة^(١) .

أما الركن الأول (العاقدان) : فيصح من جائز التصرف لنفسه (عاقل بالغ) ؛ لأن المساقاة عقد معاوضة أو معاملة على مال ، كالمضاربة ، فيطلب فيها الأهلية كالبيع . ويمارس الولي عن الصبي والمجنون والسفيه هذا العقد ، بالولاية عليهم ، عند المصلحة ، للاحتياج إليه .

والركن الثاني - مورد المساقاة : أي ما ترد صيغة عقد المساقاة عليه . هو عند الشافعية : النخل والعنب ، وعند الحنابلة : ما له ثمر مأكول من الشجر ، المغروس المعلوم بالمشاهدة لمن يعمل عليه ، ويقوم بمصلحته بجزء مشاع معلوم من ثمرته ، كما بينا في بحث موردها . ولا تجوز المساقاة إلا على شجر معلوم ، فإن كان مجهولاً ، لم يصح العقد .

(١) مغني المحتاج : ٢٢٢/٢ - ٢٢٨ ، المهذب : ٣٩٠/١ - ٣٩٢ ، كشاف القناع : ٥٢٣/٣ - ٥٢٩ ، غاية المنتهى :

١٨٢/٢ - ١٨٥ ، المغني : ٣٦٨/٥ ، ٣٧٢ وما بعدها ، ٣٧٥ ، ٣٨٠ .

والركن الثالث - وهو الثمار : يشترط فيه تخصيص الثمر بالعاقدين (المالك والعامل) ، فلا يجوز شرط بعضه لغيرهما . ويشترط اشتراكها فيه ، فلا يجوز شرط كل الثمرة لأحدهما ، ويشترط العلم بالنصيبيين (الحصص) بالجزئية ، وإن قل ، أي كون الحصة مشاعة للمضاربة .

والأظهر عند الشافعية ، وهو مذهب الحنابلة : صحة المساقاة بعد ظهور الثمر ، لكن قبل بدو الصلاح ، فإن ساقاه على صغار النخل مثلاً ليغرسها ، ويكون الشجر لهما ، لم يجز ، إذ لم ترد المساقاة إلا على أصل ثابت ، ولأن الغرس ليس من أعمال المساقاة .

فلو كان الشجر مغروساً ، وشرط المالك للعامل جزءاً من الثمر على العمل ، فإن قدر له مدة يثمر فيها غالباً كخمس سنين ، صح العقد ، ولا يضر كون أكثر المدة لا ثمر فيها ، كما لو ساقاه خمس سنين ، والثمرة يغلب وجودها في الخامسة خاصة . فإن لم يثمر الشجر في تلك المدة ، لم يستحق العامل شيئاً ، كما لو ساقاه على النخيل المثمرة ، فلم يثمر .

وإن قدر مدة لا يثمر فيها الشجر غالباً لم تصح المساقاة لخلوها عن العوض ، كالمساقاة على شجر لا يثمر . وهذا باتفاق الجمهور غير الحنفية .

والركن الرابع - العمل : يشترط فيه أن ينفرد العامل بالعمل ، وباليدي التخلية والتسليم للعامل ، ليمكن العامل من العمل متى شاء ، فلو شرط عمل المالك مع العامل ، أو كون البستان في يد المالك أو في يدهما معاً ، لم يصح العقد ، وفسدت المساقاة . ويشترط ألا يشترط على العامل ما ليس من جنس أعمال المساقاة التي اعتادها الناس ، كحفر بئر مثلاً ، فإن شرطه ، لم يصح العقد ؛ لأنه استئجار بعوض مجهول ، واشتراط عقد في عقد .

ويشترط أيضاً عند الشافعية معرفة العمل بتقدير المدة كسنة أو أكثر ، وأقلها

مدة تبقى فيها الأشجار غالباً للاستغلال ، فلا تصح على مدة مطلقة ولا مؤبدة ولا مدة لا يثمر فيها الشجر غالباً ؛ لأن المساقاة عند الشافعية عقد لازم ، فيطلب فيها تحديد المدة كالإجارة . فإن كانت المدة لا يثمر فيها الشجر غالباً لم تصح لخلوها عن العوض ، كالمساقاة على شجرة لا تثمر . ولا يجوز في الأصح التوقيت بإدراك الثمر ، لجهالته بالتقدم تارة ، والتأخر أخرى .

ولا يطلب عند الحنابلة تحديد مدة في المساقاة والمزارعة ، لأنه ﷺ لم يحدد لأهل خيبر مدة ، ومشى خلفاؤه على منهجه من بعده ، ولأن المساقاة ومثلها المزارعة عندهم عقد جائز غير لازم كما بينا ، فلكل واحد من العاقدين فسخها متى شاء . واختار ابن قدامة الحنبلي أن المساقاة عقد لازم ؛ فوجب تقديره بمدة كالإجارة . ولا يقدر أكثر المدة ، بل يجوز ما يتفقان عليه من المدة التي يبقى الشجر فيها ، وإن طالت ، وأقل المدة : ما تكمل الثمرة فيها فلا يجوز على أقل منها ؛ لأن المقصود الاشتراك في الثمرة ، ولا توجد في أقل من هذه المدة .

والركن الخامس - الصيغة : مثل ساقيتك على هذا النخل بثلث أو ربع ثمره ، أو سلمته إليك لتعهده ، أو اعمل في نخيلي أو تعهد نخيلي بكذا من ثمره . ولو ساقاه عند الشافعية بلفظ الإجارة لم يصح في الأصح ؛ لأن لفظ الإجارة صريح في عقد آخر . وتصح عند الحنابلة بلفظ المساقاة والمعاملة والمفاحة ، ولفظ الإجارة ، كما تصح المزارعة بلفظ الإجارة ، أي إجارة أرض بجزء شائع معلوم ، مما يخرج منها ، لأن القصد المعنى ، فإذا أتى به بأي لفظ دل عليه ، صح العقد ، كالبيع . وتصح أيضاً بالمعاطاة .

ويشترط عند الشافعية القبول لفظاً من الناطق ، للزومها كإجارة وغيرها ، وتصح بإشارة الأخرس المفهمة ، ككتابته ، دون تفصيل الأعمال فيها ، فلا يشترط التعرض له في العقد ، ويحمل المطلق في كل ناحية على العرف الغالب فيها في العمل ، إذ المرجع في مثله إلى العرف .

وقال الخنابلة : لا تفتقر المساقاة (ومثلها المزارعة) إلى القبول لفظاً ، بل يكفي الشروع في العمل قبولاً كالوكالة ، كما بينا في بحث صيغة المزارعة .

المبحث الثالث - حكم المساقاة الصحيحة والفاسدة : إذا استكملت المساقاة شرائطها ، كانت صحيحة ، وإذا اختل شرط منها كانت فاسدة .

المطلب الأول - حكم المساقاة الصحيحة :

للمساقاة الصحيحة عند الفقهاء أحكام ، وأحكامها عند الحنفية ما يأتي ^(١) :

١- كل ما كان من أعمال المساقاة التي يحتاج إليها الشجر وحقل العنب والرطاب وأصول الباذنجان ، من السقي وإصلاح النهر ، والحفظ والتلقيح ، فعلى العامل ، لأنها من توابع المعقود عليه .

وكل ما يحتاجه الشجر ونحوه من النفقة كالسرقين وتقليب الأرض ، والجذاذ والقطاف ، فعلى العاقدين على قدر نصيبها ، لأن العقد لم يشملها .

٢- أن يكون الخارج بين الطرفين على الشرط المتفق عليه .

٣- إذا لم يخرج الشجر شيئاً ، فلا شيء لواحد منهما على الآخر .

٤- العقد لازم للجانبين ، فلا يملك أحدهما الامتناع عن التنفيذ ، أو الفسخ من غير رضا صاحبه ، إلا لعذر ، بخلاف المزارعة ، فإنها غير لازمة في جانب صاحب البذر عند الحنفية .

٥- لصاحب الأرض إجبار العامل على العمل إلا لعذر .

٦- تجوز الزيادة على الشرط والحط منه ، وفق القاعدة المقررة في المزارعة وهي : كل موضع احتمل إنشاء العقد ، احتمل الزيادة ، وإلا فلا ، والحط جائز في

(١) البدائع : ١٨٧/٦ .

الموضوعين . فما لم يتناه عظم الثمرة في النخيل مثلاً ، تجوز الزيادة من كلا الطرفين ، لأن إنشاء العقد في هذه الحالة جائز . ولو تناهى عظم الثمرة ، جازت الزيادة من العامل لصاحب الأرض ، ولا تجوز الزيادة من صاحب الأرض للعامل ؛ لأن زيادة العامل حط من الأجرة ، ولا يشترط فيه احتمال إنشاء العقد ، وأما زيادة صاحب الأرض فهي زيادة في الأجرة ، والمحل لا يحتمل الزيادة .

٧- لا يملك العامل مساقاة غيره ، إلا إذا فوض له صاحب الأرض فقال له : « اعمل فيه برأيك » . فلو خالف العامل ، فعامل غيره على الشجر ، كانت الثمرة لصاحب الشجر ، ولا أجر للعامل الأول ، وللعامل الثاني أجر مثل عمله على العامل الأول .

وأحكام المساقاة الصحيحة عند المالكية : تتفق في الغالب مع مذهب الحنفية ، فقالوا^(١) : العمل في الحائط (بستان الشجر) ثلاثة أقسام :

أحدها - ما لا يتعلق بالثمرة : فلا يلزم العامل به بالعقد ، ولا يجوز أن يشترط عليه .

الثاني - ما يتعلق بالثمرة ، ويبقى بعدها : كحفر بئر أو عين أو ساقية ، أو بناء بيت لتخزين الثمر ، أو غرس شجر ، فلا يلزم العامل به أيضاً ، ولا يجوز أن يشترط عليه .

الثالث - ما يتعلق بالثمرة ، ولا يبقى : فهو على العامل بالعقد ، كالتقليم والجذاذ والسقي ، وعليه أيضاً جميع المؤن من الآلات والأجراء والدواب ونفقتهم من كل ما يلزم الشجر عرفاً ، وليس على العامل تحصين الجدران ، وإصلاح مجاري المياه إلى الأرض ، ويجوز اشتراطها عليه ، لأن المذكور يسير .

(١) القوانين الفقهية : ص ٢٧٩ ، الشرح الصغير : ٧١٧/٣ وما بعدها ، بداية المجتهد : ٢٤٤/٢ وما بعدها .

وأما حق العامل : فله جزء من الثمرة كالثلث أو النصف أو غيرها حسبما يتفقان عليه . ويجوز أن تكون له كلها ، وإذا لم يثمر الشجر ، فلا شيء لأحد العاقدين على الآخر ، لأن انعدام الثمر بسبب آفة سماوية ، لا بسبب فساد العقد .
ولا يجوز أن يشترط أحدهما لنفسه منفعة زائدة كدنانير أو دراهم .

ويتفق الشافعية والحنابلة مع المالكية في تحديد الملمزم بالعمل ، وحق العامل ، فقالوا في العمل : كل ما يتكرر كل عام فهو على العامل ، وما لا يتكرر فهو على رب المال^(١) .

فعلى العامل ما يحتاج إليه لصلاح الثمر ، واستزادته ، مما يتكرر كل سنة في العمل ، ولا يقصد به حفظ الأصل ، كسقي ، وتنقية نهر وبئر أي مجرى الماء من الطين ونحوه ، وإصلاح حفر الأشجار التي يجتمع فيها الماء للشرب ، وتلقيح النخل^(٢) وإزالة الحشائش والقضبان والأعشاب الضارة وتعريش الدوالي^(٣) ، وحفظ الثمر وجذاذه (أي قطعه) ، وتجفيفه في الأصح عند الشافعية ، لأنه من مصالحه .

وأما ما قصد به حفظ الأصل (أصل الثمر : وهو الشجر) ، ولا يتكرر كل سنة ، كبناء حيطان البستان ، وحفر نهر جديد له ، وإصلاح ما انهار من النهر ، وإصلاح الدولاب والأبواب فعلى المالك ، عملاً بالعرف ، وعليه أيضاً خراج الأرض الخراجية .

وبه يتبين أن الجذاذ (القطاف) على العامل عند المالكية والشافعية والحنابلة ، وعلى المالك والعامل بقدر نصيبها عند الحنفية .

والمساقاة عقد لازم من الجانبين ، كالإجارة عند الشافعية والحنفية ،

(١) معني المحتاج : ٣٢٨/٢ وما بعدها ، المهذب : ٣٩٢/١ ، المغني : ٣٦٩/٥ وما بعدها ، كشاف القناع : ٥٢٨/٣ وما بعدها ، ٥٣١ .

(٢) وهو وضع شيء من طلع الذكور في طلع الإناث .

(٣) وهو أن ينصب أعواداً لكروم العنب ويظلها ويرفع العنب عليها .

والمالكية ، (أي الجمهور) وغير لازمة عند الحنابلة^(١) ، أما المزارعة فهي غير لازمة عند الحنفية والمالكية والحنابلة أي عند الجمهور .

وبناء على كونها لازمة ، والمزارعة تبعاً لها عند الشافعية : لو هرب العامل قبل الفراغ من العمل ، وأتمه المالك متبرعاً بالعمل ، بقي استحقاق العامل ، كتبرع الأجنبي بأداء الدين . ولو لم يتبرع المالك بالعمل استأجر الحاكم بعد رفع الأمر إليه ، على العامل ، من يتم العمل من مال العامل . فإن لم يقدر المالك على مراجعة الحاكم لبعد مسافة ، أو لعدم تلبية طلب المالك ، فليشهد المالك على العمل بنفسه ، أو الإنفاق إن أراد الرجوع بما يعمله أو ينفقه ؛ لأن الإشهاد حال العذر كالحكم ويصرح في الإشهاد بضرورة الرجوع .

وقال الحنابلة : إن هرب العامل ، فلب المال الفسخ ؛ لأن المساقاة عقد جائز غير لازم .

المطلب الثاني - حكم المساقاة الفاسدة :

تفسد المساقاة باختلال شرط من شرائطها المطلوبة شرعاً ، فإذا لم يتوافر شرط صحة مثلاً فسد العقد . وأهم حالات الفساد عند الحنفية^(٢) ما يأتي :

١ - اشتراط كون الناتج (الخارج) كله لأحد العاقدين ، لعدم توافر معنى الشركة به .

٢ - شرط كون جزء معين من الثمرة لأحد العاقدين ، كنصف قنطار عنب أو تمر ، أو شرط جزء محدد من غير الثمرة ، كبلغ تقدي ؛ لأن المساقاة شركة في الثمرة فقط .

(١) الشرح الصغير : ٧١٣/٣ ، المغني : ٣٧٢/٥ ، ٣٧٦ ، كشاف القناع : ٥٢٨/٣ ، بداية المجتهد : ٢٤٧/٢ .

(٢) البدائع : ١٨٦/٦ ، تكملة الفتوح : ٤٧/٨ وما بعدها ، تبين الحقائق : ٢٨٥/٥ ، الدر المختار ورد المختار : ٢٠٢/٥ ،

٢٠٥ ، اللباب شرح الكتاب : ٢٣٤/٢ .

٣- شرط مشاركة المالك في العمل ، إذ لا بد من التخلية بين العامل والعمل في الشجر ، ومهمة العامل الأصلية في هذا العقد هي العمل .

٤- اشتراط الجذاذ أو القطاف على العامل ؛ لأنه ليس من المساقاة في شيء عندهم ، ولعدم التعامل به بين الناس ؛ لأن الأصل : كل ما كان من عمل قبل الإدراك كسقي وتلقيح وحفظ فعلى العامل ، وما بعده كجذاذ وحفظ ، فعلى العاقدين .

٥- شرط كون الحمل والحفظ بعد القسمة على العامل ؛ لأنه ليس من أعمال المساقاة .

٦- اشتراط عمل تبقى منفعته على العامل بعد انقضاء مدة المساقاة ، كغرس الأشجار ، وتقليب الأرض ، ونصب العرايش ، ونحوه ؛ لأنه لا يقتضيه العقد ، ولا من أعمال المساقاة .

٧- الاتفاق على مدة لا يحصل فيها الإثمار عادة ، لإضرار العامل ، ولفوات المقصود وهو الشركة في الخارج . كما أن المساقاة تفسد ، إذا كانت الثمرة قد انتهت ونضجت ؛ لأن العامل إنما يستحق بالعمل ، ولا أثر للعمل بعد الإدراك والتناهي .

٨- المساقاة مع الشريك ، كأن يكون بستان مشترك بين اثنين مناصفة ، فيدفعه أحدهما للآخر مساقاة ، على أن له الثلثين ، وللشريك المساقى الثلث ؛ لأن في المساقاة معنى الإجارة ، ولا يجوز كون الشخص أجيراً وشريكاً ، أي مستأجراً من شريكه ، وشريك المستأجر ؛ لأن استئجار الشريك على العمل في المشترك لا يصح ، إذ يجب أن يكون عمل الأجير في خالص ملك المستأجر .

فإذا عمل لا يستحق الأجر على شريكه ، ويقع عمل العامل لنفسه . وهذا ، أي الحكم بالفساد اختاره الحنابلة من بين وجهين ، إذا لم يجعل للعامل شيء في مقابل العمل .

وأجاز الشافعية العقد إذا شرط للعامل زيادة على حصته ، أي أن الشافعية والحنابلة يجيزون هذه الصورة حالة الاتفاق على زيادة حصة العامل مقابل عمله^(١) .
كأن يكون الشجر بينهما نصفين ، فيشترط له ثلثا الثمرة ، ليكون السدس عوض عمله ، فإن شرط له مقدار نصيبه أو دونه ، لم يصح ، لاستحقاقه نصيبه بالملك . ويكون الاتفاق بأن يقول الشريك لشريكه : ساقيتك على نصيبي ، أو أطلق . فإذا قال : ساقيتك على كل الشجر ، لم يصح .

ويترتب على فساد المساقاة عند الحنفية الأحكام التالية^(٢) :

- ١- لا يجبر العامل على العمل ؛ لأن الجبر على العمل بحكم العقد ، وهو لم يصح .
- ٢- الخارج كله لصاحب الشجر ، لكونه نماء ملكه ، وأما العامل فلا يأخذ منه شيئاً ؛ لأن استحقاقه بالشرط في العقد ، ولم يصح .
- ٣- وإذا فسدت المساقاة ، فللعامل أجر مثله ، كالإجارة الفاسدة .
- ٤- يجب أجر المثل عند أبي يوسف في حال الفساد مقدراً بالمسمى ، لا يتجاوز عنه . وعند محمد : يجب أجر المثل تاماً بالغاً ما بلغ .

أثر فساد العقد في المذاهب الأخرى : قال المالكية^(٣) : إذا وقعت المساقاة فاسدة ، فإن عثر عليها قبل العمل ، فسخت . وإن عثر عليها بعد العمل ، فسخت في أثناءه ، ووجب فيها أجر المثل إن خرج المتعاقدان عن المساقاة إلى إجارة فاسدة أو بيع فاسد ؛ لأن للعامل فيها أجر ما عمل ، قلّ أو كثر ، فلا ضرر عليه في الفسخ . ومثال التحول إلى الإجارة الفاسدة : اشتراط زيادة شيء معين أو عرض من صاحب

(١) مغني المحتاج : ٣٢٧/٢ ، المحلى على المنهاج : ٦٣/٢ ، الشرح الكبير مع المغني : ٥٨٠/٥ ، كشاف القناع : ٥٣٢/٢ .

(٢) البدائع : ١٨٨/٦ .

(٣) القوانين الفقهية : ص ٢٨٠ ، الشرح الصغير : ٧٢٢/٢ وما بعدها ، بداية المجتهد : ٢٤٨/٢ .

البستان للعامل ؛ لأنه يصبح المالك كأنه استأجر العامل على أن يعمل له في بستان بهذه الزيادة وبجزء من ثمرة البستان ، وهي إجارة فاسدة توجب الرد لأجرة مثل العامل ويحسب منها تلك الزيادة ، ولا شيء للعامل من الثمرة ، ولو بعد تمام العمل . فإن كانت الزيادة من العامل للمالك ، فقد خرج العاقدان إلى بيع فاسد : هو بيع الثمرة قبل بدو صلاحها ، إذ كأن العامل اشترى الجزء المسمى بما دفعه للمالك من الزيادة ، وبأجرة عمله ، فوجب له أجرة مثله ، وأخذ ما دفعه ، ولا شيء له من الثمرة .

وإن لم يخرج المتعاقدان عن المساقاة لعقد آخر ، بأن كان الفساد لضرر ، أو لفقد شرط غير الزيادة المتقدمة ، أو لوجود مانع ، أو بسبب الغرر كالمساقاة على حوائط مختلفة ، استمرت المساقاة بمساقاة المثل ، كالمساقاة على ثمر بدا صلاحه وآخر لم يبد صلاحه ، لاحتواء العقد على بيع ثمر مجهول (وهو الجزء المسمى للعامل) بشيء مجهول (وهو العمل) ، وكاشتراط عمل المالك مع العامل بجزء من الثمرة أو مجاناً ، وكاشتراط آلة أو دابة للمالك في بستان صغير ، لأنه ربما كفاه ذلك ، فيصير كأن العامل اشترط جميع العمل على المالك . ويجوز اشتراط الدابة على المالك في بستان كبير . وهذا التفصيل لابن القاسم . وقال ابن الماجشون : ترد إلى إجارة المثل في كل نوع من أنواع الفساد .

وقال الشافعية والحنابلة^(١) : إذا خرج الثمر بعد العمل مستحقاً لغير المساقية المالك ، كأن أوصى بثمر الشجر المساقى عليه ، أو خرج الشجر مستحقاً ، فللعامل على من ساقاه أجرة المثل لعمله ، لأنه ضيِّع عليه منافعه بعوض فاسد ، فيرجع بيدها على المالك ، وإذا فسدت المساقاة ، فللعامل أجرة مثله . وتفسد المساقاة بجهالة نصيب كل

(١) معني المحتاج : ٢٢٦/٢ - ٢٢٧ ، ٢٢١ ، المهذب : ٣٩٢/١ ، المغني : ٢٨١/٥ ، ٢٩٢ ، كشاف القناع : ٥٢٢/٣ ،

واحد من العاقدين ، أو اشتراط نصيب مجهول ، أو دراهم معلومة ، أو كمية معينة من الثرة ، أو شرط اشتراك المالك في العمل ، أو عمل العامل في شيء آخر غير الشجر الذي ساقاه عليه .

والخلاصة : أنه يجب باتفاق الفقهاء فسخ المساقاة الفاسدة إذا عرف الفساد قبل العمل . فإن شرع العامل بالعمل ثم اطلع على الفساد ، يجب له عند الجمهور أجر المثل . كما يجب له الأجر عند المالكية إذا خرج المتعاقدان إلى عقد آخر ، وإن لم يخرجوا لعقد آخر ، استمرت المساقاة بمساقاة المثل .

المبحث الرابع - انتهاء المساقاة :

تنقضي المساقاة عند الحنفية كلزراعة بأحد أمور ثلاثة : انتهاء المدة المتفق عليها ، موت أحد المتعاقدين ، فسخ العقد إما بالإقالة صراحة أو بالأعذار ، كما تفسخ الإجارة^(١) .

ومن الأعذار : أن يكون العامل سارقاً معروفاً بالسرقة يخاف منه سرقة الثمر أو الأغصان قبل الإدراك ؛ لأنه يلزم صاحب الأرض ضرراً لم يلتزمه ، فيفسخ به .

ومن الأعذار أيضاً : مرض العامل إذا كان يضعفه عن العمل ؛ لأن في إلزامه استئجار أجراً ، زيادة ضرر عليه ، ولم يلتزمه فيجعل عذراً . وفي اعتبار سفر العامل عذراً للفسخ روايتان ، الصحيح أنه يوفق بينهما ، كما في مرض العامل ، فهو عذر إذا شرط عليه عمل نفسه ، وغير عذر إذا أطلق العقد عن الشرط .

وإذا مات العامل ، كان لورثته تعهد الثرح حتى يدرك ، وإن كره صاحب الشجر رعاية لمصلحة الجانبين . وإن مات المالك استمر العامل بعمله ، كما كان وإن

(١) البدائع : ١٨٨٦ ، تكملة الفتوح : ٤٨/٨ ، تبين الحقائق : ٢٦٨/٥ ، الدر المختار : ٢٠٤/٥ ، اللباب : ٢٣٤/٢ .

كره ورثة المالك . وإن مات العاقدان ، كان الخيار في الاستمرار لورثة العامل ، فإن
أبى ورثة العامل الاستمرار في العمل ، كان الخيار فيه لورثة صاحب الأرض .

وإذا انقضت مدة المساقاة ولم ينضج الثمر ، بأن كان فجاً ، بقيت المساقاة
استحساناً لوقت النضوج ، ويخير العامل ، إن شاء ترك وإن شاء عمل كما في المزارعة ،
ولكن بدون أجر ، أي لا يجب على العامل أن يدفع للمالك أجر حصته إلى أن يدرك
الثمر ؛ لأن الشجر لا يجوز استئجاره ، بخلاف المزارعة ، حيث يجب على العامل أجر
مثل الأرض ؛ لأن الأرض يجوز استئجارها . ويكون العمل كله في المساقاة على
العامل ، وفي المزارعة على العاقدين ، لأنه لما وجب أجر المثل للأرض في المزارعة بعد
انتهاء المدة ، لم يستحق العمل على العامل ، كما كان يستحق عليه قبل انتهائها .

وإن أبى العامل العمل ، خير المالك أو ورثته بين أمور ثلاثة : إما أن يقسم
الثمر على حسب الشرط ، وإما أن يعطي العامل قيمة نصيبه من الثمر ، وإما أن ينفق
على الثمر حتى يبلغ أو ينضج ، ثم يرجع بالنفقة بقدر حصة العامل من الثمر ؛ لأنه
ليس للعامل إلحاق الضرر بغيره .

لكن قال الزيلعي : الرجوع على العامل بالنفقة بنسبة حصته فقط : فيه
إشكال ، وكان ينبغي أن يرجع عليه بجميع النفقة ؛ لأن العامل إنما يستحق بالعمل ،
وكان العمل كله عليه ، فلو رجع عليه بخصته فقط ، أدى الرجوع إلى استحقاق
العامل بلا عمل في بعض المدة .

وقال المالكية^(١) : المساقاة عقد موروث ، ولورثة المساقين أن يأتوا بأمين يعمل
إن لم يكونوا أمناء ، وعلى المالك العمل إن أبى ورثة العامل من العمل من تركته .
ولا تنفسخ المساقاة إذا كان العامل لصاً أو ظالمًا أو عجز عن العمل ، وعلى العامل

(١) بداية المجتهد : ٢٤٧/٢ ، الشرح الصغير : ٧١٣/٣ .

استئجار من يعمل ، أو يستأجر من حظه من الثمر إن لم يكن له شيء ؛ لأن المساقاة عندهم عقد لازم ، لا يفسخ بالأعدار ، فليس لعاقده فسخها بعد العقد ، دون الآخر ما لم يتراضيا عليه .

وقال الشافعية^(١) : لا تنفسخ المساقاة بالأعدار ، فلو ثبتت خيانة عامل مثلاً ، ضم إليه مشرف إلى أن يتم العمل ؛ لأن العمل واجب عليه . فإن لم يتحفظ عن الخيانة بالمشرف ، أزيلت يده بالكلية ، واستؤجر عليه من مال العامل من يتم العمل ، لتعذر استيفاء العمل الواجب عليه منه .

وتنتهي المساقاة عند الشافعية بانقضاء المدة ، فإذا انقضت المدة كعشر سنين مثلاً ، ثم ظهرت ثمرة السنة العاشرة لم يكن للعامل فيها حق ؛ لأنها ثمرة حدثت بعد انقضاء العقد .

وإذا ظهرت الثمرة ، ولم تكتمل ، قبل انقضاء المدة كأن صارت طلعاً^(٢) أو بلحاً ، تعلق بها حق العامل ؛ لأنها حدثت قبل انقضاء المدة ، ويجب على العامل تمام العمل . وتنفسخ المساقاة بموت العامل إذا كانت على عين (ذات) العامل كالأجير المعين ، ولا تنفسخ بموت المالك في أثناء المدة ، بل يتم العامل العمل ويأخذ نصيبه . لكن إذا ساقى المورث من يرثه ثم مات المورث ، فإن المساقاة تنفسخ ؛ لأنه أي الوارث لا يكون عاملاً لنفسه .

وإذا التزم العامل المساقاة في ذمته ، ثم مات قبل تمام العمل ، وخلف تركة ، أتم الوارث العمل منها ، لأنه حق وجب على مورثه ، فيؤدَّى من تركته كغيره من الحقوق . وللوارث أن يتم العمل بنفسه أو بماله ، وعلى المالك تمكينه من العمل إن

(١) مغني المحتاج : ٣٣١/٢ ، اللمب : ٣٩١/١ وما بعدها .

(٢) هو بدء الحمل بأن يظهر الحمل في النخيل بين غلافين .

كان الوارث عارفاً بعمل المساقاة أميناً ، وإلا استأجر الحاكم من التركة عاملاً كفوفاً .
فإن لم يخلف العامل تركة ، لم يقترض عليه ؛ لأن ذمته خربت بالموت .

وقال الحنابلة^(١) : المساقاة كل مزارعة عقد جائز غير لازم ، فيجوز لكل طرف فيها فسخها . فإن فسخت المساقاة بعد ظهور الثمرة ، كانت الثمرة بينهما (أي بين المالك والعامل) على حسب الشرط المتفق عليه في العقد . لأنها (أي الثمرة) حدثت على ملكها .

ويملك العامل كالمالك حصته من الثمرة بالظهور . ويلزم العامل تمام العمل في المساقاة ، كما يلزم المضارب بيع العروض التجارية إذا فسخت المضاربة . وهذا موافق لما قال الشافعية .

ولا تنفسخ المساقاة بموت العامل ، فإن مات العامل قام وراثته مقامه في الملك والعمل ؛ لأنه حق ثبت للمورث وعليه ، فكان لو ارثه .

فإن أبي الوارث أن يأخذ ويعمل ، لم يجبر ، ويستأجر الحاكم من التركة من يعمل ، فإن لم تكن له تركة ، أو تعذر الاستئجار منها ، بيع من نصيب العامل ما يحتاج إليه لتكميل العمل واستؤجر من يعمله .

وإن فسخ العامل ، أو هرب قبل ظهور الثمرة ، فلا شيء له ، لأنه قد رضي بإسقاط حقه ، مثل عامل المضاربة إذا فسخ قبل ظهور الربح ، وعامل الجعالة إذا فسخ قبل تمام عمله .

لكن إن فسخ المالك المساقاة قبل ظهور الثمرة وبعد شروع العامل في العمل ، فعليه للعامل أجر مثل عمله ، بخلاف المضاربة ؛ لأن الربح في المضاربة لا يتولد من

(١) المغني : ٢٧٢/٥ - ٢٧٧ ، كشاف القناع : ٥٢٨/٣ - ٥٣٠ .

المال بنفسه وإنما يتولد من العمل ، ولم يحصل بعمله ربح ، والثمر في المساقاة متولد من عين الشجرة ، وقد عمل العامل على الشجر عملاً مؤثراً في الثمر فكان لعمله تأثير في حصول الثمر وظهوره بعد الفسخ .

وإن مات العامل والمساقاة على عينه (ذاته) ، أو جنّ ، أو حجر عليه لسفه انفسخت المساقاة ، كما قال الشافعية .

أما لو مات المالك أو جنّ ، أو حجر عليه لسفه ، ففسخ المساقاة ، خلافاً للشافعية .

وفي حالة العذر عند الحنابلة مع عدم الفسخ : إن عجز العامل عن العمل لضعفه مع أمانته ، ضم إليه غيره ، ولا ينزع من يده ، كما قرر الشافعية ؛ لأن العمل مستحق عليه ، ولا ضرر في بقاء يده عليه ، وإن عجز بالكلية ، أقام المالك مقامه من يعمل ، والأجرة عليه في الحالتين لأن عليه توفية العمل .

وتنتهي المساقاة بمضي المدة المتفق عليها إن قدرت مدة عند الحنابلة أي كما قرر باقي المذاهب ، لكن إن ساقى المالك إلى مدة تكمل فيها الثمرة غالباً ، فلم تحمل الثمرة تلك السنة ، فلا شيء للعامل ، كالمضاربة .

العقد الثالث - المغارسة أو المناصبة :

تعريفها ، وحكمها عند الفقهاء :

أولاً - تعريف المغارسة : هي أن يدفع الرجل أرضه لمن يغرس فيها شجراً^(١) وعرفها الشافعية : بأن يسلم إليه أرضاً ليغرسها من عنده ، والشجر بينهما^(٢) . وتسمى

(١) القوانين الفقهية : ص ٢٨١ .

(٢) مغني المحتاج : ٣٢٤/٢ .

عند أهل الشام المناصبة ، أو المشاطرة ؛ لأن الشجيرة الغرسة تسمى عند العامة نصباً ، أي منصوباً ، ولأن الناتج يقسم بينها مناصفة لكل واحد منها الشطر .

ثانياً - حكم المغارسة عند الفقهاء :

المغارسة المختلف فيها بين الفقهاء ، هي التي يقسم الشجر فيها نصفين بين المالك والعامل ، فمنعها الجمهور (غير المالكية) وأجازها المالكية بشروط .

قال الحنفية^(١) : من دفع أرضاً بيضاء (أي لا شجر ولا زرع فيها) سنين معلومة ، يغرّس فيها شجراً ، على أن تكون الأرض والشجر بين رب الأرض والغارس نصفين ، لم يجز ، لثلاثة أوجه : أولها : لاشتراط الشركة فيما كان موجوداً قبل الشركة ، وهو الأرض ، لا يعمل العامل ، فكان ذلك في معنى قفيز الطحان^(٢) المنهي عنه^(٣) . وقال صاحب الهداية عن هذا الوجه : إنه أصحها ، لأنه - كما قال صاحب العناية - نظير من استأجر صباغاً ليصبغ ثوبه ، يصبغ نفسه ، على أن يكون نصف المصبوغ للصباغ ، وهو مفسد للعقد .

وثاني الأوجه التي عللوا بها الفساد : أن المالك جعل نصف الأرض عوضاً عن جميع الأغراس ، ونصف الخارج عوضاً لعمل العامل ، فصار العامل مشترياً نصف الأرض بالأغراس المجهول المدوم عند العقد ، فيفسد العقد . وهذا الوجه رجحه ابن عابدين ؛ لأن كون المغارسة في معنى « قفيز الطحان » لا يضر ، إذ هو جارٍ في معظم مسائل المزارعة والمعاملة (المساقاة) ، ولهذا قال الإمام بفسادها ، وترك صاحباه القياس استدلالاً بمعاملة النبي ﷺ أهل خيبر ، وهذا هو الأولى .

-
- (١) تكملة الفتح : ٤٩/٨ ، تبين الحقائق : ٢٨٦/٥ ، اللباب : ٢٣٤/٢ ، الدر المختار ورد المختار : ٢٠٣/٥ وما بعدها .
(٢) إذ هو استئجار ببعض ما يخرج من عمل العامل ، وهو نصف البستان .
(٣) روى الدارقطني عن أبي سعيد الخدري قال : « نهي عن عصب الفحل ، وعن قفيز الطحان » وعصب الفحل : أجرة ضرابه ، وقد استدل بهذا الحديث أبو حنيفة والشافعي ومالك على أنه لا يجوز أن تكون الأجرة بعض المعمول بعد العمل (نيل الأوطار : ٢٩٢/٥ وما بعدها) .

وثالث الأوجه : أن المالك استأجر أجييراً ليجعل أرضه بستاناً مشجراً بآلات الأجير، على أن يكون له نصف البستان الذي يظهر بعمله ، وهو مفسد للعقد ؛ لأنها إجارة بأجر مجهول وغرر .

وإذا فسدت المغارسة ، كان جميع الثمر والغرس لصاحب الأرض ، وللغارس قيمة غرسه يوم الغرس ، وأجرة مثله فيما عمل .

وحيلة جواز المغارسة عند الحنفية : أن يبيع المالك نصف الأرض بنصف الغراس ، ويستأجر رب الأرض العامل ثلاث سنين مثلاً ، بشيء قليل ، ليعمل في نصيبه .

وصحح الحنفية أيضاً - كما في الفتاوى الخانية - كون المغارسة على الاشتراك في الشجر والثمر فقط ، دون الأرض .

وعبارة الشافعية^(١) في حكم المغارسة : لا تصح المغارسة ، إذ لا يجوز العمل في الأرض ببعض ما يخرج منها ، ولأن الغرس ليس من عمل المساقاة ، فضمه إليها يفسده ، ويمكن تحقيق المقصود بالإجارة .

أما المساقاة في الشجر ، فلا يمكن عقد الإجارة عليه ، فجوزت المساقاة للحاجة . والغرس الحاصل يكون للعامل ، ويكون لرب الأرض أجرة مثلها على العامل ، كما أن من زارع على أرض بجزء من الغلة ، فعطل بعض الأرض ، يلزمه أجرة ما عطل منها .

وعبارة الخنابلة^(٢) : إن دفع المالك للعامل على أن الأرض والشجر بينهما ، فالعاملة فاسدة وجهاً واحداً ، لأنه شرط اشتراكهما في الأصل (الأرض والشجر)

(١) مغني المحتاج : ٢٢٤/٢ ، مجرمي الخطيب : ١٦٧/٣ وما بعدها .

(٢) المغني : ٢٨٠/٥ وما بعدها .

فسد ، كما لو دفع إليه الشجر أو النخل ، ليكون الأصل والثمرة بينهما ، أو شرط في المزارعة كون الأرض والزرع بينهما ، وحينئذ يكون للعامل أجر المثل .

لكن إن ساقاه على شجر يغرسه ، ويعمل فيه حتى يحمل ، ويكون للعامل جزء من الثمرة معلوم ، صح ؛ لأنه ليس فيه أكثر من أن عمل العامل يكثر ، ونصيبه يقل .

هذه أقوال الجمهور (المذاهب الثلاثة) المانعة من صحة المغارسة ، حفاظاً على حقوق العاقدين ، ولكثرة الجهالة الناجمة عن انتظار نمو الشجر ، وللاشتراك في الأصل ، كاشتراك الشريكين في رأس المال في شركة المضاربة ، ولأن الغرس ليس من أعمال المساقاة ، على النحو المشروع في السنة النبوية ، كما لا تصح المساقاة على صغار الشجر إلى مدة لا يحمل فيها غالباً .

وقال المالكية^(١) : العمل لإنماء الشجر يتم إما بالإجارة : وهو أن يغرّس العامل للمالك بأجرة معلومة ، وإما بالجعالة : وهو أن يغرّس له شجراً على أن يكون له نصيب فيما ينبت ، وإما بالمغارسة .

وتصح المغارسة (وهو أن يغرّس العامل على أن يكون له نصيب من الشجر والثمر ومن الأرض) بخمسة شروط ، وهي :

١- أن يغرّس العامل في الأرض أشجاراً ثابتة الأصول ، دون الزرع والمقايي والبقول .

٢- أن تتفق أصناف الشجر ، أو تتقارب ، في مدة إطعامها (إثمارها) ، فإن اختلفت اختلفت اختلافاً بيناً ، لم يجز .

٣- ألا يكون أجلها إلى سنين كثيرة ، فإن حدد لها أجل إلى ما فوق الإطعام

(١) القوانين الفقهية : ص ٢٨١ .

(إنتاج الثمرة)؛ لم يجز، وإن كان دون الإطعام، جاز، وإن كان إلى الإطعام، فقولان .

٤- أن يكون للعامل حظه من الأرض والشجر، فإن كان له حظه من أحدهما خاصة، لم يجز، إلا إن جعل له مع الشجر مواضعها على الأرض، دون سائر الأرض .

٥- ألا تكون المغارسة في أرض محبسة (موقوفة)، لأن المغارسة كالبيع .
ويلاحظ أنه يمنع في المغارسة والمساقاة والمزارعة عند المالكية شيئان :

الأول- أن يشترط أحدهما لنفسه شيئاً دون الآخر، إلا اليسير .

الثاني- اشتراط السلف أو السلم .

وإذا وقعت المغارسة فاسدة، فلرب الأرض الخيار بين أن يعطي المستأجر قمية الغرس أو يأمره بقلعه .

والخلاصة: أن المغارسة تصح إذا كان للعامل جزء معين من الثمرة فقط، كالمساقاة، كما ذكر الحنابلة، وتصح المغارسة أيضاً إذا غرس العامل غرساً على أن تكون الأغراس والثمار بينهما كما أبان الحنفية، ويمكن تصحيح المغارسة على الاشتراك في الأرض والشجر معاً، بواسطة عقدي البيع والإجارة، كأن يبيع المالك نصف الأرض بنصف الغراس، ويستأجر المالك العامل مدة كثلث سنين مثلاً، بشيء يسير ليعمل في نصيبه، كما ذكر الحنفية .

وصحح المالكية المغارسة بشروط، وأبطلها الشافعية لعدم الحاجة إليها .

الفصل السادس

اتفاق القسمة

فيه نوعان : الأول- في قسمة الأعيان ، والثاني- في قسمة المنافع (المهايأة) وكل منها يرد على الأموال المشتركة .

النوع الأول

قسمة الأعيان أو الرقاب

تسمى قسمة الأعيان أي الذوات : قسمة رقاب أيضاً .

وفيه ستة مباحث :

المبحث الأول- تعريف القسمة ومشروعيتها وركانها وصفتها .

المبحث الثاني- أنواع القسمة .

المبحث الثالث- شروط القسمة .

المبحث الرابع- كيفية القسمة .

المبحث الخامس- القاسم .

المبحث السادس- أحكام القسمة .

المبحث الأول - تعريف القسمة ومشروعيتها وركنها وصفتها :

أولاً - تعريف القسمة :

القسمة لغة : هي إفراز النصيب ، أو التفريق . وشرعاً لها تعاريف متقاربة عند الفقهاء ، فقال الحنفية : القسمة : جمع نصيب شائع في مكان معين ، أو مخصوص^(١) ، وعرفتها المادة (١١١٤) مجلة بقولها : « القسمة : هي تعيين الحصة الشائعة ، يعني إفراز الحصص بعضها من بعض بمقياس ما كالذرع والوزن والكيل » أو هي عبارة عن إفراز بعض الأنصبة عن بعض ، ومبادلة بعض ببعض ؛ لأن نصيب كل شريك أو ملكه منتشر في جميع أجزاء الشيء المقسوم ، فإذا حدثت القسمة ، وقع في حصته جزء مملوك له ، وجزء مملوك لصاحبه شائعاً في كل الأجزاء ، فتتم المبادلة بين الشريكين بتنازل كل واحد منها عن نصف نصيبه بعوض : وهو نصف نصيب صاحبه^(٢) .

ومعنى المبادلة أي (أخذ عوض حقه) واضح في القسمة الرضائية ، أما القسمة الجبرية فتحدث بناء على طلب الشريكين للقاضي ، يتضمن رضاها بالمبادلة . فالقسمة تتضمن معنى المبادلة ؛ لأن ما يؤول لأحدهما ، بعضه كان له ، وبعضه كان لصاحبه ، فهو يأخذه عوضاً عما يبقى من حقه في نصيب صاحبه ، فكان ذلك مبادلة من وجه ، وإفرازاً من وجه ، والإفراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات لعدم التفاوت ، والمبادلة هي الظاهر في غير المكيل والموزون للتفاوت ، ويجوز الإيجار على المبادلة كما في بيع مال المدين .

وعرف المالكية القسمة بما يقارب تعريف الحنفية ، فقالوا ، هي تعيين نصيب كل شريك في مشاع (عقار أو غيره) ، ولو كان التعيين باختصاص تصرف فيما عين

(١) تبين الحقائق : ٢٦٤/٥ ، الدر المختار : ١٧٨/٥ ، تكملة الفتح : ٢/٨ ، اللباب : ٩١/٤ .

(٢) البدائع : ١٧/٧ .

له ، مع بقاء الشركة في الذات ، وهذا التعريف يشمل عندهم أنواع القسمة الثلاثة :
قسمة المهايأة ، وقسمة المراضاة ، وقسمة القرعة^(١) .

وعرفها الشافعية والحنابلة^(٢) بأوضح تعريف في تقديري ، فقالوا : القسمة : تمييز
بعض الأنصاء عن بعض ، وإفرازها عنها ، بتجزئة الأنصاء بالكيل أو غيره .

ثانياً - مشروعية القسمة :

أجمع العلماء على جواز القسمة لثبوت شرعيتها في القرآن والسنة ، أما القرآن
فقوله تعالى : ﴿ ونبئهم أن الماء قسمة بينهم ، كل شرب محتضر ﴾ يدل على جواز قسمة
المهايأة ، وقوله سبحانه : ﴿ وإذا حضر القسمة أولو القربى واليتامى والمساكين
فارزقوهم منه ﴾ الوارد في قسمة التركة ، وقوله سبحانه في قسمة الغنائم : ﴿ واعلموا
أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه وللرسول .. ﴾ ولا يعلم هذا الخمس عن الأربعة
الأخماس المستحقة للغنمين إلا بالقسمة .

وأما السنة : فقد قسم النبي ﷺ غنائم خيبر وحنين بين الغنمين ، وقسم
الموارث^(٣) ، مما يدل على الإباحة .

ويؤيده حاجة الناس إلى القسمة ليتمكن كل واحد من الشركاء من التصرف
المستقل في حصته ، وليتخلص من سوء المشاركة ، وكثرة الأيدي^(٤) .

ثالثاً - ركن القسمة وسببها وشرط لزومها :

ركن القسمة : هو الفعل الذي يحصل به الإفراز والتمييز بين الأنصاء ، ككيل
وذرع ، وسببها : طلب الشركاء أو بعضهم الانتفاع بملكه على وجه الخصوص ، فلولم

(١) الشرح الصغير : ٣٥٩/٣ وما بعدها .

(٢) حاشية الباجوري على ابن قاسم : ٣٥١/٢ ، المغني : ١١٤/٩ ، كشاف القناع : ٣٦٤/٦ .

(٣) راجع الأحاديث في نصب الراية : ١٧٨/٤ .

(٤) المغني : ١١٢/٩ .

يطلبوا لا تصح القسمة . وشرط لزومها بطلب أحد الشركاء : عدم فوت المنفعة بالقسمة ، أي عدم إبطال فائدة الشيء المتعارفة ، فلا يقسم مثلاً الحائط والحمام والبيت الصغير^(١) .

رابعاً - صفة القسمة :

تتردد صفة القسمة عند الفقهاء بين وصفين : الإفراز أو التمييز ، والبيع أو المبادلة . فقال الحنفية^(٢) : تشتمل القسمة مطلقاً (في المثليات أو القيمات) على وصفين : هما الإفراز : وهو أخذ عين حقه ، والمبادلة : وهو أخذ عوض حقه . والسبب في اشتغالها على معنى المبادلة : أن ما يأخذه كل شريك ، بعضه كان له ، وبعضه كان لصاحبه ، فهو يأخذه عوضاً عما يبقى من حقه في حصة صاحبه ، فتكون القسمة مبادلة من وجه ، وإفرازاً من وجه .

والإفراز : هو الظاهر الغالب في المثليات ، أي المكيلات والموزونات وما في حكمها : وهي الذرعيات والعدديات المتقاربة كالجوز والبيض ، لعدم التفاوت بين أجزائها ، حتى كان لأحد الشريكين أن يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه .

والمبادلة : هي الظاهر الغالب في غير المثليات أي القيمات كالحيوانات والدور وأصناف العروض التجارية ، للتفاوت بين أفرادها ، حتى لا يكون لأحد الشريكين أخذ نصيبه عند غيبة صاحبه^(٣) .

إلا أنه إذا كانت الأشياء المشتركة متحدة الجنس ، جازت القسمة الجبرية ، أي

(١) الدر المختار : ١٧٨/٥ .

(٢) الدر المختار : ١٧٨/٥ ، اللباب : ٩١/٤ ، تكملة الفتح : ٢/٨ ، البدائع : ٢٦٧ .

(٣) نصت المادة (١١١٦) مجلة على ذلك ، فقالت : « والقسمة من جهة إفراز ، ومن جهة مبادلة .. » ، كما نصت المادة (١١١٧) على أن « جهة الإفراز في المثليات راجحة ... » والمادة (١١١٨) على أن « جهة المبادلة في القيمات راجحة .. » ونصت المادة (١١١٩) على المثليات .

يجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء ؛ لأن فيها معنى الإفراز، ويصح الجبر في المبادلة، كما هو المقرر في حالة بيع ملك المدين، لوفاء دينه .

وإن كانت الأشياء المشتركة أجناساً مختلفة، لم تجز القسمة الجبرية، فلا يجبر القاضي على القسمة، لتعذر المعادلة . وتجاوز القسمة الرضائية حينئذ ؛ لأن الحق للشركاء .

وقال المالكية^(١) : قسمة المراضاة : وهي التي تتم بلا قرعة كالبيع ، وقسمة القرعة : تمييز حق في مشاع بين الشركاء ، لا بيع ، وقسمة المهالبة في المنافع كالإجارة .

وقال الشافعية^(٢) : القسمة إفراز النصيبين وتميز الحقين إلا إذا كان في القسمة رد ، أي تعويض (أو رد مال أجنبي عن المقسوم) ، فهي بيع ، كأن يكون في أحد جانبي الأرض المشتركة بئر أو شجر مثلاً ، لا يمكن قسمته ، فيرد من يأخذه بالقسمة بالقرعة قسط قيمة البئر أو الشجر ، في المثال المذكور .

وكذلك تكون القسمة بيعاً إذا كانت بالتعديل للسهم (وهي الأنصاء) بالقيمة ، كأرض تختلف قيمة أجزائها بقوة إنبات أو قرب ماء ، وتكون الأرض بينهما نصفين ، ويساوي ثلث الأرض مثلاً لجودته ثلثيها ، فيجعل الثلث سهماً ، والثلثان سهماً . وهذا الرأي أدق ما عرفته من المذاهب .

وقال الحنابلة^(٣) : القسمة : إفراز حق وتميز أحد النصيبين من الآخر ، وليست بيعاً ؛ لأنها لا تفتقر إلى لفظ التملك ، ولا تجب فيها الشفعة ، ويدخلها الإيجاب ، وتلزم بإخراج القرعة ، ويتقدر أحد النصيبين بقدر الآخر . والبيع لا يجوز فيه شيء من ذلك ، ولأنها تنفرد عن البيع باسمها وأحكامها ، فلم تكن بيعاً كسائر العقود .

(١) الشرح الصغير : ٦٦٠/٣ ، ٦٦٢ ، ٦٦٤ .

(٢) حاشية الباجوري : ٣٥٢/٢ - ٣٥٤ ، المهذب : ٣٠٦/٢ .

(٣) المغني : ١١٤/٥ ، ١٢٩ ، كشف القناع : ٣٦٥/٦ .

وفائدة الخلاف : أنها إذا لم تكن بيعاً ، جازت قسمة الثار خرساً ، والمكيل وزناً ، والموزون كيلاً ، والتفرق قبل القبض فيما يعتبر فيه القبض في البيع ، وإن قلنا : هي بيع ، انعكست هذه الأحكام .

لكن إذا كانت القسمة رداً ، أي رد عوض عما حصل لشريك من حق شريكه ، فتكون بيعاً فيما يقابل الرد (أي العوض الذي رد من أحدهما على الآخر) ، وإفرازاً في الباقي . والخلاصة أن القسمة عند الحنابلة إفراز ، إلا إذا كانت قسمة رد ، فتكون بيعاً فيما يقبل الرد .

المبحث الثاني - أنواع القسمة :

للقسمة أنواع في المذاهب الفقهية ، إذ كل مذهب ينظر إلى القسمة من جانب فقال الحنفية^(١) : القسمة نوعان :

١ - قسمة جبرية : وهي التي يتولاها القاضي ، بطلب أحد الشركاء . ولو قسم القاضي أو نائبه بالقرعة ، فليس لبعض الشركاء الإباء بعد خروج بعض السهام^(٢) .

٢ - قسمة رضائية : وهي التي يفعلها الشركاء بالتراضي ، وهي تعتبر عقداً من العقود ، ركنها ككل عقد : هو الإيجاب والقبول ، ومحلها : العين المشتركة التي يجوز الاتفاق على قسمتها^(٣) .

وكل واحد منهما على نوعين :

(١) البدائع : ١٩٧ - ٢٢ .

(٢) رد المختار : ١٨٤/٥ .

(٣) قسمة الرضى في المادة (١١٢١) مجلة هي « القسمة التي تجري بين المتقاسمين في الملك المشترك بالتراضي أو برضا الكل عند القاضي » وقسمة القضاء في المادة (١١٢٢) هي « تقسيم القاضي للملك المشترك جبراً وحكماً بطلب بعض المقسوم لهم » .

١- **قسمة تفريق أو فرد** : وهي تخصيص كل شريك بحصة جزئية معينة من المال المشترك ، كقسمة دار كبيرة بين شريكين أو ثلاثة ، يختص كل واحد منهم بنصف أو ثلث . وهي تحدث في كل ما لا ضرر في تبعيته بالشريكين كالمكيل والموزون والعددي المتقارب ، سواء قسمة رضا أو قسمة جبر .

٢- **وقسمة جمع** : وهي أن يجمع نصيب كل شريك في عين على حدة^(١) ، كأن يكون الشيء المشترك أقطاناً بين شريكين ، فيتقاسمان ، على أن يختص أحدهما بكية منها والآخر بالباقي . وهي جائزة في جنس واحد ، ولا تجوز في جنسين مختلفين ، فتصح في المثليات وهي المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة كأصناف الخنطة ، ولا تصح في جنسين من المكيل والموزون والمذروع والعددي كالحنطة والشعير ، والقطن والحديد ، والجوز واللوز ، واللالئ واليواقيت .

وتصح بين أفراد الإبل ، أو أفراد البقر ، أو أفراد الغنم ، أي في ضمن الجنس الواحد ، والتفاوت القليل ملحق بالعدم .

ولا تصح بين خيل وإبل ، أو بين بقر وغنم ، لاختلاف الجنس ، فيتضرر أحدهما .

ولا تقسم الدور والأراضي المتعددة عند أبي حنيفة قسمة جمع منعاً للضرر ، لوجود التفاوت الفاحش بين دار ودار ، وأرض وأرض ، بسبب اختلاف البناء والبقاع ، فتعتبر في حكم جنسين مختلفين .

وعند الصاحبين : تجوز قسمة الدور والأراضي قسمة جمع ، ويعدل ما فيها من التفاوت بالقيمة . ولا تقسم الدار والضيعة (الأرض) ، أو الدار والحانوت المشتركتان

(١) عرفت المادة (١١١٥) من المجلة - هذين النوعين ، فقالت : قسمة التفريق : هي تعيين الحصص الشائعة في العين الواحدة المشتركة في أقسامها ، مثل قسمة عرصة بين اثنين . وقسمة الجمع : هي جمع الحصص الشائعة في كل فرد من أفراد الأعيان المشتركة في أقسامها ، مثل قسمة ثلاثين شاة مشتركة بين ثلاثة : عشرة .

قسمة جمع باتفاق الحنفية ، بل يقسم كل واحد على حدة ، لاختلاف الجنس .

وقال المالكية^(١) : قسمة الرقاب أو الأعيان نوعان : قسمة مراضاة و قسمة قرعة .

وقسمة المراضاة : بأن يتراضيا على أن كل واحد يأخذ شيئاً مما هو مشترك بين الشريكين ، يرضى به بلا قرعة . وهي كالبيع ، فمن رضي بشيء منه ، ملك ذاته ، وليس له رده إلا بتراضيهما كالأقالة ، ولا رد فيها بالغبن إلا إذا أدخلها بينهما مقوماً .
وتصح في متحد الجنس كالثياب ، أو في مختلف الجنس كثوب ودابة .

وقسمة القرعة : هي تمييز حق مشاع بين الشركاء ، لا بيع . فيرد فيها بالغبن ، ولا بد فيها من مقوم ، ويجبر عليها من أبائها ، ولا تكون إلا فيما تماثل أو تجانس ، ولا يجوز فيها الجمع بين حظ اثنين .

وقال الشافعية^(٢) : القسمة ثلاثة أنواع ؛ لأن المقسوم إن تساوت الأنصباء منه صورة وقيمة فهو الأول ، وإلا ، فإن لم يحتج إلى رد شيء فالثاني ، وإلا فالثالث .

١ - قسمة الإفراز (أو قسمة الأجزاء أو قسمة المتشابهات) : وهي إفراز حق كل من الشركاء ، فهي تمييز للحق لا بيع . وتحدث فيما لا ضرر فيه ، كالمثلثات من حبوب ودراهم وأدهان ، ودور متفقة الأنبيية ، وأرض مستوية الأجزاء . ويجري فيها الإجماع ، فيلزم الشريك بالقسمة بطلب شريكه ، إذ لا ضرر عليه فيها ، فيجزأ ما يقسم كيلاً في المكيل ، ووزناً في الموزون ، وذرعاً في المذروع ، وعدداً في المعدود بعدد الأنصباء إن استوت . ثم بعدئذ يقرع بين الأنصباء لتعيين كل نصيب منها لأحد الشركاء .

٢ - قسمة التعديل للسهم : وهي أن تعدل الأنصباء المختلفة بالقيمة ، لتحقيق المساواة بين الشركاء ، كأرض تختلف قيمة أجزائها بسبب قوة إنبات ، أو قرب ماء

(١) الشرح الصغير : ٦٦٢/٣ - ٦٦٤ ، القوانين الفقهية : ص ٢٨٤ وما بعدها .

(٢) حاشية الباجوري : ٣٥٢/٢ - ٣٥٤ ، مجرمي الخطيب : ٣٤١/٤ - ٣٤٤ .

ونحوهما، أو يختلف جنس ما فيها، كستان بعضه نخل، وبعضه عنب. فإذا كانت الأرض مناصفة بين شريكين، وكانت قيمة ثلثها المشتمل على ما ذكر كقيمة الثلثين الباقيين، فيجعل الثلث سهماً، والثلثان سهماً، ويقرع بينهما كما سبق.

ويجري فيها الإجماع، فيلزم الشريك بالقسمة بطلب شريكه، كما في النوع الأول، فإن أمكن قسم الجيد وحده، والرديء وحده، لم يجبر الشريك على التعديل.

ويجبر الشريكان على هذه القسمة في منقولات متحدة القيمة، مختلفة الصفة، كثياب من نوع واحد، كما يجبران عليها في نحو دكاكين صغيرة متلاصقة، متماثلة الأعيان أو الذوات، للحاجة إلى القسمة، بخلاف نحو الدكاكين الكبيرة، أو الصغيرة غير المتلاصقة لشدة اختلاف الأغراض، أو المقاصد باختلاف الحال والأبنية.

٣- قسمة الرد: وهي التي تحتاج إلى رد مال أجنبي عن ذات المقسوم، كأن يكون بأحد جانبي الأرض المشتركة بئر أو شجر مثلاً، لا يمكن قسمته، فيرد من يأخذه بالقسمة الناتجة عن القرعة قسط قيمة البئر أو الشجر. فلو كانت قيمة البئر أو الشجر ألفاً، وحصته النصف، رد الآخذ خمسمائة. ولا يجري فيها الإجماع.

ويعتبر النوع الأول إفراراً للحق، لا بيعاً، والنوعان الآخران بيعاً.

وبه يتبين أن القسمة عند الشافعية كغيرهم نوعان رئيسان: قسمة إجبار، وقسمة تراض.

وقال الحنابلة^(١): القسمة نوعان:

١- قسمة تراض: لا تجوز إلا برضا الشركاء كلهم: وهي التي فيها ضرر، ورد عوض من أحدهما على الآخر، كالدور الصغار، والحمام والطاحون الصغيرين،

(١) كشاف القناع: ٣٦٤/٦، ٣٦٩.

والدكاكين اللطاف الضيقة . ولا إجبار فيها ، فإن طلب أحد الشريكين قسمة بعضها في مقابلة بعض ، لم يجبر الآخر ؛ لأن كل عين منها تختص باسم وصورة . وهي تشبه قسمة الرد عند الشافعية ، بدليل أن الحنابلة قالوا : كل ما لا يمكن قسمة بالأجزاء ، أو التعديل ، لا يقسم بغير رضا الشركاء كلهم . وحكم قسمة التراضي كالبيع ، أي كما قال الشافعية ؛ لأن صاحب الزائد بذل المال عوضاً عما حصل له من حق شريكه ، وهذا هو البيع ، والبيع محصور فيما يقابل الرد (أي العوض الذي رد من أحدهما على الآخر) وإفراز في الباقي ، كما بينا في صفة القسمة .

وإذا كانت هذه القسمة بيعاً ، فلا يجوز فيها ما لا يجوز في البيع ، ولا يجبر عليها الممتنع منها ، لحديث ابن عباس مرفوعاً : « لا ضرر ولا ضرار »^(١) .

٢- وقسمة الإجبار : ما لا ضرر فيها على الشريكين ، ولا على أحدهما ، ولا رد عوض ، كأرض واسعة وقريبة ، وبستان ودار كبيرة ، ودكان واسع ونحوها ، سواء أكانت متساوية الأجزاء أم لا .

وتحدث إن أمكن قسمتها بتعديل السهام من غير شيء يجعل معها ، فإن لم يمكن تعديل السهام إلا بجعل شيء معها ، فلا إجبار ، لأنه معاوضة ، فلا يجبر عليها من امتنع منها ، كسائر المعاوضات .

ومن أمثلتها : قسمة مكييل أو موزون من جنس واحد ، كدهن من زيت وسيرج وغيرهما ، ولبن ودبس وخل وتمر وعنب ونحوها ، وسائر الحبوب والثمار المكييلة . وإذا طلب أحد الشركاء القسمة في المذكورات وأبى الشريك الآخر ، أجب الممتنع ، ولو كان ولياً على صاحب الحصة ؛ لأنه يتضمن إزالة الضرر الحاصل بالشركة ، وحصول النفع للشريكين ، فيمكنها التصرف بالحصص ، أو الاستثمار بأي طريق يختاره الشريك .

(١) رواه أحمد وابن ماجه والدارقطني ، قال النووي : حديث حسن ، وله طرق يقوي بعضها بعضا .

المبحث الثالث - شروط القسمة :

فيه مطلبان : الأول - في شروط قسمة التراضي ، والثاني - في شروط قسمة الإيجابار .

المطلب الأول - شروط قسمة التراضي :

اشترط الحنفية شروطاً في قسمة التراضي هي ما يأتي ^(١) :

١ - أهلية المتقاسمين : وهي العقل فقط ، فلا يجوز قسمة المجنون والصبي الذي لا يعقل (غير المميز) ؛ لأن القسمة عقد متردد بين الضرر والنفع وفيها معنى البيع ، فيشترط فيها ما يشترط في البيع .

ولا يشترط البلوغ عند الحنفية ، فتجوز قسمة الصبي العاقل (المميز) بإذن وليه ، كما لا يشترط الإسلام والذكورة والحرية لجواز القسمة ، فتجوز قسمة الذمي والمرأة والعبد المكاتب والمأذون ، لجواز البيع منهم .

٢ - الملك أو الولاية : فلا تجوز القسمة بدونها .

أما الملك : فهو أن يكون القاسم مالاً عين ما يقسمه وقت القسمة ، فيقسمه الشركاء بالتراضي ، فإن لم يكن المقسوم مملوكاً للقاسم ، لا تجوز القسمة ؛ لأن القسمة إفراز بعض الأنصاء ، ومبادلة البعض ، وكل ذلك لا يصح إلا في الشيء المملوك ^(٢) . وبناء عليه : لا تصح عند الحنفية قسمة الديون المشتركة قبل القبض ؛ لأنها لا تملك إلا بالقبض ؛ لأن الدين في حكم المعدوم ، ووجوده اعتباري ، والمقسوم يشترط فيه كونه عيناً . ويترتب عليه أيضاً أن قسمة الفضولي موقوفة على الإجازة قولاً أو فعلاً .

(١) البدائع : ١٨٧ ، ١٩ ، ٢٢ .

(٢) البدائع : ٢٤٧ ، م (١١٢٣ ، ١١٢٥ ، ١١٢٦) مجلة .

