

الباب الثاني

نوابع الملكية

ويشمل اثني عشر فصلاً:

الفصل الأول

أحكام الأراضي

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

أولاً - أحكام الأراضي المستولى عليها بالفتح.
ثانياً - أحكام الأراضي المستقرة في داخل الدولة.
وأبدأ بالنوع الأول.

أولاً - أحكام الأراضي المستولى عليها بالفتح:

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

١- الأراضي التي فتحت عنوة:

تنتقل ملكية الأراضي إلى الفاتحين بمجرد الاستيلاء عليها عند الملكية على المشهور، والحنابلة 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:

فذهب جمهور الصحابة والشافعية والظاهرية^(٢): إلى أنه تنتقل ملكية هذه الأراضي من أصحابها إلى المسلمين، كالغنائم، الخمس لمن ذكرتهم آية الغنائم: ﴿وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِّن شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسُهُ وَلِلرَّسُولِ﴾ [الأنفال: ٤١/٨] والغنائم: ما أخذ من أموال أهل الحرب عنوة بطريق القهر والغلبة.

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

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

وقال الحنابلة في أظهر الروايات عن أحمد^(٥): 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.

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

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

(٣) الخرشي: ١٢٨/٣، ط ثانية، المدونة: ٢٧/٣، الحطاب: ٣/٣٦٦، القوانين الفقهية: ص ١٤٨، ط. تونس، الكافي للكليني: ١/٦٢٦، مفتاح الكرامة: ٤/٢٣٩ وما بعدها، الشرح الرضوي: ص ٣١٠، الروضة البهية: ١/٢٢٢، المختصر النافع في فقه الإمامية: ص ١٣٨.

(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 بضرية الأرض.

(٥) زاد المعاد: ١٧٣/٢، الشرح الكبير للمقدسي: ١/٥٣٨، المحرر: ٢/١٧٨، أحكام أهل الذمة لابن القيم: ص ١٠٢.

وقال الحنفية والزيدية^(١): 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 الغانمين 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 الغانمين، لعموم قوله تعالى ﴿وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسْكِينِ وَآبِئِ السَّبِيلِ﴾ [الأنفال: ٤١/٨] أي أن خمس الغنيمة لمن ذكرتهم الآية، أو للدولة، والأربعة الأخماس الباقية ملك للغانمين من غير خلاف بين الأئمة، بدليل إسناد الحق في الغنيمة للغانمين في قوله تعالى: ﴿غَنِمْتُمْ﴾ [الأنفال: ٤١/٨] أسنده إليهم إسناد الملك إلى مالكه.

وبدليل ما بينته السنة بقوله ﷺ وفعله، أما قوله فمثل: «أيما قرية أتيتموها وأقمتم بها فسهمكم فيها، وأيما قرية عصت الله ورسوله، فإن خمسها لله ورسوله، ثم هي لكم»^(٢)، فالمراد بالقرية الأولى: الفيء، ويصرف مصارفه، والمراد بالقرية الثانية: ما أخذ عنوة، فيكون غنيمة 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^(٣) كما ذكر ابن القيم في زاد المعاد.

(١) المبسوط: ١٥/١٠، ٣٧، درر الحكाम: ٢٨٥/١، فتح القدير: ٣٠٣/٤، حاشية ابن عابدين: ٣١٦/٣، ٣٥٣، البحر الزخار: ٩١٢/٢.

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

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

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

وقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه: «أما والذي نفسي بيده، لولا أن أترك آخر الناس بيّناً^(١)، ليس لهم شيء، ما فتحت علي قرية إلا قسمتها كما قسم رسول الله ﷺ خيبر، ولكني أتركها خزانة لهم، يقتسمونها»^(٢)، فكان رأي عمر أن يترك الأرض ولا يقسمها.

هل القسمة ملزمة للإمام أو 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 الغنائم: ﴿وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ﴾ [الأنفال: ٤١/٨] بوجوب القسمة يتفق مع فعله رضي الله عنه الذي يجري مجرى البيان للمجمل، فضلاً عن العام^(٣).

وأما آية الحشر: ﴿وَمَا آفَاءَ اللَّهِ عَلَى رَسُولِهِ مِنْهُمْ﴾ [الحشر: ٦/٥٩] فهي في الفيء (أي الأموال الآيلة للمسلمين بدون قتال) على ما هو الظاهر منها.

وإذا لم يقسم الإمام الأرض، فعليه أن يستطيب الغانمين، كما استطاب رسول الله ﷺ أنفس الغانمين يوم حنين ممن صار في يديه سبي هوازن، وكما فعل في خيبر وبني قريظة^(٤)، وكما استطاب عمر بن الخطاب الغانمين بعد فتح سواد العراق بعوض أو بغيره، فصارت الأرض وقفاً أي فيئاً للمصالح العامة بعد أن كانت غنيمة، فقد أعطى عمر جريراً البجلي عوضاً من سهمه، وأعطى امرأة بجلية عوضاً من سهم أبيها؛ لأن حق الغانمين قد ثبت في الغنيمة بعد الفتح بالاستيلاء،

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

(٢) صحيح البخاري: ٨٦/٤.

(٣) بداية المجتهد: ٣٨٨/١، مجمع الزوائد: ٣٤٠/٥.

(٤) رواه البخاري والبيهقي وغيرهما (سنن البيهقي: ٦٤/٩، ١٣٦، البداية والنهاية: ٣٥٢/٤).

فلا يملك الإمام إبطال هذا الحق بترك الأرض في أيدي أهلها كالمقول، ومن لم يطب نفساً منهم فهو أحق بحقه^(١).

ب - وقال المالكية في المشهور عندهم والإمامية^(٢): 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 كمصر 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 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: ﴿وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ﴾ [الأنفال: ٤١/٨] وآيات الحشر: ﴿وَمَا آفَاءَ اللَّهِ عَلَى رَسُولِهِ مِنْهُمْ﴾ [الحشر: ٦/٥٩] واردة في موضوع واحد، ولكن آية الحشر مخصصة لآية الأنفال، أي أنه بعد أن كانت الثانية شاملة للأرض والمنقول، خصصتها 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، وبذلك يجمع بين الآيتين^(٣)،

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

(٢) الخطاب: ٣/٣٦٦، منح الجليل: ١/٧٣٥، بداية المجتهد: ١/٣٨٧، القوانين الفقهية: ص ١٤٨، مفتاح الكرامة: ٦/٧.

(٣) الفيء: ما أخذ بغير قتال، مصروفاً لمصالح المسلمين يفعل ولي الأمر في ذلك ما يراه مصلحة، ولا يخمس الفيء عند الجمهور خلافاً للشافعية والزيدية. (بداية المجتهد: ١/٣٢١، القوانين الفقهية: ص ١٤٧، ١٥٠، نهاية المحتاج: ١٠٦/٥، البحر الزخار: ٤٤٣/٥).

والجمع بين الأدلة عند كثير من الأصوليين مقدم على القول بالنسخ، أي بنسخ آية الحشر لآية الأنفال، كما قال بعضهم^(١).

والرسول عليه الصلاة والسلام قد عمل بآية الأنفال، وعمر قد عمل بآية الفبيء، 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^(٢)، قال عمر: فاستوعبت هذه الآية (آية الحشر) الناس إلى يوم القيامة^(٣)، وقال أيضاً: «والله ما من أحد من المسلمين إلا وله حق في هذا المال أعطي منه أو منع، حتى راع بعدن»^(٤).

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^(٥).

٢ - ترك رسول الله ﷺ قرى لم يقسمها، وقد ظهر على مكة عنوة^(٦)، 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^(٧).

٣ - إجماع الصحابة رضوا، على ما ارتآه عمر، حينما فتح سواد العراق، فقد ترك الأراضي في أيدي أهلها، وضرب على رؤوسهم الجزية، وعلى أراضيهم

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

(٢) مخطوط الدررة اليتيمة في الغنيمة للشيخ الفزاري: ق ١٠٢.

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

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

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

(٦) كما خرَّج مسلم في صحيحه، وهو الأصح عند العلماء (بداية المجتهد: ٣٨٨/١).

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

القياس لابن تيمية: ص ٤٠.

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^(١).

٤ - المعقول: إذا قسمت بين الغانمين الأرض المفتوحة التي كادت 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 الفبيء في سورة الحشر: «قد أشرك الله الذين يأتون من بعدكم في هذا الفبيء، فلو قسمته لم يبق لمن بعدكم شيء، ولئن بقيت ليلغن الراعي بصنعاء نصيبه من هذا الفبيء، ودمه في وجهه».

وقال أيضاً: «أرأيتم هذه الثغور لا بد لها من رجال يلتزمونها، أرأيتم هذه المدن العظام، كالشام والجزيرة والكوفة والبصرة ومصر، لا بد لها من أن تشحن بالجيوش وإدرار العطاء عليهم، فمن أين يعطى هؤلاء إذا قسمت الأرضون والعلوج؟ فقالوا جميعاً: الرأي رأيك، فنعم ما قلت وما رأيت»^(٢).

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 يألون حياة الزراعة والاستقرار في المدينة.

يتلخص من هذه الأدلة: أنه قد حصل بدلالة الآية وإجماع السلف والسنة تخيير الإمام في قسمة الأرضين، أو تركها ملكاً لأهلها، ووضع الخراج عليها. وأرجح اعتبار الفبيء والغنيمة بمعنى واحد: وهو كل ما جاء من العدو، كما تقضي اللغة، فيخير الإمام بكل منهما على حدة بين القسمة وعدمها على وفق مقتضيات المصلحة العامة كما رأى عمر رضي الله عنه.

(١) انظر الخراج لأبي يوسف: ص ٢٧، ٣٥، شرح السير الكبير: ٢٥٤/٣، القسطلاني: ٥/٢٠٠، الأموال: ص ٥٨.

(٢) 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 أهلها خوفاً:

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

وحكمها: 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 غنيمة، فكان حكمها حكم الفبيء 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 الفبيء: فيوقف أيضاً عند الجمهور، ويصرف لمصالح المسلمين، أي الأمر فيه للإمام يفعل ما يراه مصلحة. ويخمس عند الشافعية المنقول كالغنيمة؛ لأن آية الفبيء؛ ﴿وَمَا آفَاءَ اللَّهِ عَلَى رَسُولِهِ﴾ [الحشر: ٦/٥٩] مطلقة، وآية الغنيمة: ﴿وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ﴾ [الأنفال: ٤١/٨] 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 أنس بن مالك عن

(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 ٢٣، الشرح الكبير للدردير: ١٧٥/٢، القوانين الفقهية: ص ٦٦، الأحكام السلطانية للماوردي: ص ١٣٣، ولأبي يعلى: ص ١٣٢، 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: ٩٣/٣.

عمر، قال: كانت أموال بني النضير مما أفاء الله على رسوله مما لم يوجف 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 الفياء، إذ من المعروف أن فدك والعوالي (أموال بني النضير في المدينة)^(٢) كانت للرسول ﷺ خاصة، ولمن بعده من الأئمة، لقوله تعالى: ﴿وَمَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَى رَسُولِهِ مِنْهُمْ﴾ [الحشر: ٥٩/٦] ﴿مَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَى رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَى فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ﴾ [الحشر: ٥٩/٧] أراد أن الفياء لا يقسم كالغنائم، بدليل قوله تعالى: ﴿كُنْ لَا يَكُونُ دُولَةً بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ مِنْكُمْ﴾ [الحشر: ٥٩/٧].

وإذا أراد الإمام تفريق الفياء 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 يعمرها أرضها، ولهم نصف ثمرتها، فكانت للمسلمين دونهم. قال ابن عمر رضي الله عنهما: «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: ١٠٥/٣، ١٤٠/٥، سنن البيهقي: ٦/٦).

١١٣، سنن أبي داود: ٣٥٧/٣.

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، فمتى أسلموا سقط عنهم عند الجمهور والشيعة الإمامية^(٤)، بدليل ما كتب عمر بن عبد العزيز لعماله: ولا خراج على من أسلم من أهل الأرض.

أما عند الحنفية والشيعة الزيدية: فلا يسقط؛ لأن الخراج عندهم فيه معنى المؤنة ومعنى العقوبة، ولذا يبقى على المسلم ولا يبدأ 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، الخرشي: ١٤٩/٣، ط ثانية، كشف القناع: ٧٥/٣، المحرر: ١٧٩/٢، أحكام أهل الذمة: ص ١٠٦، مفتاح الكرامة: ٤/٢٤٩، المختصر النافع: ص ١٤.

(٣) الخراج: ص ٦٣، تبیین الحقائق: ٢٧٤/٣، حاشية ابن عابدين: ٥٣/٢، حاشية الدسوقي: ١٧٥/٢، القوانين الفقهية: ص ١٤٨، الأم: ١٠٣/٤، الشرح الكبير للمقدسي: ٥٤٣/١٠، أحكام أهل الذمة: ص ١٠٥، غاية المنتهى: ٤٦٧/١، ويلاحظ أن هذه المصادر عند الحنابلة تقرر وجوب الخراج لنا، لكن ورد في كشف القناع: ٦٨٦/٣ باب حكم الأرضين المغنومة: لا خراج على أرض صلح أهلها على أن الأرض لهم، كأرض اليمن 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، المنتزح المختار: ٥٧٥/١.

(٦) الأحكام السلطانية للماوردي: ص ١٣٣، ولأبي يعلى: ص ١٣٣، كشف 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 الغامرة: وهي التي انقطع ماؤها أو لم تستغل بسكنى أو استثمار أو غيرها. وسنعطي هنا فكرة إجمالية عن حكم كل أرض.

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

٢ - 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 الكلاء^(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 والكلاء والنار»^(٢) فإذا قطع الكلاء صاحب الأرض وأحرزه صار مملوكاً له؛ لأنه استولى على مال مباح غير مملوك فيملكه كالماء المحرز في الأواني

(١) الكلاء: 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 والكلاء والنار» ويلفظ «الناس شركاء..» ورواه ابن ماجه عن ابن عباس، وزاد «وئمنه حرام» ورواه الطبراني في معجمه عن ابن عمر، ورواه غيرهم (راجع تحقيق وتخريج أحاديث تحفة الفقهاء: ٤٣٠/٣ وما بعدها، نصب الراية: ٢٩٤/٤، سبل السلام: ٨٦/٣).

والظروف وسائر المباحات، قال ﷺ: «من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو له»^(١).

والمروج غير المملوكة، والآجام^(٢) غير المملوكة، والسّمك 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 تستعمل 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 يقطعه لأحد، لما يترتب عليه من الإضرار 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 لا يتبع تلك البلدة. ومثل أرض القرية: أرض الملح والقار^(٤) والنفط ونحوها

(١) رواه أبو داود عن سمرة بن مضرّس، وصححه الضياء في المختارة، وقال البغوي: لا أعلم بها الإسناد غير هذا الحديث (نيل الأوطار: ٣٠٢/٥ وما بعدها).

(٢) الأجمة بالتحريك: الشجر الكثير الملتف جمع أجم، وأجم، وأجمات، وجمع الجمع آجام.

(٣) البدائع: ١٩٢/٦ وما بعدها.

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

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 أو مدينة وهو الموات في اصطلاح الفقهاء.

والموات: هو ما لا يملكه أحد ولا ينتفع به من الأراضي لانقطاع 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 ارتفاق 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 لقطة يتصرف بها الإمام.

وإحياء الأرض معناه إصلاحها ببناء أو غرس أو سقي أو تفجير ماء أو حرث بحيث تصبح الأرض منتفعاً بها^(١). أما لو وضع حول الأرض أحجاراً أو تراباً أو حائطها بحائط صغير، وجعل ذلك حداً، فإنه لا يملكها؛ لأن هذا ليس بإحياء للأرض، وإنما يصير متحجراً، ويكون أحق بها من غيره باتفاق الأئمة^(٢)، لقول النبي ﷺ: «من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو أحق به». وقوله عليه الصلاة والسلام أيضاً «منى مُناخٌ لمن سبق»^(٣).

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

(٢) تكملة فتح القدير: ص ١٣٨، البدائع: ص ١٩٥، الدر المختار: ص ٣٠٧، المراجع السابقة، الشرح الكبير للدردير: ٤/ ٧٠، مغني المحتاج: ٢/ ٣٦٦، المغني: ٥/ ٥١٨، ٥٣٨، المذهب: ١/ ٤٢٥.

(٣) 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 المنتصر الكتاني: ٣/ ٤٤٢، نيل الأوطار: ٨/ ٢٢).

ومن حجر أرضاً ولم يعمرها ثلاث سنين أخذها الإمام ودفعها 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 رضي الله عنه: «ليس للمرء إلا ما طابت 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 رضي الله عنه: «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 حشاً كلاً.

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

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

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

(٤) مراجع الحنفية السابقة، مغني المحتاج: ٣٦١/٢، المغني: ٥١٣/٥ 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: ٢٨٨/٤، سبل السلام: ٨٣/٣) قال هشام بن عروة في تفسير: «وليس لعرق ظالم حق»: الظالم: أن يأتي الرجل الأرض الميتة لغيره، فيغرس فيها.

هل للبئر أو النهر في أرض الموات حریم^(١)؟

إذا حفر الرجل بئراً في بركة أو حفر نهراً في أرض موات، فيعتبر الحفر إحياء للأرض، ولكن هل للبئر أو للنهر حریم؟

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

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

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

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

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

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

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

(٤) أي مبركاً للماشية.

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

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

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 يضايق 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 يمر فيه 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 - خمسون ذراعاً، وحریم بئر الزرع ثلاث مئة ذراعاً»^(٤).

وقال الحنابلة: حریم البئر المستحدث خمسة وعشرون ذراعاً حواليتها، وحریم البئر القديم خمسون ذراعاً، بدليل حديث ابن المسيب السابق^(٥). وسيأتي في بحث إحياء الموات تفصيل الكلام في الحریم.

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

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

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

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

(٥) المغني: ٥٤٠/٥.

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 الكِراب^(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 لانقطاع 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 مطلقاً الشارع، والذي يحصل به الإحياء في العرف أحد خمسة

(١) كرب الأرض: قلبها للحرث.

(٢) القوانين الفقهية: ص ٣٣٩، الشرح الكبير: ٦٦/٤، مغني المحتاج: ٣٦١/٢، كشاف القناع: ٢٠٥/٤.

(٣) الكنز للنسفي مع تبين الحقائق: ٣٤/٦، اللباب مع الكتاب: ٢١٨/١ وما بعدها.

(٤) مغني المحتاج: المكان السابق.

أسباب: تبييض الأرض، وتنقيتها للزراع، وبناء الحائط على الأرض، وحفر الخندق القعير الذي لا يطلع من نزله إلا بمطلع، واستخراج الماء^(١).

مشروعيته:

ثبتت شرعية إحياء الموات بالسنة النبوية في أحاديث كثيرة منها:

«من أحيأ أرضاً ميتة فهي له»^(٢)، «من أحيأ أرضاً ميتة فهي له، وليس لعرق ظالم حق»^(٣) «من عمر أرضاً ليست لأحد، فهو أحق بها»^(٤) «من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو له، قال: فخرج الناس يتعادون يتخاطون»^(٥).

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.

(١) سبل السلام: ٨٢/٣.

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

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

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

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

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.

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: ما ملك بالإحياء، ثم ترك حتى دثر (درس) وعاد مواتاً:

قال الشافعية والحنابلة^(٢): لا يملك بالإحياء؛ لأن الأحاديث التي أجازت الإحياء مقيدة بغير المملوك: «من أحيا 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 ارتفاع البلدة به كما سيذكر.

وقال المالكية^(٤): يملك بالإحياء ما اندرس من عمارة الأرض، لعموم الحديث: «من أحيا 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 ثمود

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

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

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

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

ونحوها يملك بالإحياء في المذاهب الأربعة^(١)، وهو الأظهر عند الشافعية، إذ لا حرمة لملك الجاهلية، ولقوله ﷺ: «عَادِيَّ الأَرْضِ اللهُ وَلرَسُولُهُ ثُمَّ هُوَ بَعْدَ لَكُمْ»^(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 يجر عليه ملك مالك.

وقال الشافعية: هو مال ضائع، أمره إلى الإمام الحاكم في حفظه إلى ظهور مالكة، أو بيعه 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: إن 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 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

(١) المراجع السابقة.

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

(٣) المراجع السابقة.

(٤) اللباب شرح الكتاب: ٢/٢١٩ وما بعدها، البدائع: ٦/١٩٤، تبين الحقائق: ٦/٣٤، الدر المختار ورد المحتار: ٥/٣٠٧، تكملة الفتح: ٨/١٣٦.

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 كمحتطب 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 للمحيي 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 لتمام الانتفاع، مثل مرتكض الخيل ومناخ الإبل ومطرح الرماد ونحوها.

٤- **مذهب الحنابلة**^(٣): الموات: هو الأرض التي ليس لها مالك، ولا بها ماء، 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 طرقة ومسيل مائه ومطرح قمامته وملقى ترابه وآلاته، والمتعلق بمصالح القرية كفنائها ومرعى ماشيتها ومحتطبها وطرقتها ومسيل مائها، والحد الفاصل بين القريب والبعيد يتحدد بالعرف.

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

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

(٢) مغني المحتاج: ٣٦١/٤، ٣٦٣، المهذب: ٤٢٣/١.

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

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 المسناة (السد: وهو ما يبنى 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 في الأرض وغيرها من أحد أمور سبعة هي:

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

والثاني: بإزالة الماء منها حيث كانت الأرض غامرة بالماء.

والثالث: ببناء أرض.

والرابع: بسبب غرس الشجر فيها.

والخامس: بسبب تحريك أرض بحرثها ونحوه (الحرثة).

والسادس: يكون بسبب قطع شجر بها بنية وضع يده عليها.

والسابع: بسبب كسر حجرها مع تسوية الأرض.

وقال الشافعية^(٣): 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.

(١) تبين الحقائق: ٣٦/٦، 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 ٣٣٩.

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

فإن أراد إحياء الموات مسكناً، اشترط فيه تحويط البقعة بآجر 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 ليتهاياً 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 زريبة دواب أو نحوها، كحظيرة لجمع ثماروغلات 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 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.

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

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

ومثل الحائط: أن يغرس فيها شجراً، أو أن يمنع عن الموات ما لا يمكن زرعها إلا بحبسه عنها كأرض البطائح^(١).

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.

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.

قال الحنفية^(٢): إن حجر شخص الأرض، لا يملكها بالتحجير؟ لأنه ليس بإحياء في الصحيح؛ لأن الإحياء جعلها صالحة للزراعة، والتحجير للإعلام مشتق من الحجر: وهو منع غيره 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 المحتجر أولى بها من غيره، ولا تؤخذ منه إلى ثلاث سنين، فإذا لم يعمرها فيها، أخذها الحاكم منه، ودفعها إلى غيرها. والتقدير بثلاث سنين مأخوذ من قول عمر رضي الله عنه: «ليس لمتحجر بعد ثلاث سنين حق»^(٣) لكن هذا حكم ديانة، أما قضاء: فإذا أحيها غيره قبل مضيها، ملكها لتحقق سبب الملك منه، دون الأول أي المتحجر.

(١) البطحاء والأبطح: مسيل واسع فيه دقاق الحصى.

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

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

وقال المالكية^(١): لا يكون الإحياء بتحويل (تحجير) للأرض بنحو خط عليها، ولا رعي كلاً بها، ولا حفر بئر ماشية أو شرب بها، إلا أن يبين الملكية حين حفر البئر، فإن بينها فإحياء.

وقرر الشافعية والحنابلة^(٢): 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 بحائط صغير لم يملكها بما ذكر؛ لأن الملك بالإحياء، وليس هذا إحياء.

لكن يصير أحق الناس به لحديث أبي داود: «من سبق إلى ما 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 فتملكه، أو تتركه لمن يحييه، إن حصل متشوف للإحياء؛ لأنه ضيق على الناس في حق مشترك بينهم، فلم يمكن 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 يمهل، فهم تقريباً كالحنفية.

المبحث الرابع - شروط الإحياء:

هناك شروط في المحيي، والأرض المحيية، وإجراء الإحياء.

المطلب الأول - شروط المحيي:

المحيي: هو الذي يباشر الإحياء الذي هو من أسباب الاختصاص أو التملك، ويجوز إحياء كل من يملك المال؛ لأنه فعل يملك به كالأصطياد. ولا يشترط عند الجمهور (الحنفية والمالكية والحنابلة)^(٣) كون المحيي مسلماً،

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

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

(٣) الهداية مع تكملة الفتح: ١٣٨/٨، الشرح الكبير: ٦٩/٤، المغني: ٥١٧/٥.

فلا فرق بين المسلم والذمي في الإحياء، لعموم قول النبي ﷺ: «من أحيا أرضاً ميتة، 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 أحيا ذمي أرضاً، نزعت منه ولا أجرة له، فلو نزعها منه مسلم وأحياها، ملكها، وإن لم يأذن له الإمام، إذ لا أثر لفعل الذمي.

المطلب الثاني — شروط الأرض المحيية:

يشترط في الأرض المحيية شروط تتعلق بملكيتها والارتفاع 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 لها في الإسلام، فكأنها خربت من عهد عاد). وهذا الشرط متفق عليه فقهاً^(٢).

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

٣ - أن تكون الأرض عند الشافعية في بلاد الإسلام: فإن كانت في دار الحرب

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

(٢) الدر المختار: ٥/٣٠٦، اللباب شرح الكتاب: ٢/٢١٩، الشرح الكبير: ٤/٦٦، مغني

المحتاج: ٤/٣٦١، المهذب: ١/٤٢٣، كشاف القناع: ٤/٢٠٥.

(٣) الهداية مع التكملة: ٨/١٣٦، البدائع: ٦/١٩٤، الدر المختار: ٥/٣٠٦ وما بعدها،

اللباب: المكان السابق، الشرح الكبير: ٤/٦٧، مغني المحتاج: ٤/٣٦٣، المغني: ٥/

٥١٦، ٥٢٥، كشاف القناع: ٤/٢٠٨.

فللمسلم 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، وأن يكون فيها الإذن لمسلم، فلا يأذن الإمام لذمي على المشهور في إحياء الأرض القريبة من العمران، ولا يجوز للذمي إحياء الأرض في جزيرة العرب: مكة والمدينة وما والاها.

وقال الصحابان والشافعية والحنابلة^(٧): من أحيا أرضاً مواتاً، تملكها، وإن لم

(١) مغني المحتاج: ٣٦٢/٤.

(٢) المغني: ٥١٥/٥، المراجع السابقة.

(٣) البدائع: ١٩٤/٦ وما بعدها، الهداية مع التكملة: ١٣٦/٨، تبين الحقائق: ٣٥/٦، الدر المختار: ٣٠٧/٥، الخراج لأبي يوسف: ص ٦٤.

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

(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 ٣٣٩، الشرح الصغير: ٩٤/٤.

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

يأذن له فيها الإمام، اكتفاء بإذن رسول الله ﷺ: «من أحيا أرضاً ميتة فهي له» الصادر بطريق الشرع والنبوة، ولأنه مال مباح كالاختطاب 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، ودفعها 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^(١).

والتقدير بثلاث سنين مأخوذ - كما عرفنا - من قول عمر رضي الله عنه: «ليس لمتحجر بعد ثلاث سنين حق»^(٢). وهذه مدة معقولة لاستصلاح الأراضي وتدابير مصالحها. لكن هذا الحكم من طريق الديانة، أما من طريق القضاء، فلو أحيها غيره قبل مضي تلك المدة، ملكها لتحقق سبب الملك منه، دون الأول.

ومذهب الشافعية والحنابلة كالحنفية تقريباً.

المبحث الخامس - أحكام إحياء الموات:

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

(١) تبين الحقائق: ٣٥/٦.

(٢) 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، فعطلوها وتركوها، فأخذها قوم آخرون، فأحيوها، فخاصم فيها الأولون إلى عمر بن الخطاب، فقال: لو كانت مني أو من أبي بكر لم أرددها، ولكنها من رسول الله ﷺ، وقال: من كانت له أرض، فعطلها ثلاث سنين، لا يعمرها، فعمرها غيره، فهو أحق بها. (نصب الراية: ٤/٢٩٠).

المطلب الأول — تملك الأرض المحيية:

هل يثبت بإحياء الموات ملك الاستغلال (حق الانتفاع)، أو 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 لا حق الملكية، 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؟

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

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

(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، كشف القناع: ٢٠٦/٤.

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

والأراضي العشرية خمسة أنواع:

- ١ - أرض العرب.
- ٢ - كل أرض أسلم أهلها عليها طوعاً.
- ٣ - الأراضي التي فتحت عنوة وقهراً وقسمت بين الغانمين.
- ٤ - المسلم إذا اتخذ داره بستاناً أو كرمًا.
- ٥ - المسلم إذا أحيا الأراضي الميثة بإذن الإمام وهي من توابع الأراضي العشرية، أو تسقى بماء العشر، وهو ماء السماء وماء العيون المستنبط من الأراضي العشرية.

والأراضي الخراجية:

- ١ - سواد العراق كلها، وكل أرض فتحت عنوة وقهراً وتركت على أيدي أربابها، ومنّ عليهم الإمام، فإنه يضع الجزية على أعناقهم إذا لم يسلموا، والخراج على أراضيهم إذا أسلموا أو لم يسلموا. وهذا عند الحنفية.
- ٢ - وكذلك إذا جلاهم الإمام ونقل إليها آخرين.
- ٣ - والمسلم أو الذمي إذا أحيا أرضاً ميثة، وهي تسقى بماء الخراج، والذمي إذا اتخذ داره بستاناً^(١).

وقال الحنابلة: لا خراج على من أحيا موات الأرض المفتوحة عنوة، كأرض مصر والشام والعراق. أما إن أحياها ذمي فهي خراجية مطلقاً بالاتفاق^(٢).

المطلب الثالث — القيد الوارد على ملكية المحيي والملكية الإضافية — الحریم:

الحریم: هو ما تمس الحاجة إليه لتمام 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.

(١) تحفة الفقهاء: ١/٤٩٢-٤٩٥.

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

ولا يجوز باتفاق الفقهاء^(١) إحياء حريم 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.

والخلاصة: أن كل مملوك لا يجوز إحياء ما تعلق بمصالحه.

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

والكلام عن الحريم في أصل مشروعيته، ومقداره.

مشروعية الحريم:

الأصل في مشروعية الحريم: أن النبي ﷺ جعل للبئر حريماً^(٢). وللعين حريم بالإجماع، لأنه عليه الصلاة والسلام جعل لكل أرض حريماً^(٣).

مقدار الحريم:

للفقهاء تقديرات متقاربة للحريم.

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

مغني المحتاج: ٣٦٣/٤، المهذب: ٤٢٣/١، المغني: ٥٢٥/٥، كشاف القناع: ٢٠٨/٤.

(٢) 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 الراية: ٤/٢٩١).

(٣) أخرج أبو داود في مراسيله عن الزهري عن سعيد بن المسيب، قال: قال رسول الله ﷺ «حريم البئر العادية خمسون ذراعاً، وحريم بئر البديء خمسة وعشرون ذراعاً» وأخرج الحاكم عن عبادة بن الصامت أن النبي ﷺ قضى في النخلة أن حريمها مبلغ جريدها (نصب الراية: ٢٩٢/٤ وما بعدها) وزاد الزهري: «وحريم العين خمس مئة ذراع من كل ناحية».

مذهب الحنفية^(١):

١- **حریم العين الجارية:** الأصح أن حریمها خمس مئة ذراع من كل جانب والذراع ست قبضات، كل قبضة أربع أصابع، وهو من المرفق إلى الأنامل. لقول الزهري: «وحریم العين خمس مئة 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.

٢- **وحریم البئر:** يختلف بين بئر العطن (العطن: مُناخ الإبل حول البئر)، 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^(٢).

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.

٣- **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 لا نص في الشرع.

٤- **حریم النهر:** اختلف فيه الحنفية. فعن 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 إنه يحتاج إلى المشي على

(١) الدر المختار: ٣٠٨/٥-٣١٠، الهداية مع تكملة الفتح: ١٣٩/٨ وما بعدها، تبين الحقائق: ٣٦/٦-٣٨، الكتاب مع شرحه اللباب: ٢٢١/٢ وما بعدها، البدائع: ١٩٥/٦.

(٢) نصب الرأية: ٢٩٢/٤.

حافتي النهر، كما يحتاج إلى موضع لإلقاء الطين عليه عند كرى النهر. ثم اختلف الصاحبان في تقديره.

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

وقال محمد: قدر جميع بطن النهر من كل جانب، أي عرض النهر. واتفق الحنفية أن للنهر حرماً بقدر ما يحتاج 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 الصاحبان: له مسنة^(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 الصاحبين: لصاحب النهر.

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

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

ومقدار الحريم 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

(١) المسنة: ما يبني في وجه السيل لحبس الماء. ويراد بها هنا: ما يكون كالجسر للنهر، للمشي وإلقاء الطين عند الكرى (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.

ينشف ماءها أو يذهب، أو يغيره بطرح نجاسة يصل إليها وسخها، كما يشمل ظاهر الأرض كالبناء والغرس.

وحريم الدار: مدخلها ومخرجها، ومواضع مضابطها، وشبهها، مما يرتفق أهلها به من مطرح تراب، ومصب ميزاب لدار. وحريم الفدان^(١): حواشيه، ومدخله ومخرجه.

وحريم القرية: موضع محتطها ومرعاها.

وحريم الشجر: ما فيه مصلحة عرفاً، فلصاحبها منع من أراد إحداث شيء بقربها يضرّ بها، من بناء أو غرس أو حفر بئر ونحوها.

وعند الشافعية^(٢): يرجع في تقدير الحريم إلى العرف، حتى إن المنصوص عليه مراعى فيه العرف والحاجة. والحريم كما تقدم: هو ما تمس الحاجة إليه لتمام الانتفاع بالمعمور، وإن حصل الانتفاع بدونه.

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

وحريم 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.

وحريم بئر الشرب: موضع المستقي منها.

وحريم النهر: هو ملقى الطين وما يخرج منه بحسب العرف في الموضع. بدليل حديث عبد الله بن مغفل السابق أن النبي ﷺ قال: «من احتفر بئراً، فله أربعون ذراعاً حولها، عطناً لماشيته».

(١) الفدان: ٥٧٦٠ م = ٢٤٠ قصبه، والدونم: ١٠٠٠ م.

(٢) مغني المحتاج: ٣٦٣/٤ وما بعدها، المهذب: ٤٢٤/١ وما بعدها.

(٣) أما المحفورة في ملكه، فيعتبر فيها العرف.

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 لا حریم لها. ويتصرف كل واحد في ملكه على العادة، فإن تعدى ضمن.

ويجوز إحياء موات الحرم المكي، 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 انطمت وذهب ماؤها، فجدد حفرها وعمارتها، أو انقطع ماؤها، فاستخرجه المحيي 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.

والدليل ما 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 ثلاث مئة ذراعاً».

وحریم عين وقناة من موات حولها: خمس مئة ذراع، أي ذراع اليد؛ لأنه المتبادر عند الإطلاق.

وحریم نهر من حافته: ما يحتاج النهر إليه، لطرح كرايته (أي ما يلقي منه طلباً لسرعة جريه) وما يضر صاحبه، بتملكه عليه، وإن كثر، وكذا ما يرتفق بدخوله؛ لأنه من مصالحه.

(١) كشف القناع: ٢١٢/٤ وما بعدها، المغني: ٥٤٢/٥.

(٢) لم يرد عاداً بعينها، لكن لما كانت «عاد» في الزمن الأول، وكانت لها آثار في الأرض، نسب إليها كل قديم. لذا عرفت بأنها: القديمة.. الخ.

وحريم شجرة: قدر مد أغصانها. وحريم النخل: بقدر مد جريدها، لحديث أبي سعيد الخدري المتقدم: «اختصم إلى النبي ﷺ في حريم نخلة، فأمر بجريده من جرائدها فذرعت، فكانت سبعة أذرع، أو خمسة أذرع، ففضى بذلك».

وحريم أرض زراعة: قدر ما يحتاجه زارعها لسقيها، وربط دوابها، وطرح سبخها ونحوه، كمصرف مائها عند الاستغناء عنه، لأن كل المذكور من مرافقها.

وحريم الدار: مطرح تراب وكناسة وثلج وماء وميزاب، وممر إلى بابها؛ لأن هذا كله مما يرتفق بها ساكنها.

ولا حريم لدار محفوفة بملك الغير من كل جانب؛ لأن الحريم من المرافق، ولا يرتفق بملك غيره؛ لأن مالكة أحق به، ويتصرف كل واحد منهم في ملكه وينتفع بحسب ما جرت به العادة، فإن تعدى العادة، منع التعدي، عملاً بالعادة.

وبناء عليه: لو حفر رجل بئراً في أرضه، فأدى إلى نضوب ماء بئر الجار، وجب سد ماء البئر، عند الحنابلة.

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 ما فيها من الكلاً، 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 ليمنع إحياء الموات، ورعي ما فيه من الكلاً، لما روى الصعب بن جثامة: أن النبي ﷺ قال: «لا حمى إلا لله ولرسوله»^(٢)، وهذا يدل على أن للنبي ﷺ أن يحمي نفسه، بخلاف غيره من الأئمة.

ويجوز باتفاق المذاهب في الصحيح عند الشافعية للإمام أن يحمي لخيال المجاهدين ونعم^(٣) الجزية، وإبل الصدقة، والماشية الضعيفة، بدليل أن النبي ﷺ

(١) نيل الأوطار: ٣٠٨/٥، المغني: ٥٢٨/٥ وما بعدها، الدردير في الشرح الكبير: ٦٨/٤ وما بعدها، وفي الصغير: ٩٢/٤، المهذب: ٤٢٧/١، كشف القناع: ٢٢٣/٤ وما بعدها.

(٢) رواه أحمد والبخاري وأبو داود (نيل الأوطار: ٣٠٨/٥).

(٣) النعم: الإبل والبقر والغنم.

حمى النقيع^(١) للخيل - خيل المسلمين^(٢). 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 الإسلام، فعلام تحميها؟ فأطرق عمر رضي الله عنه، وجعل ينفخ، ويفتل شاربه، وكان إذا كره أمراً، فتل شاربه ونفخ، فلما رأى الأعرابي ما به، جعل يردد ذلك، فقال عمر: «المال مال الله، والعباد عباد الله، فلولاً ما أحمل عليه في سبيل الله (أي لخيل الجهاد) ما حميت من الأرض شبراً في شبر»^(٣).

قال مالك: بلغني أنه كان يحمل في كل عام على أربعين من الظهر، وقال مرة: من الخيل.

وقال البخاري: بلغنا أن النبي صلى الله عليه وسلم حمى النقيع، وأن عمر حمى شرف والرَبْذَة^(٤).

وعن أسلم مولى عمر: أن عمر استعمل مولى له، يدعى «هُنَيًّا» على الحمى، وقال له: يا هُنَي، اضمم جناحك على المسلمين^(٥)، واتفق دعوة المظلوم، فإن دعوة المظلوم مستجابة، وأدخل رب الصُّرَيْمَة^(٦)، ورب الغنيمة، وإياك ونعم ابن

(١) النقيع: موضع معروف، على بعد عشرين فرسخاً من المدينة، وقدره ميل في ثمانية أميال. وأصل النقيع: كل موضع ينتقع فيه الماء، فيكثر فيه الخصب، بسبب وجود الماء. والفرسخ ٥٥٤٤ م، والميل ١٨٤٨ م.

(٢) رواه أحمد عن ابن عمر (نيل الأوطار: ٣٠٨/٥) ورواه البخاري وأبو داود عن الصعب بن جثامة (جامع الأصول: ٣/٣٣١).

(٣) رواه أبو عبيد بإسناده عن عامر بن عبد الله بن الزبير. ورواه البخاري والموطأ عن أسلم مولى عمر (جامع الأصول: ٣/٣٢٨ وما بعدها).

(٤) رواه البخاري عن الصعب بن جثامة (نيل الأوطار، المكان السابق) والشرف: موضع بقرب مكة، والرَبْذَة: موضع معروف بين مكة والمدينة.

(٥) في كتب الفقه: اضمم جناحك عن الناس، أي أمسك يدك ولا تمدّها إلى ضرر مسلم، أي تواضع لهم، أو اتق الله فيهم.

(٦) الصريمَة: تصغير صرمة: وهي القطعة من الإبل نحو الثلاثين، فهي ما بين العشرين إلى الثلاثين من الإبل، أو من العشر إلى الأربعين منها، والغنيمة: ما بين الأربعين والمئة من الشاء.

عوف، ونعم ابن عفان^(١)، فإنهما إن تهلك ماشيتهما، يرجعان إلى نخل وزرع. ورب الصريمة ورب الغنيمة، إن تهلك ماشيتهما، يأتيني ببينة يقول: يا أمير المؤمنين أفتاركهم أنا، لا أبالك^(٢)، فالماء والكلأ أيسر عليّ 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^(٣).

قال ابن قدامة^(٤): وهذا إجماع من الصحابة، ولأن ما كان لمصالح المسلمين، قامت الأئمة فيه مقام رسول الله ﷺ، وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال: «ما أطعم الله لنبي طعمة، إلا جعلها طعمة لمن بعده» رواه أحمد.

وأجاز المالكية^(٥) الحمى الشرعي بشروط أربعة، هي:

١ - حاجة المسلمين إليه: فلا يحمي الإمام أو نائبه لنفسه، ولا لغيره عند عدم الحاجة.

٢ - أن يكون المحمي قليلاً، لا كثيراً. والقليل: ما لا يضيق فيه على الناس والكثير: ما ضيق فيه على الناس.

٣ - أن يكون المحمي 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.

(١) أي لا تدخلها الحمى، فإنهما غنيان لا يضرهما هلاك نعمتهما.

(٢) ظاهره الذم، والقصد: التحريض على الشيء.

(٣) رواه البخاري (نيل الأوطار، المكان السابق).

(٤) المغني: ٥٣٠/٥.

(٥) الشرح الكبير: ٦٩/٤، الشرح الصغير: ٩٢/٤.

ثالثاً — حكم ما حماه النبي ﷺ أو إمام غيره^(١):

ليس لأحد نقضه، ولا تغييره، مع بقاء الحاجة إليه، لأنه كالمخصوص عليه، ومن أحياء منه شيئاً لم يملكه.

وإن زالت الحاجة إليه، ففيه عند الشافعية والحنابلة وجهان: أحدهما - يجوز لأنه زال السبب.

والثاني - لا يجوز، لأن ما حكم به رسول الله ﷺ نص، فلا يجوز نقضه بالاجتهاد.

وإن حمى إمام آخر بعد النبي، فغيره هو، أو غيره من الأئمة: جاز.

وإن أحياء إنسان بعد الإمام ففيه قولان عند الشافعية والحنابلة:

أحدهما - لا يملكه، كما لا يملك ما حماه رسول الله ﷺ، ولأن اجتهاد الإمام لا يجوز نقضه.

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 تسويغ 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^(٢).

(١) راجع المذهب: ٤٢٧/١، المغني: ٥٣٠/٥، كشف القناع: ٢٢٤/٤.

(٢) نيل الأوطار: ٣١١/٥.

ثانياً — مشروعيته:

يجوز للإمام أن يقطع موات الأرض لمن يملكه بالإحياء، لما روى وائل بن حُجر: «أن النبي ﷺ أقطعه أرضاً بحضرموت، وبعث معاوية ليقطعها إياه»^(١)، وروى ابن عمر: «أن النبي ﷺ أقطع الزبير حُضر فرسه»^(٢)، وأجرى الفرس حتى قام، ثم رمى بسوطه، فقال: أقطعه، 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 عنه 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، أتخذ فيها قصيلاً^(٥) لخلي فافعل. قال: فكتب عمر إلى أبي موسى: إن كانت كما يقول، فاقطعها 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 وغورّيها وحيث يصلح الزرع من قدس^(٨)، ولم يعطه حق مسلم»^(٩).

(١) رواه الترمذي وصححه (نيل الأوطار: ٣١٢/٥).

(٢) حضر فرسه: مقدار عدوه.

(٣) رواه أحمد وأبو داود لكن في إسناده رجل فيه مقال، وهو عبد الله بن عمر بن حفص بن عاصم بن عمر بن الخطاب (نيل الأوطار: ٣١٢/٥).

(٤) رواه سعيد بن منصور في سننه.

(٥) القصيل: الشعير يجز أخضر لعلف الدواب.

(٦) روى هذه الآثار كلها أبو عبيد في الأموال.

(٧) القبليّة: ناحية من ساحل البحر، بينها وبين المدينة خمسة أيام.

(٨) المجلس: كل مرتفع من الأرض، ويطلق على أرض نجد. وغوريها: نسبة إلى غور، قال في

القاموس: إن الغور يطلق على ما بين ذات عرق إلى البحر، وكل ما انحدر مغرباً عن تهامة،

وموضع منخفض بين القدس وحوارن مسيرة ثلاثة أيام 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 الأوطار: ٣٠٩/٥).

ثالثاً — أنواع الإقطاع:

الإقطاع ثلاثة أقسام: إقطاع تمليك، وإقطاع استغلال، وإقطاع إرفاق. 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 ﷺ - كما تقدم - 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 كالمتحجر الشارع في الإحياء، فيكون أحق به إذا أحياه في خلال مدة، أقصاها عند الحنفية ثلاث سنين، لقول عمر: «ليس لمتحجر بعد ثلاث سنين حق».

ولا ينبغي للإمام أن يقطع من الموات إلا ما قدر المقطع على إحيائه؛ لأن في إقطاعه أكثر من هذا القدر تضيقاً 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

(١) الأحكام السلطانية للماوردي: ص ١٨٣، الأحكام السلطانية لأبي 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.

ماعجز 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 تملكياً، وانتفاعاً 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 ملكاً؛ لأنها وقف عندهم، بل يقطعها إمتاعاً وانتفاعاً. وأما ما لا يصلح لزراعة الحب، وإن صلح لغرس الشجر، وليس من العقار، فإنه من الموات، يقطعه ملكاً وانتفاعاً.

وأما أرض الصلح فلا يقطعها الإمام لأحد مطلقاً؛ 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 ما لم يضيق على الناس أو يضر بالمارة، فمن أقطع شيئاً 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.

ولللجالس في الرحاب أو الطرق أن يظلل على نفسه بما لا ضرر فيه من حصير

(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، الأحكام السلطانية

للمواردي: ص ١٨٤، الأحكام السلطانية لأبي يعلى: ص ٢١٣.

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 الخلقة، 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 الإنسان^(١).

أنواع المعادن: المعادن عند الحنفية أنواع^(٢):

(١) - ما يقبل الطرق والسحب، فيعمل منه الصفائح والحلي والأسلاك، أو ما يذوب بالإذابة وينطبع بالحلية - بتعبير الفقهاء، كالذهب والفضة والحديد والنحاس والرصاص ونحوها.

(٢) - ما لا يقبل الطرق والسحب أو ما لا يذوب بالإذابة، كالماس والياقوت والبلور والعقيق والفيروز والكحل والزرنيخ، ونحوها.

(٣) - المعادن السائلة أو المائعة، كالنفط والقار ونحوها من الزيوت المعدنية.

(١) تبين الحقائق: ٢٨٧/١ وما بعدها، مختصر المعاملات الشرعية للأستاذ الشيخ علي الخفيف: ص ٢٩، الأموال ونظرية العقد، للدكتور محمد يوسف موسى: ص ١٩٤.
(٢) البدائع: ٦٧/٢، ٦٨.

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، كالنفط 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 بالترفة في مقدار الزكاة بين المعدن والكنز، والركاز يشمل الاثنين وكلاهما من البر، وهناك معادن البحر.

أولاً - المعدن:

أ- 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 الغنيمة، والباقي وهو الأربعة الأخماس لمن عثر عليه، كائناً من كان إلا الحربي المستأمن، فإنه يسترد منه الكل.

ودليلهم: قوله ﷺ: «وفي الركاز الخمس»^(٤) والركاز: اسم للمعدن حقيقة، ويطلق على الكنز مجازاً؛ لأن العرب تقول: أركز الرجل: إذا أصاب ركازاً، وهي

(١) الأحكام السلطانية للماوردي: ص ١٨٩ وما بعدها، الأحكام السلطانية لأبي يعلى: ص ٢١٩ وما بعدها.

(٢) البدائع: ٦٥-٦٨، تبيين الحقائق: ٢٨٨/١ وما بعدها، الدر المختار: ٥٩/٢ وما بعدها.

(٣) البدائع: ١٦٤/٦، الدر المختار: ٣٠٨/٥.

(٤) رواه الجماعة (أحمد والأئمة الستة) عن أبي هريرة (نيل الأوطار: ١٤٧/٤، نصب الراية: ٣٨٠/٣).

قطع من الذهب تخرج من المعادن^(١). وروى أبو يوسف عن أبي هريرة رضي الله عنه، قال: قال رسول الله ﷺ: «في الركاز الخمس، قيل: وما الركاز يا رسول الله؟ قال: الذي خلقه الله في الأرض يوم خلقت»^(٢) فدل النص عندهم على أن الركاز يطلق على المعدن، فالمعدن ركاز، وعلى المال المدفون.

ب - وإن كان المعدن مما لا يقبل الطرق والسحب، كالماس 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 والقيرو: 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، أو دار أو منزل أو حانوت، فلا خوف عند الحنفية في أن الأربعة الأخماس لصاحب الملك، وإن وجده غيره في أرضه؛ لأن المعدن من توابع 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 الإسلام، كالمصحف والدرهم

(١) خالفهم الجمهور في الحكم، فقالوا: لا يقال للمعدن ركاز، لحديث: «المعدن جبار - أي هدر - وفي الركاز الخمس» فقد فرق بينهما بالعطف، فدل ذلك على المغايرة.

(٢) نصب الراية: ٣٨٠/٢.

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 إن كان فقيراً، والتصدق به إن كان غنياً.

ب - وإن كان غير إسلامي، بأن وجد عليه علامة الجاهلية أو الرومان أو الفرس، كان لبيت المال الخمس، والباقي وهو الأربعة الأقسام 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 غنيمة 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، لا شيء فيه لبيت المال عند أبي حنيفة ومحمد، وجميعه للواجد، بدليل ما روي 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 غنيمة، فلا خمس فيه. والعنبر: هو الطيب المعروف.

وعند أبي يوسف: في كل ما خرج من البحر من الحلي والجواهر: الخمس لبيت المال، والباقي لواجده 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 غنيمة، وفي الغنائم الخمس بنص القرآن^(١). وهذا الرأي هو الأولى بالاتباع في الظروف الدولية الحاضرة.

(١) البدائع: ٦٨/٢.

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^(١).

المعادن عند المالكية^(٢):

المعدن غير الركاز، والركاز هو الكنز، والمعدن: هو ما يخرج من الأرض من ذهب أو فضة بعمل وتصفية. ومذهب المالكية يتفق مع النظرة الحديثة للدول في ملكية المعادن.

أولاً - المعدن: ملكيته، والواجب فيه:

أما ملكيته فأنواع ثلاثة:

١- إن كان في أرض غير مملوكة لأحد: فهو للإمام أي السلطان أو نائبه، يقطعه لمن شاء من المسلمين، انتفاعاً، لا تمليكاً، أو يجعله في بيت المال للمصلحة أو المنفعة العامة، ولا يختص بشيء منه من وجد في أرضه.

٢- أن يكون في أرض مملوكة لمالك معين: هو للإمام في مشهور المذهب، وقيل: لصاحب الأرض.

٣- 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، فلو لم يكن حكمها للإمام، لأدى الأمر إلى الفتن والهرج.

وأما الواجب في المعدن فهو الزكاة: وهي ربع العشر^(٣) إن كان نصاباً. فإن كان دون النصاب، فلا شيء فيه. ولا حول في زكاة المعدن، بل يزكى لوقته، كالزراع.

(١) الأموال: ص ٣٤٥-٣٤٧.

(٢) القوانين الفقهية: ص ١٠٢، الشرح الصغير وحاشية الصاوي عليه: ١/٦٥٠-٦٥٤.

(٣) هذا هو مقدار زكاة الذهب والفضة، كما ثبت في السنة (نيل الأوطار: ٤/١٣٧).

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.

الثاني - أن يوجد في أرض مملوكة: قيل: يكون لواجده، وقيل: يكون للمالك الأرض.

الثالث - أن يوجد في أرض فتحت عنوة: قيل: لواجده، وقيل للذين افتتحوا 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 الركاز الخمس لبيت المال، وباقيه لواجده إن لم تكن الأرض مملوكة. فإن كانت مملوكة، فللمالك الأرض الأصلي الذي ملكها بإحياء ثم لوارثه، لا للمالك الحالي مطلقاً سواء ملكها بشراء أو هبة.

هذا إن علم المالك الأصلي (البائع الأصلي أو الواهب)، وإلا فللقطة.

المعادن عند الشافعية والحنابلة^(١):

(١) - المعدن غير الركاز عندهم. فالمعدن: هو ما تولد من الأرض، وكان من غير جنسها فهو جزء من الأرض. والركاز: هو دفين الجاهلية أو من تقدم من الكفار. ويفرقون بين نوعين فيها وهي المعادن الظاهرة: وهي ما برزت بلا عمل،

(١) مغني المحتاج: ٣٩٤-٣٩٦، المهذب: ١٥٧/١ وما بعدها، ٤٢٥، نهاية المحتاج: ٤/٢٥٣، الأحكام السلطانية للماوردي: ص ١٨٩ وما بعدها. المغني: ٢٧/٣-١٧/٣، ٥٢٠/٥-٥٢٤، ٥٤٤، كشف القناع: ٢٥٩-٢٦٥، ٢٠٨/٤ وما بعدها، ٢١٦ وما بعدها، الأحكام السلطانية لأبي يعلى: ص ٢١٩ وما بعدها.

ويتوصل إليها بلا مؤنة أي لا تحتاج لعزل عن غيرها، وإنما العمل والجهد في تحصيلها، كالنفط والقار والملح والكبريت.

والمعادن الباطنة: وهي التي تحتاج لاستخراجها إلى عمل ومؤنة كالذهب والفضة والحديد والنحاس والرصاص، أي تحتاج لفصلها عن غيرها لاختلاطها بالتراب.

(٢) - والمعادن الظاهرة: لا يجوز إقطاعها لأحد من الناس سواء إقطاع تملك أو إقطاع إرفاق، 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 ملحاً مأرب، فقال رجل: يا رسول الله، إنه كالماء العذب (أي الذي لا ينقطع) 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 المحيا للانتفاع من غير تكرار عمل. وهذا أي حفر المعدن: حفر وتخريب يحتاج إلى تكرار عند كل انتفاع، فمجرد الاكتشاف لا يكون سبباً لملك المعدن.

(٣) - ومن أحياء أرضاً مواتاً، فملكها بذلك، فظهر فيها معدن باطن كالذهب أو الفضة، ملكه عند الشافعية؛ لأنه بالإحياء ملك الأرض بجميع أجزائها، ومن أجزائها المعدن، بخلاف الركاز أو الكنز، فإنه مودع فيها للنقل عنها. أما المعدن الظاهر، فلا يملك كما عرفنا بالإحياء عند الشافعية؛ لأنه حق للجميع^(٢).

(١) رواه الترمذي وأبو داود وباقي أصحاب السنن الأربعة، وصححه ابن حبان عن أبيض بن حمال (نيل الأوطار: ٣١٠/٥).

(٢) مغني المحتاج: ٣٧٢/٢ - ٣٧٣.

وقال الحنابلة^(١): من أحيأ أرضاً مواتاً، فملكها، فيملك المعادن الجامدة؛ لأنه 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 والكلاء والنار»^(٢).

(٤) - 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 أحيها شخص، فيملك المحيي المعدن الباطن عند الشافعية. ويملك عند الحنابلة فقط المعدن الجامد دون السائل.

(٥) - 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، فتجب عندهم الزكاة في المعادن الحامدة كالحديد ونحوه، وفي المعادن الجارية كالغاز والنفط، كما جاء في المغني [٢٣/٣].

(٦) - وأما الكنز: وهو دفين الجاهلية، فيجب فيه الخمس في بيت المال، والباقي إن وجد بأرض مملوكة، فهو عند الشافعية والحنابلة لملك 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 لملكه إن عرف، وإلا فهو لقطعة. وهذا باتفاق الشافعية والحنابلة.

(١) المغني: ٥٢٢/٥.

(٢) والرواية الثانية: يملكها لأنها خارجة من أرضه المملوكة له، فأشبهت الزرع والمعادن الجامدة. وقد مشى القاضي أبو يعلى في الأحكام 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 أحكامه 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 تصريف الماء الملوث في مصرف معين، أو المرور في أرض الغير، أو البناء فوق دار غيره (حق التعلي)، 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^(٣).

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.

(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 تابعاً للعين المملوكة دائماً، فينتقل من شخص إلى آخر.

(٢) الحق في اصطلاح القانونيين نوعان: حق عيني وحق شخصي. فالأول: هو علاقة مباشرة بين شخص وشيء معين بذاته، مثل حق الملكية وحق الارتفاق. وحق شخصي: هو علاقة شرعية بين شخصين، أحدهما يكون مكلفاً بعمل، والآخر بالامتناع عن عمل، كعلاقة الدائن والمدين، يكلف المدين بأداء الدين، وهذا عمل، وعلاقة المودع بالوديع، فلأول حق على الوديع في ألا يستعمل الوديع، وهذا امتناع عن عمل.

(٣) راجع مختصر أحكام المعاملات الشرعية لأستاذنا الشيخ علي الخفيف: ص ١٥-١٦.

أما حق الانتفاع به 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 الخالية من مثل هذا الحق. أما حق الانتفاع فقد يتعلق بالعقار، كأرض أعيرت، وقد يتعلق بالمنقول مثل كتاب أعير.

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 لمالكه الانتفاع 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 تملك، والحقوق المجردة لا تحتمل التملك. 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 التملك، وحق الارتفاق لا يقبل التملك، وإنما يجب في هذه الحالة مهر المثل.

كما لا يصح جعله بدل الخلع، بأن اختلعت المرأة نفسها عليه؛ لأن بدل العوض تملك، والارتفاق لا يحتمل التملك. 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.

(١) البدائع: ٦/١٨٩-١٩٠، تبين الحقائق: ٦/٤٣.

(٢) المرجعان السابقان، الدر المختار: ٥/٣١٦.

ويصح أن يوصى بالانتفاع به، كالإيصاء لرجل بأن يسقي أرضه مدة معلومة من حق الشرب لفلان. والإيصاء 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: بعت الأرض بحقوقها أو بمرافقها، أو كل قليل وكثير حولها.

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.

٣ - وإذا لم يعرف سبب حق الارتفاق، يترك لصاحبه حق الانتفاع به، ويفترض كونه قديماً حادثاً بسبب مشروع عملاً بقاعدة «القديم يترك على قدمه» بشرط

(١) عبارة الشافعية في ذلك: منفعة الشارع المرور، ويجوز الجلوس به لاستراحة ومعاملة ونحوهما إذا لم يضيق على المارة، ولا يشترط إذن الإمام (المنهاج للنووي مع مغني المحتاج: ٣٦٩/٤).

ألا يكون ضاراً بالغير كالمسيل القذر 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»^(١).

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 يغرّس شجراً، أو ألا يرتفع إلى ارتفاع معين^(٢).

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: «قَالَ هَذِهِ نَاقَةٌ لَهَا شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبُ يَوْمٍ مَّعْلُومٍ ﴿١٥٥﴾» [الشعراء: ١٥٥/٢٦]. 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.

(١) انظر المدخل الفقهي العام للأستاذ الزرقاء: ف ٥٩٦ وما بعدها.

(٢) الحق والالتزام للأستاذ الشيخ علي الخفيف: ص ٦٤، الأموال ونظرية العقد، يوسف موسى: ص ١٧١ وما بعدها.

ويلحق به حق الشفة: وهو حق الشرب (بضم الشين): وهو ما يخص الإنسان والحيوان من الماء لشربه. ويراد به تحقيق حاجة الإنسان 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 والصحاريح 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 بيعه أو التصرف به كما يشاء^(١)، فقد روي عن النبي ﷺ أنه «نهى عن بيع الماء إلا ما حمل منه»^(٢). وخصص حديث المنع من بيع فضل الماء^(٣) بالقياس على جواز بيع الحطب 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 رمقهما، ولم يجد المضطر ماء آخر، ولكن يجب عليه دفع قيمة الماء؛ لأن «الاضطرار

(١) البدائع: ١٨٨/٦ وما بعدها، تبيين الحقائق: ٣٩/٦، تكملة الفتوح: ١٤٤/٨ وما بعدها، الدر المختار: ٣١١-٣١٣/٥، القوانين الفقهية: ص ٣٣٩، المهذب: ٤٢٧/١، المغني: ٥٣٦/٥ وما بعدها، كشاف القناع: ٢٢٢/٤، الخراج لأبي يوسف: ص ٩٥، ٩٧.

(٢) الأموال لابن سلام: ص ٣٠٢.

(٣) رواه أحمد وأصحاب السنن إلا ابن ماجه، وصححه الترمذي عن إياس بن عبد.

(٤) متفق عليه من حديث أبي هريرة.

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 ثلاثة: 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 ماءً 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 وضعتم فيهم السلاح»^(٣).

ويلاحظ أن حكم هذين النوعين متشابه تقريباً إلا أن الأول ملك لصاحبه، والثاني غير مملوك، وللمضطر 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.

(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 يُمنع فضل الماء» وهو أن يسقي الرجل أرضه، ثم تبقى من الماء بقية لا يحتاج إليها، فلا يجوز له أن يبيعهها ولا يمنع منها أحد ينتفع بها، هذا إن لم يكن الماء ملكه، أو على قول من يرى أن الماء لا يملك.

(٣) الخراج لأبي يوسف: ص ٩٧.

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 مافضل عن حاجته لزرع وشجر، ويجب بذل الفاضل منه عن شربه وشرب ماشيته، وزرعه، لشرب غيره من الآدميين ولماشية غيره، على الصحيح لحرمة 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، لا حق 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.

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 ذكرت سابقاً - إلا بالتسمية صراحة، أو بذكر ما يدل عليه، بأن

(١) مغني المحتاج: ٣٧٥/٢.

(٢) البدائع: ١٨٩/٦، الدر المختار ورد المختار: ٣١١/٥ وما بعدها، تبيين الحقائق: ٣٩/٦، الخراج لأبي يوسف: ص ٩٥، تكملة الفتح: ١٤٥/٨، القوانين الفقهية: ص ٣٣٩، المهذب: ٤٢٧/١ وما بعدها، المغني: ٧٩/٤، ٥٣٦/٥، كشاف القناع: ٢٢١/٤، نهاية المحتاج: ٢٥٧/٤، مغني المحتاج: ٣٧٥/٢.

يقول: بعثها بحقوقها أو بمرافقها. 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 عليه سقيهم (حق الشفة) فإن منعهم، فلهم أن يقاتلوه على منعه.

وصرح الشافعية بأنه يشترط في بيع الماء تقديره بكيل أو وزن، لا بريّ الماشية 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 المجرى، 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 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:

(١) نهاية المحتاج: ٢٥٧/٤.

(٢) البدائع: ١٩٢/٦، تبين الحقائق: ٣٩/٦، تكملة الفتوح: ١٤٤/٨، الدر المختار: ٥/٥، ٢١١، القوانين الفقهية: ص ٣٣٩، المهذب: ٤٢٨/١، المغني: ٥٣١/٥، نهاية المحتاج: ٢٠٥/٤، مغني المحتاج: ٣٧٣/٢.

«الناس شركاء في ثلاثة: في الماء والكلاً والنار»^(١) وفي رواية «والمالح» وشركة الناس فيها شركة إباحة، لا شركة ملك، لعدم إحرازها، 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 (مجري الماء مطلقاً): فإن لم يفعل كان لصاحب المجري 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 تتحملة الأرض عادة، لأنه متسبب غير متعد، فإن كان السقي غير معتاد، ضمن وعليه الفتوى^(٣).

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 مسلمة حينما شكاه الضحاك بن خليفة الذي أراد إمرار ماء من أرض ابن مسلمة: «والله، ليمرّن به، ولو على بطنك»^(٤).

ج - حق الشرب يورث، وتصح الوصية بالانتفاع به، حتى عند الحنفية، الذين

(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، فيملكه 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 ما لو أراد غيره أن يأخذ الجمر، لأنه ملكه، ويتضرر بذلك، فكان له منعه كسائر أملاكه، إلا إذا لم يكن له قيمة (تبيين الحقائق: ٣٩/٦).

(٢) انظر الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي للدكتور محمد يوسف موسى: ص ١٧٥ وما بعدها.

(٣) تكملة الفتوح: ١٤٩/٨، الدر المختار: ٣١٧/٥.

(٤) تنوير الحوالك شرح الموطأ: ٢١٨/٢ وما بعدها.

يرون عدم توارث الحقوق والمنافع إلا ما استثني، ويجوز بيعه تبعاً للأرض، لامستقلاً منفرداً عنها عند الحنفية، كما أوضحت 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^(١).

والأولى الأخذ برأي غير الحنفية القائلين بجواز التصرف في الحقوق والمنافع؛ لأنها أموال متقومة، في عرف الناس.

٤ - 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^(٢). ومقتضى العدل في التوزيع: أنه إذا كان نهر بين قوم، واختصموا في الشرب، كان الشرب بينهم على قدر مساحة أراضيهم، كما بينت؛ لأن المقصود هو الانتفاع بسقي الأراضي، فيقدر حقهم بقدرها، بخلاف الطريق؛ لأن المقصود منه هو المرور، وهو لا يختلف قدره سعة وضيقاً، ولا عبرة لسعة الدار وضيقها؛ لأن المقصود الاستطراق.

كما أن مقتضى العدل أيضاً أن يتم تغيير التوزيع برضا الجميع، فليس لمشارك بلا رضاهم أن يشق جدولاً من النهر، أو ينصب عليه رحى، أو آلة نزع، أو جسراً، أو يوسع فم 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^(٣).

(١) الدر المختار: ٣١٦/٥ وما بعدها، تبيين الحقائق: ٤٣/٦، تكملة الفتح: ١٥٠/٨، البدائع: ١٨٩/٦.

(٢) المهذب: ٤٢٨/١، مغني المحتاج: ٣٧٥/٢.

(٣) الدر المختار: ٣١٥/٥ وما بعدها، تبيين الحقائق: ٤٢/٦، تكملة الفتح: ١٤٨/٨ وما بعدها، نهاية المحتاج: ٢٥٨/٤، المهذب: ٤٢٨/١، المغني: ٥٣٣-٥٣٦.

٥ - يصح رفع دعوى الشرب بغير أرض استحساناً عند الحنفية^(١)؛ 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.

٦ - 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 ويحبس الماء حتى يصل إلى كعبه، ثم يرسله إلى من يليه، فيفعل كذلك، وهلم جرا إلى آخره^(٢)، 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»^(٣).

وروى عبد الله بن الزبير: «أن الزبير ورجلاً من الأنصار تنازعا في شراج الحرة^(٤) التي يسقى بها النخل، فقال الأنصاري للزبير: سرح الماء، فأبى الزبير، فاختصما 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 الجدر»^(٥) أي الجدار قال الزبير: فوالله، إني لأحسب هذه الآية نزلت فيه: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ﴾ [النساء: ٦٥/٤].

(١) الدر المختار: ٣١٤/٥، تبين الحقائق: ٤٠/٦، تكملة الفتح: ١٤٧/٨.

(٢) المهذب: ٤٢٨/١، مغني المحتاج: ٣٧٣/٢، كشاف القناع: ٢١٩/٤ وما بعدها، المغني: ٥٣١/٥.

(٣) رواه ابن ماجه، وعبد الله بن أحمد. ورواه أبو داود بإسناد حسن.

(٤) الحرة: أرض في المدينة ذات حجارة سود. والشراج جمع شرح، والشرح: نهر صغير.

(٥) متفق عليه في الصحيحين، ورواه مالك في موطئه عن عبد الله بن الزبير (جامع الأصول: ٥٦٥/١٠) والمراد بقوله: «احبس الماء حتى يبلغ الجدر»: أن يصل مبلغ تمام الشرب، من جذر الحساب: أصل كل شيء. وقيل: أراد أصل الحائط. ويلاحظ أن رواية الحديث بالبدال: «يرجع إلى الجدر» أي الكعبين.

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 ومذينب: «يمسك حتى الكعيبين، ثم يرسل الأعلى على الأسفل»^(١).

رابعاً - كرى الأنهار التي يكون منها الشرب:

الكرى: إخراج الطين من أرض النهر، وحفره، وإصلاح ضفتيه. ويلحق به إصلاح الجسور ونحوها.

ومؤنة الكرى أي نفقته بحسب نوع النهر، والأنهار أنواع ثلاثة^(٢):

الأول: النهر العام غير المملوك لأحد، كالفرات والنيل: نفقة كرىه وإصلاحه من بيت مال المسلمين، من الخراج والجزية، دون العشور والصدقات؛ لأنه للمصلحة العامة، فيختص بنفقته بيت المال، عملاً بالحديث النبوي: «الخراج بالضمان»^(٣).

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 الإصلاح على الأغنياء الموسرين الذين لا يطيقون الإصلاح بأنفسهم، كما هو الشأن في تجهيز الجيوش. ويكلف القادرون على العمل بأنفسهم، وتكون نفقتهم على الأغنياء.

الثاني: النهر العام المملوك لأهله 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 بالغرم. ومن أبي منهم يجبر على الإنفاق، دفعاً للضرر العام الذي يلحق بقية الشركاء.

(١) تنوير الحوالك: ٢١٧/٢.

(٢) تكملة الفتح: ٤٦/٨ وما بعدها، الدر المختار: ٣١٣/٥ وما بعدها، البدائع: ١٩١/٧ وما بعدها، تبيين الحقائق: ٤٠/٦ وما بعدها.

(٣) رواه الخمسة (أحمد وأصحاب السنن) عن عائشة وضعفه البخاري (سبل السلام: ٣٠/٣).

والمملوك: بأن دخل في المقاسم: عام وخاص^(١). والخاص هو 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 إضراراً به. ويمكن دفع الضرر عن شركائه برجوعهم 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 أحكامهما واحدة مع بعض الفوارق البسيطة:

(١) المملوك الداخل في المقاسم: عام وخاص. والفاصل بينهما: أن ما تستحق به الشفعة خاص وهو النوع الثالث، وما لا تستحق به الشفعة عام. واختلف في تحديد الخاص: فقليل: هو ما كان لعشرة، أو عليه قرية واحدة. وقيل: لما دون أربعين أو مئة أو ألف. والأصح: تفويضه لرأي المجتهد، فيختار أي قول شاء.

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):

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 كسر ضفته، 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 ثلاثة: الماء، والكلاء 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^(٣).

فإن لم يجد يقال له: إما أن تخرج الماء إليه، أو تتركه، بشرط ألا يضر النهر أو

(١) مختصر المعاملات الشرعية للشيخ علي الخفيف: ص ١٨.

(٢) تكملة الفتوح: ١٤٤/٨ وما بعدها، تبين الحقائق: ٤٠/٦، البدائع: ١٨٨/٦ وما بعدها، الدر المختار: ٣١١/٥ وما بعدها.

(٣) حد القرب: ميل كما في التيمم، والميل أربعة آلاف ذراع، والذراع: ٦١/٦ سم، فالميل:

البئر كأن يكسر ضفته 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، لقوله عمر السابق: «هلا وضعتم فيهم 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 الخضر 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 تبين 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، هو 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 ليمرن 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 جانبيه. 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 بألة^(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 يزال، 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 ليمرن به ولو على بطنك»^(٣).

(١) البدائع: ١٩٠/٦ وما بعدها، الأموال ونظرية العقد: ص ١٧٦ وما بعدها، مختصر المعاملات الشرعية: ص ٢٠.

(٢) الدر المختار ورد المحتار: ٣١٤/٥، الخراج لأبي يوسف: ص ٩٩.

(٣) والقصة هي: روى مالك في موطنه (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 =

المطلب الرابع — حق المسيل:

تعريفه، وأحكامه.

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 أو دار أو مصنع.

والفرق بينه وبين حق المجرى: هو أن حق المجرى لجلب 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 يجز لمالكها المعارضة أو الممانعة فيه، إلا إذا ترتب عليه ضرر بين. ويظل هذا الحق قائماً، وإن تغيرت صفة الأرض المقرر لها، كأن كانت أرضاً زراعية، فصارت منزلاً أو مصنعاً 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».

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.

= 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 ليمرن به، ولو على بطنك. فأمره عمر أن يمر به، ففعل الضحاك. وانظر الخراج ليحيى بن آدم: ص ١١٠.

(١) أملية مختصر المعاملات الشرعية للخفيف: ص ٢٠ وما بعدها.

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^(١):

الأول: السلامة، وعدم الإضرار بالآخرين، إذ لا ضرر ولا ضرار^(٢).

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 سبب في حق التعلي. كذلك لا يشترط إذن الإمام عند الشافعية والحنابلة^(٣) كقوله عليه الصلاة والسلام: «من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم، فهو أحق به».

وقال المالكية^(٤): من بنى في طريق المسلمين أو أضاف شيئاً من الطريق إلى ملكه، منع منه باتفاق.

وقال الشافعية^(٥): 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.

(١) الدر المختار ورد المختار: ٣١٩/٥ وما بعدها، تبين الحقائق: ١٤٢/٦ وما بعدها، جامع الفصولين: ١٩٧/٢، تكملة الفتح: ٣٣٠/٨ وما بعدها، مغني المحتاج: ١٨٢/٢.

(٢) أي لا يضر الرجل أخاه ابتداء ولا جزاء، بمعنى أنه لا يجوز إنشاء الضرر، ولا مقابلته بمثله. والضرر في الجزاء: أن يتعدى المجازي عن قدر حقه في القصاص وغيره.

(٣) مغني المحتاج: ٣٦٩/٢، المغني: ٥٤٤/٥.

(٤) القوانين الفقهية: ص ٣٤١.

(٥) مغني المحتاج: ١٨٢/٢.

٢ - 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 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^(١).

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.

وهذا حق دائم ثابت لصاحب العلو، على حساب السفلى، فيكون للعلو حق البقاء والقرار على ذلك السفلى، دون أن يملك عند الحنفية سقفه، فلا يزول الحق بهدمه، أو انهدام السفلى، أو هما معاً، ويظل هذا الحق قائماً، يجري فيه التوارث.

وقال المالكية^(٢): السقف الذي بين الطابقين لصاحب السفلى، وعليه إصلاحه وبناءه إن انهدم، ولصاحب العلو الجلوس عليه، أي كما قال الحنفية.

وقال الشافعية^(٣): السقف مشترك بين صاحب العلو والسفل كالجدار بين ملكين، لا اشتراكهما في الانتفاع به، فإنه سائر لصاحب السفلى وأرض 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

(١) الدر المختار ورد المختار: ٣٢٠/٥، تكملة الفتح، تبين الحقائق، المكان السابق،

القوانين الفقهية: ص ٣٤١، مغني المحتاج: ١٨٤/٢.

(٢) القوانين الفقهية: ص ٣٤١.

(٣) مغني المحتاج: ١٩٣/٢، روضة الطالبين للنووي: ٢١٩/٤، ٢٢٦.

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^(١):

فقال أبو حنيفة: الأصل في تصرفات المالك في ملكه، إذا تعلق به حق الغير: 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 السفل 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 السفل.

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 السفل أو الطابق الأدنى أن يصنع ما لا يضر بالبناء الأعلى.

وهذا الرأي هو المعقول، والأصح في تقديري، وهو الاستحسان المفتى به عند الحنفية^(٢).

(١) تبين الحقائق: ٤/١٩٤-١٩٦، فتح القدير: ٥/٥٠٢ وما بعدها، ٥٠٦، البدائع: ٦/٢٦٤ وما بعدها، الدر المختار ورد المحتار: ٤/٣٧٥-٣٧٧.
(٢) انظر الدر المختار: ٤/٣٧٥.

المطلب السابع — حق الجوار:

تعريفه، ومدى صلاحية الجار أو حق الجار بالتصرف في ملكه.

حق الجوار: المراد به هو حق الجوار الجانبي: وهو الناشئ عن تلاصق الحدود وتجاورها، ويكون لكل من الجارين الحق في الارتفاق بعقار جاره، على ألا يلحق به ضرراً بيناً فاحشاً.

والامتناع عما يؤدي الجار واجب ديانة، لقوله ﷺ: «لا يدخل الجنة من لا يأمن جاره بوائقه»^(١) أي غوائله وشروبه، ومع ذلك للفقهاء آراء قضائية في منع الضرر بالجار^(٢):

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^(٣): ليس لأحد الشريكين وضع جذوعه عليه بغير إذن شريكه، وليس له أن يدق وتدأ أو يفتح كوة أو نحوهما مما يضايق 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 يضايق 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.

(١) رواه مسلم عن أبي هريرة.

(٢) البدائع: ٢٦٤/٦ وما بعدها، فتح القدير: ٥٠٦/٥، المبسوط: ٢١/١٥، الأم: ٢٢٢/٣ وما بعدها، ط الأميرية، المحلى: ٢٤١/٨، م ١٣٥٥، مختصر المعاملات الشرعية: ص ٢٣.

(٣) مغني المحتاج: ١٨٩/٢.

والضرر البين الفاحش: ما يكون سبباً لهدم أو سقوط بناء الجار، أو ما يوهن البناء، أو ما يؤدي 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 النور عن جاره. فإن فعل شيئاً مما ذكر، منع منه، وأمر بإزالته، وكان ضامناً ما يترتب عليه من تلف بدار جاره، سواء أكان بالمباشرة أم بالتسبب.

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 بحيطان 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 ضرر 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 بالجار الجديد.

(١) الموافقات: ٣٤٩/٢، القوانين الفقهية: ص ٣٤١.