وأما الولاية : فهي ولاية القرابة المالية ، بأن يكون القاسم ذا ولاية مالية على الصغير والمجنون والمعته ، وهو الأب ووصيه ، والجد ووصيه . والقاعدة في هذه الولاية : أن كل من له ولاية البيع ، فله ولاية القسمة ، ومن لا فلا ، ولهؤلاء ولاية البيع ، فلهم ولاية القسمة .

وأما وصي الأم ، ووصي الأخ والعم ، فيقسم المنقول ، دون العقار ؛ لأن له ولاية بيع المنقول ، دون العقار .

ولا يقسم وصي الميت على الموصى له ، لانعدام ولايته عليه ، وكذا لا يقسم الورثة عليه ، لانعدام ولايتهم عليه ؛ لأن الموصى له كواحد من الورثة . وكذا لا يقسم بعض الورثة على بعض ، لانعدام الولاية فيما بينهم .

٣- حضور الشركاء أو نوابهم : فلا تصح القسمة على غائب ، وتنقض القسمة ، لو اقتسم الشركاء ، وأحدهم غائب . هذا في قسمة التراضي . أما في قسمة القاضي ، فتنفذ القسمة ولا تنقض .

٤- رضا الشركاء فيما يقسمونه بأنفسهم : إذا كانوا من أهل الرضا أو رضا من يقوم مقامهم . فإن لم يوجد الرضا لا تصح القسمة ، فلو كان في الورثة صغير لا وصي له ، أو كبير غائب ، فاقسموا فالقسمة باطلة ؛ لأن القسمة فيها معنى البيع ، كما بينا ، وقسمة الرضا - عند الحنفية - أشبه بالبيع ، وكما لا يصح البيع إلا بالتراضي ، لا تصح القسمة إلا به .

وإذا لم يكن شريك من أهل الرضا ، كالصبي والمجنون ، قام وليه أو وصيه مقامه . وإذا لم يكن للصغير ونحوه ولي ولا وصي ، كان موقوفاً على أمر الحاكم ، فينصب وصي من طرف الحاكم ليقسم بمعرفته^(١) .

(١) الدر المختار : ١٨٠/٥ ، م (١١٢٨) مجلة .

وكذلك قال الشافعية^(١) : يشترط في قسمة التراضي بأنواعها من رد وغيره رضا الشركاء حتى بعد خروج القرعة ، ولو ثبت بحجة غلط أو حيف في قسمة الإجماع أو قسمة التراضي التي تكون بالإفراز، تقضت القسمة بنوعها ، فإن كانت بالتعديل أو بالرد ، لم تنقض ، لأنها بيع .

المطلب الثاني - شروط قسمة الإجماع أو التراضي :

يشترط لقسمة القضاء أو القسمة الجبرية ما يأتي :

الشرط الأول - طلب أحد الشركاء أو كلهم من القاضي قسمة المشترك :
فلا تجوز القسمة من غير طلب أصلاً ؛ لأنها تصرف في ملك الآخرين ، وهو أمر محظور شرعاً^(٢) . وإذا طلب شريك وأبي الآخر ، يقسم الشيء المشترك جبراً بين الشركاء إذا كان قابلاً للقسمة^(٣) دفعاً للضرر ، كالتملك بالشفعة دفعاً للضرر الشفيع .

فإن لم يكن قابلاً للقسمة ، تناوب الشركاء في الانتفاع بطريق المهياة .

والخلاصة : أنه تجب القسمة عند الطلب ، إلا إذا كان الطالب قاصداً للضرر ، فلا تجب ، كما سنبين في الشرط الثاني .

الشرط الثاني - ألا يترتب على القسمة ضرر : وهذا في قسمة التفريق ، لأنه إذا كان في القسمة ضرر لم تتحقق المنفعة المطلوبة من المال .

ويتضح هذا الشرط في معرفة طبيعة المال ، والمال في هذا الشأن نوعان^(٤) :

-
- (١) مجيبي الخطيب ٣٤٤/٤ .
 - (٢) الدر المختار : ١٧٩/٥ ، البدائع : ١٨/٧ ، ٢٢ ، ٢٨ ، م (١١٢٩ ، ١١٣٠) مجلة .
 - (٣) قابل القسمة : هو المال المشترك الصالح للتقسيم ، بحيث لا تفوت المنفعة المقصودة من ذلك المال بالقسمة (م ١١٢١) مجلة .
 - (٤) البدائع : ١٩٧ - ٢١ ، تبين الحقائق : ٢٦٨/٥ وما بعدها .

أ- إن كان المال مما لا ضرر في تبغيضه أو تجزئته ، بل فيه منفعة للشريكين ، كالمكيل والموزون والعددي المتقارب ، فتجوز قسمة التفريق قسمة جبر ، ويجبر القاضي من أبي من الشركاء على قبولها تحقيقاً لمصلحة الطرفين .

ب- وإن كان في القسمة ضرر : فإن أضرت بكل واحد من الشريكين لم تجز قسمة الجبر في المال المشترك كاللؤلؤ والياقوت والثوب الواحد والسرّج والقوس والمصحف الكريم ، والحية والحائط ، والحمام والبيت ، أو الحانوت الصغير ، والفرس والجمل والشاة والبقرة ؛ لأن الضرر يلحق بالشريكين معاً ، والقاضي لا يملك الجبر على الإضرار .

وأما إن أضرت القسمة بأحد الشريكين دون الآخر ، كالأرض المشتركة بين شريكين ولأحدهما حصة قليلة ، وللآخر الأكثر ، فتجب القسمة إن طلبها صاحب الأكثر ، إزالة للشروع ومنعاً من الضرر ، فهو ينتفع بنصيبه ، فيجاب طلبه ؛ لأن الحق لا يبطل بتضرر الغير . وإن طلبها صاحب الحصة القليلة : ففيه رأيان :

رأي الحاكم الشهيد في مختصره الكافي : إنه يقسم المال المشترك ، إذا لا ضرر على صاحب الكثير ، بل له فيه منفعة ، وصاحب القليل قد رضي بالضرر ، حيث طلب القسمة ، فيجبر على القسمة .

ورأي القدوري في الكتاب : لا يقسم ؛ لأن صاحب القليل متعنت في طلب القسمة ، لكون القسمة ضرراً محضاً في حقه ، فلا يعتبر طلبه ، وقسمة الجبر لم تشرع بدون الطلب . وهذا هو الأصح .

وإن كانت حصة كل من الشريكين قليلة ، لم يقسم القاضي بينهما ، إلا بتراضيهما ؛ لأن الجبر على القسمة لتكميل المنفعة ، وفي هذا تفويتها ، وإنما تجوز القسمة بتراضيهما ؛ لأن الحق لهما وهما أعرف بشأنهما^(١) .

(١) الكتاب مع اللباب : ٩٤/٤ وما بعدها ، البدائع : ٢٨٧ .

ومذهب الشافعية في قسمة الضرر والجبر قريب من مذهب الحنفية ، قالوا^(١) إن ما عظم ضرر قسمته : إن بطل نفعه الحالي المقصود منه بالكلية كجوهرة وثوب نفيسين ، منعهم الحاكم منها ، وانتفعوا به مهاياًة .

وإن لم يبطل نفعه بالكلية ، كأن نقص نفعه كسيف يكسر ، أو بطل نفعه المقصود ، كحمام وطاحونة صغيرين ، لم يمنعهم ولم يجبههم إلى القسمة ، لما فيه من إضاعة المال .

ولو كان هناك مال مشترك بين اثنين ، لأحدهما حصة قليلة ، كعشر دار أو حمام ، أو أرض ، وللآخر الأكثر وهو الباقي ، أجزر صاحب الأقل على القسمة ، بطلب الآخر لآعكسه .

وكذلك قال الحنابلة^(٢) : يجبر الحاكم على القسمة إذا كان المال قابلاً للقسمة ، وأمكن انتفاع الشريكين به مقسوماً : أي إنه يشترط لصحة القسمة عندهم ألا يكون فيها ضرر ، فإن كان فيها ضرر ، لم يجبر الممتنع لقول النبي ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار » .

والضرر المانع من القسمة عند الشافعي وأحمد : هو أن تنقص قيمة نصيب كل شريك بالقسمة عن حال الشركة ، سواء انتفعوا به مقسوماً أم لم ينتفعوا ؛ لأن نقص قيمته ضرر ، والضرر منفي شرعاً .

وقال المالكية^(٣) : إن كان الشيء المشترك مما يحتمل القسمة بلا ضرر كالأرضين وغيرها ، أجزر على القسمة من أبأها ، وإما إذا كان المال المشترك غير قابل للقسمة

(١) يجبرمي الخطيب : ٣٤٠/٤ وما بعدها .

(٢) المغني : ١١٥/٥ وما بعدها .

(٣) الشرح الصغير : ٦٧٨/٢ وما بعدها ، القوانين الفقهية : ص ٢٨٥ .

كحانوت وبيت صغير وسيف، فبياع ويوزع ثمنه بين الشريكين بحسب الحصة، ويجبر على البيع من أباه من الشركاء، بشروط أربعة وهي:

١- أن تنقص حصة مريد البيع لو باعها مفردة عن حصة شريكه، فإن لم تنقص لو بيعت مفردة لم يجبر له الأبى عن البيع، لعدم الضرر، كما لا يجبر فيما يقبل القسمة، أي في المال المثلي.

٢- ألا يلتزم رافض البيع لشريكه بتحمل فرق النقصان.

٣- ألا يملك مريد البيع حصته مفردة: فإن ملكها مفردة، وأراد بيعها، وأبى صاحبه من البيع معه، لم يجبر على البيع معه، وعلى هذا فإن تملك الشريكان المال المشترك معاً يارث أو شراء أو غيرها، جاز إجبار الممتنع على البيع.

٤- ألا يكون المال المشترك متخذاً للاستغلال أي الكراء، أو مشترياً للتجارة فإن كان متخذاً للغلة، أو اشتروه للانتفاع في غير غلة ولو للتجارة على المعتمد، لم يجبر الأبى على البيع، مع من أراد البيع.

الشرط الثالث- أن تكون القسمة عادلة، غير جائرة، لأن القسمة إفراز بعض الأنصاء، ومبادلة البعض بالبعض، ومبنى المبادلات على المراضاة، فإذا وقعت جائرة لم يوجد التراضي، ولا إفراز النصيب على نحو كامل، لبقاء الشركة في جزء ما، فتعاد^(١).

وبناء عليه لو ظهر في القسمة غلط أو غبن فاحش، بطلت القسمة.

الشرط الرابع- أن يكون المال المشترك في قسمة الجمع^(٢) من جنس واحد، كالمثلي من حنطة أو قطن أو جوز. فإن كان من أجناس مختلفة كالحنطة

(١) البدائع: ٢٦٧، م (١١٢٧) مجلة.

(٢) قسمة الجمع كما بينا: هي أن يجمع نصيب كل واحد من الشريكين في عين على حدة.

والشعير، والقطن والحديد، والجوز واللوز، واللائي واليوأقيت، وأنواع الحيوان كالخيل مع الإبل، لم تجز القسمة؛ لأن قسمة الجمع عند اتحاد الجنس تقع وسيلة إلى تحقيق المقصود منها، وهو تكميل منافع الملك. وعند اختلاف الجنس تقع تفويتاً للمنفعة، لا تكميلاً لها.

وكذا الدور والأراضي والكروم لا تقسم قسمة جمع عند أبي حنيفة للفتاوت الفاحش بين دار ودار وأرض وأرض، بسبب اختلاف الدور والأراضي في بنائها وموقعها، فتعتبر في حكم جنسين مختلفين؛ لأن المعتبر والمقصود في الدور والأراضي هو المعنى، فتقسم قسمة تفريق^(١) عنده:

وقال صاحبان: تقسم الدور ونحوها قسمة جمع، لأنها من جنس واحد من حيث الصورة وأصل السكنى، وإن كانت أجناساً متعددة من حيث اختلاف المقاصد، ويمكن تعديل الفتاوت فيها بالقيمة، وينظر القاضي في الأمر بما يحقق المصلحة.

واتفق أئمة الحنفية على أنه يقسم البيتان قسمة جمع، سواء أكانا متصلين أم منفصلين^(٢).

هذا ما يقوله متقدمو الحنفية، وأما في زماننا فإن المنازل والبيوت كالدور تتفاوت تفاوتاً فاحشاً، فلا تقسم قسمة جمع، وإنما تقسم قسمة تفريق.

المبحث الرابع - كيفية القسمة :

أبان الحنفية كيفية القسمة واجراءاتها التي يتبعها القاسم على النحو التالي^(٣). وهو في تقديري مجرد اجتهاد يتغير بحسب العصور.

(١) قسمة التفريق: أن يقسم كل فرد من أفراد المال المشترك على حدة، ويعين نصيب المتقاسمين فيه.

(٢) البدائع: ٢١٧/ وما بعدها، تبين الحقائق: ٢٧٠/٥، م (١١٢٢ - ١١٤٢) من المجلة.

(٣) تكلية الفتح: ١٤/٨ وما بعدها، تبين الحقائق: ٢٧٠/٥، اللباب شرح الكتاب: ١٠٠/٤ وما بعدها،

م (١١٥١) مجلة. وانظر تلك الاجراءات في المذاهب الأخرى في المهذب: ٣٠٨/٢ وما بعدها، المغني: ١٢٣/٩، الشرح الصغير: ٦٧٥/٣ وما بعدها.

١- مسح القاسم الأرض ، لحفظ الخريطة ، ورفعها للقاضي ، ويقوم البناء ليعرف كل شريك قيمة نصيبه .

٢- يفرز كل نصيب عن غيره مع ارتفاعاته من طريق ونحوه على حدة ، ليتحقق معنى التمييز والإفراز تمام التحقق ، ويمنع تعلق نصيب كل شريك بنصيب الآخر .

٣- تحدد الأنصاء بالأرقام المتوالية ، ويطلق على كل نصيب اسم « السهم » .

٤- تسجل أسماء المتقاسمين في أوراق متساوية مستقلة ، وتوضع في وعاء أو نحوه ، ثم يقرع بينهم على سبيل الندب والاستحسان ، تطيباً للقلوب ، وبعداً عن تهمة الميل والتحيز لأحد الشركاء ، فمن خرج اسمه أولاً ، فله السهم الملقب بالأول ، ويعطى من خرج اسمه ثانياً السهم الثاني ، وهكذا ... إذا اتحدت مقادير السهام .

فلو اختلفت السهام - بأن كانت بين ثلاثة مثلاً ، لأحدهم عشرة أسهم ، ولآخر خمسة أسهم ، ولآخر سهم - جعلها القاسم ستة عشر سهماً ، وكتب أسماء الثلاثة ، فإن خرج أولاً اسم صاحب العشرة ، أعطاه السهم الأول ، وتسعة متصلة به ، لتكون سهامه متصلة مع بعضها ، وهكذا حتى يتم التوزيع .

والقرعة مندوبة عند الحنفية ، فلو عين القاسم لكل شريك نصيبه ، من غير اقتراع ، جاز ؛ لأن عمله في معنى القضاء ، فيملك إلزام كل شريك بنصيبه .

٥- آلة القسمة : نصت المادة (١١٤٧) مجلة على ذلك ، فقالت : المال المشترك : إن كان من المكيلات ، فبالكيل ، أو من الموزونات فبالوزن ، أو من العدديات فبالعدد ، أو من الذرعات فبالذراع يصير تقسيمه . ونصت المادة (١١٤٨) مجلة على أنه : حيث كانت العرصة والأراضي من الذرعات ، فتقسم بالذرع ، أما ما عليها من الأشجار والأبنية ، فيقسم بتقدير القيمة .

تعديل القسمة بالنقود :

أجاز الشافعية والحنابلة كما بينا تعديل القسمة بالقيمة والنقود في غير الأموال المثلية ، مما لا يقبل الإفراز ، كأرض تختلف قيمة أجزائها^(١) .

أما الحنفية فلم يميزوا في قسمة التقاضي قسمة تفريق إدخال النقود (الدراهم والدنانير) في القسمة ، إلا بتراضي الشركاء فيما بينهم ؛ لأن القسمة تجري في المشترك والمشترك بينهما العقار ، لا النقود ، فلو كان بين اثنين دار ، وأرادا قسمتها ، وكان في أحد الجانبين فضل بناء ، فأراد أحدهما أن يكون عوض البناء دراهم ، وأراد الآخر أن يكون عوضه عن الأرض ، فإنه يجعل عوضه من الأرض ، ولا يكلف الذي وقع البناء في نصيبه أن يرد دراهم بدلاً عن الزيادة ، إلا بالتراضي ، لما في القسمة من معنى المبادلة ، فيجوز دخول الدراهم فيها بالتراضي دون جبر القاضي ، إلا إذا تعذر ، فحينئذ للقاضي التعديل بالدراهم ، للضرورة^(٢) .

نماذج من القسمة : أبان الفقهاء أهم حالات القسمة ، وهي كيفية قسمة الدور ، والأرض والبناء ، والدار والضيعة (الأرض العرصة غير المبنية) ، والدار والحانوت والسفل والعلو ، والطريق .

المطلب الأول - قسمة الدور :

اتفق الحنفية^(٣) : على أنه إذا كانت الدور المشتركة في بلدين ، فلا تجتمع في القسمة ، وتقسم دار كل بلد على حدة .

أما إذا كانت الدور المشتركة في بلد واحد ، فتقسم أيضاً عند أبي حنيفة كل دار

(١) بيجرمي الخطيب : ٣٤٢/٤ ، كشاف القناع : ٢٧٣/٦ .

(٢) تكملة الفتح : ١٥/٨ ، تبين الحقائق : ٢٧١/٥ ، اللباب : ١٠١/٤ ، البدائع : ١٩/٧ ، م (١١٤٩) مجلة .

(٣) تكملة الفتح : ١٣/٨ ، تبين الحقائق : ٢٧٠/٥ ، البدائع : ٢٢/٧ ، اللباب : ٩٨/٤ وما بعدها ، الدر المختار ورد

المختار : ١٨٤/٥ .

على حدتها؛ لأن الدور أجناس مختلفة، لاختلاف المقاصد باختلاف الحال (المواقع) والجيران، والقرب من المسجد والماء والسوق مثلاً، فلا يمكن التعديل في القسمة وإنما تقسم قسمة تفريق، ولا يضم بعض الأنصبه إلى بعض، إلا إذا تراضوا. وهذا هو الصحيح عند الحنفية.

وقال صاحبان: الرأي في هذه القسمة (وهي قسمة التقاضي) إلى القاضي، يفعل ما يراه الأصلح، فإن وجد الأصلح للشركاء في قسمة جمع، بأن يجمع حصة كل شريك في دار، فعل، وإن وجد الأصلح في قسمة التفريق بأن يقسم كل دار على حدة، فعل؛ لأن الدور- في رأيها- من جنس واحد من حيث الاسم والصورة، وأصل السكن، فيفوض الأمر إلى القاضي لاختيار الأصلح من القسمة: إما قسمة الجمع أو قسمة التفريق.

وهذا الخلاف بين الإمام وصاحبيه جارٍ في قسمة الدار الواحدة. فعند الإمام: لا تقسم قسمة جمع إلا بالتراضي. وعند صاحبين: يفوض الأمر إلى القاضي، ليحقق المصلحة والعدل في اختيار نوع القسمة.

وأما البيوت (الغرف) فتقسم باتفاق الحنفية قسمة جمع، سواء أكانت متباينة أم متلاصقة، لتقاربها في معنى السكنى^(١).

(١) يتلخص مذهب الحنفية فيما يلي: قال في الدرر: وهنا أمور ثلاثة: الدور، والبيوت، والمنازل، فالدور متلازمة كانت أو متفرقة: لا تقسم قسمة واحدة إلا بالتراضي. والبيوت تقسم مطلقاً لتقاربها في معنى السكنى، والمنازل: إن كانت مجتمعة في دار واحدة، متلاصقة بعضها ببعض، قسمت قسمة واحدة، أي قسمة جمع، وإلا فلا، لأن المنزل أصغر من الدار، وأكبر من البيت، ففيه بيتان أو ثلاثة، والبيت مسقف واحد له دهليز، فألحقت المنازل بالبيوت إذا كانت متلاصقة، وبالدور إذا كانت متباينة. وقال صاحبان في كل ما ذكر: ينظر القاضي إلى عدل الوجوه، ويمضي على ذلك. هذا رأي متقدمي الحنفية. وقال متأخرو الحنفية: لعل هذا في زمانهم، وإلا فالمنازل والبيوت، ولو من دار واحدة تتفاوت تفاوتاً فاحشاً في زماننا (رد المحتار: ١٨٤/٥، اللباب: ٩٩/٤).

والشافعية يرون أن الدار المختلفة الأبنية تقسم قسمة تعديل بالقيمة ، لاختلاف الأغراض باختلاف المحال والأبنية^(١) .

وكذلك قال المالكية : تقسم الدور بالتراضي ، أو بالسهم على أن تعدل بالقيمة^(٢) .

ولا تقسم الحمام والبئر والرحى والحائط المشترك إلا بتراضي الشركاء ، باتفاق الحنفية منعاً للضرر بكل شريك .

المطلب الثاني - الأرض والبناء :

إذا كان المال المشترك أرضاً عليها بناء ، ففي كيفية قسمتها أقوال ثلاثة عند الحنفية^(٣) .

١ - قال أبو حنيفة : تقسم الأرض بالمساحة ، لأنه هو الأصل في المسوحات ، ثم يرده من وقع البناء في نصيبه ، أو من كان نصيبه أجود ، دراهم ، على الآخر ، حتى يساويه ، فتدخل الدراهم في القسمة ضرورة ؛ لأن قسمة التقاضي جبراً لا يدخل فيها النقود في أصل مذهب الحنفية ، وهنا دخلت للضرورة ، كما في ولاية الأخ على أخيه الصغير ، ليست له عليه ولاية مالية ، ولكن إذا زوجه ، ملك تسمية الصداق ، لضرورة التزويج . وهذا الرأي يتفق مع قسمة الرد عند الشافعية .

٢ - وقال أبو يوسف : تقسم الأرض والبناء ، باعتبار القيمة ، لأنه لا يمكن اعتبار المعادلة إلا بالتقويم . وهذا يتفق مع رأي الشافعية في قسمة التعديل .

٣ - وقال محمد : يرد الشريك على شريكه بمقابلة البناء ما يساويه من العرصه

(١) مجرمي الخطيب : ٢٤٤/٤ .

(٢) بداية المجتهد : ٢٦٢/٢ .

(٣) تكله الفتح : ١٥/٨ .

(الأرض)^(١) وإذا بقي فضل ، ولم يمكن تحقيق التسوية ، بأن كانت العرصة لاتفي بقيمة البناء ، فيرد على شريكه دراهم بمقدار الفضل (الزيادة) ؛ لأن الضرورة تقدر بقدرها ، وهي هنا في هذا المقدار ، فلا يترك الأصل (وهو التقسيم باعتبار المساحة) إلا بمقدار الضرورة الحاصلة .

المطلب الثالث - الدار والضيعة ، والدار والحانوت :

الضيعة : أرض غير مبنية ، والحانوت : الدكان .

قال الحنفية : إذا كان المال المشترك داراً مع ضيعة ، أو داراً مع حانوت ، قسم القاضي كلاً منها على حدة ، قسمة تفريق ، لا قسمة جمع ؛ لأنها أجناس مختلفة ، أو في حكم الأجناس المختلفة . ومثل الدور : الأقرحة جمع قراح : وهي قطعة من الأرض على حياها ، لاشجر فيها ولا بناء ، أي إنها أرض مخلاة للزرع وليس عليها بناء .

وتقسم الأرض (العرصة) بالذراع ونحوه ، وتقسم الدار بالقيمة^(٢) .

المطلب الرابع - السُّفْلُ والعُلُو :

إذا كان الذي يراد قسمته ، بعضه سفلى ليس فوقه علو ، أو فوقه علو للغير ، وبعضه علو لاسفل له ، بأن كان السفلى للغير ، وبعضه سفلى له علو ، وكل ذلك في دار واحدة ، أو في دارين ، قوّم كل واحد من السفلى والعلو على حدته ، وقسم بواسطة القاضي بالقيمة ، ولا يعتبر غير ذلك ؛ لأن كلاً منها يصلح لما لا يصلح له الآخر ، فصاراً بمثابة جنسين مختلفين ، وهذا يقتضي القسمة بالقيمة ، ليتحقق التعديل .

(١) العرصة : يسكون الرء : كل بقعة بين الدور واسعة ليس فيها بناء ، أو ساحة الدار ، والجمع عَرَصات .

(٢) تكلمة الفتح : ١٣/٨ ، تبين الحقائق : ٢٧٠/٥ ، الدر المختار ورد المختار : ١٨٤/٥ ، اللباب : ٩٩/٤ ،

البدائع : ٢٢/٧ ، م (١١٤٨) مجلة .

وهذا رأي محمد ، وهو الذي اختاره المشايخ ، وعليه الفتوى .

وقال الشيخان (أبو حنيفة وأبو يوسف) : يقسم ذلك بالذرع ؛ لأن السفلى والعلو من المذروغات . ثم اختلفا في كيفية تلك القسمة ، فقال أبو حنيفة : ذراع من السفلى بذراعين من العلو . وقال أبو يوسف : ذراع بذراع . ثم قيل : كل منهما على عادة أهل عصره ^(١) .

وقال الحنابلة ^(٢) : إن كان بين الشريكين دار لها علو وسفل ، فطلب أحدهما قسمها ، لأحدهما العلو وللآخر السفلى ، فلا إجبار . أو طلب أحد الشريكين قسمة السفلى دون العلو أو عكسه ، فلا إجبار أيضاً ؛ لأن كل واحد منهما مسكن منفرد ، ولأن أحدهما قد يتضرر بالقسمة .

ولو طلب أحدهما قسمة كل من العلو والسفل على حدة ، فلا إجبار أيضاً ، لما فيه من الضرر .

ولو طلب أحدهما قسمة العلو والسفل معاً ، ولا ضرر ، ولا رد عوض ، وجب قبول القسمة ، وأجبر الممتنع ، وعدل بالقيمة ؛ لأنه أحوط ؛ أي كما هو المفتى به عند الحنفية .

ولا يجعل ذراع سفلى بذراعي علو ، ولا عكسه ، ولا ذراع بذراع ، إلا أن يتراض الشريكان على القسمة .

المطلب الخامس - قسمة الطريق :

قد تثار عدة مشكلات في شأن قسمة الطريق منها :

(١) تكملة الفتح : ١٧/٨ ، تبين الحقائق : ٢٧٢/٥ ، اللباب : ١٠٢/٤ ، الدر المختار : ١٨٥/٥ .

(٢) كشف القناع : ٢٦٧/٦ .

أولاً- مصير الطريق ونحوه من الارتفاقات :

لوقسم القسام الدار المشتركة بين الشريكين ، ولأحدهما مسيل ماء في ملك الآخر ، أو طريق أو نحوه ، ولم يتفق على الارتفاق في القسمة^(١) :

أ- فإن أمكن صرف الطريق والمسيل عن نصيب شريكه أي الاستغناء عنه بوسيلة أخرى ، وجب التحويل والصرف ، فليس له بعدئذ أن يستطرق ، ويسيل في نصيب الشريك الآخر ، لأنه أمكن تحقيق القسمة من غير ضرر .

ب- وإن لم يمكن الصرف فسخت القسمة ؛ لأنها مختلفة ، لبقاء الاختلاط بين الحصص ، فتستأنف القسمة .

ثانياً- اختلاف الشركاء في إلغاء الطريق :

لو اختلف الشركاء حول إلغاء الطريق بينهم في القسمة ، نظر الحاكم في أمره .

أ- فإن كان يستقيم أن يفتح كل واحد منهم طريقاً في نصيبه ، قسم الحاكم بينهم من غير طريق مشترك بينهما ، ويلغى الطريق ، تكميلاً للمنفعة ، وتحقيقاً للإفراز من كل وجه .

ب- وإن كان لا يستقيم الفتح ، شق طريقاً مشتركاً بينهم ، ليتحقق تكميل المنفعة فيما وراء الطريق^(٢) .

ثالثاً- اختلاف الشركاء في مقدار الطريق :

إذا اختلف الشركاء في مقدار عرض الطريق :

أ- ففي طريق الدار: يجعل عرض الطريق ، بمقدار عرض باب الدار

(١) تبين الحقائق : ٢٧١/٥ وما بعدها ، تكللة الفتح : ١٥/٨ وما بعدها ، اللباب : ١٠٢/٤ ، الدر المختار : ١٨٥/٥ ،

م (١١٤٣ - ١١٤٤ - ١١٦٧) مجلة .

(٢) تكللة الفتح : ١٦/٨ ، تبين الحقائق : ٢٧٢/٥ .

وارتفاعه ، حتى يتمكن كل واحد منهم من إخراج جناح أو إقامة شُرْفة في نصيبه ، إن كان فوق الباب ، لا فيما دونه ؛ لأن في ذلك القدر كفاية في الدخول ، وفي السلوك ، أي المرور .

ب- وفي الطريق إلى الأرض : يترك بقدر ما يمر فيه حيوان ، لتحقيق الكفاية به في المرور^(١) .

رابعاً- تبعية الطريق للحصص :

الحق في الطريق بمقدار سهام المقتسمين ، كما كان عليه الحال قبل القسمة ؛ لأن القسمة تمت في غير الطريق ، فبقي الطريق مشتركاً كما كان قبل القسمة^(٢) .

خامساً- التفاوت في مقدار حصة الطريق :

يجوز الاتفاق بين الشركاء على أن تتفاوت حصص الشركاء في الطريق ، وإن كانت سهامهم في الدار أو في الأرض متساوية ، كأن تكون النسبة في الطريق أثلاثاً ، وفي الدار ونحوها متناصفة ؛ لأن القسمة مع التفاوت أو التفاضل جائزة بالتراضي ، في غير الأموال الربوية^(٣) .

المبحث الخامس - القاسم

تعيينه ، وشروطه ، وأجرته ، وتعدد القسام .

أولاً- تعيين القاسم : القاسم : هو الذي يمارس القسمة . وقد يتولى الشركاء أنفسهم بالتراضي إجراء القسمة إلا إذا كان فيهم صغير فيحتاج إلى أمر القاضي ، لأنه لا ولاية لهم عليه ، وقد يعينون وكيلاً عنهم ، وهو الغالب ، وقد يعينه القاضي .

(١) المرجعان السابقان ، الدر المختار : ١٨٥/٥ ، البدائع : ٢٩٧ .

(٢) المرجع السابقة .

(٣) المرجع السابقة .

ويندب للإمام أو للقاضي تعيين قاسم دائم، يُرزق من بيت المال، ليقسم بلا أخذ أجر، وهو أحب وأولى؛ لأنه أرفق بالناس وأبعد عن التهمة، ولأن القسمة من جنس عمل القضاء، لأن به يتم فصل الخصومة وقطع المنازعة، ونفعه يعم الناس، فتكون كفايته في ما لهم، غرماً بالغنم.

فإن لم يعين قاسم دائم، عين القاضي قاسماً يقسم بأجر المثل على حساب المتقاسمين؛ لأن النفع عائد لهم على الخصوص، وبقدر أجر مثله، كيلا يتحكم بطلب الزيادة عن المثل، كما أنه لا يجبر القاضي الناس على قاسم واحد، لأنه لو تعين لتحكم أيضاً بالزيادة على أجر مثله. ولا يترك القاضي القسام يشتركون (تكوين شركة مثلاً) كيلا يتواضعوا على مغالاة الأجر، فيتضرر الناس^(١)، فإن كونوا نقابة على النحو الحديث بإشراف الحاكم جاز؛ لأن الحاكم يوافق على نظام النقابة، ويمنع المغالاة.

ثانياً - شروط القاسم: اشترط الحنفية استحباباً وندباً في القاسم شروطاً هي ما يأتي^(٢):

١- أن يكون عدلاً أميناً عالماً بالقسمة، لأنه لو كان غير عدل، خائناً أو جاهلاً بأمور القسمة يخاف منه الجور في القسمة لا يجوز.

٢- أن يكون معيناً من القاضي، لأن قسمة غيره لا تنفذ على الصغير والغائب، ولأنه أجمع لشرائط الأمانة.

٣- المبالغة في تعديل الأنصاء، والتسوية بين السهام، بأقصى الإمكان لئلا يدخل القصور في سهم.

(١) تكملة الفتح : ٥/٨ ، الدر المختار : ١٧٩/٥ ، تبين الحقائق : ٢٦٥/٥ ، اللباب : ٩١/٤ وما بعدها .

(٢) المراجع السابقة ، البدائع : ١٩٧/٧ ، ٢٦ .

وينبغي ألا يدع القاسم حقاً بين شريكين غير مقسوم من الطريق والمسيل والشرب إلا إذا لم يمكن .

وينبغي ألا يضم القاسم نصيب بعض الشركاء إلى بعض ، إلا إذا رضوا بالضم ، لأنه يحتاج إلى القسمة ثانياً .

٤ - أن يقرع بين الشركاء بعد الفراغ من القسمة ، تطيباً للنفوس ولورود السنة بها^(١) ، ولأن القرعة أنفى للتهمة .

واشترط الشافعية والحنابلة في القاسم المعين من قبل القاضي سبعة شروط وهي^(٢) :

الإسلام ، والبلوغ ، والعقل ، والحرية ، والذكورة ، والعدالة ، وعلم المساحة والحساب ؛ لأن علمها آلة القسمة . وأضاف الشافعية اشتراط السمع والبصر والنطق والضبط ، إذ لا بد مما ذكر .

فإن كان القاسم كافراً أو فاسقاً أو جاهلاً بالقسمة ، لم تلزم القسمة إلا بتراضي الشركاء بها ، كما لو اقتسموا بأنفسهم .

هذا إذا كان القاسم معيناً من قبل القاضي ، فإن تراضى الشركاء بمن يقسم بينهم لم تشترط الشروط السابقة ، إلا التكليف ، لأنه وكيل عنهم .

ثالثاً - تعدد القسام :

يصح إجراء القسمة بقاسم واحد أو أكثر ، وقال المالكية : يكفي في قسمة القرعة قاسم واحد ؛ لأن مهمته الإخبار عن نتيجة الاقتراع ، كالكائف والطبيب والمفتي .

(١) روى أحمد والشيخان عن عائشة : « أن النبي ﷺ كان إذا أراد أن يخرج سفراً أقرع بين أزواجه ، فأيتهن خرج سهمها ، خرج بها معه » (نيل الأوطار : ٢١٧/٦) .

(٢) بجرمي الخطيب : ٢٣٨/٤ وما بعدها ، حاشية الباجوري : ٣٥١/٢ ، كشاف القناع : ٣٧٢/٦ ، المغني : ١٢٦/٩ .

ويكتفى بقاسم واحد عند المالكية والشافعية والحنابلة إن لم يكن في القسمة تقويم؛ لأنه في قسمة كالحاكم في حكمه .

فإن كان في القسمة تقويم: أي تقدير قيمة السلع المشتركة، فلا بد فيها من التعدد عند هؤلاء الفقهاء، فلا تجوز بأقل من اثنين؛ لأن التقويم شهادة بالقيمة، ولا بد في الشهادة من اثنين^(١).

رابعاً- أجره القاسم .

اتفق الفقهاء على أنه إذا كان القاسم معيناً من قبل القاضي، فأجره (أو رزقه) من بيت مال المسلمين، إذا كان فيه سعة، لأن القسمة من جنس عمل القضاء، ولأن منفغته تعم الناس كما بينا سابقاً.

وأما إن كان القاسم باختيار الشركاء في مقابل أجر، فالأجر على الشركاء .

ويتم توزيع الأجرة عند أبي حنيفة ومالك على الشركاء بحسب العدد، أو الرؤوس؛ لأن الأجرة في مقابل العمل، وهو تمييز الحصص، والتمييز عمل واحد؛ لأن تمييز القليل من الكثير هو بعينه تمييز الكثير من القليل، فيتعلق الحكم بأصل التمييز، وتعب القاسم في تمييز النصيب اليسير كتعبه في تمييز الكبير، وإذا لم يتفاوت العمل، لاتفوت الأجرة .

وقال الصحابان والشافعية والحنابلة: يتم توزيع الأجرة بقدر الحصص أو الأنصباء؛ لأن العمل في الكثير أكثر منه في القليل، ولأن الأجرة كالنفقة التي يحتاجها الملك، فتقدر بقدر الملك، ويؤيده أن أجرة الكيال والوزان بقدر الأنصباء

(١) الشرح الكبير: ٥٠٠/٣، الشرح الصغير: ٦٦٥/٣، بجزمي الخطيب: ٣٣٩/٤، كشاف القناع: ٣٢٢/٦ وما بعدها .

إجماعاً، وكذا سائر المؤن كأجرة الراعي والحمل والحفظ وغيرها^(١). وهذا في تقديري هو الأولى والأصح؛ لأنه أعدل وأرفق بالناس.

المبحث السادس - أحكام القسمة

للقسمة أحكام عامة، وأحكام خاصة في الإثبات.

المطلب الأول - أحكام القسمة العامة:

لقسمة الأعيان أحكام عامة، أهمها ما يأتي:

أولاً - لزوم القسمة:

القسمة من العقود اللازمة باتفاق الفقهاء^(٢)، لا يجوز نقضها، ولا الرجوع فيها إلا بالطوارئ كما سنبين في حكم نقض القسمة. ولكن لبعض المذاهب تفصيل في مبدأ اللزوم:

قال الحنفية^(٣): تلزم قسمة التراضي وقسمة التقاضي بعد تمامها، فلا يجوز الرجوع عنها إذا تمت.

أما قبل التام، ف كذلك تلزم قسمة التقاضي، فلو قسم القاضي المال المشترك بين قوم، فخرجت السهام كلها بالقرعة، لا يجوز لهم الرجوع، وكذا لا رجوع إذا لم تتم القسمة، كأن خرج بعض السهام دون بعض.

وأما قسمة التراضي: فيجوز للشركاء الرجوع عنها قبل تمامها؛ لأن قسمة

(١) البدائع: ١٩٧/٧، تكملة الفتح: ٥/٨، تبين الحقائق: ٢٦٥/٥، الدر المختار: ١٧٩/٥ وما بعدها، اللباب:

٩٢/٤، الشرح الكبير: ٥٠٠/٣، القوانين الفقهية: ص ٢٨٦، بيجرمي الخطيب: ٣٤٠/٤، كشاف الفناع: ٣٧٢/٦، المغني: ١٢٦/٩.

(٢) البدائع: ٢٨٧/٧، بداية المجتهد: ٢٦٧/٢، المهذب: ٣٠٩/٢، المغني: ١٢٥/٩، الشرح الصغير: ٦٧٦/٣، رد المختار: ١٨٤/٥، م (١١٥٧) مجلة.

(٣) البدائع، رد المختار، المكان السابق، م (١١٥٨) مجلة.

التراضي لا يتم إلا بعد خروج السهام كلها ، كما هو الشأن في كل عقد كالبيع مثلاً ، يجوز الرجوع عنه قبل تمامه .

إلا أنه إذا خرج جميع السهام إلا واحداً ، لم يجز الرجوع في قسمة التراضي ، لصيرورة السهم متعيناً لمن بقي من الشركاء أو لتعيين نصيب ذلك الواحد .

وأطلق المالكية القول باللزوم فقالوا : ولزم ما خرج بالقسمة ، فليس لأحدهم نقضها ، وكذا يلزم الشريك في قسمة التراضي ، فن أراد الفسخ لم يكن منه^(١) .

وقال الشافعية^(٢) : تلزم قسمة الإيجاب من غير تراضي ، ومن المعلوم أن قسمة الإفراز والتعديل فيها الإيجاب ، وأما قسمة التراضي قسمة رد دون غيرها ، فالأرجح عندهم أن لا بد من الرضا بها بعد خروج القرعة ، ولا يلزم حكم القاسم إلا برضا الشركاء ؛ لأنه لما اعتبر الرضا بالقسمة ابتداء ، اعتبر بعد خروج القرعة .

والحنابلة^(٣) قالوا : تلزم عندهم قسمة الإيجاب فهم كالشافعية ، وفي قسمة التراضي عندهم وجهان كالشافعية ، لكن الأرجح عندهم أنه إذا خرجت القرعة لزم القسمة ؛ لأن القاسم كالحاكم ، وقرعته كالحاكم ، لأنه مجتهد في تعديل السهام كاجتهاد الحاكم في طلب الحق ، فوجب أن تلزم قرعته .

ثانياً- ثبوت حق الخيار في القسمة :

قال الحنفية^(٤) : القسمة ثلاثة أنواع : قسمة لا يجبر الآبي ، كقسمة الأجناس المختلفة ، وقسمة يجبر الآبي ، في ذوات الأمثال كملكيات والموزونات ، وقسمة يجبر الآبي ، في غير المثليات المتحدة الجنس ، كالثياب من نوع واحد ، والبقر والغنم .

(١) الشرح الصغير ، المكان السابق .

(٢) بيجرمي الخطيب : ٢٤٤/٤ ، المهذب ، المكان السابق .

(٣) المغني ، المكان السابق ، كشاف القناع : ٣٧٢/٦ .

(٤) حاشية الشلبي على تبين الحقائق : ٢٦٥/٥ ، انظر البدائع : ٢٨٧ ، م (١١٥٣ - ١١٥٥) مجلة .

والخيارات ثلاثة : خيار شرط ، وخيار عيب ، وخيار رؤية .

١- ففي قسمة الأجناس المختلفة ، حيث لا يجبر الآبي بها : تثبت الخيارات كلها ؛ لأنها مبادلة من كل وجه ، فهي كالبيع .

٢- وفي قسمة ذوات الأمثال كملكيات والموزونات ، حيث يجبر الآبي عليها ، يثبت خيار العيب ، دفعاً للضرر والجور ، دون خيار الشرط والرؤية ، إذ لا فائدة في اثباتها ، لعدم الضرر .

٣- وفي قسمة القيميات ، غير المثليات ، كالثياب من نوع واحد ، وكالبقر والغنم ، حيث يجبر الآبي في متحد الجنس ، ولا يجبر في غير متحد الجنس ، كالغنم مع الإبل : يثبت خيار العيب دفعاً للضرر .

أما خيار الشرط والرؤية ، ففي ثبوتها روايتان ، والصحيح منهما والذي عليه الفتوى : أنه يثبت .

والخلاصة : تثبت هذه الخيارات الثلاثة في تقسيم الأجناس المختلفة ، وفي قسمة القيميات المتحدة الجنس أو المختلفة الجنس ، ويثبت خيار العيب دون خيار الشرط والرؤية في قسمة المثليات المتحدة الجنس .

وقال المالكية في الأرجح^(١) : يثبت خيار العيب في قسمة المراضاة : (بأن يتراضيا على أن كل واحد يأخذ شيئاً مما هو مشترك بينهم ، يرضى به بلا قرعة) لأنها كالبيع .

وقال الحنابلة^(٢) : إذا ظهر في نصيب أحد الشريكين عيب لم يعلمه قبل القسمة ،

(١) الشرح الصغير : ٦٦٢/٣ وما بعدها ، بداية المجتهد : ٢٦٧/٢ .

(٢) المغني : ١٢٨/٩ وما بعدها ، كشف القناع : ٣٧٦/٦ .

فله فسخ القسمة ، أو الرجوع بأرش العيب ؛ لأنه نقص في نصيبه ، فلكه كالمشترى .
واكتفى الشافعية بالنص على أن قسمة الإفراز تنقض في حال الحيف أو الغلط .
وأما قسمة الرد أو التعديل فهي بيع^(١) ، أي يثبت فيها خيار العيب .

ثالثاً- آثار القسمة :

يترتب على القسمة الأحكام التالية^(٢) :

١- يتعين نصيب كل شريك مستقلاً عن نصيب غيره ، فيملك حصته مستقلاً بعد القسمة .

٢- يملك الشريك المقسوم له جميع التصرفات الثابتة لصاحب الملكية المطلقة ، من بيع وإيجار ورهن ، وبناء وهدم ، ونحوها .

٣- لا تثبت الشفعة في القسمة ؛ لأن حق الشفعة في المبادلة المحضة ، والقسمة مبادلة من وجه واحد ، فلا تحتل الشفعة .

والظاهر أن هذا الحكم متفق عليه في المذاهب^(٣) .

رابعاً- نقض القسمة :

تنقض القسمة بالإقالة أو بالتراضي على فسخها .

ويجب نقض القسمة بعد وجودها ، وبالرغم من لزومها في حالات هي عند الحنفية ما يأتي :

(١) بجزمي الخطيب : ٣٤٤/٤ .

(٢) البدائع : ٢٨٧ ، مادة (١١٦٢) مجلة .

(٣) المهذب : ٣٠٦/٢ ، المغني : ١٢١/٩ .

١- ظهور دين على الميت : إذا وقعت القسمة ، ثم ظهر دين على الميت يحيط بالتركة المقسومة ، تفسخ القسمة ، إذا لم يكن للميت مال سواه ، إلا إذا قضى الورثة الدين ، أو أبرأ الغرماء الدائنون ذمم الورثة ، أو بقي من التركة ما يفي بالدين لزوال المانع من لزوم القسمة ، فتمضي القسمة على ما هي عليه .

والدليل على مسوغ الفسخ لهذا السبب : قوله تعالى : ﴿ من بعد وصية يوصي بها أو دين ﴾ ، ولأن الدين إذا كان محيطاً بالتركة (مستغرقاً) ، تبين أنه لا ملك للورثة فيها ، بل هي ملك للميت يتعلق بها حق الغرماء ، وقيام ملك الغير في المحل المقسوم ، يمنع صحة القسمة .

وإذا لم يكن الدين محيطاً بالتركة ، بقي للغرماء حق الاستيفاء ثابتاً في قدر الدين من التركة ، على الشيوع ، فيمنع نفاذ القسمة^(١) .

وهذا الرأي عندي هو الأرجح ، رعاية لحقوق الدائنين .

وقال الحنابلة^(٢) : لا تبطل القسمة بظهور دين على الميت ؛ لأن تعلق الدين بالتركة لا يمنع صحة التصرف فيها ، لأنه تعلق بها بغير رضا الورثة .

وقال الشافعية^(٣) : إذا ظهر دين على الميت ، فإن قالوا : القسمة : تمييز الحقين لم تنقض القسمة ، وإن قالوا : إنها بيع : ففي نقضها وجهان : في وجه إنها تنقض لتعلق حق الغير بالمال . وفي وجه : لا تنقض إذا قضى الوارث الدين .

٢- ظهور وارث آخر أو موصى له في قسمة التراضي : إذا تمت القسمة ، ثم ظهر وارث آخر ، أو موصى له بالثلث أو الربع مثلاً ، نقضت القسمة ؛ لأن الوارث ، والموصى له شريك الورثة .

(١) البدائع : ٣٠٧ ، الدر المختار : ١٨٧/٥ ، تكملة الفتح : ٢٦/٨ ، م (١١٦١) مجلة .

(٢) المغني : ١٢٩/٩ .

(٣) المهذب : ٣١٠/٢ ، وانظر : ٣٢٧/١ .

ولا تنقض قسمة التقاضي في الأصح؛ لأن القسمة حينئذ محل اجتهاد، وقضاء القاضي إذا صادف محل الاجتهاد ينفذ ولا ينقض^(١).

٣- ظهور غبن فاحش :

إذا حدثت القسمة، ثم تبين فيها غبن فاحش؛ وهو الذي لا يدخل تحت تقويم المقومين، كأن قوم المال بألف وهو لا يساوي خمسمائة، فسخت قسمة التقاضي باتفاق الحنفية؛ لأن تصرف القاضي مقيد بالعدل ولم يوجد، والغبن حصل بغير رضا المالك فصار كبيع الأب والوصي، ينقض بالغبن الفاحش. وتفسخ أيضاً قسمة التراضي في الأصح؛ لأن شرط جوازها المعادلة، ولم توجد، فوجب نقضها. وهذا هو الصحيح المعتمد المقتى به عند الحنفية كما ذكر ابن عابدين، أي أن قسمة التراضي تفسخ بالغبن الفاحش كقسمة التقاضي.

وتسمع دعوى الغبن الفاحش إن لم يقر المدعي باستيفاء حقه، فإن أقر باستيفاء حقه لا تسمع دعوى الغبن، أو الغلط للتناقض بين الإقرار والادعاء.

ولا تسمع دعوى الغبن اليسير الذي يدخل تحت تقويم المقومين، ولا تقبل بينته^(٢).

ونقض القسمة بالغبن الفاحش أو الجور متفق عليه بين الفقهاء^(٣)، إلا أن الشافعية فصلوا في الأمر، كما سنبين في حالة الغلط.

٤- وقوع غلط في المال المقسوم :

إذا ادعى أحد الشركاء بعد القسمة أن شيئاً من نصيبه وقع في يد صاحبه غلطاً،

(١) البدائع : ٣٠٧ ، رد المختار : ١٨٧/٥ .

(٢) الدر المختار ورد المختار : ١٨٧/٥ ، تبين الحقائق : ٢٧٢/٥ وما بعدها ، م (١١٦٠) مجلة .

(٣) الشرح الصغير : ٦٧٧/٣ ، بيجرمي الخطيب : ٣٤٤/٤ ، المغني : ١٢٧/٩ .

وكان قد أقر أو أشهد على نفسه باستيفاء حقه^(١)، لم يصدق على الذي يدعيه، إلا بينة (إقرار الخصم أو نكوله)؛ لأنه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها، فلا يصدق إلا بحجة، ولا يكون متناقضاً لأنه اعتمد على فعل الأمين، ثم ظهر غلظه.

فإن لم يكن له بينة، استحلف الشركاء، فمن نكل منهم، جمع بين نصيبه ونصيب المدعي، فيقسم بينها على قدر أنصبتها؛ لأن النكول حجة في حقه خاصة، فيعاملان على زعمها.

وإن لم يكن قد أقر بالاستيفاء، تحالف الشركاء (حلف كل منهم مينا) وفسخت القسمة؛ لأن الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة، فصار كالاختلاف في مقدار المبيع.

وإن قال: (أصابني إلى موضع كذا، فلم تسلم إلي) ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء، وكذبه شريكه، تحالفاً، وفسخت القسمة، لاختلافها في نفس القسمة، فإنها اختلفا في قدر ما حصل بالقسمة، فأشبه الاختلاف في قدر المبيع.

وإن قال «استوفيت حقي». ثم قال «أخذت بعضه» فالقول قول خصمه مع يمينه، لأنه يدعي عليه الغصب، وهو منكر، فالقول قول المنكر^(٢).

والقول بنقض القسمة في حال ادعاء الغلط، وإثباته بالبينة، محل اتفاق أيضاً بين الفقهاء^(٣). إلا أن الشافعية قالوا:

لو ثبت بحجة (شاهدي عدل أو رجل وامرأتين، أو شاهد ويمين) غلط أو حيف في قسمة إجبار أو قسمة تراض، وهي بالإفراز (أو الأجزاء)، تقضت القسمة بنوعها.

(١) الاستيفاء: عبارة عن قبض الحق بكامله.

(٢) تكله الفتح: ٢٠/٨ وما بعدها، الدر المختار: ١٨٦/٥، تبين الحقائق: ٢٧٢/٥، اللباب: ١٠٢/٤ وما بعدها،

البدائع: ٢٦٧.

(٣) المراجع السابقة.

فإن لم تكن بالأجزاء بأن كانت بالتعديل أو الرد، لم تنقض؛ لأنها بيع. وإن لم يثبت ذلك، فللمدعي تحليف شريكه.

٥- استحقاق بعض المال المقسوم:

إذا ظهر مستحق في المال المقسوم، أي تبين وجود شريك آخر في المال، فله صور ثلاثة عند الحنفية^(١) علماً بأن الاستحقاق: هو أن يدعي شخص ملكية شيء أو بعضه، ويثبت دعواه، ويقضي له القاضي بملكيته وانتزاعه من يد آخر كالمشتري أو المقسوم له.

أ- لو كان المستحق بعضاً شائعاً في كل المقسوم، كالخمس أو الربع، فسخت القسمة باتفاق الحنفية، لعدم تحقق معنى الإفراز والتمييز.

ب- ولو كان المستحق بعضاً معيناً من نصيب أحد الشركاء، لم تفسخ القسمة باتفاق الحنفية؛ لأن الاستحقاق، لما ورد على جزء معين، لم يظهر أن المستحق كان شريكاً في المال، فلا تبطل القسمة، لكن يرجع المستحق منه على صاحبه بقدر ما يخصه من الجزء المستحق، إذ تبين أنه لم يكن ملكه، فيرده.

ج- ولو كان المستحق بعضاً شائعاً في أحد النصيبين، لم تفسخ القسمة جبراً على المستحق منه عند أبي حنيفة ومحمد، وإنما يخير المستحق منه، بين أن يرجع بحصة البعض في نصيب صاحبه، وبين أن يفسخ؛ لأنه بالاستحقاق ظهر أن القسمة لم تصح في القدر المستحق فقط.

وقال أبو يوسف: تفسخ القسمة؛ لأنه بالاستحقاق تبين أن للشركاء شريكاً

(١) تكلة الفتح: ٢٢/٨ وما بعدها، تبين الحقائق: ٢٧٤/٥، الدر المختار: ١٨٦٥ وما بعدها، اللباب: ١٠٦/٤، م (١١٢٥) مجلة.

آخر، ولو كان هناك شريك، لم تصح القسمة، كما في استحقاق بعض شائع في النصيين .

أما الشافعية والحنابلة، فقالوا^(١): إن استحق من حصة أحد الشريكين شيء معين لغيرهما، بأن اختص به أحدهما، أو أصابه منه أكثر من نصيب الآخر، بطلت القسمة، لاحتياج أحدهما إلى الرجوع على الآخر بسبب عدم تحقق التعديل بين الأنصاء .

وإن كان البعض المستحق مقسوماً بين الشريكين بالسوية، كأن اقتسما أرضاً، فاستحق من حصتها معاً قطعة معينة على السواء في الحصتين، لم تبطل القسمة فيما بقي من الأرض؛ لأن القسمة إفراز حق كل واحد منها، وقد أفرز.

وإن استحق بعض المال المقسوم شائعاً في الحصتين أو أحدهما، بطلت القسمة فيه، لافي الباقي عند الشافعية في الأصح، عملاً بمبدأ تفريق الصفقة .

وبطلت القسمة في الجميع عند الحنابلة؛ لأن المستحق شريك ثالث، وقد اقتسم المال من غير حضوره، ولا إذنه، وذلك سواء في قسمة التراضي أو الإيجاب، ولأن القصد من القسمة تمييز الحقين، ولم يحصل .

المطلب الثاني - الأحكام الخاصة بالإثبات :

هناك أحكام خاصة بالقسمة متعلقة بكيفية فض النزاع بين المتقاسمين إذا اختلفوا في بعض الأمور، مثل الاختلاف حول الحدود، أو تقويم الغبن، أو بقاء بعض الحق في يد الشريك الآخر، حيث تعارضت أدلة الإثبات .

(١) المهذب : ٣٠٩/٢ ، مجيبي الخطيب : ٣٤٤/٤ ، المغني : ١٢٨/٩ ، كشاف القناع : ٣٧٦/٦ .

أولاً- الاختلاف في الحدود :

إذا اختلف المتقاسمان في الحدود ، فادعى كل واحد منهما بيتاً في يد صاحبه لدخوله في حده ، بعد القسمة ، وأقام كل منهما البينة على دعواه ، قضي لكل واحد بالجزء الذي في يد صاحبه ؛ لأنه خارج ، وبينة الخارج ترجح على بينة ذي اليد .

وإن أقام أحدهما بينة على أن بيتاً له في يد صاحبه أصابه بالقسمة وأنكر الآخر قضي له بالبينة . وإن لم تقم لأحدهما بينة ، تحالفاً ، وتراداً كما في البيع^(١) . وتفسخ القسمة^(٢) .

ثانياً- الاختلاف في تقويم الغبن :

إذا اختلف المتقاسمان في تقويم الغبن ، فإما أن يكون يسيراً أو فاحشاً .

أ- فإن كان الغبن يسيراً : وهو الذي يدخل تحت تقويم المقيمين ، لم يلتفت للدعاء ، سواء أكانت القسمة بالتراضي ، أم بقضاء القاضي ، لأن الاحتراز عن مثله عسير جداً . ومثال الغبن اليسير : أن يكون ثمن السلعة عشرة ، فيقدره أهل الخبرة بعضهم بعشرة وبعضهم بتسعة ، فالواحد يعتبر غبناً يسيراً .

ب- وإن كان الغبن فاحشاً : وهو الذي لا يدخل تحت تقويم المقيمين^(٣) ، كأن يقدر أهل الخبرة سعر السلعة ذات العشرة بثمانية أو سبعة ، ولا يقدرها أحد بعشرة . فإن كانت القسمة بقضاء القاضي ، فسخت ؛ لأن الرضا لم يوجد بين المتخاصمين ، وتصرف القاضي مقيد بالعدل ، ولم يوجد . وإن كانت القسمة بالتراضي ، لم يلتفت

(١) روى عبد الله بن أحمد في زيادات المسند من طريق القاسم بن عبد الرحمن عن جده حديثاً بلفظ « إذا اختلف المتبايعان ، والسلعة قائمة ، ولا بينة لأحدهما ، تحالفاً » (نيل الأوطار : ٢٢٤/٥) .

(٢) البدائع : ٢٦٧ ، تكملة الفتح : ٢٢/٨ وما بعدها ، تبين الحقائق : ٢٧٤/٥ ، الدر المختار : ١٨٦/٥ .

(٣) حدد متأخرو الحنفية الغبن الفاحش بما يعادل نصف عشر القيمة في المتقولات (أي ٥%) والعشر (١٠%) في الحيوان ، والحمس (٢٠%) في العقارات .

للادعاء عند بعض الحنفية ؛ لأن القسمة في معنى البيع ، ودعوى الغبن فيه من المالك لا توجب تقضه^(١) .

أما البيع من غير المالك كبيع الأب والوصي ، فإنه ينقض بالغبن الفاحش^(٢) .
والأصح كما قدمنا أنه تسمع دعواه وتفسخ قسمة التراضي كقسمة التقاضي بالغبن الفاحش ؛ لأن شرط جواز القسمة المعادلة ، ولم توجد ، فوجب نقضها .

ثالثاً- الاختلاف في استيفاء النصيب :

إذا اختلف المتقاسمان بعد القسمة ، فأنكر بعض الشركاء استيفاء نصيبه ، وادعى أن بعضه في يد صاحبه ، وأنكر الآخر .

أ- فإن شهد قاسمان أو أكثر باستيفاء المدعي حقه ، تقبل شهادتهما عند أبي حنيفة وأبي يوسف ؛ لأنها شهدا على فعل غيرهما ، وهو القبض ، لا على فعل أنفسهما ؛ لأن فعلهما هو التمييز ، ولا حاجة للشهادة عليه .

وقال محمد : لا تقبل شهادتهما ؛ لأنها يشهدان على فعل أنفسهما ؛ لأن فعلهما التمييز .

ب- وإن شهد قاسم واحد باستيفاء الحق ، لا تقبل شهادته ؛ لأن شهادة الفرد الواحد لا تقبل على غيره^(٣) .

(١) الغبن الفاحش وحده لا يعيب في معظم الاجتهادات الرضا مالم يصاحبه شيء من الخلافة أو التدليس أي أن يندع أحد العاقدين الآخر بوسيلة موهمة قولية أو فعلية تحمله على الرضا بالعقد ، ومنه كتمان عيب البيع ، ودليلهم حديث « دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض » .

(٢) تكملة الفتح والعناية : ٢٢/٨ ، تبين الحقائق : ٢٧٢/٥ وما بعدها .

(٣) الدر المختار ورد المختار : ١٨٥/٥ وما بعدها .

النوع الثاني

قسمة المنافع أو المهايأة

فيه مباحث خمسة :

المبحث الأول - تعريف قسمة المهايأة ، ومشروعيتها .

المبحث الثاني - محل المهايأة .

المبحث الثالث - صفة المهايأة .

المبحث الرابع - أنواع المهايأة .

المبحث الخامس - ما يملكه كل شريك من التصرف بعد اتفاق المهايأة .

المبحث الأول - تعريف المهايأة ومشروعيتها :

أولاً - تعريف المهايأة : المهايأة في اللغة : مفاعلة من الهيئة ، وهي الحالة الظاهرة للمتهيء للشيء ، فكل من الشريكين يرضى بهيئة واحدة ، ويختارها . أو أن الشريك الثاني ينتفع بالعين على الهيئة التي ينتفع بها الشريك الأول ، فهي لغة : أن يتواضع الشريكان على أمر ، ويتراضيا به . والمهايأة فقهاً : هي عبارة عن قسمة المنافع^(١) .

وعرفها المالكية^(٢) : بأنها اختصاص كل شريك عن شريكه في شيء متحد كدار ، أو متعدد كدارين ، بمنفعة شيء متحد أو متعدد في زمن معلوم . وبناء عليه :

(١) العناية على شرح الهداية بهامش تكملة الفتح : ٢٧/٨ ، رد المحتار : ١٨٩/٥ ، م (١١٧٤) مجلة .

(٢) الشرح الصغير : ٦٦٠/٣ .

تعين الزمن شرط، إذ به يعرف قدر الانتفاع، وإلا فسدت المهايأة.

ثانياً - مشروعيتها: المهايأة جائزة استحساناً للحاجة إليها، إذ قد يتعذر الاجتماع على الانتفاع. ومحلها: منافع الأعيان المشتركة التي يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها. ولا تبطل بموت الشريكين ولا بموت أحدهما. ولو طلب أحدهما القسمة أعياناً بطلت^(١).

وقسمة الأعيان أقوى من المهايأة؛ لأن الأولى جمع المنافع في زمان واحد على الدوام، والتهايؤ جمع المنافع على التعاقب بصفة وقتية^(٢). فإذا طلب أحد الشريكين القسمة، والآخر المهايأة، يجب القاضي الأول ويقسم. واستدلوا على مشروعيتها بالقرآن والسنة.

أما القرآن: فقولته تعالى حكاية عن قسمة مهايأة ناقة صالح عليه السلام: ﴿هذه ناقة لها شرب، ولكم شرب يوم معلوم﴾ وهو المهايأة بعينها.

وأما السنة: فوقائع منها: أنه ﷺ قسم في غزوة بدر كل بعير من الأبعرة السبعين بين ثلاثة نفر، وكانوا يتعاقبون على ركوبه^(٣).

المبحث الثاني - محل المهايأة:

محل المهايأة: المنافع دون الأعيان، لأنها قسمة المنفعة دون العين، فكان محلها المنفعة دون العين.

وعلى هذا: لو اتفق اثنان على أن يسكن أحدهما في قسم من دار، والآخر في القسم الباقي، أو على أن يسكن أحدهما العلو، والآخر السفلى، صح، وله إجارته وأخذ غلته. وكذا تجوز المهايأة في الأراضي المشتركة.

(١) رد المحتار، المكان السابق، الباب: ١٠٦/٤.

(٢) الهداية مع تكملة الفتح: ٢٧/٨.

(٣) سيرة ابن هشام: ٦١٢/١.

أما لو تهايا في نخل أو شجر بين شريكين، على أن يأخذ كل واحد منها جزءاً يستثمره، لا يجوز؛ أو تهايا في الغم المشتركة على أن يأخذ كل واحد منها عدداً معيناً منها، ويتنفع بألبانها، لا يجوز؛ لأن المهايأة عقد يرد على قسمة المنافع، والثمر واللبن عين، فلا يصلح محلاً للمهايأة، وهذا متفق عليه بين الفقهاء^(١).

وقال الشافعية: ولا تصح قسمة الديون في الذمم ولو بالتراضي، وكل من أخذ منها شيئاً لا يختص به. ونصت المادة (١١٧٥) من المجلة على أن «المهايأة لا تجري في المثليات، بل في القيمات، ليكون الانقطاع بها ممكناً حال بقاء عينها».

المبحث الثالث - صفة المهايأة :

للفقهاء رأيان في لزوم المهايأة، رأي للجمهور غير المالكية بأنها غير لازمة، ورأي للمالكية بأنها لازمة. وعباراتهم ما يأتي :

قال الحنفية^(٢): المهايأة بالتراضي زماناً أو مكاناً عقد غير لازم، فلو طلب أحد الشريكين من الحاكم المهايأة، والآخر القسمة، يجاب الثاني؛ لأن قسمة العين أقوى من قسمة المنفعة؛ لأن في الأولى تجتمع المنافع في وقت واحد على الدوام، وفي الأخرى تجتمع على التعاقب^(٣).

وبناء عليه تكون المهايأة عقداً جائزاً محتملاً للفسخ، كسائر العقود الجائزة، تفسخ ولو بغير عذر، ولا تبطل المهايأة بموت أحد الشريكين أو بموتها، بخلاف الإجارة، لأنها لو بطلت أي المهايأة أعادها القاضي للحال أي استأنفها حالاً، ولا

(١) البدائع : ٣٢٧/، تبين الحقائق : ٢٧٧/٥ ، القوانين الفقهية : ص ٢٨٥ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ٤٩٨/٣ ، الشرح الصغير : ٦٦٠/٣ وما بعدها ، بجمري الخطيب : ٣٤٥/٤ ، المغني : ١٣٠/٩ ، كشاف القناع : ٣٦٧/٦ .

(٢) البدائع : ٣٢٧/، الدر المختار ورد المختار : ١٨٤/٥ ، ١٨٩ ، تبين الحقائق : ٢٧٦/٥ .

(٣) انظر المادة (١١٨٢) مجلة الآتي نصها في الحاشية التالية .

فائدة من الاستئناف ، كما لفائدة في الانتضاء والإبطال ؛ لأنه يجوز لكل واحد فسخها ، بغير رضا الآخر .

أما المهايأة بالتقاضي : فهي عقد لازم ، كما أوضح ابن عابدين ، فلا يجوز لكل من الشريكين نقضها بلا عذر ، ما لم يصطلحا .

وقال الشافعية^(١) : المهايأة عقد غير لازم ، لكل من الشريكين الرجوع عنها متى شاء ، ولا إجبار فيها من القاضي .

وكذلك قال الحنابلة^(٢) : لا تلزم المهايأة ، فتي رجع أحد الشريكين عنها ، انتقضت المهايأة ، والمهايأة معاوضة لا يجبر عليها كالبيع كما قال الشافعية . ولو طلب أحدهما القسمة كان له ذلك ، وانتقضت المهايأة ، أي كما قال الحنفية .

أما المالكية فقالوا^(٣) : وتلزم المهايأة كالإجارة ، فهي من العقود اللازمة ، فليس لأحدهما فسخها ، فإذا تراضيا على شيء وقعت صحيحة ، لا تفسخ إلا برضاها أو برضاهم إن كانوا جماعة .

المبحث الرابع - أنواع المهايأة :

لمهايأة تقسيان - الأول من حيث التراضي والجبر ، والثاني - من حيث الزمان والمكان .

التقسيم الأول - المهايأة من حيث الرضا والجبر :

تقسم المهايأة بهذا الاعتبار إلى نوعين : مهايأة بالتراضي ، ومهايأة بالتقاضي .

١ - المهايأة بالتراضي : هي أن يتفق شخصان على كيفية الانتفاع بالشيء

(١) بجرمي الخطيب : ٣٤٥/٤ .

(٢) المغني : ١٣٠/٩ .

(٣) بداية المجتهد ، ٢٦٦/٢ ، القوانين الفقهية : ص ٢٨٥ .

المشترك بينها ، على طريق التعاقب أو التناوب زماناً أو مكاناً . وهي جائزة باتفاق الفقهاء .

٢- **المهاياة بالتقاضي** : هي التي تتم بواسطة القاضي جبراً بناء على طلب أحد الشريكين . فيهايئ القاضي بينها جبراً إما بالمناوبة الزمانية مدة معينة بنسبة حصة كل منها ، وإما بالمهاياة المكانية بالاختصاص بمنفعة بعض المال المشترك بنسبة الحصص .

وهي جائزة عند الحنفية^(١) ، تحقيقاً للعدل بين الشركاء ، وتوفيراً لمصلحتهم^(٢) ، فللقاضي جبرهم في الأصح ، لاحتياج الناس إلى ما هو أعدل وهو القسمة بالقضاء . وقد نصت المادة (١١٨١) مجلة على ما يأتي لبيان أحوال المهاياة الجبرية :

« إذا طلب المهاياة أحد أصحاب الأشياء المشتركة المتعددة ، وامتنع الآخر : فإن كانت الأعيان المشتركة متفقة المنفعة ، فالمهاياة جبرية . وإن كانت مختلفة المنفعة فلا جبر .

مثلاً : داران مشتركتان طلب أحد الشريكين المهاياة على أن يسكن إحدهما ، والأخرى للآخر . أو حيوانان على أن يستعمل أحدهما واحداً ، والآخر الآخر ، وامتنع شريكه ، فالمهاياة جبرية .

أما لو طلب أحدهما المهاياة على سكنى الدار ، وللآخر إيجار الحمام ، أو على سكنى أحدهما في الدار وزراعة آخر الأراضى ، فالمهاياة بالتراضي ، وإن لم تكن جائزة ، إلا أنه إذا امتنع الآخر لا يجبر عليها^(٣) . »

(١) بداية المجتهد ، المكان السابق ، المادة (١١٧٦) من المجلة .

(٢) تبين الحقائق : ٢٧٦/٥ .

(٣) وانظر تبين الحقائق : ٢٧٦/٥ ، تكلة الفتح : ٣٠/٨ .

ولا يجبر على المهايأة من أباها عند المالكية والشافعية والحنابلة^(١) (الجمهور)، لأنها معاوضة، فلا يجبر عليها كالبيع، ولأن حق كل واحد في المنفعة شيء عاجل، فلا يجوز تأخيره بغير رضاه، كالدين، أي فلا تجوز المهايأة بالتقاضي عند الجمهور. وقال المالكية: لا تجوز قسمة المنافع بالقرعة. وقال الشافعية: إذا اتفقوا عليها، وتنازعوا في البداءة (بدء المناوبة) أقرع بينهم.

التقسيم الثاني - المهايأة من حيث الزمان والمكان:

تنقسم المهايأة بهذا الاعتبار إلى نوعين: مهايأة زمانية، ومهايأة مكانية. فالأولى ترجع للزمان، والثانية ترجع للمكان. والمهايأة عند المالكية^(٢) قسمان: المهايأة بالأزمان، والمهايأة بالأعيان. والأولى: هي أن ينتفع كل واحد من الشريكين بالعين (الشيء المشترك كله) مدة مساوية لمدة انتفاع صاحبه كأن يسكن أحدهما الدار شهراً، ويسكنها الآخر شهراً آخر. والثانية: هي أن يقسم الرقاب على أن ينتفع كل واحد منهما بما حصل له مدة محدودة، كأن يسكن أحدهما داراً، ويسكن الآخر داراً أخرى مدة من الزمان، أو يركب أحدهما فرساً والآخر فرساً أخرى مدة معينة.

١- المهايأة الزمانية:

أولاً - تعريفها: هي أن ينتفع كل واحد من الشريكين على التعاقب بجميع العين المشتركة مدة مساوية لمدة انتفاع صاحبه، أو بنسبة حصته^(٣). كأن يتهاياأ اثنان على أن يزرعا الأرض المشتركة بينهما، هذا سنة، والآخر سنة أخرى. أو على

(١) القوانين الفقهية: ص ٢٨٥، بجزمي الخطيب: ٢٤٥/٤، المغني: ١٢٠/٩.

(٢) بداية المجتهد: ٢٦٦/٣، القوانين الفقهية: ص ٢٨٥.

(٣) بداية المجتهد، المكان السابق، المادة (١١٧٦) من المحلة.

سكنى الدار بالمناوبة ، هذا سنة ، والآخر سنة . أو على استعمال كتاب ، هذا أسبوعاً ، والآخر مثله . وقد نصت المادة (١١٨٧) مجلة على أنه لا تجوز المهايأة على الأعيان ، فلا تصلح المهايأة على ثمرة الأشجار المشتركة ، ولا على لبن الحيوانات وصوفها على أن يكون لأحد الشريكين ثمرة مقدار من هذه الأشجار ، ولآخر ثمرة مقدار منها ، أو على لبن قطيع من الغنم المشترك أو صوفه لواحد ، ولبن قطيع ثان ، وصوفه للآخر .

ثانياً - مشروعيتها : وهي جائزة لقوله تعالى حكاية عن مهايأة ناقة صالح عليه السلام في الشرب : ﴿ هذه ناقة لها شرب ، ولكم شرب يوم معلوم ﴾ ﴿ ونبئهم أن الماء قسمة بينهم ، كل شرب محتضر ﴾ ولحاجة الناس إليها .

ثالثاً - تكييفها الفقهي : المهايأة الزمانية عند الحنفية كقسمة الأعيان : إفراز من وجه ، مبادلة من وجه ؛ لأن المهايئ كالمستقرض لنصيب شريكه ، فكان فيها معنى المبادلة من وجه ^(١) .

وقال الحنابلة : المهايأة معاوضة ، فلا يجبر عليها كالبيع ^(٢) .

وصرح الشافعية : أن من استوفى زائداً على حقه ، لزمه أجرة ما زاد على قدر حصته من الزائد ^(٣) . ويفهم منه أن المهايأة مبادلة .

وقد نصت المادة (١١٧٨) من المجلة على أن « المهايأة زماناً نوع مبادلة ، فتكون منفعة أحد أصحاب الحصص في نوبته مبادلة بمنفعة الآخر في نوبته .. »

رابعاً - تعيين المدة : يشترط في المهايأة الزمانية تعيين المدة ، بخلاف المهايأة المكانية ؛ لأن تعيين الزمان يعرف به قدر الانتفاع ، فتصير به المنافع معلومة ، ولا

(١) تبين الحقائق : ٢٧٦/٥ .

(٢) المغني : ١٣٠/٩ .

(٣) مجرمي الخطيب : ٣٤٥/٤ .

تصير معلومة إلا ببيان زمان معلوم، ولأن هذه المهايأة مقدره بالزمان، أما المهايأة المكانية فمقدرة بمجموعة بالمكان، ومكان المنفعة معلوم^(١). وقد رتبت المادة السابقة (١١٧٨) من المجلة على كون هذه المهايأة نوع مبادلة، فقررت: «وبناء على ذلك ذكر المدة وتعيينها في المهايأة، مثلاً كذا يوماً، أو كذا شهراً: لازم».

وفصل المالكية^(٢) في مقدار المدة بعد اشتراطهم تعيين الزمن، وانتفاء الغرر، فقالوا: تجوز المهايأة في المنقولات في المدة اليسيرة، ولا تجوز في المدة الكثيرة، فلا تصح لزمن طويل في الحيوان ونحوه كالشوب. وتجوز المهايأة في العقارات كالدار والأرض المأمونة (بأن كانت ملكاً) لمدة بعيدة، فيسكن أحدها في الدار مدة معينة، ويسكن الآخر مدة أخرى، ويزرع أحدها الأرض عاماً، والآخر عاماً مثله. أما الأرض غير المأمونة (غير المملوكة) كالعارة، فلا يجوز قسمها مهايأة، وإن قلت المدة، إذ قد يرجع المستعير في إعارته، فيفوت على الآخر الذي لم تأت نوبته حقه من الانتفاع.

خامساً - انتهاءؤها: لا تبطل المهايأة بموت أحد العاقدين، ولا بموتها؛ لأنها - كما أشرنا سابقاً - لو بطلت لاستأنفها الحاكم، ولا فائدة في الاستئناف. وإنما تنقضي باتفاق الطرفين على إنهاؤها، ببيع المال المشترك^(٣).

٢ - المهايأة المكانية :

أولاً - تعريفها: هي أن يخصص كل واحد من الشريكين ببعض المال المشترك بنسبة حصته^(٤)، فيتم الانتفاع معاً في وقت واحد. ففي المهايأة في دار تجمع منفعة أحدهما في جزء من الدار، ومنفعة الآخر في جزء آخر.

(١) البدائع : ٣٢٧

(٢) الشرح الكبير مع الدسوقي : ٤٩٧/٣ ، الشرح الصغير : ٦٦١/٣ ، بداية المجتهد : ٢٦٦/٢

(٣) الدر المختار : ١٨٩/٥ ، تبين الحقائق : ٢٧٦/٥ ، تكله الفتح : ٢٧/٨

(٤) انظر المادة (١١٧٩) من المجلة .

ثانياً - مشروعيتها : المهياة المكانية جائزة ؛ لأنها نوع من القسمة ، مثل قسمة الأعيان ، فلوتهاياً على أن يأخذ أحد الشريكين في الأبنية الطابقية السفلى ، والآخر العلو ، جاز ، فتكون قسمة المنفعة بالمهياة المكانية جائزة أيضاً^(١) .

وبما أن المهياة الزمانية جائزة للحاجة عند تعذر اجتماع الشريكين على الانتفاع بالعين الواحدة ، فكذلك المكانية .

ثالثاً - محلها : تجري المهياة المكانية في المال المشترك الذي يقبل القسمة كالدار الكبيرة . أما ما لا يقبل القسمة كالسيارة والحيوان والكتاب والبيت الصغير ، فلا تمكن فيه المهياة المكانية ، وإنما تتعين فيه المهياة الزمانية .

المهياة في الدور :

وبناء عليه تجوز في ظاهر الرواية المهياة في الدور ، سواء أكانت زمانية أم مكانية ، للاستعمال الشخصي أو للاستغلال (الانتفاع بواسطة الغير بالأجرة ونحوها) ؛ لأن الظاهر عدم التغير في العقار ، ولأن المهياة المكانية إفراز لجميع الأنصاء ، والمهياة الزمانية تتم بالمناوبة أو التعاقب في الانتفاع ، فكانت كالقرض ، ويعتبر كل واحد في نوبته وكيلاً عن الآخر^(٢) .

المهياة في الحيوان :

وأما المهياة في الحيوان كدابتين مثلاً ، يركب أحدهما إحدهما مدة ، والآخر مدة أخرى ، لا تجوز عند أبي حنيفة لاستعمالاً ولا استغلالاً ؛ لأن الظاهر التغير في الحيوان ، ولأن الاستعمال يتفاوت بتفاوت الركابين حذقاً وخرقاً .

وتجوز المهياة استعمالاً عند الصحابين في الحيوان والحيوانين ، كما تجوز

(١) تبين الحقائق : ٢٧٦/٥ ، البدائع : ٣١٧ ، تكله الفتح : ٢٧/٨ .

(٢) تبين الحقائق : ٢٧٦/٥ وما بعدها ، تكله الفتح : ٣٠/٨ ، الدر المختار : ١٨٩/٥ ، م (١١٧٦) مجلة .

للاستغلال في الحيوانات، ولا تجوز في الحيوان الواحد؛ لأن المعادلة تمكن بين الحيوانات، لاتحاد وقتها، ولا تمكن المعادلة في الحيوان الواحد؛ لأن الظاهر التغير في الحيوان، لتوالي أسباب التغير عليه، إذ يكون جهد الحيوان في الزمان الثاني أقل منه في الزمان الأول^(١).

وقد نصت المادة (١١٧٧) مجلة : على جواز المهايأة الاستعمالية في الحيوان المشترك وفي الحيوانات المشتركين، على أن يستعمل أحدهما هذا والآخر الآخر، وهو رأي الصاحبين، وهذا يتفق مع رأي المالكية في قسمة المنافع بالأعيان.

رابعاً - تكييفها الفقهي :

المهايأة المكانية : إفراز لجميع الأنصبه، وليست مبادلة، إذ لو كانت مبادلة لما صحت؛ لأن المبادلة في الجنس الواحد نسيئة، لا تجوز لتوافر ربا النسيئة فيها، باعتبار أن اتحاد الجنس وحده كاف عند الحنفية في وجود هذا النوع من الربا^(٢).

خامساً - مدتها :

لا يشترط في المهايأة المكانية ذكر المدة وتعيينها، بخلاف المهايأة الزمانية؛ لأن الزمانية تحتاج إلى بيان الوقت لتصير المنافع معلومة، وأما المكانية فلا تحتاج لبيان الوقت؛ لأن مكان المنفعة معلوم، فصارت المنافع معلومة بمكانها^(٣). ولكن المالكية قالوا : في قسمة المنافع بالأعيان يشترط أن تكون المدة محدودة.

سادساً - انقضاؤها :

لا تنقضي المهايأة المكانية كالزمانية بموت أحد الشريكين، ولا تنقضي بموتها، إذ

(١) تبين الحقائق : ٢٧٧/٥ ، تكملة الفتح : ٣٠/٨ وما بعدها ، البدائع : ٣٢/٧ الدر المختار : ١٩٠/٥ .

(٢) تبين الحقائق : ٢٧٦/٥ ، المادة (١١٧٩) مجلة .

(٣) البدائع : ٣٢/٧ ، المادة (١١٧٩) مجلة .

لو بطلت لاستؤنفت ولا فائدة في الاستئناف ؛ لأن لكل شريك فسخها متى شاء ،
إنما تنقضي بالتراضي على إنهاؤها ، ببيع المال المشترك^(١) .

المبحث الخامس - ما يملكه كل شريك من التصرف بعد المهايأة :

إذا تم الاتفاق على المهايأة ، ملك كل واحد من المتهايين استعمال الشيء كما يريد ، سواء أكانت المهايأة مكانية أم زمانية . ففي الزمانية : يجوز السكنى والركوب ونحوهما ، وفي المكانية : يجوز السكنى ونحوها .

ويملك كل متهايع في المهايأة المكانية حق استغلال (استثمار) الشيء المتهاياً فيه ، بالإجارة والإعارة ونحوهما ، سواء أكان ذلك مشروطاً في العقد ، أم غير مشروط ، وسواء تهاياً في دار واحدة أو دارين ؛ لأن كل متهايع ملك المنفعة ، فيملك التصرف فيها بالتليك وغيره ؛ لأن المهايأة المكانية ليست إعارة .

وأما في المهايأة الزمانية : فلا يملك كل من المتهايين في نوبته استغلال حصته ، باتفاق الحنفية ، إذا لم يشترط ذلك . فإن شرطاً في المهايأة حق الاستغلال ، ففيه اختلاف عند الحنفية :

أ - قال القدوري : لا يملك ، لأن المهايأة الزمانية في معنى الإعارة ، والعارية لا تؤجر . وهذا هو الراجح .

ب - وقال محمد في الأصل : يجوز التهايو في الدار الواحدة على السكنى والغلة ، فلكل متهايع إيجار غيره ما في يده . وتأول الحنفية هذا المنقول في (الأصل) وهو الغلة بأنه غير الاستغلال ؛ لأن الغلة أي الناتج عين ، والتهايو : قسمة المنافع دون الأعيان^(٢) .

(١) نصت المادة ١١٩١ مجلة على أنه : « يموت أحد أصحاب الحصص أو كلهم ، لا تبطل المهايأة » .

(٢) البدائع : ٣٢٧ وما بعدها .

الفصل السابع

الغضب والإتلاف

قال الكاساني^(١): الجناية في الأصل نوعان : جناية على البهائم والجمادات ، وجناية على الآدمي . أما الجناية على البهائم والجمادات فنوعان أيضاً : غضب وإتلاف .

وهذان النوعان أو ما يدل عليهما : وهو وضع اليد عدواناً أحد أسباب الضمان أو التعويض المالي على الاعتداء على مال الغير أو حقه . ويلحق بهما بحث دفع الصائل لما يترتب على الصيال من إتلاف وضمان . فيكون الكلام في مبحثين : الأول - في الغضب وأحكامه ، والثاني - في الإتلاف وأحكامه .

المبحث الأول - الغضب وأحكامه :

وفيه مطلبان

المطلب الأول : تحريم الغضب ، وتعريفه ، وأثر اختلاف الفقهاء في ضابطه .

المطلب الثاني : أحكام الغضب الأخروية والدينية .

الأول : التأثيم والمؤاخذة .

(١) البدائع : ٢٣٣/٧ .

الثاني - رد المغصوب مادام موجوداً .

الثالث - ضمان المغصوب حال هلاكه . وفيه الموضوعات التالية :

١ - كيفية الضمان .

٢ - وقت وجوب الضمان .

٣ - ما يخرج به الغاصب عن عهدة الضمان .

٤ - تغير العين المغصوبة أو خلطها بغيرها .

٥ - تقضان المغصوب .

٦ - زيادة المغصوب ، وحكم البناء والغرس والزرع في الأرض المغصوبة .

٧ - منافع المغصوب أو غلته .

٨ - اختلاف الغاصب والمغصوب منه .

٩ - غاصب الغاصب .

المطلب الأول - تحريم الغصب ، وتعريفه ، وأثر اختلاف الفقهاء في

ضابطه :

أولاً - تحريم الغصب : ثبت تحريم الغصب في القرآن والسنة والاجماع^(١) . أما القرآن : فقول الله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ، إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ ﴿ ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ، وتدلوا بها إلى الحكام ، لتأكلوا فريقاً من أموال الناس بالإثم ، وأنتم تعلمون ﴾ .

وأما السنة : فقوله ﷺ : « إن دماءكم وأموالكم حرام عليكم كحرمة يومكم هذا ،

(١) المغني : ٢٢٠/٥ ، كشاف القناع : ٨٢/٤ .

في شهركم هذا ، في بلدكم هذا «^(١) وقوله : « لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه »^(٢) « من أخذ شبراً من الأرض ظلماً ، فإنه يطوقه يوم القيامة من سبع أرضين »^(٣) « على اليد ما أخذت حتى تؤديه »^(٤) ونحوها من الأحاديث .

وأجمع المسلمون على تحريم الغصب . وهو معصية كبيرة وإن لم يبلغ المغصوب نصاب سرقة .

ثانياً - تعريف الغصب : الغصب لغة : أخذ الشيء ظلماً ، أو قهراً جهاراً .
وشرعاً : له عند الفقهاء في الجملة حقيقتان تختلفان جذرياً عند الحنفية وغيرهم .

١ - فعند الحنفية^(٥) : الغصب : هو أخذ مال متقوم محترم بغير إذن المالك ، على وجه يزيل يده .

فأخذ المال : يشمل المغصوب وغيره ، وقولهم « متقوم » لإخراج غير المتقوم كالخمر والخنزير ، وقولهم « محترم » احتراز عن مال الحرابي فإنه غير محترم .

والمراد بغير إذن المالك : لإخراج المأذون فيه كالمهوب وغيره مما يتم المبادلة عليه بعقد من العقود . والقيد الأخير : « إزالة يد المالك » لا بد منها لتصور معنى الغصب عند الحنفية ، فلا تعتبر زوائد المغصوب كالولد والثمرة مضمونة عندهم . وبناء عليه يعتبر الاستخدام والتحميل غصباً ؛ لأنه تصرف بالمال ، ولا يعتبر الجلوس على البساط مثلاً غصباً ؛ لأن البسط فعل المالك ، والجلوس استعمال لم يزل يد المالك عنه .

ولا بد من زيادة قيدين آخرين على التعريف : وهما : أولاً « على سبيل

(١) رواه البخاري ومسلم عن أبي بكر رضي الله عنه ، ورواه مسلم عن جابر ، أن النبي ﷺ قال في خطبته يوم النحر بمعى (سبل السلام : ٧٣/٢) .

(٢) رواه أبو اسحاق الجوزجاني ، ورواه الدارقطني عن أنس ، وعن عمرو بن يثري (نيل الأوطار : ٢١٦/٥ ، نصب الراية : ١٦٩/٤) .

(٣) متفق عليه بين أحمد والشيخين عن سعيد بن زيد (نيل الأوطار : ٢١٧/٥) .

(٤) رواه أحمد وأصحاب السنن الأربعة ، وصححه الحاكم عن سمرة بن جندب (سبل السلام : ٦٧/٢) .

(٥) تكله فتح القدير مع العناية : ٣٦١/٧ وما بعدها ، الكتاب مع اللباب : ١٨٨/٢ .

المجاهرة» لإخراج السرقة التي تكون على سبيل الخفية . وثانياً : «أو يقصر يده إن لم يكن في يده» فيصبح التعريف : «أخذ مال متقوم محترم على سبيل المجاهرة بغير إذن المالك على وجه يزيل يد المالك إن كان في يده، أو يقصر يده إن لم يكن في يده» ليشمل الأخذ من المستأجر أو من المرتهن أو من الوديع ؛ لأن الأخذ من هؤلاء ، وإن لم يكن في يد المالك ؛ إلا أنه يترتب عليه أن الغاصب قصر يد المالك عن ماله ، أي أنه قيد يده في التصرف بماله ، فلم يعد قادراً على التصرف .

٢- وعرف المالكية^(١) الغصب بأنه «أخذ مال قهراً تعدياً بلا حرابة» فكلمة : «أخذ المال» أي الاستيلاء عليه جنس يشمل الغصب وغيره كأخذ إنسان ماله من وديع أو مدين أو غيرها . وكلمة «المال» يراد بها الذوات أي الأعيان المادية ، فخرج بها «التعدي» : وهو الاستيلاء على المنافع كسكنى الدار وركوب الدابة مثلاً . و«قهرًا» لإخراج السرقة ونحوها إذ لا قهر فيها حال الأخذ، وإن أعقبها القهر بعدها ، كما أنها أيضاً لإخراج المأخوذ اختياراً كالمستعار والموهوب ، و«تعدياً» خرج به المأخوذ قهراً بحق كالدين المأخوذ من مدين مماطل أو من غاصب ، وأخذ الزكاة كرهاً من ممتنع عن أدائها ، ونحوه ، والمقصود بقوله «بلا حرابة» أي بدون مقاتلة ، لإخراج المأخوذ بالحرابة ؛ لأن حقيقتها غير حقيقة الغصب .

من هذا التعريف يتبين أن الغصب عند المالكية أخص ، والتعدي أعم ؛ لأن التعدي يكون في الأموال والفروج والنفوس والأبدان ، والتعدي في النفوس والأبدان يدخل تحت باب الجنايات أو الدماء والقصاص . فالغصب : هو أخذ ذات الشيء ، والتعدي : أخذ المنفعة^(٢) .

(١) الشرح الكبير للدردير : ٤٤٢/٣ ، ٤٥٩ .

(٢) وهناك فروق أخرى بينها منها أن الفساد اليسير من الغاصب يوجب للمالك أخذ قيمة المصنوع إن شاء ، والفساد اليسير من المتعدي لا يوجب إلا أخذ ارض النقص الحاصل به . ومنها : ان التعدي لا يضمن الآفة الساوية ، والغاصب يضمنها . ومنها أن المتعدي يضمن غلة ما عطل كدار أغلقها وأرض يورها ، ودابة حبسها بخلاف الغاصب انما يضمن غلة ما استعمل (حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ٤٥٩/٣ وما بعدها) .

والتعدي في الأموال أربعة أنواع^(١) :

الأول - أخذ الرقبة أي ذات الشيء وهو الغصب .

والثاني - أخذ المنفعة ، دون الرقبة ، وهو نوع من الغصب ، يجب فيه الكراء مطلقاً .

والثالث - الاستهلاك بإتلاف الشيء كقتل الحيوان ، أو تحريق الثوب كله أو تخريقه ، وقطع الشجر ، وكسر الزجاج ، وإتلاف الطعام والدنانير والدراهم ، وشبه ذلك .

والرابع - التسبب في التلف ، من فتح حانوتاً لرجل ، فتركه مفتوحاً ، فسرق ، أو فتح قفص طائر فطار ، أو حل رباط دابة فهربت ، أو أوقد ناراً في يوم ريح ، فأحرقت شيئاً ، أو حفر بئراً تعدياً ، فسقط فيه إنسان أو بهيمة ، أو مزق وثيقة ، فضاع ما فيها من الحقوق .

فمن فعل شيئاً مما ذكر فهو ضامن لما استهلكه ، أو أتلفه ، أو تسبب في إتلافه ، سواء تم الفعل عمداً أو خطأ .

٣ - وعرف الشافعية والحنابلة^(٢) الغصب بأنه : الاستيلاء على حق الغير (من مال أو اختصاص) عدواناً ، أي على وجه التعدي أو القهر بغير حق .

وهذا التعريف يشمل أخذ الأموال المتقومة والمنافع وسائر الاختصاصات كحق التحجر (أي إحياء الأرض الموات بوضع الأحجار على حدودها) ، والأموال غير المتقومة كخمر الذمي ، وما ليس بمال ، كالكلب والسرجين وجلد الميتة .

(١) القوانين الفقهية : ص ٣٣١ وما بعدها .

(٢) مغني المحتاج : ٢٧٥/٢ ، كشاف القناع : ٨٣/٤ ، المغني : ٢٢٠/٥ .

ثالثاً - أثر اختلاف الفقهاء في ضابط الغصب :

اختلف الفقهاء في ضابط الغصب الذي يتحقق به على رأيين :

١- فقال أبو حنيفة وأبو يوسف^(١) : الغصب : هو إزالة يد المالك عن ماله المتقوم على سبيل المجاهرة والمغالبة ، بفعل في المال ، أي أن الغصب لا يتحقق إلا بأمرين هما : إثبات يد العاصب (وهو أخذ المال) وإزالة يد المالك أي بالنقل والتحويل . وعبارتهم فيه : الغصب يتحقق بوصفين :

إثبات اليد العادية ، وإزالة اليد المحققة^(٢) .

٢- وقال جمهور الفقهاء ومنهم المذاهب الثلاثة ، ومحمد وزفر من الحنفية^(٣) : يتحقق الغصب بمجرد الاستيلاء ، أي إثبات اليد على مال الغير بغير إذنه ، ولا يشترط إزالة يد المالك . وليس المقصود من الاستيلاء أو أخذ مال الغير : هو الأخذ أو الاستيلاء الحسي بالفعل ، وإنما يكفي الحيلولة بين المال وصاحبه ، ولو أبقاه بموضعه الذي وضعه فيه .

ويظهر أثر الاختلاف بين الرأيين في غصب العقار وفي زوائد المغصوب وفي منافعه . كما يظهر أثر الاختلاف بين الحنفية وغيرهم باشتراط تقوم المال في غصب المال غير المتقوم .

آ- غصب العقار : لا يتصور الغصب عند أبي حنيفة وأبي يوسف إلا في غصب

(١) البدائع : ١٤٣/٧ ، تكملة الفتح : ٣٦٨/٧ ، تبين الحقائق : ٢٢٤/٥ .

(٢) المراد باليد : هو القدرة على التصرف . وعدم اليد : عدم القدرة على التصرف (تبين الحقائق ، المكان السابق) . والعادية : بتخفيف الباء لا بتشديدها ، وهي الضامنة لا المعتدية .

(٣) الشرح الكبير : ٤٤٢/٣ ، مغني المحتاج : ٢٧٥/٢ ، كشاف القناع : ٨٢/٤ . ويفق برأي محمد وزفر في الوقف ، ويرأي الشيخين في غير الوقف .

المنقول فقط^(١)؛ لأن إزالة يد المالك بالنقل والتحويل التي يتحقق بها معنى الغصب عندها، لا تتحقق إلا في المنقولات. وأما العقار كالأرض والدار، فلا يتصور وجود الغصب فيه، لعدم إمكان نقله وتحويله، فمن غصب عقاراً فهلك في يده بأفة سماوية كغلبة سيل، لم يضمنه عندها، لعدم تحقق الغصب بإزالة اليد؛ لأن العقار في محله لم ينقل، فصار كما لو حال بين المالك وبين متاعه، فتلف المتاع. أما لو كان الهلاك بفعل الغاصب كأن هدمه، فيضمنه؛ لأن الغصب إذا لم يتحقق في العقار، فيعتبر الإتلاف.

وقال محمد وزفر من الحنفية وأئمة المذاهب الثلاثة^(٢): يتصور غصب العقار من الأراضي والدور، ويجب ضمانها على غاصبها؛ لأنه يكفي - عند غير الحنفية - لتوافر معنى الغصب: إثبات يد الغاصب على الشيء بالسكنى ووضع الأمتعة وغيرها، ويترتب عليه ضمناً بالضرورة إزالة يد المالك، لاستحالة اجتماع اليدين على محل واحد في حالة واحدة، ويتحقق أيضاً عند محمد وزفر مبدؤهما: وهو إزالة يد المالك وإثبات يد الغاصب، وتحقق هذين الوصفين هو معنى الغصب، فصار العقار كالمقول في تحقيق الوصفين المطلوبين لتصور الغصب.

ولأن ما يضمن في الإتلاف يجب أن يضمن في الغصب، فالعقار والمنقول مضمونان على السواء؛ وما يضمن في البيع يضمن أيضاً في الغصب؛ ولأن الغاية المطلوبة من الغصب وهي الانتفاع على وجه التعدي توجد في العقار، كما توجد في المنقول.

ويؤكد ما سبق كله قوله صلى الله عليه وسلم: «من ظلم شبراً من الأرض طوقه الله من سبع

(١) البدائع: ٤٥/٧ وما بعدها، اللباب شرح الكتاب: ١٨٩/٢، تركة الفتح وتبيين الحقائق، المكان السابق.

(٢) الشرح الكبير: ٤٤٢/٣، بداية المجتهد: ٣١١/٢، مغني المحتاج: ٢٧٥/٢ وما بعدها، المغني: ٢٢٢/٥، كشاف

القناع: ٨٢/٤ وما بعدها.

أرضين»^(١) وفي لفظ « من غصب شبراً من الأرض » فإنه يدل على تحقق الغصب في العقار؛ لأنه سماه غصباً .

وهذا الرأي هو الأرجح .

ب- زوائد المغصوب أو النماء السماوي : لا تضمن زوائد المغصوب إذا هلكت بلا تعدد، وإنما هي أمانة في يد الغاصب في رأي أبي حنيفة وأبي يوسف^(٢)، سواء أكانت منفصلة كالولد واللبن والثرثرة، أم متصلة كالسمن والجمال؛ لأن الغصب عندهما هو إثبات يد الغاصب على مال الغير على وجه يزيل يد المالك كما بينا، ويد المالك لم تكن ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب، أي أن عنصر «إزالة يد المالك» لم يتحقق هنا، كما لم يتحقق في غصب العقار .

فإن تعدد الغاصب على الزيادة، بأن أتلّفها أو أكلها أو باعها، أو طلبها مالكتها فنعها عنه، ضمنها؛ لأنه بالتعدي أو المنع صار غاصباً .

وقال المالكية في الأرجح عندهم^(٣) : إذا كانت الزيادة التي يفعل الله متصلة كالسمن والكبر فلا تكون مضمونة على الغاصب . وأما إذا كانت الزيادة منفصلة ولو نشأت من غير استعمال الغاصب كاللبن والصوف وثمر الشجر، فهي مضمونة على الغاصب إن تلفت أو استهلكت، ويجب ردها مع المغصوب الأصلي على صاحبها .

وقال محمد من الحنفية، والشافعية والحنابلة^(٤) : تضمن زوائد المغصوب في يد الغاصب سواء أكانت متصلة كالسمن ونحوه، أم منفصلة كثمر الشجرة وولد الحيوان،

(١) متفق عليه بين أحمد والشيخين من رواية عائشة رضي الله عنها .

(٢) البدائع : ١٤٣/٧ ، ١٦٠ ، الدر المختار : ١٤٣/٥ ، تكلّة الفتح : ٣٨٨/٧ ، اللباب شرح الكتاب : ١٩٤/٢ .

(٣) بداية المجتهد : ٣١٣/٢ ، الشرح الصغير للدردير : ٥٩٦/٢ ، الشرح الكبير للدردير : ٤٤٨/٢ ، شرح الرسالة

لابن أبي زيد القيرواني : ٢٢٠/٢ .

(٤) البدائع : ١٤٥/٧ ، الدر المختار : ١٤٤/٥ - ١٤٥ ، تكلّة الفتح : ٣٩٤/٧ ، اللباب شرح الكتاب : ١٩٥/٢ .

متى تلف شيء منه في يد الغاصب ، لتحقق إثبات اليد العاديّة (الضامنة) ، لأنه يأمساك الأصل تسبب في إثبات يده على هذه الزوائد ، وإثبات يده على الأصل محذور .

جـ - منافع المغصوب وغلته :

لا يضمن الغاصب عند الحنفية^(١) منافع ما غصبه من ركوب الدابة ، وسكنى الدار ، سواء استوفاه أم عطّلها ؛ لأن المنفعة ليست بمال عندهم ؛ ولأن المنفعة الحادثة على يد الغاصب لم تكن موجودة في يد المالك ، فلم يتحقق فيها معنى الغصب ، لعدم إزالة يد المالك عنها .

وهذا فيما عدا ثلاثة مواضع يجب فيها أجر المثل ، في اختيار متأخري الحنفية ، وعليه الفتوى ، وهي أن يكون المغصوب وقفاً ، أو ليتيم ، أو معدداً للاستغلال بأن بناه صاحبه أو اشتراه لذلك الغرض .

وإن نقص المغصوب أي ذاته باستعمال الغاصب غرم النقصان ، لاستهلاكه بعض أجزاء العين المغصوبة ، كما سنبين .

وأما غلة المغصوب كما سنبين : فلا تطيب في رأي أبي حنيفة ومحمد للغاصب ؛ لأنه لا يحل له الانتفاع بملك الغير . وقال أبو يوسف وزفر : تطيب له .

وقال المالكية في المشهور^(٢) : يضمن الغاصب غلة مغصوب مستعمل ، أي أنه يضمن غلة المغصوب ذاته الذي استعمله الغاصب ، سواء أكان المغصوب عقاراً من دور أو أرض سكنها أو زرعها أو كراها ، أم منقولاً : حيواناً أو غيره ، كراه أو استعمله ، ولا يضمن ما نشأ من غير استعمال ، ولو عطّله على صاحبه .

(١) المراجع السابقة .

(٢) الشرح الكبير : ٤٤٨/٢ ، الشرح الصغير : ٥٩٥/٣ وما بعدها ، بداية المجتهد : ٣١٥/٢ شرح الرسالة : ٢٤٠/٢ .

هذا في حالة غضب الذات ، أما إن قصد الغاصب غضب المنفعة (وهي حالة التعدي عندهم كما بينا) ، فيلزمه كراء المثل .

والخلاصة : أن الغاصب يضمن فقط غلة ما استعمل ، والمتعدي يضمن غلة ما عطل كدار أغلقها ، وأرض بورها ، ودابة حبسها ، كما بينا سابقاً .

وقال الشافعية والحنابلة^(١) : يضمن الغاصب منفعة المغصوب ، وعليه أجر المثل ، سواء استوفى المنافع ، أم تركها تذهب ، وسواء أكان المغصوب عقاراً كالدار ، أم منقولاً كالكتاب والدابة ونحوهما ؛ لأن المنفعة مال متقوم ، فوجب ضمانه كالعين المغصوبة ذاتها . وهذا الرأي هو المتفق مع العدالة ، ومع ظروف العصر الحاضر المتجه إلى المادية ، وتقويم كل الأشياء ، حتى النواحي الأدبية أو الذهنية .

د - غضب غير المتقوم :

قال الحنفية^(٢) : لا يضمن الغاصب خمر المسلم أو خنزيره إذا غضبه وهلك في يده أو استهلكه أو خلل الخمر ، سواء أكان الغاصب مسلماً أم ذمياً ؛ لأن الخمر ليست بمال متقوم في حق المسلم ويجب إراقها ، وكذا الخنزير غير متقوم ، لكن لو قام الغاصب بتخليل خمر المسلم ثم استهلكها يضمن خلاً مثلها لا خمراً ؛ لأن الغصب حين وجوده لم ينعد سبباً لوجوب الضمان ، فإن استهلكه فقد وجد منه سبب الضمان ، وهو إتلاف خل مملوك للمغصوب منه ، فيضمن . وكذلك يضمن الغاصب جلد الميتة إذا دبغه ، ويجب عليه فقط ما زاد الدباغ فيه ؛ لأنه بالدبغ صار مالاً متقوماً .

ويضمن المسلم أو الذمي خمر الذمي أو خنزيره إذا استهلكه ؛ لأن كلاً منهما مال

(١) مغني المحتاج : ٤٨٦/٢ ، المهذب : ٣٦٧/١ ، فتح العزيز : ٢٦٢/١١ ، المغني : ٢٧٠/٥ القواعد لابن رجب : ص ٢١٣ .

(٢) البدائع : ١٤٧/٧ وما بعدها ، ١٦٢ وما بعدها ، الدر المختار : ١٤٧/٥ - ١٤٩ ، تكلية فتح القدير : ٣٩٦/٧ - ٤٠٥ ، اللباب : ١٩٥/٢ ، تبين الحقائق : ٢٢٢/٥ .

عند أهل الذمة ، فالخمر عندهم كالخل عندنا ، والخنزير عندهم كالشاة عندنا ؛ لأن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين ، ونحن أمرنا بتركهم وما يدينون^(١) ، وبه يقرون على بيعها . لكن تجب على المسلم قيمة الخمر ، وإن كان من المثليات ؛ لأن المسلم ممنوع من تملكه ، وغير المسلم يجوز له تسليم المثل ؛ لأنه يجوز له تملك الخمر وتمليكها بالبيع وغيره .

أما الميتة والدم ولو لذمي فلا يضمنان بالغصب ؛ لأنها ليسا بمال ، ولا يدين أحد من أهل الأديان تمولها . كما لا يضمن متروك التسمية عمداً ولو كان مملوكاً لمن يبيحه ، وهم الشافعية .

وكذلك يضمن المسلم قيمة صليب غصبه من نصراني فهلكت في يده ؛ لأنه مقر على ذلك .

وقال أبو حنيفة : ومن كسر لمسلم آلة من آلات اللهو والطرب كالطبل والمزمار والدف ونحوها ، فهو ضامن ؛ لأنها أموال لصلاحياتها لما يحل من وجوه الانتفاع لغير اللهو ، وإن استعملت فيما لا يحل ، كالمغنية إذا اعتدي عليها ، وتضمن قيمة هذه الآلات خشباً منحوتاً صالحاً لغير اللهو ، أي تضمن قيمتها قبل التصنيع .

أما الصحابان فقالا : لاتضمن آلات الملاهي ؛ لأن هذه الأشياء أعدت للمعصية ، فبطل تقومها كالخمر ، ولأنه يجب شرعاً إتلافها ، وقد فعل المتلف ما أمر به الشرع ، فلا ضمان عليه ، كما إذا فعل أمراً يأذن الإمام .

وقال المالكية^(٢) مثلما قال الحنفية : لاتضمن خمر المسلم أو خنزيره ، ولا آلات الملاهي والأصنام ، لقوله ﷺ : « إن الله تعالى ورسوله حرم بيع الخمر والميتة

(١) هذا مروى عن علي بن أبي طالب كرم الله وجهه حيث قال : « إنما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا ، وأموالهم كأموالنا » . « وأمرنا بتركهم وما يدينون » (نصب الراية : ٣٦٩/٤ ، تكملة فتح القدير : ٣٩٨/٧) .

(٢) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي : ٢٠٤/٢ ، ٤٤٧/٣ ، الشرح الصغير : ٥٩٢/٣ وما بعدها .

والخنزير والأصنام»^(١)، ولأنه لاقية لها، ومالا قيمة له لا يضمن .

لكن يضمن الغاصب خمر الذمي لتعديده عليه، ولأنها مال محترم عند غير المسلمين يتولونها . وإذا تخللت الخمر، وكانت لمسلم خير صاحبها بين أخذها خلاً، أو مثل عصيرها إن علم قدرها، والإفقيتها . أما خمر غير المسلم فيخير صاحبها بين أخذ قيمتها يوم الغصب، أو أخذ الخل، على المفتى به عند المالكية .

وإن كان المغصوب جلد ميتة لم يدبغ أو دبغ، أو كلباً مأذوناً في اتخاذه، مثل كلب صيد أو ماشية أو حراسة، فأتلفه الغاصب، فإنه يغرم القيمة، ولو لم يجز بيع الجلد أو الكلب .

وقال الشافعية والحنابلة^(٢): لا تضمن الخمر والخنزير، سواء أكان متلفها مسلماً أم ذمياً، وسواء أكانت لمسلم أم لذمي، إذ لاقية لها كالدم والميتة وسائر الأعيان النجسة، وما حرم الانتفاع به لم يضمن ببطل عنه؛ لأن الرسول ﷺ حرم بيعها، وأمر بإراقتها، فما لا يحل بيعه ولا تملكه، لا ضمان فيه .

كذلك لا ضمان عندهم باتلاف الأصنام وآلات الملاهي، إلا أن الشافعية أجازوا ضمانها خشباً منحوتاً فقط^(٣) كما قال أبو حنيفة، إذا كانت صالحة لمنفعة مباحة، فإن لم تصلح لذاك لم يلزم المتلف شيء، لأنه لم يتلف ما له قيمة .

لكن إذا كانت خمر الذمي ما زالت باقية عند الغاصب، فيجب ردها عليه؛ لأنه يقر على شربها . فإن غصبها من مسلم لم يلزم عند الحنابلة ردها، ويجب إراقتها؛ لأنه لا يقر على اقتنائها، ويجرم ردها إلى المسلم إذا لم يكن صانع خل (خلاً) لأنه إعانة له على ما يحرم عليه .

(١) أخرجه البخاري ومسلم من حديث جابر يوم الفتح .

(٢) مغني المحتاج : ٢٨٥/٢ ، ٢٩١ ، فتح العزيز شرح الوجيز : ٢٥٨/١١ ، المغني : ٢٥٦/٥ ، ٢٧٦ . المهذب : ٢٧٤/١ ، كشاف القناع : ٨٤/٤ وما بعدها ، الميزان : ٩٠/٢ .

(٣) عبارة الشافعية في هذا : ان المتلف يلزمه الفرق ما بين قيمة الآلة مفككة (مفصلة) ومكسورة .

وفصل الشافعية فقالوا: ترد الخمر المحترمة^(١) المغصوبة من مسلم إليه، ولا ترد الخمر غير المحترمة بل تراق .

ولو غصب غاصب عصيراً، فتخمر، ثم تخلل، فالأصح عند الشافعية أن الخل للمالك، وعلى الغاصب أرش مانتقص من قيمة العصور، إن كان الخل أنقص قيمة من العصور، لحصوله في يده . وقال الحنابلة: إنه يجب عليه مثل العصور .

ولو غصب جلد ميتة فدبغه، فالأصح عند الشافعية أيضاً أن الجلد للمغصوب منه كالخمر التي تخللت، فإذا تلفا في يده ضمنها . وقال الحنابلة: إن غصب جلد ميتة نجسة لم يلزم الغاصب رده ولو دبغه؛ لأنه لا يطهر بدبغه عندهم، ولا قيمة له؛ لأنه لا يصح بيعه .

المطلب الثاني - أحكام الغصب :

للغصب أحكام ثلاثة: الإثم لمن علم أنه مال الغير، ورد العين المغصوبة مادامت قائمة، وضمانها إذا هلكت^(٢) .

الحكم الأول - الإثم : وهو استحقاق المؤاخذة في الآخرة، إذا فعل الغصب عالماً أن المغصوب مال الغير؛ لأن ذلك معصية، وارتكاب المعصية عمداً موجب للمؤاخذة^(٣)، لقوله عليه الصلاة والسلام: « من غصب شبراً من أرض، طوقه الله تعالى من سبع أرضين يوم القيامة » .

- (١) الخمر المحترمة: هي التي عصرت من غير قصد الخمرية، سواء عصرت بقصد الخلية أو عصرت بغير قصد شيء .
- (٢) الدر المختار: ١٢٦/٥، القوانين الفقهية: ص ٣٣٠، مغني المحتاج: ٢٧٧/٢، المغني: ٢٥٩/٥ وما بعدها .
- (٣) إن أخذ أموال الناس بالباطل له عشرة أنواع كلها حرام، والحكم فيها مختلف: الأول - الخرابية، والثاني - الغصب، والثالث - السرقة، والرابع - الاختلاس، والخامس - الخيانة، والسادس - الأذلال، والسابع - الفجور في الخصام بانكار الحق أو دعوى الباطل، والثامن - القمار، كالشطرنج والنرد، والتاسع - الرشوة، فلا محل أخذها ولا عطاؤها، والعاشر - الغش والخلافة في البيوع (القوانين الفقهية: ص ٢٢٩) والحرام: لا يجوز قبوله ولا الأكل منه ولا السكنى فيه، لكن يجوز أخذ العوض عن التالف عند الغاصب: لأن دفع العوض واجب مستقل .

ويؤدب بالضرب والسجن عند الحنفية والمالكية^(١) غاصب ميم صغير أو كبير لحق الله تعالى ، ولو عفا عنه المغصوب منه ، باجتهاد الحاكم لدفع الفساد ، وإصلاح حاله ، وزجره هو وأمثاله . أما غير المميز من صغير ومجنون فلا يعزر . كذلك نص الشافعية^(٢) على أنه يعزر الغاصب لحق الله تعالى ، واستيفاؤه للإمام .

فإن حدث الغصب لا عن علم بأن ظن أن الشيء ملكه ، فلا إثم ولا مؤاخذه عليه ؛ لأنه خطأ ، والخطأ لا مؤاخذه عليه شرعاً لقوله تعالى : ﴿ ربنا لا تؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا ﴾ وقوله عليه الصلاة والسلام : « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه »^(٣) .

ولكن في هذه الحالة يبقى الحكمان الأخيران وهما : رد العين مادامت قائمة ، والغرم إذا صارت هالكة .

الحكم الثاني - رد العين المغصوبة مادامت قائمة : والكلام فيه في مواضع هي : سبب وجوب الرد ، وشرط الرد ومكانه ومؤنته ، وما يصير به المالك مسترداً^(٤) :

اتفق الفقهاء على أنه يجب رد العين المغصوبة إلى صاحبها حال قيامها ووجودها بذاتها لقوله ﷺ : « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » « لا يأخذن أحدكم متاع أخيه جاداً ، ولا لاعباً ، وإذا أخذ أحدكم عصا أخيه ، فليردها عليه »^(٥) وترد إلى مكان الغصب لتفاوت القيم باختلاف الأماكن .

ومؤنة الرد (نفقته) على الغاصب ؛ لأنها من ضرورات الرد ، فإذا وجب عليه الرد ، وجب عليه ما هو من ضروراته كما في رد العارية .

(١) الشرح الكبير : ٤٤٢/٣ ؛ القوانين الفقهية : ص ٣٣٠ .

(٢) مغني المحتاج : ٢٧٧/٤ .

(٣) رواه ابن ماجه والبيهقي وغيرهما عن ابن عباس بلفظ « ان الله تجاوز لي عن أمتي الخطأ ... » الحديث .

(٤) البدائع : ١٤٨/٧ ، الدر المختار : ١٢٨/٥ ، تكملة الفتح : ٣٦٧/٧ ، الميزان : ٨٨/٢ .

(٥) رواه أحمد وأبو داود والترمذي عن السائب بن يزيد عن أبيه (نيل الاوطار : ٣١٦/٥) .

ويصير المالك مسترداً للمغصوب : بإثبات يده عليه ، لأنه صار مغصوباً بتفويت يده عنه . فإذا أثبت يده عليه ، فقد أعاده إلى يده ، وزالت يد الغاصب عنه ، إلا أن يغصبه مرة أخرى .

ويبرأ الغاصب من الضمان بالرد ، سواء علم المالك بحدوث الرد أم لم يعلم ؛ لأن إثبات اليد على الشيء أمر حسي لا يختلف بالعلم أو الجهل بحدوثه .

الحكم الثالث - ضمان المغصوب إذا هلك : والكلام فيه يتناول عدة مواضع هي ما يأتي :

١- كيفية الضمان :

إذا هلك المغصوب عند الغاصب ، وكان من المنقولات عند الحنفية^(١) ، أو من العقارات أو المنقولات عند غير الحنفية^(٢) ، بفعله أو بغير فعله ، فعليه ضمانه ، أي غرامته أو تعويضه . لكن إن كان الهلاك يتعد من غيره ، لا بأفة سماوية ، رجع الغاصب عليه بما ضمن ؛ لأنه يستقر عليه ضمان الشيء الذي كان يمكنه أن يتخلص منه برده إلى من كان في يده . وعبارتهم فيه : « الغاصب ضامن لما غصبه ، سواء تلف بأمر الله ، أو من مخلوق »^(٣) .

وكيفية الضمان أو قاعدته : أنه يجب ضمان المثل باتفاق العلماء إذا كان المال مثلياً ، وقيمه إذا كان قيمياً ، فإن تعذر وجود المثل وجبت القيمة للضرورة .

(١) المسوط : ٥٠/١١ ، البدائع : ١٥٠/٧ ، ١٦٨ ، الدر المختار : ١٢٨/٥ ، تبين الحقائق : ٢٢٣/٥ ، ٢٣٤ ، تكملة

الفتح : ٣٦٣/٧ ، اللباب والكتاب : ١٨٨/٤ وما بعدها .

(٢) الشرح الكبير للدردير : ٤٤٣/٣ ، القوانين الفقهية : ص ٣٣٠ وما بعدها ، بداية المجتهد : ٣١٢/٢ ، مغني

الاحتجاج : ٢٨١/٢ ، ٢٨٤ ، فتح العزيز شرح الوجيز : ٢٤٢/١١ بهامش المجموع ، المغني : ٢٢١/٥ ، ٢٥٤ ، ٢٥٨ ،

كشاف القناع : ١١٦/٤ وما بعدها .

(٣) القوانين الفقهية : ص ٣٣١ .

أما ضمان المثل فلقوله تعالى : ﴿ فن اعتدى عليكم ، فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ﴾ ﴿ وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به ﴾ ﴿ وجزاء سيئة سيئة مثلها ﴾ ولأن المثل تماماً أقرب إلى الأصل التالف ، فكان الإلزام به أعدل وأتم لجبران الضرر ، والواجب في الضمان الاقتراب من الأصل بقدر الإمكان تعويضاً للضرر .

وأما ضمان القيمة فلأنه تعذر الوفاء بالمثل تماماً صورة ومعنى ، فيجب المثل المعنوي وهو القيمة ؛ لأنها تقوم مقامه ، ويحصل بها مثله ، واسمها ينبئ عنه .

والمال المثلي : هو ما يوجد له مثل في الأسواق بلا تفاوت يعتد به . أو هو ما تماثلت أحاده أو أجزاؤه بحيث يمكن أن يقوم بعضها مقام بعض دون فرق يعتد به . والأموال المثلية أربعة : هي الكيليات والموزونات ، والعدييات المتقاربة ، وبعض أنواع الذرعيات .

والكيليات : هي التي تباع بالكيل كالقمح والشعير ، وكبعض السوائل التي تباع اليوم بالليتر كالبنزين .

والموزونات : هي التي تباع بالوزن كالسمن والزيت والسكر .

والذرعيات : هي التي تباع بالذراع ونحوه كالقطع الكبرى من المنسوجات الصوفية أو القطنية أو الحريرية .

والعدييات المتقاربة : هي التي لا تتفاوت أحادها إلا تفاوتاً بسيطاً كالبيض والجوز . وكالمصنوعات المتماثلة من صنع المعامل كالكووس وصحون الخزف والبلور ونحوها من الدفاتر والأقلام والمطبوعات .

والقيمي : هو ما ليس له مثل في الأسواق ، أو يوجد لكن مع التفاوت المعتد به في القيمة . أو هو ما تفاوتت أفرادها ، فلا يقوم بعضها مقام بعض بلا فرق كالذرة

والأراضي والأشجار والحيوان والمفروشات والمخطوطات ونحوها^(١).

وتجب القيمة في ثلاث حالات^(٢) :

١- إذا كان الشيء غير مثلي كالحیوانات والدور والمصوغات ، فلكل واحد منها قيمة تختلف عن الأخرى باختلاف الصفات المميزة لكل واحد .

٢- إذا كان الشيء خليطاً مما هو مثلي بغير جنسه ، كالحنطة مع الشعير .

٣- إذا كان الشيء مثلياً تعذر وجود مثله ، والتعذر إما حقيقي حسي كاتقطاع وجود المثل في السوق بعد البحث عنه ، وإن وجد في البيوت ، أو حكمي : كأن لم يوجد إلا بأكثر من ثمن المثل ، أو شرعي : بالنسبة للضامن كالحجر بالنسبة للمسلم يجب عليه للذمي عند أئمة المذاهب كما بينا ضمان القيمة ، وإن كانت الحجر من المثليات ؛ لأنه يحرم على المسلم تملكها بالشراء .

وبه يتبين أن الواجب الأصلي في الضمان (أو التعويض أو الغرامة) : هو إزالة الضرر عيناً لإصلاح الحائط ، ورد عين المغصوب مادام قائماً ، ورد الحجر المغصوبة مادامت باقية بالنسبة للمسلم ، إذ له عند الحنفية إمساكها لتصير خلاً ، وجبر المتلف وإعادته صحيحاً كما كان ، عند الإمامان ، إعادة المكسور صحيحاً . فإن تعذرت الإعادة وجب التعويض المثلي في المثليات ، والنقدي أو القيمة في القيميات .

٢- وقت وجوب الضمان أو وقت تقدير التعويض :

للفقهاء آراء متقاربة في وقت الضمان أو تقدير قيمة التعويض ، فقال الحنفية

(١) الدر المختار وحاشيته : ١٣٠/٥ ، ١٧٣/٤ ، اللباب والكتاب : ١٨٨/٢ ، تكملة الفتح : ٣٦٣/٧ ، تبين الحقائق : ٢٣٣/٥ ، بداية المجتهد : ٣١٢/٢ ، شرح الرسالة : ٢١٧/٢ ، القوانين الفقهية : ص ٣٣٠ ، مغني المحتاج : ٢٨١/٢ ، ٢٨٤ ، كشف القناع : ١١٦/٤ وما بعدها ، الدخول لنظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي للاستاذ مصطفى الزرقا : ص ٥٠ .

(٢) الدر المختار ورد المختار : ١٢٩/٥ .

على المختار عندهم^(١) والمالكية^(٢) : تقدّر قيمة المغصوب يوم الغصب ؛ لأن الضمان يجب بالغصب ، فتقدّر قيمة المغصوب يوم الغصب ، فلا يتغير التقدير بتغير الأسعار ؛ لأن سبب الضمان لم يتغير كما لم يتغير محل الضمان ، لكن فرق المالكية بين ضمان الذات وضمان الغلة ، فتضمن الأولى يوم الاستيلاء عليها ، وتضمن الغلة من يوم استغلالها ، وأما المتعدي : وهو غاصب المنفعة فيضمن المنفعة بمجرد فواتها على صاحبها وإن لم يستعملها .

وقال الشافعية^(٣) : الأصح أن المعتبر في الضمان هو أقصى قيمة للمغصوب من وقت الغصب في بلد الغصب إلى وقت تعذر وجود المثل . وإذا كان المثل مفقوداً عند التلف ، فالأصح وجوب الأكثر قيمة من الغصب إلى التلف ، سواء أكان ذلك بتغير الأسعار ، أم بتغير المغصوب في نفسه .

وأما المال القيمي : فيضمن بأقصى قيمة له من يوم الغصب إلى يوم التلف .

وقال الحنابلة^(٤) : إن كان المغصوب من المثليات ، وفقد المثل ، وجبت قيمته يوم انقطاع المثل ؛ لأن القيمة وجبت في الذمة حين انقطاع المثل ، فقدّرت القيمة حينئذ كتلف المتقوم .

وإن كان المغصوب من القيميات وتلف ، فالواجب القيمة أكثر ما كانت من حين الغصب إلى حين الرد ، إذا كان التغير في المغصوب نفسه من كبر وصغر ، وسمن

(١) هذا هو رأي أبي يوسف وهو الذي أخذت به المجلة م/٩٢٧ ، وقال أبو حنيفة : تجب القيمة وقت الخصومة أي المحاكمة ، وقال محمد : تجب القيمة يوم انقطاع المثل من الاسواق .

(٢) البدائع : ١٥١/٧ ، الدر المختار : ١٢٨/٥ ، تكملة الفتح : ٣٦٣/٧ ، البسوط : ٥٠/١١ ، تبين الحقائق : ٢٢٣/٥ ، اللباب مع الكتاب : ١٨٨/٢ ، الشرح الكبير للدردير : ٤٤٣/٣ ، ٤٤٨ ، بداية المجتهد : ٣١٢/٢ ، القوانين الفقهية : ص ٣٣٠ .

(٣) مغني المحتاج : ٢٨٢/٢ ، المهذب : ٣٦٨/١ بجزمي الخطيب : ١٣٦/٣ ، نهاية المحتاج : ١١٩/٤ - ١٢١ .

(٤) المغني : ٢٥٧/٥ وما بعدها ، كشاف القناع : ١١٧/٤ .

وهزال ، ونحوها من المعاني التي تزيد بها القيمة وتنقص ؛ لأن هذه المعاني مغصوبة في الحال التي زادت فيها ، والزيادة لمالكها مضمونة على الغاصب .

وإن كانت زيادة القيمة لتغير الأسعار ، لم تضمن الزيادة ؛ لأن نقصان القيمة لهذا السبب لا يضمن إذا ردت العين المغصوبة بذاتها ، فلا يضمن عند تلفها .

٣- ما يخرج به الغاصب عن عهدة الضمان :

يخرج الغاصب عن عهدة الضمان بأمرين^(١) :

أحدهما - أداء الضمان إلى المالك أو من يقوم مقامه ؛ لأنه المطلوب أصالة .
والثاني - الإبراء عن الضمان ، إما صراحة مثل : أبرأتك عن الضمان أو أسقطته عنك أو وهبته منك ونحوه ، أو يجري مجرى الصريح : وهو أن يختار المالك تضمين أحد الغاصبين ، فيبرأ الآخر ؛ لأن اختيار تضمين أحدهما إبراء للآخر ضمناً (دلالة) .

وهل يملك الغاصب الشيء المضمون بالضمان ؟

قال الحنفية^(٢) : يملك الغاصب الشيء المغصوب بعد ضمانه من وقت وجود الغصب ، حتى لا يجتمع البدل والمبدل في ملك المالك . وينتج عن التملك أن الغاصب لو تصرف في المغصوب بالبيع أو الهبة أو الصدقة قبل أداء الضمان ، ينفذ تصرفه ، كما تنفذ تصرفات المشتري في المشتري شراء فاسداً ، وكما لو غصب شخص عيناً فغيبها (أخفاها) فضمنه المالك قيمتها ، ملكها الغاصب ؛ لأن المالك ملك البدل كله ، والمبدل قابل للنقل ، فيملكه الغاصب لثلا يجتمع البدلان في ملك شخص واحد .

(١) البدائع : ١٥١٧ .

(٢) المبسوط : ١٥/١٦ ، البدائع : ١٥٢/٧ وما بعدها ، اللباب شرح الكتاب : ١٩٢/٢ .

ولكن في رأي أبي حنيفة ومحمد^(١) : لا يحل للغاصب الانتفاع بالمغصوب بأن يأكله بنفسه أو يطعمه غيره قبل أداء الضمان . وإذا حصل فيه فضل (أي غناء وزيادة) يتصدق بالفضل استحساناً ، وعليه ، إن غلة المغصوب المستفادة من إركاب سيارة مثلاً لا تطيب له ؛ لأن النبي ﷺ لم يبيح الانتفاع بالمغصوب قبل إرضاء المالك ، روى أبو حنيفة بسنده عن أبي موسى رضي الله عنه « أن النبي ﷺ كان في ضيافة قوم من الأنصار ، فقدموا إليه شاة مصلية (مشوية) ، فأخذ منها لقمة ، فجعل يمضغها ولا يسفغها ، فقال عليه الصلاة والسلام : إن هذه الشاة لتخبرني أنها ذبحت بغير حق ، قالوا : هذه الشاة لجار لنا ، ذبحناها لرضيه بثمنها ، فقال ﷺ : أطعموها الأسارى^(٢) » فقد حرم عليهم الانتفاع بها ، مع حاجتهم ، ولو كانت حلالاً لأطلق لهم إباحة الانتفاع بها .

وقال المالكية^(٣) : يمنع الغاصب من التصرف في المغصوب برهن أو كفالة خشية ضياع حق المالك ، ولا يجوز لمن وهب له منه شيء قبله ولا الأكل منه مثلاً ولا السكنى فيه مثل أي شيء حرام ، لكن لو تلف المغصوب عند الغاصب أو استهلكه (أي فات عنده بتعبيرهم) ، فالأرجح عندهم أنه يجوز للغاصب الانتفاع به ؛ لأنه وجبت عليه قيمته في ذمته ، فقد أفتى بعض المحققين بجواز الشراء من لحم الأغنام المغصوبة إذا باعها الغاصب للجزارين ، فذبحوها ؛ لأنه بذبحها ترتبت القيمة في ذمة الغاصب ، إلا أنهم قالوا : ومن اتقاه فقد استبرأ لدينه وعرضه ، ومعناه أن الغاصب يملك بالضمان الشيء المغصوب من يوم التلف .