الفصل الخامس

عقود استثمار الأرض المزارعة والمساقاة و المزارسة

العقد الأول - المزارعة أو المخابرة

تعريفها، ومشروعيتها، وركنها وصفة العقد، وشرائطها، وأنواعها أو أحوالها،
وحكمها وانتهاءها وحالات فسخها، وفيها مباحث خمسة:

المبحث الأول - تعريف المزارعة ومشروعيتها وركنها وصفة العقد:

أولاً - تعريف المزارعة:

لغة: مفاعلة من الزرع: وهو 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 بينهما^(٣).

وتسمى أيضاً المخابرة (من الخَبَار: وهي الأرض اللينة)، والمحاولة، ويسميتها أهل العراق: القَراح. ووصف الشافعية^(٤) المخابرة بأنها: عمل الأرض ببعض ما يخرج منها، والبذر من العامل. والمزارعة: هي المخابرة، ولكن البذر فيها يكون من المالك.

والخلاصة: المزارعة عقد استثمار أرض زراعية بين صاحب الأرض، وآخر يعمل في استثمارها، على أن يكون المحصول مشتركاً بينهما بالحصص التي يتفقان عليها.

ثانياً - مشروعيتها:

لم يجز أبو حنيفة وزفر المزارعة، وقالوا: هي فاسدة، وبعبارة أخرى: المزارعة بالثلث والربع في رأيهما باطلة^(٥). وكذلك لم يجز الشافعي المزارعة، وإنما تجوز عند الشافعية فقط تبعاً للمساواة للحاجة، فلو كان بين النخل بياض صحت المزارعة عليه مع المساواة على النخل بشرط اتحاد العامل، وعسر أفراد النخل بالسقي، والبياض بالعمارة: وهي الزراعة لانتفاع النخل بسقي الأرض وتقليبها. والأصح أنه

(١) البدائع: ١٧٥/٦، تبين الحقائق: ٢٧٨/٥، الدر المختار: ١٩٣/٥، تكملة الفتح: ٣٢/٨.

(٢) الشرح الكبير: ٣٧٢/٣، القوانين الفقهية: ص ٢٨٠.

(٣) المغني: ٣٨٢/٥، كشف القناع: ٥٢٣/٣.

(٤) مغني المحتاج: ٣٢٣/٢ وما بعدها.

(٥) العناية بهامش تكملة الفتح: ٣٢/٨، وتقييدهم بالثلث والربع باعتبار العادة في ذلك،

ولتقرير محل النزاع، إذ لو لم يعين المقدار فسدت اتفاقاً.

يشترط: ألا يفصل العاقدان بين العقدین وإنما يؤتى بهما على الاتصال، وألا يقدم المزارعة على المساقاة، لأنها تابعة، والتابع لا يقدم على متبوعه. ولا تجوز المخابرة عند الشافعية تبعاً للمساقاة، لعدم ورود مشروعيتها^(١). ودليل أبي حنيفة وزفر والشافعي على عدم مشروعية المزارعة أن النبي ﷺ نهى عن المخابرة^(٢): 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^(٣) كثلث أو ربع غلة الأرض، بطريق المن والصلح، وهو جائز.

ومع هذا قال كثير من فقهاء الشافعية بمشروعية المزارعة استقلالاً، بدليل معاملة النبي ﷺ أهل خيبر، واعتبروا المخابرة في معنى المزارعة.

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^(٤). ولأنها عقد شركة بين المال والعمل، فتجوز كالمضاربة، لدفع الحاجة، فصاحب المال قد لا يحسن الزراعة، والعامل يتقنها، فيتحقق بتعاونهما الخير والإنتاج والاستثمار. والعمل والفتوى عند الحنفية على قول

(١) مغني المحتاج: ٣٢٤/٢، المهذب: ٣٤٩/١.

(٢) 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: ٢٧٥/٦، ٢٨٠).

(٣) 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 (تبيين الحقائق: ٢٧٨/٥).

(٤) رواه الجماعة (أحمد والأئمة الستة) عن ابن عمر، وروي أيضاً عن ابن عباس وجابر بن عبد الله (نيل الأوطار: ٢٧٢/٥).

الصاحبين، لحاجة الناس إليهم ولتعاملهم. وهذا هو الراجح. وهي تشبه الشركة والإجارة، فهي مشاركة في الناتج بين صاحب الأرض والمزارع بنسبة متفق عليها كالنصف أو الثلث للمزارع. وهي كالإجارة عن طريق المشاركة في استغلال الأرض، والأجرة فيها حصة معينة من المحصول. لكنها تتميز عن الشركة بأن نصيب المالك فيها حصة من نفس المحصول الناتج من الأرض، وليس من صافي الأرباح. وتتميز عن إيجار الأرض الزراعية بأن تكون الأجرة جزءاً من محصول الأرض المؤجرة كالربع أو الثلث أو النصف، فإن كانت الأجرة مقداراً معيناً من المحصول كطن قمح أو أرز، فلا يكون العقد مزارعة، ولكنه إيجار عادي للأرض.

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 وجدا تم العقد بينهما^(١).

أطرافها 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^(٢): 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^(٣). وقال المالكية^(٤): وتلزم بالبذر ونحوه أي بإلقاء الحب على الأرض لينبت، أو بوضع

(١) البدائع: ١٧٦/٦.

(٢) كشف القناع: ٥٢٨/٣ وما بعدها.

(٣) الشرح الصغير: ٤٩٢/٣ وما بعدها.

(٤) تبين الحقائق: ٢٧٨/٥، الشرح الصغير: ٤٩٢/٣ وما بعدها.

الزريعة في الأرض مما لا بذر لحيه كالبصل ونحوه. والمعتمد عند المالكية أن شركات الأموال تلزم بالصيغة.

وقال الحنابلة^(١): المزارعة والمساقاة عقدان غير لازمين، لكل طرف فسخهما، 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 عند الحنفية، فتجوز مزارعة الصبي المأذون، كالإجارة. والمزارعة استئجار ببعض الناتج. واشترط الشافعية والحنابلة البلوغ لصحة المزارعة كغيرها من العقود.

٢ - ألا يكون مرتداً - 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 يختلف باختلاف

(١) غاية المنتهى: ١٥٤/٢.

(٢) البدائع: ١٧٦/٦ - ١٨٠، تكملة الفتح مع العناية: ٣٤/٨ وما بعدها، الكتاب مع اللباب:

٢/٢٣٠، تبين الحقائق: ٥/٢٧٩، الدر المختار: ٥/١٩٣.

الزراع، بالزيادة والنقصان، فرب زرع يزيد في الأرض، وآخر ينقصها. ومقتضى الاستحسان: أن بيان ما يزرع في الأرض ليس بشرط، إذ 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:

تتشرط 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.
- واشترط المالكية تساوي العاقدين في قسمة الناتج، وأجاز الشافعية والحنابلة كالحنفية تفاوت العاقدين في الخارج الناتج.

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 ببعض 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 عليهما 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 جوانب الطرقات 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).

(١) الدر المختار: ١٩٣/٥.

وفي الجملة: تصح المزارعة عند الصاحبين بشروط ثمانية:

١ - أهلية العاقدين ٢ - وتعيين مدة العقد، والمفتى به أنه لا يشترط ذلك. ٣ - وصلاحيّة الأرض للمزارعة ٤ - والتخلية بين الأرض والعاقد ٥ - وأن يكون الناتج 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 بذاراً لا يحصل الناتج به إلا بعمل كثير. والاستحسان: أن بيان ما يزرع في الأرض ليس بشرط.

والخلاصة: لا يشترط تقدير المدة في المفتى به عند الحنفية وظاهر كلام أحمد، ويشترط كون المدة معلومة غير مجهولة في رأي المالكية والشافعية.

شروط المزارعة عند المالكية^(٢):

اشترط المالكية ثلاثة شروط للمزارعة:

١ - السلامة من كراء الأرض بأجر ممنوع كراؤها به، بالألا تقع الأرض أو بعضها في مقابلة بذر، أو طعام ولو لم تنبته الأرض كعسل، أو ما تنبته ولو غير طعام كقطن وكتان، إلا الخشب، 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.

(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، فعُدُّ بيان نصيب من لا بذر من قبله، من الشرائط دون بيان نصيب الآخر، مما لا يجدي كبير طائل. فتأمل (تكملة الفتوح: ٣٤ / ٨).

(٢) الشرح الكبير: ٣ / ٣٧٢ وما بعدها، الشرح الصغير: ٣ / ٤٩٤ وما بعدها، القوانين الفقهية: ص ٢٨٠.

وسبب اشتراط هذا الشرط: ورود النهي في السنة عن كراء الأرض بما يخرج منها^(١). فلا تصح في مقابل جزء من الخارج.

٢ - تكافؤ الشريكين أو تساويهما فيما يخرجان أو يقدمان: بأن يقابل أجر الأرض مساوٍ 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.

وبه يتبين أن المالكية يشترطون تقديم البذر من كلا العاقدين، وتساويهما فيه نوعاً، وتماثلهما 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 وغير الطعام. ويلاحظ أن هذه الشروط شديدة لا تنطبق مع واقع المزارعة القائم.

أما الشافعية^(٢): 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) رواه أحمد والبخاري والنسائي من حديث رافع بن خديج (نيل الأوطار: ٥/٢٧٥).

(٢) مغني المحتاج: ٢/٣٢٣-٣٢٥.

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.

والخلاصة: يجوز تقديم البذر من أحد العاقدين عند الحنفية، ويشترط تقديمه من كلا العاقدين عند المالكية، ويكون البذر من صاحب الأرض والعمل من العامل في رأي الشافعية والحنابلة.

المبحث الثالث - أحوال المزارعة:

للمزارعة عند الصاحبين 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: جازت 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،

(١) المغني: ٣٨٢/٥، ٣٨٨، ٣٩٢، كشف القناع: ٥٣٣/٣.

(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 الجائزة في بيت، فقال:

أرض وبذر، كذا أرض، كذا عمل من واحد، ذي ثلاث كلها قبلت

في ظاهر الرواية، لأنه لو قدر العقد إجارة للأرض، فاشتراط الحيوان على 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 نصيهما من الناتج.
- وقال المالكية: على العامل بعد الحرث والزرع ما يحتاج الزرع إليه من خدمة وسقي وتنقية وحصاد ونقله إلى الأندر (البيدر) ودراسته فيه، وتصفيته إلى أن يصير حباً مصفى، فيقسمانه على الكيل^(٢).

٣ - الناتج من الأرض يقسم بين العاقدين بحسب الشرط المتفق عليه، لقوله ﷺ: «المسلمون عند شروطهم»^(٣). فإن لم تخرج الأرض شيئاً، فلا شيء

(١) البدائع: ١٨١/٦ وما بعدها، تكملة الفتح: ٣٩/٨، تبين الحقائق: ٢٨٢/٥، الكتاب مع اللباب: ٢٣١/٢ وما بعدها، الدر المختار: ١٩٩/٥.

(٢) التاج والإكليل: ١٧٧/٣.

(٣) 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 عوف باللفظ الأخير (نصب الراية: ١١٢/٤، الجامع الصغير).

لواحد من العاقدين على الآخر، أما إنه لا شيء للعامل، فلأنه مستأجر ببعض الخارج الناتج، 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 تقدم في صفته غير لازم عند الحنابلة، 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 سيأتي. 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 الاتفاق عليه أو الاشتراط يجب الوفاء به على من شرط عليه. وإن لم يتفق عليه يجبر عليه العاقد بحسب 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 احتتم إنشاء العقد عليه، احتتم 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 يجز؛ 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 تجوز 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 - لو مات أحد المتعاقدين قبل إدراك الزرع، ترك إلى الإدراك، ولا شيء على المزارع لبقاء عقد الإجارة ههنا ببقاء المدة.

والخلاصة: يلتزم صاحب الأرض بالتزامين: تسليم الأرض مع حقوقها الارتفاقية، وإصلاح الأدوات الزراعية، ويلتزم العامل المزارع بالتزامين آخرين في مواجهة التزامي المالك، وهما العناية بالزراعة وتحمل نفقاتها المعتادة وأعمالها المعروفة، من حراثة وعزق وسقي ونحو ذلك، والمحافظة على الأرض، وصيانة الزرع.

حكم المزارعة عند الشافعية:

عرفنا أنه لا تجوز المزارعة (البذر من المالك) عند الشافعية إلا تبعاً للمساقاة. ولا يجوز أن يخابر 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 إذا كان البذر من المالك:

إحدهما: أن يستأجر المالك العامل بنصف البذر شائعاً كنصفه أو ربهه مثلاً، أي استئجاراً على الشيوع ليزرع له النصف الآخر في الأرض، ويعيره في الوقت

نفسه نصف الأرض شائعاً، فيقوم العامل بالعمل في الأرض، ويقسم الحاصل أو الناتج بينهما بنسبة ما ملك كل منهما من البذر. وهذه إجارة وإعارة.

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 أجرة لأحدهما على الآخر؛ لأن العامل يستحق في منفعة الأرض بقدر نصيبه من الزرع، والمالك يستحق من منفعة الأرض بقدر نصيبه من الزرع^(١). وهذه إجارة.

فإن كان البذر من العامل: استأجر من المالك جزءاً شائعاً معيناً من الأرض كالنصف بنصف شائع من البذر وبعمله في النصف الآخر منها، أو يستأجر نصف الأرض بنصف البذر، ويتبرع بالعمل في النصف الآخر. فيملك كل منهما من الغلة بنسبة ما ملك من البذر ومنفعة الأرض.

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

(١) مغني المحتاج: ٣٢٥/٢.

(٢) البدائع: ١٨٢/٦ وما بعدها، تكملة الفتوح: ٣٩/٨ وما بعدها، تبين الحقائق: ٢٨٢/٥، الدر المختار: ١٩٦/٥، الكتاب مع اللباب: ٢٣١/٢.

(٣) الشرح الصغير: ٤٩٨/٣، المغني: ٣٩٢/٥.

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.

٤ - يجب أجر المثل في المزارعة الفاسدة، وإن لم تخرج الأرض شيئاً، بعد أن استعملها المزارع؛ لأن المزارعة عقد إجارة، والأجرة في الإجارة الفاسدة لاتجب إلا بحقيقة الاستعمال، أما في المزارعة الصحيحة فلا يجب شيء على أحدهما إذا لم تخرج الأرض شيئاً. وقد بينت 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 رضي العامل سلفاً بسقوط الزيادة.

وعند محمد: يجب أجر المثل تاماً مهما بلغ، إذ هو قدر قيمة المنافع المستوفاة، وقد استوفى منافعه بعقد فاسد، فيجب عليه قيمتها، إذ لا مثل لها.

حكم المزارعة الفاسدة عند المالكية:

إذا وقع عقد المزارعة فاسداً، وعرف فساده قبل الشروع في العمل، وجب فسخه، فإن عرف بعد الشروع فيه، فلا يفسخ، ويكون الزرع بين الشريكين بحسب ما لكل من الأرض والعمل والبذر، إلا أن ينفرد أحدهما بأثنين منها، فله جميع الزرع، وللآخر أجرة ما انفرد به إن كان أرضاً أو عملاً، ومثله إن كان بذراً^(١).

(١) شرح مجموع الأمير: ١٧٨/٢، التقنين المالكي (م ٤٦٤) القوانين الفقهية: ص ٢٨١.

المبحث الخامس - انتهاء المزارعة وحالات فسخها:

قد تنقضي المزارعة بتحقيق المقصود منها، وقد تنتهي بإنهائها قبل تحقق المقصود منها، وذلك في الأحوال التالية عند الحنفية:

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 المزارع في عمله، حتى يدرك الزرع ويستحصد، رعاية لمصلحة الجانبين، بقدر الإمكان، كما في الإجارة.

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 حصصهما، لانتهاء العقد بانقضاء المدة، وكانت هذه الأمور على العامل أثناء بقاء مدة العقد، فإذا انتهى العقد، وجبت هذه النفقات عليهما؛ 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، فيستمر العامل أو وارثه على ما كان عليه من العمل. أما في حال انقضاء المدة فلا يمكن إبقاء العقد لانقضاء المدة.

(١) البدائع: ١٨٤/٦، تكملة الفتح: ٤٣/٨، الكتاب مع اللباب: ٢٣٢/٢، الدر المختار ورد المحتار: ١٩٧/٥.

٢- موت أحد العاقدين:

تنتهي المزارعة أو تنفسخ بموت أحد العاقدين^(١)، كما تنفسخ الإجارة به، سواء حدث الموت قبل الزراعة أم بعدها، وسواء أدرك الزرع أم لم يدرك بأن كان بقلأ أي طرياً. وهذا رأي الحنفية والحنابلة، وقال المالكية والشافعية: 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 تقدم للضرورة استحساناً لانتهاء 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 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 لعدر من الأعذار، سواء من قبل صاحب الأرض، أم من قبل العامل، ومن الأعذار ما يأتي^(٢):

(١) - لحوق دين فادح لصاحب الأرض، فيحتاج لبيع الأرض التي تم الاتفاق على مزارعتها، ولا مال له سواها، فيجوز بيعها بسبب هذا الدين الفادح، ويفسخ

(١) البدائع: ١٨٤/٦ وما بعدها، تكملة الفتح: ٤٢/٨، الكتاب: ٢٣٢/٢، الدر المختار ورد المحتار: ١٩٨/٥، تبين الحقائق: ٢٨٢/٥، المغني والشرح الكبير: ٥٦٨/٥، ٥٧٢.

(٢) البدائع: ١٨٣/٦ وما بعدها، تكملة الفتح والعناية: ٤٢/٨، الدر المختار ورد المحتار: ١٩٦/٥ وما بعدها، تبين الحقائق: ٢٨٢/٥، الكتاب مع اللباب: ٢٣٢/٢.

العقد بهذا العذر، كما في عقد الإجارة؛ لأنه لا يمكن 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 الجانين، لأنه الطريق الأولى.

ثم هناك عند الحنفية - من أجل التعويض على العامل قضاءً - صور ثلاث للفسخ بعد عقد المزارعة وعمل العامل:

الأولى - إذا فسخ العقد، بعدما كَرَب (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 تقدم.

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.

(٢) - طروء أعذار 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 للجهد في سبيل الله، كما في الإجارة، والخيانة بالسرقة ونحوها.

وهل يحتاج الفسخ لقضاء القاضي، أو 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 وركانها، وموردها، والفرق بينها وبين المزارعة، وشرائطها، وحكم المساقاة الصحيحة والفاصلة، وانتهاء المساقاة.

المبحث الأول - تعريف المساقاة ومشروعيتها وركانها 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 بينهما. 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، ليتعهده بالسقي والتربية على أن الثمرة لهما^(١).

ثانياً — مشروعيتها:

المساقاة عند الحنفية كالمزارعة حكماً وخلافاً وشروطاً ممكنة فيها، فلا تجوز

(١) تبين الحقائق: ٢٨٤/٥، البدائع: ١٨٥/٦، الدر المختار: ٢٠٠/٥، اللباب: ٢٣٣/٢، القوانين الفقهية: ص ٢٧٩، مغني المحتاج: ٣٢٢/٢، كشاف القناع: ٥٢٣/٣.

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 يكرهها بثلث ولا بربع ولا بطعام مسمى»^(١).

وقال الصحابان 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 بشطر 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 ﷺ وأزواجه والخلفاء الراشدين وأهل المدينة، وإجماع الصحابة على إباحة المساقاة^(٢). قال ابن جزي المالكي: وهي جائزة مستثناة من أصليين ممنوعين، وهما الإجارة المجهولة، وبيع ما لم يخلق^(٣).

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^(٤).

(١) متفق عليه من حديث رافع بن خديج لكنه حديث مضطرب جداً (المغني: ٣٨٣/٥، ٣٨٥).

(٢) المغني: ٣٨٤/٥، تكملة الفتح: ٤٥/٨ وما بعدها، مغني المحتاج: ٣٢٢/٢ وما بعدها.

(٣) القوانين الفقهية: ص ٢٧٩، بداية المجتهد: ٢٤٢/٢.

(٤) البدائع: ١٨٥/٦، كشاف القناع: ٥٢٨/٣، بداية المجتهد: ٢٤٧/١، الشرح الصغير: ٣/

٧١٢، مغني المحتاج: ٣٢٨/.

وهي عند الجمهور غير الحنابلة من العقود اللازمة، فليس لأحد العاقدين فسخها بعد العقد، دون الآخر، ما لم يتراضيا عليه^(١).

رابعاً — موردها:

مورد المساقاة عند الحنفية^(٢): الشجر المثمر، فتصح المساقاة في النخل والشجر والكرم والرطاب (الفصة أو البرسيم) وأصول الباذنجان؛ لأن 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^(٣): على الزروع 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، لما في ذلك من الضرر قياساً على الإجارة، كما لا تجوز إذا اختلف الجزء المساقى به المجعل للعامل في السنين، بأن كان في سنة يخالف غيره في أخرى.

ويشترط لصحتها عند ابن القاسم أن تكون بلفظ المساقاة، ولا تنعقد بلفظ الإجارة، وتجوز عنده فيما ليس له أصل ثابت كالمقائي من نحو قثاء وبطيخ، والزرع، بأربعة شروط: (الشرطان المذكوران).

(١) الشرح الصغير: وحاشية الصاوي عليه: ٧١٣/٣، تبين الحقائق: ٢٨٤/٥، مغني

المحتاج: ٣٢٨/٢، المغني: ٣٧٢/٥ وما بعدها.

(٢) البدائع: ١٨٦/٦، تكملة الفتح: ٤٧/٨، الدر المختار ورد المحتار: ٢٠٠/٥ وما بعدها،

تبين الحقائق: ٢٨٤/٥، اللباب: ٢٣٤/٢.

(٣) القوانين الفقهية: ص ٢٧٩، الشرح الصغير: ٧١٣-٧١٨، بداية المجتهد: ٢٤٣-٢٤٦.

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.

والمساقاة عند الحنابلة^(١): ترد على الأشجار المثمرة المأكولة فقط، فلا تصح في

الشجر غير المثمر، كالصفصاف والهور 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 فيهما. وجوزها الشافعي في المذهب القديم في سائر الأشجار المثمرة.

خامساً — الفرق بين المساقاة والمزارعة:

قال الحنفية: المساقاة كالمزارعة 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 والمضاربة والمساقاة والمزارعة والوديعة والجعالة: عقود جائزة من الطرفين، لكل فسخها.

٢ - إذا انقضت مدة المساقاة تترك، أي يستمر العقد بلا أجر، ويعمل العامل

(١) كشف القناع: ٥٢٣/٣.

(٢) مغني المحتاج: ٣٢٣/٢، المهذب: ٣٩٠/١.

(٣) الدر المختار ورد المحتار: ٢٠١/٥، تبيين الحقائق: ٢٨٤/٥.

(٤) غاية المنتهى لابن يوسف الحنبلي: ١٥٤/٣، كشف القناع: ٥٢٨/٣ وما بعدها، المغني: ٣٧٢/٥ وما بعدها.

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 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 ثمرًا. أما في المزارعة: لو استحقت الأرض بعد الزراعة، فيرجع العامل بقيمة حصته من الزرع نابتاً، 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 تقدم - 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 الثمانية الممكنة في المساقاة: أهلية العاقدين، وبيان

(١) كشف القناع: ٥٢٩/٣.

حصّة 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 بينت 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 الاثنيين، وأن تكون حصّة كل واحد منهما 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 ثمر 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، لفوات المقصود منها وهو الشركة في الثمار، أما إن كان العقد صحيحاً، ولم تثمر الشجرة أصلاً في المدة المتفق عليها، فلا شيء لأحد العاقدين على صاحبه، ويبقى العقد صحيحاً.

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

(١) رد المحتار: ٢٠١/٥.

(٢) البدائع: ١٨٥/٦ وما بعدها، تكملة الفتح: ٤٧/٨، تبين الحقائق: ٢٨٤/٥.

عليه في العقد، وإن لم تظهر في الوقت المسمى، فسدت المساقاة، وللعامل أجر المثل لفساد العقد؛ لأنه تبيين 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 كالإجارة.

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 تبين في بحث موردها. ولا تجوز المساقاة إلا على شجر معلوم، فإن كان مجهولاً، لم يصح العقد.

والركن الثالث — وهو الثمار: يشترط فيه تخصيص الثمر بالعاقدين (المالك والعامل)، فلا يجوز شرط بعضه لغيرهما. ويشترط اشتراكهما فيه، فلا يجوز شرط كل الثمرة لأحدهما، ويشترط العلم بالنصيبين (الحصص) بالجزئية، وإن قل، أي كون الحصة مشاعة كالمضاربة.

والأظهر عند الشافعية، وهو مذهب الحنابلة: صحة المساقاة بعد ظهور الثمر، لكن قبل بدو الصلاح، فإن ساقاه على صغار النخل مثلاً ليغرسها، ويكون الشجر

(١) مغني المحتاج: ٢/٣٢٣-٣٢٨، المهذب: ١/٣٩٠-٣٩٢، كشاف القناع: ٣/٥٢٣-٥٢٩، غاية المنتهى: ٢/١٨٣-١٨٥، المغني: ٥/٣٦٨، وما بعدها، ٣٧٥، ٣٨٠.

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 أشجار النخيل المثمرة، فلم تثمر.

وإن قدر مدة لا يثمر فيه الشجر غالباً لم تصح المساقاة لخلوها عن العوض، كالمساقاة على شجر لا يثمر. وهذا باتفاق المذاهب.

والركن الرابع — العمل: يشترط فيه أن ينفرد العامل بالعمل، وباليد أي التخلية والتسليم للعامل، ليتمكن 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 يشرط على العامل ما ليس من جنس أعمال المساقاة التي اعتادها الناس، كحفر بئر مثلاً، فإن شرطه، لم يصح العقد؛ لأنه استتجار بعوض مجهول، واشترط 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 تقدم، 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 بثلاث أو ربع ثمره، أو سلمته إليك لتتعده، 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 والمفالحة، ولفظ الإجارة، كما تصح المزارعة بلفظ الإجارة، أي بإجارة 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 المفهومة، 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 الحنابلة: لا تفتقر المساقاة (ومثلها المزارعة) إلى القبول لفظاً، بل يكفي الشروع في العمل قبولاً كالوكالة، كما تقدم في بحث صيغة المزارعة.

المبحث الثالث - حكم المساقاة الصحيحة والفاصلة:

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

(١) البدائع: ١٨٧/٦.

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، والجداز والقطاف، فعلى العاقدين على قدر نصيبهما، لأن العقد لم يشملهما.

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، على وفق القاعدة المقررة في المزارعة وهي: كل موضع احتمل إنشاء العقد، احتمل الزيادة، وإلا فلا، والحط جائز في 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:

(١) القوانين الفقهية: ص ٢٧٩، الشرح الصغير: ٣/٧١٧ وما بعدها، بداية المجتهد: ٢/٢٤٤ وما بعدها.

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.

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 الملزم 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 حُفر 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.

(١) مغني المحتاج: ٣٢٨/٢ وما بعدها، المهذب: ٣٩٢/١، المغني: ٣٦٩/٥ وما بعدها، كشف 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.

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 نصيهما عند الحنفية.

والمساقاة - كما تقدم - عقد لازم من الجانبين، كالإجارة عند الشافعية والحنفية، والمالكية (أي الجمهور) وغير لازمة عند الحنابلة^(١)؛ لأن النبي ﷺ في قصة خيبر - فيما رواه مسلم عن ابن عباس - قال: «نقرم على ذلك ما شئنا». أما المزارعة فهي غير لازمة عند الحنفية والحنابلة، وتلزم بالبذر عند المالكية.

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، فلرب المال الفسخ؛ لأن المساقاة عقد جائز غير لازم.

صفة يد العامل: يد العامل في المساقاة والمزارعة والمغارسة يد أمانة، فإذا ادعى هلاك شيء من الثمر أو الزرع أو الشجر، بغير تقصير ولا تعد، كان القول قوله، فيصدق بيمينه، كذلك يصدق بيمينه إن اتهمه المالك بخيانة وأنكر هو؛ لأنه أمين، والقول قول الأمين بيمينه.

(١) الشرح الصغير: ٣/٧١٣، المغني: ٥/٣٧٢، ٣/٣٧٦، كشف القناع: ٣/٥٢٨، بداية المجتهد: ٢/٢٤٧.

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^(١) 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، كمبلغ نقدي؛ لأن المساقاة شركة في الثمرة فقط.

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.

(١) البدائع: ١٨٦/٦، تكملة الفتوح: ٤٧/٨ وما بعدها، تبين الحقائق: ٢٨٥/٥، الدر المختار ورد المحتار: ٢٠٢/٥، ٢٠٥، اللباب شرح الكتاب: ٢٣٤/٢.

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، وهي 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.

(١) مغني المحتاج: ٣٢٧/٢، المحلي على المنهاج: ٦٣/٣، الشرح الكبير مع المغني: ٥/٥٨٠، كشف القناع: ٥٣٣/٣.

(٢) البدائع: ١٨٨/٦.

أثر فساد العقد في المذاهب الأخرى:

قال المالكية^(١): إذا وقعت المساقاة فاسدة، فإن عثر عليها قبل العمل، فسخت. وإن عثر عليها بعد العمل، فسخت في أثنائه، ووجب فيها أجره 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 تجاري من صاحب البستان للعامل؛ لأنه يصبح المالك كأنه استأجر العامل على أن يعمل له في بستان بهذه الزيادة ويجزء من ثمرة البستان، وهي إجارة فاسدة توجب الرد لأجرة مثل أجر العامل ويحسب منها تلك الزيادة، ولا شيء للعامل من الثمرة، ولو بعد تمام العمل. فإن كانت الزيادة من العامل للمالك، فقد خرج التعاقدان إلى بيع فاسد: هو بيع الثمرة قبل بدو صلاحها، إذ كأن العامل اشترى الجزء المسمى بما دفعه للمالك من الزيادة، وبأجرة عمله، فوجب له أجره مثله، وأخذ ما دفعه، ولا شيء له من الثمرة.

وإن لم يخرج التعاقدان عن المساقاة لعقد آخر، بأن كان الفساد لضرر، أو لفقد شرط غير الزيادة المتقدمة، أو لوجود مانع، أو بسبب الغرر كالمساقاة على حوائط (بساتين) 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.

(١) القوانين الفقهية: ص ٢٨٠، الشرح الصغير: ٧٢٢/٣ وما بعدها، بداية المجتهد: ٢٤٨/٢.

وقال الشافعية والحنابلة^(١): إذا خرج الثمر بعد العمل مستحقاً لغير المساقى المالك، كأن أوصى بثمر الشجر المساقى عليه، أو خرج الشجر مستحقاً، فللعامل على من ساقاه أجره المثل لعمله، لأنه ضيِّع عليه منافعه بعوض فاسد، فيرجع بدلها على المالك، وإذا فسدت المساقاة، فللعامل أجره مثله مقابل عمله، والثمر كله لصاحب الشجر، لأنه نماء ملكه. وتفسد المساقاة بجهالة نصيب كل واحد من العاقدين، أو اشتراط نصيب مجهول، أو دراهم معلومة، أو كمية معينة من الثمرة، 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 كالمزارعة بأحد أمور ثلاثة: انتهاء المدة المتفق عليها، موت أحد المتعاقدين، فسخ العقد إما بالإقالة صراحة أو بالأعذار، كما تفسخ الإجارة^(٢).

ومن الأعذار: أن يكون العامل سارقاً معروفاً بالسرقة يخاف منه سرقة الثمر أو الأغصان قبل الإدراك؛ لأنه يلزم صاحب الأرض ضرر 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

(١) مغني المحتاج: ٣٢٦-٣٢٧، ٣٣١، المهذب: ٣٩٣/١، المغني: ٣٨١/٥، ٣٩٢، كشف القناع: ٥٣٢/٣، ٥٠٢.

(٢) البدائع: ١٨٨/٦، تكملة الفتح: ٤٨/٨، تبين الحقائق: ٢٦٨/٥، الدر المختار: ٥/٢٠٤، اللباب: ٢٣٤/٢.

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 الثمر حتى يدرك، وإن كره صاحب الشجر رعاية لمصلحة الجانبين. وإن مات المالك استمر العامل بعمله كما كان، وإن 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 يقتسم 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 بحصته فقط، أدى الرجوع إلى استحقاق العامل بلا عمل في بعض المدة.

وقال المالكية^(١): المساقاة عقد موروث، ولورثة المساقى أن يأتوا بأمين يعمل إن لم يكونوا أمناء، وعلى المالك العمل إن أبى ورثة العامل من العمل من تركته.

(١) بداية المجتهد: ٢/٢٤٧، الشرح الصغير: ٣/٧١٣.

ولا تنفسخ المساقاة إذا كان العامل لصاً أو ظالماً أو عجز عن العمل، وعلى العامل استئجار من يعمل، أو يستأجر من حظه من الثمر إن لم يكن له شيء؛ لأن المساقاة عندهم عقد لازم، لا يفسخ بالأعذار، فليس لعاقدها فسخها بعد العقد، دون الآخر ما لم يتراضيا عليه.

وقال الشافعية^(١): لا تنفسخ المساقاة بالأعذار، 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 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، فيؤدى من تركته كغيره من الحقوق. وللوارث أن يتم العمل بنفسه أو بماله، وعلى المالك تمكينه من العمل إن كان الوارث عارفاً بعمل المساقاة أميناً، وإلا استأجر الحاكم من التركة عاملاً كفتاً. فإن لم يخلف العامل تركة، لم يقترض عليه؛ لأن ذمته خربت بالموت.

(١) مغني المحتاج: ٣٣١/٢، المهذب: ٣٩١/١ وما بعدها.

(٢) هو بدء الحمل بأن يظهر الحمل في النخيل بين غلافين.

وبه يتبين أن المساقاة في الذمة لا تنتهي عند الشافعية بموت أحد العاقدين، فإذا مات المالك أو العامل، استمر العامل بعمله. ولا تنتهي المساقاة بخيانة العامل ولا بهربه أو حبسه أو مرضه قبل تمام العمل، لكن في حال الخيانة يضم إليه مشرف آخر يراقبه، وفي حال الحبس ونحوه يستأجر عليه الحاكم من يتم العمل على حسابه. وإذا اختلف المالك والعامل في مقدار الثمرة المشروطة لكل منهما، حلف كل منهما يميناً على إثبات دعواه ونفي دعوى خصمه، لأن كلاهما منكر لدعوى الآخر، فإذا تحالفا انفسخ عقد المساقاة، وكان الثمر كله للمالك، وللعامل أجره مثله.

وقال الحنابلة^(١): المساقاة كالمزارعة 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 ملكهما.

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 وارثه مقامه في الملك والعمل؛ لأنه حق ثبت للمورث وعليه، فكان لو ارثه.

فإن أبى 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.

(١) المغني: ٣٧٢-٣٧٧، كشف القناع: ٣/٥٢٨-٥٣٠.

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 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، فتفسخ 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 عند أهل الشام المناصبة،

(١) القوانين الفقهية: ص ٢٨١.

(٢) مغني المحتاج: ٣٢٤/٢.

أو المشاطرة؛ لأن الشجيرة الغرسة تسمى عند العامة نصباً، أي منصوباً، ولأن الناتج يقسم بينهما مناصفة لكل واحد منهما الشطر.

ثانياً — حكم المغارسة عند الفقهاء:

المغارسة المختلف فيها بين الفقهاء، هي التي يقسم فيها الشجر والأرض نصفين بين المالك والعامل، فمنعها الجمهور وأجازها المالكية بشروط. فإن كان الاشتراك فيها في الشجر فقط، فهي جائزة عند الحنفية والحنابلة، ولا تجوز عند المالكية، وممنوعة في الحالتين عند الشافعية، لعدم الحاجة إليها.

قال الحنفية^(١): من دفع أرضاً بيضاء (أي لا شجر ولا زرع فيها) سنين معلومة، يفرس 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 بعمل 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، على أن يكون نصف المصبوغ للصباغ، وهو مفسد للعقد، فهو شركة فاسدة.

وثاني الأوجه التي عللوا بها الفساد: أن المالك جعل نصف الأرض عوضاً عن جميع الأغراس، ونصف الخسارة عوضاً لعمل العامل، فصار العامل مشترياً نصف الأرض بالغراس المجهول المعدوم عند العقد، فيفسد العقد. وهذا الوجه رجحه ابن

(١) تكملة الفتح: ٤٩/٨، تبين الحقائق: ٢٨٦/٥، اللباب: ٢٣٤/٢، الدر المختار ورد المحتار: 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: «نهى عن عسب الفحل، وعن قفيز الطحان» وعسب الفحل: أجرة ضرابه، وقد استدل بهذا الحديث أبو حنيفة والشافعي ومالك على أنه لا يجوز أن تكون الأجرة بعض المعمول بعد العمل (نيل الأوطار: ٥/٢٩٢ وما بعدها).

عابدين؛ لأن كون المغارسة في معنى (قفيز الطحان) لا يضر، إذ هو جار في معظم مسائل المزارعة والمعاملة (المساقاة)، ولهذا قال الإمام بفسادهما، وترك صاحبه القياس استدلالاً بمعاملة النبي ﷺ أهل خيبر، وهذا هو الأولى، فهو شراء فاسد.

وثالث الأوجه: أن المالك استأجر أجيراً ليجعل أرضه بستاناً مشجراً بآلات الأجير، على أن يكون له نصف البستان الذي يظهر بعمله، وهو مفسد للعقد؛ لأنها إجارة بأجر مجهول وغرر، فهي إجارة فاسدة.

وإذا فسدت المغارسة، كان جميع الثمر والغرس لصاحب الأرض، وللغراس 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 الحنابلة^(٢): إن دفع المالك للعامل على أن الأرض والشجر بينهما،

(١) مغني المحتاج: ٣٢٤/٢، بجيرمي الخطيب: ١٦٧/٣ وما بعدها.

(٢) المغني: ٣٨٠/٥ وما بعدها، أعلام الموقعين ١٩/٤، كشف القناع: ٥٢٣/٣.

فالمعاملة فاسدة وجهاً واحداً، لأنه شرط اشتراكهما في الأصل (الأرض والشجر) ففسد، 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 يغرس العامل للمالك بأجرة معلومة، وإما بالجعالة: وهو أن يغرس له شجراً على أن يكون له نصيب فيما ينبت، وإما بالمغارسة.

وتصح المغارسة (وهو أن يغرس العامل على أن يكون له نصيب من الشجر والثمر ومن الأرض) بخمسة شروط، وهي:

١ - أن يغرس العامل في الأرض أشجاراً ثابتة الأصول، دون الزرع والمقاثي والبقول.

٢ - أن تتفق أصناف الشجر، أو تتقارب، في مدة إطعامها (إثمارها) فإن اختلفت اختلافاً بيناً، لم يجز.

٣ - ألا يكون أجلها إلى سنين كثيرة، فإن حدد لها أجل إلى ما فوق الإطعام (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

(١) القوانين الفقهية: ص ٢٨١.

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 شيئاً:

الأول - أن يشترط أحدهما لنفسه شيئاً دون الآخر، إلا اليسير.