(١) وقال أبو يوسف وزفر : يحل له الانتفاع ولا يلزمه التصديق بالفعل إن كان فيه فضل ، لان المغصوب مملوك للغاصب من وقت الغصب : « المصونات تملك بأداء الضمان مستندا الى وقت الغصب » أي بأثر رجعي ، وعلى هذا فإن غلة المغصوب تطيب للغاصب .

(٢) رواه محمد بن الحسن في كتاب الآثار ، وأبو داود وأحمد في مسنده والدارقطني في سننه من حديث عاصم بن كليب عن أبيه عن رجل من الأنصار (نصب الراية : ١٦٨/٤) .

(٣) الشرح الكبير : ٤٤٥/٣ وما بعدها ، الشرح الصغير : ٥٨٦/٣ .

وقال الشافعية والحنابلة^(١) : لا يملك الغاصب العين المغصوبة بدفع القيمة ؛ لأنه لا يصح أن يملكه بالبيع لغيره لعدم القدرة على التسليم ، فلا يصح أن يملكه بالتضمين ، كالثيء التالف لا يملكه بالإتلاف .

وبناء عليه تحرم عندهم تصرفات الغاصب بعقد أو غيره ، ولا تصح^(٢) ، لحديث : « من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد »^(٣) أي مردود ، فلا يجوز له بيعه أو إجارته ، كما لا يجوز له إتلافه واستعماله كأكل ولبس وركوب وحمل عليه وسكنى العقار ، لحديث « إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم حرام عليكم » .

٤ - تغير العين المغصوبة عند الغاصب :

قال الحنفية : قد يتغير المغصوب عند الغاصب بنفسه أو بفعل الغاصب ، وهذا الأخير قد يكون تغيراً في الوصف أو تغيراً في الاسم والذات^(٤) . وكل حالات التغير يكون المغصوب فيها موجوداً .

أ- فإذا تغير المغصوب بنفسه كما لو كان عنباً فأصبح زيبياً ، أو رطباً فأصبح تمرأ ، فيتخير المالك بين استرداد عين المغصوب ، وبين تضمين الغاصب قيمته .

ب- وأما تغير وصف المغصوب بفعل الغاصب من طريق الإضافة أو الزيادة ،

(١) المهذب : ٣٦٨/١ ، مغني المحتاج : ٢٧٧/٢ ، ٢٧٩ ، كشف القناع : ١٢٠/٤ ، ١٢٣ وما بعدها ، المغني : ٢٥١/٥ - ٢٥٣ .

(٢) وكذلك قال الحنابلة خلافاً للجمهور : يجرم الحج ولا يصح من المال المغصوب وسائر العبادات كالصلاة بثوب مغصوب ، أو في مكان مغصوب ، والوضوء من ماء مغصوب ، وإخراج زكاته بخلاف عبادة لا يحتاج فيها إلى المغصوب كالصوم والذكر والاعتقاد (كشف القناع : ١٢٣/٤ وما بعدها ، وراجع للمؤلف الوسيط في أصول الفقه : ص ٧٤ وما بعدها ، طبعة ثانية) .

(٣) رواه مسلم عن عائشة رضي الله عنها .

(٤) تكملة فتح القدير : ٢٧٥/٧ ، ٢٨٤ ، اللباب مع الكتاب : ١٩١/٢ ، ١٩٣ ، تبين الحقائق : ٢٢٦/٥ ، ٢٢٩ ، الدر المختار : ١٢٤/٥ - ١٢٨ ، البدائع : ١٦٠/٧ وما بعدها .

كما لو صبغ الثوب ، أو خلط الدقيق (السويق) بسمن ، أو اختلط المغصوب بملك الغاصب بحيث يتمتع تمييزه كخلط البر بالبر أو يمكن بمرج كخلط البر بالشعير ، فيوجب إعطاء الخيار للمالك : إن شاء ضمن الغاصب قيمة المغصوب قبل تغييره ، وإن شاء أخذه وأعطى الغاصب قيمة الزيادة مثل ما زاد الصبغ في الثوب ؛ لأن في التخيير رعاية للجانبين .

وهذا مذهب المالكية أيضاً^(١) .

وقال الشافعية^(٢) : إن أمكن فصل الزيادة من الصباغة أو السمن ، أجبر الغاصب عليه في الأصح ، وإن لم يمكن : فإن لم تزد قيمة المغصوب فلا شيء للغاصب فيه ، وإن نقصت قيمته لزم الغاصب أرش النقص ؛ لأن النقص حصل بفعله ، وإن زادت قيمة المغصوب اشترك الغاصب والمالك فيه أثلاثاً : ثلثاه للمغصوب منه ، وثلثه للغاصب . فإن حدث في ملك أحدهما نقص لانخفاض سعره أو زيادة لارتفاع سعره عمل به .

وقال الحنابلة^(٣) كالشافعية إجمالاً : إلا أنهم قالوا : لا يجبر الغاصب على قلع الصبغ من الثوب ؛ لأن فيه إتلافاً للملكه وهو الصبغ . وإن حدث نقص ضمن الغاصب النقص ؛ لأنه حصل بتعديده ، ضمنه ، وإن حصلت زيادة ، فالمالك والغاصب شريكان بقدر ملكيها ، فيباع الشيء ، ويوزع الثمن على قدر القيمتين . وبه يظهر أن الفقهاء متفقون على ضمان النقص ، وعلى حق الغاصب في الزيادة .

جـ - وأما تغيير ذات المغصوب واسمه بفعل الغاصب بحيث زال أكثر منافعه المقصودة : كما لو غصب شاة فذبحها وشواها ، أو طبخها ، أو غصب حنطة فطحنها

(١) الشرح الكبير : ٤٥٤/٣ .

(٢) مغني المحتاج : ٢٩١/٢ وما بعدها .

(٣) كشف القناع : ٨٦/٤ ، ١٠٣ وما بعدها ، المغني : ٢٦٦/٥ وما بعدها .

دقيقاً ، أو حديداً فاتخذة سيفاً ، أو نحاساً فاتخذة آنية ، فإنه يزول ملك المغصوب منه عن المغصوب ، ويملكه الغاصب ، ويضمن بدله : المثل في المثلي ، والقيمة في القيمي . ولكن لا يحل له الانتفاع به حتى يؤدي بدله استحساناً ؛ لأن في إباحة الانتفاع قبل أداء البدل فتح باب الغصب ، فيحرم الانتفاع قبل إرضاء المالك بأداء البدل أو إبرائه ، حسباً لمادة الفساد .

وكذلك قال المالكية كما بينا في فرع (٣) السابق .

وقال الشافعية والحنابلة^(١) : لا ينقطع حق المالك في ملكه ، وله أن يأخذه ، وأرش نقصه إن نقص ، ولا شيء للغاصب في زيادته في الصحيح من مذهب الحنابلة .

وقال أبو حنيفة^(٢) مثل الشافعية والحنابلة فيمن غصب فضة أو ذهباً ، فصكها (ضربها) دراهم أو دنانير ، أو صنعها آنية ، لا يزول ملك مالكها عنها ، ولا شيء للغاصب ؛ لأن العين باقية من كل وجه ، فاسمها باق ، وأحكامها الأربعة المتعلقة بالذهب والفضة باقية ، وهي (الثنية ، وكونها موزونة ، وجريان الربا فيها ، ووجوب الزكاة عليها) فلم ينقطع حق المالك بها .

وظل الصحابان في ذلك على أصلها السابق^(٣) : وهو أنه يملكها الغاصب ، وعليه مثلها ؛ لأنه أحدث فيها صنعة معتبرة ، صير بها حق المالك في حكم الهالك (التالف) ، وتغاير الأصل مع الحادث المصنوع في الاسم والمعنى ، فكان قبل الصنع يسمى تبراً ، وبعده سمي دراهم ودنانير أو آنية .

(١) المهذب : ٣٦٩/١ ، المغني : ٢٤٢/٥ .

(٢) تكملة الفتوح مع العناية : ٣٧٩/٧ ، الكتاب مع اللباب : ١٩٢/٢ .

(٣) وإطلاق نص المجلة (م ٨٩٩) يتشى مع عموم مذهب الصحابين .

هـ - نقصان المغصوب :

نقص المغصوب في يد الغاصب قد يكون معنوياً أو حسيماً مادياً ، وهو يشمل صوراً أربعة هي ما يأتي^(١) :

أ- أن يحدث النقص بسبب هبوط الأسعار في الأسواق : وهذا لا يكون مضموناً إذا رد العين في مكان الغصب ؛ لأن نقصان السعر ليس نقصاً مادياً في المغصوب بفوات جزء من العين ، وإنما يحدث بسبب فتور الرغبات التي تتأثر بإرادة الله تعالى ، ولا صنع للعبد فيها .

ب- أن يكون النقص بسبب فوات وصف مرغوب فيه ، كضعف الحيوان ، وزوال سمعه أو بصره ، أو طروء الشلل أو العرج أو العور أو سقوط عضو من الأعضاء ، فيجب على الغاصب ضمان النقص في غير مال الربا ، ويأخذ المالك العين المغصوبة ، لبقاء العين على حالها .

فإن كان المغصوب من أموال الربا كتعفن الخنطة ، وكسر إناء الفضة ، فليس للمالك إلا أخذ المغصوب بذاته ، ولا شيء له غيره بسبب النقصان ؛ لأن الربويات لا يمكنهم فيها ضمان النقصان ، مع استرداد الأصل ؛ لأنه يؤدي إلى الربا .

ج- أن يكون النقص بسبب فوات معنى مرغوب فيه في العين ، مثل الشيخوخة بعد الشباب ، والهرب ، ونسيان الحرفة ، فيجب ضمان النقص في كل الأحوال .

د- أن يكون النقص بفوات (زوال) جزء من العين المغصوبة ، كخرق الثوب ، فيجب الضمان في جميع الأحوال .

(١) البدائع : ١٥٥/٧ ، تكملة الفتح : ٢٨٢/٧ ، تبين الحقائق : ٢٢٨/٥ وما بعدها ، اللباب شرح الكتاب : ١٩٠/٢ ، رد المحتار : ١٢٢/٥ .

لكن إن كان النقص يسيراً كالخرق اليسير في الثوب ، فليس للمالك سوى تضمين الغاصب مقدار النقصان لبقاء العين بذاتها .

وإن كان النقص فاحشاً كالخرق الكبير في الثوب بحيث يبطل عامة منافعه ، فالمالك بالخيار بين أخذه وتضمينه النقصان ، لتعيبه ، وبين تركه للغاصب وأخذ جميع قيمته ؛ لأنه أصبح مستهلكاً له من وجه . والصحيح في ضابط الفرق بين اليسير والفاحش هو ما يأتي^(١) :

اليسير : ما لا يفوت به شيء من المنفعة ، وإنما يدخل فيه نقصان في المنفعة .

والفاحش : هو ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعة ، ويبقى بعض العين وبعض المنفعة .

وقدرت المجلة (م ٩٠٠) : اليسير بما لم يكن بالغاً ربع قيمة المغصوب .
والفاحش : بما ساوى ربع قيمة المغصوب أو أزيد .

وإذا وجب ضمان النقصان قوّمت العين صحيحة يوم غضبها ، ثم تقوّم ناقصة ، فيغرم الغاصب الفرق بينهما .

وإذا كان العقار مغصوباً ، فإنه وإن لم تضمن عينه بهلاكه بأفة ساوية عند الحنفية ، فإن النقص الطارئ عليه بفعل الغاصب أو بسكنائه أو بسبب زراعة الأرض مضمون ، كما أشرنا سابقاً ؛ لأنه إتلاف وتعد منه^(٢) .

وقال غير الحنفية^(٣) : لا يضمن نقص المغصوب ولا زيادته بسبب هبوط الأسعار ، أي كما قال الحنفية ؛ لأن النقص كان بسبب فتور رغبات الناس ، وهي

(١) رد المحتار : ١٣٦/٥ ، تبين الحقائق : ٢٢٩/٥ ، تكلة فتح القدير : ٢٨٢/٧ .

(٢) تكلة فتح القدير : ٣٦٩/٧ ، تبين الحقائق : ٢٢٩/٥ ، م ٩٠٥ من المجلة .

(٣) بداية المتهجد ٣١٢/٢ وما بعدها ، الشرح الكبير مع الدسوقي : ٤٥٢/٣ وما بعدها ، القوانين الفقهية :

ص ٣٣١ ، مغني المحتاج : ٢٨٦/٢ ، ٢٨٨ ، المهذب : ٣٦٩/١ ، كشاف القناع : ٩٩/٤ وما بعدها ، المغني :

٢٢٨/٥ ، ٢٣٢ ، ٢٤١ .

لا تقابل بشيء ، والمغصوب لم تنقص عينه ولا صفته^(١) ، لكن الشافعية وأبو ثور قالوا : إذا نقصت القيمة بسبب تغير الأسعار ، يلزم الغاصب بضمان النقصان .

وأما النقص الحاصل في ذات المغصوب أو في صفته ، فيكون مضموناً ، سواء حصل النقص بأفة سماوية أو بفعل الغاصب .

إلا أن المالكية قالوا في المشهور عندهم : إذا كان النقص بأمر من السماء ، فليس للمغصوب منه إلا أن يأخذ المغصوب ناقصاً كما هو ، أو يُضمن الغاصب قيمة المغصوب كله يوم الغصب ، ولا يأخذ قيمة النقص وحدها . وإن كان النقص بجناية الغاصب ، فالمالك مخير في المذهب بين أن يضمن الغاصب القيمة يوم الغصب ، أو يأخذه ، مع ما نقصته الجناية (أي يأخذ قيمة النقص) يوم الجناية عند ابن القاسم ، ويوم الغصب عند سحنون . ولم يفرق أشهب بين نقص السبأ وجناية الغاصب .

٦- زيادة المغصوب :

عرفنا أن زيادة المغصوب المتصلة أو المنفصلة لاتضمن عند شيخي الحنفية (أبي حنيفة وأبي يوسف) لعدم إزالة يد المالك عنها .

وتضمن الزوائد مطلقاً عند محمد والشافعية والحنابلة لتولدها من عين مملوكة ، وتضمن الزوائد المنفصلة فقط دون المتصلة عند المالكية . وما يتصل بزيادة المغصوب ما يأتي وهو :

البناء على الأرض المغصوبة أو زرعها أو غرسها :

اتفق أئمة المذاهب الأربعة - من حيث المبدأ - على أن الغاصب يلزم برد

(١) لا اعتبار بتغير السعر في السوق في غصب الدوات . أما التعدي : وهو غصب المنفعة عند المالكية فيتأثر بذلك فللمالك إلزام الغاصب قيمة الشيء إن تغير سوقها ، عما كان يوم التعدي ، وله أن يأخذ عين شئيه ، ولا شيء له على المتعدي .

المغصوب إلى صاحبه ، وإزالة ما أحدثه فيه من بناء أو زرع أو غرس ، لقوله ﷺ « ليس لعرق ظالم حق »^(١) .

وتفصيل آراء المذاهب ما يأتي :

١- قال الحنفية^(٢) : من غصب ساحة (خشبة عظيمة تستعمل في أبواب الدور وبنائها) فبنى عليها أو حولها ، وكانت قيمة البناء أكثر من قيمتها ، زال ملك مالكتها عنها ، ولزم الغاصب قيمتها ، لصيرورتها شيئاً آخر ، وفي القلع ضرر ظاهر لصاحب البناء (الغاصب) من غير فائدة تعود للمالك ، وضرر المالك ينجر بالضمان ، ولا ضرر في الإسلام . أما إذا كانت قيمة الساحة أكثر من البناء ، فلم يزل ملك مالكتها ، لأنه يرتكب أخف الضررين وأهون الشرين ، كما هو القاعدة .

وعقب القاضي زاده في تكملة الفتح على هذه التفرقة ، فقال : لافرق في المعنى بين أن تكون قيمة البناء أكثر من قيمة الساحة وبين العكس ؛ لأن ضرر المالك مجبور بالقيمة ، وضرر الغاصب ضرر محض ، ولا ريب أن الضرر المجبور دون الضرر المحض ، فلا يرتكب الضرر الأعلى عند إمكان العمل بالضرر الأدنى . وهذه مسألة الساحة يعمل فيها بقاعدة « الضرر الأشد يزال بالأخف »^(٣) .

وأما مسألة الساحة فهي : لو غصب غاصب أرضاً ، فغرس فيها ، أو بنى فيها ،

(١) رواه أبو داود والدارقطني عن عروة بن الزبير بلفظ : « من أحيا أرضاً فهي له ، وليس لعرق ظالم حق » (نيل الأوطار : ٢١٩/٥) .

(٢) تكملة فتح القدير : ٣٧٩/٧ ، ٣٨٢ ، الدر المختار : ١٣٥/٥ - ١٣٧ ، تبين الحقائق : ٢٢٨/٥ وما بعدها ، اللباب شرح الكتاب : ١٩٢/٢ .

(٣) وطبقوا هذه القاعدة أيضاً على فروع كثيرة منها : لو ابتلعت دجاجة لؤلؤة أو أدخل البقر رأسه في قدر ، أو أودع فصيلاً (ولد الناقة إذا فصل عن أمه) فكبر في بيت الوديع ولم يمكن إخراجه إلا بهدم الجدار ، أو سقط دينار في محبرة ولم يمكن إخراجه إلا بكسرها ونحو ذلك ، يرض صاحب الأكثر قيمة الأقل . ولو ابتلع إنسان لؤلؤة فمات ، لا يشق بطنه لأن حرمة الأدمي أعظم من حرمة المال ، وتكون قيمتها في تركته ، وهو مذهب الحنابلة أيضاً ، أي في اللؤلؤة . وجوزها الشافعي قياساً على الشق لإخراج الولد (الدر المختار : ١٣٥/٥) .

وكانت قيمة الأرض (الساحة) أكثر، أجبر الغاصب على قلع الغرس، وهدم البناء، ورد الأرض فارغة إلى صاحبها كما كانت؛ لأن الأرض لا تغصب حقيقة عندهم، فيبقى فيها حق المالك كما كان، والغاصب جعلها مشغولة فيؤمر بتفريغها، إذ ليس لعرق ظالم حق. فإن كانت قيمة البناء أكثر، فللغاصب أن يضمن للمالك قيمة الأرض ويأخذها.

وإذا كانت الأرض تنقص بقلع الغرس منها أو هدم البناء، فللمالك أن يضمن للغاصب قيمة البناء والغرس مقلوعاً (أنقاضاً) رعاية لمصلحة الطرفين ودفعاً للضرر، عنها، فتقوم الأرض بدون الشجر والبناء، وتقوم وبها شجر وبناء مستحق القلع والهدم، فيضمن الفرق بينها.

وإذا زرع الغاصب الأرض، فإن كانت الأرض ملكاً: فإن أعدها صاحبها للزراعة، فيكون الأمر مزارعة بين المالك والغاصب، ويحتكم إلى العرف في حصة كل منهما، النصف أو الربع مثلاً، وإن كانت معدة للإيجار فالنتائج للزارع، وعليه أجر مثل الأرض. وإن لم يكن شيء مما ذكر فعلى الغاصب نقصان ما نقص الزرع، وأما إذا كانت الأرض وقفاً أو مالاً يتيم، اعتبر العرف إذا كان أنفع، وإن لم يكن العرف أنفع وجب أجر المثل لقولهم: يفتى بما هو أنفع للوقف.

٢- وقال المالكية^(١):

أ- البناء: من غصب أرضاً أو عموداً أو خشباً، فبنى فيها أو بها، فيخير المالك بين المطالبة بهدم البناء على المغصوب، وبين إبقائه على أن يعطي الغاصب قيمة الأنتقاض، بعد طرح أجره القلع أو الهدم، ولا يعطيه قيمة التخصيص والتزويق وشبههما مما لا قيمة له، أي أنهم يرجحون مصلحة المالك؛ لأنه صاحب الحق.

(١) القوانين الفقهية: ص ٣٣١، الشرح الكبير: ٤٤٨/٣، بداية المجتهد: ٣١٧/٢.

ومن غصب سارية أو خشبة فبنى عليها ، فلصاحبها أخذها ، وإن هدم البنيان وهو قول الشافعية .

ب - الغرس :

ومن غصب أرضاً ، فغرس فيها أشجاراً لا يؤمر بقلعها ، ولمغصوب منه أن يعطيه قيمتها بعد طرح أجره القلع كالبنيان . فإن غصب أشجاراً ، فغرسها في أرضه أمر يقلعها .

ج - الزرع :

وإن زرع في الأرض المغصوبة زرعاً : فإن أخذها صاحبها في إبان الزراعة ، فهو مخير بين أن يقلع الزرع أو يتركه للزارع ويأخذ الكراء . وإن أخذها بعد إبان الزراعة ، فقليل : هو مخير كما ذكر ، وقليل : ليس له قلعه وله الكراء ، والزرع لزارعه .

٢ - وقال الشافعية^(١) : يكلف الغاصب هدم البناء وقلع الغراس على الأرض المغصوبة ، وأرش النقص إن حدث ، وإعادة الأرض كما كانت ، وأجرة المثل في مدة الغصب إن كان لمثلها أجره إذ ليس لعرق ظالم حق ، ولو أراد المالك تملكها بالقيمة ، أو إبقاءها بأجره ، لم يلزم الغاصب إجابته في الأصح ، لإمكان القلع بلا أرش ، ولو بذر الغاصب بذراً في الأرض ، فللمالك تكليفه إخراج البذر منها وأرش النقص ، وإن رضي المالك ببقاء البذر في الأرض لم يكن للغاصب إخراجه . كما لا يجوز للغاصب قلع تزويق الدار المغصوبة إن رضي المالك ببقائه ، والخلاصة : أن للمالك الحق في إزالة آثار الغصب بلا ضرر عليه .

٤ - وقال الحنابلة^(٢) : مثل الشافعية تماماً في البناء والغرس على الأرض المغصوبة

(١) مغني المحتاج : ٢٨٩/٢ ، ٢٩١ ، الميزان : ٨٩/٢ وما بعدها ، المهذب : ٣٧١/١ .

(٢) المغني : ٢٢٣/٥ - ٢٢٥ ، ٢٣٤ ، ٢٤٥ ، كشف القناع : ٨٧/٤ - ٩٤ .

عملاً بمحدث « ليس لعرق ظالم حق ». أما في حالة زرع الأرض فقالوا: يخير المالك بين إبقاء الزرع إلى الحصاد، وأخذ أجر الأرض وأرش النقص من الغاصب وبين أخذ الزرع له ودفع النفقة للغاصب عملاً بمحدث « من زرع في أرض قوم بغير إذنهم فليس له من الزرع شيء، وعليه نفقته »^(١) وفي حديث آخر: « خذوا زرعكم وردوا عليه نفقته »^(٢) أي للغاصب. وهذا أعدل الآراء وأكثرها قابلية للتطبيق.

٧- ضمان غلة المصوب ومنافعه :

بيننا سابقاً في بحث منافع المصوب وغلته: أن غلة المصوب كالأجرة المستفادة من إيجار الأعيان المصوبة لا تطيب في رأي أبي حنيفة ومحمد للغاصب، لأن الريح حصل بسبب خبيث: وهو التصرف في ملك الغير، وسبيله التصديق به.

وقال أبو يوسف وزفر: يطيب الريح للغاصب إذا دفع ضمانه، لأن المصوب صار مملوكاً له بالضمان عملاً بالقاعدة المقررة عند الحنفية: « المضمونات تملك بأداء الضمان مستنداً إلى وقت الغصب ».

وأما منافع المصوب من سكنى العقار وركوب السيارة أو الدابة، وليس الثوب، واستعمال الشيء وزراعة الأرض، فلا تضمن كما بينا عند الحنفية، إلا في ثلاث:

أن يكون المصوب وقفاً، أو مال يтим، أو مالا معداً للاستغلال أي الاستثمار لأن المنفعة ليست بمال متقوم عندهم، ولا تتقوم إلا بورود عقد الإجارة عليها، ولأن

(١) رواه أحمد وأصحاب السنن إلا النسائي عن رافع بن خديج، وقال البخاري: هو حديث حسن (نيل الأوطار: ٢١٩/٥ وما بعدها).

(٢) هذا حديث أخرجه أحمد وأبو داود والطبراني وغيرهم « أن النبي ﷺ رأى زرعاً في أرض ظهير، فأعجبه، فقال: ما أحسن زرع ظهير! قالوا: انه ليس لظهير، ولكنه لفلان، قال: فخذوا زرعكم، وردوا عليه نفقته » (نيل الأوطار: ٢٢٠/٥).

المفصوب لو هلك يضمنه الغاصب عملاً بحديث « الخراج بالضمان »^(١) أي الغنم بالغرم .
وحيثئذ ليس للقاضي إلا الحكم برد المفصوب لصاحبه مادام قائماً ، ورد مثله أو قيمته
إذا هلك .

وقال غير الحنفية كما بينا : تضمن منافع المفصوب ؛ لأن المنافع أموال متقومة
كالأعيان ولأن « الغرض الأظهر من جميع الأموال هو منفعتها » كما قال العز بن عبد
السلام^(٢) .

إلا أن المالكية قالوا : تضمن منافع الأموال من دور وأرض بالاستعمال فقط . ولا
تضمن حالة الترك ، أي تضمن بالتفويت دون الفوات . وهذا إذا غصب ذات الشيء .
أما إذا غصب المنفعة فقط كأن يغلق الدار ويحبس الدابة ونحوها ، فيضمنها بمجرد
فواتها على صاحبها وإن لم يستعملها .

أما الشافعية والحنابلة فقالوا : تضمن منافع الأموال التي يستأجر المال من أجلها
بالغصب أو التعدي ، سواء استوفى الغاصب المنافع ، أم تركها حتى ذهبت ، أي تضمن
بالتفويت أو بالفوات في يد عادية أي ضامنة معتدية^(٣) .

٨- اختلاف الغاصب والمفصوب منه :

هناك مظاهر كثيرة لاختلاف الغاصب والمالك المفصوب منه ، لها أثر في تحمل
تبعة الضمان ، فإن صدقنا كلام الغاصب برئ من الضمان ، وإن صدقنا كلام المالك
تحمل الغاصب الضمان . وللفقهاء كلام مطول في هذا الشأن نلخصه فيما يأتي :

(١) رواه الشافعي وأحمد وأصحاب السنن وصححه الترمذي وابن خزيمة وابن الجارود وابن حبان والحاكم وابن
القطان ، وضعفه البخاري ، والخراج : هو الغلة والكراء (سبل السلام : ٣٠٧٣) .

(٢) قواعد الأحكام : ١٥٢/١ وما بعدها .

(٣) المقصود بالتفويت : استيفاء المنفعة كطالمة الكتاب وركوب الدابة وشم المسك ولبس الثوب . والمقصود
بالفوات في يد عادية : هو ترك المنافع تضيع سدى بدون استيفاء كإغلاق الدار دون اسكان أحد فيها (مغني
الاحتاج : ٢٨٦٢) .

أ- قال الحنفية^(١) : إذا قال الغاصب : هلك المصوب في يدي (أي قضاء وقدرًا) ولم يصدقه المصوب منه ، ولا بينة للغاصب ، فالقاضي يجس الغاصب مدة يظهر فيها عادة لو كان قائماً ، ثم يقضي عليه بالضمان ؛ لأن الحكم الأصلي للغصب هو - كما بينا - وجوب رد عين المصوب ؛ وأما القيمة فهي بدل (أو خلف) عنه ، وإذا لم يثبت العجز عن الأصل ، لا يقضى بالقيمة التي هي خلف .

ولو اختلف الغاصب والمالك في أصل الغصب ، أو في جنس المصوب ونوعه ، أو قدره ، أو صفته ، أو قيمته وقت الغصب ، فالقول قول الغاصب يبينه في ذلك كله ؛ لأن المالك يدعي عليه الضمان ، وهو ينكر ، فكان القول قوله ؛ لأن اليمين في الشرع على من أنكر .

ولو ادعى الغاصب رد المصوب إلى المالك ، أو ادعى أن المالك هو الذي أحدث العيب في المصوب ، فلا يصدق الغاصب إلا بينة ؛ لأن البينة في الشرع على المدعي .

ولو تعارضت البينتان ، فأقام المالك البينة على أن الدابة أو السيارة مثلاً تلفت عند الغاصب من ركوبه ، وأقام الغاصب البينة على أنه ردها إلى المالك ، فتقبل بينة المالك ، وعلى الغاصب قيمة المصوب ؛ لأن بينة الغاصب لا تدفع بينة المصوب منه ؛ لأنها قامت على رد المصوب ، ومن الجائز أنه ردها ، ثم غصبها ثانياً وركبها ، فتلفت في يده .

ب- والمالكية^(٢) قالوا مثل الحنفية : ان اختلف الغاصب والمصوب منه في دعوى تلف المصوب ، أو في جنسه ، أو صفته ، أو قدره ، ولم يكن لأحدهما بينة ، فالقول قول الغاصب مع يمينه .

(١) البذائع : ١٦٢/٧ وما بعدها ، تكملة الفتوح : ٣٨٧/٧ ، اللباب مع الكتاب : ١٩٤/٢ .

(٢) الشرح الكبير : ٤٥٦/٣ ، القوانين الفقهية : ص ٣٣١ .

جـ - وقال الشافعية والحنابلة^(١) : إن اختلف الغاصب والمغصوب منه في قيمة المغصوب ، بأن قال الغاصب : قيمته عشرة ، وقال المالك : اثنا عشر ، صدق الغاصب بيمينه ؛ لأن الأصل براءة ذمته من الزيادة ، وعلى المالك البينة .

وإن اختلفا في تلف المغصوب ، فقال المغصوب منه : هو باق ، وقال الغاصب : تلف ، فالقول قول الغاصب مع يمينه ؛ لأنه يتعذر إقامة البينة على التلف .

وكذلك لو اختلفا في قدر المغصوب أو في صناعة فيه ، ولا بينة لأحدهما ، فالقول قول الغاصب بيمينه ؛ لأنه منكر لما يدعيه المالك عليه من الزيادة .

وإن اختلفا في رد المغصوب ، فقال الغاصب : رددته ، وأنكره المالك ، فالقول للمالك لأن الأصل معه وهو عدم الرد ، وكذا لو اختلفا في عيب في المغصوب بعد تلفه ، بأن قال الغاصب : كان مريضاً أو أعمى مثلاً ، وأنكره المالك ، فالقول للمالك بيمينه ؛ لأن الأصل السلامة من العيوب ، وهذا موافق لرأي الحنفية .

وهكذا يلاحظ أن المذاهب الأربعة متفقة في دعاوى اختلاف الغاصب والمالك .

٩ - غاصب الغاصب ومن في حكمه :

لو غصب شخص من آخر شيئاً ، فجاء آخر وغصبه منه ، فهلك في يده ، فالمالك باتفاق المذاهب الأربعة^(٢) بالخيار : إن شاء ضمن الغاصب الأول ، لوجود فعل الغصب منه ؛ وهو إزالة يد المالك عنه ، وإن شاء ضمن الغاصب الثاني ، أو المتلف ، سواء علم بالغصب أم لم يعلم ؛ لأن الغاصب الثاني أزال يد الغاصب الأول الذي هو بحكم المالك

(١) معني المحتاج : ٢٨٧/٢ ، المهذب : ٣٧٦/١ ، المغني : ٢٧٢/٥ ، كشف القناع : ١٢٥/٤ .

(٢) البدائع : ١٤٤/٧ ، ١٤٦ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم : ٩٦/٢ وما بعدها ، الدر المختار ورد المختار : ١٣٦/٥ وما

بعدها ، ١٣٩ ، الشرح الكبير للدردير : ٤٥٧/٣ ، معني المحتاج : ٢٧٩/٢ ، فتح العزيز شرح الوجيز : ٢٥٢/١١ ،

المغني : ٢٥٢/٥ ، م/٩١٠ من المجلة .

في أنه يحفظ ماله ، ويمكن من رده عليه (أي على المالك) ، ولأنه أثبت يده على مال الغير بغير إذنه ، والجهل غير مسقط للضمان ، ولأن المتلف أتلف الشيء . وهذا بمقتضى ما يعرف قانوناً بالحق العيني للمالك المغمصوب منه الذي من خواصه إثبات حق تتبع العين المغمصوبة في أي يد وجدت فيها العين .

فإن اختار المالك تضمين الأول ، وكان هلاك المغمصوب في يد الغاصب الثاني ، رجع الغاصب الأول بالضمان على الثاني ؛ لأنه بدفعه قيمة الضمان ، ملك - عند الحنفية - الشيء المضمون (أي المغمصوب) من وقت غصبه ، فكان الثاني غاصباً للملك الأول . وسبب رجوع الغاصب الأول على الثاني عند غير الحنفية هو أنه غرم المال بدون تسبب منه في هلاكه .

وإن اختار المالك تضمين الثاني أو المتلف ، لا يرجع هذا بالضمان على أحد ، ويستقر الضمان في ذمته ؛ لأنه ضمن فعل نفسه : وهو إزالة يد المالك ، أو استهلاكه ، وإتلافه .

وللمالك أن يأخذ بعض الضمان من شخص ، وبعضه الآخر من الشخص الآخر إلا أن الحنفية استثنوا من مبدأ تخيير المالك في هذه الحالة : الموقوف المغمصوب إذا غصب ، وكان الغاصب الثاني أملاً من الأول ، فإن متولي الوقف يضمن الثاني وحده .

والراجح عند الحنفية أن المالك متى اختار تضمين أحدهما (الغاصب الأول ، أو الثاني) يبرأ الآخر عن الضمان ، بمجرد الاختيار ، فلو أراد تضمينه بعدئذ ، لم يكن له ذلك .

وإذا رد الغاصب الثاني المغمصوب على الأول ، برئ من الضمان ، وإذا رده إلى المالك برئ الاثنان^(١) .

(١) راجع المجلة : م/٩١١ ، الدر المختار : ١٣٨/٥ .

الغاصب الأول ومن تصرف معه بالرهن ونحوه :

وكذلك للمالك عند الحنفية^(١) تضمين الغاصب الأول أو المرتهن أو المستأجر أو المستعير أو المشتري من الغاصب الأول ، أو الوديع الذي أودعه الغاصب الأول الشيء المغصوب ، فهلك في يده ، فإن ضمن الغاصب الأول استقر الضمان عليه ، ولم يرجع بشيء على أحد . وإن ضمن المرتهن أو المستأجر أو الوديع أو المشتري ، رجعوا على الغاصب بالضمان ، لأنهم عملوا له والمشتري إذا ضمن القيمة يرجع بالثمن على الغاصب البائع ؛ لأن البائع ضامن استحقاق المبيع ، ورد القيمة كرد العين .

وأما المستعير من الغاصب أو الموهوب له ، أو المتصدق عليه منه ، فيستقر الضمان عليه وإن كان جاهلاً الغصب ؛ لأنه يعمل في القبض لنفسه .

أما الشافعية^(٢) فقالوا : الأيدي المترتبة على يد الغاصب أيدي ضمان وإن جهل صاحبها الغصب ؛ لأنه (أي الواضع) وضع يده على ملك غيره بغير إذنه ، والجهل ليس مسقطاً للضمان بل يسقط الإثم فقط ، فيطالب المالك من شاء منها . لكن لا يستقر الضمان على الآخذ من الغاصب إلا بعلمه بالغصب ، حتى يصدق عليه معنى الغصب ، أو إن جهل به وكانت يد الواضع في أصلها يد ضمان ، كالمستعير والمشتري والمقترض والسائم ؛ لأنه تعامل مع الغاصب على الضمان ، فلم يغرّه .

أما إن جهل الواضع يده على المغصوب بالغصب ، وكانت يده يد أمانة بلا اتهام ، كوديع ومضارب ، فيستقر الضمان على الغاصب دون الآخذ ، لأنه تعامل مع الغاصب على أن يده نائبة عن يد الغاصب . وأما الموهوب له فقرار الضمان عليه في الأظهر ؛ لأنه وإن كانت يده ليست يد ضمان ، إلا أن أخذه الشيء للتملك .

(١) رد المحتار : ١٣٩/٥ .

(٢) مغني المحتاج : ٢٧٩/٢ .

وعلى هذا، في حالة الجهل بالغصب: يستقر الضمان عند الحنفية والشافعية على المستعير والموهوب له، والمتصدق عليه فقط. وأما الوديع والمضارب المعتبر كل منها أميناً، فيستقر الضمان الذي دفعه على الغاصب عند كل من الحنفية والشافعية. ولا خلاف بين الحنفية والشافعية في تضمين الغاصب أو الآخذ منه في كل الأحوال.

المبحث الثاني - إتلاف المال وحكمه

وفيه مطالب ثلاثة، وملحق به، ويبحث الإتلاف المالي عادة بعد الغصب أو معه؛ لأنه يأخذ حكمه من حيث التضمين.

المطلب الأول - تعريف الإتلاف وكونه سبب الضمان.

المطلب الثاني - شروط إيجاب الضمان بالإتلاف.

المطلب الثالث - كيفية الضمان أو ماهيته.

ونبدأ ببحث كل منها فيما يأتي:

المطلب الأول - تعريف الإتلاف وكونه سبب الضمان.

الإتلاف^(١): هو إخراج الشيء من أن يكون منتفعاً به منفعة مطلوبة منه عادة^(٢) وهو سبب موجب للضمان؛ لأنه اعتداء وإضرار، والله تعالى يقول: ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾ وقال عليه الصلاة والسلام: «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام» وإذا وجب الضمان بالغصب فبالإتلاف أولى؛ لأنه اعتداء وإضرار محض.

(١) الإتلاف والافساد والاستهلاك لها معان متقاربة في اصطلاح الفقهاء. وهي تدخل تحت مدلول أعم وهو

الضرر: وهو الحاق مفسدة بالآخرين، أو كل نقص يدخل على الاعيان.

(٢) البدائع: ١٦٤/٧.

ولا فرق بين أن يقع الإلتلاف مباشرة : وهو إلحاق الضرر من غير واسطة بمحل التلف ، أو تسبباً : وهو ارتكاب فعل في محل يفضي إلى تلف غيره .

كما لا فرق في ضمان الإلتلاف بين العمد والخطأ ، ولا بين وجود البلوغ أو التمييز أو عدمه ، فالمتلف عمداً أو خطأ ضامن باتفاق المذاهب الأربعة ، والكبير أو الصغير أو المجنون أو النائم المتلف ضامن أيضاً عند جمهور الفقهاء . وفرق المالكية بين الصبي المميز وغيره ، فيغرم المميز ما أتلفه إن كان له مال ، فإن لم يكن له مال اتبع به . أما غير المميز فلا شيء عليه فيما أتلفه من نفس أو مال كالعجاء ، ومثله المجنون^(١) .

إلا أن الفقهاء اختلفوا في تقدير وجود السبب في بعض الحالات ، منها ما يأتي :

أولاً- فتح الباب أو حل الرباط : من فتح باب حانوت ، ثم تركه مفتوحاً ، فسرق ، أو دل لصاً أو ظالمًا على شيء فأخذه أو فتح قفص طائر ، فطار ، أو حل رباط دابة فهربت ، أو فتح باب الإصطبل فخرجت ، أو حل رباط سفينة ، فغرقت أو ذهبت بها الريح .

لا يضمن التسبب في هذه الأمثلة عند أبي حنيفة وأبي يوسف^(٢) ؛ لأن مجرد الفتح ونحوه ليس بإلتلاف مباشرة ولا تسبباً ، لتدخل عنصر آخر من التلف ، وهو السرقة أو الطيران أو الهرب أو الغرق ونحوها ، والسارق هو المباشر ، والطير أو الدابة هو الذي اختار الهرب ، والماء أو الريح كان السبب في الإغراق أو الضياع ، فلم يكن مجرد فتح الباب أو حل الرباط سبباً محضاً ، فلا حكم له .

(١) تبين الحقائق : ١٣٩/٦ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم : ٧٧/١ ، الدر المختار وحاشيته : ٣٧٨/٥ ، ٤١٥ ، بداية المجتهد : ٤٠٤/٢ وما بعدها ، القوانين الفقهية : ص ٣٢٢ ، ٣٣٣ ، معني المحتاج : ٢٧٧/٢ ، كشاف القناع : ١٢٨/٤

(٢) البدائع : ١٦٦/٧ ، جامع الفصولين : ١١٥/٢ وما بعدها ، مجمع الضمانات : ص ١٤٨ .

ويضمن هذا المتسبب عند المالكية والحنابلة ومحمد بن الحسن^(١)؛ لأنه تسبب في الإلتلاف، وحدث الضرر أمر متوقع في الطبع أو العادة. وهو الرأي المنطقي العادل في تقديري، وقد أخذت به المجلة: م (٩٢٢).

وفصل الشافعية في الأمر^(٢) فقالوا: من فتح قفصاً عن طائر، وهيجه، فطار في الحال، ضمنه، لأنه ألجأه إلى الفرار، وإن اقتصر على الفتح، فالأظهر أنه إن طار في الحال: ضمن؛ لأن طيرانه في الحال يشعر بتنفيذه، وإن وقف ثم طار، فلا يضمنه؛ لأن طيرانه بعد الوقوف يشعر باختياره.

وهذا التفصيل ينطبق على حل رباط بهيمة، أو فتح باب اصطبل ونحوه.

وكذلك لو حلّ رباطاً عن علف في وعاء، فأكلته بهيمة في الحال، ضمنه، أما من فتح باب حانوت فسرقه إنسان، أو دلّ سارقاً، فسرق، فلا ضمان عليه؛ لأنه لم يوجد منه سبب يمكن تعليق الضمان عليه به.

وإن حلّ رباط سفينة، فغرقت، فإن غرقت في الحال ضمن؛ لأنها تلفت بفعله. وإن وقفت، ثم غرقت: فإن كان بسبب حادث كريح هبت، لم يضمن لأنها غرقت بغير فعله. وإن غرقت من غير سبب حادث ففيه رأيان:

أحدهما - لا يضمن كالزرق إذا ثبت بعد فتحه، ثم سقط.

والثاني - يضمن لأن الماء أحد المتلفات.

ثانياً - فتح وعاء السمن (الزرق): لو فتح إنسان زقا (ظرفاً) فيه زيت أو سمن ونحوهما، فخرج ما فيه:

(١) الشرح الكبير للدردير: ٤٥١/٣، القوانين الفقهية: ص ٣٢٢، كشاف القناع: ١٢٨/٤ وما بعدها، المغني: ٢٨٠/٥، ٢٨٢، القواعد لابن رجب: ص ٢٨٥.

(٢) فتح العزيز شرح الوجيز بهامش المجموع: ٢٤٥/١١ وما بعدها، مغني المحتاج: ٢٧٨/٢، المهذب: ٣٧٤/١ وما بعدها.

فقال أبو حنيفة وأبو يوسف^(١): إن كان الزيت ذائباً، فسال منه، ضمن. وإن كان السمن جامداً، فذاب بالشمس، وزال، لم يضمن؛ لأن المائع يسيل بطبعه إن وجد منفذاً بحيث يستحيل استساكه عادة، فكان حل الرباط إتلافاً له تسبيهاً، أما الجامد فلا يسيل بطبعه، فإن سال بحرارة الشمس، فلا يعد فاتح الظرف سبباً في إتلافه، ولا مباشراً له.

وقال المالكية والحنابلة ومحمد بن الحسن^(٢): يضمن من شق زق إنسان فيه دهن مائع، فسال، وهلك. أو حل وكاء زق جامد، فأذابته الشمس، فاندفق. أو بقي الزق بعد حله قاعداً، فألقته ريح، أو زلزلة، فاندفق، فخرج ما فيه كله في الحال، أو خرج قليلاً قليلاً، أو خرج منه شيء بلّ أسفله فسقط فاندفق؛ لأن المتسبب متعدد في جميع ذلك، سواء حدث الضرر عقب فعله أو تراخى عنه. وهذا الرأي هو المعقول.

وفصل الشافعية فقالوا^(٣): إذا كان الزق مطروحاً على الأرض، فخرج ما فيه بالفتح وتلف، يضمن، حتى ولو كان التقاطر بإذابة شمس، أو حرارة، أو ريح، مع مرور الزمن؛ لأن الإتلاف ناشئ عن فعله، سواء حضر المالك، وأمكنه تدارك الأمر، فلم يفعل، أم لا. وهذا كما قال المالكية ومن معهم.

أما إذا كان الزق منصوباً على شيء، ففتحه؛ فإن سقط بالفتح وخرج ما فيه أو بابتلال أسفله منه، ضمن، وإن سقط بسبب ريح، أو نحوها كزلزلة، ووقوع طائر، أو جهل الحال، فلم يعلم سبب سقوطه، لم يضمن؛ لأن التلف لم يحصل بفعله.

ثالثاً- الترويع: إذا بعث الحاكم إلى امرأة يستدعيها إلى مجلس القضاء، فأجهض جنينها فزغاً، أو زال عقلها:

(١) البدائع: ١٦٦٧، مجمع الضمانات: ص ١٤٨، ١٥٣.

(٢) القوانين الفقهية: ص ٣٢٢، كشف القناع: ١٢٩/٤، البدائع: ١٦٦٧.

(٣) مغني المحتاج: ٢٧٨/٢، المهذب: ٢٧٥/١، نهاية المحتاج: ١١١/٤ وما بعدها.

فقال أبو حنيفة وابن حزم^(١) : لا ضمان في شيء من ذلك على أحد ، إذ ليس السبب متصلاً بالنتيجة قطعاً .

وقال جمهور الفقهاء^(٢) : يضمن الحاكم الدية ، لحادثة عمر الذي استدعى امرأة فأجهضت ، وقد سبق الكلام عنها في الجنايات .

رابعاً - الحيلولة والحبس : من حبس المالك عن ماله حتى تلف المال ، أو عن ماشيته حتى تلفت ، فقال جمهور الحنفية^(٣) : إن كان المال منقولاً ضمن ، وإن كان عقاراً لم يضمن . وهذا هو رأي أبي حنيفة وأبي يوسف اللذين يريان إمكان تحقق الغصب في المنقول دون العقار . وقال محمد : يجري الغصب فيها .

وقال المالكية والحنابلة^(٤) : على من فعل ذلك ضمان ما تلف به ؛ لأنه سبب هلاكه .

وقال الشافعية^(٥) : إن قصد التسبب منع المالك عن ملكه ، ضمن ، وهو مبدأ الحيلولة : وهي أن يحول بين الشخص وبين ملكه حائل حتى تلف . وإن لم يقصد منعه عن ملكه ، ولم يضمن لأنه لم يتصرف في المال ، وإنما تصرف في المالك .

وبه يظهر أن الحيلولة بين المالك وملكه سبب رابع من أسباب الضمان بعد (العقد ، واليد ، والإتلاف) عند جمهور الفقهاء ، وعند الحنفية في المنقول دون غيره .

(١) الدر المختار : ٣٩٧/٥ ، مجمع الضمانات : ص ١٧٢ . اللآلئ الدرية في الفوائد الخيرية بهامش جامع الفصولين :

١١٢/٢ ، ط الأولى بالأزهرية ، المحلى : ٢٩/١١ وما بعدها .

(٢) الشرح الكبير : ٢٤٤/٤ ، المهذب : ١٩٢/٢ ، المغني : ٨٣٢/٧ وما بعدها .

(٣) جامع الفصولين : ١١٧/٢ ، اللباب شرح الكتاب : ١٨٩/٢ .

(٤) الشرح الكبير للدردير : ٢٤٢/٤ ، المغني : ٢٢٣/٥ ، ٨٢٤/٧ .

(٥) فتح العزيز شرح الوجيز بهامش المجموع : ٢٤٧/١١ ، نهاية المحتاج : ١١٢/٤ ، مغني المحتاج : ٢٨٢/٢ .

المطلب الثاني - شروط إيجاب الضمان بالإتلاف :

يشترط لإيجاب الضمان بسبب الإتلاف ما يأتي^(١) :

١- أن يكون الشيء المتلف مالياً ، فلا ضمان بإتلاف الميتة وجلدها ، والدم ، والتراب العادي ، والكلب ، والسرجين النجس ، ونحوها مما ليس بمال عرفاً وشرعاً .

٢- أن يكون متقوماً بالنسبة للمتلف عليه ، والمتقوم : هو ما يباح الانتفاع به شرعاً في غير حال الاضطرار ، فلا ضمان بإتلاف خمر أو خنزير لمسلم ، سواء أكان المتلف مسلماً أم ذمياً ، لعدم تقويم الخمر والخنزير في حق المسلم ، إذ لا يباح له الانتفاع بهما شرعاً ، فلا قيمة لهما .

أما خمر وخنزير غير المسلم أي الذمي ، فيضمنها المتلف مسلماً أو غيره ، ويلزم المسلم بالقيمة ، وغير المسلم بالمثل ، عند الحنفية والمالكية ، لتعديه عليها ، ولأنها مال محترم عند غير المسلمين .

ولا تضمن عند الشافعية والحنابلة ؛ إذ لا قيمة لها كالدم والميتة وسائر الأعيان النجسة ، وما حرم الانتفاع به لم يضمن ببدل عنه ، كما بينا في غضب غير المتقوم .

ولا ضمان عند جمهور الفقهاء ومنهم أصحابان بإتلاف الأصنام وآلات اللهو والفساد كالزمار والرباب والعود ونحوها من أدوات الموسيقى ، لعدم تقويمها ؛ لأن منفعتها محرمة لاتقابل بشيء باعتبارها أدوات لهو ، فلا قيمة لها ، كما بينا في غضب غير المتقوم .

(١) البدائع : ١٦٧/٧ وما بعدها ، المبسوط : ٥٢/١١ ، درر الحكام : ٢٦٨/٢ ، تبين الحقائق : ٢٢٣/٥ - ٢٢٧ ، تكملة الفتح : ٢٩٧/٧ ، اللباب شرح الكتاب : ١٩٥/٢ ، الشرح الكبير : ٢٠٤/٢ ، القوانين الفقهية : ص ٢٢٣ ، نهاية المحتاج : ١١١/٤ ، مغني المحتاج : ٢٧٧/٢ ، كشاف القناع : ١٢٨/٤ ، ١٤٦ وما بعدها .

وقال أبو حنيفة والشافعي : تضمن باعتبارها خشباً منحوتاً فقط ؛ لأن هذه الآلات كما تصلح للهو والفساد ، تصلح للانتفاع بها من وجه آخر ، فكانت مالاً متقوماً من تلك الناحية فقط .

ولا ضمان أيضاً بإتلاف الأموال المباحة التي ليست مملوكة لأحد لعدم تقومها ؛ لأن التقوم ينبني على كون الشيء عزيز المنال ، خطير الأهمية ، وهذا المعنى لا يتحقق إلا بالإحراز والاستيلاء .

ولا ضمان كذلك بتحريق كتب الفسق والضلال ، لاشتغالها على الكذب وإلحاقها ضرراً بعقيدة الناس ووحدتهم ، فيجب إتلافها وإعدامها ، وهي أولى بالإتلاف من إتلاف آلات اللهو والمعازف وإتلاف آنية الخمر الذي أمر به الرسول ﷺ^(١) ، فإن ضررها أعظم من ضرر هذه ، ولا ضمان فيها كما لا ضمان في كسر أو إني الخمر وشق زقاقها (أي ظروفها وأوعيتها) ، وقد حرق الصحابة جميع المصاحف المخالفة للمصحف الموحد الخط : وهو مصحف عثمان ، لما خافوا على الأمة من الاختلاف في التلاوة لاختلاف اللهجات وطرائق النطق^(٢) .

٣- أن يكون التلف (أو الضرر) محققاً بشكل دائم : فإذا أعيد الشيء إلى الحالة التي كان عليها فلا ضمان ، كأن عولج المرض أو نبتت سن الحيوان في المدة التي بقي فيها الشيء في يد المعتدي ؛ لأن النقص الحاصل عندما أزيل أو السن عندما نبتت ثانياً ، جعل الضرر كأن لم يكن ، ويرد على المعتدي ما أخذ منه بسبب النقصان ، لأنه تبين أن النقصان لم يكن موجباً للضمان لعدم تحقق شرط الوجوب وهو العجز عن الانتفاع على طريق الدوام . وهذا رأي أبي حنيفة .

(١) انظر نيل الأوطار : ٣٢٩/٥ وما بعدها .

(٢) الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية لابن قيم : ص ٢٧١ وما بعدها ، ٢٧٥ ، ط السنة المحمدية .

وقال الصحبان : على الجاني الأرش كاملاً؛ لأن الجناية وقعت موجبة له ،
والذي نبت نعمة جديدة من الله^(١) .

٤- أن يكون المتلف أهلاً لوجوب الضمان : فلا يضمن المالك ماتلفه بهيمته
من أموال ؛ لأن فعل العجماء جبار أي هدر . ولا يشترط التمييز عند غير المالكية
لإيجاب الضمان كما بينا^(٢) .

٥- أن يكون في إيجاب الضمان فائدة : حتى يتمكن صاحب الحق من
الوصول إلى حقه ، فإن لم يكن في التضمن فائدة ، أي عدم القدرة على تنفيذ الحكم
الصادر بالتعويض ، فلا ضمان .

وعليه فلا ضمان على المسلم بإتلاف مال الحربي^(٣) ، ولا على الحربي بإتلاف مال
المسلم في دار الحرب ؛ إذ ليس لحاكم بلد سلطة أو ولاية لتنفيذ الأحكام على رعايا بلد
آخر . وليس مال الحربي بالنسبة للمسلم وعكسه محترماً ، أي مصوناً يجب الحفاظ
عليه ، وإنما هو هدر . لهذا اشترط الفقهاء في الضمان أن يكون المال محترماً ، فمال
الحربي في نظر الشرع مباح ، فمن أخذه لا يعد غاصباً^(٤) .

ولا ضمان أيضاً على العادل إذا أتلف مال الباغي ، ولا على الباغي إذا أتلف مال
العادل^(٥) ، لعدم إمكان الوصول إلى الضمان لعدم وجود الولاية والسلطة .

(١) البدائع : ١٥٥/٧ ، ١٥٧ ، تبين الحقائق : ١٣٧/٦ ، اللباب شرح الكتاب : ١٩٠/٣ .

(٢) وعلى هذا نصت المجلة : م / ٩١٦ .

(٣) الحربي : هو من بيننا وبين بلاده عداوة وحرب .

(٤) نهاية المحتاج : ١١١/٤ .

(٥) العادل ضد الباغي ، وجمعه بغاة ، والبغاة قوم كالجوارح لهم شوكة ومنعة خالفوا جماعة المسلمين في بعض
الأحكام الشرعية بتأويل فاسد لبعض النصوص ، وظهروا على بلدة من البلاد الإسلامية ، ونظموا عسكرياً
لهم ، ونفذوا أحكامهم الخاصة .

وقيد غير الحنفية^(١) عدم الالتزام بالضمان بين العادلين والبغاة بحال الحرابة (أو الحرب أو الخروج على الإمام) لعذر البغاة بالتأويل .

وأضاف الشافعية^(٢) على هذه الشروط أن تثبت اليد على المال : فلا يضمن الشخص طائراً فزع من مسيره من غير قصد ، فخرج من القفص الذي كان مفتوحاً ، ولا يضمن المشتري مبيعاً تلف قبل القبض .

وأما شروط الضمان في الإتلاف تسبباً فهي ثلاثة كما ذكر الحنفية^(٣) :

١- التعدي : أن يحدث تعد من فاعل السبب . والتعدي : هو تجاوز الحق ، أو ما يسمح به الشرع ، كأن يحفر شخص بئراً في الطريق العام من غير إذن الحاكم ، أو في غير ملكه عدواناً ، أو لا يتخذ الاحتياطات الواقية من وقوع الضرر ولو بإذن ، فإذا سقط فيه إنسان أو حيوان ، فالخافر ضامن . ومثله أن يؤجج رجل ناراً في يوم ريح عاصف ، فيتعدى إلى إتلاف مال الغير ؛ أو يحل وكاء وعاء فيه شيء مائع فاندفق ؛ أو يمزق وثيقة فضاع ما فيها من الحقوق ؛ أو يفتح قفصاً عن طائر ، فطار في رأي غير أبي حنيفة وأبي يوسف ، أو يحمل حملاً في الطريق ، فيقع على شيء فيتلفه ، أو يعثر أحد بالحمل ، فيضمن في كل تلك الحالات لأنه أثر فعله الذي هو تعدي .

٢- التعمد : وهو أن يصدر الفعل عن قصد وإرادة ، كأن يتلف شرب^(٤) إنسان بأن يسقي أرضه بشرب غيره ، أو يسد الماء عن أرض جاره ، فتبيس مزروعاته ، أو يجذب ثوب إنسان فيسقط منه ما يحمله فيه ، فيتلف ، فيضمن . أما إذا لم يكن هناك

(١) الشرح الكبير : ٤٤٢/٣ ، ٣٠٠/٤ ، مغني المحتاج : ٢٧٧/٢ وما بعدها ، كشاف القناع : ١٢٨/٤ .

(٢) نهاية المحتاج : ١١٣/٤ .

(٣) جامع الفصولين : ١١٦/٢ ، ١٢٢ ، ١٢٤ ، مجمع الضمانات : ص ٢٢٣ ، شرح المجلة للشيخ خالد الأتاسي :

٤٦٤/٣ ، المادة ٩٢٤ من المجلة ، وانظر القواعد لابن رجب : ص ١٦٠ وما بعدها ، الفروق للقرافي : ٢٧/٤ ،

٢٠٨/٢ ، مغني المحتاج : ٢٧٨/٢ .

(٤) الشرب : النصيب من الماء لإرواء الأراضي . وحق الشفة : هو حق شرب الإنسان والدواب .

تعمد ، كما لو جفلت دابة من رجل ، فهربت وضاعت ، فلا يضمن ، لأنه غير متعمد أو غير متعمد في الأدق . والحقيقة أن المراد بالتعمد هو التعدي ، سواء أكان هناك قصد أم لا ، فلو صاح مجنون بدابة شخص ، فجفلت ووقع الراكب أو الحمل ، فتلف ، كان ضامناً للمال . وإن لم يكن عنده قصد الإضرار ، لكنه متعدي . وتكون القاعدة : « المتسبب لا يضمن إلا بالتعدي » و « المباشر ضامن وإن لم يتعد » .

٣- أن يؤدي السبب إلى النتيجة قطعاً ، دون تدخل سبب آخر حسب العادة : وبعبارة أخرى : ألا يتخلل بين السبب والمسبب فعل شخص آخر ، أو ألا يكون التلف قد نشأ عن فعل آخر مختار مباشر ، فإن تدخل عنصر آخر مختار ، نسب الفعل إليه مباشرة .

أي إن اشترك المباشر والمتسبب ، ضمن المباشر إن كان السبب لا يؤثر في التلف بانفراده عادة ، كمن حفر بئراً في مكان عدواناً ، فجاء غير الحافر ، وأردى فيه إنساناً أو حيواناً ، فالضمان عليه دون الحافر ، أما إن تردى فيه بهيمة أو غيرها بنفسها ، فالحافر هو الضامن .

وإن كان السبب يؤثر بانفراده ، فإن المتسبب والمباشر يشتركان في الضمان ، كما لو نحس رجل دابة آخر بإذنه ، فوطئت إنساناً ، فالضمان عليهما ؛ لأن السبب هنا يؤثر بانفراده ، كما أوضحنا سابقاً في الجنايات .

هذا ... ولا يشترط في الضامن التمييز أو كونه بالغاً عاقلاً عند غير المالكية ، فإن الصبي والمجنون يضمنان ما يتلفانه من أموال ، كما بينا سابقاً في تعريف الإتلاف .

ولا تكون حالة الضرورة سبباً للإعفاء من الضمان ، فمن اضطر حال الجوع مثلاً لتناول مال الغير ، فإنه يلزمه ضمانه بالرغم من إباحة تناول حفاظاً على النفس من الهلاك ؛ لأن القاعدة تقول : « الاضطرار لا يبطل حق الغير » .

ولا يصلح الجهل بكون المال المتلف مال الغير سبباً أيضاً للتخلص من الضمان .

فالعلم بكون المتلف مال الغير، ليس بشرط لوجوب الضمان ، فمن أتلف مالا ظاناً أنه ملكه ، ثم تبين أنه مملوك لغيره ، ضمنه ؛ لأن الإلتلاف واقعة مادية لا يتوقف وجودها على العلم بكون المتلف مال الغير . كل ما في الأمر أن الإلتلاف إذا تم مع العلم ، فيوجب الضمان والإثم الأخروي ، وإذا حدث جهلاً فيوجب الضمان فقط ، ويرتفع الإثم ؛ لأن الخطأ مرفوع المؤاخذة شرعاً ، لقوله ﷺ : « إن الله تجاوز لي عن أمتي الخطأ والنسيان ، وما استكرهوا عليه »^(١) .

المطلب الثالث - كيفية الضمان أو ماهيته :

الواجب بالإتلافات المالية هو الواجب بالغصب : وهو ضمان المثل إن كان المتلف مثلياً ، وضمن القيمة يوم الإلتلاف فيما لا مثل له ؛ لأن ضمان الإلتلاف ضمان اعتداء ، والاعتداء لم يشرع إلا بالمثل . فعند الإمكان يجب العمل بالمثل المطلق (وهو المثل صورة ومعنى) ، وعند التعذر يجب المثل معنى ، وهو القيمة ، كما في الغصب^(٢) ..

(١) حديث حسن رواه ابن ماجه والبيهقي وغيرهما من حديث ابن عباس رضي الله عنهما .

(٢) البدائع : ١٦٨/٧ ، القوانين الفقهية : ص ٣٣٢ ، مغني المحتاج : ٢٨٤/٢ ، غاية المنتهي : ٢٤٦/٢ . لكن إن تلف المغصوب المثلي ، وقصد مثله ، فتجب قيمته يوم انقطاع المثل عند الحنابلة ، لأن القيمة وجبت في الذمة حينئذ (المغني : ٢٥٨/٥) .

الفصل الثامن

دفع الصائل

وحكم ضمان الفعل الدفاعي - الدفاع الشرعي

وفيه مباحث أربعة : في مشروعية الدفاع ومراحله وحكمه ، وشروطه ، وهل هو حق أم واجب ، وضمان الفعل .

المبحث الأول - مشروعية الدفاع ومراحله وحكمه :

إذا اعتدى إنسان على غيره في نفس أو مال أو عرض ، أو صال عليه يريد ماله أو نفسه ظلماً ، أو يريد امرأة ليزني بها أو صالت عليه بهيمة ، فللمعتدى عليه ، أو الموصول عليه ، ولغيره : أن يرد العدوان بالقدر اللازم لدفع الاعتداء حسب تقديره في غالب ظنه ، وللغير أن يعاونه في الدفاع ، ولو عرض اللصوص لقافلة ، جاز لغير أهل القافلة الدفع عنهم .

ويبتدئ المدافع بالأخف فالأخف إن أمكن ، فإن أمكن دفع المعتدي بكلام واستغاثة بالناس ، حرم عليه الضرب ، وإن أمكن الدفع بضرب اليد ، حرم استخدام السوط ، وإن أمكن الدفع بالسوط ، حرم استعمال العصا ، وإن أمكن الدفع بقطع عضو ، حرم القتل ، وإن لم يمكن الدفع إلا بالقتل أبيض للمدافع القتل ؛ لأنه من ضرورات الدفع . فإن شعر عليه سيفاً أبيض للمدافع أن يقتله ؛ لأنه لا يقدر على الدفع إلا بالقتل ، إذ لو استغاث بالناس لقتله ، قبل أن يلحقه الغوث ، إذ تأثير السلاح فوري .

والخلاصة : أن المدافع إن كان يعلم أن المهاجم ينزجر بصياح أو ضرب بما دون السلاح ، فعل ، وإلا جازله استعمال السلاح ، فالقتل أو السلاح جواز للضرورة استثناء من قاعدة « الضرر لا يزال بالضرر » ولا ضرورة في الأثقل مع إمكان تحصيل المقصود بالأسهل . ومن المعلوم أن « الضرورة تقدر بقدرها » حتى إن تمكن المعتدى عليه أو الموصول عليه من الهرب أو الالتجاء لحصن أو جماعة ، فيجب عليه ذلك ، كما أوضح الشافعية والمالكية ، وفي وجه عند الحنابلة ، ويحرم قتال المعتدي أو الصائل حينئذ ؛ لأن المعتدى عليه مأمور بتخليص نفسه بالأهون ، وبما أن الهرب ونحوه أسهل من غيره ، فلا يلجأ إلى الأشد^(١) ، قال العز بن عبد السلام : « إذا انكف الصوال عن الصيال حرم قتالهم وقتلهم »^(٢) .

وأدلة مشروعية الدفاع كثيرة في القرآن والسنة والمعقول :

أما من القرآن فقوله تعالى : ﴿ فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ، واتقوا الله ، واعلموا أن الله مع المتقين ﴾ فالأمر بالتقوى دليل على ضرورة التزام مبدأ المماثلة أو التدرج في الأخذ بالأخف فالأخف .

ومن السنة : أحاديث منها « من قتل دون دينه فهو شهيد ، ومن قتل دون دمه فهو شهيد ، ومن قتل دون ماله فهو شهيد ، ومن قتل دون أهله فهو شهيد »^(٣) فهذا دليل على جواز الدفاع عن الدين والنفس والمال والعرض ، لأن النبي ﷺ لما جعل المدافع شهيداً ، دل على أن له القتل والقتال .

وأما جواز الدفاع عن الغير : فأساسه الحفاظ على الحرمات مطلقاً من نفس أو

(١) البدائع : ٩٣/٧ ، الدر المختار ورد المختار : ١٩٧/٣ ، الشرح الكبير : ٣٥٧/٤ ، بداية المجتهد : ٣١٩/٢ ، مغني

الاحتاج : ١٩٦/٤ - ١٩٧ ، المغني : ٣٢٩/٨ - ٣٣١ .

(٢) قواعد الأحكام : ١٩٥/١ .

(٣) رواه أصحاب السنن الأربعة وصححه الترمذي عن سعيد بن زيد (سبل السلام : ٤٠/٤) .

مال ، فلولا التعاون ، لذهبت أموال الناس وأنفسهم ؛ لأن قطاع الطرق مثلاً إذا انفردوا بأخذ مال إنسان لم يُعنه غيره ، فإنهم يأخذون أموال الكل واحداً واحداً ، وكذلك غيرهم . وقد قال النبي ﷺ « انصر أخاك ظالماً أو مظلوماً ، قيل : كيف أنصره ظالماً ؟ قال : تحجزه عن الظلم ، فإن ذلك نصره »^(١) وقال أيضاً : « من أذلَّ عنده مؤمن ، فلم ينصره ، وهو يقدر على أن ينصره ، أذله الله على رؤوس الأشهاد يوم القيامة »^(٢) وفي حديث « إن المؤمنين يتعاونون على الفتن »^(٣) .

وحكم الدفاع الشرعي : هو الإباحة ، فتكون أفعال الدفاع مباحة باتفاق الفقهاء^(٤) ، فلا مسؤولية على المدافع من الناحيتين المدنية والجنائية ، إلا إذا تجاوز حدود المشروع ، فيصبح عمله جريمة يسأل عنها مدنياً وجزائياً ، وعليه القصاص . ولا يجوز للمدافع القتل إلا إذا ثبت بينة أن الصائل لم يندفع إلا به ، كأن يرى الشهود أن الصائل أقبل بسلاح مشهور على المدافع ، فضربه هذا . ولا يقبل القول بمجرد ادعاء المدافع أنه قد هاجم منزله ، فلم يمكنه دفعه إلا بالقتل ، كما لا يقبل قول الشهود بأنهم رأوا الصائل داخلاً الدار ولم يذكروا سلاحاً . فإن لم يحضر أحد من الناس يقبل عند المالكية قول المدافع بيمينه^(٥) .

المبحث الثاني - شروط دفع الصائل :

يشترط لجواز دفع الصائل أربعة شروط وهي^(٦) :

١- أن يكون هناك اعتداء في رأي جمهور الفقهاء ، وعند الحنفية : أن يكون

(١) رواه أحمد في مسنده والبخاري والترمذي عن أنس بن مالك .

(٢) رواه أحمد في مسنده عن سهل بن حنيف (نيل الأوطار : ٢٢٧/٥) .

(٣) رواه أبو داود ولفظه « المؤمن أخو المؤمن يسعها الماء والشجر ، ويتعاونان على الفتن » أي الشيطان . ويضم الفاء : جمع .

(٤) المراجع السابقة في بدء هذا المطلب ، نظرية الضرورة الشرعية للمؤلف : ص ١٤٠ - ١٤٢ .

(٥) الشرح الكبير للدردير : ٣٥٧/٤ ، المغني : ٢٢٢/٨ .

(٦) راجع التفصيل في التشريع الجنائي الإسلامي للرحوم عبد القادر عودة : ٢٧٨/١ وما بعدها .

الاعتداء جريمة معاقباً عليها . وعلى هذا فممارسة حق التأديب من الأب أو الزوج أو المعلم ، وفعل الجلاد لا يوصف بكونه اعتداء . وفعل الصبي والمجنون وصيد الحيوان لا يوصف بكونه جريمة عند الحنفية .

فإذا قتل الإنسان المجل الصؤول ونحوه ، ضمن قيمته على كل حال عند الحنفية ؛ لأن الأموال تضمن حال الضرورة إلى إتلافها ، والقاعدة عندهم أن « الاضطرار لا يبطل حق الغير » وأن جناية « العجاء جُبَار » أي هدر .

وقال الجمهور عند الحنفية : لا غرم ولا ضمان على المدافع إذا لم يقدر على الامتناع منه إلا بضربه وقتله ، لأنه قتله أثناء الدفاع الجائز ، ولدفع شره ، وقياساً على قتل الإنسان الصائل ، وحرمة النفس أعظم من حرمة المال . وقياساً أيضاً على إهدار دم الصيد الحرامي إذا صال . ويختلف هذا عن حالة المضطر إلى طعام الغير ، بأن الطعام لم يلجئ المضطر إلى إتلافه ، ولم يصدر منه ما يزيل عصمته^(١) . ومذهب غير الحنفية في صيال الحيوان والصبي والمجنون هو المعقول .

٢- أن يكون الاعتداء حالاً : أي واقعاً بالفعل ، لا مؤجلاً ولا مهدداً به فقط .

٣- ألا يمكن دفع الاعتداء بطريق آخر ، فإذا أمكنه ذلك بوسيلة أخرى كالاستغاثة أو الاستعانة بالناس أو برجال الأمن ، ولم يفعل ، فهو معتد .

٤- أن يدفع الاعتداء بالقوة اللازمة : أي بالقدر اللازم لرد الاعتداء بحسب ظنه بالأيسر فالأيسر ، كما بينا في المطلب الأول .

(١) البدائع : ٢٧٣/٧ ، بداية المجتهد : ٣١٩/٢ ، المغني : ٣٢٨/٨ وما بعدها ، المهذب : ٢٢٥/٢ ، كشاف القناع :

١٤٣/٤ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ٣٥٧/٤ .

المبحث الثالث - هل دفع الصائل حق مباح أم واجب ؟

الكلام على هذا المطلب يقتضي التفصيل في كل حالة من حالات الدفاع الشرعي على حدة .

حكم الدفاع عن النفس :

إذا هوجم إنسان بقصد الاعتداء على نفسه، أو عضو من أعضائه، سواء أكان المهجوم من إنسان آخر أم من بهيمة، فيجب على المعتدى عليه أن يدافع عن نفسه في رأي أبي حنيفة والمالكية، والشافعية^(١)، إلا أن الشافعية قيدوا وجوب دفع الصائل في هذه الحالة بما إذا كان الصائل كافراً أو بهيمة؛ لأن الاستسلام للكافر ذل في الدين، والبهيمة تذبح لاستبقاء نفس الإنسان .

وأما إذا كان الصائل مسلماً فالأظهر عند الشافعية أنه يجوز الاستسلام له، بل يسن لخبر أبي داود : « كن خيراً بني آدم » يعني قبايل وهابيل، واشتهر ذلك عن الصحابة رضي الله تعالى عنهم، ولم ينكر عليه أحد، وأضاف الشافعية بأن الدفع عن نفس غيره في الإيجاب وعدمه كالدفع عن نفسه .

وقيد المالكية وجوب الدفاع بأن يكون بعد الإنذار ندباً كالمحارب إن أمكن : بأن يقول له : ناشدتك الله إلا ما تركتني ونحوه، فإن لم ينكف أو لم يمكن، جازله دفعه بالقتل وغيره .

ودليل القائلين بإيجاب الدفاع عن النفس قوله تعالى : ﴿ ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة ﴾ وقوله سبحانه ﴿ فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء إلى أمر الله ﴾ ﴿ فمن

(١) تبين الحقائق : ١١٠/٦ ، البدائع : ٩٣/٧ ، تكللة فتح القدير : ٢٦٩/٨ ، الدر المختار ورد المختار : ١٩٧/٢ ، ٢٨٧/٥ ، الفتاوى الهندية : ٧/٦ ، ٥١ ، مواهب الجليل للحطاب : ٢٢٣/٦ ، الشرح الكبير والدسوقي : ٣٥٧/٤ ، المنتقى على الموطأ : ٦١/٦ ، تنوير الحوالك شرح الموطأ : ٢٢٠/٢ ، الفروق : ١٨٥/٤ ، مغني المحتاج : ٢١/٤ ، المهذب : ٢٢٥/٢ .

اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ﴿ ﴿ وجزاء سيئة سيئة مثلها ﴾ وبما أن الإنسان يجب عليه صيانة نفسه بأكل ما يجده حال الجوع ، فيجب عليه الدفاع عن نفسه .

وقال الحنابلة^(١) ، ورأيهم هو المتفق مع السنة : إن دفع الصائل على النفس جائز لا واجب سواء أكان الصائل صغيراً أم كبيراً أم مجنوناً ، لقول النبي ﷺ في حال الفتنة : « اجلس في بيتك ، فإن خفت أن يبهرك شعاع الشمس ، فغط وجهك » وفي لفظ « تكون فتن ، فكن فيها عبد الله المقتول ، ولا تكن القاتل »^(٢) وقد صح أن عثمان رضي الله عنه منع عبده أن يدافعوا عنه ، وكانوا أربعمائة ، وقال : « من ألقى سلاحه فهو حر » . قالوا : وهذا مخالف لحال المضطر إلى الطعام : يلزمه الأكل منه ؛ لأن في القتل شهادة ، وإحياء نفس غيره ، وفي الأكل إحياء نفسه من غير مساس بنفس أحد غيره .

المبحث الرابع - ضمان الفعل :

اتفق الفقهاء^(٣) على أن المعتدى عليه (المدافع) إذا قتل الصائل ، فلا مسؤولية عليه من الناحيتين المدنية والجنائية ، فلا دية ولا قصاص ، لقوله عليه السلام : « من شهر سيفه ثم وضعه - ضرب به - ، فدمه هدر »^(٤) ، ولأن الصائل باغ ، والمصول عليه كان يؤدي واجبه في الدفاع عن نفسه ، ودفع الشر^(٥) .

(١) المغني : ٣٢٩/٨ وما بعدها ، كشف القناع : ١٤٣/٤ .

(٢) أخرجه ابن أبي خيثمة والدارقطني عن عبد الله بن خباب بن الأرت ، وأخرج أحمد نحوه عن خالد بن عرفطة .

(٣) المراجع السابقة .

(٤) أخرجه النسائي وإسحق بن راهويه والطبراني عن عبد الله بن الزبير (نصب الرواية : ٢٤٧/٤) .

(٥) قال الحنيفة : « من شهر على رجل سلاحاً ليلاً أو نهاراً ، أو شهر عصاً ليلاً في مصر ، أو نهاراً في طريق غير مصر ، فقتله المشهور عليه عدماً ، فلا شيء عليه » (مجمع الضمانات : ص ١٦٦) .

إلا أن الحنفية استثنوا مما ذكر: ما إذا كان الصائل صبيّاً أو مجنوناً أو دابة، فقتله المصول عليه، فيسأل مدنياً فقط لا جنائياً، فلا قصاص عليه، وإنما يدفع الدية عن الصبي والمجنون، ويضمن قيمة الدابة كما بينا في المبحث الثاني.

وروي عن أبي يوسف: أنه يكون مسؤولاً مدنياً فقط عن قيمة الحيوان، ولا تجب الدية عليه في قتل الصبي والمجنون.

ودليل الحنفية بالنسبة للدابة قوله ﷺ: «العجاء جُرْحها جُبَار»^(١) أي هدر. وأما فعل الصبي والمجنون فلا يوصف بكونه جريمة أو بغيّاً، فلا تسقط به عصمة النفس، ولا يتوافر بالتالي شرط جواز الدفاع عن النفس؛ لأن من شرائطه أن يكون هناك اعتداء أو عدوان عندهم، كما بينا، ولأن الدفاع شرع لدفع الجرائم، ولا جريمة ههنا.

وقال أبو يوسف: يعد فعل الصبي والمجنون جريمة، بدليل أنه يجب عليهما ضمان المتلفات، إلا أنه رفع العقاب عنها لعدم الإدراك. أما فعل الدابة، فليس جريمة، ولا يجب الضمان على ما تلفه؛ لأن العجاء جبار، والشرط أن يكون الاعتداء جريمة.

والخلاصة: أن أبا حنيفة لا يرى وجوداً لحالة الدفاع في صيال الصبي والمجنون والحيوان، وإنما يحق الدفاع على أساس الضرورة، أي فيجب الضمان أو التعويض. وأما أبو يوسف فيرى وجود حالة الدفاع إذا صال الصبي أو المجنون، كما هو رأي غير الحنفية. أما إذا صال الحيوان فيدفع على أساس الضرورة، فتجب قيمته بإتلافه.

وأما جمهور الفقهاء فيرون توافر حالة الدفاع في كل الحالات المذكورة؛ لأن من واجب الإنسان أن يدافع عن النفس والمال عند كل اعتداء، وإن فعل الاعتداء بذاته

(١) رواه الجماعة عن أبي هريرة رضي الله عنه (نيل الأوطار: ٢٢٤/٥).

لا يحل دم الصائل، ولكنه يوجب أو يجيز منع الاعتداء، على الخلاف السابق بينهم على رأيين، فالمطالبة بمنع الاعتداء هو الذي أحل دم الصائل، وليس الاعتداء ذاته، فلا يشترط إذاً أن تكون ذات الاعتداء جريمة معاقباً عليها.

ورأي الحنابلة^(١): أن من دفع صائلاً عن نفسه أو عن ولده ونسائه ومحارمه كأخته وعمته بالقتل لم يضمنه، ولو دفعه عن غيره بالقتل ضمنه.

حكم العاض: وأما من عض يد إنسان، فانتزعا منه، فسقطت أسنانه، فلا ضمان عليه، أي لا يسأل مدنياً بدفع الدية عند غير المالكية، بدليل حديث عمران بن حصين «أن رجلاً عض يد رجل، فنزع يده من فيه، فوقعت ثنيتاه^(٢)، فاختصموا إلى النبي ﷺ، فقال: يعض أحدكم يد أخيه، كما يعض الفحل^(٣)، لادية لك^(٤)» وحديث يعلى بن أمية قال: «كان لي أجير، فقاتل إنساناً، فعض أحدهما صاحبه، فانتزع أصبعه، فأندر ثنيتيه (أي أزالها)، فسقطت، فانطلق إلى النبي ﷺ، فأهدر ثنيتيه، وقال: أيدع يده في فيك، تقضمها كما يقضم الفحل^(٥)».

وقال المالكية: إنه يجب الضمان في مثل ذلك، لقوله ﷺ: «في السن خمس من الإبل^(٦)» ولكن قال يحيى بن يعمر وابن بطال: لو بلغ مالكاً هذا الحديث - حديث ابن الحصين ويعلى - لم يخالفه^(٧).

(١) كشف القناع: ١٤٣/٤.

(٢) الثنية: واحدة الثنايا أي أسنان مقدم الفم، ثنتان من فوق، وثنتان من أسفل.

(٣) الفحل: الذكر من كل حيوان.

(٤) رواه أحمد وأصحاب الكتب الستة ماعداً أبا داود.

(٥) رواه الجماعة (أحمد وأصحاب الكتب الستة) إلا الترمذي.

(٦) رواه أبو داود في المراسيل والنسائي وابن خزيمة وابن الجارود وابن حبان وأحمد.

(٧) المغني: ٣٣٢/٨ وما بعدها، مغني المحتاج: ١٩٧/٤، نيل الأوطار: ٢٥/٧، الميزان للشمراني: ١٧٣/٢،

والمهذب: ٢٢٥/٢. واشترط الشافعية لعدم ضمان رمي الناظر إلى البيوت: عدم وجود محرم وزوجة للناظر،

فإن كان له شيء من ذلك حرم رميه لأن له في النظر شبهة.

حكم الدفاع عن العرض :

إذا أراد فاسق الاعتداء على شرف امرأة، فيجب عليها باتفاق الفقهاء^(١) أن تدافع عن نفسها إن أمكنها الدفع؛ لأن التمكين منها للرجل حرام، وفي ترك الدفاع تمكين منها للمعتدي، ولها قتل الرجل المكره، ولو قتلته كان دمه هدرًا، إذا لم يمكن دفعه إلا بالقتل.

وكذلك يجب على الرجل إذا رأى غيره يحاول الاعتداء على امرأة أن يدفعه، ولو بالقتل إن أمكنه الدفاع، ولم يخف على نفسه؛ لأن الأعراس حرمات الله في الأرض، لا سبيل إلى إباحتها بأي حال، سواء عرض الرجل أو عرض غيره.

ولا يسأل المدافع جنائياً ولا مدنياً، فلا قصاص ولا دية عليه، لظاهر الحديث: «من قتل دون أهله فهو شهيد»^(٢) ولما ذكره الإمام أحمد من حديث الزهري بسنده عن عبيد بن عمير: «أن رجلاً أضاف ناساً من هذيل، فأراد امرأة على نفسها، فرمته بجحر فقتلته، فقال عمر: والله لا يودي أبداً»، ولأنه إذا جاز الدفاع عن المال الذي يجوز بذله وإباحته، فدفاع المرأة أو الرجل عن نفسها، وصياتها عن الفاحشة التي لا تباح بحال: أولى.

الزاني بامرأته: كذلك لا قصاص ولا دية في المذاهب الأربعة^(٣) على من وجد رجلاً يزني بامرأته، فقتله، لما روي «أن عمر رضي الله عنه بينما هو يتغدى يوماً، إذ أقبل رجل يعدو، ومعه سيف مجرد ملطخ بالدم، فجاء حتى قعد مع عمر، فجعل يأكل، وأقبل جماعة من الناس، فقالوا: يا أمير المؤمنين، إن هذا قتل صاحبنا مع

(١) الدر المختار: ١٩٧/٣، ٣٩٧/٥، البدائع: ٩٣/٧، بداية المجتهد: ٣١٩/٢، مجمع الضمانات: ص ٢٠٣، مغني المحتاج: ١٩٤/٤ وما بعدها، المهذب: ٢٢٥/٢، المغني: ٣٣١/٨ وما بعدها، كشف الأسرار: ١٥٢٠/٤، الشرح الكبير للدردير: ٣٥٧/٤.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) المراجع السابقة، المغني: ٣٣٢/٨.

امراته ، فقال عمر : ما يقول هؤلاء ؟ قال : ضرب الآخر فخذي امرأته بالسيف ، فإن كان بينها أحد ، فقد قتله ، فقال لهم عمر : ما يقول ؟ قالوا : ضرب بسيفه فقطع فخذي امرأته ، فأصاب وسط الرجل ، فقطعه باثنين ، فقال عمر : إن عادوا فعد^(١) .
وإذا كانت المرأة مطاوعة فلا ضمان عليه فيها . وإن كانت مكرهة فعليه القصاص .

ولا بد من البينة كما بينا في حكم الدفاع . وفي البينة روايتان عند الحنابلة : في رواية : أنها أربعة شهداء لما روي عن علي رضي الله عنه أنه سئل عن رجل دخل بيته ، فإذا مع امرأته رجل ، فقتلها وقتله ، قال علي : إن جاء بأربعة شهداء ، وإلا فليعط برمته أي تضمن ديتة . ولما روى أبو هريرة « أن سعد بن عبادة قال : يا رسول الله ، أ رأيت إن وجدت مع امرأتي رجلاً أمهله ، حتى آتي بأربعة شهداء ؟ فقال النبي ﷺ : نعم »^(٢) .

وفي رواية أخرى : إنه يكفي شاهدان ، لأن البينة تشهد على وجوده على المرأة ، وهذا يثبت بشاهدين ، وإنما الذي يحتاج إلى أربعة هو الزنا ، وهذا لا يحتاج إلى إثبات الزنا .

فإن لم تكن بينة فادعى الزوج علم ولي المرأة بالزنا ، فالقول قول الولي يمينه ، عند الحنابلة .

الاطلاع على داخل البيوت :

لواطلع إنسان بدون إذن على بيت إنسان من ثقب أو شق باب أو نحوه ، فرماه صاحب البيت بحصاة أو طعنه بعود ، فقلع عينه ، فلا مسؤولية عليه جنائياً ولا مدينياً أي

(١) رواه هشيم عن مغيرة عن إبراهيم ، وأخرجه سعيد بن منصور .

(٢) أخرجه الطبراني من حديث عبادة بن الصامت (فتح الباري : ١٥٤/١٢)

لاقصاص ولا دية عند الشافعية والحنابلة^(١)، لقوله ﷺ: «لو أن رجلاً أطلع عليك بغير إذن، فخذفته^(٢) بحصاة، ففقت عينه، ما كان عليك جناح»^(٣). وقوله عليه السلام: «من أطلع في بيت قوم بغير إذنهم، فقد حل لهم أن يفتقوا عينه»^(٤) وفي لفظ «من أطلع في بيت قوم بغير إذنهم، ففتقوا عينه، فلا دية له ولا قصاص»^(٥).

هذا إذا رماه بشيء خفيف كحصاة. أما إذا رمى صاحب الدار الناظر بما يقتله عادة كحجر قاتل، أو حديدة ثقيلة، أو نشاب، فيلزم بالقصاص، أو الدية عند العفو عنه؛ لأن له ما يقلع به العين المبصرة التي حصل الأذى منها، دون ما يتعدى إلى غيرها.

فإن لم يندفع الناظر بالشيء اليسير، جاز - كما في الصيال - رميه بأشد منه، حتى القتل، سواء أكان الناظر في الطريق، أم في ملك نفسه، أم في غيرها. وقد بين النبي ﷺ الحكمة من منع الاطلاع على البيوت فقال: «إنما جعل الاستئذان من أجل البصر»^(٦).

وقال الحنفية والمالكية^(٧): يسأل جنائياً صاحب الدار في هذه الحالة، فيجيب عليه القصاص أو الدية لقوله عليه الصلاة والسلام: «في العين نصف الدية»^(٨)،

(١) معني المحتاج : ١٩٧/٤ وما بعدها ، المذهب : ٢٢٥/٢ ، أعلام الموقعين : ٣٣٧/٢ ، المغني : ٣٣٥/٨ .

(٢) الحذف : الرمي بالحصاة ، والحذف : الرمي بالعصا ، لا بالحصاة .

(٣) متفق عليه بين البخاري ومسلم وأحمد عن أبي هريرة .

(٤) رواه أحمد .

(٥) رواه أحمد والنسائي .

(٦) رواه أحمد والبخاري ومسلم والترمذي عن سهل بن سعد .

(٧) تبين الحقائق وحاشية الشلبي عليه : ١١٠/٦ ، الفتاوى الهندية : ٧/٦ ، رد المختار على الدر : ٣٩٠/٥ ، تكلية

فتح القدير : ٢٦٩/٨ ، مجمع الضمانات : ص ١٦٩ ، القوانين الفقهية : ص ٣٥١ ، رحمة الأمة بهامش الميزان للشعراني : ١٥٩/٢ ، ط الباي الحلبي .

(٨) أخرجه أبو داود في المراسيل والنسائي وابن خزيمة ، وابن الجارود وابن حبان وأحمد (سبل

السلام : ٢٤٤/٣) .

ولأن مجرد النظر بالعين لا يبيح الجناية على الناظر، كما لو نظر من الباب المفتوح، وكما لو دخل منزله، ونظر فيه، أو نال من امرأته مادون الجماع، لم يجوز قلع عينه، فجرد النظر أولى.

ويلاحظ أن الاختلاف بين الرأيين هو فيمن نظر من خارج الدار، أما لو أدخل شخص رأسه، فرماه صاحب الدار بحجر، ففقاً عينه، فلا يضمن اجماعاً.

حكم الدفاع عن المال :

قزر جمهور الفقهاء أن الدفاع عن المال جائز، لا واجب، سواء أكان المال قليلاً أم كثيراً، إذا كان الأخذ بغير حق، ولا قصاص على المدافع إن التزم الدفع بالأسهل فالأسهل، لما رواه أبو هريرة . قال : « جاء رجل ، فقال : يا رسول الله ، أرأيت إن جاء رجل يريد أخذ مالي ؟ قال : فلا تعطه مالك (وفي لفظ : قاتل دون مالك) ، قال : أرأيت إن قاتلني ؟ قال : قاتله ، قال : أرأيت إن قتلني ؟ قال : فأنت شهيد ، قال : أرأيت إن قتلته ؟ قال : هو في النار»^(١) قال العلماء : فإن قتله فلا ضمان عليه ، لعدم التعدي منه عليه ، والحديث عام لقليل المال وكثيره .

وسبب التفرقة بين الدفاع عن المال ، والدفاع عن النفس أو العرض عند القائلين بوجوب الدفاع عن غير المال : هو أن المال مما يباح بالإباحة والإذن ، أما النفس فلا تباح بالإباحة .

وقال بعض المالكية : لا يجوز الدفاع عن المال إذا كان شيئاً يسيراً . ولكن ظاهر الأحاديث السابقة وعمومها يرد على التفرقة بين القليل والكثير كما بينا .

(١) رواه مسلم وأحمد (نصب الراية : ٣٤٨/٤ وما بعدها) قال ابن تيمية في منتهى الأخبار : فيه من الفقه أنه يدفع بالأسهل فالأسهل (نيل الأوطار : ٢٢٦/٥) .

وقال بعض العلماء : إن المقاتلة عن المال واجبة . وهذا رأي المالكية بعد الإنذار كما أوضحنا^(١) .

وفرق الشافعية^(٢) بين أنواع الأموال فقالوا : لا يجب الدفع عن مال لا روح فيه ، لأنه يجوز إباحته للغير . أما ما فيه روح : فيجب الدفع عنه إذا قصد إتلافه ، ما لم يخش على نفسه أو عرضه ، لحرمة الروح ، حتى لو رأى أجنبي شخصاً يتلف حيوان نفسه إتلافاً محرماً ، وجب عليه دفعه على الأصح . وكذلك يجب عليه الدفع عن مال متعلق به حق الغير كرهن وإجارة .

لكن أضاف الشافعية : لو سقطت جرة ولم تندفع عنه إلا بكسرها ، ضمنها في الأصح ، إذ لا قصد لها ولا اختيار ، حتى يحال السبب عليها ، فصار المدافع عن المال كالمضطر إلى طعام غيره ، يأكله ويضمنه .

(١) الدر المختار وحاشيته : ٣٨٨/٥ ، مواهب الجليل : ٢٢٢/٦ ، الشرح الكبير : ٢٥٧/٤ ، نيل الأوطار : ٢٢٦/٥ ،
المغني : ٣٢٩/٨ وما بعدها .
(٢) المهذب : ٢٢٤/٢ وما بعدها ، مغني المحتاج : ١٩٥/٤ وما بعدها .

الفصل التاسع

اللقطة واللقيط

اللقطة لغة بسكون القاف أو فتحها : ما وجد بعد طلب أي ما يلتقط ، قال تعالى : ﴿ فالتقطه آل فرعون ﴾ وهي بهذا المعنى اللغوي العام تشمل ما يلتقطه الإنسان من بني آدم أو الأموال ، أو الحيوان . واللقطة بفتح القاف أيضاً : الكثير الالتقاط .

إلا أن الحنفية وغيرهم ميزوا في بحوثهم الفقهية بين اللقيط ، واللقطة ، والضالة . لذا نذكر معنى اللقيط ، وأحكامه ، ومعنى اللقطة وأحكامها ، ونبين نوعي اللقطة : لقطة الأموال ، ولقطة الحيوان أي الضالة ، ونختم البحث بمعرفة ما يصنع باللقطة . ويكون الكلام في مبحثين :

المبحث الأول - حقيقة اللقيط وأحكامه :

اللقيط لغة : هو ما يلقط أي يرفع من الأرض ، وعرفاً : هو الطفل المفقود المطروح على الأرض عادة ، خوفاً من مسؤولية إعالته ، أو فراراً من تهمة الريبة أو الزنا فلا يعرف أبوه ولا أمه ، أو لسبب آخر .

أحكامه : الالتقاط عند الحنفية مندوب إليه وهو من أفضل الأعمال ؛ لأنه يترتب عليه إحياء النفس ، ويكون فرض كفاية إن غلب على الظن هلاك الولد لو لم يأخذه ، كأن وجد في مغارة ونحوها من المهالك ، لحصول المقصود بالبعض وهو صيانتة .

وقال باقي الأئمة : التقاط الولد فرض كفاية إلا إذا خاف هلاكه ففرض عين .
وهناك أحكام فرعية أخرى تتعلق باللقيط منها^(١) :

١- إن الملتقط أولى بإمساك اللقيط من غيره : فإن شاء تبرع بتربيته والإنفاق عليه ، وإن شاء رفع الأمر إلى الحاكم ، ليأمر أحداً بتربيته على نفقة المال ؛ لأن بيت المال معدّ لحوائج جميع المسلمين ... هذا إذا لم يكن للقيط مال ، فإن كان له مال ، بأن وجد الملتقط معه مالاً ، فتكون النفقة من مال اللقيط ؛ لأنه غير محتاج إليه ، فلا يثبت حقه في بيت المال ، وهذا الحكم مجمع عليه بين العلماء^(٢) .

ولو أنفق عليه الملتقط من مال نفسه : فإن أنفق بإذن القاضي ، فله أن يرجع على اللقيط بعد بلوغه ، وإن أنفق بغير إذن القاضي يكون متبرعاً ، ولا يرجع على اللقيط بما أنفق عليه بعد استكمال البلوغ .
واللقيط كاللقطة أمانة في يد الملتقط .

٢- إن الولاية على اللقيط في نفسه وماله للقاضي : أي بالنسبة للحفظ والتعليم والتربية والتزويج والتصرف في ماله ، لقوله عليه الصلاة والسلام :
« السلطان ولي من لا ولي له^(٣) » وليس للملتقط ولاية التزويج أو التصرف في المال .

(١) راجع المبسوط : ٢٠٩/١٠ وما بعدها ، البدائع : ١٩٧/٦ وما بعدها ، فتح القدير : ٤١٧/٤ ، تبيين الحقائق : ٢٩٧/٣ ، الدر المختار : ٣٤٣/٣ وما بعدها ، مختصر الطحاوي : ص ١٤١ ، مجمع الضمانات : ص ٢١١ وما بعدها .

(٢) المغني : ٦٨٣/٥ ، بداية المجتهد : ٣٠٥/٢ ، مغني المحتاج : ٤٢١/٢ .

(٣) رواه خمسة من الصحابة : عائشة ، وابن عباس ، وعلي ، وعبد الله بن عمرو ، وجابر ، فحديث عائشة أخرجه أصحاب الكتب الستة والشافعي وأحمد بلفظ : « لانكاح إلا بولي ، وأما امرأة نكحت بغير إذن وليها ، فنكاحها باطل ، باطل ، باطل ، فإن لم يكن لها ولي ، فالسلطان ولي من لا ولي له » وحديث ابن عباس أخرجه ابن ماجه بلفظ : « لانكاح إلا بولي ، والسلطان ولي من لا ولي له » وهكذا .. (راجع تخريج وتحقيق أحاديث تحفة الفقهاء للمؤلف مع الاستاذ الكتاني : ٥١٠/٣ ، نصب الراية : ١٦٧/٣) .

وإذا زوج الحاكم اللقيط فالمهر يدفع من بيت المال، إلا إذا كان للقيط مال، فيكون في ماله. كذلك يدفع للقيط من بيت المال ما يحتاج إليه من نفقة وكسوة ودواء ونحوها، وهو مروى عن عمر وعلي رضي الله عنهما، ولأن بيت المال معد للصراف إلى مثله من المحتاجين، كالمقعد الذي لا مال له، ولأن ميراثه لبيت المال، والخراج بالضمان أي لبيت المال غمه أي (ميراثه) وديته، وعليه غرمه.

٣- إن اللقيط حر مسلم: لأن الأصل في الإنسان إنما هو الحرية، والأصل بقاء ما كان حتى يوجد ما يغيره، ولأن الدار دار إسلام ودار حرية، فمن كان فيها يكون حراً بمقتضى الأصل العام، إذ هو الحكم الغالب والأمر الظاهر، ويكون أيضاً مسلماً تبعاً لدار الإسلام.

وبناء عليه، إذا وجد اللقيط مسلم في بلد إسلامي يكون مسلماً، حتى لو مات يغسل ويصلى عليه، ويدفن في مقابر المسلمين، أما إذا وجده ذمي أو مسلم في بيعة النصراني أو كنيسة اليهود أو في قرية ليس فيها مسلم يكون ذمياً تحكياً للظاهر. ولو وجده ذمي في بلد إسلامي يكون مسلماً، أي أن العبرة للمكان.

وفي رواية النوادر عند ابن سماعه: ينظر إلى حال الواجد من كونه مسلماً أو ذمياً ولا يلتفت إلى المكان؛ لأن اليد (أي الحيازة) أقوى من المكان، بدليل أن تبعة الأبوين فوق تبعة الدار.

وفي رواية أخرى يكون اللقيط مسلماً بحسب حال الواجد، أو المكان.

قال الكاساني: والصحيح هذه الرواية، فإذا وجده مسلم في بلد إسلامي كان مسلماً تبعاً للدار، وإذا وجده كافر في دار الإسلام كان مسلماً، أو وجده ذمي أو مسلم في كنيسة كان ذمياً^(١).

(١) البدائع: ١٩٨/٦.

وإذاً تكون الأقوال ثلاثة : العبرة للمكان ، أو العبرة للواجد ، أو العبرة للمكان أو الواجد ، والقول الثالث هو الأصح عند الحنفية .

وقال الشافعية والحنابلة : إذا وجد لقيط بدار الإسلام فهو مسلم ، وإن وجد بدار الكفار فكافر إن لم يسكنها مسلم كأسير وتاجر ، فإن سكنها مسلم فهو مسلم في الأصح ^(١) تغليباً للإسلام ، بدليل ما روى أحمد والدارقطني : « الإسلام يعلو ولا يعلى عليه » .

٤ - حكم النسب : يعتبر اللقيط مجهول النسب ، حتى لو ادعى إنسان نسبة اللقيط تصح دعوته ، ويثبت النسب منه . وبناء عليه : لو ادعى الملتقط أو غيره أن اللقيط ابنه تسمع دعواه من غير بينة ، والقياس ألا تسمع إلا بينة .

وجه القياس ظاهر ، وهو أنه يدعي أمراً يحتمل الوجود وعدمه ، فلا بد من ترجيح أحد الجانبين على الآخر بمرجح ، وذلك بالبينة . ولم توجد .

ووجه الاستحسان : أن هذا الادعاء إقرار بما ينفع اللقيط ؛ لأنه يتشرف بالنسب ويعير بفقده ، وتصديق المدعي في مثل هذا لا يتطلب البينة . لكن لو ادعى نسبه ذمي تقبل دعواه ، ويثبت نسبه منه ، لكنه يكون مسلماً ؛ لأن ادعاء النسب يقبل فيما ينفع اللقيط لا فيما يضره ، ولا يلزم من كونه ابناً له أن يكون كافراً ، كما لو أسلمت أمه مثلاً ، فيلحق الولد خير الأبوين ديناً ، كما هو معروف .

ولو ادعاه رجلان أنه ابنهما ، ولا بينة لهما ، فإن كان أحدهما مسلماً ، والآخر ذمياً ، فالمسلم أولى بثبوت نسبه منه ؛ لأنه أنفع للقيط .

وإن كان المدعيان مسلمين حرين : فإن وصف أحدهما علامة في جسد الولد ، فهو أحق به عند الحنفية ؛ لأن ذكر العلامة يدل على أنه كان في يده ، فالظاهر أنه

(١) معني المحتاج : ٤٢٢/٢ ، المعني : ٦٨١/٥ .

له ، فيترجح بها ، بدليل قوله تعالى مخبراً عن أهل امرأة عزيز مصر : ﴿ إن كان قيصه قد من قُبَل فصدقت وهو من الكاذبين ، وإن كان قيصه قد من دُبُر ، فكذبت وهو من الصادقين ﴾ .

وإن لم يصف أحدهما علامة ، أو أقام كل منهما البينة ، يحكم بكونه ابناً لها ، إذ ليس أحدهما بأولى من الآخر ، وقد روي عن سيدنا عمر في مثل هذا أنه قال : إنه ابنهما يرثها ويرثاه .

وإن ذكر أحدهما بينة ، والآخر علامة ، فصاحب البينة أولى ؛ لأنه ترجح جانبه بمرجح .

وقال الشافعية : إن ادعى اللقيط اثنان ولم يكن لأحدهما بينة ، عرض اللقيط على القائف^(١) فيلحق من ألحق به ؛ لأن في إلحاقه أثراً في الانتساب عند الاشتباه^(٢) .

وإن ادعت امرأة أن اللقيط ابنها : فإن لم يكن لها زوج ، لا يصح ادعاؤها ؛ لأن فيه حمل نسب شخص على الغير وهو الزوج ، وهو لا يجوز . وإن كان لها زوج فصدقها في ادعائها أو شهدت لها القابلة ، أو شهد لها شاهدان ، ثبت النسب منها .

ولو ادعته امرأتان ، وأقامت إحداها البينة فهي أولى به ، وإن أقامت كل منهما البينة ، فهو ابنها عند أبي حنيفة . وعند أبي يوسف : لا يكون لواحدة منهما . وعن محمد روايتان : في رواية يجعل ابنها ، وفي رواية : لا يجعل ابن واحدة منهما .

(١) القائف جمع قافة : وهم قوم يعرفون الأنساب بالشبه ، والقائف : من عرفت منه معرفة الأنساب بالشبه ، وتكررت منه الإصابة . والأصل في القائف : هو الذي يتبع الآثار والأشباه ويقفوها ، أي يتبعها ، فهو المتبع للشيء .

(٢) معني المحتاج : ٤٢٨/٢ .

المبحث الثاني - اللقطة وأحكامها ونوعاها وما يصنع بها :

ينقسم هذا المبحث إلى مطالب ثلاثة :

المطلب الأول - معنى اللقطة وأحكامها :

اللقطة - بضم اللام وفتح القاف أو سكونها ، وحكى ابن مالك فيها أربع لغات : وهي لقاطمة ، ولقطة بضم اللام وسكون القاف ، وبضم اللام وفتح القاف ، ولقط بفتح اللام والقاف بلا تاء مربوطة . وقال الخليل بن أحمد : هي بفتح القاف وصف مبالغة لاسم الفاعل : وهو الملتقط ، مثل هَمَزَة وَلَمَزَة ، وبسكون القاف وصف مبالغة لاسم المفعول : مثل ضُحْكة للذي يضحك منه ، وهَزْأَة للذي يهزأ به ، وإنما قيل للمال الملتقط لقطة ؛ لأن طباع النفوس في الغالب تبادر إلى التقاطه ؛ لأنه مال .

وهي شرعاً كما قال ابن قدامة الحنبلي : المال الضائع من ربه يلتقطه غيره . وبنحوه في التتارخانية من كتب الحنفية : هي مال يوجد ، ولا يعرف مالكة ، وليس بمباح كمال الحربي .

أحكامها : للقطة أحكام من حيث النذب ومن حيث الضمان وغيرها :

١ - أما حكمها من حيث النذب وغيره : فهو مختلف فيه عند الفقهاء : فقال الحنفية والشافعية : الأفضل الالتقاط ؛ لأن من واجب المسلم أن يحفظ مال أخيه المسلم : « والله في عون العبد ما كان العبد في عون أخيه »^(١) .

وقال المالكية والحنبلية بكراهية الالتقاط ، لقول ابن عمر وابن عباس ، ولأنه تعريض لنفسه لأكل الحرام ، ولما يخاف أيضاً من التقصير فيما يجب لها من تعريفها

(١) رواه مسلم عن أبي هريرة (شرح مسلم) ٢١/١٧ .

وردها لصاحبها وترك التعدي عليها^(١) .

هذا هو الحكم العام ، ثم فصل علماء كل مذهب تفصيلات مذهبية يهمنها أن نشير إلى مذهب الحنفية ، ومثلهم الشافعية ، فإنهم قالوا : يستحب الالتقاط لو اتق بأمانة نفسه إذا خاف ضياع اللقطة لئلا يأخذها فاسق ، فإن لم يخف ضياعها فالتقاطها مباح ، وإن علم من نفسه الخيانة بأن يأخذ اللقطة لنفسه ، لا لصاحبها فيحرم الالتقاط ، لما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال : « لا يأوي الضالة إلا ضال »^(٢) .

وأما حكمها من حيث الضمان وعدمه : فقال الحنفية : اللقطة أمانة في يد الملتقط لا يضمنها إلا بالتعدي عليها ، أو بمنع تسليمها لصاحبها عند الطلب ، وذلك إذا شهد الملتقط على أنه يأخذها ليحفظها ويردها إلى صاحبها ؛ لأن الأخذ على هذا الوجه مأذون فيه شرعاً ، قال ﷺ : « من وجد لقطه فليشهد ذوي عدل »^(٣) . وهو أمر يقتضي الوجوب ، ولأنه إذا لم يشهد كان الظاهر أنه أخذها لنفسه ، ويكفيه للإشهاد أن يقول : من سمعته ينشد لقطه فدلوه علي .

وكذلك تكون أمانة إذا تصادق صاحب اللقطة والملتقط أنه التقطها ليحفظها للمالك .

فإن لم يشهد الملتقط ولم يتصادقا ، وإنما قال الآخذ : أخذتها للمالك وكذبه

(١) راجع البدائع : ٢٠٠/٦ ، فتح القدير : ٤٢٣/٤ ، الدر المختار : ٤٠٦/٣ ، بداية المجتهد : ٢٩٩/٢ وما بعدها ، مفق المحتاج : ٤٠٦/٢ ، المغني : ٦٣٠/٥ .

(٢) رواه مسلم وأحمد عن زيد بن خالد بلفظ « لا يأوي الضالة إلا ضال ما لم يعرفها » ورواه أحمد وأبو داود وابن ماجه بلفظ « لا يأوي الضالة إلا ضال » (نيل الأوطار : ٣٢٨/٥ ، ٣٤٤ ، سبل السلام : ٩٤/٣) .

(٣) رواه أحمد وابن ماجه عن عياض بن حمار ، ورواه أيضاً أبو داود والنسائي والبيهقي والطبراني وصححه ابن خزيمة وابن الجارود وابن حبان (نيل الأوطار : ٣٢٨/٥ ، نصب الراية : ٤٦٦/٣ ، سبل السلام : ٩٦/٣ ، الاثنام : ص ٣٧٠) .

المالك يضمن اللقطة عند أبي حنيفة ومحمد ؛ لأن الظاهر أنه أخذ اللقطة لنفسه ،
لا للمالك .

وقال المالكية والشافعية والحنابلة : اللقطة أمانة ولكن لا يشترط الإشهاد على
اللقطة وإنما يستحب فقط ، وإذا لم يشهد الآخذ فلا يضمن عندهم وعند أبي يوسف
أيضاً ؛ لأن اللقطة وديعة ، فلا ينقلها ترك الإشهاد من الأمانة إلى الضمان ، بدليل
ما جاء من حديث سليمان بن بلال وغيره أنه قال : « إن جاء صاحبها ، وإلا فلتكن
وديعة عندك »^(١) .

وأما عدم اشتراط الإشهاد ، فلأن الرسول ﷺ أمر زيد بن خالد وأبي بن كعب
بتعريف اللقطة فقط دون الإشهاد^(٢) ، ومن المعلوم أنه لا يجوز تأخير البيان عن
وقت الحاجة ، فلو كان الإشهاد واجباً لبينه النبي ﷺ حينما سئل عن حكم اللقطة ،
وحينئذ تعين حمل الأمر بالإشهاد في حديث عياض الذي استدل به الحنفية على
الندب والاستحباب فقط^(٣) .

أ - وبناء على رأي أبي حنيفة ومحمد : لو أخذ الشخص اللقطة ثم ردها إلى مكانها
الذي أخذها منه ، لا ضمان عليه في ظاهر الرواية ؛ لأنه أخذها محتسباً متبرعاً
ليحفظها على صاحبها ، فإذا ردها إلى مكانها فقد فسخ التبرع . فصار كأنه لم يأخذها
أصلاً . هذا إذا كان المالك قد صدق الملتقط أنه أخذها ليحفظها ، أو كان الملتقط قد
أشهد على ذلك ثم ضاعت . فإن كان لم يشهد عليه الضمان عند أبي حنيفة ومحمد .

(١) حديث سليمان رواه مسلم (نيل الأوطار ، المرجع السابق : ص ٢٤١ ، الإمام بأحاديث الأحكام : ص ٢٧١ ،
شرح مسلم : ٢٥/١٢) .

(٢) حديث زيد رواه البخاري ومسلم وأحمد كما أشرنا سابقاً ، وحديث أبي بن كعب رواه مسلم وأحمد والترمذي
(نيل الأوطار : المرجع السابق : ص ٢٢٨ وما بعدها) .

(٣) المبسوط : ١٢/١١ ، فتح القدير ، المرجع السابق ، البدائع : ٢٠١/٦ ، تبين الحقائق : ٣٠١/٢ ، مجمع الضمانات :
ص ٢٠٩ وما بعدها ، بداية المجتهد : ٣٠٢/٢ وما بعدها ، الشرح الكبير : ١٢١/٤ ، القوانين الفقهية : ص ٢٤٢ ،
معني المحتاج : ٤٠٧/٢ ، المغني : ٦٤٤/٥ ، ٦٤٧ ، القواعد لابن رجب : ص ٥٢ ..

وعند أبي يوسف : لا يجب الضمان ، سواء أشهد أم لم يشهد ، ويكون القول قول الملتقط بيينه أنه أخذها ليحفظها لصاحبها .

وقال مالك : لا ضمان على من رد اللقطة إلى موضعها ، لما روي عن عمر أنه قال لرجل وجد بعيراً : « أرسله حيث وجدته » . ولكن المشهور في مذهب المالكية أن الملتقط يضمن اللقطة إذا ردها لموضعها أو لغيره بعد أخذها للحفظ .

ورأى الشافعية والحنابلة : أنه إذا أخذ اللقطة إنسان ، ثم ردها إلى موضعها ضمنها ؛ لأنها أمانة صارت في يده ، فلزمه حفظها ، فإذا ضيعها لزمه ضمانها كما لو ضيع الوديعة .

فصار رأي الجمهور هو وجوب الضمان برد اللقطة إلى مكانها .

ب- ويضمن الملتقط اللقطة إذا دفعها إلى غيره بغير إذن القاضي ؛ لأنه يجب عليه حفظها بنفسه ، بالتزامه الحفظ بالالتقاط .

ج- فإن هلكت اللقطة في يد الملتقط : فإن أشهد على اللقطة ، بأن قال للناس :

« إني وجدت لقطة ، فمن طلبها فدلوه علي » : فإنه لا يضمن . وإن لم يشهد فعند أبي حنيفة ومحمد : يضمن . وعند أبي يوسف : لا يضمن إذا كان قد أخذ اللقطة ليردها إلى صاحبها ، ويحلف على فعله إن لم يصدقه صاحبها ، كما ذكرنا قريباً .

د- ولو أقر الملتقط أنه كان قد أخذ اللقطة ليمتلكها لنفسه ، لا يبرأ عن الضمان إلا بالرد على المالك ؛ لأنه ظهر أنه أخذها غضباً ، فكان الواجب عليه الرد إلى المالك^(١) لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : « على اليد ما أخذت حتى تؤديه »^(٢) .

(١) راجع البدائع : ٢٠١/٦ ، المبسوط : ١١/١١ ، ١٣ ، بداية المجتهد : ٣٠٤/٢ ، المغني : ٦٩٤/٥ ، مغني المحتاج : ٤١١/٢ .

(٢) رواه أحمد وأصحاب السنن الأربعة عن الحسن بن سمرة ، وصححه الحاكم (نيل الأوطار : ٢٩٨/٥ ، نصب الراية : ١٦٧/٤) .

المطلب الثاني - نوع اللقطة وما يصنع بها :

اللقطة نوعان : لقطة غير الحيوان : وهو المال الساقط الذي لا يعرف مالكة ،
ولقطة الحيوان : وهو الضالة من الإبل والبقر والغنم من البهائم .

وحكم لقطة الحيوان : أنه يجوز التقاطها عند الحنفية والشافعية في الأصح
عندهم ، لحفظها لصاحبها صيانة لأموال الناس ومنعاً من ضياعها ووقوعها في يد
خائنة .

وقال مالك : يكره التقاط ضالة الحيوان ، ولقطة المال أيضاً^(١) ، لما رواه
أصحاب الكتب الستة عن زيد بن خالد الجهني ، قال : « سئل رسول الله ﷺ عن
لقطة الذهب والورق^(٢) ، فقال اعرف وكاءها ، وعفاصها^(٣) ، ثم عرفها سنة ، فإن لم
تعرف فاستنفقها^(٤) ، ولتكن وديعة عندك ، فإن جاء طالبها يوماً من الدهر ، فأدها
إليه . » وسأله رجل عن ضالة الإبل ، فقال : « مالك ولها ، دعها ، فإن معها حذاءها
وسقاءها^(٥) ترد الماء ، وتأكل الشجر حتى يجدها ربها . وسأله عن الشاة فقال : خذها
فإنها هي لك ، أو لأخيك أو للذئب^(٦) . »

وروى أبو داود وأحمد وابن ماجه عن جرير بن عبد الله أنه أمر بطرد بقرة
لحقت ببقرة حتى توارت ، فقال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « لا يأوي الضالة إلا

-
- (١) المبسوط : ١١/١١ ، البدائع : ٢٠٠/٦ ، فتح القدير : ٤٢٨/٤ ، تبيين الحقائق : ٣٠٥/٣ ، بداية المجتهد : ٢٩٩/٢ وما بعدها ، مغني المحتاج : ٤٠٩/٢ ، المغني : ٦٣١/٥ .
 - (٢) الورق - بفتح الواو وكسر الراء هو الفضة .
 - (٣) الوكاء : الخيط الذي يشد به الوعاء الذي تكون فيه النفقة ، والعفاص بكسر السين وتخفيف الفاء : هو الوعاء الذي تكون فيه النفقة من جلد أو غيره .
 - (٤) أي أما أن تستهلكها وتغرم بدلها ، وأما أن تتركها عندك على سبيل الوديعة حتى يجيء صاحبها فتعطيها إياه .
 - (٥) الحذاء : أي الحف ، والسقاء أي الجوف ، وقيل : العنق ، والمراد أنها تستغني عن الحفظ .
 - (٦) راجع نصب الراية : ٤٦٨/٣ ، نيل الأوطار : ٣٣٨/٥ ، شرح مسلم : ٢٠/١٢ .

ضال»^(١) وقال ﷺ: «إن ضالة المسلم حرق النار»^(٢) أي تؤدي به إلى النار إذا تملكها.

وأخرج مسلم وأحمد والترمذي عن أبي بن كعب في حديث اللقطة أن النبي ﷺ، قال: «عرفها فإن جاء أحد يخبرك بعدتها ووعائها ووكائها، فأعطها إياه، وإلا فاستمع بها»^(٣).

وأجاب الفريق الأول عن الأحاديث بأن حكمها كان في الماضي حين غلبة أهل الصلاح والأمانة، فلا تصل إليها يد خائنة، أما في زماننا فنظراً لكثرة الخيانة يكون في أخذها حفظها على صاحبها.

وهذا كله ما عدا لقطة الحج، فإن العلماء أجمعوا على أنه لا يجوز التقاطها لنيه عليه السلام عن ذلك^(٤)، ولا يجوز لقطة مكة أيضاً، لقوله ﷺ في بلد مكة يوم الفتح: «ولا تحل لقطتها إلا لمعرف» وفي لفظ: «ولا تحل ساقطتها إلا لمنشد»^(٥).

وأما ما يصنع باللقطة: فهو أن الملتقط يعرفها، لما روى البخاري ومسلم عن زيد بن خالد الجهني، قال: «سأل رجل رسول الله ﷺ عن اللقطة: فقال:

(١) في رواية: «لا يأوي» رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه (راجع نيل الأوطار، المرجع السابق: ص ٣٤٤، سبل السلام: ٩٤/٣).

(٢) رواه الطبراني في كبيره عن عصمة، وفيه أحمد بن راشد وهو ضعيف وأخرجه أحمد وابن ماجه والطحاوي وابن حبان وغيرهم عن عبد الله بن الشخير (مجمع الزوائد: ١٦٧/٤، سبل السلام: ٩٤/٣).

(٣) نصب الراية: ٤٦٧/٣، نيل الأوطار: ٣٣٩/٥، الوعاء: ما يجعل فيه المتاع، والوكاء: الخيط الذي يشد به الصرة والكيس ونحوها.

(٤) رواه أحمد ومسلم عن عبد الرحمن بن عثمان قال: نهى رسول الله ﷺ عن لقطة الحج (شرح مسلم: ٢٨/١٢، سبل السلام: ٩٦/٣).

(٥) أخرجه البخاري ومسلم عن ابن عباس بلفظ: «ولا تلتقط لقطة إلا من عرفها» وفي لفظ: «إلا لمعرف» وأخرجها أيضاً عن أبي هريرة بلفظ: «ولا تحل ساقطتها إلا لمنشد» (راجع نصب الراية: ٤٦٧/٣، نيل الأوطار: ٢٤/٥).

عرفها سنة» وقال عليه السلام أيضاً: « لا تحل اللقطة ، فمن التقط شيئاً فليعرّف سنة » الحديث^(١) .

والكلام عن تعريف اللقطة يستتبع بحث كيفية التعريف ، ومدة التعريف ، ومكان التعريف ، ونفقات التعريف ، وما تحتاجه الضالة ، وشرط ردّ اللقطة إلى صاحبها ، وحكم تملكها :

١- **كيفية تعريف اللقطة وحكم بيان المعرّف** : المراد بتعريف اللقطة : هو المناداة عليها ، أو الإعلان عنها حيث وجدها ، وفي المجتمعات العامة كالأسواق وأبواب المساجد ، والمقاهي ، ونحوها . وتعريفها : يكون بذكر بعض أوصافها كأن يذكر جنسها ، فيقول :

« من ضاع له نقود ، أو ثياب » ونحوه ، وأن يبين وعاءها أو وكاءها الذي يربط به كيسها ، ولا يصف أوصافها التفصيلية لأنه لو وصفها ، لعلم صفتها من يسمعها ، فلا تبقى صفتها دليلاً على ملكها .

ويجب على الملتقط عند الجمهور تعريف اللقطة ؛ لأن ظاهر أمر الرسول ﷺ لزيد بن خالد في قوله : « عرفها سنة » يقتضي الوجوب ، إذ ظاهر الأمر للوجوب ، كما هو معروف عند علماء الأصول .

وقال أكثر الشافعية : لا يجب تعريفها لمن أراد حفظها لصاحبها ؛ لأن الشرع إنما أوجب التعريف إذا كان بقصد التملك ، لكن المعتمد عندهم وجوب التعريف . وبه اتفقت المذاهب الأربعة على وجوب الإعلان عن اللقطة أو تعريفها .

(١) أخرجه البزار في مسنده والدارقطني في سننه عن أبي هريرة (راجع لهذا وما قبله الذي سبق تخريجه : نصب الراية : ٤٦٦/٣ ، نيل الأوطار : ٣٣٨/٥ ، سبل السلام : ٩٤/٣ ، شرح مسلم : ٢٦/١٢) .

وللملتقط أن يتولى تعريفها بنفسه ، أو يستنيب عنه أحداً يقوم بالتعريف^(١) .

٢- مدة التعريف : اتفق العلماء على أن لواجد ضالة الغنم في المكان القفر البعيد عن العمران أن يأكلها ، لقوله ﷺ في الشاة : « هي لك أو لأخيك أو للذئب » . واختلفوا هل يضمن قيمتها لصاحبها أم لا ؟ .

قال جمهور العلماء : إنه يضمن قيمتها ، إذ لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه^(٢) .

وقال مالك في أشهر أقواله : إنه لا يضمن أخذاً بظاهر هذا الحديث .

وأما غير ضالة الغنم : فاتفق العلماء على تعريف ما كان منها له أهمية وشأن مدة سنة ؛ لأن النبي ﷺ أمر بتعريف اللقطة سنة واحدة كما عرفنا .

وما رواه البخاري ومسلم في حديث أبي من تعريف اللقطة ثلاثة أحوال (أعوام) أو أربعة أو عشرة ، هو غلط من بعض الرواة كما حقق ابن الجوزي ، أو هو محمول على مريد الورع عن التصرف في اللقطة^(٣) .

وأما الشيء الحقير : فقال الشافعية : الأصح أن الشيء الحقير أي القليل المتول وهو بقدر الدينار أو الدرهم لا يعرف سنة ، لقول عائشة : « لا بأس بما دون الدرهم أن يستنفع به » وقدر بما لا تقطع به يد السارق وهو ربع دينار عند الجمهور ، وعشرة دراهم عند الحنفية ، بل يعرف زمنياً يظن أن فاقده يعرض عنه غالباً ، وهذا هو

(١) الدر المختار : ٣٥٠/٣ ، فتح القدير : ٤٢٦/٤ ، الشرح الكبير للدردير : ١٢٠/٤ ، مغني المحتاج : ٤١١/٢ ، ٤١٣ ،

المهذب : ٤٢٩/١ ، المغني : ٦٣١/٥ ، ٦٣٢ ، وما بعدها ، نيل الأوطار : ٣٤٠/٥ ، نهاية المحتاج للرملي : ٣٦٢/٤ .
(٢) هذا حديث رواه الحاكم وابن حبان في صحيحه وأحمد والبخاري ولفظ مقارب عن أبي حميد الساعدي ، ورواه أحد أيضاً بهذا اللفظ عن عمرو بن يثري ، وفي معناه أحاديث كثيرة (سبل السلام : ٦٠/٣ وما بعدها ، جمع الزوائد : ١٧١/٤) .

(٣) راجع نصب الراية : ٤٦٧/٣ ، نيل الأوطار : ٣٤٠/٥ وما بعدها .

الراجح عند المالكية . وفي رواية عن أبي حنيفة : مضمونها إن كانت قيمة الشيء أقل من عشرة دراهم أي دينار يعرفه أياماً بحسب ما يرى ، وإن كانت عشرة دراهم فصاعداً عرفها حولاً ، إلا أن هذه الرواية ليست هي ظاهر الرواية عند الحنفية فقد قال الطحاوي : وإذا التقط لقطة فإنه يعرفها سنة ، سواء أكان الشيء نفيساً أم خسيساً في ظاهر الرواية .

وظاهر الرواية عند الحنفية هو ظاهر المذهب عند الحنابلة^(١) .

وأما الشيء التافه فقد قال الفقهاء : لا خلاف في إباحة أخذ اليسير من الأشياء والانتفاع به من غير تعريف كالتمر والكسرة والخرقة ؛ لأن النبي ﷺ لم ينكر على واحد التمرة حيث أكلها بل قال له : « لو لم تأتها لأتتك » ورأى النبي ﷺ تمره فقال : « لولا أنني أخاف أن تكون من الصدقة لأكلتها »^(٢) ويلاحظ أن الأمر بإكمال مدة التعريف إذا كانت اللقطة مما لا يتسارع إليها الفساد ، فإن كانت مما يتسارع بها تصدق بها أو أنفقها على نفسه عند الحنفية .

وعند الشافعية : يتخير الملتقط بين أن يبيعها ليمتلك ثمنها بعد التعريف ، أو يتملكها في الحال ويأكلها ويغرم قيمتها .

٣- مكان التعريف : تعرف اللقطة في الأسواق وأبواب المساجد ومجامع الناس ؛ لأن المقصود إشاعة خبرها وإظهارها ليعلم بها صاحبها ، ولا ينشدها في المسجد ؛ لأن المسجد لم يبن لهذا ، قال النبي ﷺ : « من سمع رجلاً ينشد ضالة في

(١) بداية المجتهد : ص ٣٠١ ، ٣٠٢ ، الشرح الكبير : ١٢٠/٤ ، المغني : ٦٢٢/٥ ، ٦٢٤ ، المهذب : ٤٣٠/١ ، مغني المحتاج : ٤١٥/٢ ، البدائع : ٢٠٢/٦ ، تبیین الحقائق : ٣٠٢/٣ وما بعدها ، فتح القدير : ٤٢٤/٤ وما بعدها ، مختصر الطحاوي : ص ١٢٩ .

(٢) ذكر ابن قدامة الحنبلي هذين الحديثين (راجع المغني : ٦٢٤/٥) روى الثاني منها البخاري ومسلم عن أنس (سبل السلام : ٩٣/٣ ، الامام : ص ٢٢٣) .

المسجد ، فليقل : لاردها الله إليه ، فإن المساجد لم تبين لهذا^(١) . وأمر سيدنا عمر واجد اللقطة بتعريفها على باب المسجد .

وقد بين الشافعية طريق التعريف في أثناء السنة ، فقالوا : يعرف اللقطة ، في أول السنة كل يوم مرتين في طرفي النهار ، ثم يعرف في كل يوم مرة ، ثم كل أسبوع مرة أو مرتين ، ثم كل شهر مرة تقريباً^(٢) .

٤ - نفقات التعريف وما تحتاجه الضالة : إذا احتاج تعريف اللقطة إلى نفقة كأجور الإعلان في الصحف في عصرنا الحاضر مثلاً ، فقد قال الحنفية والحنابلة : تكون تلك النفقة على الملتقط ؛ لأن هذا أجر واجب على المرف نفسه ، فكان عليه كما لو قصد تملك اللقطة ، ولأنه لو تولى الملتقط تعريف اللقطة بنفسه لم يكن له أجر على صاحبها ، وكذلك إذا استأجر على التعريف لا يلزم صاحبها بشيء .

وقال المالكية : إن أنفق الملتقط على اللقطة شيئاً من عنده ، فيخير صاحبها بين أن يفتديها من الملتقط بدفع نفقتها ، أو يسلم اللقطة للملتقط مقابل نفقتها^(٣) .

وقال الشافعية : بما أن تعريف اللقطة واجب على الملتقط ، على ما هو المعتمد ، فإن الملتقط لا يلزم بمؤنة التعريف إن أخذ اللقطة بقصد حفظها لمالكها ، وإنما يرتبها القاضي من بيت المال^(٤) ، أو يقترض على المالك .

أما إن أخذ اللقطة لتملكها ، فيلزمه مؤنة التعريف ، سواء أتملكها أم لا . وهذا هو الرأي المعقول .

(١) رواه مسلم وأبو داود عن أبي هريرة ورواه البزار عن سعد بن أبي وقاص وأنس بن مالك وابن مسعود (راجع جمع الزوائد : ١٧٠/٤ ، التاج : ٢١٥/١) .

(٢) البدائع : ٢٠٢/٦ ، رد المحتار على الدر المختار : ٣٥٠/٢ ، مغني المحتاج : ٤١٢/٢ ، المغني : ٦٢٢/٥ ، الشرح الكبير للدردير : ١٢٠/٤ ، نيل الأوطار : ٣٤٠/٥ .

(٣) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي : ١٢٢/٤ .

(٤) مغني المحتاج : ٤١٢/٢ وما بعدها .

أما ما تحتاجه الضالة أو اللقطة من نفقة : فقال الجمهور : ملتقط اللقطة متطوع بحفظها ، فلا يرجع بشيء من النفقة على صاحب اللقطة ، إلا أن الشافعية قالوا : فإن أراد الرجوع استأذن الحاكم ، فإن لم يجده أشهد على النفقة .