الثاني - اشتراط السلف أو السلم، كأن يقول له: أسلفت إليك في مئة دينار أن

تغرس 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

- وفيه نوعان: الأول - في قسمة الأعيان.
- الثاني - في قسمة المنافع (المهاياة).
- وكل منهما 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 وركناتها 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، فتم المبادلة بين الشريكين بتنازل كل واحد منهما 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 رضاهما 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 الإجبار 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 له، مع بقاء الشركة في الذات، وهذا التعريف يشمل عندهم أنواع القسمة الثلاثة: قسمة المهياة، وقسمة المراضاة، وقسمة القرعة^(٣).

(١) تبين الحقائق: ٢٦٤/٥، الدر المختار: ١٧٨/٥، تكملة الفتح: ٢/٨، اللباب: ٩١/٤.

(٢) البدائع: ١٧/٧.

(٣) الشرح الصغير: ٣٥٩/٣ وما بعدها.

وعرفها الشافعية والحنابلة^(١) 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: ﴿وَيَبَيِّنُهُمْ أَنَّ الْمَاءَ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ كُلُّ شَرْبٍ مُّخَضَّرٌ ﴿٢٨﴾﴾ [القمر: ٢٨/٥٤] يدل على جواز قسمة المهايأة، وقوله سبحانه: ﴿وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُو الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسْكِينُ فَأَرْزُقُوهُمْ مِنْهُ﴾ [النساء: ٨/٤] الوارد في قسمة التركة، وقوله سبحانه في قسمة الغنائم: ﴿وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ﴾ [الأنفال: ٤١/٨] ولا يعلم هذا الخمس عن الأربعة الأحماس المستحقة للغانمين إلا بالقسمة.

وأما السنة: فقد قسم النبي ﷺ غنائم خيبر وحنين بين الغانمين، وقسم الموارث^(٢)، 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^(٣).

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، فلو لم 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^(٤).

(١) حاشية الباجوري على ابن قاسم: ٣٥١/٢، المغني: ١١٤/٩، كشاف القناع: ٣٦٤/٦.

(٢) راجع الأحاديث في نصب الراية: ١٧٨/٤.

(٣) المغني: ١١٢/٩.

(٤) الدر المختار: ١٧٨/٥.

رابعاً — صفة القسمة:

تردد صفة القسمة عند الفقهاء بين وصفين: الإفراز أو التمييز، والبيع أو المبادلة.

فقال الحنفية^(١): تشتمل القسمة مطلقاً (في المثليات أو القيميات) 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 القيميات كالحيوانات والدور وأصناف العروض التجارية، للتفاوت بين أفرادها، حتى لا يكون لأحد الشريكين أخذ نصيبه عند غيبة صاحبه^(٢).

إلا أنه إذا كانت الأشياء المشتركة متحدة الجنس، جازت القسمة الجبرية، أي 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.

(١) الدر المختار: ١٧٨/٥، اللباب: ٩١/٤، تكملة الفتح: ٢/٨، البدائع: ٢٦/٧.

(٢) نصت المادة (١١١٦) مجلة عن 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 القيميات راجحة..» ونصت المادة (١١١٩) على المثليات.

وقال المالكية^(١): قسمة إمرأضة: وهي التي تتم بلا قرعة كالبيع، وقسمة القرعة: تمييز حق في مشاع بين الشركاء، لا بيع، وقسمة المهاياة في المنافع كالإجارة.

وقال الشافعية^(٢): القسمة إفراز النصيبين وتمييز الحقين إلا إذا كان في القسمة رد، أي تعويض (أورد 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 الأنصباء) 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 وتمييز أحد النصيبين من الآخر، وليست بيعاً؛ لأنها لا تفتقر إلى لفظ التملك، ولا تجب فيها الشفعة، ويدخلها الإجماع، وتلزم بإخراج القرعة، ويتقدر أحد النصيبين بقدر الآخر، والبيع لا يجوز فيه شيء من ذلك، ولأنها تفرد عن البيع باسمها وأحكامها، فلم تكن بيعاً كسائر العقود.

وفائدة الخلاف: أنها إذا لم تكن بيعاً، جازت قسمة الثمار 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.

(١) الشرح الصغير: ٣/٦٦٠، ٦٦٢، ٦٦٤.

(٢) حاشية الباجوري: ٢/٣٥٢-٣٥٤، المهذب: ٢/٣٠٦.

(٣) المغني: ٥/١١٤، ١٢٩، كشاف القناع: ٦/٣٦٥.

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 الإيباء 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- 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 تبيعه بالشريكين كالمكيل والموزون والعددي المتقارب، سواء قسمة رضا أو قسمة جبر.
- ٢- وقسمة جمع: وهي أن يجمع نصيب كل شريك في عين على حدة^(٤)، كأن يكون الشيء المشترك أقطاناً بين شريكين، فيتقاسمان، على أن يختص أحدهما بكمية منها والآخر بالباقي. وهي جائزة في جنس واحد، ولا تجوز في

(١) البدائع: ١٩/٧-٢٢.

(٢) رد المحتار: ١٨٤/٥.

(٣) قسمة الرضى في المادة (١١٢١) مجلة هي «القسمة التي تجري بين المتقاسمين في الملك بالتراضي أو برضا الكل عند القاضي» وقسمة القضاء في المادة (١١٢٢) هي «تقسيم القاضي الملك المشترك جبراً وحكماً بطلب بعض المقسوم لهم».

(٤) عرفت المادة (١١١٥) من المجلة هذين النوعين، فقالت: قسمة التفريق: هي تعيين الحصص الشائعة في العين الواحدة المشتركة في أقسامها، مثل قسمة عرصة - أي ساحة - بين اثنين. وقسمة الجمع: هي جمع الحصص الشائعة في كل فرد من أفراد الأعيان في أقسامها، مثل قسمة ثلاثين شاة مشتركة بين ثلاثة: عشرة لكل واحد منهم.

جنسين مختلفين، فتصح في المثليات وهي المكيلات والموزونات والعديدات المتقاربة كأصناف الحنطة، ولا تصح في جنسين من المكيل والموزون والمذروع والعدي 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 المشتركة قسمة جمع باتفاق الحنفية، بل يقسم كل واحد على حدة، لاختلاف الجنس.

وقال المالكية^(١): قسمة الرقاب أو الأعيان نوعان: قسمة مراضاة وقسمة قرعة.

أما قسمة المراضاة: فهي أن 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.

وأما قسمة القرعة: فهي تمييز حق مشاع بين الشركاء، لا بيع. فيرد فيها بالغبن، ولا بد فيها من مقوم، ويجبر عليها من أباهما، 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

(١) الشرح الصغير: ٣/٦٦٢-٦٦٤، القوانين الفقهية: ص ٢٨٤ وما بعدها.

(٢) حاشية الباجوري: ٢/٣٥٢-٣٥٤، بجيرمي الخطيب: ٤/٣٤١-٣٤٤.

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 الأبنية، 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 للسهام**: وهي أن تعدل الأنصباء المختلفة بالقيمة، لتحقيق المساواة بين الشركاء، كأرض تختلف قيمة أجزائها بسبب قوة إنبات، أو قرب ماء ونحوهما، أو يختلف جنس ما فيها، كبستان 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، كتياب 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 المحال 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 خمس مئة. ولا يجري فيها الإجماع.

ويعتبر النوع الأول إفرازاً للحق، لا بيعاً، والنوعان الآخران بيعاً. وبه يتبين أن القسمة عند الشافعية كغيرهم نوعان رئيسيان: قسمة إجبار، وقسمة تراض.

وقال الحنابلة^(١) كما قال الحنفية: القسمة نوعان:

١- قسمة تراض: لا تجوز إلا برضا الشركاء كلهم: وهي التي فيها ضرر، ورد عوض من أحدهما على الآخر، كالدور الصغيرة، والحمام والطاحون الصغيرين، 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 قسّمه 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 تبين 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»^(٢).

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 مكيل أو موزون من جنس واحد، كدهن من زيت وسيرج

(١) كشاف القناع: ٦/٣٦٤، ٣٦٩.

(٢) رواه أحمد وابن ماجه والدارقطني، قال النووي: حديث حسن، وله طرق يقوي بعضها بعضاً.

وغيرهما، ولبن ودبس واخل وتمر وعنب ونحوهما، وسائر الحبوب والثمار المكيلة. وإذا طلب أحد الشركاء القسمة في المذكورات وأبى الشريك الآخر، أجبر الممتنع، ولو كان ولياً على صاحب الحصّة؛ لأنه يتضمن إزالة الضرر الحاصل بالشركة، وحصول النفع للشريكين، فيمكنهما التصرف بالحصص، أو الاستثمار بأي طريق يختاره الشريك.

المبحث الثالث - شروط القسمة:

فيه مطلبان: الأول - في شروط قسمة التراضي، والثاني - في شروط قسمة الإيجاب.

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 بدونهما.

أما الملك: فهو أن يكون القاسم مالكاً عين ما يقسمه وقت القسمة، فيقسمه الشركاء بالتراضي، فإن لم يكن المقسوم مملوكاً للقاسم، لا تجوز القسمة؛ لأن القسمة إفراز بعض الأنصبا، ومبادلة البعض، وكل ذلك لا يصح إلا في الشيء المملوك^(٢). وبناء عليه: لا تصح عند الحنفية قسمة الديون المشتركة قبل القبض؛

(١) البدائع: ١٨/٧، ١٩، ٢٢.

(٢) البدائع: ٢٤/٧، م (١١٢٣، ١١٢٥، ١١٢٦) مجلة.

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.

وأما الولاية: فهي ولاية القرابة المالية، بأن يكون القاسم ذا ولاية مالية على الصغير والمجنون والمعتوه، 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 عليهم؛ 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 تقدم، 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: ٥/١٨٠، 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 الإيجاب أو قسمة التراضي التي تكون بالإفراز، نقضت القسمة بنوعيتها، فإن كانت بالتعديل أو بالرد، لم تنقض، لأنها بيع.

المطلب الثاني — شروط قسمة الإيجاب 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 وأبى 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 المهैयाة.

والخلاصة: أنه تجب القسمة عند الطلب، إلا إذا كان الطالب قاصداً للضرر، فلا تجب، كما سيبين في الشرط الثاني.

الشرط الثاني — ألا يترتب على القسمة ضرر: وهذه 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):

أ - إن كان المال مما لا ضرر في تبعيضه أو تجزئته، بل فيه منفعة للشريكين، كالمكيل والموزون والعددي المتقارب، فتجوز قسمة التفريق قسمة جبر، ويجبر القاضي من أبى من الشركاء على قبولها تحقيقاً لمصلحة الطرفين.

(١) بجيرمي 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 ١١٣١) مجلة.

(٤) البدائع: ١٩/٧-٢١، تبين الحقائق: ٢٦٨/٥ وما بعدها.

ب - وإن كان في القسمة ضرر: فإن أضرت بكل واحد من الشريكين لم تجز قسمة الجبر في المال المشترك كاللؤلؤ والياقوت والثوب الواحد والسرج والقوس والمصحف الكريم، والخيمة والحائط، والحمام والبيت، أو الحانوت الصغير، والفرس والجمال 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 للشيوخ 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، إذ 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 لا 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).

ومذهب الشافعية في قسمة الضرر والجبر قريب من مذهب الحنفية، قالوا^(٢):
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 ينقص نفعه كسيف يكسر، أو أبطل نفعه

(١) الكتاب مع اللباب: ٩٤/٤ وما بعدها، البدائع: ٢٨/٧.

(٢) بجيرمي الخطيب: ٣٤٠/٤ وما بعدها.

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، أجبر صاحب الأقل على القسمة، بطلب الآخر لا عكسه.

وكذلك قال الحنابلة^(١): 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^(٢): إن كان الشيء المشترك مما يحتمل القسمة بلا ضرر للأرضين وغيرها، أجبر على القسمة من أباه، وإما إذا كان المال المشترك غير قابل للقسمة 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 بإرث أو شراء أو غيرهما، جاز إجبار الممتنع على البيع.

(١) المغني: ١١٥/٥ وما بعدها.

(٢) الشرح الصغير: ٦٧٨/٣ وما بعدها، القوانين الفقهية: ص ٢٨٥.

٤ - ألا يكون المال المشترك متخذاً للاستغلال أي الكراء، أو مشترىً للتجارة فإن كان متخذاً للغلة، أو اشتروه للانتفاع في غير غلة ولو للتجارة على المعتمد، لم يجبر الآبي على البيع، مع من أراد البيع.

الشرط الثالث - أن تكون القسمة عادلة، غير جائرة، لأن القسمة إفراز بعض الأنصباء، ومبادلة بعضها ببعض، 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 والشعير، والقطن والحديد، والجوز واللوز، والآلي واليواقيت، 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 (حقول العنب) لا تقسم قسمة جمع عند أبي حنيفة للتفاوت الفاحش بين دار ودار وأرض وأرض، بسبب اختلاف الدور والأراضي في بنائها وموقعها، فتعتبر في حكم جنسين مختلفين؛ لأن المعتمد والمقصود في الدور والأراضي هو المعنى، فتقسم قسمة تفريق^(٣) عنده.

وقال الصحابان: تقسم الدور ونحوها قسمة جمع، لأنها من جنس واحد من حيث الصورة وأصل السكنى، وإن كانت أجناساً متعددة من حيث اختلاف المقاصد، ويمكن تعديل التفاوت فيها بالقيمة، وينظر القاضي في الأمر بما يحقق المصلحة.

(١) البدائع: ٢٦/٧، م(١١٢٧) مجلة.

(٢) قسمة الجمع كما تقدم: هي أن يجمع نصيب كل واحد من الشريكين في عين على حدة.

(٣) قسمة التفريق: أن يقسم كل فرد من أفراد المال المشترك على حدة، ويعين نصيب المتقاسمين فيه.

واتفق أئمة الحنفية على أنه يقسم البيتان (الغرفتان) قصة جمع، سواء أكانا متصلين أم منفصلين^(١).

هذا ما يقوله متقدمو الحنفية، وأما في زماننا فإن المنازل والبيوت كالدور تفاوتت تفاوتاً فاحشاً، فلا تقسم قصة جمع، وإنما تقسم قصة تفريق.

المبحث الرابع - كيفية القسمة:

أبان الحنفية كيفية القسمة وإجراءاتها التي يتبعها القاسم على النحو التالي^(٢)، وهو في تقديري مجرد اجتهاد يتغير بحسب العصور.

١ - يمسح 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 التحقيق، ويمنع تعلق نصيب كل شريك بنصيب الآخر.

٣ - تحدد الأنصباء 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 النذب 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 بعضها مع بعض، وهكذا حتى يتم التوزيع.

(١) البدائع: ٢١/٧ وما بعدها، تبين الحقائق: ٢٧٠/٥، م (١١٣٢-١١٤٢) من المجلة.

(٢) تكملة الفتح: ١٤/٨ وما بعدها، تبين الحقائق: ٢٧٠/٥، اللباب شرح الكتاب: ١٠٠/٤

وما بعدها، م (١١٥١) مجلة. وانظر تلك الإجراءات في المذاهب الأخرى في المهذب:

٣٠٨/٢ وما بعدها، المغني: ١٢٣/٩، الشرح الصغير: ٦٧٥/٣ وما بعدها.

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 العرصه والأراضي من الذرعات، فتقسم بالذرع، أما ما عليها من الأشجار والأبنية، فيقسم بتقدير القيمة.

تعديل القسمة بالنقود:

أجاز الشافعية والحنابلة كما تقدم تعديل القسمة بالقيمة والنقود في غير الأموال المثلية، مما لا يقبل الإفراز، كأرض تختلف قيمة أجزائها^(١)، وهذا مذهب المالكية أيضاً كما سيأتي بيانه.

أما الحنفية فلم يجيزوا 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، وأراد 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).

(١) بجيرمي الخطيب: ٣٤٣/٤، كشاف القناع: ٣٧٣/٦.

(٢) تكملة الفتح: ١٥/٨، تبين الحقائق: ٢٧١/٥، اللباب: ١٠١/٤، البدائع: ١٩/٧، م (١١٤٩) مجلة.

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^(١): 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 على حدة؛ لأن الدور أجناس مختلفة، لاختلاف المقاصد باختلاف المحال (المواقع) والجيران، والقرب من المسجد والماء والسوق مثلاً، فلا يمكن التعديل في القسمة وإنما تقسم قسمة تفريق، ولا يضم بعض الأنصبة إلى بعض، إلا إذا تراضوا. وهذا هو الصحيح عند الحنفية.

وقال الصحابان: 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 رأيهما - 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 الصحابين: يفوض الأمر إلى القاضي، ليحقق المصلحة والعدل في اختيار نوع القسمة.

(١) تكملة الفتح: ١٣/٨، تبين الحقائق: ٢٧٠/٥، البدائع: ٢٢/٧، اللباب: ٩٨/٤ وما بعدها، الدر المختار ورد المحتار: ١٨٤/٥.

وأما البيوت (العرف) فتقسم باتفاق الحنفية قسمة جمع، سواء أكانت متباينة أم متلاصقة، لتقاربها في معنى السكنى^(١).
والشافعية يرون أن الدار المختلفة الأبنية تقسم قسمة تعديل بالقيمة، لاختلاف الأغراض باختلاف المحال والأبنية^(٢).
وكذلك قال المالكية: تقسم الدور بالتراضي، أو بالسهم على أن تعدل بالقيمة^(٣).
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^(٤).

١ - قال أبو حنيفة: تقسم الأرض بالمساحة، لأنه هو الأصل في الممسوحات، ثم يردّ 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

(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، متلاصقاً 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 أعدل 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، الباب: ٩٩/٤).

(٢) بجيرمي الخطيب: ٣٤٤/٤.

(٣) بداية المجتهد: ٢٦٢/٢.

(٤) تكملة الفتح: ١٥/٨.

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 (الأرض)^(١) وإذا بقي فضل، ولم يمكن تحقيق التسوية، بأن كانت العرصه لا تفي 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 حيالها، لا شجر فيها ولا بناء، أي إنها أرض مخللة للزرع وليس عليها بناء.

وتقسم الأرض (العرصة) بالذراع ونحوه، وتقسم الدار بالقيمة^(٢).

المطلب الرابع — السفل والعلو:

إذا كان الذي يراد قسمته، بعضه سفلى ليس فوقه علو، أو فوقه علو للغير، وبعضه علو لا سفلى له، بأن كان السفلى للغير، وبعضه سفلى له علو، وكل ذلك في

(١) العرصه: بسكون الراء: كل بقعة بين الدور واسعة ليس فيها بناء، أو ساحة الدار، والجمع عَرَصَات.

(٢) تكملة الفتح: ١٣/٨، تبين الحقائق: ٢٧٠/٥، الدر المختار ورد المحتار: ١٨٤/٥، اللباب: ٩٩/٤، البدائع: ٢٢/٧، م (١١٤٨) مجلة.

دار واحدة، أو في دارين، قوّم كل واحد من السفّل والعلو على حدة، وقسم بواسطة القاضي بالقيمة، ولا يعتبر غير ذلك؛ لأن كلاً منهما يصلح لما لا يصلح له الآخر، فصارا بمثابة جنسين مختلفين، وهذا يقتضي القسمة بالقيمة، ليتحقق التعديل.

وهذا رأي محمد، وهو الذي اختاره المشايخ، وعليه الفتوى.

وقال الشيخان (أبو حنيفة وأبو يوسف): يقسم ذلك بالذرع؛ لأن السفّل والعلو من المذروعات. ثم اختلفا في كيفية تلك القسمة، فقال أبو حنيفة: ذراع من السفّل 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 وسفّل، فطلب أحدهما قسمها، لأحدهما العلو وللآخر السفّل، فلا إجبار. أو طلب أحد الشريكين قسمة السفّل 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 والسفّل على حدة، فلا إجبار أيضاً، لما فيه من الضرر.

ولو طلب أحدهما قسمة العلو والسفّل 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 أسفل بذراعي علو، ولا عكسه، ولا ذراع بذراع، إلا أن يتراضى 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) كشاف القناع: ٢٦٧/٦.

أولاً - مصير الطريق ونحوه من الارتفاقات:

لو قسم القسّام 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 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.

(١) تبين الحقائق: ٢٧١/٥ وما بعدها، تكملة الفتح: ١٥/٨ وما بعدها، اللباب: ١٠٢/٤،

الدر المختار: ١٨٥/٥، م (١١٤٣-١١٤٤، ١١٦٧) مجلة.

(٢) تكملة الفتح: ١٦/٨، تبين الحقائق: ٢٧٢/٥.

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. ويندب للإمام أو للقاضي تعيين قاسم دائم، يرزق 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 مالهم، غرماً بالغنم.

فإن لم يعين قاسم دائم، عين القاضي قاسماً يقسم بأجر المثل على حساب

(١) المرجعان السابقان، الدر المختار: ١٨٥/٥، البدائع: ٢٩/٧.

(٢) المراجع السابقة.

(٣) المراجع السابقة.

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 الأنصباء، والتسوية بين السهام، بأقصى الإمكان لئلا يدخل القصور في سهم.
- 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^(٣)، ولأن القرعة أنفى للثمة.

(١) تكملة الفتح: ٥/٨، الدر المختار: ٥/١٧٩، تبيين الحقائق: ٥/٢٦٥، اللباب: ٤/٩١ وما بعدها.

(٢) المراجع السابق. البدائع: ٧/١٩، ٢٦.

(٣) 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: ٦/٢١٧).

واشترط الشافعية والحنابلة في القاسم المعين من قبل القاضي سبعة شروط وهي^(١):

الإسلام، والبلوغ، والعقل، والحرية، والذكورة، والعدالة، وعلم المساحة والحساب؛ لأن علمهما آلة القسمة. وأضاف الشافعية اشتراط السمع والبصر والنطق والضبط، إذ لا بد مما ذكر؛ لأن للقاسم ولاية على من يقسم لهم بسبب كون قسمة ملزمة، ومن لم تتوافر فيه هذه الشروط، فليس من أهل الولاية. 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 (العالم بالأنساب) والطبيب والمفتي.

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^(٢).

رابعاً — أجرة القاسم:

اتفق الفقهاء على أنه إذا كان القاسم معيناً من قبل القاضي، فأجره (أو رزقه)

(١) بجيرمي الخطيب: ٣٣٨/٤ وما بعدها، حاشية الباجوري: ٣٥١/٢، كشاف القناع: ٦/٣٧٢، المغني: ١٢٦/٩.

(٢) الشرح الكبير: ٥٠٠/٣، الشرح الصغير: ٦٦٥/٣، بجيرمي الخطيب: ٣٣٩/٤، كشاف القناع: ٣٧٣/٦ وما بعدها.

من بيت مال المسلمين، إذا كان فيه سعة، لأن القسمة من جنس عمل القاضي، ولأن منفعته تعم الناس كما بان 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 تمييزه الكبير، وإذا لم يتفاوت العمل، لا تتفاوت الأجرة. وقال الصاحبان 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 إجماعاً، وكذا سائر المؤمن 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

(١) البدائع: ١٩/٧، تكملة الفتح: ٥/٨، تبيين الحقائق: ٢٦٥/٥، الدر المختار: ١٧٩/٥ وما بعدها، اللباب: ٩٢/٤، الشرح الكبير: ٥٠٠/٣، القوانين الفقهية: ص ٢٨٦، بجيرمي الخطيب: ٣٤٠/٤، كشاف القناع: ٣٧٢/٦، المغني: ١٢٦/٩.

(٢) البدائع: ٢٨/٧، بداية المجتهد: ٢٦٧/٢، المهذب: ٣٠٩/٢، المغني: ١٢٥/٩، الشرح الصغير: ٦٧٦/٣، رد المحتار: ١٨٤/٥، م (١١٥٧) مجلة.

إلا بالطوارئ كما سألين في حكم نقض القسمة. ولكن لبعض المذاهب تفصيل في مبدأ اللزوم:

قال الحنفية^(١): تلزم قسمة التراضي وقسمة التقاضي بعد تمامها، فلا يجوز الرجوع عنها إذا تمت.

أما قبل التمام، فكذلك 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 التراضي لا تتم 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، فمن أراد الفسخ لم يكن منه^(٢). وقال الشافعية^(٣): تلزم قسمة الإيجاب من غير تراضٍ، ومن المعلوم أن قسمة الإفراز والتعديل فيهما الإيجاب، وأما قسمة التراضي قسمة رد دون غيرها، فالأرجح عندهم أنه لا بد من الرضا بها بعد خروج القرعة، ولا يلزم حكم القاسم إلا برضا الشركاء؛ لأنه لما اعتبر الرضا بالقسمة ابتداءً، اعتبر بعد خروج القرعة. والحنابلة^(٤) 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.

(١) البدائع، رد المحتار، المكان السابق، م (١١٥٨) مجلة.

(٢) الشرح الصغير، المكان السابق.

(٣) بجيرمي الخطيب: ٣٤٤/٤، المهذب: المكان السابق.

(٤) المغني، المكان السابق، كشاف القناع: ٣٧٣/٦.

ثانياً - ثبوت حق الخيار في القسمة:

قال الحنفية^(١): القسمة ثلاثة أنواع: قسمة لا يجبر الآبي، كقسمة الأجناس المختلفة، وقسمة يجبر الآبي، في ذوات الأمثال كالمكيلات والموزونات، وقسمة يجبر الآبي، في غير المثليات المتحدة الجنس، كالثياب من نوع واحد، والبقر والغنم.

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 كالمكيلات والموزونات، حيث يجبر الآبي عليها، يثبت خيار العيب، دفعاً للضرر والجور، دون خيار الشرط والرؤية، إذ لا فائدة في إثباتهما، 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^(٢): يثبت خيار العيب في قسمة المراضاة: (بأن يتراضيا على أن كل واحد يأخذ شيئاً مما هو مشترك بينهم، يرضى به بلا قرعة) لأنها كالبيع.

(١) حاشية الشلبي على تبیین الحقائق: ٢٦٥/٥، انظر البدائع: ٢٨/٧، م (١١٥٣-١١٥٥) مجلة.

(٢) الشرح الصغير: ٦٦٢/٣ وما بعدها، بداية المجتهد: ٢٦٧/٢.

وقال الحنابلة^(١): إذا ظهر في نصيب أحد الشريكين عيب لم يعلمه قبل القسمة، فله فسخ القسمة، أو الرجوع بأرش العيب؛ لأنه نقص في نصيبه، فملكه كالمشتري.

واكتفى الشافعية بالنص على أن قسمة الإفراز تنقض في حال الحيف أو الغلط. وأما قسمة الرد أو التعديل فهي بيع^(٢)، أي يثبت فيها خيار العيب.

ثالثاً - آثار القسمة:

يترتب على القسمة الأحكام التالية^(٣):

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 المحض، والقسمة مبادلة من وجه واحد، فلا تحتل الشفعة. والظاهر أن هذا الحكم متفق عليه في المذاهب^(٤).

رابعاً - نقض القسمة:

تنقض القسمة بالإقالة أو بالتراضي على فسخها.

ويجب نقض القسمة بعد وجودها، وعلى الرغم من لزومها في حالات هي عند الحنفية ما يأتي:

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

(١) المغني: ١٢٨/٩ وما بعدها، كشف القناع: ٣٧٦/٦.

(٢) بجيرمي الخطيب: ٣٤٤/٤.

(٣) البدائع: ٢٨/٧، مادة (١١٦٢) مجلة.

(٤) المهذب: ٣٠٦/٢، المغني: ١٢١/٩.

الدين، أو أبرأ الغرماء الدائنون ذم 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: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ [النساء: ١١/٤]، 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.

ولا تنقض قسمة التقاضي في الأصح؛ لأن القسمة حينئذ محل اجتهاد، وقضاء القاضي إذا صادف محل الاجتهاد ينفذ ولا ينقض^(٤).

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 خمس مئة،

(١) البدائع: ٣٠/٧، الدر المختار: ١٨٧/٥، تكملة الفتح: ٢٦/٨، م (١١٦١) مجلة.

(٢) المغني: ١٢٩/٩.

(٣) المهذب: ٣١٠/٢، وانظر: ٣٢٧/١.

(٤) البدائع: ٣٠/٧، رد المحتار: ١٨٧/٥.

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 المفتى 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 المقومين، ولا تقبل بينته^(١). ونقض القسمة بالغبن الفاحش أو الجور متفق عليه بين الفقهاء^(٢)، إلا أن الشافعية فصلوا في الأمر، كما سيذكر في حالة الغلط.

٤- وقوع غلط في المال المقسوم: إذا ادعى أحد الشركاء بعد القسمة أن شيئاً من نصيبه وقع في يد صاحبه غلطاً، وكان قد أقر أو أشهد على نفسه باستيفاء حقه^(٣)، لم يصدق على الذي يدعيه، إلا بينة (إقرار الخصم أو نكوله)؛ لأنه يدعي فسوخ 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 بينهما على قدر أنصباؤهما، لأن النكول حجة في حقه خاصة، فيعاملان على زعمهما.

وإن لم يكن قد أقر بالاستيفاء، تحالف الشركاء (حلف كل منهم يميناً) وفسخت القسمة؛ لأن الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة، فصار كالاختلاف في مقدار المبيع.

(١) الدر المختار ورد المختار: ١٨٧/٥، تبين الحقائق: ٢٧٣/٥ وما بعدها، م (١١٦٠) مجلة.

(٢) الشرح الصغير: ٦٧٧/٣، بجيرمي الخطيب: ٣٤٤/٤، المغني: ١٢٧/٩.

(٣) الاستيفاء: عبارة عن قبض الحق بكامله.

وإن قال: (أصابني إلى موضع كذا، فلم تسلم إلي) ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء، وكذبه شريكه، تحالفاً، وفسخت القسمة، لاختلافهما في نفس القسمة، فإنهما 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^(١).

والقول بنقض القسمة في حال ادعاء الغلط، وإثباته بالبينة، محل اتفاق أيضاً بين الفقهاء^(٢). 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)، نقضت القسمة بنوعيتها.

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 ثلاث عند الحنفية^(٣) 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

(١) تكملة الفتح: ٢٠/٨ وما بعدها، الدر المختار: ١٨٦/٥، تبين الحقائق: ٢٧٣/٥، اللباب: ١٠٣/٤ وما بعدها، البدائع: ٢٦/٧.

(٢) المراجع السابقة.

(٣) تكملة الفتح: ٢٣/٨ وما بعدها، تبين الحقائق: ٢٧٤/٥، الدر المختار: ١٨٦/٥ وما بعدها، اللباب: ١٠٦/٤، م (١١٤٥) مجلة.

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 النصيين، 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 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 الأنصباء.

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 منهما، وقد أفرز.

وإن استحق بعض المال المقسوم شائعاً في الحصتين أو إحداهما، بطلت القسمة فيه، لا في 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. وهذا رأي أبي يوسف كما تقدم.

(١) المهذب: ٣٠٩/٢، بجيرمي الخطيب: ٣٤٤/٤، المغني: ١٢٨/٩، كشاف القناع: ٦/٦

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.

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 المقومين، لم يلتفت للدعاء، سواء أكانت القسمة بالتراضي، أم بقضاء القاضي، لأن الاحتراز عن مثله عسير جداً. ومثلاً 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 المقومين^(٣)، كأن

(١) روى عبد الله بن أحمد في زيادات المسند من طريق القاسم بن عبد الرحمن عن جده حديثاً بلفظ «إذا اختلف المبتايان، والسلعة قائمة، ولا بينة لأحدهما، تحالفاً» (نيل الأوطار: ٢٢٤/٥).

(٢) البدائع: ٢٦/٧، 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 المنقولات (أي ٥٪) والعشر (١٠٪) في الحيوان، والخمس (٢٠٪) في العقارات.

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 للدعاء عند بعض الحنفية؛ لأن القسمة في معنى البيع، ودعوى الغبن فيه من المالك لا توجب نقضه^(١).

أما البيع من غير المالك كبيع الأب والوصي، فإنه ينقض بالغبن الفاحش^(٢). والأصح كما تقدم 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؛ لأنهما شهدا على فعل غيرهما، وهو القبض، لا على فعل أنفسهما؛ لأن فعلهما هو التمييز، ولا حاجة للشهادة عليه.

وقال محمد: لا تقبل شهادتهما؛ لأنهما 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 ما لم يصاحبه شيء من الخلابة أو التدليس أي أن يخدع أحد العاقدين الآخر بوسيلة موهمة قولية أو فعلية تحمله على الرضا بالعقد، ومنه كتمان عيب المبيع، ودليلهم حديث «دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض».

(٢) تكملة الفتح والعناية: ٢٢/٨، تبين الحقائق: ٢٧٣/٥ وما بعدها.

(٣) الدر المختار ورد المختار: ١٨٥/٥ وما بعدها.

النوع الثاني

قسمة المنافع أو المهايأة

وفيه 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: 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 أغياناً بطلت^(٣).

وقسمة الأعيان أقوى من المهايأة؛ لأن الأولى جمع المنافع في زمان واحد على الدوام، والتهايؤ جمع المنافع على التعاقب بصفة وقتية^(٤). فإذا طلب أحد الشريكين القسمة، والآخر المهايأة، يجيب القاضي الأول ويقسم. واستدلوا على مشروعية المهايأة بالقرآن والسنة.

أما القرآن: فقوله تعالى حكاية عن قسمة مهايأة ناقة صالح عليه السلام: ﴿هَذِهِ نَاقَةٌ لَهَا شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبُ يَوْمٍ مَّعْلُومٍ﴾ [الشعراء: ١٥٥/٢٦] وهو المهايأة بعينها.

(١) العناية على شرح الهداية بهامش تكملة الفتح: ٢٧/٨، رد المحتار: ١٨٩/٥، م (١١٧٤) مجلة.

(٢) الشرح الصغير: ٦٦٠/٣.

(٣) رد المحتار، المكان السابق، الباب: ١٠٦/٤.

(٤) الهداية مع تكملة الفتح: ٢٧/٨.

وأما السنة: فوقائع منها: أنه ﷺ قسم في غزوة بدر كل بعير من الأبعرة السبعين بين ثلاثة نفر، وكانوا يتعاقبون على ركوبه^(١).

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.

أما لو تهاياً في نخل أو شجر بين شريكين، على أن يأخذ كل واحد منهما جزءاً يستثمره، لا يجوز؛ أو تهاياً في الغنم المشتركة على أن يأخذ كل واحد منهما عدداً معيناً منهما، وينتفع بألبانها، لا يجوز؛ لأن المهايأة عقد يرد على قسمة المنافع، والتمر واللبن عين، فلا يصلح محلاً للمهايأة، وهذا متفق عليه بين الفقهاء^(٢).

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 القيميات، ليكون الانقطاع بها ممكناً حال بقاء عينها».

المبحث الثالث - صفة المهايأة:

للفقهاء رأيان في لزوم المهايأة، رأي للجهور غير المالكية بأنها غير لازمة، ورأي للمالكية بأنها لازمة. وعباراتهم ما يأتي:

قال الحنفية^(٣): المهايأة بالتراضي زماناً أو مكاناً عقد غير لازم، فلو طلب أحد

(١) سيرة ابن هشام: ٦١٣/١.

(٢) البدائع: ٣٢/٧، تبين الحقائق: ٢٧٧/٥، القوانين الفقهية: ص ٢٨٥، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ٤٩٨/٣، الشرح الصغير: ٦٦٠/٣ وما بعدها، بجيرمي الخطيب: ٤/٣٤٥، المغني: ١٣٠/٩، كشف القناع: ٣٦٧/٦.

(٣) البدائع: ٣٢/٧، الدر المختار ورد المحتار: ١٨٤/٥، ١٨٩، تبين الحقائق: ٢٧٦/٥.

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^(١).

وبناء عليه تكون المهايأة عقداً جائزاً محتملاً للفسخ، كسائر العقود الجائزة، تفسخ ولو بغير عذر، ولا تبطل المهايأة بموت أحد الشريكين أو بموتهما، بخلاف الإجارة، لأنها لو بطلت أي المهايأة أعادها القاضي للحال أي استأنفها حالاً، ولا فائدة من الاستئناف، كما لا فائدة في الانقضاء 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^(٢): المهايأة عقد غير لازم، لكل من الشريكين الرجوع عنها متى شاء، ولا إجبار فيها من القاضي.

وكذلك قال الحنابلة^(٣): لا تلزم المهايأة، فمتى 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^(٤): 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:

للمهايأة تقسيمان - الأول من حيث التراضي والجبر، والثاني - من حيث الزمان والمكان.

(١) انظر المادة (١١٨٢) مجلة الآتي نصها في الحاشية التالية.

(٢) بجيرمي الخطيب: ٣٤٥/٤.

(٣) المغني: ١٣٠/٩.

(٤) بداية المجتهد: ٢/٢٦٦، القوانين الفقهية: ص ٢٨٥.

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 المشترك بينهما، على طريق التعاقب أو التناوب زماناً أو مكاناً. وهي جائزة باتفاق الفقهاء.

٢- المهايأة بالتقاضي:

هي التي تتم بواسطة القاضي جبراً بناء على طلب أحد الشريكين. فيهايئ القاضي بينهما جبراً إما بالمناوبة الزمانية مدة معينة بنسبة حصة كل منهما، وإما بالمهايأة 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 المهايأة الجبرية:

«إذا طلب المهايأة أحد أصحاب الأشياء المشتركة المتعددة، وامتنع الآخر: فإن كانت الأعيان المشتركة متفقة المنفعة، فالمهايأة جبرية. وإن كانت مختلفة المنفعة فلا جبر.

مثلاً: داران مشتركتان طلب أحد الشريكين المهايأة على أن يسكن إحداهما، والأخرى للآخر. أو حيوانان على أن يستعمل أحدهما واحداً، والآخر الآخر، وامتنع شريكه، فالمهايأة جبرية.

أما لو طلب أحدهما المهايأة على سكنى الدار، وللآخر إيجار الحمام، أو على

(١) بداية المجتهد: المكان السابق، المادة (١١٧٦) من المجلة.

(٢) تبين الحقائق: ٢٧٦/٥.

سكنى أحدهما في الدار وزراعة آخر الأراضي، فالمهاياة بالتراضي، وإن لم تكن جائزة، إلا أنه إذا امتنع الآخر لا يجبر عليها^(١).

ولا يجبر على المهاياة من أباهما عند المالكية والشافعية والحنابلة^(٢) (الجمهور)، لأنها معاوضة، فلا يجبر عليها كالبيع، ولأن حق كل واحد في المنفعة شيء عاجل، فلا يجوز تأخيره بغير رضاه، كالدين، أي فلا تجوز المهاياة بالتقاضي عند الجمهور.

وقال المالكية: لا تجوز قسمة المنافع بالقرعة. وقال الشافعية: إذا اتفقوا عليها، وتنازعا في البداءة (بدء المناوبة) أقرع بينهم.

التقسيم الثاني — المهاياة من حيث الزمان والمكان:

تنقسم المهاياة بهذا الاعتبار إلى نوعين: مهاياة زمانية، ومهاياة مكانية.