وكذلك قال الحنفية : ان أنفق الملتقط على اللقطة بغير إذن الحاكم فهو متبرع ، لأنه لا ولاية له على ذمة المالك في أن يشغلها بالدين بدون أمره ، وإن أنفق عليها بإذن الحاكم ، كان ما ينفقه ديناً على المالك ؛ لأن للقاضي ولاية في مال الغائب رعاية لمصلحه ، فإذا رفع الأمر إلى القاضي ينظر في الأمر : فإن كان للبهمة منفعة ، وهناك من يستأجرها أجرها وأنفق عليها من أجرتها ؛ لأن في إجارتها رعاية لمصلحة المالك ، وإن كانت البهمة لا منفعة لها بطريق الإجارة وخاف أن تستغرق النفقة قيمتها ، أمر القاضي الملتقط ببيعها وحفظ ثمنها .

وإن رأى الأصلح ألا يبيعها ، بل ينفق عليها ، أذن له في النفقة وجعل النفقة ديناً على مالكةا ، فإذا حضر المالك فللملتقط أن يجس اللقطة عنده حتى يحضر النفقة ، وإن أبى أن يؤدي النفقة باعها القاضي ، ودفع للملتقط قدر النفقات التي أنفقها^(١) .

٥- شرط رد اللقطة إلى صاحبها : يشترط لرد اللقطة إلى صاحبها أن يذكر علامة يميزها عن غيرها ، أو يثبت أنها له بالبينة ، أي بشهادة شاهدين ، فإذا أثبت كونها له أو ذكر علامة تميزها ، كأن يصف عفاصها (وعاءها) ووكاءها (ماتربط به من الخيول وغيرها) ووزنها وعددها ، فيحل حينئذ للملتقط أن يدفعها إليه ، وإن شاء أخذ منه كفيلاً ؛ لأن ردها إليه بالعلامة مما قد ورد به الشرع . وهذا باتفاق العلماء ، لكن هل يجبر الملتقط قضاء على رد اللقطة بمجرد وصف العلامة

(١) بداية المجتهد : ٣٠٤/٢ ، مغني المحتاج : ٤١٠/٢ ، البدائع : ٢٠٣/٦ ، فتح القدير : ٤٢٨/٤ وما بعدها ، تبيين الحقائق : ٣٠٥/٣ ، المهذب : ٤٣٢/١ ، المسبوط : ٩/١١ ، المغني : ٦٣٣/٥ وما بعدها .

المميزة لها ، أم لا بد من البينة ؟ خلاف بين العلماء ^(١) .

قال الحنفية ، والشافعية على المذهب عندهم : لا يجبر الملتقط على تسليم اللقطة إلى من يدعيها بلا بينة ، لأنه مدع ، فيحتاج إلى بينة كغيره ، لقوله ﷺ : « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال أموال قوم ودماءهم ، لكن البينة على المدعي ، واليمين على من أنكر » ^(٢) . ولأن اللقطة مال للغير ، فلا يجب تسليمه بالوصف كالوديعة ، لكن يجلب للملتقط دفع اللقطة لمن يدعيها عند إصابة العلامة عند الحنفية ، أو إذا غلب على ظن الملتقط صدق المدعي عند الشافعية ، عملاً بقول الرسول ﷺ : « فإن جاء صاحبها ، وعرف عفاصها ، ووكاءها ، وعددها فأعطها إياه ، وإلا فهي لك » .

وقال المالكية والحنابلة : يجبر الملتقط على تسليم اللقطة لصاحبها إذا وصفها بصفات المذكورة ، سواء غلب على ظنه صدقه أم لم يغلب ، ولا يحتاج إلى بينة ، عملاً بظاهر قول النبي ﷺ : « فإن جاء أحد يخبرك بعددها ، ووعائها ، ووكائها ، فادفعها إليه » .

وفي حديث زيد السابق : « اعرف ووكاءها وعفاصها ، ثم عرفها سنة فإن لم تعرف ، فاستنفقها ، وإن جاء طالبها يوماً من الدهر ، فأدّها إليه » يعني إذا ذكر صفاتها ؛ لأن هذا هو المذكور في صدر الحديث ، ولم يذكر البينة في شيء من الحديث ، ولو كانت شرطاً للدفع لم يجز الإخلال به ، ولا أمر بالدفع بدونه ، ولأن إقامة البينة على اللقطة متعذر ؛ لأنها ضاعت حال الغفلة والسهو . وقول النبي ﷺ :

(١) فتح القدير : ٤٣١/٤ ، المسوط : ٨/١١ ، البدائع : ٢٠٢/٦ ، تبين الحقائق : ٣٠٦/٣ ، الدر المختار : ٣٥٢/٣ ،

بداية المجتهد : ٣٠٢/٢ ، مغني المحتاج : ٤١٦/٢ ، المهذب : ٤٣١/١ ، المغني : ٦٤٤/٥ وما بعدها .

(٢) حديث حسن رواه البيهقي وأحمد هكذا ، وهو في الصحيحين بلفظ آخر من حديث ابن عباس (نصب

الراية : ٩٥/٤ ، نيل الأوطار : ٣٠٥/٨ ، سبل السلام : ١٣٢/٤ ، الإمام : ص ٥٢١ ، شرح مسلم : ٢/١٢) .

« البينة على المدعي » يعني إذا كان هناك منكر، ولا منكر ههنا . وهذا هو الرأي الأرجح حقاً .

٦- **حكم تملك اللقطة** : اختلف فقهاؤنا في حكم اللقطة بعد تعريفها سنة على رأيين : رأي يميز تملكها للفقير فقط دون الغني ، ورأي يميز تملكها مطلقاً .

فقال الحنفية^(١) : إذا كان الملتقط غنياً لم يجز له أن ينتفع باللقطة ، وإنما يتصدق بها على الفقراء سواء أكانوا أجنب أم أقارب ، ولو أبوين أو زوجة أو ولداً ، لأنه مال الغير ، فلا يجوز الانتفاع به بدون رضاه ، لإطلاق النصوص من قرآن وسنة ، مثل قوله تعالى : ﴿ ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ﴾ ، وقوله : ﴿ ولا تعتدوا إن الله لا يحب المعتدين ﴾ وقوله عليه الصلاة والسلام : « لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه » .

ولقوله ﷺ من حديث أبي هريرة : « لا تحل اللقطة ، فمن التقط شيئاً فليعرف سنة ، فإن جاء صاحبها ، فليردها عليه ، وإن لم يأت فليصدق »^(٢) .

وفي حديث عياض بن حمار المجاشعي : « من وجد لقطه فليشهد عليها ذا عدل أو ذوي عدل ، ولا يكتم ولا يغيب ، فإن وجد صاحبها فليردها إليه ، وإلا فهي مال الله يؤتاه من يشاء » .

وأما إذا كان الملتقط فقيراً فيجوز له الانتفاع باللقطة بطريق التصدق ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « فليصدق به » .

(١) المسبوط : ٤/١١ وما بعدها ، فتح القدير : ٤٣٢/٤ وما بعدها ، تبين الحقائق : ٣٠٧/٣ ، البدائع : ٢٠٢/٦ ، الدر المختار : ٣٥١/٣ .

(٢) أخرجه البزار والدارقطني عن أبي هريرة (نصب الراية : ٤٦٦/٣) ورواه الطبراني من حديث يعلى بن مرة مرفوعاً ، وفيه ضعيف ، بلفظ : « فإن جاء صاحبها ، وإلا فليصدق بها » (نيل الأوطار : ٣٣٧/٥) .

فإن عرف صاحبها بعد التصدق بها أو الانتفاع بها، فهو بالخيار: إن شاء أمضى الصدقة، وله ثوابها، وإن شاء ضمن الملتقط، وإن شاء أخذها من الفقير المتصدق عليه بها إن وجدته؛ وأيهما ضمن لم يرجع على صاحبه.

وقال جمهور الفقهاء: يجوز للملتقط أن يملك اللقطة، وتكون كسائر أمواله سواء أكان غنياً أم فقيراً؛ لأنه مروى عن جماعة من الصحابة كعمر وابن مسعود وعائشة وابن عمر، وهو ثابت بقوله ﷺ في حديث زيد بن خالد: «فإن لم تعرف فاستنفقها» وفي لفظ «وإلا فهي كسبيل مالك» وفي لفظ: «ثم كلها» وفي لفظ «فاتنفع بها» وفي لفظ «فشأنك بها» وفي حديث أبي بن كعب: «فاستنفقها»، وفي لفظ «فاستمتع بها» وهو حديث صحيح.

وحديث الحنفية عن أبي هريرة لم يثبت، ولا نقل في كتاب يوثق به، ودعواهم في حديث عياض أن ما يضاف إلى الله لا يملكه إلا من يستحق الصدقة، لا برهان لها ولا دليل عليها، وبطلانها ظاهر، فإن الأشياء كلها تضاف إلى الله تعالى خلقاً وملكاً، قال الله تعالى: ﴿ وَأَتَوْهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ ﴾.

أما طريق التملك عند الجمهور فمختلف فيه: قال الحنابلة: تدخل اللقطة في ملك الملتقط عند تمام التعريف حكماً كالميراث، لقول النبي ﷺ: «فإذا جاء صاحبها، وإلا فهي كسبيل مالك» ولقوله: «فاستنفقها» ولو توقف ملكها على تملكها لبين الرسول له المطلوب.

وقال المالكية: يملكها الملتقط بأن ينوي تملكها، أي تجديد قصد التملك، لعدم الإيجاب من الغير.

وقال الشافعية: يملكها الملتقط باختياره التملك بلفظ من ناطق يدل عليه مثل: تملك ما التقطته؛ لأن تملكها تمليك ببدل، فافتقر إلى اختيار التملك، كما يملك الشفيع بالشفعة.

واتفق العلماء إلا أهل الظاهر على أن الملتقط إذا أكل اللقطة ، ضمنها لصاحبها^(١) .

لقطة الحل والحرم : رأى جمهور الفقهاء أن الأحكام المذكورة في تعريف اللقطة تنطبق على ما إذا كانت اللقطة في مكة وغيرها من البلدان ؛ لأن اللقطة أمانة ، فلم يختلف حكمها بالحل والحرم كالوديعة ، ولأن الأحاديث الواردة في اللقطة لم تفرق بين الحل والحرم ، مثل قوله عليه الصلاة والسلام : « اعرف عفاصها ووكاءها ، ثم عرفها سنة » وغيره .

وأما الحديث الوارد بتخصيص تعريف لقطة مكة ، فالمقصود به دفع توهم بعض الناس أنه لا حاجة لتعريف لقطة مكة ، لعدم الفائدة باعتبارها مكان الغرباء^(٢) .

وقال الشافعية على الصحيح المنصوص عندهم : يجب تعريف لقطة الحرم أبداً ، إذ لا تحل لقطة الحرم للملك ، بل للحفظ أبداً ، لخبر الصحيحين : « إن هذا البلد حرمة الله ، لا يلتقط لقطته إلا من عرفها » .

وفي رواية للبخاري « لا تحل لقطة الحرم إلا لمنشد » قال الشافعي رضي الله عنه : أي لمعرف ، ففرق ﷺ بينها وبين غيرها ، وأخبر أنها لا تحل إلا للتعريف ولم يؤقت التعريف بسنة غيرها ، فدل على أنه أراد التعريف على الدوام ، وإلا فلا فائدة من التخصيص ، والمعنى فيه : أن حرم مكة شرفه الله تعالى مشابه للناس يعودون إليه ، المرة بعد الأخرى ، فرجما يعود مالكها من أجلها ، أو يبعث في طلبها ، فكأنه جعل ماله به محفوظاً عليه ، كما غلظت الدية فيه .

(١) الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه : ١٢١/٤ ، بداية المجتهد : ٣٠١/٢ ، مغني المحتاج : ٤١٥/٢ ، المهذب : ٤٣٠/١ ، المغني : ٦٣٦/٥ وما بعدها .

(٢) فتح القدير : ٤٣٠/٤ ، تبیین الحقائق : ٣٠١/٣ ، البدائع : ٢٠٢/٦ ، الشرح الكبير للدردير : ١٢١/٤ ، المغني لابن قدامة : ٦٤٢/٥ .

الفصل العاشر المفقود

نتكلم عن معنى المفقود ، وكيفية اعتبار حاله ، وما يقوم به القاضي نحو ماله وأهله ووقت الحكم بموته وأثر ذلك^(١) .

من هو المفقود؟ هو الشخص الذي غاب عن بلده بحيث لا يعرف أثره ، ومضى على فقده زمان بحيث لا يعرف أنه حي أو ميت .

كيف نعتبر حال المفقود حياة أو موتاً؟ يعتبر المفقود حياً في حق نفسه ، ميتاً في حق غيره ، فثبتت له عند الحنفية الحقوق السلبية دون الإيجابية ، فبالنسبة له لا يورث ماله ، ولا تبين منه امرأته ، كأنه حي . وبالنسبة لغيره : لا يرث أحداً من أقاربه كأنه ميت ، وكذلك لو أوصى أحد للمفقود ومات الموصي لا يستحق الموصى به ، وإنما يوقف نصيبه من الإرث أو الوصية إلى أن يظهر حاله أنه حي أو ميت . ووافقهم الشافعية في أن الزوجة لا يحق لها فسخ الزواج ، وتنتظر حتى يعلم موت زوجها .

وقال الإمامان مالك وأحمد : إذا مضى أربع سنوات يفرق القاضي بين المفقود وبين امرأته ، وتعتد عدة الوفاة ، ثم تتزوج من شاءت ؛ لأن عمر رضي الله عنه قضى بذلك في مفقود .

(١) راجع البدائع : ١٩٦/٦ ، فتح القدير : ٤٤٠/٤ ، تبين الحقائق : ٣١٠/٣ ، الدر المختار : ٣٦٠/٣ ، الشرح الصغير : ٦٩٤/٢ وما بعدها ، المهذب : ١٤٦/٢ ، كشاف القناع : ٤٨٧/٥ وما بعدها .

صلاحيات القاضي في مال المفقود وأهله : للقاضي صلاحيات على مال المفقود وأهله وهي عند الحنفية ما يلي :

١ - يعين القاضي أميناً يحفظ مال المفقود ، ويشرف على شؤونه ويستشره ، ويستوفي حقوقه العائدة إليه ، كالقيّم على مال الصبي والمجنون .

٢ - يبيع من ماله ما يتسارع إليه الفساد ويحفظ ثمنه ؛ لأن البيع من مقتضيات الحفظ . وإذا كان له ودائع يتركها في يد الوديع ليحفظها ؛ لأن يده يد نيابة عن المفقود في الحفظ .

٣ - ينفق من مال المفقود على زوجته إن كان يعلم ببقاء الزوجية ، وكذا ينفق من ماله على أولاده الصغار الذكور والإناث ، وعلى أولاده الفقراء الزمنى من الذكور والإناث .
وإن لم يكن له مال وله ودائع ، فإنه ينفق منها ، إذا كانت من الطعام والثياب والدرهم والدنانير .

فإن كان مال المفقود من غير الدرهم والدنانير أو الطعام والثياب ، كأن كان له عروض تجارة أو عقارات ، فلا ينفق منه القاضي على هؤلاء ؛ لأنه لا يمكن الإنفاق إلا بالبيع ، وليس للقاضي أن يبيع العقار والعروض على الغائب ؛ ولكن للأب أن يبيع العروض في نفقته ؛ لأن للأب ولاية التصرف في مال الابن في الجملة ، بخلاف القاضي ، أما العقار فليس للأب أن يبيعه في نفقة الغائب إلا بإذن القاضي .

متى يحكم بموت المفقود وما أثر ذلك ؟ إذا مضت مدة طويلة على المفقود من وقت ولادته ، بحيث لا يعيش مثله إلى تلك المدة يقيناً أو غالباً ، يحكم بموته ، وتقع الفرقة بينه وبين نسائه ، ويقسم ماله بين ورثته الأحياء ، ولا يرث هو من أحد .

والمدة التي تقدرها حياة المفقود ليس في ظاهر الرواية تقدير محدد فيها ، وإنما يقدر بموت الأقران . وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة أنه قدر تلك المدة بمائة وعشرين سنة من وقت الولادة . والأرفق أن يقدر بتسعين عاماً .

الفصل الحادي عشر السبق

نتكلم عن السَّبْق^(١) أو المسابقة أو الرهان في مبحثين :

المبحث الأول - تعريف المسابقة ومشروعيتها .

المبحث الثاني - شروط جواز المسابقة .

المبحث الأول - تعريف المسابقة ومشروعيتها :

السبق : بسكون الباء مصدر سبق أي تقدم ، وبتحريك الباء : المال الموضوع بين أهل السباق ، أي الجائزة أو الرهن ، أو الخطر في اصطلاح المتقدمين : وهو الشيء الذي يسابق عليه ، فمن سبق أخذه .

والسباق : هو أن يسابق الرجل صاحبه في الخيل أو الإبل ونحوها .

والمسابقة جائزة بالسنة والاجماع . أما السنة فهو أن النبي ﷺ سابق بين الخيل المضرة وبين التي لم تضر^(٢) . وأجمع المسلمون على جواز المسابقة .

والمسابقة مستثناة من ثلاثة أمور ممنوعة : هي القمار ، وتعذيب الحيوان لغير

(١) السبق : بسكون الباء بمعنى المسابقة ، والسبق يفتح الباء : الجعل أو العوض المخصص في المسابقة .

(٢) رواه البخاري ومسلم عن ابن عمر (سبل السلام : ٧٠/٤ ، الامام : ص ٣٥٨) .

الأكل ، وحصول العوض والمعوض عنه لشخص واحد ، وذلك إذا قدم العوض كلا المتسابقين ليأخذه السابق^(١) .

وهي نوعان : مسابقة بغير عوض ، ومسابقة بعوض . أما المسابقة بغير عوض : فتجوز مطلقاً من غير تقييد بشيء معين كالمسابقة على الأقدام والسفن والطيور والبغال والحمير والفيلة . وكذلك تجوز المصارعة ورفع الحجر ليعرف الأشد ، بدليل ما قالت عائشة رضي الله عنها : « سابقني رسول الله ﷺ فسبقته ، فلبثنا حتى إذا أرهقني اللحم سابقني ، فسبقني ، فقال : هذه بتلك »^(٢) وسابق سلمة بن الأكوع رجلاً من الأنصار بين يدي النبي ﷺ ، فسبقه سلمة^(٣) ، وصارع النبي ﷺ رُكَّانة ، فصرعه النبي ﷺ^(٤) . ومَرَّ الرسول ﷺ بقوم يرفعون حجراً ليعرفوا الأشد منهم ، فلم ينكر عليهم . وتقاس بقية أنواع المسابقة على المذكور .

وأما المسابقة بعوض : فلا تجوز عند الحنفية إلا في أربعة أشياء : في النصل ، والحافر ، والخف^(٥) ، والقدم ؛ لأن الثلاثة الأولى آلات الحرب المأمور بتعلمها ، لقوله تعالى : ﴿ وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة ﴾ وقد فسر النبي ﷺ القوة بالرمي^(٦) . وقال عليه الصلاة والسلام : « ليس من اللهو إلا ثلاث : تأديب الرجل فرسه ، وملاعبته أهله ، ورميه بقوسه ونبله ، فإنهن من الحق »^(٧) .

(١) الدسوقي : ٢٠٩/٢ .

(٢) رواه أحمد وأبو داود والشافعي والنسائي وابن ماجه وابن حبان والبيهقي عن عروة عن أبيه عن عائشة (نيل الأوطار : ٩١/٨ وما بعدها) .

(٣) رواه مسلم وأحمد عن سلمة بن الأكوع (نيل الأوطار ، المرجع السابق) .

(٤) رواه أبو داود عن محمد بن علي بن ركانه (نيل الأوطار ، المرجع نفسه) .

(٥) المراد بالنصل : السهم ذو النصل أو الرمح ، والحافر : الفرس والجمار والبغل ، وبالخف : البعير والبقر ونحوها .

(٦) رواه مسلم وأحمد عن عقبة بن عامر (نيل الأوطار ، المرجع السابق : ص ٨٥ ، سبل السلام : ٧١/٤) .

(٧) رواه أبو داود والترمذي عن عقبة بن عامر (راجع تخريج أحاديث تحفة الفقهاء للمؤلف مع الاستاذ الكتاني :

٥٠٠/٢) .

ودليل المسابقة على الأقدام والمصارعة ، ما ذكرناه أن النبي ﷺ سابق عائشة ، وصارع زكّانة ، ولأن المشي بالقدم والمصارعة مما يحتاج للكر والفر في الجهاد وضرب العدو .

وقال الجمهور غير الحنفية : لا يجوز السباق بعوض إلا في النصل والخف والحافر ، أي في التدريب على حمل السلاح وفي أعمال الفروسية ، لقول الرسول ﷺ : « لا سبق إلا في خف أو حافر أو نصل »^(١) والسبق بفتحيتين : (هو ما يجعل للسابق على السبق من جعل) ولأن هذه الأمور آلات القتال ، فيجوز التسابق إذاً على كل ما هو نافع في الحرب .

أما المسابقة على الأقدام والمصارعة ، فلا تجوز بعوض ؛ لأنها لا تنفع في الحرب وكانت مصارعة الرسول لركّانة على شياه ، كما روى أبو داود في مراسيله ، أو أن الغرض من مصارعته أن يريه شدته ليسلم ، وقد أسلم فعلاً^(٢) .

فإن كانت المسابقة بغير عوض جازت مطلقاً في الخيل وغيرها من الدواب والسفن وبين الطير لإيصال الخبر بسرعة ، وتجاوز هذه المسابقة على الأقدام وفي رمي الأحجار والمصارعة .

المبحث الثاني - شروط جواز المسابقة :

يشترط لجواز المسابقة والرمي بعوض شروط أهمها ما يأتي :

١ - أن تكون المسابقة في الأنواع النافعة في الجهاد وهي الأنواع الأربعة عند الحنفية : النصل والخف والحافر والقدم . وعند الجمهور : الأنواع الثلاثة الأولى .

(١) رواه أبو داود والترمذي وحسنه والنسائي والشافعي والحاكم وابن ماجه وأحمد وابن حبان وصححه هو وابن القطان وابن دقيق العيد عن أبي هريرة رضي الله عنه (تخريج أحاديث التحفة ، المرجع السابق ، نيل الأوطار : ٧٧/٨ ، سبل السلام : ٧١/٤ ، مجمع الزوائد : ٢٦٣/٥) .

(٢) راجع البدائع : ٢٠٦/٦ ، المهذب : ٤١٢/١ وما بعدها ، مغني المحتاج : ٣١١/٤ وما بعدها ، المغني : ٦٥١/٨ وما بعدها ، ١٧٢/٩ ، الشرح الكبير : ٢٠٩/٢ ، شرح الرسالة : ٤١٧/٢ .

٢- أن يكون العوض من أحد الجانبين المتسابقين أو من شخص ثالث ، كأن يقول أحدهما لصاحبه : إن سبقتني فلك علي كذا ، وإن سبقتك فلا شيء عليك ، أو يقول ولي الأمر أو شخص ثالث : من سبق منكما فله في بيت المال أو فله علي كذا ؛ لأنه في هذه الحالات لا يوجد قمار محرم ؛ وإنما يكون دفع العوض على سبيل المكافأة أو الجعالة والتحريض على الاستعداد لإتقان فنون الجهاد .

فإن كان العوض من الجانبين وهو الرهان : فلا يصح الرهان إلا بمحلل^(١) كأن يتفقا على أن يخصص كل منهما عشر ليرات^(٢) أو أحدهما عشرة والآخر ثمانية ، يدفعها كل منهما لشخص آخر يكون فرسه أو بعيره مكافئاً لفرسيهما أو بعيرهما مثلاً ، وذلك إذا سبقها ، فإن سبقها جميعاً أخذ الغنم ، وإن سبق أحدهما لم يغرم هو شيئاً ، ولا يأخذ أحدهم شيئاً ، بدليل ما روي أن النبي ﷺ قال : « من أدخل فرساً بين فرسين ، وهو لا يأمن أن يُسبق ، فليس بقمار . ومن أدخل فرساً بين فرسين وقد أُن أن يسبق فهو قمار »^(٣) أي أنه يشترط أن يكون فرس المحلل مكافئاً لفرسي الشخصين اللذين جعل العوض منهما ، فلو كان ضعيفاً عنها أو أقوى منها ، فإنه لا يصح ؛ لأن الواضح من الحديث أنه جعل القمار متحققاً إذا أُن الثالث أن يسبق ، وإذا لم يأمن أن يسبق لم يكن قماراً .

وأما إن كان العوض من الجانبين بدون محلل ، فيحرم السباق ، كما إذا قال شخصان : من سبق منا فله على الآخر كذا ؛ لأن هذا من القمار المحرم .

(١) المحلل - بكسر اللام - مشتق من أحل : جعل الممتنع حلاً ، لأنه يحل العقد ويخرجه عن صورة القمار المحرم ، فهو قد حلل الجُعْل بدخوله بين المتسابقين .

(٢) هذا المبلغ هو المسمى بالسبق بتحريك الباء أو الخطر أو الندب أو القرع أو الرهن .

(٣) رواه أبو أحمد وابن ماجه عن أبي هريرة ، واسناده ضعيف ، ولأئمة الحديث في صحته إلى أبي هريرة كلام كثير (نيل الأوطار : ٨٠/٨ ، سبل السلام : ٧١/٤ ، الإتمام : ص ٢٦٠) .

وهكذا تكون صور السباق أربعة: ثلاثة منها حلال ، وواحدة منها حرام ، أما الصور الحلال :

فأولها: أن يكون العوض من السلطان أو أحد الرؤساء أو شخص ثالث ، يأخذه السابق ، وهذا جائز اتفاقاً .

وثانيها: أن يكون العوض من أحد الجانبين يؤخذ منه إذا سبقه الآخر ، وهذا جائز اتفاقاً .

وثالثها: أن يكون العوض من المتسابقين أو من الجماعة ، ومعهم محلل يأخذ العوض إن سبق ، ولا يغرم إن سبقه غيره ؛ لأنها لم يقصدا القمار ، وإنما قصدا التقوي على الجهاد ، وهذا جائز عند الجمهور . ومنعه الإمام مالك لجواز عود الجعل لمن قدمه إذا سبق .

وأما الصورة الحرام اتفاقاً : فهي أن يكون العوض من كل واحد ، على أنه إن سبق فله العوض ، وإن سبق فيغرم لصاحبه مثله .

٣- أن تكون المسابقة فيما يحتمل أن يسبق أحدهما ، ويسبق الآخر ، فإن كانت فيما يعلم غالباً أنه يسبق غيره ، فلا يجوز ، لأن معنى التحريض في هذه الصورة لا يتحقق ، فصار الرهان التزام المال للغير بشرط لا منفعة له فيه .

٤- العلم بالمال المشروط ، ومعرفة نقطة البدء والنهاية ، وتعيين الفرسين مثلاً ، كما قرر الشافعية^(١) .

تبين من هذا أن السباق الذي يجري الآن على رهان من المتسابقين لا من طرف ثالث محاييد هو حرام ؛ لأنه قمار .

(١) راجع البدائع ، المرجع السابق ، مغني المحتاج : ٣١٢/٤ وما بعدها ، المهذب : ٤١٥/١ وما بعدها ، المغني : ٦٥٤/٨ وما بعدها ، القوانين الفقهية : ص ١٥٧ وما بعدها ، الشرح الكبير مع الدسوقي : ٢٠٨/٢ - ٢١١ .

الفصل الثاني عشر

الشفعة

تبحث الشفعة في المباحث الثانية الآتية :

المبحث الأول - تعريف الشفعة ، ودليلها وحكمتها ، وركنها وعناصرها ،
وسببها ، وحكمها وصفتها .

المبحث الثاني - محل الشفعة (المشفوع فيه ، أو ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب)

المبحث الثالث - الشفيع ، مراتب الشفعة (أو أسباب استحقاقها) ، تزامن
الشفعاء (أي تعددهم) ، غيبة بعض الشفعاء ، إسقاط بعض الشفعاء حقه .

المبحث الرابع - أحكام الشفعة .

المبحث الخامس - شروط الشفعة .

المبحث السادس - إجراءات الشفعة (طلب الشفعة)

المبحث السابع - ما يطرأ على المشفوع فيه بيد المشتري من تصرفات أو نداء أو
نقص .

المبحث الثامن - مسقطات الشفعة .

ونبحثها على ترتيبها المذكور .

المبحث الأول - تعريف الشفعة، ودليلها وحكمتها، وركنها وأطرافها، وحكمها وصفتها:

أولاً - تعريف الشفعة: الشفعة لغة: مأخوذة من الشفع بمعنى الضم أو الزيادة والتقوية، تقول: شفعت الشيء: ضمته، سميت شفعة؛ لأن الشفيع يضم ما يملكه بهذا الحق إلى نصيبه أو ملكه، فيزيده عليه، ويتقوى به، فقد كان الشفيع منفرداً في ملكه، فبالشفعة ضم المبيع إلى ملكه، فصار شفعاً ضد الوتر.

وفي الاصطلاح الفقهي: هي حق تملك العقار المبيع جبراً عن المشتري، بما قام عليه، من ثمن وتكاليف، (أي النفقات التي أنفقها) لدفع ضرر الشريك الدخيل أو الجوار. وهذا عند الحنفية^(١)؛ لأن الشفعة تثبت عندهم للشريك والجار.

وعرفها الجمهور غير الحنفية: بأنها استحقاق شريك أخذ معاوض به شريكه، من عقار، بثمنه أو قيمته، بصيغة. وبعبارة أخرى: هي حق تملك قهري يثبت للشريك القديم على الحادث، فيما ملك بعوض^(٢). وهذا لأن الشفعة حق للشريك فقط دون الجار عند الجمهور.

ويلاحظ أن المذاهب الأربعة حصروا الشفعة في العقار. أما الظاهرية فقد أجازوها أيضاً في المنقول، كالحيوان ونحوه^(٣).

ثانياً - دليلها وحكمة مشروعيتها:

الدليل على مشروعية الشفعة هو السنة والإجماع:

أما السنة، فأحاديث كثيرة منها: حديث جابر رضي الله عنه: «قضى

(١) الدر المختار: ١٥٢/٥، تكملة الفتح: ٤٠٦/٧، تبين الحقائق: ٢٣٩/٥، اللباب: ١٠٦/٢

(٢) الشرح الصغير: ٦٣٠/٣، الشرح الكبير: ٤٧٣/٣، مغني المحتاج: ٢٩٦/٢، كشاف القناع: ١٩٦/٤،

المغني: ٢٨٤/٥

(٣) المحلى: ١٠١/٩، م ١٥٩٤

رسول الله ﷺ بالشفعة فيما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود ، وصُرفت الطرق ، فلا شفعة»^(١) وفي رواية «في أرض ، أو رُبع ، أو حائط» والربع : المنزل ، والحائط : البستان .

ومنها حديث آخر لجابر : «الجار أحق بشفعة جاره يُنتظر بها ، وإن كان غائباً ، إذا كان طريقهما واحداً»^(٢)

ومنها حديث سمرة : «جار الدار أحق بالدار من غيره»^(٣) .

ومنها حديث أبي رافع : «الجار أحق بسقبه» أو «بصقبه»^(٤) أي أحق بقربه وبشفعته ؛ لأن السقب أو الصقب : ما قرب من الدار .

وأما الإجماع : فقال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على إثبات الشفعة للشريك الذي لم يقاسم ، فيما بيع من أرض أو دار أو حائط .. ولا نعلم أحداً خالف هذا إلا الأصم ، فإنه قال : لا تثبت الشفعة ؛ لأن في ذلك إضراراً بأرباب الأملاك ، فإن المشتري إذا علم أنه يؤخذ منه إذا ابتاعه لم يبتعه ، ويتقاعد الشريك عن الشراء ، فسيضر المالك ؛ أي أن الشفعة تصادم مبدأ حرية التعاقد في التصرف . ورد عليه : بأن قوله ليس بشيء لمخالفته الآثار الثابتة والإجماع المنعقد قبله^(٥) .

وحكمتها : دفع ضرر الدخيل الأجنبي الذي يأتي على الدوام ، بسبب سوء المعاشرة والمعاملة ، في استعمال أو استحداث المرافق المشتركة ، أو إعلاء الجدار ، أو

(١) رواه أحمد والبخاري وأبو داود وابن ماجه ، وهو صحيح . وصرفت : بتخفيف الراء ، وقيل بتشديدها ، أي بينت مصارفها .

(٢) رواه الحمزة (أحمد وأصحاب السنن) إلا النسائي .

(٣) رواه أحمد وأبو داود والترمذي وصححه ، والبيهقي والطبراني والضياء ، لكن في إسناده كلام واضطراب .

(٤) أخرجه البخاري (راجع الأحاديث في نصب الراية : ١٧٢/٤ - ١٧٥ ، نيل الأوطار : ٣٣١/٥ - ٣٣٦)

(٥) المغني : ٢٨٤/٥

إيقاد النار، أو منع ضوء النهار، وإثارة الغبار، وإيقاف الدواب، ولعب الأولاد، لاسيما إذا كان خصماً أو ضدّاً .

وقد تكون الحكمة: دفع ضرر مؤنة القسمة، كما قال المالكية والشافعية والحنابلة .

وكل ما ذكر مظاهر للضرر، والمقرر في الإسلام أنه « لا ضرر ولا ضرار »

كما أن حسن العشرة يقتضي رعاية مصلحة الشريك أو الجار، ورعاية المصلحة أمر مطلوب شرعاً أيضاً^(١) .

وهذه المعاني كما هي متوقعة بين الناس بسبب الشركة، أو الخلطة في المنافع، كذلك هي متوقعة - في رأي الحنفية - بسبب الجوار .

ثالثاً - ركنها وعناصرها وسببها (سبب الأخذ) :

قال الحنفية^(٢) : **ركن الشفعة** : أخذ الشفيع من أحد المتعاقدين عند وجود سببها وشرطها . ويسمى العقار الذي بسببه تطلب الشفعة : المشفوع به ، والعقار الذي يتملك بالشفعة : المشفوع فيه ، ومشتري العقار : هو المشفوع عليه ، والمطالب بالشفعة : هو الشفيع .

وسببها : اتصال ملك الشفيع بالمشتري بشركة أو جوار .

وشرطها : أن يكون المحل المبيع عقاراً ، سفلأ كان أو علواً . وقال المالكية^(٣) : للشفعة أربع أركان :

(١) تبين الحقائق : ٢٣٩/٥ ، مغني المحتاج : ٢٩٦/٢ ، أعلام الموقعين : ١٢٠/٢ ، المغني : ٢٨٤/٥ ، حاشية الدسوقي

على الدردير : ٤٧٦/٣

(٢) الدر المختار : ١٥٢/٥ وما بعدها ، تبين الحقائق ، المكان السابق .

(٣) الشرح الصغير : ٦٢٠/٣ وما بعدها ، بداية المجتهد : ٢٥٢/٢

أخذ (شافع) ، ومأخوذ منه (مشفوع عليه) ، ومشفوع فيه ، وصيغة . والمراد بالصيغة : ما يدل على الأخذ ، لفظاً أو غيره .

وقال الشافعية والحنابلة^(١) : أركان الشفعة ثلاثة : أخذ ، ومأخوذ منه ، ومأخوذ . وأما الصيغة فتجب في التملك ، فيشترط لفظ من الشفع ، مثل تملك ، أو أخذت بالشفعة .

رابعاً - حكمها وصفتها : أن الأخذ بها بمنزلة شراء مبتدأ (جديد) ، قال الحنفية^(٢) : حكمها : جواز الطلب عند تحقق السبب ، ولو بعد سنين ، أي إذا لم يعلم بها . وصفتها : أن الأخذ بها بمنزلة شراء مبتدأ ، يستحقها الشفع بعد البيع ، فيثبت بها ما يثبت بالشراء ، كالرد بخيار الرؤية ، والعيب .

المبحث الثاني - محل الشفعة (المشفوع فيه) ، أو ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب) : اتفق المسلمون على أن الشفعة حق في العقار من دور وأرضين وبساتين وبئر ، وما يتبعها من بناء وشجر ، واختلفوا فيما عداها .

فقررت المذاهب الأربعة أنه لا شفعة في منقول كالحيوان والثياب والعروض التجارية للحديث السابق : « قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في أرض أو ربع أو حائط .. » ورواية الحديث عند مسلم والنسائي وأبو داود : « أن النبي ﷺ قضى بالشفعة في كل شركة لم تقسم ، ربعاً أو حائط .. » ولأن الشفعة شرعت لدفع ضرر سوء الشركة بالاتفاق ، أو الجوار عند الحنفية ، بسبب الاستمرار والدوام ، والمنقول لا يدوم ، بخلاف العقار ، فيتأبد فيه ضرر المشاركة : ولأن الشفعة تملك بالقهر ، فهي كما بينا « استحقات الشريك - عند غير الحنفية - انتزاع حصة شريكه المنتقلة عنه ، من

(١) معني المحتاج : ٢٩٦/٢ ، ٣٠٠ ، المغني : ٢٩٧/٥ ، كشاف القناع : ١٥٨/٤

(٢) الدر المختار : ١٥٣/٥ وما بعدها ، تبين الحقائق ، المكان السابق .

يد من انتقلت إليه ، ، فناسب أن تكون عند شدة الضرر ، وإطلاقاً لحرية التصرف والبيع ^(١) .

العُلُوُّ والسُّفْلُ : وألحق الحنفية بالعقار : ما في حكمه كالعلو ، وإن لم يكن طريقه في السفلى ؛ لأنه التحق بالعقار بماله من حق القرار ، فلا فرق في العقار بين كونه سفلاً أو علواً ^(٢) ، وهذا هو المعقول .

ولم يجز الشافعية في الأصح والحنابلة الشفعة في العلو ، لأن البناء يرتكز على السقف ، والسقف الذي هو أرض البناء لا ثبات له ، فكان كالمنقولات ^(٣) .

وسواء عند الحنفية أكان العقار مما يحتمل القسمة ، أم لا يحتملها ، كالدار الصغيرة والحمام والطاحون والبئر ؛ لأن علة الشفعة عندهم دفع ضرر الشركة أو الجوار مطلقاً ، وهو يتحقق فيما لا يقبل القسمة .

واشترط الجمهور عند الحنفية ، في المشهور عند المالكية ، وفي ظاهر مذهب الحنابلة ، وفي الأصح عند الشافعية : أن يكون العقار قابلاً للقسمة ، استدلالاً بدليل الخطاب في حديث جابر السابق : « الشفعة فيما لم يقسم » فكأنه قال : الشفعة فيما تمكن فيه القسمة ، مادام لم يقسم . وقد أجمع عليه في هذا الموضوع فقهاء الأمصار ، مع اختلافهم في صحة الاستدلال به ؛ ولأن علة مشروعية الشفعة عندهم هو دفع ضرر القسمة ، وما لا ينقسم لا تيسر القسمة فيه ، فلا حاجة للشفعة فيه ، فلا يترتب فيه ضرر الشريك بعدم الشفعة ^(٤) .

(١) الدر المختار : ١٥٣/٥ ، تكملة الفتح : ٤٣٥/٧ ، تبين الحقائق : ٢٣٩/٥ ، البدائع : ١٢/٥ ، اللباب : ١٠٩/٢ ،
بداية المجتهد : ٢٥٤/٢ ، الشرح الكبير : ٤٨٢/٣ ، الشرح الصغير : ٦٣٤/٣ ، مغني المحتاج : ٢٩٦/٢ ،
المهذب : ٣٧٦/١ ، المغني : ٢٨٧/٥ ، كشاف القناع : ١٥٣/٤ - ١٥٥

(٢) الدر المختار واللباب ، المكان السابق ، تكملة الفتح : ٤٣٥/٧

(٣) مغني المحتاج : ٢٩٧/٢ ، كشاف القناع : ١٥٥/٤

(٤) بداية المجتهد : ٢٥٥/٢ ، حاشية الدسوقي على الدردير : ٤٧٦/٣ ، الشرح الصغير : ٦٣٤/٣ وما بعدها ، مغني
المحتاج : ٢٩٧/٢ ، المهذب : ٣٧٧/١ ، المغني : ٢٨٩/٥

حقوق الارتفاق : وتثبت الشفعة عند الحنفية^(١) في حقوق العقار، كالشُّرب (النصيب من الماء في نوبة مالك الأرض)^(٢) والطريق الخاصين . فإن لم يكونا خاصين ، فلا يستحق بها الشفعة . والطريق الخاص : أن يكون غير نافذ ، فإن كان نافذاً فليس بخاص .

فلو كان هناك شُرْب نهر صغير مشترك بين قوم ، تسقى أراضيهم منه ، فبيعت أرض منها ، فلكل أهل الشُّرب من ذلك النهر الخاص الشفعة . أما لو كان النهر عاماً ، فالشفعة فقط للجار الملاصق . ومثله الطريق الخاص ، فكل أهله شفعاء .

وقال المالكية^(٣) : لاشفعة في الطريق (أي المجاز الذي يتوصل منه إلى ساحة الدار) إذا قسم بين الشريكين أو الشركاء متبوعهما من البيوت إذا بقي الممر مشتركاً بينهما ؛ لأنه لما كان تابعاً لما لاشفعة فيه ، وهو البيوت المنقمة ، كان لاشفعة فيه .

وكذلك العَرَصَة (ساحة الدار التي بين بيوتها ، تسمى في عرف العامة بالحوش) لاشفعة فيها إذا قسم متبوعها ، كالطريق .

وقال الشافعية^(٤) : لاشفعة قطعاً في ممر الدار المبيعة من الدرب النافذ ؛ لأنه غير مملوك . وأما الدرب غير النافذ ، فالصحيح ثبوت الشفعة في الممر ، بما يخصه من الثمن ، إن كان لمشتري الممر الخاص المشترك طريق آخر لداره ، أو أمكن من غير مؤنة وضرر عليه الوصول لداره من طريق آخر ، بفتح باب إلى شارع عام مثلاً ، وإلا ، فلا تثبت الشفعة في الممر ، لما فيها من ضرر المشتري ، والشفعة شرعت لدفع الضرر ، فلا يزال ضرر بآخر ؛ لأن الضرر لا يزال بالضرر .

(١) تبين الحقائق : ٢٣٩/٥ وما بعدها ، الدر المختار : ١٥٤/٥ ، اللباب : ١٠٦/٢

(٢) الشرب : هو نوبة الانتفاع بقية الحيوان والزرع (م ١٢٦٢) مجلة .

(٣) الشرح الكبير : ٤٨٢/٣ ، الشرح الصغير : ٦٤٠/٣ ، بداية المجتهد : ٢٥٥/٢

(٤) نهاية المحتاج : ١٤٥/٤ ، مغني المحتاج : ٢٩٨/٢

والحنابلة كالشافعية قالوا^(١) : إذا بيعت الدار، ولها طريق في شارع أو درب نافذ، فلا شفعة في تلك الدار، ولا في الطريق؛ لأنه لا شركة لأخذ فيها.

وإن كان الطريق في درب غير نافذ، ولا طريق للدار سوى تلك الطريق، فلا شفعة أيضاً؛ لأن إثباتها يضر بالمشتري؛ لأن الدار تبقى لا طريق لها.

وإن كان للدار باب آخر يستطرق منه، أو كان لها موضع يفتح منه باب لها إلى طريق نافذ، نظرنا في الطريق المبيع مع الدار:

فإن كان ممراً لا تمكن قسمته، فلا شفعة فيه.

وإن كان تمكن قسمته، وجبت الشفعة فيه؛ لأنه أرض مشتركة، تحتل القسمة، فوجب فيه الشفعة كغير الطريق.

الشفعة في السفن: لا تثبت الشفعة في السفن عند فقهاء المذاهب^(٢) لأنها كالعروض التجارية من المنقولات، والشفعة مشروعة في الأرض التي تبقى على الدوام، ويدوم ضررها.

ونقل الكاساني^(٣) عن الإمام مالك: أنه يرى الشفعة في السفن؛ لأن السفينة أحد المسكنين، فتجب فيها الشفعة، كما تجب في المسكن الآخر، وهو العقار، لكن هذا لم يصح عن مالك، كما حقق ابن عبد السلام. وبه يتبين أن المذاهب الأربعة متفقة على عدم الشفعة في السفن.

(١) كشف القناع: ١٥٤/٤، المغني: ٢٩٠/٥

(٢) الكتاب مع اللباب: ١٠٩/٢، المهذب: ٣٧٦/١، مغني المحتاج: ٢٩٦/٢، كشف القناع: ١٥٥/٤

(٣) البدائع: ١٢/٥. ولم أر في كتب المالكية التي اطلعت عليها تصريحا لهم بالشفعة في السفينة، وإنما يوجبونها في العقار فقط. قال ابن عبد السلام من المالكية: ما نقله بعض الحنفية عن مالك في السفينة: لا يصح (شرح التنوخي لرسالة القيرواني: ١٩٢/٢)

الشفعة في الزرع والثمر والشجر: لاشفعة عند الجمهور (غير المالكية)^(١) فيما ليس بعقار كالبناء والشجر المفرد عن الأرض، فإن كان تبعاً في البيع للأرض، وجبت الشفعة فيه^(٢).

ومما يتبع الأرض عند الشافعية في الأصح: ثمر لم يؤبر؛ لأنه يتبع الأصل في البيع، فيتبعه في الأخذ، قياساً على البناء والغراس.

واقصر الحنابلة على اتباع الغراس والبناء للأرض؛ لأنها يؤخذان تبعاً للأرض، ففيها الشفعة تبعاً. ولم يتبعوا الزرع والثمر للأرض؛ لأن من شروط وجوب الشفعة أن يكون المبيع أرضاً؛ لأنها هي التي تبقى على الدوام، ويدوم ضررها.

وأجاز المالكية^(٣) الشفعة في البناء والشجر إذا بيع أحدهما مستقلاً عن الأرض؛ لأن كلاً منهما عندهم عقار، والعقار: هو الأرض وما اتصل بها من بناء وشجر، فلا شفعة في حيوان أو عرض تجاري إلا إذا بيع تبعاً للأرض.

مثاله: الشجر أو البناء في أرض موقوفة (محبسة) أو معارة: بأن اقتضت المصلحة إجارة الأرض الموقوفة، سنين، ثم بنى فيها المستأجر أو غرس بإذن ناظرها، على أن ذلك له، فإذا كان المستأجر متعدداً، وباع أحدهم، فلآخر الشفعة.

وأجاز المالكية أيضاً الشفعة في الثمار^(٤) (الفاكهة) والخضر، كالقثاء، والبطيخ بنوعيه الأخضر والأصفر، والخيار، والباذنجان والفاول الأخضر، ونحوه مما له أصل

(١) تكملة الفتوح: ٤٣٥/٧، مغني المحتاج: ٢٩٦/٢ وما بعدها، كشاف القناع: ١٥٥/٤

(٢) نصت المادة (١٠١٩) مجلة على أنه لا تجوز الشفعة في الأشجار والأبنية في أرض الوقف.

(٣) الشرح الكبير: ٤٧٩/٣ وما بعدها، الشرح الصغير: ٦٣٨، ٦٣٩ - ٦٣٨، ٦٣٤/٣، بداية المجتهد: ٢٥٤/٢ وما بعدها،

القوانين الفقهية: ص ٢٨٦، شرح الرسالة: ١٩٢/٢.

(٤) قال مالك عن الشفعة في الثمرة: ما علمت أحداً من أهل العلم قاله قبلي، ولكنني استحسنته (شرح التنوخي

لرسالة ابن أبي زيد القيرواني: ١٩٢/٢).

تجنى ثمرته ، ويبقى في الأرض وقتاً ما ، فإذا باع أحد الشريكين نصيبه منها ، ولو مفرداً عن أصله ، فلآخر أخذه بالشفعة .

واشترطوا في الثمرة المأخوذة بالشفعة منفردة : أن تكون موجودة حين الشراء ، بشرط كونها مؤبرة .

ولم يجز المالكية الشفعة في زرع كقمح وكتان وبرسيم ، ولا في بقل مما ينزع أصله كفجل وجزر وبصل وقلقاس ، وملوخية . فلو بيع الزرع أو البقل مع أرضه ، فلا شفعة فيه ، وإنما هي في الأرض فقط ، بما ينوبها من الثمن .

وأما الظاهرية : فقد توسعوا في إيجاب حق الشفعة للشفيع أكثر من سائر المذاهب الأخرى ، فأجازوا الشفعة في كل مبيع ، عقاراً أو منقولاً ، سواء أكان المنقول متصلًا بالعقار أم لا ، وسواء أكان الشيء المباع مما ينقسم ، أم مما لا ينقسم ، من أرض أو شجرة واحدة فأكثر ، أو ثوب ، أو سيف أو طعام أو حيوان ، أو أي شيء بيع ، فلا يحل لمن له الجزء ، أن يبيعه حتى يعرضه على شريكه أو شركائه فيه ^(١) .

المبحث الثالث - الشفيع

أولاً - من هو الشفيع ؟

للفقهاء رأيان فيمن يحق له الأخذ بالشفعة : رأي للحنفية : في أن الشفيع : هو الشريك ، أو الجار . ورأي للجمهور : في أن الشفيع هو الشريك فقط .

قال الحنفية ^(٢) : تثبت الشفعة للشريك (الخليط) في المبيع نفسه ، أو في حق من حقوق الارتفاق الخاصة ، كالشرب (النصيب من الماء) ، والطريق الخاصين ، كما

(١) المحلى : ١٠١/٩ ، م ١٥٩٤ .

(٢) البدائع : ٤/٥ ، تكملة الفتح : ٤٠٦/٧ ، ٤١٤ ، ٤٣٦ ، تبين الحقائق : ٢٣٩/٥ - ٢٤١ ، اللباب : ١٠٦/٢ ، الدر المختار : ١٥٥/٥ .

تثبت للجار الملاصق للمبيع ، ولو كان باب داره من سكة أخرى . والملاصق من جانب واحد ولو بشر ، كالملاصق من ثلاثة جوانب ، وواضع جذع على حائط ، وشريك في خشبة على حائط : جار لا شريك ؛ لأن وضع الجذوع على الحائط لا يصير صاحبه شريكاً في الدار ، والشفعة تثبت في العقار دون المنقول ، والخشبة منقول . ولا فرق بين مسلم وذمي في استحقاق الشفعة ، لعموم أدلة مشروعيتها ، ولتساويهما في سبب الشفعة وحكمتها ، فيتساويان في الاستحقاق .

ودليلهم الأحاديث السابقة في مشروعية الشفعة ، والتي منها : « جار الدار أحق بسقيه »^(١) و « جار الدار أحق بدار الجار ، والأرض »^(٢) و « الجار أحق بشفعته »^(٣) . ويؤكد أنه العلة الموجبة للشفعة هو دفع الضرر الدائم ، الذي يلحق المرء بسبب سوء العشرة على الدوام . وهذا يتحقق في الجار ، كما يتحقق في الشريك ، فتكون حكمة مشروعية الشفعة ظاهرة فيهما ، وهو دفع الضرر عنها .

وقال الجمهور (غير الحنفية)^(٤) : لا شفعة إلا لشريك في ذات المبيع ، لم يقاسم (أي أن حقه مشاع لم يقسم) ، فلا شفعة عندهم لشريك مقاسم ، ولا لشريك في حق من حقوق الارتفاق الخاصة بالمبيع ، ولا للجار .

وتثبت الشفعة عند المالكية والشافعية والظاهرية للذمي الكافر على المسلم ، كما قال الحنفية ، ولا تثبت للكافر عند الحنابلة في بيع عقار لمسلم ، للحديث النبوي :

(١) سبق تخريجه ، أخرجه البخاري عن أبي رافع مولى النبي ﷺ (نصب الراية : ١٧٤/٤) .

(٢) أخرجه أبو داود والترمذي والنسائي ، وأحمد في مسنده ، والطبراني في معجمه ، وابن أبي شيبة في مصنفه ، وابن حبان في صحيحه ، وقال عنه الترمذي : حديث حسن صحيح ، من حديث الحسن عن سمره (نصب الراية : ١٧٢/٤) .

(٣) من حديث جابر عند الترمذي .

(٤) بداية المجتهد ، ٢٥٣/٢ ، الشرح الكبير : ٤٧٣/٣ ، الشرح الصغير : ٦٣١/٣ ، مغني المحتاج : ٢٩٧/٢ ، المهذب : ٣٧٧/١ وما بعدها ، المغني : ٢٨٥/٥ وما بعدها ، ٣٥٧ ، كشاف القناع : ١٤٩/٤ ، ١٨٢ ، القوانين الفقهية : ص ٢٨٦ ، المحلى : ١١٥/٩ ، م ١٥٩٨ .

« لاشفعة لنصراني »^(١) فهو يخص عموم ما احتجوا به ، ولأن الأخذ بالشفعة يختص به العقار ، فأشبه الاستعلاء في البنيان ، والكافر ممنوع من ذلك بالنسبة للمسلم ، ولأن في شركته ضرراً بالمسلم . ولكن رأي الجمهور في هذا أرجح ، بسبب ضعف الحديث الذي احتج به الحنابلة .

واتفق الفقهاء على أن الشفعة تثبت للذمي على الذمي ، لعموم الأخبار الواردة في الشفعة ، ولأنها تساويها في الدين والحرمة ، فتثبت لأحدهما على الآخر كالمسلم على المسلم . وتثبت الشفعة لأهل البدع الذين حكم بإسلامهم ؛ لأن عموم الأدلة يقتضي ثبوتها لكل شريك . وأما أصحاب البدع الذين حكم بكفرهم فلا شفعة لهم على مسلم عند الحنابلة ، بخلاف الجمهور^(٢) .

وأدلة الجمهور : حديث جابر السابق : « قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل مالم يُقسم ، فإذا وقعت الحدود ، وصرفت الطرق ، فلا شفعة » وحديث سعيد بن المسيب : « إذا قسمت الأرض ، وحدت ، فلا شفعة فيها »^(٣) ، فإذا كانت الشفعة غير واجبة للشريك المقاسم ، فهي أخرى ألا تكون واجبة للجار ، والشريك المقاسم إذا قاسم : جاراً .

ولأن الشفعة ثبتت على خلاف الأصل ، فيقتصر فيها على مورد النص .

وأما حديث أبي رافع : « الجار أحق بصقبه » فليس بصريح في الشفعة ، فيحتمل أنه أراد بالصقب : إحسان جاره وصلته وعيادته ونحوها . وخبر جابر صريح صحيح ، فيقدم . وبقية الإحاديث في أسانيدھا مقال ، فحديث سمرة يرويه عنه

(١) رواه الدارقطني في كتاب العلل بإسناده عن أنس ، وأبي بكر ، لكن في إسنادهما بابل بن نجيج ، ضعفه الدارقطني وابن عدي .

(٢) المغني : ٣٥٨/٥ وما بعدها ، كشاف القناع : ١٨٣/٤ .

(٣) رواه أبو داود ، ومالك مرسلأ ، عن أبي سلمة بن عبد الرحمن .

الحسن ، ولم يسمع منه إلا حديث العقيقة . ويتعين حمل أحاديث شفعة الجوار على مثل ما دلت عليه أحاديث شفعة الشركة ، فيكون لفظ الجار مراداً به الشريك . وهذا الرأي في تقديري أولى ؛ لأن الشفعة تثير مشكلات متعددة ، والأصل المقرر في الشريعة هو حرية التعاقد ، فيقتصر فيها على حالة الشركة فقط .

وقد توسط ابن القيم بين الرأيين ، فقرر ثبوت الشفعة للجار إذا كان شريكاً مع جاره في حق من حقوق الارتفاق الخاصة ، مثل الطريق أو الشرب ، وإلا فلا شفعة له^(١) .

وارتأى الشوكاني وبعض الشافعية هذا الحل الوسط عملاً بلفظ في حديث جابر : « إذا كان طريقهما واحداً »^(٢)

ثانياً - مراتب الشفعة (أو أسباب استحقاقها) وكيفية التوزيع عند تزاحم الشفعاء : قال الحنفية^(٣) : الشفعة واجبة للخليط (الشريك) في نفس المبيع ، ثم إذا لم يكن ، أو كان وسلّم (تنازل عن الشفعة) تثبت للشريك في حق من حقوق الارتفاق الخاصة بالمبيع : وهو الذي قاسم وبقيت له شركة في حق العقار الخاص ، كالشرب والطريق الخاصين ، ثم تثبت الشفعة لجار ملاصق .

ولا فرق في ثبوت حق الشفعة لصاحب حق الارتفاق بين الأرض المجاورة للمبيع والبعيدة عنه ، ولا بين التي تسقى من المجرى الخاص مباشرة ، أو من جدول مأخوذ منه ، مادام أن الكل يشرب من المجرى ، وأن سبب الاستحقاق واحد : وهو الاشتراك في المرفق الخاص .

(١) راجع أعلام الموقعين : ١٢٣/٢ - ١٢٢ ، تحقيق عبد الحميد .

(٢) نيل الأوطار : ٣٣٢/٥ .

(٣) تكملة الفتح : ٤٠٦/٧ ، ٤١٢ وما بعدها ، الدر المختار ورد المختار : ١٥٤/٥ وما بعدها ، البدائع : ٨/٥ - ٩ ،

تبيين الحقائق : ٢٣٩/٥ ، اللباب : ١٠٦/٢ وما بعدها ، م (١٠٠٨) مجلة .

والمقصود من الشرب الخاص عند أبي حنيفة ومحمد^(١) : شرب نهر صغير : وهو الذي لا يجري فيه أصغر السفن ، وما تجري فيه السفن فهو عام ، وعمامة المشايخ على أن الشركاء في النهر إن كانوا يحصون ، فصغير ، وإلا فكبير . وما لا يحصى : قيل أربعون ، وقيل خمائة ، وقيل : الأصح تفويضه إلى رأي كل مجتهد في زمان .

والمقصود بالطريق الخاص : هو الذي لا يكون نافذاً ، فكل أهله شفعاء . فإن كان الشرب والطريق عامين ، فلا شفعة بهما . والمراد بعدم نفاذ الطريق : أن يكون بحيث يمنع أهله من أن يستطرقة غيرهم .

وتصور الشفعة بسبب الشرب مثلاً : إذا بيعت أرض لها حق الشرب في مجرى نهر خاص مشترك بين قوم تسقى أراضيهم منه ، فلكل أهل الشرب الشفعة ، سواء أكانت أراضيهم المجاورة للنهر ملاصقة له ، أم بعيدة عنه .

ودليل الحنفية على ترتيب الشفعاء على النحو المذكور (الشريك في المبيع ، ثم شريك الارتفاق ، ثم الجار) هو قوله عليه الصلاة والسلام : « الشريك أحق من الخليط ، والخليط أحق من الشفيع »^(٢) ولأن الاتصال في المبيع أقوى من غيره ، والاتصال في حق الارتفاق أقوى من الجار ؛ لأنه اشتراك في مرافق الملك ، والترجيح يكون بقوة السبب ؛ ولأن دفع ضرر مؤنة القسمة ، وإن لم يصلح علة عند الحنفية لاستحقاق الشفعة ، صلح مرجحاً للأخذ عند تزامم الشفعاء .

(١) وقال أبو يوسف : الشرب الخاص : أن يكون نهرأ يسقى منه قراخان أو ثلاثة ، وما زاد على ذلك فهو عام (اللباب : ١٠٧/٢) والقراح : المزرعة التي ليس عليها بناء ولا فيها شجر .

(٢) قال عنه الزيلعي : غريب : وقال عنه ابن الجوزي : إنه حديث لا يعرف . وقال شريح : « الخليط أحق من الجار ، والجار أحق من غيره » وقال إبراهيم النخعي : الشريك أحق بالشفعة ، فإن لم يكن شريك ، فالجار ، والخليط أحق من الشفيع ، والشفيع أحق ممن سواه « (نصب الراية : ١٧٦/٤)

كيفية التوزيع عند تراحم الشفعاء :

وهذا يتبين كيفية توزيع حق الشفعة عند تراحم الشفعاء ، بأن كانوا أكثر من واحد ، وكل منهم يطلب الشفعة .

أ- فإن لم يكونوا من مرتبة واحدة : بأن كان أحدهم شريكاً في المبيع ، والآخر شريكاً في حق الارتفاق ، والآخر جاراً ملاصقاً ، فيقدم الشريك في المبيع أولاً ، ثم الشريك في حق المبيع (حق الارتفاق) ، ثم الجار (م ١٠٠٩) مجلة .

والمشارك في حائط الدار في حكم المشارك في نفس الدار . وأما صاحب الأخشاب الممتدة على حائط جاره ، فيعد جاراً ملاصقاً ، لا شريكاً (م ١٠١٢) مجلة .

وكل من صاحب الطابق الأعلى والأسفل : جار ملاصق (م ١٠١١) مجلة . وحق الشرب مقدم على حق الطريق (م ١٠١٦) مجلة . وإذا باع صاحب حق الشرب أو الطريق الخاص أرضه فقط ، دون حق الارتفاق ، فليس للشركاء في الارتفاق شفعة (م ١٠١٥) مجلة .

وإذا اجتمع صنفان من الشركاء يقدم الأخص على الأعم ، فالمشترك في شرب من جدول من الشرب أولى من المشترك في الشرب (م ١٠١٤)

ب- وإن كان الشفعاء من مرتبة واحدة ، كالشركاء في المبيع ، قسم العقار المشفوع فيه بين الطالبين جميعاً ، بالتساوي بحسب عدد الرؤوس ، لا بمقدار الملك أو السهام ، عند الحنفية^(١) والظاهرية^(٢) ، لاستوائهم في سبب استحقاق الشفعة ، وهو الاتصال بالشركة أو الجوار ، أي لأنهم متساوون في أصل الملك .

(١) البدائع : ٦/٥ ، تبين الحقائق : ٢٤١/٥ ، الكتاب مع اللباب : ١١٦/٢ ، الدر المختار : ١٥٤/٥ ، تكله

الفتح : ٤١٤/٧ ، م ١٠١٣ مجلة

(٢) المحلى : ١٢٠/٩ ، م ١٦٠٩

وقال الجمهور^(١) (غير الحنفية والظاهرية) : يقسم العقار المشفوع فيه بين الشفعاء على قدر حصصهم أو أنصباهم في الملك ، لا على الرؤوس ؛ لأن الشفعة حق ناشئ بسبب الملك ، فكان على قدر الملك ، كالغلة والثمرة والأجرة المستفادة من الملك ، وكالربح في شركة الأموال ، فيأخذ كل واحد من الشركاء الشفعاء بقدر ما يملكه في العقار (المشفوع به وفيه) . فلو كانت الأرض بين ثلاثة ، لواحد نصفها ، ولآخر ثلثها ، ولآخر سدسها ، فباع الأول حصته ، أخذ الثاني سهمين ، والثالث سهماً . ولأن الشفعة شرعت لإزالة الضرر ، والضرر داخل على كل واحد من الشركاء بحسب نسبة ما يملكه ، لا بحسب التساوي ، فوجب أن يكون استحقاقهم لدفع الضرر على تلك النسبة من الحصص .

وقال المالكية في تزاخم الشركاء الشفعاء^(٢) : يقدم في الأخذ بالشفعة الأخص في الشركة على غيره ، وهو المشارك في السهم أي الفرض ، فلو مات ذو عقار عن جدتين وزوجتين وأختين ، فباعت إحداهن نصيبها ، فالشفعة لمن شاركها في السهم ، دون بقية الورثة ، حتى ولو كان المشارك في السهم أختاً لأب مع أخت شقيقه ، أو بنت ابن مع بنت ، فإذا باعت الشقيقة أو البنت نصيبها ، فلأخت لأب أو لبنت الابن الأخذ بالشفعة ، دون العاصب .