فالأولى ترجع للزمان، والثانية ترجع للمكان. والمهاياة عند المالكية^(٣) قسمان: المهاياة بالأزمان، والمهاياة 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، مثل أن يسكن أحدهما الدار شهراً ويسكنها الآخر شهراً آخر. والثانية: هي أن يقسما 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- المهاياة الزمانية:

أولاً — تعريفها: هي أن ينتفع كل واحد من الشريكين على التعاقب بجميع العين المشتركة مدة مساوية لمدة انتفاع صاحبه، أو بنسبة حصته^(٤). كأن يتهاياً اثنان على

(١) وانظر تبين الحقائق: ٢٧٦/٥، تكملة الفتح: ٣٠/٨.

(٢) القوانين الفقهية: ص ٢٨٥، بجيرمي الخطيب: ٣٤٥/٤، المغني: ١٣٠/٩.

(٣) بداية المجتهد: ٢٦٦/٣، القوانين الفقهية: ص ٢٨٥.

(٤) بداية المجتهد، المكان السابق، المادة (١١٧٦) من المجلة.

أن يزرعا الأرض المشتركة بينهما، هذا سنة، والآخر سنة أخرى. أو على 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 قطع من الغنم المشترك أو صوفه لواحد، ولبن قطع ثان، وصوفه للآخر.

ثانياً - مشروعيتها: وهي جائزة لقوله تعالى حكاية عن مهايأة ناقة صالح عليه السلام في الشرب: ﴿هَذِهِ نَاقَةٌ لَهَا شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبُ يَوْمٍ مَّعْلُومٍ﴾ [الشعراء: ١٥٥/٢٦] ﴿وَنَبِّئَهُمْ أَنَّ الْمَاءَ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ كُلُّ شِرْبٍ مُحْضَرٌ﴾ [القمر: ٢٨/٥٤] ولحاجة الناس إليها.

ثالثاً - تكييفها أو تأصيلها الفقهي: المهايأة الزمانية عند الحنفية كقسمة الأعيان: إفراز من وجه، مبادلة من وجه؛ لأن المهاييء كالمستقرض لنصيب شريكه، فكان فيها معنى المبادلة من وجه^(١)، فتكون منفعة أحد أصحاب الحصص في نوبته مبادلة بمنفعة حصة الآخر في نوبته، وبناء على ذلك يكون ذكر المدة وتعيينها في المهايأة مثلاً كذا يوماً أو كذا شهراً، لازماً، ويرى المالكية أنها مبادلة كالإجارة.

وقال الحنابلة: المهايأة معاوضة، فلا يجبر عليها كالبيع^(٢).

وصرح الشافعية: أن من استوفى زائداً على حقه، لزمه أجره ما زاد على قدر حصته من الزائد^(٣). ويفهم منه أن المهايأة مبادلة.

ونصت المادة (١١٧٨) من المجلة على أن «المهايأة زماناً نوع مبادلة، فتكون منفعة أحد أصحاب الحصص في نوبته مبادلة بمنفعة حصة الآخر في نوبته..».

رابعاً - تعيين المدة: يشترط في المهايأة الزمانية تعيين المدة، بخلاف المهايأة

(١) تبين الحقائق: ٢٧٦/٥.

(٢) المغني: ١٣٠/٩.

(٣) بجيرمي الخطيب: ٣٤٥/٤.

المكانية؛ لأن تعيين الزمان يعرف به قدر الانتفاع، فتصير به المنافع معلومة، ولا تصير معلومة إلا ببيان زمان معلوم، ولأن هذه المهايأة مقدرة بالزمان، أما المهايأة المكانية فمقدرة بمجموعة بالمكان، ومكان المنفعة معلوم^(١). وقد رتب 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 كالثوب. وتجوز المهايأة في العقارات كالدار والأرض المأمونة (بأن كانت ملكاً) لمدة بعيدة، فيسكن أحدهما في الدار مدة معينة، ويسكن الآخر مدة أخرى، ويزرع أحدهما الأرض عاماً، والآخر عاماً مثله. أما الأرض غير المأمونة (غير المملوكة) كالمعارة، فلا يجوز قسمها مهايأة، وإن قلت المدة، إذ قد يرجع المستعير في إعارته، فيفوت على الآخر الذي لم تأت نوبته حقه من الانتفاع.

خامساً - انتهاءها: لا تبطل المهايأة بموت أحد العاقدين، ولا بموتهما؛ لأنها - كما ذكرت 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: ٣٢/٧.

(٢) الشرح الكبير مع الدسوقي: ٤٩٩/٣، الشرح الصغير: ٦٦١/٣، بداية المجتهد: ٢٦٦/٢.

(٣) الدر المختار: ١٨٩/٥، تبين الحقائق: ٢٧٦/٥، تكملة الفتح: ٢٧/٨.

(٤) انظر المادة (١١٧٩) من المجلة.

ثانياً — مشروعيتها: المهياة المكانية جائزة؛ لأنها نوع من القسمة، مثل قسمة الأعيان، فلو تهاياً 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 الأنصبة، 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 إحداهما مدة، والآخر مدة أخرى، لا تجوز عند أبي حنيفة لا استعمالاً ولا استغلالاً؛ لأن الظاهر التغير في الحيوان، ولأن الاستعمال يتفاوت بتفاوت الراكبين حذقاً وخرقاً.

وتجوز المهياة استعمالاً عند الصاحبين في الحيوان والحيوانين، كما تجوز للاستغلال في الحيوانين، ولا تجوز في الحيوان الواحد؛ لأن المعادلة تمكن بين الحيوانين، لاتحاد وقتها، ولا تمكن المعادلة في الحيوان الواحد؛ لأن الظاهر

(١) تبين الحقائق: ٢٧٦/٥، البدائع ٣١/٧، تكملة الفتح: ٢٧/٨.

(٢) تبين الحقائق: ٢٧٦/٥ وما بعدها، تكملة الفتح: ٣٠/٨، الدر المختار: ١٨٩/٥،

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 لاستعماله بالمناوبة، وكذلك تجوز في الحيواناتين المشتركين، على أن يستعمل أحدهما هذا والآخر الآخر، وهو رأي الصاحبين، وهذا يتفق مع رأي المالكية في قسمة المنافع بالأعيان.

رابعاً - تكييفها أو تأصيلها الفقهي:

المهايأة المكانية: إفراد لجميع الأنصبة، 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 لو بطلت لاستؤنفت ولا فائدة في الاستئناف؛ لأن لكل شريك فسحها متى شاء، إنما تنقضي بالتراضي على إنهاؤها، ببيع المال المشترك^(٤).

(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.

(٤) نصت المادة ١١٩١ مجلة على أنه: «بموت أحد أصحاب الحصص أو كلهم، لا تبطل المهايأة».

المبحث الخامس - ما يملكه كل شريك من التصرف بعد المهايأة:

إذا تم الاتفاق على المهايأة، ملك كل واحد من المتهائين استعمال الشيء كما يريد، سواء أكانت المهايأة مكانية أم زمانية. ففي الزمانية: يجوز السكنى والركوب ونحوهما، وفي المكانية: يجوز السكنى ونحوها.

ويملك كل متهايئ في المهايأة المكانية حق استغلال (استثمار) الشيء المتهايئ فيه، بالإجارة والإعارة ونحوهما، سواء أكان ذلك مشروطاً في العقد، أم غير مشروط، وسواء تهايأ في دار واحدة أو دارين؛ لأن كل متهايئ ملك المنفعة، فيملك التصرف فيها بالتملك وغيره؛ لأن المهايأة المكانية ليست إعارة.

وأما في المهايأة الزمانية: فلا يملك كل من المتهائين في نوبته استغلال حصته، باتفاق الحنفية، إذ 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 التهايؤ في الدار الواحدة على السكنى والغلة، فلكل متهايئ إيجار غيره ما في يده. وتأول الحنفية هذا المنقول في (الأصل) وهو الغلة بأنه غير الاستغلال؛ لأن الغلة أي الناتج عين، والتهايؤ: قسمة المنافع دون الأعيان^(١).

(١) البدائع: ٣٢/٧ وما بعدها.

الفصل السابع

الغصب والإتلاف

قال الكاساني^(١): الجناية في الأصل نوعان: جناية على البهائم والجمادات، وجناية على آدمي. أما الجناية على البهائم والجمادات فنوعان أيضاً: غصب وإتلاف.

وهذان النوعان أو ما يدل عليهما: وهو وضع اليد عدواناً أحد أسباب الضمان أو التعويض المالي عن الاعتداء على مال الغير أو حقه. ويلحق بهما بحث دفع الصائل لما يترتب على الصيال من إتلاف وضمنان. فيكون الكلام في مبحثين: الأول - في الغصب وأحكامه، والثاني - في الإتلاف وأحكامه.

(١) البدائع: ٧/٢٣٣.

المبحث الأول - الغصب وأحكامه:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تحريم الغصب، وتعريفه، وأثر اختلاف الفقهاء في ضابطه.

المطلب الثاني: أحكام الغصب الأخروية والدنيوية.

الأول: التأثيم والمؤاخذه.

الثاني - رد المغصوب ما دام 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 - نقصان 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 والإجماع^(١). أما القرآن: فقول الله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ

(١) المغني: ٥/٢٢٠، كشاف القناع: ٤/٨٣.

بِحَكْرَةٍ عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ ﴿ [النساء: ٢٩/٤] ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾ [البقرة: ١٨٨/٢].

وأما السنة: فقولہ ﷺ: «إن دماءكم وأموالكم حرام عليكم كحرمة يومكم هذا، 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 الغضب. وهو معصية كبيرة وإن لم يبلغ المغصوب نصاب سرقة.

ثانياً - تعريف الغضب:

الغضب لغة: أخذ الشيء ظلماً، أو قهراً جهاراً. وشرعاً: له عند الفقهاء في الجملة حقيقتان تختلفان جذرياً عند الحنفية وغيرهم.

١ - عند الحنفية^(٥): الغضب: هو أخذ مال متقوم محترم بغير إذن المالك، على وجه يزيل يده.

أخذ المال: يشمل المغصوب وغيره، وقولهم (متقوم) لإخراج غير المتقوم كالخمر والخنزير، وقولهم (محترم) احتراز عن مال الحربي فإنه غير محترم.

والمراد بغير إذن المالك: لإخراج المأذون فيه كالموهوب وغيره مما يتم

(١) رواه البخاري ومسلم عن أبي بكر رضي الله عنه، ورواه مسلم عن جابر، أن النبي ﷺ قال في خطبته يوم النحر بمنى (سبل السلام: ٧٣/٣).

(٢) رواه أبو إسحاق الجوزجاني، ورواه الدارقطني عن أنس، وعن عمرو بن يثربي (نيل الأوطار: ٣١٦/٥، نصب الراية: ١٦٩/٤).

(٣) متفق عليه بين أحمد والشيخين عن سعيد بن زيد (نيل الأوطار: ٣١٧/٥).

(٤) رواه أحمد وأصحاب السنن الأربعة، وصححه الحاكم عن سمرة بن جندب (سبل السلام: ٦٧/٣).

(٥) تكملة فتح القدير مع العناية: ٣٦١/٧ وما بعدها، الكتاب مع اللباب: ١٨٨/٢.

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 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 غيرهما. 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

(١) الشرح الكبير للدردير: ٤٤٢/٣، ٤٥٩.

والأبدان يدخل تحت باب الجنايات أو الدماء والقصاص. فالغضب: هو أخذ ذات الشيء، والتعدي: أخذ المنفعة^(١).

والتعدي في الأموال أربعة أنواع^(٢):

الأول - أخذ الرقبة أي ذات الشيء وهو الغضب.

والثاني - أخذ المنفعة، دون الرقبة، وهو نوع من الغضب، 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، وتركه مفتوحاً، فسرق، أو فتح قفص طائر فطار، أو حل رباط دابة فهربت، أو أوقد ناراً في يوم ريح، فأحرقت شيئاً، أو حفر بئر 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^(٣) الغضب 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

(١) وهناك فروق أخرى بينهما منها أن الفساد اليسير من الغاصب يوجب للمالك أخذ قيمة المغصوب إن شاء، والفساد اليسير من المتعدي لا يوجب إلا أخذ أرش النقص الحاصل به. ومنها: أن المتعدي لا يضمن الآفة السماوية، والغاصب يضمنها. ومنها أن المتعدي يضمن غلة ما عطل كدار أغلقها وأرض بورها، ودابة حبسها بخلاف الغاصب إنما يضمن غلة ما استعمل (حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ٤٥٩/٣ وما بعدها).

(٢) القوانين الفقهية: ص ٣٣١ وما بعدها.

(٣) مغني المحتاج: ٢/٢٧٥، كشف القناع: ٤/٨٣، المغني: ٥/٢٢٠.

المتقومة كخمر الذمي، وما ليس بمال، كالكلب والسرجين وجلد الميتة، وأما أخذ مال الحربي فهو أخذ بحق.

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 الغاصب (وهو أخذ المال) وإزالة يد المالك أي بالنقل والتحويل. وعبارتهم فيه: الغصب يتحقق بوصفين: إثبات اليد العادية، وإزالة اليد المحقة^(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.

أ- **غصب العقار:** لا يتصور الغصب عند أبي حنيفة وأبي يوسف إلا في غصب المنقول فقط^(٤)؛ لأن إزالة يد المالك بالنقل والتحويل التي يتحقق بها معنى

(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 (تبيين الحقائق، المكان السابق). والعادية: بتخفيف الياء لا بتشديدها، وهي الضامنة لا المتعدية.

(٣) الشرح الكبير: ٤٤٢/٣، مغني المحتاج: ٢٧٥/٢، كشاف القناع: ٨٣/٤. ويفتى برأي محمد وزفر في الوقف، وبرأي الشيخين في غير الوقف.

(٤) البدائع: ٤٥/٧ وما بعدها، اللباب شرح الكتاب: ١٨٩/٢، تكملة الفتح وتبيين الحقائق، المكان السابق.

الغضب عندهما، لا تتحقق إلا في المنقولات. وأما العقار كالأرض والدار، فلا يتصور وجود الغضب فيه، لعدم إمكان نقله وتحويله، فمن غضب عقاراً فهلك في يده بأفة سماوية كغلبة سيل، لم يضمه عندهما، لعدم تحقق الغضب 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، فيضمه؛ لأن الغضب إذا لم يتحقق في العقار، فيعتبر الإتلاف.

وقال محمد وزفر من الحنفية وأئمة المذاهب الثلاثة^(١): يتصور غضب العقار من الأراضي والدور، ويجب ضمانها على غاصبها؛ لأنه يكفي - عند غير الحنفية - لتوافر معنى الغضب: 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 الغضب، فصار العقار كالمنقول في تحقيق الوصفين المطلوبين لتصور الغضب.

ولأن ما يضمن في الإتلاف يجب أن يضمن في الغضب، فالعقار والمنقول مضمونان على السواء؛ وما يضمن في البيع يضمن أيضاً في الغضب؛ ولأن الغاية المطلوبة من الغضب وهي الانتفاع على وجه التعدي توجد في العقار، كما توجد في المنقول.

ويؤكد ما سبق كله قوله ﷺ: «من ظلم شبراً من الأرض طوقه الله من سبع أرضين»^(٢) وفي لفظ «من غضب شبراً من الأرض» فإنه يدل على تحقق الغضب في العقار؛ لأنه سماه غضباً.

وهذا الرأي هو الأرجح.

٢- زوائد المغصوب أو النماء السماوي: لا تضمن زوائد المغصوب إذا هلكت

(١) الشرح الكبير: ٤٤٣/٣، بداية المجتهد: ٣١١/٢، مغني المحتاج: ٢٧٥/٢ وما بعدها، المغني: ٢٢٣/٥، كشاف القناع: ٨٣/٤ وما بعدها.
(٢) متفق عليه بين أحمد والشيخين من رواية عائشة رضي الله عنها.

بلا تعدد، وإنما هي أمانة في يد الغاصب في رأي أبي حنيفة وأبي يوسف^(١)، سواء أكانت منفصلة كالولد واللبن والثمرة، أم متصلة كالسمن والجمال؛ لأن الغصب عندهما هو إثبات يد الغاصب على مال الغير على وجه يزيل يد المالك كما تقدم، 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، كأن أتلّفها أو أكلها أو باعها، أو طلبها مالكتها فمنعها عنه، ضمنها؛ لأنه بالتعدي أو المنع صار غاصباً.

وقال المالكية في الأرجح عندهم^(٢): إذا كانت الزيادة التي بفعل 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^(٣): تضمن زوائد المغصوب في يد الغاصب، سواء أكانت متصلة كالسمن ونحوه، أم منفصلة كثمرة الشجرة وولد الحيوان، متى تلف شيء منه في يد الغاصب، لتحقق إثبات اليد العادية (الضامنة)، لأنه بإمساك الأصل تسبب في إثبات يده على هذه الزوائد، وإثبات يده على الأصل محظور.

٢- منافع المغصوب وغلته: لا يضمن الغاصب عند الحنفية^(٤) منافع ما غصبه من ركوب الدابة، وسكنى الدار، سواء استوفأها أم عطلها؛ لأن المنفعة ليست بمال

(١) البدائع: ١٤٣/٧، ١٦٠، الدر المختار: ١٤٣/٥، تكملة الفتح: ٣٨٨/٧، اللباب شرح الكتاب: ١٩٤/٢، المهذب: ٣٧٠/١، المغني والشرح الكبير: ٣٩٩/٥ وما بعدها.

(٢) بداية المجتهد: ٣١٣/٢، الشرح الصغير للدردير: ٥٩٦/٣، الشرح الكبير للدردير: ٣/٤٤٨، شرح الرسالة لابن أبي زيد القيرواني: ٢/٢٢٠.

(٣) البدائع: ١٤٥/٧، الدر المختار: ١٤٤/٥-١٤٥، تكملة الفتح: ٣٩٤/٧، اللباب شرح الكتاب: ١٩٥/٢، المهذب: ٣٧٠/١، المغني والشرح الكبير: ٣٩٩/٥ وما بعدها.

(٤) الشرح الكبير: ٤٤٨/٣، الشرح الصغير: ٥٩٥/٣ وما بعدها، بداية المجتهد: ٣١٥/٢، شرح الرسالة: ٢/٢٤٠.

عندهم؛ ولأن المنفعة الحادثة على يد الغاصب لم تكن موجودة في يد المالك، فلم يتحقق فيها معنى الغضب، 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 لیتيم، أو معداً للاستغلال بأن بناء صاحبه أو اشتراه لذلك الغرض.

وإن نقص المغصوب أي ذاته باستعمال الغاصب غرم النقصان، لاستهلاكه بعض أجزاء العين المغصوبة، كما سألين.

وأما غلة المغصوب كما سيأتي بيانه: 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^(١): يضمن الغاصب غلة مغصوب مستعمل، أي أنه يضمن غلة المغصوب ذاته الذي استعمله الغاصب، سواء كان 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 عطله على صاحبه.

هذا في حالة غضب الذات، أما إن قصد الغاصب غضب المنفعة (وهي حالة التعدي عندهم كما تبين) فيلزمه كراء المثل.

والخلاصة: أن الغاصب يضمن فقط غلة ما استعمل، والمتعدي يضمن غلة ما عطل كدار أغلقها، وأرض بورها، ودابة حبسها، كما بان سابقاً.

وقال الشافعية والحنابلة^(٢): 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

(١) الشرح الكبير: ٤٤٨/٣، الشرح الصغير: ٥٩٥/٣ وما بعدها، بداية المجتهد: ٣١٥/٢ شرح الرسالة: ٢٤٠/٢.

(٢) مغني المحتاج: ٤٨٦/٢، المهذب: ٣٦٧/١، فتح العزيز: ٢٦٢/١١، المغني: ٢٧٠/٥ القواعد لابن رجب: ص ٢١٣.

العصر الحاضر المتجه إلى المادية، وتقويم كل الأشياء، حتى النواحي الأدبية أو الذهنية.

٤ - غصب غير المتقوم:

قال الحنفية^(١): لا يضمن الغاصب خمر المسلم أو خنزيره إذا غصبه وهلك في يده أو استهلكه أو خلل الخمر، سواء أكان الغاصب مسلماً أم ذمياً؛ لأن الخمر ليست بمال متقوم في حق المسلم ويجب إراقتها، وكذا الخنزير غير متقوم، لكن لو قام الغاصب بتخليل خمر المسلم ثم استهلكها يضمن خلاً مثلاً لا خمرأ؛ لأن الغصب حين وجوده لم ينعقد سبباً لوجوب الضمان، فإن استهلكه فقد وجد منه سبب الضمان، وهو إتلاف خلٍّ 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 عند أهل الذمة، فالخمر عندهم كالخل عندنا، والخنزير عندهم كالشاة عندنا؛ لأن لهم مال للمسلمين وعليهم ما على المسلمين، ونحن أمرنا بتركهم وما يدينون^(٢)، 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؛ لأنهما ليسا بمال، ولا يدين أحد من أهل الأديان تمولهما. كما لا يضمن متروك التسمية عمداً ولو كان مملوكاً لمن يبيحه.

(١) البدائع: ١٤٧/٧ وما بعدها، ١٦٢ وما بعدها، الدر المختار: ١٤٧/٥-١٤٩، تكملة فتح

القدير: ٣٩٦/٧-٤٠٥، اللباب: ١٩٥/٢، تبين الحقائق: ٢٢٢/٥.

(٢) 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).

وكذلك يضمن المسلم قيمة صليب غصبه من نصراني فهلك 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: لا تضمن 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 بإذن الإمام.

وقال المالكية^(١) مثلما قال الحنفية: لا تضمن خمر المسلم أو خنزيره، ولا آلات الملاهي والأصنام، لقوله ﷺ: «إن الله تعالى ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام»^(٢)، ولأنه لا قيمة لها، وما لا قيمة له لا يضمن.

لكن يضمن الغاصب خمر الذمي لتعديه عليه، ولأنها مال محترم عند غير المسلمين يتمولونها. وإذا تخللت الخمر، وكانت لمسلم خير صاحبها بين أخذها خلاً، أو مثل عصيرها إن علم قدرها، وإلا فقيمتها. أما خمر غير المسلم فيخير صاحبها بين أخذ قيمتها يوم الغصب، أو أخذ الخل، على المفتي 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^(٣): لا تضمن الخمر والخنزير، سواء أكان متلفها مسلماً أم ذمياً، وسواء أكانت لمسلم أم لذمي، إذ لا قيمة لها كالدم والميتة وسائر

(١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي: ٢/٢٠٤، ٣/٤٤٧، الشرح الصغير: ٣/٥٩٢ وما بعدها.

(٢) أخرجه البخاري ومسلم من حديث جابر يوم الفتح.

(٣) مغني المحتاج: ٢/٢٨٥، ٢٩١، فتح العزيز شرح الوجيز: ١١/٢٥٨، المغني: ٥/٢٥٦،

٢٧٦، المهذب: ١/٣٧٤، كشاف القناع: ٤/٨٤ وما بعدها، الميزان: ٢/٩٠.

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 بإتلاف الأصنام وآلات الملاهي، إلا أن الشافعية أجازوا ضمانها خشباً منحوتاً فقط^(١) كما قال أبو حنيفة، إذا كانت صالحة لمنفعة مباحة، فإن لم تصلح لذلك 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، يجب إراقتها؛ لأنه لا يقر على اقتنائها، ويحرم ردها إلى المسلم إذا لم يكن صانع خل (خلاً) لأنه إعانة له على ما يحرم عليه.

وفصل الشافعية فقالوا: ترد الخمر المحترمة^(٢) 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 ما نقص من قيمة العصير، إن كان الخل أنقص قيمة من العصير، لحصوله في يده. وقال الحنابلة: إنه يجب عليه مثل العصير.

ولو غصب جلد ميتة فدبغه، فالأصح عند الشافعية أيضاً أن الجلد للمغصوب منه كالخمر التي تخللت، فإذا تلفا في يده ضمنهما. 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، وضمانيها إذا هلك^(٣).

(١) عبارة الشافعية في هذا: أن المتلف يلزمه الفرق ما بين قيمة الآلة مفككة (مفصلة) ومكسورة.

(٢) الخمر المحترمة: هي التي عصرت من غير قصد الخمرية، سواء عصرت بقصد الخلية أو عصرت بغير قصد شيء.

(٣) الدر المختار: ١٢٦/٥، القوانين الفقهية: ص ٣٣٠، مغني المحتاج: ٢/٢٧٧، المغني: ٢٥٩/٥ وما بعدها.

الحكم الأول – الإثم: وهو استحقاق المؤاخذة في الآخرة، إذا فعل الغضب عالماً أن المغضوب مال الغير؛ لأن ذلك معصية، وارتكاب المعصية عمداً موجب للمؤاخذة^(١)، لقوله عليه الصلاة والسلام: «من غصب شبراً من أرض، طوقه الله تعالى من سبع أرضين يوم القيامة».

ويؤدب بالضرب والسجن عند الحنفية والمالكية^(٢) غاصب مميّز صغير أو كبير لحق الله تعالى، ولو عفا عنه المغضوب منه، باجتهاد الحاكم لدفع الفساد، وإصلاح حاله، وزجره هو وأمثاله. أما غير المميّز من صغير ومجنون فلا يعزر. كذلك نص الشافعية^(٣) على أنه يعزر الغاصب لحق الله تعالى، واستيفاؤه للإمام.

فإن حدث الغضب لا عن علم بأن ظن أن الشيء ملكه، فلا إثم ولا مؤاخذة عليه؛ لأنه خطأ، والخطأ لا مؤاخذة عليه شرعاً لقوله تعالى: ﴿رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا﴾ [البقرة: ٢/٢٨٦] وقوله عليه الصلاة والسلام: «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»^(٤).

ولكن في هذه الحالة يبقى الحكمان الأخيران وهما: رد العين ما دامت قائمة، والغرم إذا صارت هالكة.

الحكم الثاني – رد العين المغصوبة ما دامت قائمة: والكلام فيه في مواضع: هي سبب وجوب الرد، وشرط الرد ومكانه ومؤنته، وما يصير به المالك مسترداً^(٥).

(١) إن أخذ أموال الناس بالباطل له عشرة أنواع كلها حرام، والحكم فيها مختلف: الأول. الحرابة، والثاني. الغصب، والثالث. السرقة، والرابع. الاختلاس، والخامس. الخيانة، والسادس. الإذلال، والسابع. الفجور في الخصام بإنكار الحق أو دعوى الباطل، والثامن. القمار، كالشطرنج والنرد، والتاسع. الرشوة، فلا يحل أخذها ولا عطاؤها، والعاشر. الغش والخلابة في البيوع (القوانين الفقهية: ص ٣٢٩) والحرام: لا يجوز قبوله ولا الأكل منه ولا السكنى فيه، لكن يجوز أخذ العوض عن التالف عند الغاصب؛ لأن دفع العوض واجب مستقل.

(٢) الشرح الكبير: ٤٤٢/٣؛ القوانين الفقهية: ص ٣٣٠.

(٣) مغني المحتاج: ٢٧٧/٤.

(٤) رواه ابن ماجه والبيهقي وغيرهما عن ابن عباس بلفظ: «إن الله تجاوز لي عن أمتي الخطأ...» الحديث.

(٥) البدائع: ١٤٨/٧، الدر المختار: ١٢٨/٥، تكملة الفتوح: ٣٦٧/٧، الميزان: ٨٨/٢.

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»^(١) 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.

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 أو تلف أو أتلّف عند الغاصب، وكان من المنقولات عند الحنفية^(٢)، أو من العقارات أو المنقولات عند غير الحنفية^(٣)، بفعله أو بغير فعله، فعليه ضمانه، أي غرامته أو تعويضه. لكن إن كان الهلاك بتعد من غيره، لا بأفة سماوية، رجع الغاصب عليه بما ضمن؛ لأنه يستقر عليه ضمان الشيء الذي يمكنه

(١) رواه أحمد وأبو داود والترمذي عن السائب بن يزيد عن أبيه (نيل الأوطار: ٣١٦/٥).

(٢) المبسوط: ٥٠/١١، البدائع: ١٥٠/٧، الدر المختار: ١٢٨/٥، تبين الحقائق: ٢٢٣/٥، ٢٣٤، تكملة الفتح: ٣٦٣/٧، اللباب والكتاب: ١٨٨/٤ وما بعدها.

(٣) الشرح الكبير للدردير: ٤٤٣/٣، القوانين الفقهية: ص ٣٣٠ وما بعدها، بداية المجتهد: ٣١٢/٢، مغني المحتاج: ٢٨١/٢، فتح العزيز شرح الوجيز: ٢٤٢/١١ بهامش المجموع، المغني: ٢٢١/٥، ٢٥٤، ٢٥٨، كشف القناع: ١١٦/٤ وما بعدها.

أن يتخلص منه برده إلى من كان في يده. وعبارتهم فيه: «الغاصب ضامن لما غصبه، سواء تلف بأمر الله، أو من مخلوق»^(١).

وكيفية الضمان أو قاعدته: أنه يجب ضمان المثل باتفاق العلماء إذا كان المال مثلياً، وقيمته إذا كان قيمياً، فإن تعذر وجود المثل وجبت القيمة للضرورة.

أما ضمان المثل فلقوله تعالى: ﴿فَمَنْ أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤/٢] ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ﴾ [النحل: ١٢٦/١٦] ﴿وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا﴾ [الشورى: ٤٢/٤٠] 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 آحاده أو أجزاءه بحيث يمكن أن يقوم بعضها مقام بعض دون فرق يعتد به. والأموال المثلية أربعة: هي المكيلات والموزونات، والعدييات المتقاربة، وبعض أنواع الذرعيات.

والمكيلات: هي التي تباع بالكيل كالقمح والشعير، وكبعض السوائل التي تباع اليوم بالليتر كالبتروول والبنزين.

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 آحاده إلا تفاوتاً بسيطاً كالبيض والجوز. وكالمصنوعات المتماثلة من صنع المعامل كالكوؤوس وصحون الخزف والبلور ونحوها من الدفاتر والأقلام والمطبوعات.

(١) القوانين الفقهية: ص ٣٣١.

والقيمي: هو ما ليس له مثل في الأسواق، أو يوجد لكن مع التفاوت المعتد به في القيمة. أو هو ما تفاوتت أفراده، فلا يقوم بعضها مقام بعض بلا فرق كالدور والأراضي المختلفة المواقع أو المبنية والأشجار والحيوان والمفروشات والمخطوطات ونحوها^(١).

وتجب القيمة في ثلاث حالات^(٢):

١ - إذا كان الشيء غير مثلي كالحيوانات 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 كانقطاع 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 كالخمر بالنسبة للمسلم يجب عليه للذمي عند أئمة المذاهب كما أمنت ضمان القيمة، وإن كانت الخمر من المثليات؛ لأنه يحرم على المسلم تملكها بالشراء.

وبه يتبين أن الواجب الأصلي في الضمان (أو التعويض أو الغرامة): هو إزالة الضرر عيناً كإصلاح الحائط، ورد عين المغصوب مادام قائماً، ورد الخمر المغصوبة مادامت باقية بالنسبة للمسلم، إذ له عند الحنفية إمساكها لتصير خلاً، وجبر التلف وإعادةه صحيحاً كما كان، عند الإمكان، كإعادة 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 على

(١) الدر المختار وحاشيته: ١٣٠/٥، ١٧٣/٤، اللباب والكتاب: ١٨٨/٢، تكملة الفتح: ٧/٣٦٣، تبين الحقائق: ٢٢٣/٥، بداية المجتهد: ٣١٢/٢، شرح الرسالة: ٢١٧/٢، القوانين الفقهية: ص ٣٣٠، مغني المحتاج: ٢٨١/٢، ٢٨٤، كشف القناع: ١١٦/٤ وما بعدها، المدخل لنظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي للأستاذ مصطفى الزرقا: ص ٥٠.

(٢) الدر المختار ورد المختار: ١٢٩/٥.

المختار عندهم^(١) والمالكية^(٢): تقدر قيمة المغضوب يوم الغضب؛ لأن الضمان يجب بالغضب، فتقدر قيمة المغضوب يوم الغضب، 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 للمغضوب من وقت الغضب في بلد الغضب إلى وقت تعذر وجود المثل. وإذا كان المثل مفقوداً عند التلف، فالأصح وجوب الأكثر قيمة من الغضب إلى التلف، سواء أكان ذلك بتغير الأسعار، أم بتغير المغضوب في نفسه.

وأما المال القيمي: فيضمن بأقصى قيمة له من يوم الغضب إلى يوم التلف.

وقال الحنابلة^(٤): إن كان المغضوب من المثليات، وفقد المثل، وجبت قيمته يوم انقطاع المثل؛ لأن القيمة وجبت في الذمة حين انقطاع المثل، فقُدِّرت القيمة حينئذ كتلف المتقوم.

وإن كان المغضوب من القيميات وتلف، فالواجب القيمة أكثر ما كانت من حين الغضب إلى حين الرد، إذا كان التغير في المغضوب نفسه من كبر وصغر، وسمن وهزال، ونحوها من المعاني التي تزيد بها القيمة وتنقص؛ لأن هذه المعاني مغضوبة في الحال التي زادت فيها، والزيادة لمالكها مضمونة على الغاصب.

(١) هذا هو رأي أبي يوسف وهو الذي أخذت به المجلة م/٩٢١، وقال أبو حنيفة: تجب القيمة

وقت الخصومة أي المحاكمة، وقال محمد: تجب القيمة يوم انقطاع المثل من الأسواق.

(٢) البدائع: ١٥١/٧، الدر المختار: ١٢٨/٥، تكملة الفتح: ٣٦٣/٧، المبسوط: ٥٠/١١،

تبيين 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: ٢٨٣/٢، المهذب: ٣٦٨/١، بجيرمي الخطيب: ١٣٦/٣، نهاية

المحتاج: ١١٩/٤-١٢١.

(٤) المغني: ٢٥٧/٥ وما بعدها، كشاف القناع: ١١٧/٤.

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 بأحد أربعة أمور:

الأول - رد العين المغصوبة إلى صاحبها ما دامت باقية بذاتها، ولم تشغل بشيء آخر.

الثاني - أداء الضمان إلى المالك أو من يقوم مقامه؛ لأنه المطلوب أصالة.

الثالث - 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، فبيراً الآخر؛ لأن اختيار تضمين أحدهما إبراء للآخر ضمناً (دلالة).

الرابع - إطعام الغاصب المغصوب لمالكة أو لدابته، وهو يعلم أنه طعامه، أو تسلم الغاصب الشيء المغصوب على سبيل الأمانة كالإيداع أو الهبة أو الإجارة أو الاستئجار على قصارته (تبييضه) أو خياطته، وعلم المالك أنه ماله المغصوب منه، أو على وجه ثبوت بدله في ذمته، كالقرض، وعلم أنه ماله، فإن لم يعلم بذلك لم يبرأ الغاصب حتى تتغير صفة الغصب^(١).

وهل يملك الغاصب الشيء المغصوب 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

(١) البدائع: ١٥١/٧، الشرح الصغير: ٦٠٠/٣ وما بعدها، السراج الوهاج شرح المنهاج: ص

٢٦٨، المغني والشرح الكبير: ٤٣٧/٥، كشاف القناع: ١٠٣/٤ ط بيروت.

(٢) المبسوط: ١٥/١٦، البدائع: ١٥٢/٧ وما بعدها، اللباب شرح الكتاب: ١٩٣/٢.

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.

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 نماء وزيادة) يتصدق بالفضل استحساناً، وعليه، إن غلة المغصوب المستفادة من إركاب سيارة مثلاً لا تطيب له؛ لأن النبي ﷺ لم يبح 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 يسيغها، فقال عليه الصلاة والسلام: إن هذه الشاة لتخبرني أنها ذبحت بغير حق، قالوا: هذه الشاة لجار لنا، ذبحناها لنرضيه بثمانها، 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 قبوله 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

(١) وقال أبو يوسف وزفر: يحل له الانتفاع ولا يلزمه التصديق بالفعل إن كان فيه فضل، لأن المغصوب مملوك للغاصب من وقت الغصب: «المضمونات تملك بأداء الضمان مستنداً إلى 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: ٤/١٦٨).

(٣) الشرح الكبير: ٣/٤٤٥ وما بعدها، الشرح الصغير: ٣/٥٨٦.

القيمة في ذمة الغاصب، إلا أنهم قالوا: ومن اتقاه فقد استبرأ لدينه وعرضه، ومعناه أن الغاصب يملك بالضمان الشيء المغصوب من يوم التلف.

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، كالشيء 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- تغيير العين المغصوبة عند الغاصب:

قال الحنفية: قد يتغير المغصوب عند الغاصب بنفسه أو بفعل الغاصب، وهذا الأخير قد يكون تغييراً في الوصف أو تغييراً 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، كشاف القناع: ١٢٠/٤، ١٢٣ وما بعدها، المغني: ٢٥١/٥-٢٥٣.

(٢) وكذلك قال الحنابلة خلافاً للجمهور: يحرم 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 (كشاف القناع: ١٢٣/٤ وما بعدها، وراجع للمؤلف أصول الفقه: ٨٢/١، ط دار الفكر، طبعة ثانية).

(٣) رواه مسلم عن عائشة رضي الله عنها.

(٤) تكملة فتح القدير: ٣٧٥/٧، ٣٨٤، اللباب مع الكتاب: ١٩١/٢، ١٩٣، تبين الحقائق: ٢٢٦/٥، ٢٢٩، الدر المختار: ١٣٤-١٣٨، البدائع: ١٦٠/٧ وما بعدها.

كما لو صبغ الثوب، أو خلط الدقيق (السويق) بسمن، أو اختلط المغصوب بملك الغاصب بحيث يمتنع تمييزه كخلط البر بالبر أو يمكن بحرج كخلط البر بالشعير، فيجب إعطاء الخيار للمالك: إن شاء ضمّن 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 لملكه وهو الصبغ. وإن حدث نقص ضمن الغاصب النقص؛ لأنه حصل بتعديده، فضمنه، وإن حصلت زيادة، فالمالك والغاصب شريكان بقدر ملكيهما، فيباع الشيء، ويوزع الثمن على قدر القيمتين. وبه يظهر أن الفقهاء متفقون على ضمان النقص، وعلى حق الغاصب في الزيادة.

ج - وأما تغير ذات المغصوب واسمه بفعل الغاصب بحيث زال أكثر منافعه المقصودة: كما لو غصب شاة فذبحها وشواها، أو طبخها، أو غصب حنطة فطحنها دقيقاً، أو حديداً فاتخذه سيفاً، أو نحاساً فاتخذه 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

(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.

إباحة الانتفاع قبل أداء البدل فتح باب الغصب، فيحرم الانتفاع قبل إرضاء المالك بأداء البدل أو إبرائه، حسماً لمادة الفساد.

وكذلك قال المالكية كما بان 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 مالكةا عنها، ولا شيء للغاصب؛ لأن العين باقية من كل وجه، فاسمها باق، وأحكامها الأربعة المتعلقة بالذهب والفضة باقية، وهي (الثنوية، وكونها موزونة، وجريان الربا فيها، ووجوب الزكاة عليها) فلم ينقطع حق المالك بها.

وظل الصاحبان في ذلك على أصلهما 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.

٥- نقصان المغصوب:

نقص المغصوب في يد الغاصب قد يكون معنوياً أو حسياً مادياً، وهو يشمل عند الحنفية صوراً أربعاً هي ما يأتي^(٤):

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

(١) المهذب: ٣٦٩/١، المغني: ٢٤٣/٥.

(٢) تكملة الفتح مع العناية: ٣٧٩/٧، الكتاب مع اللباب: ١٩٢/٢.

(٣) وإطلاق نص المجلة (م ١٩٩) يتمشى مع عموم مذهب الصاحبين.

(٤) البدائع: ١٥٥/٧، تكملة الفتح: ٣٨٢/٧، تبين الحقائق: ٢٨٨/٥ وما بعدها، اللباب

شرح الكتاب: ١٩٠/٢، رد المحتار: ١٣٢/٥.

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 الحنطة، 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.

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.

(١) رد المحتار: ١٣٦/٥، تبين الحقائق: ٢٢٩/٥، تكملة فتح القدير: ٣٨٣/٧.

وقدرت المجلة (م ٩٠٠): اليسير بما لم يكن بالغاً ربع قيمة المغصوب. والفاحش: بما ساوى ربع قيمة المغصوب أو أزيد.

وإذا وجب ضمان النقصان قومت العين صحيحة يوم غضبها، ثم تقوّم ناقصة، فيغرم الغاصب الفرق بينهما.

وإذا كان العقار مغصوباً، فإنه وإن لم تضمن عينه بهلاكه بأفة سماوية عند الحنفية، فإن النقص الطارئ عليه بفعل الغاصب أو بسكنائه أو بسبب زراعة الأرض مضمون، كما ذكرت سابقاً؛ لأنه إتلاف وتعد منه^(١).

وقال غير الحنفية^(٢): لا يضمن نقص المغصوب ولا زيادته بسبب هبوط الأسعار، أي كما قال الحنفية؛ لأن النقص كان بسبب فتور رغبات الناس، وهي لا تقابل بشيء، والمغصوب لم تنقص عينه ولا صفته^(٣)، لكن الشافعية وأبو ثور قالوا: إذا نقصت القيمة بسبب تغير الأسعار، يلزم الغاصب بضمن 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 يأخذها، مع ما نقصته الجناية (أي يأخذ قيمة النقص) يوم الجناية عند ابن القاسم، ويوم الغصب عند سحنون. ولم يفرق أشهب بين نقص السماء وجناية الغاصب.

(١) تكملة فتح القدير: ٣٦٩/٧، تبين الحقائق: ٢٢٩/٥، م ٩٠٥ من المجلة.

(٢) بداية المجتهد: ٣١٢/٢ وما بعدها، الشرح الكبير مع الدسوقي: ٤٥٢/٣ وما بعدها، القوانين الفقهية: ص ٣٣١، مغني المحتاج: ٢٨٦/٢، ٢٨٨، المهذب: ٣٦٩/١، كشف القناع: ٩٩/٤ وما بعدها، المغني: ٢٢٨/٥، ٢٣٢، ٢٤١.

(٣) لا اعتبار بتغير السعر في السوق في غصب الذوات. 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.

٦- زيادة المغصوب:

عرفنا أن زيادة المغصوب المتصلة أو لمنفصلة 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. ومما 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 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 ساجة (خشبة عظيمة تستعمل في أبواب الدور وبنائها) فبنى عليها أو حولها، وكانت قيمة البناء أكثر من قيمتها، زال ملك مالكةا عنها، ولزم الغاصب قيمتها، لصيرورتها شيئاً آخر، وفي القلع ضرر ظاهر لصاحب البناء (الغاصب) من غير فائدة تعود للمالك، وضرر المالك ينجبر بالضمان، ولا ضرر في الإسلام. أما إذا كانت قيمة الساجة أكثر من البناء، فلم يزل ملك مالكةا، لأنه يرتكب أخف الضررين وأهون الشرين، كما هو القاعدة.

وعقب القاضي زاده في تكملة الفتح على هذه التفرقة، فقال: لا فرق في المعنى بين أن تكون قيمة البناء أكثر من قيمة الساجة وبين العكس؛ لأن ضرر المالك مجبور بالقيمة، وضرر الغاصب ضرر محض، ولا ريب أن الضرر المجبور دون

(١) رواه أبو داود والدارقطني عن عروة بن الزبير بلفظ: «من أحيا أرضاً فهي له، وليس لعرق ظالم حق» (نيل الأوطار: ٣١٩/٥).

(٢) تكملة فتح القدير: ٣٧٩/٧، ٣٨٣، الدر المختار: ١٣٥/٥-١٣٧، تبين الحقائق: ٢٢٨/٥ وما بعدها، اللباب شرح الكتاب: ١٩٢/٢.

الضرر المحض، فلا يرتكب الضرر الأعلى عند إمكان العمل بالضرر الأدنى. وهذه مسألة الساجدة يعمل فيها بقاعدة «الضرر الأشد يزال بالأخف»^(١).

وأما مسألة الساحة فهي: لو غصب غاصب أرضاً، فغرس فيها، أو بنى فيها، 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 عنهما، فتقوم الأرض بدون الشجر والبناء، وتقوم وبها شجر وبناء مستحق القلع والهدم، فيضمن الفرق بينهما.

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 فالنتاج للزارع، وعليه أجر مثل الأرض. وإن لم يكن شيء مما ذكر فعلى الغاصب نقصان ما نقص الزرع، وأما إذا كانت الأرض وقفاً أو مال يتيم، اعتبر العرف إذا كان أنفع، وإن لم يكن العرف أنفع وجب أجر المثل لقولهم: يفتى بما هو أنفع للوقف.

٢ - وقال المالكية^(٢):

(١) 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، يضمن صاحب الأكثر قيمة الأقل. ولو ابتلع إنسان لؤلؤة فمات، لا يشق بطنه لأن حرمة الآدمي أعظم من حرمة المال، وتكون قيمتها في تركته، وهو مذهب الحنابلة أيضاً، أي في اللؤلؤة. وجوزه الشافعي قياساً على الشق لإخراج الولد (الدر المختار: ١٣٥/٥).

(٢) القوانين الفقهية: ص ٣٣١، الشرح الكبير: ٤٤٨/٣، بداية المجتهد: ٣١٩/٢.

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 الأنقاض، بعد طرح أجره القلع أو الهدم، ولا يعطيه قيمة التجسيص والتزويق وشبههما مما لا قيمة له، أي إنهم يرجحون مصلحة المالك؛ لأنه صاحب الحق.

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، وللمغصوب منه أن يعطيه قيمتها بعد طرح أجره القلع كالبنيان. فإن غصب أشجاراً، فغرسها في أرضه أمر بقلعها.

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، وقيل: ليس له قلعه وله الكراء، والزرع لزارعه.

٣ - وقال الشافعية^(١): يكلف الغاصب بهدم 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 بأجرة، 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 إخراجها. 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

(١) مغني المحتاج: ٢/٢٨٩، ٢٩١، الميزان: ٢/٨٩ وما بعدها، المهذب: ١/٣٧١.

(٢) المغني: ٥/٢٢٣-٢٢٥، ٢٣٤، ٢٤٥، كشاف القناع: ٤/٨٧-٩٤.

المغصوبة عملاً بحديث «ليس لعرق ظالم حق». أما في حالة زرع الأرض فقالوا: يخير المالك بين إبقاء الزرع إلى الحصاد، وأخذ أجر الأرض وأرث النقص من الغاصب وبين أخذ الزرع له ودفع النفقة للغاصب عملاً بحديث «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 المغصوب ومنافعه:

تبين سابقاً في بحث منافع المغصوب وغلته: أن غلة المغصوب كالأجرة المستفادة من إيجار الأعيان المغصوبة لا تطيب في رأي أبي حنيفة ومحمد للغاصب، لأن الربح حصل بسبب خبيث: وهو التصرف في ملك الغير، وسبيله التصدق به.

وقال أبو يوسف وزفر: يطيب الربح للغاصب إذا دفع ضمانه، لأن المغصوب صار مملوكاً له بالضمان عملاً بالقاعدة المقررة عند الحنفية: «المضمونات تملك بأداء الضمان مستنداً إلى وقت الغصب».

وأما منافع المغصوب من سكنى العقار وركوب السيارة أو الدابة، ولبس الثوب، واستعمال الشيء وزراعة الأرض، فلا تضمن كما ذكر عند الحنفية، إلا في ثلاث حالات:

أن يكون المغصوب وقفاً، أو مال يتيماً، أو مالا معداً للاستغلال، أي الاستثمار لأن المنفعة ليست بمال متقوم عندهم، ولا تتقوم إلا بورود عقد الإجارة عليها، ولأن المغصوب لو هلك يضمنه الغاصب عملاً بحديث «الخراج

(١) رواه أحمد وأصحاب السنن إلا النسائي عن رافع بن خديج، وقال البخاري: هو حديث حسن (نيل الأوطار: ٣١٩/٥ 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: إنه ليس لظهير، ولكنه لفلان، قال: فخذوا زرعكم، وردوا عليه نفقته» (نيل الأوطار: ٣٢٠/٥).

بالضمان»^(١) أي الغنم بالغرم. وحينئذ ليس للقاضي إلا الحكم برد المغصوب لصاحبه ما دام قائماً، ورد مثله أو قيمته إذا هلك.

وقال غير الحنفية كما تقدم: تضمن منافع المغصوب؛ 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 ونحوهما، 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 والمغصوب منه:

هناك مظاهر كثيرة لاختلاف الغاصب والمالك المغصوب 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: ٣٠/٣).

(٢) قواعد الأحكام: ١٥٢/١ وما بعدها.

(٣) المقصود بالتفويت: استيفاء المنفعة كمطالعة الكتاب وركوب الدابة وشم المسك ولبس الثوب. والمقصود بالفوات في يد عادية: هو ترك المنافع تضيع سدى بدون استيفاء كإغلاق الدار دون إسكان أحد فيها (مغني المحتاج: ٢/٢٨٦).

(٤) البدائع: ١٦٣/٧ وما بعدها، تكملة الفتح: ٣٨٧/٧، اللباب مع الكتاب: ١٩٤/٢.

أ - قال الحنفية^(١): إذا قال الغاصب: هلك المغصوب في يدي (أي قضاء وقدراً) ولم يصدقه المغصوب منه، ولا بينة للغاصب، فالقاضي يحبس الغاصب مدة يظهر فيها عادة لو كان قائماً، ثم يقضي عليه بالضمان؛ لأن الحكم الأصلي للغصب هو - كما تقدم - وجوب رد عين المغصوب؛ وأما القيمة فهي بدل (أو خلف) عنه، وإذا لم يثبت العجز عن الأصل، لا يُقضى بالقيمة التي هي خلف.

ولو اختلف الغاصب والمالك في أصل الغصب، أو في جنس المغصوب ونوعه، أو قدره، أو صفته، أو قيمته وقت الغصب، فالقول قول الغاصب بيمينه في ذلك كله؛ لأن المالك يدعي عليه الضمان، وهو ينكر، فكان القول قوله؛ لأن اليمين في الشرع على من أنكر.

ولو ادعى الغاصب رد المغصوب إلى المالك، أو ادعى أن المالك هو الذي أحدث العيب في المغصوب، فلا يصدق الغاصب إلا ببينة؛ لأن البينة في الشرع على المدعي.

ولو تعارضت البيتان، 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 المغصوب؛ لأن بينة الغاصب لا تدفع بينة المغصوب منه؛ لأنها قامت على رد المغصوب، ومن الجائز أنه ردها، ثم غصبها ثانياً وركبها، فتلفت في يده.

ب - والمالكية^(٢) قالوا مثل الحنفية: إن اختلف الغاصب والمغصوب منه في دعوى تلف المغصوب، أو في جنسه، أو صفته، أو قدره، ولم يكن لأحدهما بينة، فالقول قول الغاصب مع يمينه.

ج - وقال الشافعية والحنابلة^(٣): 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.

(١) الشرح الكبير: ٤٥٦/٣، القوانين الفقهية: ص ٣٣١.

(٢) مغني المحتاج: ٢٨٧/٢، المهذب: ٣٧٦/١، المغني: ٢٧٢/٥، كشاف القناع: ١٢٥/٤.

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. والخلاصة: يصدق الغاصب بيمينه حال الاختلاف بتلف المغصوب وبقاءه، والاختلاف في تقدير قيمة المغصوب، وفي صفة المغصوب أو قدره. ويصدق المالك بيمينه في ادعاء رد العين المغصوبة على المغصوب منه. 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^(١) 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 في أنه يحفظ ماله، ويتمكن 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 المغصوب منه الذي من خواصه إثبات حق تتبع العين المغصوبة في أي يد وجدت فيها العين.

(١) البدائع: ١٤٤/٧، ١٤٦، الأشباه والنظائر لابن نجيم: ٩٦/٢ وما بعدها، الدر المختار ورد المحتار: ١٢٦/٥ وما بعدها، ١٣٩، الشرح الكبير للدردير: ٤٥٧/٣، مغني المحتاج: ٢٧٩/٢، فتح العزيز شرح الوجيز: ٢٥٢/١١، المغني: ٢٥٢/٥، م/٩١٠ من المجلة.

فإن اختار المالك تضمين الأول، وكان هلاك المغصوب في يد الغاصب الثاني، رجع الغاصب الأول بالضمان على الثاني؛ لأنه بدفعه قيمة الضمان، ملك - عند الحنفية - الشيء المضمون (أي المغصوب) 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 استثناوا من مبدأ تخيير المالك في هذه الحالة: الموقوف المغصوب إذا غصب، وكان الغاصب الثاني أملاً من الأول، فإن متولي الوقف يضمن الثاني وحده.

والراجع 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 المغصوب على الأول، برئ من الضمان، وإذا رده إلى المالك برئ الاثنان^(١).

الغاصب الأول ومن تصرف معه بالرهن ونحوه:

وكذلك للمالك عند الحنفية^(٢) 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

(١) راجع المجلة: م/٩١١، الدر المختار: ١٣٨/٥.

(٢) رد المحتار: ١٣٩/٥.

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 بالغصب؛ لأنه يعمل في القبض لنفسه.

أما الشافعية^(١) 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 منهما. 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 اتهاب، كوديعة 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.

وعلى هذا، في حالة الجهل بالغصب: يستقر الضمان عند الحنفية والشافعية على المستعير والموهوب له، والمتصدق عليه فقط. وأما الوديعة والمضارب المعتبر كل منهما 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.

١٠- نفقة المغصوب:

تكون نفقة المغصوب في أثناء غصبه على الغاصب بسبب ظلمه وتعيده، جاء في كتب المالكية^(٢): وما أنفق الغاصب على المغصوب، كعلف الدابة، وسقي

(١) مغني المحتاج: ٢/٢٧٩.

(٢) الشرح الصغير: ٣/٥٩٨.

الأرض وعلاجها وخدمة شجر ونحو ذلك مما لا بد للمغصوب منه، يكون في نظير الغلة التي استغلها الغاصب من يد المغصوب؛ لأنه وإن ظلم لا يظلم، فإن تساوت النفقة مع الغلة فواضح، وإن زادت النفقة على الغلة، فلا رجوع للغاصب بالزائد، كما أنه إذا كان لا غلة للمغصوب، فلا رجوع له بالنفقة لظلمه، وإن زادت الغلة على النفقة، فللمالك الرجوع على الغاصب بزائدها.

وانفرد الحنابلة^(١) بالقول كما تقدم بأن للغاصب النفقة في حال غصب أرض وزراعتها، واختيار المالك أن يكون الزرع له، وأن يدفع للغاصب نفقته، عملاً بالحديث المتقدم: «من زرع في أرض قوم بغير إذنهم، فليس له من الزرع شيء، وعليه نفقته^(٢)» والخيار الثاني: أن يقر المالك الزرع في الأرض إلى الحصاد، ويأخذ من الغاصب أجر الأرض وأرث نقصها.

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.

وأبدأ ببحث كل منها فيما يأتي:

المطلب الأول - تعريف الإتلاف وكونه سبب الضمان

الإتلاف^(٣): هو إخراج الشيء من أن يكون منتفعاً به منفعة مطلوبة منه

(١) المغني والشرح الكبير: ٣٩٢/٥.

(٢) أخرجه أبو داود والترمذي، وقال: حديث حسن.

(٣) الإتلاف والإفساد والاستهلاك لها معانٍ متقاربة في اصطلاح الفقهاء. وهي تدخل تحت

مدلول أعم وهو الضرر: وهو إلحاق مفسدة بالآخرين، أو كل نقص يدخل على الأعيان.

عادة^(١) وهو سبب موجب للضمان؛ لأنه اعتداء وإضرار، والله تعالى يقول: ﴿فَمَنْ أَعَدَّى عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعَدَّى عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤/٢] وقال عليه الصلاة والسلام: «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام» وإذا وجب الضمان بالغضب فبالإتلاف أولى؛ لأنه اعتداء وإضرار محض.

ولا فرق بين أن يقع الإتلاف مباشرة: وهو إلحاق الضرر من غير واسطة بمحل التلف، أو تسبياً: وهو ارتكاب فعلٍ في محل يفضي إلى تلف غيره.

كما لا فرق في ضمان الإتلاف بين العمد والخطأ، ولا بين وجود البلوغ أو التمييز أو عدمه، فالمتلف عمداً أو خطأً 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 كالعجماء، ومثله المجنون^(٢). والمعتمد لدى المالكية إطلاق الضمان من المميز وغير المميز، جبراً للضرر.

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 ظالماً 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 المتسبب في هذه الأمثلة عند أبي حنيفة وأبي يوسف^(٣)؛ لأن مجرد الفتح ونحوه ليس بإتلاف مباشرة ولا تسبياً، لتدخل عنصر آخر من التلف، وهو

(١) البدائع: ١٦٤/٧.

(٢) تبين الحقائق: ١٣٩/٦، الأشباه والنظائر لابن نجيم: ٧٧/١، الدر المختار وحاشيته: ٥/٣٧٨، ٤١٥، بداية المجتهد: ٤٠٤/٢ وما بعدها، القوانين الفقهية: ص ٣٣٢، ٣٣٣، مغني المحتاج: ٢٧٧/٢، كشاف القناع: ١٢٨/٤.

(٣) البدائع: ١٦٦/٧، جامع الفصولين: ١١٥/٢ وما بعدها، مجمع الضمانات: ص ١٤٨.

السرقه أو الطيران أو لهرب 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.

ويضمن هذا المتسبب عند المالكية والحنابلة ومحمد بن الحسن^(١)؛ لأنه تسبب في الإتلاف، 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 بتنفيره، وإن وقف ثم طار، فلا يضمنه؛ لأن طيرانه بعد الوقوف يشعر باختياره.

وهذا التفصيل ينطبق على حل رباط بهيمة، أو فتح باب إصطبل 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 كالزق إذا ثبت بعد فتحه، ثم سقط.

والثاني - يضمن لأن الماء أحد المتلفات.

ثانياً - فتح وعاء السمن (الزق):

لو فتح إنسان زقاً (ظرفاً) فيه زيت أو سمن ونحوهما، فخرج ما فيه:

(١) الشرح الكبير للدردير: ٤٥١/٣، القوانين الفقهية: ص ٣٣٢، 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 استمساكه عادة، فكان حل الرباط إتلافاً له تسبيباً، 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 متعد 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، فأجهضت جنينها فزغاً، أو زال عقلها:

(١) البدائع: ١٦٦/٧، مجمع الضمانات: ص ١٤٨، ١٥٣.
 (٢) القوانين الفقهية: ص ٣٣٢، كشاف القناع: ١٢٩/٤، البدائع: ١٦٦/٧.
 (٣) مغني المحتاج: ٢٧٨/٢، المهذب: ٣٧٥/١، 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 عليها 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 فيهما.

وقال المالكية والحنابلة^(٤): على من فعل ذلك ضمان ما تلف به؛ لأنه سبب هلاكه.

وقال الشافعية^(٥): إن قصد المتسبب 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، ٨٣٤/٧.

(٥) فتح العزيز شرح الوجيز بهامش المجموع: ٢٤٧/١١، نهاية المحتاج: ١١٢/٤، مغني

المحتاج: ٢٨٣/٢.

المطلب الثاني — شروط إيجاب الضمان بالإتلاف:

يشترط لإيجاب الضمان بسبب الإتلاف ما يأتي^(١):

١- أن يكون الشيء المتلف مالاً، 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 تقوم 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 ببطل عنه، كما بان في غضب غير المتقوم.

ولا ضمان عند جمهور الفقهاء ومنهم أصحابان بإتلاف الأصنام وآلات اللهو والفساد كالزممار والرباب والعود ونحوها من أدوات الموسيقى، لعدم تقومها؛ لأن منفعتها محرمة لا تقابل بشيء باعتبارها أدوات لهو، فلا قيمة لها، كما تبين في غضب غير المتقوم.

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.

(١) البدائع: ١٦٧/٧ وما بعدها، المبسوط: ٥٣/١١، درر الحكام: ٢٦٨/٢، تبين الحقائق: ٢٣٣-٢٣٧، تكملة الفتح: ٣٩٧/٧، اللباب شرح الكتاب: ١٩٥/٢، الشرح الكبير: ٢٠٤/٢، القوانين الفقهية: ص ٣٣٣، نهاية المحتاج: ١١١/٤، مغني المحتاج: ٢٧٧، كشف القناع: ١٢٨/٤، ١٤٦ وما بعدها.

ولا ضمان أيضاً بإتلاف الأموال المباحة التي ليست مملوكة لأحد لعدم تقوّمها؛ لأن التقوّم ينبني على كون الشيء عزيز المنال، خطير الأهمية، وهذا المعنى لا يتحقق إلا بالإحراز والاستيلاء.

ولا ضمان كذلك بتحريق كتب الفسق والضلال، لاشتمالها على الكذب ولإلحاقها 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 أواني 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 بنحو 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.

وقال الصحابان: على الجاني الأرش كاملاً؛ لأن الجناية وقعت موجبة له، والذي نبت نعمة جديدة من الله^(٣).

٤- أن يكون المتلف أهلاً لوجوب الضمان: فلا يضمن ما تتلفه بهيمته من أموال؛ لأن فعل العجماء جبار أي هدر. ولا يشترط التمييز عند بعض المالكية لإيجاب الضمان كما تقدم^(٤).

(١) انظر نيل الأوطار: ٣٢٩/٥ وما بعدها.

(٢) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن قيم: ص ٢٧١ وما بعدها، ٢٧٥، ط أنصار السنة المحمدية.

(٣) البدائع: ١٥٥/٧، ١٥٧، تبين الحقائق: ١٣٧/٦، اللباب شرح الكتاب: ١٩٠/٣.

(٤) وعلى هذا نصت المجلة: م/٩١٦.

٥- أن يكون في إيجاب الضمان فائدة: حتى يتمكن صاحب الحق من الوصول إلى حقه، فإن لم يكن في التضمين فائدة، أي عدم القدرة على تنفيذ الحكم الصادر بالتعويض، فلا ضمان.

وعليه فلا ضمان على المسلم بإتلاف مال الحربي^(١)، 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^(٢).

ولا ضمان أيضاً على العادل إذا أتلف مال الباغي، ولا على الباغي إذا أتلف مال العادل^(٣)، لعدم إمكان الوصول إلى الضمان لعدم وجود الولاية والسلطة.

وقيد غير الحنفية^(٤) عدم الالتزام بالضمان بين العادلين والبلغاة بحال الحرابة (أو الحرب أو الخروج على الإمام) لعذر البغاة بالتأويل.

وأضاف الشافعية^(٥) 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^(٦):

- (١) الحربي: هو بيننا وبين بلاده عداوة وحرب.
- (٢) نهاية المحتاج: ١١١/٤.
- (٣) العادل ضد الباغي، وجمعه بغاة، والبلغاة قوم كالخوارج 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.
- (٤) الشرح الكبير: ٤٤٢/٣، ٣٠٠/٤، مغني المحتاج: ٢٧٧/٢ وما بعدها، كشاف القناع: ١٢٨/٤.
- (٥) نهاية المحتاج: ١١٣/٤.
- (٦) جامع الفصولين: ١١٦/٢، ١٢٢، ١٢٤، مجمع الضمانات: ص ٣٢٣، شرح المجلة للشيخ خالد الأتاسي: ٤٦٤/٣، المادة ٩٢٤ من المجلة، وانظر القواعد لابن رجب: ص ١٩٠ وما بعدها، الفروق للقرافي: ٢٧/٤، ٢٠٨/٢، مغني المحتاج: ٢٧٨/٢.

١- **التعدي:** أن يحدث تعدد 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، فالحافر 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 تعدد.

٢- **التعمد:** وهو أن يصدر الفعل عن قصد وإرادة، كأن يتلف شرب^(١) 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 تعمد، كما لو جفلت دابة من رجل، فهربت وضاعت، فلا يضمن، لأنه غير متعمد أو غير متعد 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 المال. وإن لم يكن عنده قصد الإضرار، لكنه متعد. وتكون القاعدة؛ «المتسبب لا يضمن إلا بالتعدي» و «المباشر ضامن وإن لم يتعد».

٣- أن يؤدي السبب إلى النتيجة قطعاً، دون تدخل سبب آخر بحسب 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،

(١) الشرب: النصيب من الماء لإرواء الأراضي. وحق الشفة: هو حق شرب الإنسان والدواب.

كما لو نخس رجل دابة آخر بإذنه، فوطئت إنساناً، فالضمان عليهما؛ لأن السبب هنا يؤثر بانفراده، كما أوضحت سابقاً في الجنایات.

هذا... ولا يشترط في الضامن التمييز أو كونه بالغاً عاقلاً عند الفقهاء، فإن الصبي والمجنون يضمنان ما يتلفانه من أموال، كما بان سابقاً في تعريف الإتلاف. ولا تكون حالة الضرورة سبباً للإعفاء من الضمان، فمن اضطرح 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 أتلّف مالاً ظاناً أنه ملكه، ثم تبين أنه مملوك لغيره، ضمنه؛ لأن الإتلاف واقعة مادية لا يتوقف وجودها على العلم بكون المتلف مال الغير. كل ما في الأمر أن الإتلاف 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 استكروها عليه»^(١).

المطلب الثالث — كيفية الضمان أو ماهيته:

الواجب بالإتلافات المالية هو الواجب بالغصب: وهو ضمان المثل إن كان المتلف مثلياً، وضمنان القيمة يوم الإتلاف فيما لا مثل له؛ لأن ضمان الإتلاف 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: ٢/٢٨٤، غاية المنتهى: ٢٤٦/٢. لكن إن تلف المغصوب المثلي، وفقد مثله، فتجب قيمته يوم انقطاع المثل عند الحنابلة، لأن القيمة وجبت في الذمة حينئذ (المغني: ٥/٢٥٨).

الفصل الثامن

دفع الصائل

وحكم ضمان الفعل الدفاعي - الدفاع الشرعي
وفيه مباحث أربعة: في مشروعية الدفاع ومراحله وحكمه، وشروطه، وهل هو
حق أو 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 بحسب 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 أبيح للمدافع القتل؛ لأنه من ضرورات الدفع. فإن شهر عليه سيفاً أبيح 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 جاز له 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 وجهه 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:

(١) البدائع: ٩٣/٧، الدر المختار ورد المحتار: ١٩٧/٣، الشرح الكبير: ٣٥٧/٤، بداية المجتهد: ٣١٩/٢، مغني المحتاج: ١٩٦-١٩٧/٤، المغني: ٣٢٩-٣٣١.
(٢) قواعد الأحكام: ١٩٥/١.

أما من القرآن فقوله تعالى: ﴿فَمَنْ أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ وَأَتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ﴾ [البقرة: ١٩٤/٢] 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»^(١) 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 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»^(٢) وقال أيضاً: «من أذل عنده مؤمن، فلم ينصره، وهو يقدر على أن ينصره، أذله الله على رؤوس الأشهاد يوم القيامة»^(٣) وفي حديث «إن المؤمنين يتعاونون على الفتان»^(٤).

وحكم الدفاع الشرعي: هو الإباحة، فتكون أفعال الدفاع مباحة باتفاق الفقهاء^(٥)، 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 ببينة 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

(١) رواه أصحاب السنن الأربعة وصححه الترمذي عن سعيد بن زيد (سبل السلام: ٤٠/٤).

(٢) رواه أحمد في مسنده والبخاري والترمذي عن أنس بن مالك.

(٣) رواه أحمد في مسنده عن سهل بن حنيف (نيل الأوطار: ٣٢٧/٥).

(٤) رواه أبو داود ولفظه «المؤمن أخو المؤمن يسعهما الماء والشجر، ويتعاونان على الفتان» أي الشيطان. ويضم الفاء: جمع.

(٥) المراجع السابقة في بدء هذا المطلب، نظرية الضرورة الشرعية للمؤلف: ص ١٤٠-١٤٢.

قول الشهود بأنهم رأوا الصائل داخلاً الدار ولم يذكروا سلاحاً. فإن لم يحضر أحد من الناس يقبل عند المالكية قول المدافع بيمينه^(١).

المبحث الثاني - شروط دفع الصائل:

يشترط لجواز دفع الصائل أربعة شروط وهي^(٢):

١ - أن يكون هناك اعتداء في رأي جمهور الفقهاء، وعند الحنفية: أن يكون الاعتداء جريمة معاقباً عليها. وعلى هذا فممارسة حق التأديب من الأب أو الزوج أو المعلم، وفعل الجلاد لا يوصف بكونه اعتداء. وفعل الصبي والمجنون وصيال الحيوان لا يوصف بكونه جريمة عند الحنفية.

فإذا قتل الإنسان الجمل 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 (العجماء جبار) أي هدر.

وقال الجمهور عند الحنفية: لا غرم ولا ضمان على المدافع إذا لم يقدر على الامتناع منه إلا بضربه وقتله، لأنه قتله في 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^(٣). 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.

(١) الشرح الكبير للدردير: ٣٥٧/٤، المغني: ٣٣٣/٨.

(٢) راجع التفصيل في التشريع الجنائي الإسلامي للمرحوم عبد القادر عودة: ٢٧٨/١ وما بعدها.

(٣) البدائع: ٢٧٣/٧، بداية المجتهد: ٣١٩/٢، المغني: ٣٢٨/٨ وما بعدها، المهذب: ٢/٢٢٥، كشاف القناع: ١٤٣/٤، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ٣٥٧/٤.

٤ - أن يدفع الاعتداء بالقوة اللازمة: أي بالقدر اللازم لرد الاعتداء بحسب ظنه. بالأيسر فالأيسر، كما بينت في المطلب الأول.

المبحث الثالث - هل دفع الصائل حق مباح أو 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 الهجوم 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 خير ابني آدم» يعني قابيل 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، جاز له دفعه بالقتل وغيره.

ودليل القائلين بإيجاب الدفاع عن النفس قوله تعالى: ﴿وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى

(١) تبين الحقائق: ١١٠/٦، البدائع: ٩٣/٧، تكملة فتح القدير: ٢٦٩/٨، الدر المختار ورد المختار: ١٩٧/٢، ٣٨٧/٥، الفتاوى الهندية: ٧/٦، ٥١، مواهب الجليل للحطاب: ٦/٣٢٣، الشرح الكبير والدسوقي: ٣٥٧/٤، المنتقى على الموطأ: ٦١/٦، تنوير الحوالك شرح الموطأ: ٢٢٠/٢، الفروق: ١٨٥/٤، مغني المحتاج: ٢١/٤، ١٩٥، المهذب: ٢/٢٢٥.

النَّهْلَكَةَ» [البقرة: ١٩٥/٢] وقوله سبحانه ﴿فَقَاتِلُوا آلِي بَنِي حَنَافَةَ حَتَّى تَفِئَءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ﴾ [الحجرات: ٩/٤٩] ﴿فَمَنْ أَعَدَّى عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعَدَّى عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ٢/١٩٤] ﴿وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا﴾ [الشورى: ٤٠/٤٢] 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، فغطّ وجهك» وفي لفظ «تكون فتن، فكن فيها عبد الله المقتول، ولا تكن القاتل»^(٢) وقد صح أن عثمان رضي الله عنه منع عبيده أن يدافعوا عنه، وكانوا أربع مئة، 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 الارت، وأخرجه أحمد نحوه عن خالد ابن عرفة.

(٣) المراجع السابقة.

(٤) أخرجه النسائي وإسحاق بن راهويه والطبراني عن عبد الله بن الزبير (نصب الراية: ٤/٣٤٧).

(٥) قال الحنفية: «من شهر على رجل سلاحاً ليلاً أو نهاراً، أو شهر عصا ليلاً في مصر، أو نهاراً في طريق غير مصر، فقتله المشهور عليه عمداً، فلا شيء عليه» (مجمع الضمانات: ص ١٦٦).

إلا أن الحنفية استثناوا مما ذكر: ما إذا كان الصائل صبياً 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 بينت 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: «العجماء جُرْحها جُبَار»^(١) أي هدر. وأما فعل الصبي والمجنون فلا يوصف بكونه جريمة أو بغياً، فلا تسقط به عصمة النفس، ولا يتوافر بالتالي شرط جواز الدفاع عن النفس؛ لأن من شرائطه أن يكون هناك اعتداء أو عدوان عندهم، كما تقدم، 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 عنهما لعدم الإدراك. أما فعل الدابة، فليس جريمة، ولا يجب الضمان على ما تتلفه؛ لأن العجماء 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 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 إذن أن يكون الاعتداء ذاته جريمة معاقباً عليها.

(١) رواه الجماعة عن أبي هريرة رضي الله عنه (نيل الأوطار: ٥/ ٢٣٤).

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، فانتزعهها 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، فوَقعت ثنيتاه^(٢)، فاخْتصموا إلى النبي ﷺ، فقال: يَعِضُّ أَحَدَكُم يَدَ أَخِيهِ، كَمَا يَعِضُّ الْفَحْلُ^(٣)، لا دية لك^(٤)» وحديث يعلى بن أمية قال: «كان لي أجير، فقاتل إنساناً، فعرض أحدهما صاحبه، فانتزع أصبعه، فأندر ثنيته (أي أزالها)، فسقطت، فانطلق إلى النبي ﷺ، فأهدر ثنيته، 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 مالكا هذا الحديث - حديث ابن الحصين ويعلى - لم يخالفه^(٧).

حكم الدفاع عن العرض:

إذا أراد فاسق الاعتداء على شرف امرأة، فيجب عليها باتفاق الفقهاء^(٨) أن تدافع

(١) كشف القناع: ١٤٣/٤.

(٢) الثنية: واحدة الثنايا أي أسنان مقدم الفم، ثتان من فوق، وثنان من أسفل.

(٣) الفحل: الذكر من كل حيوان.

(٤) رواه أحمد وأصحاب الكتب الستة ما عدا 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: ٣٣٣/٨ وما بعدها، مغني المحتاج: ١٩٧/٤، نيل الأوطار: ٢٥/٧، الميزان للشعراني: 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.

(٨) 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.

عن نفسها إن أمكنها الدفع؛ لأن التمكين منها للرجل حرام، وفي ترك الدفاع تمكين منها للمعتدي، ولها قتل الرجل المكروه، ولو قتله 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 حرمت 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»^(١) ولما ذكره الإمام أحمد من حديث الزهري بسنده عن عبيد بن عمير: «أن رجلاً أضاف ناساً من هذيل، فأراد امرأة على نفسها، فرمته بحجر فقتلته، فقال عمر: والله لا يودي أبداً»، ولأنه إذا جاز الدفاع عن المال الذي يجوز بذله وإباحته، فدفاع المرأة أو الرجل عن أنفسهم، وصيانتهم عن الفاحشة التي لا تباح بحال: أولى.

الزاني بامرأته: كذلك لا قصاص ولا دية في المذاهب الأربعة^(٢) 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 امرأته، فقال عمر: ما يقول هؤلاء؟ قال: ضرب الآخر فخذي امرأته بالسيف، فإن كان بينهما أحد، فقد قتله، فقال لهم عمر: ما يقول؟ قالوا: ضرب بسيفه فقطع فخذي امرأته، فأصاب وسط الرجل، فقطعه باثنين، فقال عمر: إن عادوا فعد»^(٣).

وإذا كانت المرأة مطاوعة فلا ضمان عليه فيها. وإن كانت مكرهة فعليه القصاص.

ولا بد من البينة كما تقدم في حكم الدفاع. وفي البينة روايتان عند الحنابلة: في

(١) سبق تخريجه.

(٢) المراجع السابقة، المغني: ٣٣٢/٨.

(٣) رواه هشيم عن مغيرة عن إبراهيم، وأخرجه سعيد بن منصور.

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 تضمين ديته. ولما روى أبو هريرة: «أن سعد بن عبادة قال: يا رسول الله، أرايت إن وجدت مع امرأتي رجلاً أمهله، حتى آتي بأربعة شهداء؟ فقال النبي صلى الله عليه وسلم: نعم»^(١).

وفي رواية أخرى: إنه يكفي شاهدان، لأنه 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 بيمينه، عند الحنابلة.

الإطلاع على داخل البيوت:

لو اطلع 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 مدنياً، أي لا قصاص ولا دية عند الشافعية والحنابلة^(٢)، لقوله صلى الله عليه وسلم: «لو أن رجلاً اطلع عليك بغير إذن، فحذفته^(٣) بحصاة، ففقت عينه، ما كان عليك جناح»^(٤). وقوله عليه الصلاة والسلام: «من اطلع في بيت قوم بغير إذنه، فقد حل لهم أن يفقؤوا عينه»^(٥) وفي لفظ «من اطلع في بيت قوم بغير إذنه، ففقؤوا عينه، فلا دية له ولا قصاص»^(٦).

(١) أخرجه الطبراني من حديث عبادة بن الصامت (فتح الباري: ١٢/١٥٤).

(٢) مغني المحتاج: ٤/١٩٧ وما بعدها، المهذب: ٢/٢٢٥، أعلام الموقعين: ٢/٣٣٦، المغني: ٨/٣٣٥.

(٣) الخذف: الرمي بالحصاة، والحذف: الرمي بالعصا، لا بالحصا.

(٤) متفق عليه بين البخاري ومسلم وأحمد عن أبي هريرة.

(٥) رواه أحمد.

(٦) رواه أحمد والبخاري ومسلم والترمذي عن سهل بن سعد.

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 غيرهما. وقد بين النبي ﷺ الحكمة من منع الاطلاع على البيوت فقال: «إنما جعل الاستئذان من أجل البصر»^(١).

وقال الحنفية والمالكية^(٢): يسأل جنائياً صاحب الدار في هذه الحالة، فيجب عليه القصاص أو الدية، لقوله عليه الصلاة والسلام: «في العين نصف الدية»^(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 ما دون الجماع، لم يجز قلع عينه، فمجرد 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 إجماعاً.

حكم الدفاع عن المال:

قرر 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،

(١) رواه أحمد والبخاري ومسلم والترمذي عن سهل بن سعد.