ويدخل الأخص^(٣) من ذوي السهام (الفروض) على الأعم ، وهو غير المشارك في السهم أي غير ذوي الفروض وهو غير الأقوى في القرابة ، كالعاصب وغيره ، فإذا مات شخص عن بنت فأكثر ، وعن أخوين أو عمين ، فباع أحد الأخوين ، فإن البنات يدخلن في الشفعة ، ولا يختص الحق بالأخ أو العم الذي لم يبيع . وإذا مات شخص عن

(١) الشرح الصغير : ٦٤٦/٣ ، الشرح الكبير : ٤٨٦/٣ وما بعدها ، بداية المجتهد : ٢٥٧/٢ ، القوانين الفقهية :

ص ٢٨٧ ، معني المحتاج : ٣٠٥/٢ ، المهذب : ٢٨١/١ ، المغني : ٣٢٥/٥ ، كشاف القناع : ١٦٤/٤

(٢) الشرح الكبير : ٤٩٢/٣ ، الشرح الصغير : ٦٥٠/٣ وما بعدها

(٣) الأخص أي الأقوى والأزيد في القرب

ثلاث بنات ، ثم ماتت إحداهن عن بنتين ، فباعت إحدى أخوات الميتة حصتها ، فأولاد الميتة يدخلن على خالاتهن ، إذ الطبقة السفلى أخص ؛ لأنهن أقرب للميت الثاني ، والعليا أعم . ويدخل الوارث ذو الفرض أو العاصب على الموصى لهم بعقار ، باع أحدهم حصته ، فلا يختص بالشفعة بقية الموصى لهم ، بل يدخل معهم الوارث .

ثم يقدم الوارث مطلقاً ، سواء أكان ذا فرض أم عاصباً ، على أجنبي .

ثم يقدم الأجنبي ، إن أسقط الوارث حقه .

ثالثاً- غيبة بعض الشفعاء :

قال الحنفية^(١) : لو كان بعض الشفعاء حين البيع وطلب الشفعة غائباً ، فطلبها الحاضر ، يقضى له بالشفعة ؛ لأن الحاضر ثابت بيقين ، والغائب مشكوك في طلبه الشفعة ، فلا يؤخر الحاضر ؛ لأن المشكوك فيه لا يزاحم المتيقن ، لاحتمال عدم طلب الغائب ، فلا يؤخر بالشك .

ثم إذا جاء الغائب وطلب الشفعة ، وكان مع الحاضر في مرتبة واحدة ، قاسم الحاضر فيما أخذ ، أي تنقض القسمة الأولى ، ويعاد تقسيم العقار .

وإن لم يكن الغائب في مرتبة واحدة مع الحاضر الذي أخذ بالشفعة - وهذا لا يتصور إلا عند الحنفية - كالشريك والجار ، فإن كان الغائب فوق الحاضر (أعلى منه) كالشريك مع الجار قضي له بكل المشفوع فيه ، وإن كان دونه كالجار مع الشريك منع من الشفعة .

ويتفق المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية^(٢) مع الحنفية في ثبوت حق

(١) البدائع : ٦/٥ ، الدر المختار : ١٥٦/٥ ، تبين الحقائق : ٢٤٢/٥

(٢) الشرح الكبير : ٤٩٠/٣ ، مغني المحتاج : ٣٠٦/٢ ، المغني : ٣٠٥/٥ وما بعدها ، ٣٣٩ ، كشاف القناع : ١٦٤/٤ ،

الحلى : ١١٥/٩ ، م ١٥٩٨ ، الشرح الصغير : ٦٤٤/٣ .

الشفعة للغائب ، لعموم قوله عليه السلام : « الشفعة فيما لم يقسم » ، ولأن الشفعة حق مالي ، وجد سببه بالنسبة إلى الغائب ، فثبت له ، كالإرث ، ولأن الغائب شريك لم يعلم بالبيع ، فثبت له الشفعة عند علمه بالحاضر ، إذا كتم عنه البيع . ويندفع ضرر المشتري المشفوع عليه بدفع القيمة له .

رابعاً - إسقاط بعض الشفعاء حقه :

قال الحنفية^(١) : إذا أسقط بعض الشفعاء حقه :

- أ- فإن كان قبل أن يقضى لهم ، فلمن بقي أخذ كل المشفوع فيه ، لزوال المزاومة .
- ب- وأما إن أسقط حقه بعد القضاء بالشفعة ، فليس لمن بقي أخذ نصيب التارك ؛ لأنه بالقضاء قطع حق كل واحد منهم في نصيب الآخر .

وقال المالكية ، والشافعية في الأصح ، والحنابلة^(٢) : إذا أسقط بعض الشفعاء حقه في الشفعة ، بأن عفا ، سقط حقه ، كسائر الحقوق المالية ، وتخير الآخر بين أخذ جميع المشفوع فيه ، أو تركه كله ، وليس له أخذ حقه فقط ، أو الاقتصار على حصته ؛ لأن الشفيع الواحد إذا أسقط بعض حقه ، سقط كله كالقصاص ، لثلاث تبعض الصفقة على المشتري . قال ابن المنذر : أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على هذا ؛ لأن في أخذ البعض إضراراً بالمشتري بتبعض الصفقة عليه ، والضرر لا يزال بالضرر .

(١) الدر المختار : ١٥٦/٥ ، تبين الحقائق : ٢٤١/٥ ، م ١٠٤٣ مجلة .

(٢) الشرح الكبير : ٤٩٠/٣ ، مغني المحتاج : ٣٠٦/٢ ، كشاف القناع : ١٦٤/٤ ، المغني : ٣٣٨/٥ .

المبحث الرابع - أحكام الشفعة :

أولاً - طريق التملك بالشفعة :

قال الحنفية^(١) : الشفعة تجب بعقد البيع أي تستحق بعد البيع ، حتى ولو كان البيع فاسداً وسقط الفسخ بوجه ما ، أو كان مشتتاً على خيار للمشتري ، ولا شفعة بمجرد الشراء الفاسد لأنه مستحق الفسخ شرعاً ، وفي إثبات حق الشفعة تقرير الفساد ، فلا يجوز ، فإن سقط الفسخ بوجه من الوجوه كالتصرف بالمبيع أو البناء عليه . وجبت الشفعة لزوال المانع . كما لا شفعة إذا كان الخيار للبائع ؛ لأنه يمنع زوال الملك عن البائع ، أما خيار المشتري فلا يمنع زوال الملك عن البائع ، والشفعة تبنى عليه .

ولا بد من طلب المواثبة (أي طلب الشفعة كما سمع ، على وجه السرعة) ، وتستقر بالإشهاد بعد الطلب أي بالطلب الثاني : وهو طلب التقرير ، وتملك بالأخذ بالتراضي ، أو بقضاء القاضي .

أي أن طريق التملك بالشفعة للشفيع يكون بأحد طريقتين : إما بتسليم المشتري المبيع للشفيع بالتراضي ، وإما بقضاء القاضي أي بحكم الحاكم من غير أخذ ؛ لأن الملك للمشتري قدم بالشراء ، فلا ينتقل إلى الشفيع إلا بالتراضي ، أو قضاء القاضي ، كما في الرجوع في الهبة ؛ لأن للحاكم ولاية عامة ، فيقدر على القضاء في ضمن الحكم بالحق .

ويترتب عليه : أنه لا يثبت للشفيع في شفيعته شيء من أحكام الملك قبل تملكه بأحد الأمرين المذكورين ، فلا تورث عنه عند الحنفية إذا مات في هذه الحالة ، وتبطل شفيعته إذا باع داره التي يشفع بها ، ولو بيعت دار مجنبها في هذه الحالة لا يستحقها بالشفعة لعدم ملكه فيها .

(١) البدائع : ٢٢/٥ وما بعدها ، تكملة الفتح : ٤١٧/٧ ، تبين الحقائق : ٢٤٢/٥ ، ٢٥٤ ، الدر المختار : ١٥٤/٥ ،

اللباب : ١٠٧/٢ ، ١١٤ ، م ١٠٣٦ ، ١٠٣٨ مجلة .

والتملك بأحد هذين الطرفين متفق عليه بين المذاهب^(١)، لكن قال المالكية :
تملك الشفعة بأحد أمور ثلاثة : بحكم من حاكم ، أو دفع ثمن للمشتري ، أو إسهاد بالأخذ
بالشفعة ولو في غيبة المشتري .

ولا شفعة عند غير الحنفية في بيع فاسد ؛ لأنه باطل عندهم أي منعدم شرعاً .
واستثنى المالكية حالة تصرف المشتري بشراء فاسد بالشيء إلى غيره ببيع صحيح ،
فللشفيع أن يأخذه من المشتري الثاني بما دفعه من الثمن . فإن طرأ في يد المشتري على
المبيع بيعاً فاسداً ما يغير ذاته كالهدم مثلاً ، فللشفيع الأخذ بما لزم المشتري : وهو القيمة
إن كان الفساد متفقاً عليه ، والثمن إن كان الفساد مختلفاً فيه .

وتملك العقار بالشفعة هو بمنزلة شراء جديد مبتدأ ، فيثبت للشفيع حق الرد
بجيار الرؤية وخيار العيب^(٢) ، كما هو مقرر في كل عقد بيع .

والذي يملكه الشفيع بالشفعة : هو الذي ملكه المشتري بالشراء ، سواء ملكه
أصلاً ، أو تبعاً لغيره إذا كان متصلاً به وقت التملك بالشفعة ، كالبناء والغرس والزرع
والثمر . وهذا استحسان عند الحنفية ؛ لأن الحق إذا ثبت في العقار ، ثبت فيما هو تبع
له إن كان منقولاً متصلاً به ؛ لأن حكم التبع حكم الأصل^(٣) .

ثانياً - ما يلزم الشفيع دفعه أو ما يؤخذ به المشفوع :

أ - الثمن الواجب دفعه :

اتفق الفقهاء على أن الشفيع يأخذ المبيع بالثمن ، أو العوض الذي ملك به ، أو
بمثل الثمن الذي تملك به المشتري ، لا بمثل المبيع الذي يملكه المشتري ؛ لأن الشرع أثبت

(١) الشرح الصغير : ٦٤٠/٣ ، ٦٤٧ ، مغني المحتاج : ٣٠٠/٢ ، كشاف القناع : ١٧٧/٤ ، المغني : ٣٤٦/٥ وما بعدها ، الشرح الكبير : ٤٨٧/٣ .

(٢) البدائع : ٢٤/٥ ، م ١٠٣٧ مجلة ، تبين الحقائق : ٢٤٦/٥ وما بعدها .

(٣) البدائع : ٢٧/٥ وما بعدها .

للشفيع ولاية التملك على المشتري بمثل ما يملك به ^(١) قدراً وجنساً ، لحديث جابر « فهو أحق به بالثن » ^(٢) ، كما يلزم الشفيع بما أنفقه المشتري كأجرة دلال وكاتب ورسوم فإن كان الثن مثلياً كالمكيل والموزون ، أخذته الشفيع بمثله (أي مثل الثن) لأنه من ذوات الأمثال ، وإن لم يكن الثن مثلياً ، أخذته الشفيع بقيمته (أي قيمة الثن) ؛ لأنها بدله في القرض والإتلاف ، وقت لزوم العقد ؛ لأنه حين استحقاق الأخذ .

وإن بيع عقار بعقار (مقايضة) ، وكان شفيعهما واحداً ، أخذ الشفيع كل واحد من العقارين بقيمة الآخر ، لأنه بدله ، وهو من ذوات القيم (القيميات) ، فيأخذه بقيمته . وإن اختلف شفيعهما ، يأخذ شفيع كل منهما ماله فيه الشفعة بقيمة الآخر .

وإن اشترى ذمي داراً بخمر أو خنزير ، وكان الشفيع ذمياً ، أخذها بمثل الخمر ، وقيمة الخنزير ، وإن كان الشفيع مسلماً أخذها عند غير الحنابلة بقيمة الخمر والخنزير . أما الخنزير فظاهر أنه مال قيمي ، وأما الخمر فلمنع المسلم عن التصرف فيه ، فالتحق بغير المثلي .

وتحسب قيمة الشيء المبيع يوم البيع ، لا يوم الأخذ بالشفعة ، باتفاق الفقهاء ، لأنه وقت إثبات العوض ، واستحقاق الشفعة .

وقال الحنابلة ^(٣) : لا شفعة فيما اشتراه الذمي بخمر أو خنزير ، لأنها ليسا بمال .

(١) تكملة الفتوح : ٤٢٧/٧ ، تبين الحقائق : ٢٤٩/٥ ، اللباب : ١١٤/٢ - ١١٥ ، الشرح الصغير : ٦٣٥/٣ ، ٦٣٧ ،
معنى المحتاج : ٣٠١/٢ ، المهذب : ٣٧٨/١ وما بعدها ، المعنى : ٣٢٢/٥ ، كشاف القناع : ١٧٧/٤ ، بداية
المجتهد : ٢٥٦/٢ .

(٢) رواه أبو اسحق الجوزجاني في المترجم .

(٣) كشاف القناع : ١٥٢/٤

ب- الحط من الثمن أو الزيادة عليه :

قال الحنفية^(١) : إذا حط البائع عن المشتري بعض الثمن سواء قبل الأخذ بالشفعة أم بعدها ، سقط قدر المحطوط عن الشفيع ؛ لأن حط البعض يلتحق بأصل العقد ، فيظهر ذلك في حق الشفيع ؛ لأنه يأخذ الشفعة بالثمن ، والثمن هو الباقي المستقر عليه .

أما إن حط البائع عن المشتري جميع الثمن ، لم يسقط عن الشفيع منه شيء ؛ لأن حط الكل لا يلتحق بأصل العقد بحال ، لخروج العقد عن موضوعه ، فيصبح هبة ، ولم يبق ما يعد ثمناً .

وإذا زاد المشتري البائع في الثمن ، أو جدد العقد بأكثر من الثمن الأول ، لم تلزم تلك الزيادة الشفيع ، لأن في الزيادة ضرراً به ، لاستحقاقه الأخذ بالثمن الأول الأصلي ، بخلاف مسألة الحط من الثمن ، لأن فيه منفعة له .

والخلاصة : أنه يثبت في حق الشفيع الحط أو النقص من الثمن دون الزيادة .

واتفق بقية الفقهاء مع الحنفية على أنه لو حط البائع جميع الثمن ، فلا شفعة ، لانتهاء البيع .

وقال الشافعية والحنابلة^(٢) : لو حط بعض الثمن عن المشتري أو زيد قبل لزوم العقد أي في مدة الخيار ، انحط عن الشفيع مقدار النقص ، ويلزم بالزيادة ؛ لأن حق الشفيع إنما يثبت إذا تم العقد ، وزال الخيار ، والتغيير يلحق العقد . فأما إذا انقضى الخيار وانبرم العقد ، فحط أو زيد في الثمن ، لم يلحق بالعقد ؛ لأن النقص حينئذ إبراء

(١) المبسوط : ١٠٧/١٤ ، الكتاب مع اللباب : ١١٥/٢ وما بعدها ، تكملة الفتح : ٤٢٧/٧ ، تبين الحقائق : ٢٤٨/٥ وما بعدها ، البدائع : ٢٧/٥

(٢) نهاية المحتاج : ١٤٩/٤ ، المغني : ٣٢٢/٥ ، كشاف القناع : ١٧٧/٤

مبتدأ جديد ، ولا يثبت ذلك في حق الشفيع ، والزيادة بعد مدة الخيار هبة ، تطبق عليها شروط الهبة .

جـ - تأجيل الثمن :

قال الحنفية ما عدا زفر ، والشافعية في الأظهر من أقوال الشافعي في الجديد^(١) : إذا أجل الثمن كله أو بعضه ، ليس للشفيع الاستفادة من هذا الأجل الممنوح للمشتري ، وإنما يكون الشفيع بالخيار بين أن يعجل (يدفع الثمن حالاً) ويأخذ المبيع (أو الشقص أي الحصة) في الحال ، أو يصبر حتى ينقضي الأجل ، ولا يسقط حقه بتأخيره إلى حلول الأجل ، لعذره ، لكن يجب عليه طلب الشفعة في حينها ، وإلا سقط حقه فيها ؛ لأن العقد هو شرط ثبوتها ، وقد وجد .

والسبب في عدم إفادته من الأجل : هو أن الشفعة ليست تحوِيل الصفقة بصفتها للشفيع من المشتري ، وإنما هي نقض العقد الذي تم بين البائع والمشتري ، ثم انعقاد بيع آخر للشفيع .

وقال زفر : للشفيع الاستفادة من الأجل ؛ لأن الأجل وصف في الثمن كالزيافة ، والأخذ بالشفعة يكون بالثمن ، فيأخذه به وصفاً وأصلاً .

وقال المالكية والحنابلة^(٢) : للشفيع الاستفادة من تأجيل الثمن الذي تم به العقد ، إذا كان مليئاً ثقة ، أو كفله مليء ثقة . فإن لم يكن موسراً ، ولا ضمنه مليء ، وجب عليه دفع الثمن حالاً ، رعاية للمشتري . وهذا الرأي أولى بالاتباع ضماناً لمصلحة المشتري الذي فقد الصفقة بسبب الشفعة .

(١) البسوط : ١٠٣/١٤ ، البدائع : ٢٤/٥ ، ٢٧ ، تكلية الفتح : ٤٢٨/٧ ، تبين الحقائق : ٢٤٩/٥ ، نهاية

المحتاج : ١٥٠/٤ ، مغني المحتاج : ٣٠١/٢ ، الإفصاح لابن هبيرة : ص ٢٧٧

(٢) الشرح الصغير : ٦٢٧/٣ ، بداية المجتهد : ٢٥٦/٢ ، المغني : ٣٢٣/٥ ، كشاف القناع : ١٧٩/٤

د- هل يتوقف القضاء بالشفعة على دفع الشفيع الثمن ؟

قال الحنفية في ظاهر الرواية، والشافعية والمالكية والحنابلة^(١) : لا يشترط في التملك بالشفعة حكم الحاكم، ولا إحضار الثمن، ولا حضور المشتري، فلا يتوقف صدور الحكم القضائي بالشفعة على إحضار الشفيع الثمن إلى مجلس القضاء؛ لأن حقه ثبت بمجرد البيع لأجنبي دفعاً للضرر عنه، فصار كما لو صدر الشراء له من البائع من أول الأمر، أو لأن الشفيع يصير مملوكاً المشفوع فيه بمقتضى القضاء بالشفعة، فكأنه اشتراه من البائع، والتملك بالشراء لا يتوقف على إحضار الثمن، كالشراء أو البيع المبتدأ بجامع أنه تملك بعوض.

لكن قال المالكية: إن قال الشفيع: أنا أخذ الشفعة، أجل ثلاثة أيام لإحضار الثمن، فإن أتى به فيها وإلا سقطت شفيعته.

وقال محمد بن الحسن: لا يقضي القاضي بالشفعة حتى يحضر الشفيع الثمن، دفعاً للضرر عن المشتري؛ لأن الشفيع ربما يكون مفلساً، فيتوقف القضاء على إحضار الثمن، ويؤجله القاضي يومين أو ثلاثة تمكيناً له من نقد الثمن، إذ لا يصح دفع الضرر عن الشفيع بإضرار غيره.

لكن ما يحشاه محمد من هذا المحذور يمكن دفعه، كما يقول أبو حنيفة وأبو يوسف، بأن للمشتري حبس العين في يده، حتى يدفع الشفيع الثمن.

ووفق الكاساني بين الرأيين، فقال: هذا عندي ليس باختلاف على الحقيقة، وللقاضي أن يقضي بالشفعة قبل إحضار الثمن بلا خلاف؛ لأن لفظ محمد رحمه الله: «ليس ينبغي للقاضي أن يقضي بالشفعة، حتى يحضر الشفيع المال» لا يدل على أنه

(١) المبسوط: ١١٩/١٤، تبين الحقائق: ٢٤٥/٥، تكملة الفتوح: ٤٢٢/٧، اللباب: ١١٢/٢، البدائع: ٢٤/٥ وما

بعدها، مغني المحتاج: ٣٠٠/٢، الشرح الصغير: ٦٤٧/٣ - ٢٤٩، كشاف القناع: ١٧٧/٤

ليس له أن يقضي، بل هو إشارة إلى نوع احتياط، ولهذا الوقضى جاز، ونفذ قضاؤه، نص عليه محمد.

هـ- استحقاق المشفوع فيه :

إذا استحق المشفوع فيه فمن الذي يتحمل العهدة وضمان الثمن؟ الأمر مختلف فيه على رأيين. والمراد بالعهدة: رجوع من انتقل الملك إليه وهو الشفيع على من انتقل الملك عنه من بائع أو مشتر بالثمن عند الاستحقاق أو الأرش (التعويض) عند ظهور عيب من العيوب.

فقال الحنفية^(١): إن ضمان الثمن عند الاستحقاق يكون على المشتري، إن أخذ الشفيع المبيع منه، ونقده الثمن؛ لأنه هو الذي قبض الثمن، ولأن المبيع قد انتقل منه إلى الشفيع. وهذا هو الغالب.

وقد يكون على البائع، إذا كان الشفيع قد أخذ المبيع منه قبل تسليمه إلى المشتري؛ لأنه هو الذي قبض الثمن، وانتقل المبيع منه إلى الشفيع.

وقال الجمهور (المالكية والشافعية والحنابلة)^(٢): إذا أخذ الشفيع الشقص (الجزء المبيع المشترك فيه)، فظهر مستحقاً أو معيباً، فيرجع بالثمن أو الأرش (التعويض) على المشتري، ويرجع المشتري على البائع؛ لأن الشفيع أخذ المبيع من المشتري على أنه ملكه، فيرجع بالعهدة عليه كما لو اشتراه منه.

و- اختلاف الشفيع والمشتري في قدر الثمن :

إذا اختلف الشفيع والمشتري في قدر الثمن، فادعى المشتري - بطبيعة الحال - الأكثر، وادعى الشفيع الأقل، فمن الذي يصدق قوله؟

(١) تكملة الفتح : ٤٣٣/٧ ، الدر المختار : ١٦٠/٥ ، الكتاب مع اللباب : ١١٩/٢ ، البدائع : ٣٠/٥ .

(٢) الشرح الكبير : ٤٩٣/٣ ، المهذب : ٣٨٣/١ ، المغني : ٣٤٤/٥ وما بعدها ، كشاف القناع : ١٨٢/٤ .

يرى جمهور الفقهاء (في المذاهب الأربعة وغيرها)^(١) : أن الشفيع والمشتري إذا اختلفا في قدر الثمن ، فقال المشتري : اشتريته بمائة ، وقال الشفيع : بل بخمسين ، فالقول قول المشتري يمينه ؛ لأنه أعلم بما باشره من الشفيع ، ولأن الشفيع مدع الأقل ، والمشفوع عليه مدعى عليه ، ينكر ذلك ، والقول قول المنكر مع يمينه .

إلا أن المالكية قيدوا الأخذ بقول المشتري بقيد ، فقرروا أن القول قول المشتري إذا أتى بما يشبه تقدير المقدرين ، أو ثمن المثل ، وإلا أي إن أتى بما لا يشبه تقديرهم ، بأن ادعى ما شأنه ألا يكون ثمناً ، فالقول قول الشفيع إن أتى بما يشبه التقدير المعقول .

فإن لم يكن قول كل من المشتري والشفيع مشبهاً التقدير المعقول ، حُلف كل منهما على مقتضى دعواه ، ورد دعوى صاحبه ، ورد الثمن إلى القيمة الوسط بين الناس وهي قيمة الحصة يوم البيع ، كما لو نكلا معاً عن حلف اليمين .

وأضاف الحنفية^(٢) أن القول قول المشتري إذا اختلف مع الشفيع في جنس الثمن أو في صفته ، مثال الأول : أن يقول المشتري : اشتريت بمائة دينار ، وقال الشفيع : لا ، بل بألف درهم ، فالقول قول المشتري ؛ لأن الشفيع يدعي عليه التملك بهذا الجنس ، وهو ينكر ، والقول قول المنكر مع يمينه ، ولأن المشتري أعرف بجنس الثمن من الشفيع ؛ لأن الشراء وجد منه ، لا من الشفيع ، فكان أعرف به من الشفيع ، فيرجع في معرفة الجنس إليه .

ومثال الاختلاف في صفة الثمن : أن يقول المشتري : اشتريت بثلثين معجل ، وقال الشفيع : لا ، بل اشتريته بثلثين مؤجل ، فالقول قول المشتري ؛ لأن الحلول في

(١) البدائع : ٣٠/٥ - ٣٢ ، تكله الفتح : ٤٢٤/٧ ، اللباب مع الكتاب : ١١٥/٢ ، بداية المجتهد : ٢٦١/٢ ، الشرح

الصغير : ٦٥٦/٣ ، معني المحتاج : ٣٠٤/٢ ، المعني : ٢٢٨/٥ ، ٣٣٣ .

(٢) البدائع : ٣٠/٥ - ٣٢ .

الثن أصل ، والأجل عارض ، والمشتري يتمسك بالأصل ، فيكون القول قوله يبينه ، ولأن العاقد أعرف بصفة الثن من غيره ، ولأن الأجل يثبت بالشرط ، والشفيع يدعي عليه شرط التأجيل ، وهو ينكر ، فكان القول قوله .

المبحث الخامس - شروط الشفعة :

للأخذ بالشفعة شروط ، وقع في بعضها اختلاف بين الفقهاء ، وهي ما يلي :

- ١ - خروج العقار عن ملك صاحبه خروجاً باتاً لا خيار فيه .
- ٢ - أن يكون العقد عقد معاوضة وهو البيع وما في معناه .
- ٣ - أن يكون العقد صحيحاً .
- ٤ - أن يكون الشفيع مالكا وقت الشراء وإلى القضاء له بالشفعة : (شرط ملك الشفيع) .
- ٥ - عدم رضا الشفيع بالبيع .

واشترط الجمهور غير الحنفية أن يكون الشفيع شريكاً ، فلا شفعة لجار عندهم ، وقد بحثناه في بحث الشفيع ، كما اشترطوا أن يكون المبيع شقصاً (جزءاً) مشاعاً مع شريك قابلاً لقسمة الإيجاب ، وقد بحثناه في بحث المشفوع فيه ، ولم يشترطه الحنفية .

واشترط كل الفقهاء أن يأخذ الشريك جميع الشقص المبيع ، لئلا يتضرر المشتري بتبعض الصفقة في حقه ، بأخذ بعض المبيع ، وترك البعض الآخر ؛ لأن الضرر لا يزال بالضرر ، فإن أخذ البعض وترك البعض سقطت شفيعته .

ولم أجد حاجة للكلام عن اشتراط كون المشفوع فيه عقاراً ، فقد تكلمنا عنه في بحث مستقل في المبحث الثاني .

كما لا داعي للبحث في اشتراط عدم كون المشفوع فيه ملكاً للشفيع وقت البيع ،

فإن كان ملكاً له لم تجب الشفعة، لاستحالة تملك الإنسان مال نفسه. فهذا مفهوم
بدهة، إذ لا يثير نزاعاً يؤدي إلى اللجوء إلى الشفعة.

وأما اشتراط المبادرة إلى طلب الشفعة بالتراضي أو بالتقاضي، فحله بحث
مستقل في إجراءات الشفعة.

الشرط الأول - خروج العقار عن ملك صاحبه خروجاً باتاً:

يجب أن يزول ملك البائع عن العقار المبيع، من طريق البيع البات النهائي
اللازم الذي لا خيار فيه، فلا تستحق الشفعة في العقار إذا بيع بشرط الخيار. وهذا
شرط متفق عليه بين المذاهب الأربعة، فقد اتفق فقهاؤهم على أن البيع المشتمل على
خيار فيه للبائع، لا شفعة فيه، حتى يجب البيع أو يلزم. وعلى هذا لو كان الخيار
لكل من العاقدين، فلا شفعة، لأجل خيار البائع.

واختلفوا في البيع المشتمل على خيار للمشتري، فقال الحنفية، والشافعية في
الأظهر الراجح عندهم^(١): لو كان الخيار للمشتري، تجب الشفعة؛ لأن خياره عند
الحنفية لا يمنع زوال المبيع عن ملك البائع، ولأن المبيع في زمن الخيار للمشتري على
الراجح عند الشافعية. هذا في خيار الشرط.

أما خيار العيب والرؤية، فلا يمنع وجوب الشفعة؛ لأنه لا يمنع زوال ملك
البائع.

وقال المالكية والحنابلة^(٢): لا تثبت الشفعة في بيع الخيار قبل انقضاءه، سواء
أكان الخيار لكل من البائع والمشتري، أم لأحدهما، فوجود الخيار للمشتري يمنع

(١) البدائع: ١٣/٥، الهداية مع تكملة الفتح: ٤٣٨/٧، تبين الحقائق: ٢٥٣/٥ وما بعدها، الدر المختار: ١٦٠/٥،

١٦٧، الكتاب مع اللباب: ١١٤/٢، مغني المحتاج: ٢٩٩/٢.

(٢) بداية المجتهد: ٢٥٦/٢، الشرح الصغير: ٦٣٣/٣، المغني: ٢٩٤/٥، كشاف القناع: ١٨١/٤.

الشفعة ؛ لأن الأخذ بالشفعة يلزم المشتري بالعقد بغير رضاه ، ويوجب العهدة^(١) عليه ، ويفوت حقه من الرجوع في عين الثمن ، فلم يجز ، كما لو كان الخيار للبائع .

الشرط الثاني - أن يكون العقد عقد معاوضة :

لا يثبت الحق في الشفعة إلا إذا خرج العقار عن ملك صاحبه بعقد معاوضة ، وهو البيع ، أو ما في معناه كالهبة بشرط العوض إن تقابضا ، والصلح عن مال لأنه معاوضة ، سواء أكان العقار المبيع وقفاً أم غير وقف .

ففي البيع تجب الشفعة ، لانتقال المبيع إلى المشتري بعوض ، لحديث جابر السابق : « فإن باعه ، ولم يؤذنه ، فهو أحق به » . وفي الهبة بعوض تجب الشفعة عند الحنفية إن تقابضا ، لوجود معنى المعاوضة ، عند التقابض ؛ لأن الهبة لا تثبت إلا بالقبض فإن قبض أحدهما دون الآخر ، فلا شفعة عند أئمة الحنفية الثلاثة (أبي حنيفة وصاحبيه) ، وعند زفر : تجب الشفعة بنفس العقد ؛ لأن الهبة بشرط العوض عند الثلاثة : تقع تبرعاً ابتداء ، معاوضة انتهاء ، وبناء عليه : يشترط ألا يكون الموهوب ولا عوضه شائعاً ، لأنه هبة ابتداء . وعند زفر : تقع معاوضة ابتداء وانتهاء .

ولم يشترط التقابض عند الجمهور غير الحنفية في الهبة بشرط العوض (الثواب) ؛ لأن الهبة عندهم عقد لازم ، ولأن الموهوب له يملك الموهوب بعوض هو مال ، فلم يفتقر إلى القبض في استحقاق الشفعة .

وتجب الشفعة في الدار التي هي بدل الصلح ، سواء أكان الصلح على الدار عند الحنفية عن إقرار أم إنكار ، أم سكوت ، لوجود معنى المعاوضة .

(١) الداد بالعهد هنا : رجوع من انتقل الملك إليه من شفيع أو مشتر على من انتقل عنه الملك من بائع أو مشتر بالثمن أو الأرض عند استحقاق الشقص (الحصة من المبيع) أو عيبه (كشف القناع : ١٨٢/٤) .

وهذا الشرط متفق عليه بين الفقهاء في المشهور عن مالك^(١)، فلا شفعة بناء عليه إذا زالت ملكية البائع عن ملكه بلا عوض مطلقاً، كالهبة بغير شرط العوض، والوقف، والوصية والميراث؛ لأن الشفعة حق تملك جبري، يملك به المبيع جبراً عن المشتري بمثل ما مملك (أي بالثمن والتكاليف التي دفعها)، وهذه التصرفات تؤدي إلى نقل الملكية بغير عوض أي بالجان، فلا يتأتى تحقق شرط الشارع في تملك الشفعة وهو البيع بمعاوضه وما في معناه.

لكن الفقهاء اختلفوا في التملك بعوض غير مالي، كالمهر، وبدل الخلع، أو أجر طبيب أو محام مثلاً، أو أجرة دار، أو عوض في الصلح عن دم عمد.

فقال الحنفية والحنابلة^(٢): يشترط أن يكون عقد المعاوضة معاوضة مال بمال، فلا شفعة إذا كان العوض غير مال، كما في هذه الأحوال، لأن الشيء في المعاوضة غير المالية يشبه الموهوب والموروث، ولأن هذه الأعواض لا مثل لها، حتى يأخذ الشفيع الشيء بمثلها، فلا يمكن مراعاة شرط الشرع فيه، وهو التملك بما تملك به المشتري، فلم يكن مشروعاً. وأوضح الحنابلة أنه لا تجب الشفعة بفسخ يرجع به المبيع إلى البائع، كرده بعيب أو إقالة. وقال الحنفية: إذا اقتسم الشركاء العقار المشترك بينهم فلا شفعة لجارهم بالقسمة، لأنها ليست بمعاوضة مطلقاً، ولأن الشريك أولى من الجار. وإذا سلم (تنازل) الشفيع الشفعة، ثم رد المشتري ما اشتراه بخيار رؤية أو شرط أو عيب بقضاء قاض، فلا شفعة للشفيع؛ لأن هذا الرد فسخ تام، فعاد المبيع لتقديم ملكه، والشفعة تكون في حالة إنشاء العقد. وإن كان الرد للمبيع بغير قضاء، أو تقايلاً (فسخاً) البيع، فللشفيع الشفعة؛ لأن الرد فسخ في حق الطرفين، وبيع

(١) البدائع: ١١/٥، تبين الحقائق: ٢٣٩/٥، ٢٥٢، الهداية مع التكملة: ٤٣٦/٧ - ٤٣٨، الدر المختار: ١٥٧/٥، ١٦٥، الكتاب مع اللباب: ١١٠/٢، بداية المجتهد: ٢٥٥/٢ وما بعدها، القوانين الفقهية: ص ٢٨٧، الشرح الصغير: ٦٣٢/٣ وما بعدها، مغني المحتاج: ٢٩٨/٢، المهذب: ٣٧٦/١ وما بعدها، المغني: ٢٩١/٥، كشف القناع: ١٥٢/٤

(٢) تبين الحقائق: ٢٣٩/٥، ٢٥٢ - ٢٥٣، المغني: ٢٩٢/٥

جديد في حق شخص ثالث ، لوجود معنى البيع (وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي)
والشفيع هنا هو الثالث^(١) .

وقال المالكية والشافعية^(٢) : يكفي أن يكون العقد عقد معاوضة ، سواء أكانت
بمال أم غير مال ، فثبتت الشفعة بالمعاوضة على غير مال ؛ لأن الغرض من الشفعة دفع
ضرر الدخيل ، وهذا متحقق هنا ، ولأنه عقار مملوك بعقد معاوضة ، فأشبهه البيع ،
ويطالب الشفيع حينئذ بدفع قيمة البدل ، كما لو باعه بعرض تجاري ؛ لأن هذه
الأعواض أموال متقومة عندهم ، فيؤخذ الشيء بقيمته عند تعذر الأخذ بالمثل ، فيدفع
الشفيع مهر المثل ، وعوض الخلع .

الشرط الثالث - أن يكون العقد صحيحاً :

اتفق الفقهاء على هذا الشرط^(٣) ، لأن المطلوب هو زوال حق البائع في المبيع ،
فلا تثبت الشفعة في المشتري شراءً فاسداً ؛ لأن هذا العقد يجب ديناً نقضه ، ورد المبيع
إلى ملك بائعه ، للتخلص من الفساد ، فلا يكون البيع لازماً ، لاحتمال فسخه من كل
العاقدين ، وفي إثبات الشفعة تقرير الفساد .

لكن لو سقط حق فسخ البيع الفاسد بأسباب مسقطه للفسخ ، كزيادة المبيع ،
وزوال ملك المشتري بالتصرف في المشتري إلى غيره ، كان للشفيع عند الحنفية
والمالكية^(٤) أن يأخذ بالشفعة ؛ لأن المانع قيام احتمال الفسخ ولقد زال المانع ، كما لو
باع شخص بشرط الخيار له ، ثم أسقط الخيار ، وجبت الشفعة لزوال المانع من ثبوت
الحق ، وهو الخيار ، فكذا هذا .

(١) اللباب : ١٢٠/٢ وما بعدها ، كشاف القناع : ١٥٢/٤ وما بعدها .

(٢) بداية المجتهد : ٢٥٥/٢ ، القوانين الفقهية : ص ٢٨٧ ، مغني المحتاج : ٢٩٨/٢

(٣) البدائع : ١٢/٥ ، تبين الحقائق : ٢٥٤/٥ ، اللباب : ١١٤/٢ ، الشرح الصغير : ٦٤٠/٢ ، مغني

المحتاج : ٢٩٨/٢ ، المغني : ٢٩١/٥

(٤) البدائع ، والشرح الصغير ، المكان السابق .

وفي حالة بيع المشتري الشيء المشتري شراء فاسداً ، يكون الشفيع عند الحنفية بالخيار ، إن شاء أخذ الشفعة بالبيع الأول ، وإن شاء أخذها بالبيع الثاني ؛ لأن حق الشفيع ثابت عند كل من البيعين ، غير أنه إن أخذ بالبيع الثاني أخذ بالثمن ، وإن أخذ بالبيع الأول ، أخذ بقيمة المبيع يوم القبض ؛ لأن البيع الفاسد يفيد الملك بقيمة المبيع لا بالثمن . وإنما تقدر القيمة يوم القبض ؛ لأن المبيع بيعاً فاسداً مضمون بالقبض ، كالمغصوب .

ورأي المالكية قريب من هذا ، كما بينا في مبدأ الكلام عن المبحث الرابع .

الشرط الرابع - ملك الشفيع المشفوع به وقت البيع :

اتفق الفقهاء على شرط كون الشفيع مالكاً ما يشفع به قبل البيع ، واختلفوا في استمرار الملك حتى القضاء بالشفعة على رأيين :

فقال الحنفية^(١) : يشترط استمرار ملك الشفيع حتى يقضى له بالشفعة ، فلو بيع عقار ، فطلبه الشريك أو الجار بالشفعة ، ثم باع ما يشفع به ، سقط حقه فيها ؛ لأن الشفعة شرعت لدفع الضرر عن الشفيع (الشريك أو الجار عندهم) ، ولا ضرر يصيبه من المشتري بعد بيع ملكه .

وكذا لو باع الشفيع ما يشفع به قبل أن يقضى له بالشفعة ، سقط حقه ، سواء أكان عالمياً يبيع الدار المشفوع فيها ، أم لم يعلم .

وقال جمهور الفقهاء (غير الحنفية)^(٢) : يشترط ثبوت ملك الشفيع وقت البيع فقط ، ولا يشترط استمرار الملك إلى وقت القضاء بالشفعة . وعليه نص الشافعية

(١) البدائع : ١٤/٥ ، تكملة الفتوح : ٤٤٦/٧ ، الكتاب مع اللباب : ١١٣/٢ ، الدر المختار ورد المختار : ١٥٧/٥ ، ١٧٠

(٢) بداية المجتهد : ٢٦٠/٢ ، القوانين الفقهية : ص ٢٨٧ ، مغني المحتاج : ٢٩٨/٢ ، ٣٠٣ ، ٣٠٨ وما بعدها ، نهاية

المحتاج : ٣٠٨/٤ ، المهذب : ٣٨٣/١ ، المغني : ٣١٧/٥ ، ٣٤٦ ، غاية المنتهى : ٢٦٢/٢ ، كشاف القناع :

١٥٢/٤ ، ١٥٨ ، ١٧٦ ، الشرح الصغير للدردير : ٦٤٥/٣ ، الشرح الكبير : ٤٧٤/٣ ، ٤٨٧

فقالوا: لو باع الشفيح حصته، أو أخرجها عن ملكه بغير البيع كالهبة، جاهلاً بالشفعة، فالأصح بطلانها، لزوال سببها، وهو الشركة أي حين البيع.

أ- ويترتب على هذا الشرط بالاتفاق أنه لاشفعة لشخص بدار يسكنها بالإجارة، أو الإعارة، ولا بدار باعها قبل بيع المشفوع فيه، ولا بدار جعلها مسجداً، ولا بدار جعلها وقفاً، فلا شفعة للوقف أي ليس لناظر الوقف أن يطلب تملك العقار المبيع بجوار الأراضي الموقوفة، إذ لا مالك للوقف.

أما إذا بيع الوقف عند الحنفية القائلين بجواز الاستبدال بالعين الموقوفة للضرورة أو للحاجة والمصلحة، فيثبت حق الشفعة للجار؛ لأنه بالبيع يصبح غير موقوف، فيجوز أخذه بالشفعة.

كذلك تثبت الشفعة عند الحنفية في حالة بيع العقار الموقوف غير المحكوم به^(١)، كما تثبت في بيع الأراضي العشرية والخراجية لأنها مملوكة، بخلاف الأراضي السلطانية، فإنه لاشفعة فيها.

وأجاز المالكية^(٢) للسلطان الأخذ بالشفعة لبيت المال، كما إذا مات أحد الشريكين، ولا وارث له، فأخذ السلطان نصيبه لبيت المال، ثم باع الشريك الآخر حصته، فللسلطان الأخذ بالشفعة لبيت المال. وكما لو مات إنسان عن بنت مثلاً، فأخذت النصف، ثم باعتها، فللسلطان الأخذ من المشتري لبيت المال.

ب- ويتفرع على الخلاف السابق بين الفقهاء في شرط استمرار ملك المشفوع به: إرث حق الشفعة.

(١) يرى أبو حنيفة أن الوقف لا يلزم ويزول ملك الواقف عنه إلا إذا حكم به الحاكم، أو علقه الواقف بموته (الهداية: ١٠/٣).

(٢) الشرح الصغير: ٦٣٢/٣، الشرح الكبير: ٤٧٤/٣.

فقال الحنفية: لا يثبت للوارث حق الأخذ بالشفعة إذا مات الشفيع بعد طلب الشفعة قبل القضاء، فليس للوارث الشفعة في عقار بيع في حياة مورثه؛ لأن الوارث لم يكن مالكا ما ورثه وقت العقد.

وقال الجمهور: يثبت حق الشفعة للوارث، إذا طالب به الشفيع المورث بعد البيع قبل موته، بخلاف ما إذا مات قبل الطلب؛ لأن الوارث خليفة المورث، فله كل حقوق مورثه، ومنها حق الشفعة، دفعا لضرر الدخيل عن نفسه.

ومنشأ الخلاف في هذه المسألة كالخلاف في إرث خيار الشرط: هو هل تورث الحقوق كما تورث الأموال؟ فعند أبي حنيفة: لا تورث، وعند الجمهور: تورث^(١).

الشرط الخامس - عدم رضا الشفيع بالبيع وحكمه:

اتفق الفقهاء على اشتراط ألا يصدر من الشفيع ما يدل على رضاه ببيع العقار المشفوع فيه، فإن رضي بالبيع أو بحكمه قولاً، أو فعلاً بأن باع الشفيع المشفوع به أو سكت مدة طويلة من غير عذر، سقط حقه في طلب الشفعة؛ لأن الشفيع بالخيار بين الأخذ والترك؛ لأن الشفعة حق ثبت له لدفع الضرر عنه، فخير بين أخذه وتركه.

وقدر المالكية مدة السكوت فقالوا: ألا يظهر من الشفيع ما يدل على إسقاط الشفعة من قول أو فعل أو سكوت مدة سنة كاملة بعد العقد فأكثر بلا مانع، مع علمه وحضوره.

لكن يشترط لسقوط هذا الحق: ألا يكون هناك تدليس أو خديعة للشفيع لإسقاط الشفعة، من طريق المشتري، أو الثمن، أو قدر المبيع نفسه^(٢).

(١) المبسوط: ١١٦/١٤.

(٢) البدائع: ١٥/٥، ١٩ - ٢٠، المبسوط: ١٠٥/١٤، ١١١، الدر المختار ورد المحتار: ١٧٢/٥، اللباب: ١١٨/٢،

الشرح الصغير: ٦٤٢/٣ وما بعدها، نهاية المحتاج: ١٥٩/٤، المهذب: ٢٧٩/١، مغني المحتاج: ٣٠٨/٢، المغني:

٣٠٢/٥، القوانين الفقهية: ص ٢٨٦.

فإذا أخبر أن المشتري فلان ، وكان المشتري بالفعل غيره ؛ أو أن الثمن كذا ، وكان الثمن بالفعل أقل أو من جنس أو نوع أو وصف آخر ، أو أن المبيع جزء معين ، وكان المبيع بالفعل جزءاً أو أكثر أو كل المبيع ، فسلم الشفعة أي أعرض عنها ، ثم تبين الحفيقة والواقع ، بقي حقه ، وكان له الشفعة ؛ لأنه إنما تركها لغرض بان خلافه ولم يتركه رغبة عنه .

لكن لو كان الأمر على عكس بعض هذه الحالات الثلاثة السابقة ، كأن أخبر بأن الثمن ألف ، فبان أكثر من ألف ، أو أن المبيع كله ، فبان بعضه ، أو أن الثمن مؤجل ، فبان حالاً نقداً ، سقط حقه في الشفعة ، لأنه إذا لم يرغب فيه بالأقل ، أو بالمؤجل ، فبالأكثر ، أو المعجل أولى . ومن رغب عن شراء الكل ، رغب عن شراء البعض بالأولى ، خوف ضرر الشركة . والحالة الأخيرة هي الرواية المشهورة (ظاهر الرواية) عند الحنفية ، وهي مذهب المالكية ، أي أن الشفعة تسقط إذا أخبر الشفيع أن شريكه باع الكل ، فترك الشفعة ، ثم تبين أنه لم يبع إلا النصف مثلاً .

وقال أبو يوسف والحنابلة : إن للشفيع الشفعة في الحالة الأخيرة ؛ لأنه قد يعجز عن ثمن الكل ويقدر على ثمن النصف مثلاً ، وقد تكون حاجته إلى النصف لإتمام مرافق ملكه ، ولا يحتاج إلى الكل .

والخلاصة عند الجمهور : أن الشفيع إذا أخبر بما هو الأنفع له ، فترك الأخذ بالشفعة ، بطل حقه ، وإلا فلا .

الاحتياط لإسقاط الشفعة :

اتفق الحنفية على كراهية الحيلة تحريماً لإسقاط الشفعة بعد ثبوتها أي بعد البيع ، أما الحيلة لدفع ثبوت الشفعة قبل البيع ، فيروى عن أبي يوسف ، وبقوله يفتى : أنه لا تكره ، إذا كان الجار غير محتاج للمشروع فيه ؛ لأنها منع عن إثبات الحق ،

فلا يعد ضرراً . وتكره عند محمد ؛ لأن الشفعة إنما وجدت لدفع الضرر، ولو أبحنا الحيلة لما تحقق دفع الضرر^(١) .

والخلاصة : أن المقرر عند الحنفية ومثلهم الشافعية : أنه يجوز الاحتيال لإسقاط الشفعة ، كأن يقر له ببعض الملك ثم يبيعه الباقي .

أما الحنابلة والمالكية : فقد حرموا صراحة الاحتيال لإسقاط الشفعة ، وإن فعل لم تسقط ؛ لأنها شرعت لدفع الضرر ، فلو سقطت بالتحيل لترتب الضرر^(٢) .

المبحث السادس - إجراءات الشفعة

بما أن الشفعة حق ضعيف كما يقول الفقهاء ، فلا تكون سبيلاً للتملك بها إلا باتخاذ إجراءات خاصة بطلبها من الشفيع بمجرد العلم بالبيع ، حتى يحكم له بها .

وقد قال الحنفية : يلزم في الشفعة طلبات ثلاثة : هي طلب الموائبة ، وطلب التقرير والإشهاد ، وطلب الخصومة والتملك^(٣) . ويحسن قبل الكلام عن هذه الإجراءات بيان اختلاف الفقهاء حول وقت وجوب الشفعة .

وقت وجوب الشفعة : اشترط الحنفية طلب الشفعة فور العلم بالبيع ؛ لأنها حق ضعيف ، فيتقوى بالطلب الفوري حسب المعتاد .

ولم يشترط الإمام مالك المطالبة بالشفعة على الفور ، وإنما وقت وجوب الأخذ بالشفعة عنده متسع ، وهو في حدود السنة بعد العقد ، على أشهر الأقوال عنه^(٤) .

(١) الهداية مع تكملة الفتح : ٤٥٠/٧ ، الدر المختار ورد المختار : ١٧٣/٥ ، اللباب : ١١٨/٢ .

(٢) المغني : ٣٢٦/٥ وما بعدها ، كشاف القناع : ١٤٩/٤ وما بعدها ، الإفصاح : ص ٢٧٦ .

(٣) م ١٠٢٨ مجلة ، البدائع : ١٧/٥ ، مختصر الطحاوي : ص ١٢٠ وما بعدها ، تكملة الفتح : ٤١٦/٧ ، ٤١٨ ، وما

بعدها ، تبين الحقائق : ٢٤٢/٥ ، الدر المختار : ١٥٧/٥ وما بعدها ، اللباب : ١٠٧/٢ ، ١١٢ .

(٤) الشرح الكبير : ٤٨٧/٣ وما بعدها ، الشرح الصغير : ٦٣٩/٣ ، ٦٤٥ ، بداية المجتهد : ٢٥٩/٢ .

واشترط الشافعية على الأظهر^(١) : المبادرة إلى طلب الشفعة على الفور أي بعد علم الشفيع بالبيع ؛ لأنها حق ثبت لدفع الضرر ، فكان على الفور كالرد بالعيب ، فإذا علم الشفيع بالبيع ، فليبادر على العادة ، فلو كان الشفيع في الصلاة أو في الحمام أو في حال قضاء الحاجة ، لم يكلف قطع ما هو فيه ، وإنما له التأخير إلى الفراغ مما هو فيه . والضابط فيه : أن ما عدتوانياً في طلب الشفعة أسقطها ، وإلا فلا .

وإن كان مريضاً أو غائباً عن بلد المشتري ، أو خائفاً من عدو ، فليوكل إن قدر ، وإلا بأن عجز عن التوكيل ، فليشهد على الطلب للشفعة رجلين عدلين أو عدلاً وامرأتين . فإن ترك الشفيع المقدر عليه من التوكيل والإشهاد ، بطل حقه في الأظهر .

والحنابلة كالشافعية قالوا^(٢) : يشترط المطالبة بالشفعة على الفور بمجرد العلم بالبيع ، بأن يشهد الشفيع على طلب الشفعة ، حين يعلم بالبيع ، إن لم يكن له عذر يمنعه من الطلب . ثم إذا أشهد على الطلب له أن يخاصم المشتري ، ولو بعد أيام أو أشهر أو سنين .

وبه يتبين أن الجمهور يقولون : إن الشفعة على الفور ، للحديث النبوي : « الشفعة كحل العقال »^(٣) ، ولأن ثبوتها على التراخي ربما أضر بالمشتري لعدم استقرار ملكه .

وأما المالكية : فلم يشترطوا الفورية ، فلو سكت الشفيع بلا مانع سنة كاملة بعد العقد ، فما دونها ، أو غاب وعاد في أثناء السنة ، ثم طلب الشفعة ، أخذها ؛ لأن

(١) المهذب : ٢٨٠/١ ، معني المحتاج : ٣٠٧/٢ ، حاشية الباجوري : ١٩/٢ ، الحلي على النهاج مع حاشية قليوبي وعميرة : ٥٠/٣ .

(٢) كشف القناع : ١٥٦/٤ ، المعني : ٢٩٩/٥ ، ٣٠٦ وما بعدها .

(٣) ويروى « كمشطة العقال » رواه ابن ماجه ، والبخاري وابن عدي من حديث ابن عمر ، وهو ضعيف (نصب الراية : ١٧٦/٤ وما بعدها) .

السكوت لا يبطل حق امرئ مسلم ما لم يظهر من قرائن الأحوال ما يدل على إسقاطه . لكن يحق للمشتري المطالبة عند الحاكم للشفيع بعد الشراء بأن يحدد موقفه ، إما بالأخذ بالشفعة أو الترك ، فإن أجاب بواحد منهما فظاهر ، وإلا أسقط الحاكم شفيعته .

مراحل طلب الشفعة : يبدأ الشفيع بطلب الشفعة عند الحنفية كما يلي :

١- **طلب المواثبة :** أي المبادرة والسرعة ، وهو أن يطلب الشفيع في مجلس علمه بالبيع الأخذ بالشفعة ، بلفظ يفهم منه طلبها مثل : أطلب الشفعة وأنا طالبها ، أو أنا شفيع المبيع وأطلبه بالشفعة ونحوه^(١) ، لقوله ﷺ : « الشفعة لمن واثبها »^(٢) ولا يلزم الإشهاد من الشفيع على هذا الطلب ، وإنما هو أفضل ، لخافة جحود أو إنكار الخصم (المشتري) الطلب في ساحة القضاء . فالمعتبر هو الطلب ، وإنما الإشهاد ليثبت الطلب بالشهادة عند الإنكار ، كالطلب والإشهاد لهدم الحائط المائل ، لا يشترط الإشهاد للضمان ، وإنما لإثبات سبب الضمان .

ويلاحظ أن أصح الروايتين عند الحنفية : هو بقاء الحق في الطلب مادام الشفيع في مجلس العلم بالبيع ، مهما امتد .

والأظهر عند الشافعية كما بينا أن هذا الطلب على الفور .

وكذلك قال الحنابلة : الشفعة بالمواثبة ساعة العلم بالبيع أي على الفور .

وأما المالكية : فوقت الطلب عندهم كما بينا على التراخي ، لمدة سنة ، على أشهر أقوال مالك .

(١) م (١٠٢٩) مجلة .

(٢) رواه الفقهاء في كتبهم ، وهو كما قال الزيلعي عنه : غريب ، وأخرجه عبد الرزاق من قول شريح : « إنما الشفعة لمن واثبها » فهو أثر ، وليس بحديث (نصب الراية : ١٧٦/٤) .

٢ - طلب التقرير : وهو أن يتقدم الشفيع بطلب آخر يؤكد به طلبه الأول . إذ قد يكون الطلب الأول عن رغبة عارضة من الشفيع ، ثم يتبين أمره وظروفه وإمكاناته المادية ، فلا بد من هذا الطلب لتأكيد وتقرير الطلب الأول^(١) .

ويشترط في هذا الطلب : أن يكون على فور الطلب الأول ، والإشهاد عليه ، بأن يشهد الشفيع على رغبته بالشفعة رجلين أو رجل وامرأتين ، ومدة هذا الطلب ليست على فور المجلس في الأكثر ، بل هي مقدره بمدة التمكن من الإشهاد .

والإشهاد يكون على البائع إن كان المبيع في يده ، أو على المشتري ، وإن لم يكن قد تسلم المبيع ؛ لأنه مالك ؛ أو عند العقار المبيع لتعلق الحق به . وصورة الإشهاد والطلب : أن يقول الشفيع : إن فلاناً اشترى هذه الدار ، وأنا شفيعها ، وقد كنت طلبت الشفعة ، وأطلبها الآن ، فاشهدوا على ذلك ، أو نحوه .

ويلاحظ أن الإشهاد على هذا الطلب ليس بشرط لصحته ، كما ليس بشرط لصحة طلب الموائبة ، وإنما هو لتوثيقه عند إنكار الخصم .

وإن كان الشفيع في محل بعيد ، ولم يمكنه طلب التقرير والإشهاد بهذا الوجه ، يوكل آخر ، وإن لم يجد وكيلاً أرسل مكتوباً .

وإذا كان الشفيع قد تقدم بطلب الموائبة أمام شهود ، عند البائع إذا كان المبيع في يده ، أو عند المشتري ، أو عند المبيع نفسه ، كفاه ذلك عن طلب التقرير ، لحصول المقصود ، وهو إظهار كونه مصراً على طلب الشفعة .

حكم الطلب : إذا فعل الشفيع طلب التقرير ، استقرت شفيعته أي حقه ، ولم تسقط بعده بالتأخير عند أبي حنيفة وفي رواية عن أبي يوسف ، وهو ظاهر المذهب

(١) البدائع : ١٨/٥ - ١٩ ، تكله الفتح : ٤١٩/٧ وما بعدها ، الدر المختار ورد المختار : ١٥٨/٥ ، تبين الحقائق : ٢٤٢/٥ وما بعدها ، اللباب : ١٠٨/٢ - ١٠٩ ، م (١٠٢٠) مجلة .

وعليه الفتوى؛ لأن الحق متى ثبت واستقر لا يسقط إلا بالإسقاط .

وقال محمد: إن تركها شهراً بعد الإشهاد من غير عذر، بطلت شفيعته، لئلا يتضرر المشتري بالتأخير. وقد قال بعض الحنفية: والفتوى اليوم على قول محمد، لتغير أحوال الناس في قصد الإضرار. وقد أخذت المجلة بهذا الرأي في المادة (١٠٣٤).

وقال الحنابلة: إذا حدث الإشهاد على الطلب، فللشفيع مخاصمة المشتري ولو بعد سنين. وحدد المالكية لطلب الشفاعة الأول مدة سنة تامة، فإذا سكت بلا مانع سنة كاملة بعد العقد، أو سكت بلا مانع مع علمه بهدم أو بناء سقطت شفيعته، لأن سكوته دليل الإعراض عن أخذه بالشفاعة.

٣- طلب الخصومة والتملك: وهو أن يقدم الشفيع طلباً للقضاء يطلب فيه الحكم بالشفاعة وتسليم المبيع، بأن يقول: اشترى فلان دار كذا، وأنا شفيعها بدار كذا لي، أو أنا شريكه فيها، فأطلب منه تسليم الدار إلي^(١).

جزاء التأخر في هذه الطلبات:

لو أصر الشفيع طلب الموائبة عن مجلس علمه بالبيع بدون عذر، كأن اشتغل بأمر آخر، أو بحث في أمر آخر، أو قام من المجلس من دون أن يطلب الشفاعة، سقط حقه في الشفاعة. فإن وجد عذر مانع من المبادرة بالطلب كوجود حائل مخيف من وحش أو سيل مثلاً، لا تبطل شفيعته حتى يزول المانع^(٢).

ولو أصر الشفيع طلب التقرير والإشهاد، مدة يمكن إجراؤها فيها، ولو بإرسال مكتوب، يسقط حقه شفيعته (م ١٠٣٣) مجلة.

(١) الدر المختار: ١٥٨/٥ وما بعدها .

(٢) البدائع: ١٨/٥، م (١٠٢٢) مجلة .

ولو أخرج الشفيع طلب الخصومة بعد طلب التقرير والإشهاد شهراً ، من دون عذر شرعي ، ككونه في ديار أخرى ، يسقط حق شفيعته (م ١٠٣٤) مجلة .

طالب الشفعة للمحجور : للصغير الأخذ بالشفعة عند أكثر الفقهاء .
ويطلب الولي حق شفعة الصغير ونحوه من المحجورين ، فاعلاً ما يراه المصلحة للصغير في الأخذ بها ، مثل كون ثمن المبيع رخيصاً أو بئس المثل ، وللصغير مال لشراء العقار . فإذا أخذ الولي بالشفعة لم يملك الصغير نقضها بعد البلوغ باتفاق المذاهب الأربعة .

وإن لم يطلب الولي حق شفعة الصغير ، فلا تبقى له عند أبي حنيفة وأبي يوسف صلاحية طلب حق الشفعة بعد البلوغ ؛ لأن من ملك الأخذ بها ، ملك العفو عنها ، كالمالك .

وقال المالكية والشافعية : ليس للصغير إذا بلغ المطالبة بالشفعة إذا عفا عنها وليه لمصلحة رآها للصغير ، أو لم يكن للصغير ما يأخذها به ، فتسقط الشفعة ؛ لأن الولي فعل ماله فعله ، فلم يجز للصبي نقضه كالرد بالبيع ، ولأنه فعل مافيه الحظ للصبي . فإن أسقط الولي الشفعة بلا نظر ولا تقدير للمصلحة ، لم تسقط ، ويكون للصغير الحق فيها إذا بلغ .

وقال الحنابلة ، وزفر ومحمد من الحنفية : للصغير إذا بلغ المطالبة بالشفعة ، سواء عفا عنها الولي أو لم يعف ، وسواء أكان في الأخذ بها أم في تركها مصلحة ، أم لا ؛ لأن المستحق للشفعة يملك الأخذ بها ، سواء أكان له فيها الحظ ، أم لم يكن ، فهي حق ثابت للصغير ، لا يملك الولي إبطاله ، فلم يسقط بترك غير الصغير له ، كالعائب إذا ترك وكيله الأخذ بها^(١)

(١) تكملة الفتح : ٤٢٦/٧ ، ٤٥١ ، تبين الحقائق : ٢٦٢/٥ ، م (١٠٣٥) مجلة ، الشرح الصغير : ٦٤٥/٣ ، الشرح الكبير : ٤٨٦/٣ ، الغني : ٢١٣/٥ - ٢١٤ ، كشاف القناع : ١٦١/٤ وما بعدها .

نظر القاضي في طلب الشفعة وإثبات دعاوى :

إذا تقدم الشفيع ليأخذ بالشفعة ، وادعى شراء الدار المشفوعة ، سأل القاضي ^(١) أولاً الشفيع عن موضع الدار وحدودها ، لدعواه فيها حقاً . ثم هل قبض المشتري الدار ؛ إذ لو لم يقبض لم تصح دعواه على المشتري ما لم يحضر البائع .

ثم يسأل القاضي عن سبب شفعة الشفيع وحدود ما يشفع به ، إذ قد تكون دعواه بسبب غير صالح ، ثم يسأل عن طلب التقرير كيف كان وعند من أشهد . فإذا تحقق ذلك كله صحت الدعوى .

ثم سأل القاضي المدعى عليه عن مالكية الشفيع لما يشفع به ، فإن أقر بملكية الشفيع ما يشفع به ، فيها ، وإن أنكر تلك الملكية ، كلف القاضي الشفيع إقامة البينة على ملكه ؛ لأن ظاهر اليد (أو الحيازة) لا يكفي لإثبات الاستحقاق .

فإن عجز الشفيع عن البينة ، استحلّف - بطلب الشفيع - المشتري ، بالله ما يعلم أن الشفيع مالك لما ذكره ، مما يشفع به .

فإن نكل المشتري عن البين ، أو قامت بينة للشفيع ، ثبت ملكه الدار التي يشفع بها ، وثبت له حق الشفعة .

ثم يسأل القاضي المدعى عليه أيضاً : هل اشترى (ابتاع) الدار المشفوعة ، أم لا ؟ فإن أقر فيها ، وإن أنكر الابتياح ، قيل للشفيع : أقم البينة على شرائه ؛ لأن الشفعة لا تثبت إلا بعد ثبوت البيع بالحجة .

فإن عجز عنها ، استحلّف المشتري بالله ، ما ابتاع هذه الدار ، أو بالله ، ما يستحق عليّ في هذه الدار شفعة ، من الوجه الذي ذكره الشفيع .

(١) الدر المختار ورد المختار : ١٥٩/٥ ، تكلّة الفتح : ٤٢١/٧ ، اللباب : ١١١/٢ ، تبين الحقائق : ٢٤٤/٥ وما بعدها .

فإن نكل المشتري عن اليمين، أو أقر بالشراء، أو برهن الشفيع، قضي له بها، إذا لم ينكر المشتري طلب الشفيع الشفعة؛ فإن أنكر، فالقول له (للمشتري) بيمينه^(١). فإن أنكر طلب الموائبة حلف على العلم أي ما يعلم به؛ وإن أنكر طلب التقرير، حلف على البتات أي الجزم بأنه لم يحصل.

ويلاحظ أن الخصم للشفيع: هو المشتري مطلقاً، سواء تسلم المبيع أم لا؛ لأنه مالك، والبائع قبل التسليم لقيام يده (حيازته).

لكن لا تسمع البينة على البائع، حتى يحضر المشتري؛ لأنه المالك، ويفسخ بحضوره. فإن سلم المبيع للمشتري، لا يلزم حضور البائع، لزوال الملك واليد عنه^(٢).

المبحث السابع - ما يطرأ على المشفوع فيه بيد المشتري:

قد يطرأ على المشفوع فيه في يد المشتري قبل القضاء بالشفعة للشفيع بعض التغيرات من عقود وتصرفات ناقلة للملكية كالبيع والهبة، أو مرتبة لحق انتفاع وغيره كالإجارة والإعارة، أو حدوث زيادة كبناء وغرس، أو نقص كهلاك وهدم أو نقض. فما أثر هذه التغيرات الطارئة على حق الشفيع، وهل تسقط شفيعته؟

أولاً - العقود والتصرفات:

قد تصدر تصرفات من المشتري في الشيء المشتري قبل أن يقضى للشفيع بالشفعة. وتلك التصرفات:

إما ناقلة للملكية كالبيع والهبة مع التسليم والوقف، وجعل المبيع مهراً في زواج.