(٢) تبين الحقائق وحاشية الشلبي عليه: ١١٠/٦، الفتاوى الهندية: ٧/٦، رد المحتار على الدر: ٣٩٠/٥، تكملة فتح القدير: ٢٦٩/٨، مجمع الضمانات: ص ١٦٩، القوانين الفقهية: ص ٣٥١، رحمة الأمة بهامش الميزان للشعراني: ١٥٩/٢، ط البايي الحلبي.

(٣) أخرجه أبو داود في المراسيل والنسائي وابن خزيمة، وابن الجارود وابن حبان وأحمد (سبل السلام: ٢٤٤/٣).

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 تقدم.

وقال بعض العلماء: إن المقاتلة عن المال واجبة. وهذا رأي المالكية بعد الإنذار كما أوضحت^(٢).

وفرق الشافعية^(٣) بين أنواع المال 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) رواه مسلم وأحمد (نصب الراية: ٤/٣٤٨ وما بعدها) قال ابن تيمية في منتهى الأخبار: فيه من الفقه أنه يدفع بالأسهل فالأسهل (نيل الأوطار: ٥/٣٢٦).

(٢) الدر المختار وحاشيته: ٥/٣٨٨، مواهب الجليل: ٦/٣٢٣، الشرح الكبير: ٤/٣٥٧، نيل الأوطار: ٥/٣٢٦، المغني: ٨/٣٢٩ وما بعدها.

(٣) المهذب: ٢/٢٢٤ وما بعدها، مغني المحتاج: ٤/١٩٥ وما بعدها.

الفصل التاسع

اللقطة واللقيط

اللقطة لغة بسكون القاف أو فتحها: ما وجد بعد طلب أي ما يلتقط، قال تعالى: ﴿فَاللَّقِطَةُ: أَلْ فِرْعَوْنُ﴾ [القصص: ٢٨/٨] 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 أذكر معنى اللقيط، وأحكامه، ومعنى اللقطة وأحكامها، وأبين نوعي اللقطة: لقطة الأموال، ولقطة الحيوان أي الضالة، وأختم 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 صيانه. 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 بيت 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

(١) راجع المبسوط: ٢٠٩/١٠ وما بعدها، البدائع: ١٩٧/٦ وما بعدها، فتح القدير: ٤١٧/٤، تبیین 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.

والتربية والتزويج والتصرف من ماله، لقوله عليه الصلاة والسلام: «السلطان ولي من لا ولي له»^(١) وليس للملتقط ولاية التزويج أو التصرف في المال.

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 للتصرف إلى مثله من المحتاجين، كالمقعد الذي لا مال له، ولأن ميراثه لبيت المال، والخراج بالضمان أي لبيت المال غنمه 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 (معبد) النصراني أو كنيسة اليهود أو في قرية ليس فيها مسلم يكون ذمياً تحكيمياً للظاهر. ولو وجده ذمي في بلد إسلامي يكون مسلماً، أي أن العبرة للمكان.

وفي رواية النوادر عند ابن سماعة: 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.

(١) رواه خمسة من الصحابة: عائشة، وابن عباس، وعلي، وعبد الله بن عمرو، وجابر رضي الله عنهم، فحديث عائشة أخرجه أصحاب الكتب الستة والشافعي وأحمد بلفظ: «لا نكاح إلا بولي، وأيما 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: «لا نكاح إلا بولي، والسلطان ولي من لا ولي له» وهكذا.. (راجع تخريج وتحقيق أحاديث تحفة الفقهاء للمؤلف مع الأستاذ الكتاني: ٣/٥١٠، نصب الراية: ٣/١٦٧).

قال الكاساني: والصحيح هذه الرواية، فإذا وجد مسلم في بلد إسلامي كان مسلماً تبعاً للدار، وإذا وجد كافر في دار الإسلام كان مسلماً، أو وجد ذمي أو مسلم في كنيسة كان ذمياً^(١).

فتكون 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^(٢) تغليبا 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) البدائع: ١٩٨/٦.

(٢) مغني المحتاج: ٤٢٢/٢، المغني: ٦٨١/٥.

له، فيترجح بها، بدليل قوله تعالى مخبراً عن أهل امرأة عزيز مصر: ﴿إِنْ كَانَتْ قَمِيصُهُ قُدَّ مِنْ قُبْلِ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ الْكَاذِبِينَ، وَإِنْ كَانَتْ قَمِيصُهُ قُدَّ مِنْ دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ الصَّادِقِينَ﴾ (٢٧) [يوسف: ٢٦/١٢-٢٧].

وإن لم يصف أحدهما علامة، أو أقام كل منهما البينة، يحكم بكونه ابناً لهما، إذ ليس أحدهما بأولى من الآخر، وقد روي عن سيدنا عمر في مثل هذا أنه قال: إنه ابنهما يرثهما 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 ابنهما عند أبي حنيفة. وعند أبي يوسف: لا يكون لواحدة منهما. وعن محمد روايتان: في رواية يجعل ابنهما، وفي رواية: لا يجعل ابن واحدة منهما.

المبحث الثاني - اللقطة وأحكامها ونوعاها وما يصنع بها:

ينقسم هذا المبحث إلى مطالب ثلاثة:

المطلب الأول - معنى اللقطة وأحكامها:

(١) القائف جمعه 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) مغني المحتاج: ٤٢٨/٢.

اللقطة - بضم اللام وفتح القاف أو سكونها، وحكى ابن مالك فيها أربع لغات: وهي لقطة، 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 هُمَزَة وَلُمَزَة، وبسكون القاف وصف مبالغة لاسم المفعول: مثل ضُحْكَة للذي يضحك منه، وهُزْأَة 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 التارخانية من كتب الحنفية: هي مال يوجد، ولا يعرف مالكة، وليس بمباح كمال الحربي.

أحكامها:

للقطة أحكام من حيث النذب ومن حيث الضمان وغيرهما:

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، لقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالنَّقْوَى﴾ [المائدة: ٢/٥] وقوله ﷺ: «والله في عون العبد ما كان العبد في عون أخيه»^(١) فيكون الالتقاط سبيلاً لحفظ المال، ثم رده على صاحبه، لأنه ربما وقع في يد إنسان غير مؤتمن، فيأخذه، أما الأمين فيساعد في رد المال لصاحبه، وكف الأيدي الآثمة عنه. فإن لم يثق بأمانة نفسه وخشي استباحته، كره له الالتقاط، وإن علم من نفسه الخيانة، دون الرد على صاحبه، حرم الالتقاط، لقوله ﷺ فيما يرويه أحمد عن جرير بن عبد الله: «لا يأوي الضالة إلا ضال، مالم يعرفها».

وقال المالكية والحنبلية بكرهية الالتقاط، لقول ابن عمر وابن عباس، ولأنه تعريض لنفسه لأكل الحرام، ولما يخاف أيضاً من التقصير فيما يجب لها من تعريفها وردها لصاحبها وترك التعدي عليها^(٢).

(١) رواه مسلم عن أبي هريرة (شرح مسلم: ٢١/١٧).

(٢) راجع البدائع: ٢٠٠/٦، فتح القدير: ٤٢٣/٤، الدر المختار: ٤٠٦/٣، بداية المجتهد:

٢٩٩/٢ وما بعدها، مغني المحتاج: ٤٠٦/٢، المغني: ٦٣٠/٥.

هذا هو الحكم العام، ثم فصل علماء كل مذهب تفصيلات مذهبية، المهم منها الإشارة إلى مذهب الحنفية، ومثلهم الشافعية، فإنهم قالوا: يستحب الالتقاط لوائق 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»^(١).

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 أشهد الملتقط على أنه يأخذها ليحفظها ويردها إلى صاحبها؛ لأن الأخذ على هذا الوجه مأذون فيه شرعاً، قال ﷺ: «من وجد لقطة فليشهد ذوي عدل»^(٢). وهو أمر يقتضي الوجوب، ولأنه إذا لم يشهد كان الظاهر أنه أخذها لنفسه، ويكفيه للإشهاد أن يقول: من سمعتموه ينشد لقطة 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 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

(١) 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: ٣٣٨/٥، ٣٤٤، سبل السلام: ٩٤/٣).

(٢) رواه أحمد وابن ماجه عن عياض بن حمار، ورواه أيضاً أبو داود والنسائي والبيهقي والطبراني وصححه ابن خزيمة وابن الجارود وابن حبان (نيل الأوطار: ٣٣٨/٥، نصب الراية: ٤٦٦/٣، سبل السلام: ٩٦/٣، الإلمام: ص ٣٧٠).

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 النذب 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 يجب عليه الضمان عند أبي حنيفة ومحمد.

وعند أبي يوسف: لا يجب الضمان، سواء أشهد أم لم يشهد، ويكون القول قول الملتقط بيمينه 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.

(١) حديث سليمان رواه مسلم (نيل الأوطار، المرجع السابق: ص ٣٤١، الإمام بأحاديث الأحكام: ص ٣٧١، شرح مسلم: ٢٥/١٢).

(٢) حديث زيد رواه البخاري ومسلم وأحمد كما ذكرت سابقاً، وحديث أبي بن كعب رواه مسلم وأحمد والترمذي (نيل الأوطار، المرجع السابق: ص ٣٣٨ وما بعدها).

(٣) المبسوط: ١١/١٢، فتح القدير، المرجع السابق، البدائع: ٢٠١/٦، تبين الحقائق: ٢/٣٠١، مجمع الضمانات: ص ٢٠٩ وما بعدها، بداية المجتهد: ٣٠٣/٢ وما بعدها، الشرح الكبير: ١٢١/٤، القوانين الفقهية: ص ٣٤٢، مغني المحتاج: ٤٠٧/٢، المغني: ٦٤٤/٥، ٦٤٧، القواعد لابن رجب: ص ٥٣.

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 ذكرت قريباً.

د - ولو أقر الملتقط أنه كان قد أخذ اللقطة ليمتلكها لنفسه، لا يبرأ عن الضمان إلا بالرد على المالك؛ لأنه ظهر أنه أخذها غصباً، فكان الواجب عليه الرد إلى المالك^(١) لقوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»^(٢).

المطلب الثاني — نوعا 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 وأحمد: يكره التقاط ضالة الحيوان، ولقطة المال أيضاً^(٣)، لما رواه

(١) راجع البدائع: ٢٠١/٦، المبسوط: ١١/١١، ١٣، بداية المجتهد: ٣٠٤/٢، المغني: ٥/٦٩٤، مغني المحتاج: ٤١١/٢.

(٢) رواه أحمد وأصحاب السنن الأربعة عن الحسن بن سمرة، وصححه الحاكم (نيل الأوطار: ٢٩٨/٥، نصب الرأية: ٤/١٦٧).

(٣) المبسوط: ١١/١١، البدائع: ٢٠٠/٦، فتح القدير: ٤٢٨/٤، تبين الحقائق: ٣٠٥/٣، بداية المجتهد: ٢٩٩/٢ وما بعدها، مغني المحتاج: ٤٠٩/٢، المغني: ٦٣٠/٥ وما بعدها.

أصحاب الكتب الستة عن زيد بن خالد الجهني، قال: «سئل رسول الله ﷺ عن لقطة الذهب والورق^(١)، فقال: اعرف وكاءها، وعفاصها^(٢)، ثم عرفها سنة، فإن لم تعرف فاستنفقها^(٣)، ولتكن وديعة عندك، فإن جاء طالبها يوماً من الدهر، فأدّها إليه. وسأله رجل عن ضالة الإبل، فقال: مالك ولها، دعها، فإن معها حذاءها وسقاءها^(٤) ترد الماء، وتأكل الشجر حتى يجدها ربها. وسأله عن الشاة فقال: خذها فإنما هي لك، أو لأخيك أو للذئب^(٥)» أي أن لقطة الإبل غير جائزة، ولقطة الأموال الأخرى جائزة.

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 ضال»^(٦) وقال ﷺ: «إن ضالة المسلم حرق النار»^(٧) 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 فاستمتع بها»^(٨).

(١) الورق . بفتح الواو وكسر الراء هو الفضة.

(٢) الوكاء: الخيط الذي يشد به الوعاء الذي تكون فيه النفقة، والعفاص بكسر العين وتخفيف الفاء: هو الوعاء الذي تكون فيه النفقة من جلد أو غيره.

(٣) أي إما أن تستهلكها وتغرم بدلها، وأما أن تتركها عندك على سبيل الوديعة حتى يجيء صاحبها فتعطيها إياه.

(٤) الحذاء: أي الخف، والسقاء أي الجوف، وقيل: العنق، والمراد أنها تستغني عن الحفظ.

(٥) راجع نصب الراية: ٤/٤٦٨، نيل الأوطار: ٥/٣٣٨، شرح مسلم: ١٢/٢٠.

(٦) في رواية: «لا يأوي» رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه (راجع نيل الأوطار، المرجع السابق: ص ٣٤٤، سبل السلام: ٣/٩٤).

(٧) 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: ٤/١٦٧، سبل السلام: ٣/٩٤).

(٨) نصب الراية: ٣/٤٦٧، نيل الأوطار: ٥/٣٣٩، الوعاء: ما يجعل فيه المتاع، والوكاء: الخيط الذي يشد به الصرة والكيس ونحوهما.

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 لنهاية عليه السلام عن ذلك^(١)، ولا يجوز لقطة مكة أيضاً، لقوله ﷺ في بلد مكة يوم الفتح: «ولا تحل لقطتها إلا لمعرف» وفي لفظ: «ولا تحل ساقطتها إلا لمنشد»^(٢).

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: عرفها سنة» وقال عليه الصلاة والسلام أيضاً: «لا تحل اللقطة، فمن التقط شيئاً فليعرف سنة» الحديث^(٣).

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 المعرف: 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:

(١) رواه أحمد ومسلم عن عبد الرحمن بن عثمان قال: نهى رسول الله ﷺ عن لقطة الحج (شرح مسلم: ٢٨/١٢، سبل السلام: ٩٦/٣).

(٢) 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).

(٣) أخرجه البزار في مسنده والدارقطني في سننه عن أبي هريرة (راجع في هذا وما قبله الذي سبق تخريجه: نصب الراية: ٤٦٦/٣، نيل الأوطار: ٣٣٨/٥، سبل السلام: ٩٤/٣، شرح مسلم: ٢٦/١٢).

(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. وللملتقط أن يتولى تعريفها بنفسه، أو يستنيب عنه أحداً يقوم بالتعريف^(١).

٢- مدة التعريف: اتفق العلماء على أن لو وجد 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 أو 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)

(١) الدر المختار: ٣/٣٥٠، فتح القدير: ٤/٤٢٦، الشرح الكبير للدردير: ٤/١٢٠، مغني المحتاج: ٢/٤١١-٤١٣، المهذب: ١/٤٢٩، المغني: ٥/٦٣١، ٦٣٣ وما بعدها، نيل الأوطار: ٥/٣٤٠، نهاية المحتاج للرملي: ٤/٣٦٢.

(٢) هذا حديث رواه الحاكم وابن حبان في صحيحه وأحمد والبخاري بلفظ مقارب عن أبي حميد الساعدي، ورواه أحمد أيضاً بهذا اللفظ عن عمرو بن يثربي، وفي معناه أحاديث كثيرة (سبل السلام: ٣/٦٠ وما بعدها، مجمع الزوائد: ٤/١٧١).

أو أربعة أو عشرة، هو غلط من بعض الرواة كما حقق ابن الجوزي، أو هو محمول على مرید الورع عن التصرف في اللقطة^(١).

وأما الشيء الحقيق: فقال الشافعية: الأصح أن الشيء الحقيق، أي القليل المتمول 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 زمناً يظن أن فاقده يعرض عنه غالباً، وهذا هو 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^(٢).

وأما الشيء التافه فقد قال الفقهاء: لا خلاف في إباحة أخذ اليسير من الأشياء والانتفاع به من غير تعريف كالتمرة والكسرة والخرقه؛ لأن النبي ﷺ لم ينكر على واجد التمرة حيث أكلها بل قال له: «لو لم تأتها لأتتك» ورأى النبي ﷺ تمره فقال: «لولا أنني أخاف أن تكون من الصدقة لأكلتها»^(٣) 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 يملكها في الحال ويأكلها ويغرم قيمتها.

(١) راجع نصب الراية: ٤٦٧/٣، نيل الأوطار: ٣٤٠/٥ وما بعدها.

(٢) بداية المجتهد: ٢ ص ٣٠١، ٣٠٣، الشرح الكبير: ١٢٠/٤، المغني: ٦٣٢/٥، ٦٣٤، المهذب: ٤٣٠/١، مغني المحتاج: ٤١٥/٢، البدائع: ٢٠٢/٦، تبين الحقائق: ٣٠٢/٣ وما بعدها، فتح القدير: ٤٢٤/٤ وما بعدها، مختصر الطحاوي: ص ١٣٩.

(٣) ذكر ابن قدامة الحنبلي هذين الحديثين (راجع المغني: ٦٣٤/٥) روى الثاني منهما البخاري ومسلم عن أنس (سبل السلام: ٩٣/٣، الإلمام: ص ٣٧٣).

٣- **مكان التعريف:** تعرّف اللقطة في الأسواق وأبواب المساجد ومجامع الناس؛ لأن المقصود إشاعة خبرها وإظهارها ليعلم بها صاحبها، ولا ينشدها في المسجد؛ لأن المسجد لم يبين لهذا، قال النبي ﷺ: «من سمع رجلاً ينشد ضالة في المسجد، فليقل: لا ردّها الله إليه، فإن المساجد لم تبين لهذا»^(١). وأمر سيدنا عمر واجد اللقطة بتعريفها على باب المسجد. وأجاز الشافعية استثناء مما سبق المسجد الحرام، فإنه يجوز فيه الإعلان عن فقد الأشياء الضائعة، لأن تعريفها لمصلحة مالكيها؛ لأن الملتقط ليس له تملكها. أما من ينشد اللقطة في غير المسجد الحرام، فهو متهم أنه يفعل ذلك ليتملك اللقطة بعد تعريفها. وأرى أن الاستعانة بمكبرات الصوت على المآذن للإعلان عن اللقطة أمر لا بأس به في غير أوقات الصلاة، منعاً من التشويش على المصلين، ولأن الحاجة داعية لذلك بسبب ازدحام المدن واتساع مناطق السكان، والأولى كتابة إعلانات وإصاقها على أبواب المساجد وغيرها، فتتحقق الغاية المطلوبة من التعريف، وقد أصبح هذا مألوفاً في عصرنا. كما يمكن التعريف بالجرائد والصحف اليومية.

وأبان الشافعية طريق التعريف في أثناء السنة، فقالوا: يعرّف 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 المعرف نفسه، فكان عليه كما لو قصد تملك اللقطة، ولأنه لو تولى الملتقط تعريف اللقطة بنفسه لم يكن له أجر على صاحبها، فكذا إذا استأجر على التعريف لا يلزم صاحبها بشيء.

وقال المالكية: إن أنفق الملتقط على اللقطة شيئاً من عنده، فيخير صاحبها بين

(١) رواه مسلم وأبو داود عن أبي هريرة ورواه البيزار عن سعد بن أبي وقاص وأنس بن مالك وابن مسعود (راجع مجمع الزوائد: ٤/١٧٠، التاج: ١/٢١٥).

(٢) البدائع: ٦/٢٠٢، رد المحتار على الدر المختار: ٣/٣٥٠، مغني المحتاج: ٢/٤١٣، المغني: ٥/٦٣٣، الشرح الكبير للدردير: ٤/١٢٠، نيل الأوطار: ٥/٣٤٠.

أن يفتديها من الملتقط بدفع نفقتها، أو يسلم اللقطة لملتقطها مقابل نفقتها^(١).

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^(٢)، أو يقترض على المالك. أما إن أخذ اللقطة لتملكها، فيلزمه مؤنة التعريف، سواء أتملكها أم لا. وهذا هو الرأي المعقول.

أما ما تحتاجه الضالة أو اللقطة من نفقة: فقال المالكية: للملتقط الرجوع بالنفقة على صاحب اللقطة، وقال الشافعية والحنابلة: 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: إن 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 لمصالحه، فإذا رفع الأمر إلى القاضي ينظر في الأمر: فإن كان للبهيمة منفعة، وهناك من يستأجرها أجراً وأنفق عليها من أجرتها؛ لأن في إجارتها رعاية لمصلحة المالك، وإن كانت البهيمة 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 مالكها، فإذا حضر المالك فللملتقط أن يحبس اللقطة عنده حتى يحضر النفقة، وإن أبى أن يؤدي النفقة باعها القاضي، ودفع للملتقط قدر النفقات التي أنفقها^(٣).

(١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي: ١٢٣/٤.

(٢) مغني المحتاج: ٤١٣/٢ وما بعدها.

(٣) بداية المجتهد: ٣٠٤/٢، مغني المحتاج: ٤١٠/٢، البدائع: ٢٠٣/٦، فتح القدير: ٤/

٤٢٨ وما بعدها، تبیین الحقائق: ٣٠٥/٣، المهذب: ٤٣٢/١، المبسوط: ٩/١١،

المغني: ٦٣٣/٥ وما بعدها.

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 (ما تربط 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 المميزة لها، أو 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 يحل 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 وكاءها وعفاصها، ثم عرفها سنة فإن لم

(١) فتح القدير: ٤/٤٣١، المبسوط: ١١/٨، البدائع: ٦/٢٠٢، تبيين الحقائق: ٣/٣٠٦، الدر المختار: ٣/٣٥٣، بداية المجتهد: ٢/٣٠٢، مغني المحتاج: ٢/٤١٦، المهذب: ١/٤٣١، المغني: ٥/٦٤٤ وما بعدها.

(٢) حديث حسن رواه البيهقي وأحمد هكذا، وهو في الصحيحين بلفظ آخر من حديث ابن عباس (نصب الراية: ٤/٩٥، نيل الأوطار: ٨/٣٠٥، سبل السلام: ٤/١٣٢، الإلمام: ص ٥٢١، شرح مسلم: ٢/١٢).

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: «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 يجيز تملكها للفقير دون الغني، ورأي يجيز تملكها مطلقاً.

قال 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: «وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبُطْلِ» [البقرة: ١٨٨/٢]، وقوله: «وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ» [البقرة: ١٩٠/٢] 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 فليعرّف سنة، فإن جاء صاحبها، فليردها عليه، وإن لم يأت فليصدق»^(٢).

وفي حديث عياض بن حمار المجاشعي: «من وجد لقطة فليشهد عليها ذا عدل أو ذوي عدل، ولا يكتم ولا يغيب، فإن وجد صاحبها فليردها إليه، وإلا فهي مال الله يؤتية من يشاء».

وأما إذا كان الملتقط فقيراً فيجوز له الانتفاع باللقطة بطريق التصديق، لقوله عليه الصلاة والسلام: «فليصدق بها».

(١) المبسوط: ٤/١١ وما بعدها، فتح القدير: ٤/٤٣٢ وما بعدها، تبين الحقائق: ٣/٣٠٧، البدائع: ٢٠٢/٦، الدر المختار: ٣/٣٥١.

(٢) أخرجه البزار والدارقطني عن أبي هريرة (نصب الراية: ٣/٤٦٦) ورواه الطبراني من حديث يعلى بن مرة مرفوعاً، وفيه ضعيف، بلفظ: «فإن جاء صاحبها، وإلا فليصدق بها» (نيل الأوطار: ٥/٣٣٧).

فإن عرف صاحبها بعد التصديق 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 «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 مِّن مَّالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ﴾ [النور: ٢٤/٣٣].

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 ﷺ له المطلوب.

وقال المالكية: يملكها الملتقط بأن ينوي تملكها، أي تجديد قصد التملك، لعدم الإيجاب من الغير.

وقال الشافعية: يملكها الملتقط باختياره بلفظ من ناطق يدل عليه مثل: تملك ما التقطته؛ لأن تملكها تملك ببدل، فافتقر إلى اختيار التملك، كما يملك الشفيع بالشفعة.

واتفق العلماء إلا أهل الظاهر على أن الملتقط إذا أكل اللقطة، ضمنها لصاحبها^(١).

(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.

لقطة الحل والحرم: ذهب جمهور الفقهاء إلى 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^(١).

وقال الشافعية على الصحيح المنصوص عندهم: يجب تعريف لقطة الحرم أبداً، إذ لا تحل لقطة الحرم للتملك، بل للحفظ أبداً، لخبر الصحيحين: «إن هذا البلد حرمه الله، لا يلتقط لقطته إلا من عرفها».

وفي رواية للبخاري «لا تحل لقطة الحرم إلا لمنشد» قال الشافعي رضي عنه: أي لمعرف، ففرق رضي الله عنه بينها وبين غيرها، وأخبر أنها لا تحل إلا للتعريف ولم يؤقت التعريف بسنة كغيرها، فدل على أنه أراد التعريف على الدوام، وإلا فلا فائدة من التخصيص، والمعنى فيه: أن حرم مكة شرفه الله تعالى مثابة للناس يعودون إليه، المرة بعد الأخرى، فربما يعود مالکها من أجلها، أو يبعث في طلبها، فكأنه جعل ماله به محفوظاً عليه، كما غلظت الدية فيه.

(١) فتح القدير: ٤/٤٣٠، تبين الحقائق: ٣/٣٠١، البدائع: ٦/٢٠٢، الشرح الكبير للدردير: ٤/١٢١، الغني لابن قدامة: ٥/٦٤٢.

الفصل العاشر

المفقود

الكلام فيه عن معنى المفقود، وكيفية اعتبار حاله، وما يقوم به القاضي نحو ماله وأهله ووقت الحكم بموته وأثر ذلك^(١).

من 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، فتثبت 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

(١) راجع البدائع: ١٩٦/٦، فتح القدير: ٤٤٠/٤، تبين الحقائق: ٣/٣١٠، الدر المختار: ٣/٣٦٠، الشرح الصغير: ٢/٦٩٤ وما بعدها، المهذب: ٢/١٤٦، كشاف القناع: ٥/٤٨٧ وما بعدها.

وبين امرأته، وتعتد عدة الوفاة، ثم تتزوج من شاءت؛ لأن عمر رضي الله عنه قضى بذلك في مفقود.

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 ويستثمره، ويستوفي حقوقه العائدة إليه، كالقيم 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 بقاء 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 والدراهم والدنانير.

فإن كان مال المفقود من غير الدراهم 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 غائباً، يحكم بموته، وتقع الفرقة بينه وبين نسائه، ويقسم ماله بين ورثته الأحياء، ولا يرث هو من أحد.

والمدة التي نقدرها لحياة المفقود ليس في ظاهر الرواية تقدير محدد فيها، وإنما يقدر بموت الأقران. وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة أنه قدر تلك المدة بمئة وعشرين سنة من وقت الولادة. والأرفق أن يقدر بتسعين عاماً.

الفصل الحادي عشر

المسابقة والمناضلة

المبحث الأول - السَّبِق^(١) أو المسابقة أو الرهان:

وفيه بيان تعريف المسابقة ومشروعيتها.

شروط جواز المسابقة.

تعريف المسابقة ومشروعيتها:

السبق: بسكون الباء مصدر سبق أن 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 والإجماع. أما السنة فهو أن النبي ﷺ سابق بين الخيل المضمرّة وبين التي لم تضمّر^(٢). وأجمع المسلمون على جواز المسابقة.

والمسابقة مستثناة من ثلاثة أمور ممنوعة: هي القمار، وتعذيب الحيوان لغير

(١) السبق: بسكون الباء بمعنى المسابقة، والسبق بفتح الباء: الجعل أو العوض المخصص في المسابقة.

(٢) رواه البخاري ومسلم عن ابن عمر (سبل السلام: ٧٠/٤، الإمام: 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 ابن الأكوع رجلاً من الأنصار بين يدي النبي ﷺ، فسبقه سلمة^(٣)، وصارع النبي ﷺ رُكَّانة، فصرعه النبي ﷺ^(٤). ومر الرسول ﷺ يقوم 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: ﴿وَأَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ﴾ [الأنفال: ٦٠/٨] 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).

ودليل المسابقة على الأقدام والمصارعة، ما ذكر أن النبي ﷺ سابق عائشة،

(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 ركانة (نيل الأوطار، المرجع نفسه).

(٥) المراد بالنصل: السهم ذو النصل أو الرمح، والحافر: الفرس والحصار والبغل، والخف: 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 الأستاذ الكتاني: ٥٠٠/٣).

وصارع رُكَّانة، ولأن المشي بالقدم والمصارعة مما يحتاج للكر والفر في الجهاد وضرب العدو. قال الشافعية: المِسابِقةُ والمِناضلةُ على السهام سنة بالإجماع، ويحل أخذ عوض عليهما؛ لأن فيهما ترغيباً للاستعداد للجهاد.

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 سَبَقُ إلا في خف أو حافر أو نصل»^(١) والسبق بفتحيتين: (هو ما يجعل للسابق على السابق من جعل) ولأن هذه الأمور آلات القتال، فيجوز التسابق إذن على كل ما هو نافع في الحرب.

أما المِسابِقةُ على الأقدام والمصارعة، فلا تجوز بعوض؛ لأنها لا تنفع في الحرب وكانت مصارعة الرسول لركَّانة على شياه، كما روى أبو داود في مراسيله، أو أن الغرض من مصارعته أن يريه شدته ليسلم، وقد أسلم فعلاً^(٢).

فإن كانت المِسابِقةُ بغير عوض جازت مطلقاً في الخيل وغيرها من الدواب والسفن وبين الطير لإيصال الخبر بسرعة، وتجاوز هذه المِسابِقةُ على الأقدام وفي رمي الأحجار والمصارعة.

شروط جواز المِسابِقة:

يشترط لجواز المِسابِقةِ والرمي بعوض شروط أهمها ما يأتي:

١ - أن تكون المِسابِقةُ 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، ٥/٢٦٣).

(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 بعيه مكافئاً لفرسيهما أو بعيهما مثلاً، وذلك إذا سبقهما، فإن سبقهما 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 يسبق، فليس بقمار. ومن أدخل فرساً بين فرسين وقد آمن أن يسبق فهو قمار»^(٣) أي أنه يشترط أن يكون فرس المحلل مكافئاً لفرسي الشخصين اللذين جعل العوض منهما، فلو كان ضعيفاً عنهما أو أقوى منهما، فإنه لا يصح؛ لأن الواضح من الحديث أنه جعل القمار متحققاً إذا آمن 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.

وهكذا تكون صور السباق أربعاً: ثلاث منها حلال، وواحدة منها حرام لها حكم الميسر (القمار)، أما الصور الحلال:

- (١) المحلل . بكسر اللام . مشتق من أحل: جعل الممتنع حلاً، لأنه يحل العقد ويخرجه عن صورة القمار المحرم، فهو قد حلل الجُعل بدخوله بين المتسابقين.
- (٢) هذا المبلغ هو المسمى بالسبق بتحريك الباء أو الخطر أو الندب أو القرع أو الرهن.
- (٣) رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه عن أبي هريرة، وإسناده ضعيف عند بعضهم، ولأئمة الحديث في صحته إلى أبي هريرة كلام كثير، وقد أخرجه أيضاً الحاكم وصححه، والبيهقي، وابن حزم وصححه (نيل الأوطار: ٨٠/٨، سبل السلام: ٧١/٤، الإمام: ص ٣٦٠).

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 سَبَق، ولا يغرم إن سَبَقه غيره؛ لأنهما لم يقصدا القمار، وإنما قصدا التقوي على الجهاد، وهذا جائز عند الجمهور. ومنعه الإمام مالك لجواز عود الجعل لمن قدمه إذا سَبَق.

وأما الصورة الحرام اتفاقاً: فهي أن يكون العوض من كل واحد، على أنه إن سَبَق فله العوض، وإن سَبِق فيغرم لصاحبه مثله. وبه يتبين أن السباق يحرم حينما يكون هناك احتمال الأخذ والعطاء من الطرفين، بأن يقال: السابق يأخذ، والخاسر يغرم أو يدفع. وهذا معنى الميسر أو القمار المحرم شرعاً.

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 محايد هو حرام؛ لأنه قمار.

المبحث الثاني - المناضلة:

تعريفها وأنواعها ولزومها وحكمها وشروطها^(٢):

(١) راجع البدائع، المرجع السابق، مغني المحتاج: ٣١٣/٤ وما بعدها، المهذب: ٤١٥/١ وما بعدها، المغني: ٦٥٤/٨ وما بعدها، القوانين الفقهية: ص ١٥٧ وما بعدها، الشرح الكبير مع الدسوقي: ٢٠٨-٢١١.

(٢) مغني المحتاج: ٣١١/٤-٣١٩.

تعريف المناضلة ومشروعيتها:

المناضلة لغة بمعنى المغالبة، قال الأزهري: النضال في الرمي، والرهان في الخيل، والسباق يكون في الخيل والرمي، كما في قوله تعالى: ﴿إِنَّا ذَهَبْنَا نَسْتَبِقُ﴾ [يوسف: ١٧/١٢] وعليه تكون المسابقة على الخيل ونحوها، من السلاح.

وهذا الموضوع المتعلق بالمسابقة والمناضلة لم يسبق الشافعي رضي الله تعالى عنه أحد إلى تصنيفه كما قال المزني رحمه الله.

والمناضلة أو الرمي: التدرّب على استعمال السلاح والتنافس على التفوق بإصابة الهدف على مال بشروط مخصوصة. وكل من المناضلة والمسابقة للرجال المسلمين غير ذوي الأعدار سنة جائزة بالإجماع، ولقوله تعالى: ﴿وَأَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ﴾ [الأنفال: ٦٠/٨] روى مسلم عن عقبة بن عامر رضي الله عنه: أن النبي صلى الله عليه وسلم فسّر القوة بالرمي، فقال: «ألا إن القوة الرمي، ألا إن القوة الرمي، ألا إن القوة الرمي». الرمي».

وقد حث النبي صلى الله عليه وسلم على الرمي، روى أحمد والبخاري عن سلمة بن الأكوع قال: «مرّ رسول الله صلى الله عليه وسلم على نفر من أسلم ينتضلون^(١) بالسوق، فقال: ارموا يا بني إسماعيل، فإن أباكم كان رامياً، ارموا وأنا مع بني فلان، قال: فأمسك أحد الفريقين بأيديهم، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ما لكم لا ترمون؟ قالوا: كيف نرمي وأنت معهم؟ فقال ارموا وأنا معكم كلكم».

وروى الخمسة (أحمد وأصحاب السنن) عن عقبة بن عامر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «إن الله يدخل بالسهم الواحد ثلاثة نفر الجنة: صانعه الذي يحتسب في صنعته الخير، والذي يجهّز به في سبيل الله، والذي يرمي به في سبيل الله، وقال: ارموا واركبوا، فإن ترموا خير من أن تركبوا، وقال: كل شيء يلهو به ابن آدم فهو باطل إلا ثلاثاً: رميه عن قوسه، وتأديبه فرسه، وملاعبته أهله فإنهن من الحق».

(١) ينتضلون أي يترامون، والنضال: الترامي للسبق.

أنواعها:

تصح المناضلة على سهام ورماح ورمي بأحجار بمقلع أو يد، ومنجنيق وكل نافع في الحرب كالرمي بالمسلات والإبر والتردد بالسيوف والرماح.

ولا تصح المسابقة بعوض على الكرة بأنواعها المختلفة، ولا على البندق الذي يرمى به إلى حفرة ونحوها^(١)، ولا على السباحة في الماء، ولا على الشطرنج، ولا على خاتم، ولا على وقوف على رجل، ولا على معرفة ما في يده من شفع ووتر، ولا على سائر أنواع اللعب كالمسابقة على الأقدام (الركض) وبالسفن والزوارق؛ لأن هذه الأمور لا تنفع في الحرب.

هذا إذا عقد عليها بعوض، فإن كانت بغير عوض فمباح كما يرى الشافعية. وقال القرطبي: لا خلاف في جواز المسابقة على الخيل وغيرها من الدواب، وعلى الأقدام، وكذا الرمي بالسهم واستعمال الأسلحة، ما في ذلك من التدريب على الجري. ودليله: ما رواه أحمد وأبو داود أن النبي ﷺ تسابق مع عائشة على الأقدام، وروى أحمد والشيخان: أن الأحباش لعبوا بالحرب عند النبي ﷺ في المسجد.

صفة عقد المسابقة والمناضلة:

الأظهر عند الشافعية أن كلاً من هذين العقدين إذا تم على مال مشروط لازم لا جائز، فليس لأحد الطرفين إذا التزما المال وبينهما محلل فسخه، كما هو شأن العقود اللازمة، ولا ترك العمل قبل الشروع فيه ولا بعده، إلا إذا فسخ الطرفان العقد الأول، واستأنفا عقداً جديداً إن وافقهما المحلل.

حكم المناضلة:

حكم المناضلة والمسابقة واحد، ثلاث صور منها حلال، وصورة رابعة منها حرام؛ لأنه ميسر أو قمار، وهي أن يتراهن المتناضلان على أن يتعهد كل

(١) ذكر الماوردي في الحاوي القول بالجواز، خلافاً لما قرره النووي في الروضة وأصلها.

منهما للآخر دفع عوض معين إن فاز بالإصابة. فإن كان العوض من الإمام من بيت المال، أو أحد الرعية الأثرياء، أو أحد المتناضلين أو كليهما جاز، فيقول الإمام أو أحد الرعية: ارميا كذا، فمن أصاب من كذا فله في بيت المال، أو عليّ كذا، أو يقول أحدهما: نرمي كذا، فإن أصبت أنت منها كذا فلك علي كذا، وإن أصبتها أنا فلا شيء لي عليك.

أما إن شرط كل منهما على صاحبه عوضاً، فلا تصح المناضلة إلا بمحلّ، أي شخص ثالث وسيط، يكون رميه كرميهما في القوة والعدد المشروط، يأخذ مالهما إن غلبهما، ولا يغرم إن غلب.

شروط صحة المناضلة:

يشترط لصحة المناضلة ما يأتي:

١ - تعيين الرماة والهدف المطلوب وتعيين الموقف الذي يقفان فيه وتحديد مسافة^(١)، ومقدار الغرض طولاً وعرضاً وسمكاً وارتفاعاً من الأرض، وتعيين العدد المطلوب من الإصابة أو الرميات لينضبط العمل؛ لأن المناضلة كالميدان في المسابقة. ويشترط إمكان الإصابة والخطأ.

٢ - اتحاد جنس السلاح من مسدس أو بندقية أو مدفع ونحوها، فلا تصح المناضلة بسلاحين مختلفي الجنس، ولو رضي الطرفان بذلك.

٣ - بيان مقدار الإصابة وصفة الرمي من قرع أو خزق أو خسق أو مرق^(٢) إذا كان النضال بالسهم ونحوها، بأن يتفق المتناضلان على كون الرمي المطلوب

(١) مسافة الرمي: هي ما بين موقف الرامي والغرض، وتحديدها لاختلاف الغرض بها، وبيانها إما بالذرعان أو المشاهدة. والغرض: ما يرمى إليه من خشب أو جلد أو قرطاس، والهدف: ما يرفع ويوضع عليه الغرض. والرقعة: عظم ونحوه يجعل وسط الغرض. والدارة: نقش مستدير كالقمر قبل استكماله.