(١) هذا محمول على ما إذا قال الشفيع: علمت أمس بالبيع، وطلبت الشفعة، فيكلف إقامة البينة، فإن عجز قبلت بين المشتري. أما لو قال الشفيع: طلبت حين علمت، فالقول قوله بيمينه (رد المحتار: ١٥٨/٥، ١٦٠)

(٢) الدر المختار: ١٦٠/٥

وإما مرتبة لحق انتفاع ، أو حبس كالإجارة والإعارة ، والرهن .

وقد اتفقت المذاهب الأربعة^(١) على جواز نقض بعض التصرفات الناقلة للملكية وهو البيع ، بعد حكم القاضي بالشفعة لمستحقها ، لتعلق حق الغير في المبيع . كما اتفقوا على جواز نقض الرهن والإجارة والإعارة ، مما لا شفعة فيه ابتداء .

وفي حالة البيع : يخير الشفيع بين أن يأخذ العقار المبيع بالثمن الذي تم به الشراء الأول ، أو الثاني ؛ لأن كل واحد من العقدين سبب تام لثبوت حق الأخذ له بالشفعة كما قال السرخسي ، ولأن حق الشفيع سابق على هذا التصرف ، فلا يبطل به .

واتفق الحنفية والشافعية والمالكية على جواز نقض ما لا شفعة فيه ابتداء ، كالوقف وجعله مسجداً أو مقبرة ، والهبة له ، والوصية به .

وقال الحنابلة : تسقط الشفعة إذا تصرف المشتري بالمبيع قبل طلب الشفعة بجهة أو صدقة ، أو وقف على معين كمسجد كذا ، أو على الفقراء أو المجاهدين ، أو جعله عوضاً عن طلاق أو خلع أو صلح عن دم عمد ونحوه ، مما لا شفعة فيه ابتداء ؛ لأن في الشفعة إضراراً بالموقوف عليه ، والموهوب له ، والمتصدق عليه ونحوه لأن ملكه يزول عنه بغير عوض ؛ لأن الثمن إنما يأخذه المشتري ، والضرر لا يزال بالضرر . ولا يصح عند الحنابلة تصرف المشتري بعد طلب الشفيع الشفعة ، لانتقال الملك إلى الشفيع بالطلب في الأصح . ولو أوصى المشتري بالشقص المشتري (الحصة المبيعة) ، فإن أخذه الشفيع قبل القبول بطلت الوصية ، واستقر الأخذ للشفيع ، لسبق حقه على حق الموصى له ، والوصية قبل القبول بعد الموت جائزة ، لالازمة .

(١) المبسوط : ١٠٨/١٤ وما بعدها ، الدر المختار : ١٦٤/٥ ، الشرح الصغير : ٦٥٢/٣ ، القوانين الفقهية : ص ٢٨٧ ، الشرح الكبير : ٤٩٣/٣ ، مغني المحتاج : ٣٠٢/٢ وما بعدها ، المهذب : ٣٨٢/١ ، كشاف القناع : ١٦٩/٤ وما بعدها .

ثانياً - نماء المشفوع فيه وزيادته :

قد يحدث نموطبيعي في العقار المشفوع فيه ، وقد يحدث المشتري فيه زيادة بالبناء أو الغرس ، قبل الحكم بالشفعة لصاحبها ، فمن هو الأحق بذلك ، الشفيع أم المشتري ، وإذا كان المستحق هو المشتري ، فهل يعرض عن حقه ، وما هو التعويض ؟

١ - النماء الطبيعي :

إذا نما المبيع في يد المشتري ، كأن أثمر الشجر في يده بعد الشراء :

فقال الحنفية^(١) : القياس ألا يكون للشفيع ، لأنه نما على ملك المشتري وبعمله . والاستحسان أنه للشفيع ؛ لأن الثمر متصل خلقة بالشجر ، فكان تبعاً له ، ولأنه متولد من المبيع ، فيسري إليه الحق الثابت في الأصل (الشجر) الحادث قبل الأخذ ، كالمبيعة إذا ولدت قبل القبض ، فإن المشتري يملك الولد تبعاً للأم .
والخلاصة : أنه يأخذه الشفيع ؛ لأنه مبيع تبعاً لأصله .

وقال المالكية^(٢) : الغلة قبل الشفعة للمشتري ؛ لأن الضمان عليه ، والغلة (أو الخراج) بال ضمان .

وقال الشافعية والحنابلة^(٣) : للنماء حالتان :

أ - إذا كان نماء متصلاً ، كالثمرة غير الظاهرة ، والشجر إذا تكاثر ، فهو للشفيع ، يأخذ المبيع مع زيادته ، لأن ما لا يتميز يتبع الأصل في الملك ، كما يتبعه في حالة الرد بالعيب أو الخيار أو الإقالة .

(١) تبين الحقائق : ٢٥١/٥ ، تكملة الفتح : ٤٣٤/٧ ، الكتاب مع اللباب : ١١٩/٢ ، الدر المختار ورد

المختار : ١٦٤/٥ - ١٦٥

(٢) الشرح الصغير : ٦٥٤/٣

(٣) المهذب : ٣٨٢/١ ، المغني : ٣١٩/٥ وما بعدها ، كشاف القناع : ١٧٤/٤

ب - وإذا كان غناء منفصلاً ، كالثمرة الظاهرة ، والطلع المؤبر ، والغلة والأجرة ، فهي للمشتري لاحق للشفيع فيها عند الحنابلة ، وفي المذهب الجديد للشافعي ؛ لأنها حدثت في ملك المشتري ، فلا تتبع المبيع ، فلا يؤخذ به إلا ما دخل بالعقد ، ولا يستحق شيء بغير تراض .

والخلاصة : أن هذين المذهبين يلتقيان مع مقتضى القياس عند الحنفية .

٢ - الزيادة المحدثه :

إذا أحدث المشتري زيادة في المبيع ، بالبناء أو الغرس أو الزرع .

أ - ففي حالة الزرع الذي له نهاية معلومة : اتفق الفقهاء على أن للشفيع الأخذ بالشفعة ، ويكون الزرع للمشتري على أن يبقى في الأرض إلى أوان الحصاد ، وعليه الأجرة عند الحنفية عن المدة التي تمضي بين القضاء بالشفعة وبين الحصاد^(١) .

وقال الشافعية والحنابلة : يبقى الزرع بلا أجر على المشتري ، لأنه زرعه في ملكه^(٢) .

ب - وأما في حالة البناء والغرس : فللشفيع الأخذ بالشفعة أيضاً ، لكن الفقهاء اختلفوا فيما يجب عليه من دفع قيمة البناء والغراس .

فقال الحنفية في ظاهر الرواية^(٣) : إذا بنى المشتري أو غرس فيما اشتراه ، ثم قضى للشفيع بالشفعة ، كان للشفيع الخيار : إن شاء كلف المشتري بالقلع وتخلية الأرض مما أحدث فيها ؛ لأنه وضعه في محل تعلق به حق متأكد للغير من غير إذن ، وتكون الأتقاض للمشتري ، لا للشفيع ، لزوال التبعية بالانفصال .

(١) المبسوط : ١١٥/١٤ ، البدائع : ٢٧/٥ وما بعدها ، الدر المختار ورد المحتار : ١٦٤/٥ ، تبين الحقائق : ٢٥٠/٥

(٢) المغني : ٣١٩/٥ ، نهاية المحتاج : ١٥٤/٤ ، مغني المحتاج : ٣٠٤/٢ ، كشاف القناع : ١٧٤/٤

(٣) البدائع : ٢٩/٥ ، تبين الحقائق : ٢٥٠/٥ ، المبسوط : ١١٤/١٤ ، الدر المختار : ١٦٤/٥ ، اللباب : ١١٨/٢ وما

بعدها .

وإن شاء أخذ الأرض بالثمن الذي دفعه المشتري ، على أن يدفع قيمة البناء والغرس مقلوعاً أي مستحق القلع أتقاضاً .

وقال الجمهور (المالكية والشافعية والحنابلة)^(١) ، ورأيهم هو الأعدل : إن اختار المشتري قلع الغراس والبناء ، لم يمنع إذا لم يكن فيه ضرر إذ لا ضرر ولا ضرار ؛ لأنه ملكه ، فيملك إزالته ونقله ، ولا يلزمه تسوية الأرض ؛ لأنه غير متعد .

وإن لم يختار المشتري القلع ، فالشفيع بالخيار بين ترك الشفعة ، وبين دفع قيمة البناء والغراس مستحق البقاء .

وهذا هو رأي أبي يوسف أيضاً .

والسبب في اختلاف الرأيين كما قال ابن رشد الحفيد الفيلسوف في بداية المجتهد : تردد تصرف المشفوع عليه ، العالم بوجوب الشفعة عليه بين شبهة تصرف الغاصب ، وتصرف المشتري الذي يطرأ عليه الاستحقاق ، عندما بنى في الأرض أو غرس . فمن غلب على فعله شبه الاستحقاق وهم الجمهور ، قرر أنه لا بد للمشتري من أن يأخذ القيمة . ومن غلب على فعله شبه التعدي قال وهم الحنفية : للشفيع أن يعطي قيمة البناء والغراس منقوضاً .

ثالثاً - نقص المشفوع فيه :

للفقهاء حول هذا الموضوع رأيان متعارضان : رأي الحنفية وقريب منه مذهب المالكية ، ورأي الشافعية والحنابلة .

(١) بداية المجتهد : ٢٦٠/٢ ، نهاية المحتاج ، ومغني المحتاج : المكان السابق ، المغني : ٣١٧/٥ وما بعدها ، كشاف القناع : ١٧٥/٤

قال الحنفية^(١): قد يكون النقص جزءاً من توابع الأرض، أو متصلاً بالأرض، أو بعضاً من الأرض نفسها.

أ- فإن كان النقص جزءاً من توابع الأرض، مثل قطف الثمر، وهلاك الآلات الزراعية أو الصناعية، ثم حكم بالشفعة للشفيع، سقط من الثمن قيمة هذه الثمار والآلات، سواء أكان النقص بفعل المشتري؛ لأنها مقصودة بالبيع، وقد أخذها المشتري، أم كان الهلاك بأفة سماوية؛ لأنها كانت بعض المعقود عليه، ودخلت في البيع مقصودة، فيقابلها حصتها من الثمن.

ب- وإن كان النقص جزءاً متصلاً بالأرض، مثل ييس الشجر أو جفافه، وانهدام البناء، واحتراقه، ونقصه، ثم قضي للشفيع بالشفعة، فإن كان ذلك ب صنع المشتري أو غيره، نقص من الثمن قيمة ما زال، كالحالة الأولى، فتقوم الأرض بدون شجر وبناء، وتقوم وفيها البناء والشجر، ويسقط عن الشفيع مقدار التفاوت أو الفرق بينهما، لوجود التعدي والإتلاف، فيقابله شيء من الثمن. وتكون الأنقاض حينئذ للمشتري.

وأما إن حدث ذلك بلا تعد من أحد، وإنما بأفة سماوية، كزلزال أو صقيع أو ريح عاتية، كان على الشفيع دفع الثمن كله، ولا يسقط منه شيء مقابل الجزء التالف أو الضائع؛ لأن النقص ليس بجناية أحد، ولأن الشجر والبناء تابعان للأرض، حتى إنهما يدخلان في عقد البيع بدون ذكر، فلا يقابلها شيء من الثمن؛ لأن الأصل أن الثمن يقابل الأصل لا الوصف.

وأما مصير الأنقاض من أحجار وأخشاب: فإن لم يبق منها شيء، فلا إشكال.

(١) المسوط: ١١٥/١٤، تبين الحقائق: ٢٥١/٥ وما بعدها، الدر المختار ورد المختار: ١٦٤/٥ وما بعدها، تكملة الفتح: ٤٣٤/٧، اللباب: ١١٩/٢، الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي لاستاذنا المرحوم الدكتور محمد يوسف موسى: ص ٢٢٦ وما بعدها.

وإن بقي منها شيء ، وأخذه المشتري لانفصاله من الأرض وعدم تبعيته لها ، سقطت حصته من الثمن ، بقيته يوم الأخذ . وأما الدار فتقوم يوم العقد ، ويوزع الثمن بين الدار والأنقاض بحسب قيمتها على النحو المذكور .

وإن لم يأخذ المشتري الأنقاض ، كأن هلكت بعد انفصالها ، لم يسقط شيء من الثمن ، لعدم حبس الأنقاض من قبله ، ولأنها من التوابع ، والتوابع لا يقابلها شيء من الثمن ، وبالأخذ بالشفعة تحولت الصفقة إلى الشفيع .

جـ - وأما إن كان النقص في الأرض نفسها ، لا فيما عليها من شجر أو بناء ، كأن أغرقها السيل ، فأزال بعضها ، كان للشفيع الخيار بين ترك الشفعة ، وبين أخذ الباقي بحصته من الثمن ؛ لأن حقه ثابت في الكل ، وقد تمكن من أخذ البعض ، فيأخذه بحصته من الثمن ، لهلاك بعض الأصل .

ومذهب المالكية إجمالاً كالحنفية ، فإنهم قالوا^(١) : لا يضمن المشتري نقص الشقص (الجزء المشفوع فيه) إذا طرأ عليه بسبب سماوي ، أو بسبب من المشتري لمصلحة ، كأن هدم ليبيني أو لأجل توسعة .

فإن كان النقص بسبب من المشتري ، كأن هدم للمصلحة ، ضمن .

فإن هدم وبني ، فللمشتري قيمته يوم البناء على الشفيع قائماً ، لعدم تعديده .

وتحسب للشفيع من الثمن قيمة الأنقاض يوم الشراء ، فيحط عنه من الثمن ، ويغرم ما بقي مع قيمة البناء قائماً .

وقال الشافعية والحنابلة^(٢) : إن تلف الشقص (الجزء المشفوع فيه) أو بعضه ، في يد المشتري ، فهو من ضمانه ، لأنه ملكه ، تلف في يده .

(١) الشرح الصغير : ٦٥٤/٣ ، الشرح الكبير : ٤٩٤/٣

(٢) المغني : ٣٢٠/٥

ثم إن أراد الشفيع الأخذ بعد تلف بعض المشفوع فيه ، أخذ الموجود بحصته من الثمن ، سواء أكان التلف بفعل الله تعالى ، أم بفعل آدمي ، وسواء تلف باختيار المشتري كمنقذه البناء ، أو بغير اختياره كانهدام البناء نفسه .

والأنقاض إن كانت موجودة أخذها الشفيع مع الأرض بحصتها من الثمن ، وإن كانت معدومة أخذ الأرض وما بقي من البناء .

المبحث الثامن - مسقطات الشفعة :

تعرف الأسباب التي تؤدي إلى إسقاط حق الشفعة ، عند الكلام على شروط الأخذ بالشفعة ، لذا نوجز في بيان ما تسقط به الشفعة فيما يأتي ، مع ملاحظة أن بعض الحالات متفق عليها ، وبعضها مختلف فيها :

١ - بيع الشفيع ما يشفع به من عقار قبل أن يقضى له بالشفعة : إذا باع الشفيع ما يشفع به قبل العلم بالشفعة ، أو بعد العلم بالشفعة ، وقبل الحكم بها ، سقطت شفيعته ، باتفاق الفقهاء ما عدا ابن حزم الظاهري ، لزوال السبب الذي يستحق به الشفعة ، وهو الملك الذي يخاف الضرر بسببه . فبطلان هذه الشفعة أمر منطقي بدهي ، لانتفاء الضرر عن الشفيع الذي شرعت الشفعة من أجل دفعه عن الشريك باتفاق الفقهاء ، أو عن الجار عند الحنفية^(١) .

٢ - تسليم الشفعة أو الرغبة عنها بعد البيع : سواء أكان عالماً بحقه فيها ، أم غير عالم ، صراحة ، أم دلالة وضمناً ؛ لأن الشفعة حق ضعيف يسقط بأوهى الأسباب ،

(١) الهداية مع تكملة الفتح : ٤٤٦/٧ ، تبين الحقائق : ٢٥٨/٥ ، الدر المختار : ١٧٠/٥ ، الكتاب مع

اللباب : ١١٣/٢ ، المهذب : ٢٨١/١ ، كشاف القناع : ١٦٩/٤ ، الخلى : ١١٦/٩ ، م : ١٦٠١ ، الشرح

الصغير : ٦٤٢/٣

وذلك في المذاهب الأربعة^(١) .

أما تسليم الشفعة صراحة : فمثل أن يقول الشفيع : لأرغب فيها ، أو لأأريدها ، أو أسقطتها أو أبطلتها ، أو أبرأتك عنها أو عفوت عنها أو سلمتها ، ونحوها على أن يكون تسليمها بعد البيع وقبل الحكم بها ؛ لأنه لاحق له قبل البيع فيسقطه ، ولأنه بعد الحكم لا يملك إسقاطها إلا بعقد ناقل للملكية .

وأما تسليم الشفعة دلالة : فهو أن يوجد من الشفيع ما يدل على رضاه بالعقد وحكمه للمشتري ، وهو ثبوت الملك له ، مثل ترك طلب المواتبة أو طلب التقرير بعد العلم بالبيع مع القدرة عليه بأن يترك الطلب على الفور من غير عذر ، أو قام عن المجلس الذي علم فيه بالبيع ، أو تشاغل عن الطلب بعمل آخر ؛ لأن ترك الطلب مع القدرة عليه دليل الرضا بالعقد وحكمه للمشتري الدخيل .

ومثل : أن يساوم الشفيع المشتري على شراء ما اشتراه أو إيجاره له ، لأن مساومته دليل على إرضاه عن الأخذ بالشفعة .

ومثل أن يكون الشفيع وكيلاً عن البائع فيما باعه ؛ لأنه يسعى في تقض ماتم من جهته . أما إذا كان الشفيع وكيل المشتري فيما ابتاع أي اشترى لموكله ، فله الشفعة ، لأنه لا ينتقض شراؤه بالأخذ بها (أي الشفعة) ؛ لأنها مثل الشراء . وهذا التفصيل عند الحنفية ، وبعض الحنابلة وبعض الشافعية .

وقال الشافعية والحنابلة في الأرجح^(٢) : إذا وكل الشفيع في البيع ، لم تسقط شفعته بالتوكيل ، سواء أكان وكيل البائع أم وكيل المشتري ، لأنه وكيل فلا تسقط

(١) المبسوط : ١٥٤/١٤ وما بعدها ، البدائع : ١٩/٥ - ٢٠ ، تبين الحقائق : ٢٥٧/٥ ، الهداية مع التكملة : ٤٤٢/٧ - ٤٤٥ ، الدر المختار : ١٦٨/٥ وما بعدها ، الكتاب مع اللباب : ١١٢/٢ - ١١٢ ، الشرح الصغير : ٦٤٢/٣ ، ٦٤٥ ، المنهذب : ٣٨٠/١ ، مغني المحتاج : ٣٠٦/٢ ، المغني : ٣٤٩/٥ وما بعدها ، بداية المجتهد : ٢٥٩/٢ ، القوانين الفقهية : ص ٢٨٦ .

(٢) المغني : ٣٥١/٥ .

شفعته كالآخر. أما التهمة فلا تؤثر؛ لأن الموكل وكله مع علمه بثبوت شفعته راضياً بتصرفه مع ذلك، فلا يؤثر، كما لو أذن لوكيل في الشراء من نفسه.

وهناك أمران في تسليم الشفعة: وهما تسليم الولي شفعة الصبي، والصلح عن الشفعة:

أ- تسليم الشفعة من الولي: أوضحت هذا الموضوع في بحث طلب الشفعة، وأشير إليه هنا بإيجاز يتصل بأمر سقوط الشفعة.

قال الشيخان (أبو حنيفة وأبو يوسف)^(١): تسليم الأب والوصي الشفعة على الصغير جائز، فيسقط حقه فيها حينئذٍ؛ لأن الأخذ بالشفعة في معنى التجارة، بل عين التجارة؛ لأنه مبادلة المال بالمال، وترك الأخذ بها ترك التجارة، فيملكه الولي، كما يملك ترك التجارة برد بيع شيء للصبي، عندما يقال للأب مثلاً: بعتك هذا المال لابنك الصغير؛ ولأنه أي الأخذ بالشفعة تصرف دائر بين النفع والضرر، وقد تكون المصلحة في ترك الشراء للصبي، رعاية لمصلحته، ليبقى الثمن على ملكه، والولاية: نظر بحسب المصلحة.

وفصل المالكية في الأمر^(٢)، فقالوا: إن كان ترك الشفعة لمصلحة القاصر، صح إسقاطها من الأب أو الوصي، وإلا فلا يصح، وللقاصر حينئذ طلبها متى بلغ.

وقال زفر ومحمد والحنابلة^(٣): ليس للولي إسقاط شفعة الصغير، سواء لمصلحة أو لغير مصلحة، ويظل الصغير على شفعته متى بلغ؛ لأن هذا حق ثابت للصغير، فلا يملك الولي إبطاله، كالتنازل عن ديتة، وقوده (حقه في القصاص)، ولأنه شرع لدفع الضرر، فكان إبطاله إضراراً به.

(١) تبين الحقائق: ٢٦٣/٥، تكملة الفتح: ٤٥١/٧، م (١٠٣٥) مجلة.

(٢) الشرح الكبير: ٤٨٦/٣، الشرح الصغير: ٦٤٥/٣.

(٣) المغني: ٣١٢/٥، كشف القناع: ١٦١/٤ وما بعدها.

ويجري هذا الخلاف عند الحنفية في تسليم الوكيل طلب الشفعة عن موكله .
فعند أبي حنيفة يصح منه تسليمها في مجلس القاضي ؛ لأن الوكيل قائم مقام الموكل في
الخصومة ومحلها مجلس القاضي .

وعند أبي يوسف : يصح للوكيل تسليم الشفعة في مجلس القاضي وفي غيره ،
لكونه نائباً عن الموكل مطلقاً .

وعند محمد وزفر : لا يصح من الوكيل تسليم الشفعة أصلاً .

ب - الصلح عن الشفعة : قال الحنفية^(١) : إن صالح الشفيع عن حقه في الشفعة
بأخذ عوض عنه ، سقطت شفيعته لتضمن فعله الإعراض عن الشفعة ، وعليه
رد العوض الذي أخذه ، لبطلان الصلح وبيع الحق ؛ لأن الشفعة مجرد حق في التملك ،
وقد شرعت لدفع الضرر عن الشفيع ، فلا تصح المعاوضة عن هذا الحق ، ويكون
الاعتياض عنه رشوة .

والخلاصة : أن الصلح وإن لم يصح ، فإسقاط حق الشفعة صحيح ؛ لأن صحته
لا تتوقف على العوض ، بل هو شيء من الحقوق المالية لا تصح المعاوضة عنه ، فصار
الشفيع كأنه سلم الشفعة بلا عوض .

٣ - ضمان الدرك : تسقط الشفعة عند الحنفية^(٢) إذا ضمن الشفيع الدرك عن
المشتري للبائع أي ضمن له الثمن عند المشتري ؛ لأن هذا دليل على الرضا بالبيع الحادث
للمشتري .

كما أن البائع إذا شرط الخيار للشفيع في إمضاء البيع أو عدم إمضائه ، فأمضى
المشروط له الخيار (وهو الشفيع) البيع ؛ لأن البيع تم بإمضائه . وهذا في تقديره هو
الأحق بالاتباع .

(١) البائع : ٢٠/٥ ، تكلة الفتح : ٤٤٣/٧ ، تبين الحقائق : ٢٥٧/٥ ، الكتاب مع اللباب : ١١٢/٢ ، الدر المختار :
١٦٩/٥ .

(٢) تبين الحقائق : ٢٥٨/٥ ، الهداية مع التكلة : ٤٤٧/٧ ، اللباب : ١١٢/٢ .

وقال الشافعية والحنابلة^(١) : لا تسقط الشفعة إن ضمن الشفيع العهدة (المطالبة بالثمن عند استحقاق المبيع أو عيبه) للمشتري ، أو شرط له الخيار ، فاختار إمضاء العقد ، لم تسقط شفيعته ؛ لأن المسقط لها هو الرضا بتركها بعد وجوبها بالمبيع ، وهذا لم يوجد ، فإنه سبب سبَق وجوب الشفعة ، فلم تسقط به الشفعة ، كالإذن بالمبيع ، والعفو عن الشفعة قبل تمام البيع .

٤- تجزئة المشفوع فيه : اتفق الفقهاء^(٢) على أن الشفعة حق لا يقبل التجزئة ، فإذا تنازل (سلم) الشفيع عن بعض المشفوع فيه كالنصف مثلاً ، سقط حقه في كل المبيع ؛ لأنه لما سلم في النصف بطل حقه فيه بصريح الإسقاط ، وبطل حقه في الباقي ؛ لأنه لا يملك حق تفريق الصفقة على المشتري ، فسقطت شفيعته في الكل ، منعاً من إضرار المشتري في تفريق الصفقة عليه ، والضرر لا يزال بالضرر ، لكن كما قال أبو يوسف ، ورأيه هو الراجح عند الحنفية : لا تسقط الشفعة في حال طلب نصف المشفوع فيه ويظل الحق للشفيع في أخذ الكل أو ترك الكل .

وإذا تعدد الشفعاء ، فليس لبعضهم أن يهب حصته لبعض ، وإن فعل أحدهم أسقط حق شفيعته م (١٠٤٢) مجلة^(٣) .

وإن أسقط أحد الشفعاء حقه قبل حكم الحاكم ، فللشفيع الآخر أن يأخذ تمام العقار المشفوع . وإن أسقطه بعد حكم الحاكم ، فليس للآخر أن يأخذ حقه م (١٠٤٣) .

٥- وفاة الشفيع : تسقط الشفعة عند الحنفية^(٤) بوفاة الشفيع ، سواء بعد

(١) المغني : ٣٥١/٥ ، كشاف القناع : ١٨٢/٤ .

(٢) البدائع : ٢١/٥ ، بداية المجتهد : ٢٥٨/٢ ، مغني المحتاج : ٣٠٦/٢ ، المهذب : ٣٨١/١ ، كشاف القناع : ١٦٤/٤ ، المحلى : ١١٨/٩ ، م ١٦٠٤ .

(٣) المهذب ، المكان السابق ، البدائع : ٥/٥ وما بعدها ، الدر المختار : ١٧٣/٥ .

(٤) الدر المختار : ١٧٠/٥ ، تكملة الفتوح : ٤٤٦/٧ ، تبين الحقائق : ٢٥٧/٥ ، اللباب : ١١٣/٢ ، البدائع : ٢٢/٥ ، م (١٠٣٨) مجلة .

الطلب (أي الطلبين المواتبة والتقيرير) أو قبله، قبل الأخذ بالقضاء له أو تسليم المشتري إليه؛ لأن حق الشفعة لا يورث كخيار الشرط، إذ الحقوق لا تورث عندهم، ولأنه بالموت يزول ملك الشفيع عن داره ويثبت الملك للوارث بعد البيع، والمطلوب تحقق الملك وقت البيع.

ولا تبطل الشفعة بموت المشتري لبقاء المستحق، أي أن المستحق باق، ولم يتغير سبب حقه.

وفصل الظاهرية والحنابلة في الأمر^(١)، فقالوا: إن مات الشفيع قبل أن يطلب الشفعة، سقطت شفعته^(٢)، ولا حق لورثته في الأخذ بالشفعة أصلاً؛ لأن الله تعالى إنما جعل الحق له، لا لغيره، والخيار لا يورث.

وتورث الشفعة إن أشهد الشفيع على مطالبته، ثم مات، وللورثة المطالبة بها؛ لأن الإشهاد على الطلب عند العجز عنه يقوم مقامه.

وهذا التفصيل يؤدي إلى الاتفاق مع مذهب الحنفية في عدم إرث الشفعة قبل الطلب.

وقال المالكية والشافعية^(٣): يورث حق الشفعة، إذا مات الشفيع بعد الطلب قبل الأخذ، فالشفعة موروثة عندهم؛ لأنه خيار ثابت لدفع الضرر عن المال، فيورث كخيار العيب.

والظاهر مما نقل عن هذين المذاهبين في كتب غيرهم أن حق الشفعة يورث، ولو قبل طلبها من الشفيع أيضاً، لإطلاق عباراتهم. لكن الحق أنه لا بد عند الشافعية

(١) الحلى: ١١٧/٩، م ١٦٠٣، المغني: ٢٤٦/٥، كشاف القناع: ١٧٦/٤.

(٢) قال الإمام أحمد: الموت يبطل به ثلاثة أشياء: الشفعة، والحد إذا مات المقذوف، والخيار إذا مات الذي اشترط الخيار.

(٣) بداية المجتهد: ٢٦٠/٢، القوانين الفقهية: ص ٢٨٧، المهذب: ٢٨٣/١، نهاية المحتاج: ١٥٨/٤.

من الطلب وإلا سقط حق الشفيع نفسه فيكون مذهبه كالحنابلة^(١).

، والخلاصة: أن الشفعة لا تورث عند الحنفية بعد الطلب، وتورث بعد الطلب في المذاهب الثلاثة وعند الظاهرية.

والخلاف محصور فيما إذا مات الشفيع قبل القضاء بالشفعة له، فإذا مات بعد القضاء قبل نقد الثمن وقبض المبيع، فالبيع لازم لورثته بالاتفاق.

ومن كلامنا في مسقطات الشفعة يتبين لنا الحقائق التالية^(٢):

١- الشفعة حق ضعيف، يجب أن يتقوى ويتأكد بالطلب.

٢- الشفعة شرعت لدفع الضرر عن صاحبها وهو الشريك باتفاق الفقهاء، والجار عند الحنفية.

٣- لا يصح أن تكون الشفعة سبباً لضرر المشتري بتفريق الصفقة عليه، إذا طلب الشفيع أخذ بعض المبيع فقط.

(١) أما المالكية فقد أثبتوا للشفيع حق الأخذ بالشفعة مدة سنة، فإذا مات قبل الطلب فيورث عنه هذا الحق،

مالم يكن الحاكم قد أسقط شفيعه إذا لم يجدد رغبته إما بالأخذ أو بالترك، بناء على طلب المشتري.

(٢) الأموال ونظرية العقد للمرحوم يوسف موسى: ص ٢٢٨.

انتهى الجزء الخامس

ويتبعه الجزء السادس - الفقه العام

فهرس الجزء الخامس

الصفحة	الموضوع
٥	الفصل السادس- الهبة
٥	المبحث الأول- تعريف الهبة ومشروعيتها
٧	المبحث الثاني- ركن الهبة
١١	المبحث الثالث- شروط الهبة
١٢	شروط الواهب
١٢	شروط الموهوب
٢٣	نوعا قبض الهبة
٢٦	المبحث الرابع- حكم الهبة
٢٨	المبحث الخامس- موانع الرجوع في الهبة
٣٤	المبحث السادس- عطية الأولاد
٣٧	الفصل السابع- الإيداع
٣٧	المبحث الأول- تعريف الإيداع ومشروعيته
٣٩	المبحث الثاني- ركن الإيداع وشرايطه
٤٠	المبحث الثالث- حكم عقد الإيداع وطريق حفظ الوديعة
٤٢	المبحث الرابع- حال الوديعة، هل هي أمانة أو مضمونة؟
٤٤	المبحث الخامس- حالات ضمان الوديعة
٥٢	أحكام فرعية للوديعة

٥٤	الفصل الثامن- الإعارة
٥٤	المبحث الأول- تعريف الإعارة ومشروعيتها
٥٥	المبحث الثاني- ركن الإعارة وشروطه
٥٧	المبحث الثالث- حكم عقد الإعارة
٥٧	أصل حكم الإعارة
٥٩	حقوق الانتفاع بالعارية
٦١	صفة حكم الإعارة
٦٢	الرجوع في الأرض المعارة للبناء أو الغراس أو الزراعة
٦٥	المبحث الرابع- حالة العارية، هل هي مضمونة أم أمانة؟
٦٨	شرط المعير الضمان
٦٨	تغير حال العارية من الأمانة إلى الضمان
٦٩	مؤنة رد العارية
٧١	الفصل التاسع- الوكالة
٧١	المبحث الأول- تعريف الوكالة وركنها ومشروعيتها
٧٣	تعليق الوكالة على شرط أو زمن
٧٤	تأقيت الوكالة
٧٤	الوكالة بأجر
٧٤	عموم الوكالة وتخصيصها
٧٦	المبحث الثاني- شروط الوكالة
٧٦	شرط الموكل
٧٧	شروط الوكيل
٧٨	شروط الموكل به
٨٠	الوكالة في حقوق الله تعالى
٨٠	١- التوكيل بإثبات الحدود والقصاص
٨١	٢- التوكيل في استيفاء الحدود

٨٢	التوكيل بإثبات التعازير واستيفائها
٨٢	التوكيل باستيفاء القصاص
٨٤	الوكالة في حقوق العباد
٨٧	التوكيل بالشهادة
٨٧	التوكيل بالإقرار في الوكالة بالخصومة
٨٧	التوكيل بقبض الدين
٨٨	الوكالة بقضاء الدين
٨٩	عقود لا يصح للوكيل إسنادها لنفسه
٨٩	التوكيل في تملك المباحات وتحصيلها
٩٠	الوكالة بالخصومة
٩٠	التوكيل بالبيع والشراء
٩٠	التوكيل بالشراء - وكالة عامة
٩١	التوكيل بالشراء - وكالة خاصة
٩١	ضابط الجهالة في الوكالة
٩٣	المبحث الثالث - أحكام الوكالة
٩٣	أولاً - تصرفات الوكيل
٩٣	١- الوكيل بالخصومة (المحامي)
٩٦	٢- الوكيل بتقاضي الدين
٩٧	٣- الوكيل بقبض الدين
٩٩	توكيل الوكيل بالقبض غيره
١٠٠	أخذ العوض عن الدين
١٠٠	توكيل اثنين بقبض الدين
١٠٠	قبض الشيء معيماً
١٠١	ادعاء الوكالة عن الغائب في قبض الدين
١٠٢	٤- الوكيل بالبيع
١٠٤	البيع نقداً أو نسيئة

١٠٥	بيع الوكيل بعض الموكل ببيعه
١٠٦	إبراء المشتري من الثمن
١٠٦	توكيل الوكيل بالبيع غيره
١٠٧	التصرفات المشبوهة
١٠٨	٥- تصرفات الوكيل بالشراء
١١٣	علاقة الوكيل بالشراء بموكله
١١٤	ثانياً- حقوق العقد وحكمه في الوكالة
١١٩	ثالثاً- حال المقبوض في يد الوكيل
١٢١	المبحث الرابع- تعدد الوكلاء
١٢٤	المبحث الخامس- طرق انتهاء الوكالة
١٣٠	الفصل العاشر- الكفالة
١٣٠	المبحث الأول- مشروعية الكفالة وتعريفها وركنها وألفاظها
١٣٦	أحوال ركن الكفالة إطلاقاً وتقييداً وتعليقاً وإضافة
١٤٠	المبحث الثاني: شروط الكفالة
١٤٠	شروط الكفيل
١٤١	شروط الأصيل
١٤٢	شروط المكفول له
١٤٣	شروط المكفول به
١٤٤	الكفالة بالنفس
١٤٨	المبحث الثالث- أحكام الكفالة
١٤٩	هل يبرأ الأصيل من الدين ؟
١٥٢	المبحث الرابع- انتهاء الكفالة
١٥٦	المبحث الخامس- رجوع الكفيل على الأصيل
١٥٨	رجوع الكفيل على الأصيل حالة تعدد الكفلاء
١٥٩	ما يرجع به الكفيل على الأصيل

١٦٠	متى يرجع الكفيل على الأصيل ؟
١٦١	ملحق- أخذ الأجر على الكفالة في الوقت الحاضر
١٦٢	الفصل الحادي عشر- الحوالة
١٦٢	المبحث الأول- تعريف الحوالة ومشروعيتها وركنها وصيغتها
١٦٥	المبحث الثاني- شروط الحوالة
١٦٦	شروط المحيل
١٦٦	شروط المحال
١٦٧	شروط المحال عليه
١٦٧	شروط المحال به
١٦٨	الحوالة المطلقة والمقيدة
١٧٠	حوالة الحق
١٧٣	المبحث الثالث- أحكام الحوالة
١٧٤	كيفية النقل الذي يتم بالحوالة
١٧٥	المبحث الرابع- انتهاء الحوالة
١٧٧	المبحث الخامس- رجوع المحال عليه على المحيل
١٧٧	شروط الرجوع
١٧٨	ما يرجع به المحال عليه على المحيل
١٧٨	السفاتج
١٧٩	الفصل الثاني عشر- الرهن
١٨٠	المبحث الأول- تعريف الرهن ومشروعيته وركنه وعناصره وأحواله
١٨٤	المبحث الثاني- شروط الرهن
١٨٥	المطلب الأول- شروط العاقدين
١٨٦	رهن الولي والوصي مال الصغير عند الحنفية
١٨٨	تعدد أطراف الرهن
١٩٠	المطلب الثاني- شروط الصيغة

- ١٩٣ المطلب الثالث- شروط المرهون به
- ٢٠١ المطلب الرابع- شروط المال المرهون
- ٢٠٢ رهن الثمر أو الزرع الأخضر قبل بدو صلاحه
- ٢٠٣ رهن المنفعة
- ٢٠٤ رهن الخمر والخنزير
- ٢٠٤ رهن المجهول
- ٢٠٧ المطلب الخامس- شرط تمام الرهن- قبض المرهون
- ٢٠٨ كيفية القبض أو ما يتحقق به القبض
- ٢٠٩ الرهن الرسمي للعقار أو ما ينوب مناب القبض
- ٢١٠ شروط القبض
- ٢١٣ القبض السابق للرهن أو رهن ما في يد المرتهن
- ٢١٦ من يتولى قبض الرهن
- ٢١٦ العدل- تعيينه، عزله، ماله وما عليه أو أحكامه
- ٢٢٣ المطلب السادس- ما يترتب على شروط الرهن أو ما يجوز ارتهانه وما لا يجوز
- ٢٢٤ ١- رهن المشاع
- ٢٢٥ ٢- رهن المتصل بغيره والمشغول
- ٢٢٦ ٣- رهن الدين
- ٢٢٨ ٤- رهن العين المستأجرة أو المعارة
- ٢٢٩ ٥- رهن المستعار
- ٢٣١ انتفاع المستعير بالعارية
- ٢٣٢ نوع ضمان هلاك العارية
- ٢٣٢ طلب المعير فكاك العارية من الرهن
- ٢٣٣ الاستئجار للرهن
- ٢٣٣ ٦- رهن ملك الغير
- ٢٣٥ ٧- رهن العين المرهونة- تعدد الرهن

٢٣٧	٨- رهن الوارث جزءاً من التركة المدينة
٢٣٩	٩- رهن ما يتسارع إليه الفساد
٢٤٠	١٠- رهن العصير
٢٤٠	١١- رهن المصحف
٢٤١	المبحث الثالث- أحكام الرهن أو آثاره
٢٤١	أولاً- أحكام الرهن الصحيح
٢٤٤	المطلب الأول- تعلق الدين بالمرهون
٢٤٧	المطلب الثاني- حق حبس الرهن
٢٤٩	مطالبة المرتهن بوفاء دينه مع استمرار حبس الرهن
٢٥٠	المطلب الثالث- حفظ المال المرهون
٢٥١	المطلب الرابع- الإنفاق على الرهن أو مؤونة الرهن
٢٥٢	المطلب الخامس- الانتفاع بالرهن
٢٥٢	أولاً- انتفاع الراهن بالرهن
٢٥٤	إصلاح الرهن
٢٥٦	ثانياً- انتفاع المرتهن بالرهن
٢٦٠	المطلب السادس- التصرف في الرهن
٢٦٠	أولاً- تصرف الراهن بالرهن
٢٦٤	ثانياً- تصرف المرتهن بالرهن
٢٦٦	المطلب السابع- ضمان الرهن
٢٦٦	أولاً- صفة يد المرتهن، أهي أمانة أم ضمان؟
٢٦٨	ثانياً- كيفية ضمان المرتهن
٢٦٩	شروط الضمان
٢٧٠	نقص سعر المرهون
٢٧٠	نقص قيمة الرهن بسبب هلاك بعضه أو تعيبه
٢٧١	ثالثاً- حكم استهلاك الرهن
٢٧٢	المطلب الثامن- بيع الرهن

٢٧٣	أولاً- ولاية بيع الرهن
٢٧٦	ثانياً- بيع ما يتسارع إليه الفساد
٢٧٧	ثالثاً- حق امتياز المرتهن
٢٧٨	رابعاً- اشتراط المرتهن تملكه للرهن عند عدم الوفاء (غلاق الرهن)
٢٧٩	خامساً- استحقاق الرهن بعد بيعه
٢٨٠	المطلب التاسع- تسليم المرهون
٢٨٢	متى يتم تسليم المرهون؟
٢٨٣	مكان تسليم المرهون
٢٨٣	ثانياً- أحكام الرهن الفاسد
٢٨٥	المبحث الرابع- نداء الرهن أو زوائده
٢٨٧	المبحث الخامس- الزيادة على الرهن أو على الدين المرهون به
٢٨٨	المبحث السادس- انتهاء عقد الرهن
٢٩٠	المبحث السابع- اختلاف الراهن والمرتهن
٢٩٣	الفصل الثالث عشر- الصلح
٢٩٣	المبحث الأول- تعريف الصلح ومشروعيته وأنواعه وركنه
٢٩٨	ما يتضمنه الصلح من العقود
٢٩٩	المبحث الثاني- شروط الصلح
٢٩٩	شروط المصالح
٣٠٠	شروط المصالح عليه
٣٠٧	بدل الصلح منفعة
٣٠٩	شروط المصالح عنه
٣١١	الصلح عن المجهول
٣١٧	الصلح على العيب
٣١٨	الصلح بين المدعي والأجنبي
٣١٩	صلح الفضولي

٣٢١	المبحث الثالث- أحكام الصلح
٣٢٣	المبحث الرابع- مبطلات عقد الصلح وحكمه بعد البطلان
٣٢٤	الصلح عن التركة (التخارج أو المخارجة)
٣٢٦	الفصل الرابع عشر- الإبراء
٣٢٦	المبحث الأول- تعريف الإبراء ومشروعيته
٣٢٨	المبحث الثاني- ركن الإبراء
٣٢٨	هل يحتاج الإبراء إلى قبول؟
٣٢٩	رد الإبراء
٣٣١	المبحث الثالث- شروط الإبراء
٣٣١	أولاً- شروط المبرئ
٣٣٢	التوكيل بالإبراء
٣٣٢	الإبراء في مرض الموت
٣٣٢	ثانياً- شروط المبرأ
٣٣٣	ثالثاً- شروط المبرأ منه (محل الإبراء)
٣٣٥	رابعاً- شروط صيغة الإبراء
٣٣٩	المبحث الرابع- محل الإبراء
٣٤١	الإبراء من نفقة الزوجة
٣٤١	المبارأة بين الزوجين
٣٤٢	الإبراء عن حق الدعوى
٣٤٢	المبحث الخامس- أنواع الإبراء
٣٤٢	التقسيم الأول- الإبراء من حيث الشمول وعدمه
٣٤٣	التقسيم الثاني- الإبراء من حيث الزمن والأشخاص
٣٤٣	التقسيم الثالث- الإبراء بحسب صيغته
٣٤٤	المبحث السادس- حكم الإبراء وحكم الرجوع عنه
٣٤٦	سماع الدعوى بعد الإبراء العام
٣٤٦	أثر الإقرار بعد الإبراء

٢٤٦	الإبراء بعوض
٢٤٨	الفصل الخامس عشر- الاستحقاق
٢٤٨	المبحث الأول- تعريف الاستحقاق وحكمه المترتب عليه
٢٤٩	إثبات المستحق حقه
٢٥٠	تناقض الادعاءات
٢٥١	المبحث الثاني- حكم الاستحقاق في طائفة من العقود
٢٥١	أولاً- الاستحقاق في عقد البيع والمقايضة
٢٥٧	ثانياً- الاستحقاق في عقد الرهن
٢٥٨	ثالثاً- الاستحقاق في القسمة
٢٦١	رابعاً- الاستحقاق في الصلح
٢٦٢	خامساً- الاستحقاق في الإجارة
٢٦٤	سادساً- الاستحقاق في المساقاة والمزارعة
٢٦٥	سابعاً- الاستحقاق في عقد الزواج
٢٦٨	ثامناً- الاستحقاق في الوصية والوقف
٢٧٠	المبحث الثالث- حكم استحقاق الأضحية والهدي
٢٧٢	الفصل السادس عشر- المقاصة
٢٧٢	المبحث الأول- معنى المقاصة ومشروعيتها
٢٧٣	المبحث الثاني- محل المقاصة
٢٧٤	المبحث الثالث- أنواع المقاصة
٢٧٤	أولاً- المقاصة الجبرية وشروطها
٢٨٠	ثانياً- المقاصة الاتفاقية
٢٨٠	ثالثاً- المقاصة غير الجائزة
٢٨٣	المبحث الرابع- أحكام المقاصة
٢٨٦	الفصل السابع عشر- الإكراه
٢٨٦	المبحث الأول- حقيقة الإكراه ونوعاه

٣٨٨	المبحث الثاني- شروط الإكراه
٣٩١	المبحث الثالث- أثر الإكراه في التصرفات الحسية
٣٩١	١- التصرف الحسي المباح بالإكراه
٣٩٢	٢- التصرف الحسي المرخص بالإكراه
٣٩٥	٣- التصرف الحسي الحرام الذي لا يباح ولا يرخص بالإكراه
٣٩٥	الأحكام الدنيوية في هذه الأنواع
٣٩٥	الإكراه على شرب الخمر
٣٩٦	الإكراه على السرقة
٣٩٧	الإكراه على الكفر
٣٩٨	الإكراه على إتلاف المال
٣٩٩	الإكراه على القتل
٤٠٠	الإكراه على الزنا
٤٠٢	الإكراه على أحد أمرين
٤٠٣	المبحث الرابع- أثر الإكراه في التصرفات الشرعية
٤٠٣	أولاً- التصرفات التي لا تحتمل الفسخ
٤٠٦	ثانياً- التصرفات التي تحتمل الفسخ
٤٠٧	بيع المستكره
٤٠٨	أثر الإكراه على الإقرارات
٤٠٩	أثر الإكراه في التصرفات الشرعية المخير فيها
٤١١	الفصل الثامن عشر- الحجر
٤١١	المبحث الأول- تعريف الحجر ومشروعيته وحكمة تشريعه ونوعه
٤١٦	المبحث الثاني- أسباب الحجر
٤١٧	المطلب الأول- أثر الحجر في تصرفات الصغير
٤١٧	أولاً- آراء الفقهاء في حكم تصرفات الصغير
٤١٩	ثانياً- عدم تسليم الصغير أمواله

- ٤٢٢ ثالثاً- البلوغ
- ٤٢٥ رابعاً- الرشد
- ٤٢٦ خامساً- ولي المحجور عليه
- ٤٢٧ سادساً- تصرفات ولي القاصر
- ٤٣٤ سابعاً- الإذن للقاصر في التصرفات
- ٤٣٧ المطلب الثاني- أثر الحجر في تصرفات المجنون
- ٤٣٨ المطلب الثالث- أثر الحجر في تصرفات المعتوه
- ٤٣٨ المطلب الرابع- أثر الحجر على السفیه
- ٤٤٧ المطلب الخامس- أثر الحجر على المغفل
- ٤٤٨ المطلب السادس- الحجر على الفاسق
- ٤٤٨ ملاحظة حول الحجر على الغائب
- ٤٤٩ المطلب السابع- الحجر للمصلحة العامة
- ٤٥٠ المطلب الثامن- الحجر على المريض مرض الموت
- ٤٥٢ المطلب التاسع- الحجر على الزوجة
- ٤٥٤ ملحق- هل للمرأة الصدقة من مال زوجها بالشيء اليسير بغير إذنه؟
- ٤٥٥ المطلب العاشر- الحجر على المدين وأثره (التفليس)
- ٤٥٥ أولاً- تعريف التفليس والمفلس
- ٤٥٥ ثانياً- هل يحجر على المدين المفلس
- ٤٥٦ ثالثاً- هل يتوقف الحجر على المدين على قضاء القاضي؟
- ٤٥٨ الفرق بين حجر المدين وحجر السفیه
- ٤٥٩ رابعاً- سفر المدين المفلس
- ٤٦٠ خامساً- أثر الحجر على المفلس أو أحكام الحجر
- ٤٦٠ ١- تعلق حق الغرماء بعين ماله ومنعه من التصرف بماله
- ٤٦١ ٢- أن تحل عليه الديون المؤجلة
- ٤٦١ ٣- الملازمة والحبس الاحتياطي للمدين
- ٤٦٦ ٤- بيع مال المدين المحجور عليه وقسمة ثمنه بين الغرماء

- ٤٦٨ هـ- استرداد الدائن عين ماله الذي وجده في مال المفلس
- ٤٦٩ أ- هل خيار الرجوع على الفور أو على التراخي؟
- ٤٦٩ ب- حق الرجوع في المعاوضات
- ٤٧٠ ج- شروط الرجوع
- ٤٧٣ د- زيادة المبيع عند المشتري المفلس
- ٤٧٥ هـ- تغيير المبيع بطحن الحنطة أو غزل الصوف ونحوهما
- ٤٧٦ و- خلط المبيع بغيره
- ٤٧٦ ز- نقص المبيع
- ٤٧٧ المبحث الثالث- رفع الحجر عن المحجرين
- ٤٧٩ المبحث الرابع- تعلق الدين بالتركة
- ٤٧٩ أ- هل تحمل الديون المؤجلة بالموت؟
- ٤٨٠ ٢- كيفية تعلق الدين بالتركة
- ٤٨٠ ٣- هل يمنع الدين نقل التركة إلى الورثة؟
- ٤٨٣ القسم الرابع- الملكية وتوابعها
- ٤٨٥ تمهيد
- ٤٨٧ الباب الأول- الملكية وخصائصها
- ٤٨٩ الفصل الأول- تعريف الملكية والملك
- ٤٩٠ الفصل الثاني- قابلية المال للتملك وعدمها
- ٤٩١ الفصل الثالث- أنواع الملك
- ٤٩٢ الفصل الرابع- أنواع الملك الناقص
- ٤٩٢ ١- ملك العين فقط
- ٤٩٣ ٢- ملك المنفعة الشخصي أو حق الانتفاع
- ٤٩٤ الفرق بين الإباحة والملك
- ٤٩٤ خصائص حق المنفعة أو الانتفاع الشخصي
- ٤٩٥ انتهاء حق المنفعة

٤٩٦	٣- ملك المنفعة العيني أو حق الارتفاق
٤٩٩	الفرق بين حق الارتفاق وحق الانتفاع الشخصي
٥٠٠	خصائص حقوق الارتفاق
٥٠١	أسباب حقوق الارتفاق
٥٠١	الفصل الخامس- أسباب الملك التام
٥٠٢	١- الاستيلاء على المباح
٥٠٣	إحياء الموات
٥٠٤	الاصطياد
٥٠٥	الاستيلاء على الكلاً والآجام
٥٠٥	الاستيلاء على المعادن والكنوز
٥٠٦	حكم المعادن
٥٠٨	حكم الكنز
٥٠٩	٢- العقود الناقلة للملكية
٥١٠	٣- الخلفية
٥١٠	٤- التولد من المملوك
٥١١	الفصل السادس - طبيعة الملكية أو هل الملكية الفردية في تشريع الإسلام مطلقة أم مقيدة ؟
٥١٥	المال والملكية في تقدير الإسلام
٥١٦	تقييد الملكية
٥٢١	قيود الملكية
٥٢٩	الباب الثاني- توابع الملكية
٥٣١	الفصل الأول- أحكام الأراضي
٥٣١	أولاً- أحكام الأراضي المستولى عليها بالفتح
٥٣١	١- الأراضي التي فتحت عنوة
٥٣٤	هل قسمة الأراضي ملزمة للإمام أم له الخيار في أمور أخرى

- ٥٣٦ أدلة القائلين بإعطاء الخيار للإمام في وقف الأرض
- ٥٣٩ ٢- الأرض التي جلا عنها أصحابها خوفاً
- ٥٤٠ ٣- الأرض التي فتحت صلحاً
- ٥٤٢ ثانياً- أحكام الأراضي في داخل الدولة
- ٥٤٢ ١- حكم الأرض المملوكة العامرة
- ٥٤٢ ٢- حكم الأرض الخراب التي انتقع ماؤها
- ٥٤٣ ٣- حكم الأرض الموات
- ٥٤٥ هل يحتاج إحياء الموات إلى إذن الحاكم؟
- ٥٤٦ هل للبر أو للنهر في أرض الموات حریم؟
- ٥٤٩ الفصل الثاني - إحياء الموات (استصلاح الأراضي والبناء فيها)
- ٥٤٩ المبحث الأول- تعريف إحياء الموات ومشروعيته والترغيب فيه شرعاً
- ٥٥١ المبحث الثاني- الموات القابل للإحياء
- ٥٥٣ توضيح آراء المذاهب في الموات القابل للإحياء
- ٥٥٥ المبحث الثالث- كيفية الإحياء وطرقه
- ٥٥٨ هل يحصل الإحياء بالتحجير؟
- ٥٥٩ المبحث الرابع- شروط إحياء الموات
- ٥٥٩ المطلب الأول- شروط المحي
- ٥٦٠ المطلب الثاني- شروط الأرض المحيية
- ٥٦١ المطلب الثالث- شروط الإحياء الذي يثبت به الملك
- ٥٦٣ المبحث الخامس- أحكام إحياء الموات
- ٥٦٣ المطلب الأول- تملك الأرض المحيية
- ٥٦٣ المطلب الثاني- وظيفة الأرض المحيية
- ٥٦٤ المطلب الثالث- التقيد الوارد على ملكية المحي والملكية الإضافية- الحریم
- ٥٧١ الفصل الثالث- أحكام المعادن والحمى والإقطاع
- ٥٧١ المبحث الأول- الحمى

٥٧١	أولاً- أصل الحمى ومعناه
٥٧٢	ثانياً- مشروعيته
٥٧٤	ثالثاً- حكم ما حماه النبي ﷺ أو إمام غيره
٥٧٥	المبحث الثاني- الإقطاع
٥٧٥	أولاً- تعريف الإقطاع
٥٧٥	ثانياً- مشروعيته
٥٧٧	ثالثاً- أنواع الإقطاع
٥٧٧	١- حكم إقطاع الموات
٥٧٨	٢- حكم إقطاع العامر وهو إقطاع الإرفاق
٥٧٩	٣- حكم إقطاع المعادن وملكيته
٥٧٩	تعريف المعادن
٥٧٩	أنواع المعادن
٥٨٠	حكم المعادن عند الحنفية
٥٨٣	المعادن عند المالكية
٥٨٥	المعادن عند الشافعية والحنابلة
٥٨٨	الفصل الرابع- حقوق الارتفاق
٥٨٨	المبحث الأول- تعريف حق الارتفاق والفرق بينه وبين حق الانتفاع، ووصفه الفقهي وأحكامه العامة
٥٩٢	المبحث الثاني- أنواع حقوق الارتفاق
٥٩٢	المطلب الأول- حق الثَّرْب
٦٠٢	المطلب الثاني- حق الشفة
٦٠٤	المطلب الثالث- حق المجرى
٦٠٦	المطلب الرابع- حق المسيل
٦٠٧	المطلب الخامس- حق المرور
٦٠٨	المطلب السادس- حق التعلي
٦١٠	المطلب السابع- حق الجوار

٦١٣	الفصل الخامس- عقود استثمار الأرض
٦١٣	العقد الأول- عقد المزارعة
٦١٣	المبحث الأول- تعريف المزارعة ومشروعيتها وركنها وصفة العقد
٦١٦	المبحث الثاني- شرائط المزارعة
٦٢١	المبحث الثالث- أحوال المزارعة
٦٢٢	المبحث الرابع- حكم المزارعة الصحيحة والفاصلة
٦٢٦	المبحث الخامس- انتهاء المزارعة وحالات فسخها
٦٣٠	العقد الثاني- المساقاة أو المعاملة
٦٣٠	المبحث الأول- تعريف المساقاة ومشروعيتها وركنها وموردها والفرق بينها وبين المزارعة
٦٣٤	المبحث الثاني- شروط المساقاة
٦٣٩	المبحث الثالث- حكم المساقاة الصحيحة والفاصلة
٦٣٩	المطلب الأول- حكم المساقاة الصحيحة
٦٤٢	المطلب الثاني- حكم المساقاة الفاسدة
٦٤٤	أثر فساد العقد في مذاهب غير الحنفية
٦٤٦	المبحث الرابع- انتهاء المساقاة
٦٥٠	العقد الثالث- المغارسة أو المناصبة
٦٥٠	أولاً- تعريف المغارسة
٦٥١	ثانياً- حكم المغارسة عند الفقهاء
٦٥٥	الفصل السادس- اتفاق القسمة
٦٥٥	النوع الأول- قسمة الأعيان أو الرقاب
٦٥٦	المبحث الأول- تعريف القسمة ومشروعيتها وركنها وصفتها
٦٦٠	المبحث الثاني- أنواع القسمة
٦٦٥	المبحث الثالث- شروط القسمة
٦٦٥	المطلب الأول- شروط قسمة التراضي
٦٦٧	المطلب الثاني- شروط قسمة الإيجاب أو التقاضي

٦٧١	المبحث الرابع - كيفية القسمة
٦٧٢	نماذج من القسمة
٦٧٣	المطلب الأول - قسمة الدور
٦٧٥	المطلب الثاني - الأرض والبناء
٦٧٦	المطلب الثالث - الدار والضيعة والدار والحانوت
٦٧٦	المطلب الرابع - السفلى والعلو
٦٧٧	المطلب الخامس - قسمة الطريق
٦٧٩	المبحث الخامس - القاسم
٦٨٢	المبحث السادس - أحكام القسمة
٦٨٢	المطلب الأول - أحكام القسمة العامة
٦٨٣	أولاً - لزوم القسمة
٦٨٤	ثانياً - ثبوت حق الخيار في القسمة
٦٨٦	ثالثاً - آثار القسمة
٦٨٦	رابعاً - تقض القسمة
٦٩١	المطلب الثاني - الأحكام الخاصة بالإثبات
٦٩٢	أولاً - الاختلاف في الحدود
٦٩٢	ثانياً - الاختلاف في تقويم الغبن
٦٩٣	ثالثاً - الاختلاف في استيفاء النصيب
٦٩٤	النوع الثاني - قسمة المنافع أو المهايأة
٦٩٤	المبحث الأول - تعريف المهايأة ومشروعيتها
٦٩٥	المبحث الثاني - محل المهايأة
٦٩٦	المبحث الثالث - صفة المهايأة
٦٩٧	المبحث الرابع - أنواع المهايأة
٦٩٧	المهايأة من حيث الرضا والجبر
٦٩٩	المهايأة من حيث الزمان والمكان
٧٠٤	المبحث الخامس - ما يملكه كل شريك من التصرف بعد المهايأة

٧٠٥	الفصل السابع- الغصب والإتلاف
٧٠٥	المبحث الأول- الغصب وأحكامه
٧٠٦	المطلب الأول- تحريم الغصب وتعريفه وأثر اختلاف الفقهاء في ضابطه
٧١٧	المطلب الثاني- أحكام الغصب
٧١٧	التأثم أو الإثم
٧١٨	رد العين المغصوبة مادامت قائمة
٧١٩	ضمان المغصوب إذا هلك
٧١٩	١- كيفية الضمان
٧٢١	٢- وقت وجوب الضمان أو وقت تقدير التعويض
٧٢٣	٣- ما يخرج به الغاصب عن عهدة الضمان
٧٢٥	٤- تغير العين المغصوبة عند الغاصب
٧٢٨	٥- نقصان المغصوب
٧٣٠	٦- زيادة المغصوب
٧٣٤	٧- ضمان غلة المغصوب ومنافعه
٧٣٥	٨- اختلاف الغاصب والمغصوب منه
٧٣٧	٩- غاصب الغاصب ومن في حكمه
٧٤٠	المبحث الثاني- إتلاف المال وحكمه
٧٤٠	المطلب الأول- تعريف الإتلاف وكونه سبب الضمان
٧٤٥	المطلب الثاني- شروط إيجاب الضمان بالإتلاف
٧٥٠	المطلب الثالث- كيفية الضمان أو ماهيته
٧٥١	الفصل الثامن- دفع الصائل
٧٥١	المبحث الأول- مشروعية الدفاع ومراحلته وحكمه
٧٥٣	المبحث الثاني- شروط دفع الصائل
٧٥٥	المبحث الثالث- هل دفع الصائل حق مباح أم واجب؟
٧٥٥	حكم الدفاع عن النفس

٧٥٦	المبحث الرابع - ضمان الفعل أثناء الدفاع
٧٥٨	حكم العاض
٧٥٩	حكم الدفاع عن العرض
٧٦٠	الاطلاع على داخل البيوت
٧٦٢	حكم الدفاع عن المال
٧٦٤	الفصل التاسع - اللقطة واللقيط
٧٦٤	المبحث الأول - حقيقة اللقيط وأحكامه
٧٦٩	المبحث الثاني - اللقطة وأحكامها ونوعاها وما يصنع بها
٧٦٩	المطلب الأول - معنى اللقطة وأحكامها
٧٧٢	المطلب الثاني - نوع اللقطة وما يصنع بها
٧٨٢	لقطة الحل والحرم
٧٨٤	الفصل العاشر - المفقود
٧٨٥	صلاحيات القاضي في مال المفقود وأهله
٧٨٥	متى يحكم بموت المفقود وما أثر ذلك
٧٨٦	الفصل الحادي عشر - السبق
٧٨٦	المبحث الأول - تعريف المسابقة ومشروعيتها
٧٨٨	المبحث الثاني - شروط جواز المسابقة
٧٩١	الفصل الثاني عشر - الشفعة
٧٩٢	المبحث الأول - تعريف الشفعة ودليلها وحكمتها وركنها وأطرافها وحكها وصفتها
٧٩٥	المبحث الثاني - محل الشفعة (المشفوع فيه)
٧٩٦	العلو والسفل
٧٩٧	حقوق الارتفاق
٧٩٨	الشفعة في السفن
٧٩٩	الشفعة في الزرع والشجر والثمر

٨٠٠	المبحث الثالث - الشفيع
٨٠٠	أولاً - من هو الشفيع؟
٨٠٣	ثانياً - مراتب الشفيع
٨٠٥	كيفية التوزيع عند تراحم الشفيع
٨٠٧	ثالثاً - غيبته بعض الشفيع
٨٠٨	رابعاً - إسقاط بعض الشفيع حقه
٨٠٩	المبحث الرابع - أحكام الشفيع
٨٠٩	أولاً - طريق التملك بالشفيع
٨١٠	ثانياً - ما يلزم الشفيع دفعه أو ما يؤخذ به المشفوع
٨١٠	أ - الثمن الواجب دفعه
٨١٢	ب - الخط من الثمن أو الزيادة عليه
٨١٣	ج - تأجيل الثمن
٨١٤	د - هل يتوقف القضاء بالشفيع على دفع الشفيع الثمن؟
٨١٥	هـ - استحقاق المشفوع فيه
٨١٥	و - اختلاف الشفيع والمشتري في قدر الثمن
٨١٧	المبحث الخامس - شروط الشفيع
٨٢٥	الاحتياط لإسقاط الشفيع
٨٢٦	المبحث السادس - إجراءات الشفيع
٨٢٦	وقت وجوب طلب الشفيع
٨٢٨	مراحل طلب الشفيع
٨٢٨	١ - طلب المواثبة
٨٢٩	٢ - طلب التقرير
٨٣٠	٣ - طلب الخصومة والتملك
٨٣٠	جزاء التأخر في هذه الطلبات
٨٣١	طالب الشفيع للمحجور
٨٣٢	نظر القاضي في طلب الشفيع وإثبات الدعاوى

٨٣٣	المبحث السابع- ما يطرأ على المشفوع فيه بيد المشتري
٨٣٣	أولاً- العقود والتصرفات
٨٣٥	ثانياً- نفاء المشفوع فيه وزيادته
٨٣٧	ثالثاً- نقص المشفوع فيه
٨٤٠	المبحث الثامن- مسقطات الشفعة

وقفنا بالله تعالى