(٢) القرع: مجرد إصابة الغرض أو الهدف بلا خدش له، والخرق: هو أن يثقبه السهم ولا يثبت فيه بأن يعود. والخسق: هو أن يثبت السهم في الهدف. والمرق: هو أن ينفذ السهم ويخرج من الجانب الآخر.

مجرد قَرَع أو إصابة للهدف أو خَزَق له، فإن أطلقا ولم يبينا، حمل الرمي المطلوب على القرع.

ع - العلم بالمال وقدره، ووجود المحلل إن كانت المناضلة من النوع المحرم المذكور في المسابقة وفيما تقدم هنا.

ه - والأظهر اشتراط بيان البادئ من المتناضلين بالرمي، لاشتراط الترتيب بينهما فيه، حذراً من اشتباه المصيب بالمخطئ، كما لو رميا معاً، فإن لم يبيناه فسد العقد.

الفصل الثاني عشر

الشفعة

تبحث الشفعة في المباحث الثمانية الآتية:

المبحث الأول - تعريف الشفعة، ودليلها وحكمتها، وركناتها 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 نماء أو نقص.

المبحث الثامن - مسقطات الشفعة.

وبحثها على ترتيبها المذكور.

المبحث الأول - تعريف الشفعة، ودليها وحكمتها، وركنها وأطرافها، وحكمها وصفتها:

أولاً — تعريف الشفعة:

الشفعة لغة: مأخوذة من الشفع بمعنى الضمّ 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 ما عاوض 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 — دليها وحكمة مشروعيتها:

الدليل على مشروعية الشفعة هو السنة والإجماع:

أما السنة، فأحاديث كثيرة: منها حديث جابر رضي الله عنه: «قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم

(١) الدرالمختار: ١٥٢/٥، تكملة الفتح: ٤٠٦/٧، تبين الحقائق: ٢٣٩/٥، الباب: ٢/١٠٦.

(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.

بالشفعة فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود، وصُرفَت الطرق، فلا شفعة»^(١) وفي رواية «في أرض، أو رِبَع، أو حائط» والرَبِيع: المنزل، والحائط: البستان. ومنها حديث آخر لجابر: «الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها، وإن كان غائباً، إذا كان طريقيهما 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، فسيتضرر المالك؛ أي أن الشفعة تصادم مبدأ حرية المتعاقد 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 إيقاد النار، أو منع ضوء النهار، وإثارة الغبار، وإيقاف الدواب، ولعب الأولاد، ولاسيما إذا كان خصماً أو ضدّاً.

(١) رواه أحمد والبخاري وأبو داود وابن ماجه، وهو صحيح. وصرفت: بتخفيف الراء، وقيل بتشديدها، أي بينت مصارفها.

(٢) رواه الخمسة (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: ٤/١٧٢-١٧٥، نيل الأوطار: ٥/٣٣١-٣٣٦).

(٥) المغني: ٥/٢٨٤.

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، سفلأً كان أو علوياً.

وقال المالكية^(٣): للشفعة أركان أربعة:

أخذ (شافع)، ومأخوذ منه (مشفوع عليه) ومشفوع فيه، وصيغة. والمراد بالصيغة: ما يدل على الأخذ، لفظاً أو غيره.

وقال الشافعية والحنابلة^(٤): أركان الشفعة ثلاثة: أخذ، ومأخوذ منه، ومأخوذ. وأما الصيغة فتجب في التملك، فيشترط لفظ من الشفيع، مثل تملك، أو أخذت بالشفعة.

(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: ٦٣٠/٣ وما بعدها، بداية المجتهد: ٢٥٣/٢.

(٤) مغني المحتاج: ٢٩٦/٢، ٣٠٠، المغني: ٢٩٧/٥، كشاف القناع: ١٥٨/٤.

رابعاً — حكمها وصفتها:

إن الأخذ بها بمنزلة شراء مبتدأ (جديد)، قال الحنفية^(١): حكمها: جواز الطلب عند تحقق السبب، ولو بعد سنين، أي إذا لم يعلم بها. وصفتها: أن الأخذ بها بمنزلة شراء مبتدأ، يستحقها الشفيع 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.

قررت 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 وأبي داود: «أن النبي ﷺ قضى بالشفعة في كل شركة لم تقسم، ربة أو حائط..» ولأن الشفعة شفعت 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 بينت «استحقاق الشريك - عند الحنفية - انتزاع حصة شريكه المنتقلة عنه، من يد من انتقلت إليه»، فناسب أن تكون عند شدة الضرر، وإطلاقاً لحرية التصرف والبيع^(٢).

العلو والسفل:

أحق الحنفية بالعقار: ما في حكمه كالعلو، وإن لم يكن طريقه في السفلى؛ لأنه

(١) الدرالمختار: ١٥٣/٥ وما بعدها، تبين الحقائق، المكان السابق.

(٢) الدرالمختار: ١٥٣/٥، تكملة الفتح: ٤٣٥/٧، تبين الحقائق: ٢٣٩/٥، البدائع: ٥/

١٢، 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.

التحق بالعقار بماله من حق القرار، فلا فرق في العقار بين كونه سفلاً أو علواً^(١)، 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^(٢).

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 غير 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، ما دام 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^(٣).

حقوق الارتفاق:

ثبتت الشفعة عند الحنفية^(٤) في حقوق العقار، كالشُّرب (النصيب من الماء في نوبة مالك الأرض)^(٥) والطريق الخاصين. فإن لم يكونا خاصين، فلا يستحق بهما 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

(١) الدر المختار واللباب، المكان السابق، تكملة الفتح: ٤٣٥/٧.

(٢) مغني المحتاج: ٢٩٧/٢، كشاف القناع: ١٥٥/٤.

(٣) بداية المجتهد: ٢٥٥/٢، حاشية الدسوقي على الدردير: ٤٧٦/٣، الشرح الصغير: ٣/

٦٣٤ وما بعدها، مغني المحتاج: ٢٩٧/٢، المهذب: ٣٧٧/١، المغني: ٢٨٩/٥.

(٤) تبين الحقائق: ٢٣٩/٥ وما بعدها، الدر المختار: ١٥٤/٥، اللباب: ١٠٦/٢.

عاماً، فالشفعة فقط للجار الملاصق. ومثله الطريق الخاص، فكل أهله شفعاء.

وقال المالكية^(١): لا شفعة 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 لا شفعة فيه، وهو البيوت المنقسمة، كان لا شفعة فيه.

وكذلك العرصة (ساحة الدار التي بين بيوتها، تسمى في عرف العامة بالحوش) لا شفعة فيها إذا قسم متبوعها، كحكم الطريق السابق.

وقال الشافعية^(٢): لا شفعة 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، فلا تثبت الشفعة في الممر، لما فيها من ضرر المشتري، والشفعة شرعت لدفع الضرر، فلا يزال ضرر بآخر؛ لأن الضرر لا يزال بالضرر.

والحنابلة كالشافعية قالوا^(٣): إذا بيعت الدار، ولها طريق في شارع أو درب نافذ، فلا شفعة في تلك الدار، ولا في الطريق؛ لأنه لا شركة لأحد فيهما.

وإن كان الطريق في درب غير نافذ، ولا طريق للدار سوى ذلك 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:

- (١) الشرب: هو نوبة الانتفاع بسقي الحيوان والزرع (م ١٢٦٢) مجلة.
- (٢) الشرح الكبير: ٤٨٢/٣، الشرح الصغير: ٦٤٠/٣، بداية المجتهد: ٢٥٥/٢.
- (٣) نهاية المحتاج: ١٤٥/٤، مغني المحتاج: ٢٩٨/٢.
- (٤) كشف القناع: ١٥٤/٤، المغني: ٢٩٠/٥.
- (٥) الكتاب مع اللباب: ١٩٠/٢، المهذب: ٣٧٦/١، مغني المحتاج: ٢٩٦/٢، كشف القناع: ١٥٥/٤.

فإن كان ممراً لا تمكن قسمته، فلا شفعة فيه.

وإن كان تمكن قسمته، وجبت الشفعة فيه؛ لأنه أرض مشتركة، تحتل القسمة، فوجبت فيه الشفعة كغير الطريق.

الشفعة في السفن:

لا تثبت الشفعة في السفن عند فقهاء المذاهب^(١) لأنها كالعروض التجارية من المنقولات، والشفعة مشروعة في الأرض التي تبقى على الدوام، ويدوم ضررها. ونقل الكاساني^(٢) 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.

الشفعة في الزرع والثمر والشجر:

لا شفعة عند الجمهور (غير المالكية)^(٣) فيما ليس بعقار كالبناء والشجر المفرد عن الأرض، فإن كان تبعاً في البيع للأرض، وجبت الشفعة فيه^(٤).

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 إتباع الغراس والبناء للأرض؛ لأنهما يؤخذان تبعاً للأرض، ففيهما الشفعة تبعاً. ولم يتبعوا الزرع والثمرة للأرض؛ لأن من شروط وجوب الشفعة أن يكون المبيع أرضاً؛ لأنها هي التي تبقى على الدوام، ويدوم ضررها.

وأجاز المالكية^(٥) الشفعة في البناء والشجر إذا بيع أحدهما مستقلاً عن الأرض؛ لأن كلا منهما عندهم عقار، والعقار: هو الأرض وما اتصل بها من بناء وشجر،

(١) البدائع: ١٢/٥. ولم أر في كتب المالكية التي اطلعت عليها تصريحاً 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: ١٩٣/٢).

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^(١) (الفاكهة) والخضر، كالقثاء، والبطيخ بنوعيه الأخضر والأصفر، والخيار، والبادنجان والفاول الأخضر، ونحوه مما له أصل 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 متصلاً بالعقار أم لا، وسواء أكان الشيء المبيع مما ينقسم، أم مما لا ينقسم، من أرض أو شجرة واحدة فأكثر، أو ثوب، أو سيف أو طعام أو حيوان، أو أي شيء يبيع، فلا يحل لمن له الجزء، أن يبيعه حتى يعرضه على شريكه أو شركائه فيه^(٢).

(١) تكملة الفتح: ٤٣٥/٧، مغني المحتاج: ٢٩٦/٢ وما بعدها، كشاف القناع: ١٥٥/٤.

(٢) نصت المادة (١٠١٩) مجلة على أنه لا تجري الشفعة في الأشجار والأبنية في أرض الوقف.

(٣) الشرح الكبير: ٤٧٩/٣ وما بعدها، الشرح الصغير: ٦٣٤/٣، ٦٣٨-٦٣٩، 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).

(٥) المحلى: ١٠١/٩، م ١٥٩٤.

المبحث الثالث - الشفيع

أولاً - من 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^(١): تثبت الشفعة للشريك (الخليط) في المبيع نفسه، أو في حق من حقوق الارتفاق الخاصة، كالشرب (النصيب من الماء)، والطريق الخاصين، كما تثبت للجار الملاصق للمبيع، ولو كان باب داره من سكة أخرى. والملاصق من جانب واحد ولو بشبر، 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 بسقبه»^(٢) و «جار الدار أحق بدار الجار، والأرض»^(٣) و «الجار أحق بشفعته»^(٤). ويؤكد أنه العلة الموجب 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 عنهما.

وقال الجمهور (غير الحنفية)^(٥): لا شفعة إلا لشريك في ذات المبيع، لم يقاسم (أي أن حقه مشاع لم يقسم) فلا شفعة عندهم لشريك مقاسم، ولا لشريك في حق

(١) البدائع: ٤/٥، تكملة الفتح: ٤٠٦/٧، ٤١٤، ٤٣٦، تبين الحقائق: ٢٣٩/٥-٢٤١، اللباب: ١٠٦/٢، الدر المختار: ١٥٥/٥.

(٢) سبق تخريجه، أخرجه البخاري عن أبي رافع مولى النبي (نصب الراية: ١٧٤/٤).

(٣) أخرجه أبو داود والترمذي والنسائي، وأحمد في مسنده، والطبراني في معجمه، وابن أبي شيبه في مصنفه، وابن حبان في صحيحه، وقال عنه الترمذي: حديث حسن صحيح، من

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: «لا شفعة 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 ما عدا الحنابلة على أن الشفعة تثبت للذمي على الذمي، لعموم الأخبار الواردة في الشفعة، ولأنهما تساويا 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 ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود، وصرّفت الطرق، فلا شفعة» وحديث سعيد بن المسيب: «إذا قسمت الأرض، وحُدَّت، فلا شفعة فيها»^(٣)، فإذا كانت الشفعة غير واجبة للشريك المقاسم، فهي أحرى ألا تكون واجبة للجار، والشريك المقاسم إذا قاسم: جارٌ.

ولأن الشفعة تثبت على خلاف الأصل، فيقتصر فيها على مورد النص.

وأما حديث أبي رافع: «الجار أحق بصقبه» فليس بصريح في الشفعة، فيحتمل

حديث الحسن عن سمرة (نصب الراية: ١٧٢/٤).

(١) من حديث جابر عند الترمذي.

(٢) بداية المجتهد: ٢٥٣/٢، الشرح الكبير: ٢٥٣/٤٣، 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.

(٣) رواه الدارقطني في كتاب العلل بإسناده عن أنس، وأبي بكر، لكن في إسنادهما بابل بن

نجيح، ضعفه الدارقطني وابن عدي.

أنه أراد بالصقب: إحسان جاره وصلته وعيادته ونحوها. وخبر جابر صريح صحيح، فيقدم. وبقية الأحاديث في أسانيدھا مقال، فحديث سمرة يرويه عنه 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 تراحم الشفعاء:

قال الحنفية^(٣): الشفعة واجبة للخليط (الشريك) في نفس المبيع، ثم إذا لم يكن، أو كان وسَلَّم (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

(١) المغني: ٣/٣٥٨ وما بعدها، كشف القناع: ٤/١٨٣.

(٢) رواه أبو داود، ومالك مراسلاً، عن أبي سلمة بن عبد الرحمن.

(٣) راجع أعلام الموقعين: ٢/١٢٣-١٣٢، تحقيق عبد الحميد.

(٤) نيل الأوطار: ٥/٣٣٣.

(٥) تكملة الفتوح: ٧/٣٣٣، ٤١٢ وما بعدها، الدر المختار ورد المحتار: ٥/١٥٤ وما بعدها،

البدائع: ٥/٨-٩، تبين الحقائق: ٥/٢٣٩، الباب: ٢/١٠٦ وما بعدها، م (١٠٠٨) مجلة.

للمبيع والبعيدة عنه، ولا بين التي تسقى من المجرى الخاص مباشرة، أو من جدول مأخوذ منه، ما دام أن الكل يشرب من المجرى، وأن سبب الاستحقاق واحد: وهو الاشتراك في المرفق الخاص.

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، وعامة المشايخ على أن الشركاء في النهر إن كانوا يحصون، فصغير، وإلا فكبير. وما لا يحصى: قيل: أربعون، وقيل: خمس مئة، 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 نهراً 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 تزامم الشفعاء:

يتبين مما سبق كيفية توزيع حق الشفعة عند تزامم 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 الدار نفسها. 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.

وقال الجمهور^(٣) (غير الحنفية والظاهرية): يقسم العقار المشفوع فيه بين الشفعاء

(١) البدائع: ٦/٥، تبين الحقائق: ٢٤١/٥، الكتاب مع اللباب: ١١٦/٢، الدر المختار: ٥/٥

١٥٤، تكملة الفتح: ٤١٤/٧، م ١٠١٣ مجلة.

(٢) المحلى: ١٢٠/٩، م ١٦٠٩.

(٣) الشرح الصغير: ٦٤٦/٣، الشرح الكبير: ٤٨٦/٣ وما بعدها، بداية المجتهد: ٢/٢٥٧،

القوانين الفقهية ص ٢٨٧، مغني المحتاج: ٣/٣٠٥، المهذب: ١/٣٨١، ٥/٣٣٥، كشاف

القناع: ١٦٤/٤.

على قدر حصصهم أو أنصبتهم 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 تزاحم الشركاء الشفعاء^(١): 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^(٢) 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 يبع. وإذا مات شخص عن 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 معه الوارث.

(١) الشرح الكبير: ٤٩٢/٣، الشرح الصغير: ٦٥٠/٣ وما بعدها.

(٢) الأخص: أي الأقوى والأزيد في القرب.

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 الشفعة للغائب، لعموم قوله عليه السلام: «الشفعة فيما لم يقسم» ولأن الشفعة حق مالي، وجد سببه بالنسبة إلى الغائب، فيثبت له، كالإرث، ولأن الغائب شريك لم يعلم بالبيع، فثبت له الشفعة عند علمه كالحاضر، إذا كتم عنه البيع، ويندفع ضرر المشتري المشفوع عليه بدفع القيمة له.

رابعاً — إسقاط بعض الشفعاء حقه:

قال الحنفية^(٣): إذ أسقط بعض الشفعاء حقه:

-
- (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، كشاف القناع: ١٦٤/٤، المحلى: ١١٥/٩، م ١٥٩٨، الشرح الصغير: ٣/٦٤٤.
(٣) الدر المختار: ١٥٦/٥، تبين الحقائق: ٢٤١/٥، م ١٠٤٣ مجلة.

أ - فإن كان قبل أن يقضى لهم، فلمن بقي أخذ كل المشفوع فيه، لزوال المزاحمة.

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^(١): 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، لئلا تتبع بعض الصفقة على المشتري. قال ابن المنذر: أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم هذا؛ لأن في أخذ البعض إضراراً بالمشتري بتبعض الصفقة عليه، والضرر لا يزال بالضرر.

المبحث الرابع - أحكام الشفعة:

أولاً - طريق التملك بالشفعة:

قال الحنفية^(٢): 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 تبتنى عليه.

(١) الشرح الكبير: ٤٩٠/٣، مغني المحتاج: ٣٠٦/٢، كشاف القناع: ١٦٤/٤، المغني: ٥/٣٣٨.

(٢) البدائع: ٢٣/٥ وما بعدها، تكملة الفتوح: ٤١٧/٧، تبيين الحقائق: ٢٤٢/٥، ٢٥٤، الدر المختار: ١٥٤/٥، الباب: ٢/١٠٧، ١١٤، م ١٠٣٦، ١٠٣٨ مجلة.

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 طريقين: إما بتسليم المشتري المبيع للشفيع بالتراضي، وإما بقضاء القاضي أي بحكم الحاكم من غير أخذ؛ لأن الملك للمشتري قد تم 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 بجنبها في هذه الحالة لا يستحقها بالشفعة لعدم ملكه فيها.

والتملك بأحد هذين الطريقين متفق عليه بين المذاهب^(١)، لكن قال المالكية: تملك الشفعة بأحد أمور ثلاثة: بحكم من حاكم، أو دفع ثمن للمشتري، أو إشهاد 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 بخيار الرؤية وخيار العيب^(٢)، كما هو مقرر في كل عقد بيع.

(١) الشرح الصغير: ٣/٦٤٠، ٦٤٧، مغني المحتاج: ٢/٣٠٠، كشاف القناع: ٤/١٧٧،

المغني: ٥/٣٤٦ وما بعدها، الشرح الكبير: ٣/٤٨٧.

(٢) البدائع: ٥/٢٤، م ١٠٣٧ مجلة، تبين الحقائق: ٥/٢٤٦ وما بعدها.

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^(١).

ثانياً — ما يلزم الشفيع دفعه أو ما يؤخذ به المشفوع:

(١)- 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 للشفيع ولاية التملك على المشتري بمثل ما يملك به^(٢) قدراً وجنساً، لحديث جابر «فهو أحق به بالثمن»^(٣)، كما يلزم بما أنفقه المشتري كأجرة دلال وكاتب ورسوم، فإن كان الثمن مثلياً كالمكيل والموزون، أخذ الشفيع بقيمته (أي قيمة الثمن)؛ 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 من التصرف فيه، فالتحق بغير المثلي.

(١) البدائع: ٢٧/٥ وما بعدها.

(٢) تكملة الفتح: ٤٢٧/٧، تبين الحقائق: ٥/٢٤٩، الباب: ١١٤/٢-١١٥، الشرح الصغير:

٣/٦٣٥، ٦٣٧، مغني المحتاج: ٣٠١/٢، المهذب: ٣٧٨/٢ وما بعدها، المغني: ٥/

٣٢٢، كشاف القناع: ١٧٧/٤، بداية المجتهد: ٢/٢٥٦.

(٣) رواه أبو إسحاق الجوزجاني في المترجم.

وتحسب قيمة الشيء المبيع يوم البيع، لا يوم الأخذ بالشفعة، باتفاق الفقهاء، لأنه وقت إثبات العوض، واستحقاق الشفعة.

وقال الحنابلة^(١): لا شفعة فيما اشتراه الذمي بخمر أو خنزير، لأنهما ليسا بمال.

(٢) - الحط من الثمن أو الزيادة عليه:

قال الحنفية^(٢): 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^(٣): لو حط بعض الثمن عن المشتري أو زيد قبل لزوم العقد أي في مدة الخيار، انحط عن الشفيع مقدار النقص، ويلزم بالزيادة؛ لأن حق

(١) كشف القناع: ١٥٢/٤.

(٢) المبسوط: ١٠٧/١٤، الكتاب مع اللباب: ١١٥/٢ وما بعدها، تكملة الفتح: ٤٢٧/٧، تبين الحقائق: ٢٤٨/٥ وما بعدها، البدائع: ٢٧/٥.

(٣) نهاية المحتاج: ١٤٩/٤، المغني: ٣٢٢/٥، كشف القناع: ١٧٧/٤.

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 مبتدأ جديد، ولا يثبت ذلك في حق الشفيع، والزيادة بعد مدة الخيار هبة، تطبق عليها شروط الهبة.

(٣)- 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 الحصّة) 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 تحويل 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 كالزيادة، 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) المبسوط: ١٠٣/١٤، البدائع: ٢٤/٥، ٢٧، تكملة الفتح: ٤٢٨/٧، تبين الحقائق: ٥/

٢٤٩، نهاية المحتاج: ١٥٠/٤، مغني المحتاج: ٣٠١/٢، الإفصاح لابن هبيرة: ص ٢٧٧.

(٢) الشرح الصغير: ٦٣٧/٢، بداية المجتهد: ٢٥٦/٢، المغني: ٣٢٣/٥، كشف القناع: ٤/

٤- 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 مملكاً 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 آخذ 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 يخشاه 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 ليس له أن يقضي، بل هو إشارة إلى نوع احتياط، ولهذا لو قضى جاز، ونفذ قضاؤه، نص عليه محمد.

(١) المبسوط: ١١٩/١٤، تبين الحقائق: ٢٤٥/٥، تكملة الفتح: ٤٢٢/٧، اللباب: ١١٢/٢، البدائع: ٢٤/٥ وما بعدها، مغني المحتاج: ٣٠٠/٢، الشرح الصغير: ٦٤٧-٦٤٩، كشف القناع: ١٧٧/٤.

(٥) - استحقاق المشفوع فيه:

إذا استحق المشفوع فيه فمن الذي يتحمل العهدة و ضمان 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.

(٦) - 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؟

يرى جمهور الفقهاء (في المذاهب الأربعة وغيرها)^(٣): أن الشفيع والمشتري إذا

(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.

(٣) البدائع: ٣٠-٣٢/٥، تكملة الفتح: ٤٢٤/٧، اللباب مع الكتاب: ١١٥/٢، بداية المجتهد: ٢٦١/٢، الشرح الصغير: ٦٥٦/٣، مغني المحتاج: ٣٠٤/٢، المغني: ٥/٣٢٨، ٣٢٣.

اختلفا في قدر الثمن، فقال المشتري: اشتريته بمئة، وقال الشفيع: بل بخمسين، فالقول قول المشتري بيمينه؛ 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 الحصاة يوم البيع، كما لو نكلا معاً عن حلف اليمين.

وأضاف الحنفية^(١) أن القول قول المشتري إذا اختلف مع الشفيع في جنس الثمن أو في صفته، مثال الأول: أن يقول المشتري: اشترت بمئة 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: اشترت بثمن معجل، وقال الشفيع: لا، بل اشتريته بثمن مؤجل، فالقول قول المشتري؛ لأن الحلول في الثمن أصل، والأجل عارض، والمشتري يتمسك بالأصل، فيكون القول قوله بيمينه، ولأن العاقد أعرف بصفة الثمن 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.

(١) البدائع: ٣٠/٥ - ٣٢.

٢ - أن يكون العقد عقد معاوضة وهو البيع وما في معناه.

٣ - أن يكون العقد صحيحاً.

٤ - أن يكون الشفيع مالكاً 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 ذكر في بحث الشفيع، كما اشترطوا أن يكون المبيع شقصاً (جزءاً) مشاعاً مع شريك قابلاً لقسمة الإجماع، وقد ذكر 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، لأن الكلام 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، فمحل 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 انقضائه، سواء أكان الخيار لكل من البائع والمشتري، أم لأحدهما، فوجود الخيار للمشتري يمنع الشفعة؛ لأن الأخذ بالشفعة يلزم المشتري بالعقد بغير رضاه، ويوجب العهدة^(٣) 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: «إن باعه، ولم يؤذنه، فهو أحق به». وفي الهبة بعوض تجب الشفعة عند الحنفية إن تقابضا، لوجود معنى المعاوضة، عند التقابض؛ لأن الهبة لا تثبت

(١) البدائع: ١٣/٥، الهداية مع تكملة الفتح: ٤٣٨/٧، تبين الحقائق: ٥/٢٥٣ 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: ٤/١٨١.

(٣) المراد بالعهد هنا: رجوع من انتقل الملك إليه من شفيح أو مشتر على من انتقل عنه الملك من بائع أو مشتر بالثمن أو الأرش عند استحقاق الشقص (الحصة من المبيع) أو عيبه (كشاف القناع: ٤/١٨٢).

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 ابتداءً، معاوضة انتهاءً، وبناء عليه: يشترط ألا يكون الموهوب ولا عوضه شائعاً، لأنه هبة ابتداءً. وعند زفر: تقع معاوضة ابتداءً وانتهاءً. 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.

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 ملك (أي بالثمن والتكاليف التي دفعها). وهذه التصرفات تؤدي إلى نقل الملكية بغير عوض أي بالمجان، فلا يتأتى تحقق شرط الشارع في تملك الشفعة وهو البيع بمعاوضة 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 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

(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: ٢/٢٥٥ وما بعدها، القوانين الفقهية: ص ٢٨٧، الشرح الصغير: ٦٣٣/٣ وما بعدها، مغني المحتاج: ٢٩٨/٢، المهذب: ٣٧٦/١ وما بعدها، المغني: ٢٩١/٥، كشاف القناع: ١٥٢/٤.

(٢) تبين الحقائق: ٢٢٩/٥، ٢٥٢-٢٥٣، المغني: ٢٩٢/٥.

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 (أي 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 تقايلا (فسخا) البيع، فللشفيع الشفعة؛ لأن الرد فسخ في حق الطرفين، وبيع 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، فتثبت 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 الأعيان 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 شراء 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.

(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: ١٣/٥، تبين الحقائق: ٢٥٤/٥، اللباب: ١١٤/٢، الشرح الصغير: ٦٤٠/٣،

مغني المحتاج: ٢٩٨/٢، المغني: ٢٩١/٥.

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^(١) 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 هو.

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 ظهر 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^(٢): 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.

(١) البدائع، والشرح الصغير، المكان السابق.

(٢) البدائع: ١٤/٥، تكلمة الفتح: ٤٤٦/٧، الكتاب مع اللباب: ١١٣/٢، الدر المختار ورد المختار: ١٥٧/٥، ١٧٠.

وقال جمهور الفقهاء (غير الحنفية)^(١): يشترط ثبوت ملك الشفيع وقت البيع فقط، ولا يشترط استمرار الملك إلى وقت القضاء بالشفعة. وعليه نص الشافعية فقالوا: لو باع الشفيع 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 لا شفعة 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^(٢)، كما تثبت في بيع الأراضي العشرية والخراجية لأنها مملوكة، بخلاف الأراضي السلطانية، فإنه لا شفعة فيها.

وأجاز المالكية^(٣) لا 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 باعته، كان للسلطان الأخذ من المشتري لبيت المال.

(١) بداية المجتهد: ٢/٢٦٠، القوانين الفقهية: ص ٢٨٧، مغني المحتاج: ٢/٢٩٨، ٣٠٣، ٣٠٨ وما بعدها، نهاية المحتاج: ٤/٣٠٨، المهذب: ١/٣٨٣، المغني: ٥/٣١٧، ٣٤٦، غاية المنتهى: ٢/٢٦٣، كشاف القناع: ٤/١٥٣، ١٥٨، ١٧٦، الشرح الصغير للدردير: ٣/٦٤٥، الشرح الكبير: ٣/٤٧٤، ٤٨٧.

(٢) يرى أبو حنيفة أن الوقف لا يلزم ويزول ملك الواقف عنه إلا إذا حكم به الحاكم، أو علقه الواقف بموته (الهداية: ٣/١٠).

(٣) الشرح الصغير: ٣/٦٣٢، الشرح الكبير: ٣/٤٧٤.

ب - ويتفرع على الخلاف السابق بين الفقهاء في شرط استمرار ملك المشفوع به: إرث حق الشفعة.

قال 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 مالكاً 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، دفعاً لضرر الدخيل عن نفسه.

ومنشأ الخلاف في هذه المسألة كالخلاف في إرث خيار الشرط: هو هل تورث الحقوق كما تورث الأموال؟ عند 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، فيخير 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: ١٤/١٠٥، ١١١، الدر المختار ورد المحتار: ٥/١٧٣، اللباب: ١١٨/٢، الشرح الصغير: ٣/٦٤٣ وما بعدها، نهاية المحتاج: ٤/١٥٩، المهذب: ١/٣٧٩، مغني المحتاج: ٢/٣٠٨، المغني: ٥/٣٠٢، 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 و أكثر أو كل المبيع، فسلم الشفعة أي أعرض عنها، ثم تبين الحقيقة 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 الثلاث 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 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 للمشفوع 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).

(١) الهداية مع تكملة الفتح: ٤٥٠/٧، الدر المختار ورد المحتار: ١٧٣/٥، اللباب: ١١٨/٢.

والخلاصة: أن المقرر عند الحنفية ومثلهم الشافعية: أنه يجوز الاحتياي لإسقاط الشفعة، كأن يقر له ببعض الملك ثم يبيعه الباقي.

أما الحنابلة والمالكية: فقد حرموا صراحة الاحتياي لإسقاط الشفعة، وإن فعل لم تسقط؛ لأنها شرعت لدفع الضرر، فلو سقطت بالتحيل لترتب الضرر^(١).

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. قال الحنفية: يلزم في الشفعة طلبات ثلاثة: هي طلب المواثبة، وطلب التقرير والإشهاد، وطلب الخصومة والتملك^(٢). ويحسن قبل الكلام عن هذه الإجراءات بيان اختلاف الفقهاء حول وقت وجوب الشفعة.

وقت وجوب الشفعة:

اشتراط الحنفية طلب الشفعة فور العلم بالبيع؛ لأنها حق ضعيف، فيتقوى بالطلب الفوري بحسب 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^(٣).

واشترط الشافعية على الأظهر^(٤): المبادرة إلى طلب الشفعة على الفور، أي

(١) المغني: ٣٢٦/٥ وما بعدها، كشاف القناع: ١٤٩/٤ وما بعدها، الإفصاح: ص ٢٧٦.

(٢) 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.

(٣) الشرح الكبير: ٤٨٧/٣ وما بعدها، الشرح الصغير: ٦٣٩/٣، ٦٤٥، بداية المجتهد: ٢/٢٥٩.

(٤) المهذب: ٣٨٠/١، مغني المحتاج: ٣٠٧/٢، حاشية الباجوري: ١٩/٢، المحلي على المنهاج مع حاشية قليوبي وعميرة: ٥٠/٣.

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 طلب الشفعة رجلين عدلين أو عدلاً وامرأتين. فإن ترك الشفيع المقدر عليه من التوكيل والإشهاد، بطل حقه في الأظهر.

والحنابلة كالشافعية قالوا^(١): 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»^(٢)، 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 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.

(١) كشاف القناع: ١٥٦/٤، المغني: ٢٩٩/٥، ٣٠٦ وما بعدها.

(٢) ويروى «كنشطة العقال» رواه ابن ماجه، والبخاري وابن عدي من حديث ابن عمر، وهو ضعيف (نصب الراية: ١٧٦/٤ وما بعدها).

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 أو أنا 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، لمخافة 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 ما دام الشفيع في مجلس العلم بالبيع، مهما امتد.

والأظهر عند الشافعية كما تقدم أن هذا الطلب على الفور.

وكذلك قال الحنابلة: الشفعة بالمواثبة ساعة العلم بالبيع أي على الفور.

وأما المالكية: فوقت الطلب عندهم كما تبين على التراخي، لمدة سنة، على أشهر أقوال مالك.

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^(٣).

ويشترط في هذا الطلب: أن يكون على فور الطلب الأول، والإشهاد عليه، بأن

(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).

(٣) البدائع: ١٨/٥-١٩، تكملة الفتح: ٤١٩/٧ وما بعدها، الدر المختار ورد المحتار: ٥/١٥٨، تبين الحقائق: ٢٤٣/٥ وما بعدها، اللباب: ١٠٨/٢-١٠٩، م (١٠٢٠) مجلة.

يشهد الشفيع على رغبته بالشفعة رجلين أو رجل وامرأتين، ومدة هذا الطلب ليست على فور المجلس في الأكثر، بل هي مقدرة بمدة التمكن من الإشهاد.

والإشهاد يكون على البائع إن كان المبيع في يده، أو على المشتري، وإن لم يكن قد تسلم المبيع؛ لأنه مالك؛ وأ عند العقار 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 وعليه الفتوى؛ لأن الحق متى ثبت واستقر لا يسقط إلا بالإسقاط.

وقال محمد: إن تركها شهراً بعد الإشهاد من غير عذر، بطلت شفيعته، لثلا 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 الشفعة 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 بالشفعة.

٣- طلب الخصومة والتملك: وهو أن يقدم الشفيع طلباً للقضاء يطلب فيه الحكم

بالشفعة وتسليم المبيع، بأن يقول: اشترى فلان دار كذا، وأنا شفيعتها 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 الشفعة، سقط حقه في الشفعة. 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 حق شفيعته (م ١٠٣٣) مجلة.

ولو أصر 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. وطلب الولي حق شفعة الصغير ونحوه من المحجورين، فاعلاً ما يراه المصلحة للصغير في الأخذ بها، مثل كون ثمن المبيع رخيصاً أو بثمان 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 ما فيه الحظ

(١) الدر المختار: ١٥٨/٥ وما بعدها.

(٢) البدائع: ١٨/٥، م (١٠٣٢) مجلة.

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).

نظر القاضي في طلب الشفعة وإثبات الدعاوى:

إذا تقدم الشفيع ليأخذ بالشفعة، وادعى شراء الدار المشفوعة، سأل القاضي^(٢) 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، استحلف - بطلب الشفيع - المشتري، بالله ما يعلم أن الشفيع مالك لما ذكره، مما يشفع به.

فإن نكل المشتري عن اليمين، أو قامت بينة للشفيع، ثبت ملكه الدار التي يشفع بها، وثبت له حق الشفعة.

(١) تكملة الفتح: ٤٣٦/٧، ٤٥١، تبين الحقائق: ٢٦٣/٥، م (١٠٣٥) مجلة، الشرح الصغير: ٦٤٥/٣، الشرح الكبير: ٤٨٦/٣، المغني: ٣١٣-٣١٤، كشاف القناع: ١٦١/٤ وما بعدها.

(٢) الدر المختار ورد المختار: ١٥٩/٥، تكملة الفتح: ٧/٤٢١، اللباب: ١١١/٢، تبين الحقائق: ٢٤٤/٥ وما بعدها.

ثم يسأل القاضي المدعى عليه أيضاً: هل اشترى (ابتاع) الدار المشفوعة، أو لا؟ فإن أقر فيها، وإن أنكر الابتاع، قيل للشفيع: أقم البينة على شرائه؛ لأن الشفعة لا تثبت إلا بعد ثبوت البيع بالحجة.

فإن عجز عنها، استحلف المشتري بالله، ما ابتاع هذه الدار، أو بالله، ما يستحق عليّ في هذه الدار شفعة، من الوجه الذي ذكره الشفيع.

فإن نكل المشتري عن اليمين، أو أقر بالشراء، أو برهن الشفيع على ما يدعي، 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 الحزم 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:

(١) هذا محمول على ما إذا قال الشفيع: علمت أمس بالبيع، وطلبت الشفعة، فيكلف إقامة البينة، فإن عجز قبلت يمين المشتري. أما لو قال الشفيع: طلبت حين علمت، فالقول قوله بيمينه (رد المختار: ١٥٨/٥، ١٦٠).

(٢) الدر المختار: ١٦٠/٥.

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.

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 بهبة 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، بسبب زوال 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 بالشفيع المشتري (الحصة المبيعة) فإن أخذه الشفيع قبل القبول بطلت الوصية،

(١) المبسوط: ١٠٨/١٤ وما بعدها، الدرا لمختار: ١٦٤/٥، الشرح الصغير: ٦٥٢/٣،

القوانين الفقهية: ص ٢٨٧، الشرح الكبير: ٤٩٣/٣، مغني المحتاج: ٣٠٣/٢ وما بعدها،

المهذب: ٣٨٢/١، كشاف القناع: ١٦٩/٤ وما بعدها.

واستقر الأخذ للشفيع، لسبق حقه على حق الموصى له، والوصية قبل القبول بعد الموت جائزة، لا لازمة.

ثانياً — نماء المشفوع فيه وزيادته:

قد يحدث نمو طبيعي في العقار المشفوع فيه، وقد يحدث المشتري فيه زيادة بالبناء أو الغراس، قبل الحكم بالشفعة لصاحبها، فمن الأحق بذلك، الشفيع أم المشتري، وإذا كان المستحق هو المشتري، فهل يعرض عن حقه، وما التعويض؟

١- النماء الطبيعي:

إذا نما المبيع في يد المشتري، كأن أثمر الشجر في يده بعد الشراء: قال الحنفية^(١): القياس ألا يكون للشفيع، لأنه نما على ملك المشتري وبعلمه. والاستحسان أنه للشفيع؛ لأن الثمر متصل خلقه 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) بالضمان.

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.

ب - وإذا كان نماء منفصلاً، كالثمرة الظاهرة، والطلع المؤبر، والغلة والأجرة،

(١) تبين الحقائق: ٢٥١/٥، تكملة الفتح: ٤٣٤/٧، الكتاب مع اللباب: ١١٩/٢، الدر المختار ورد المحتار: ١٦٤/٥-١٦٥.

(٢) الشرح الصغير: ٦٥٤/٣.

(٣) المهذب: ٣٨٢/١، المغني: ٣١٩/٥ وما بعدها، كشف القناع: ١٧٤/٤.

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: فالشفيع الأخذ بالشفعة أيضاً، لكن الفقهاء اختلفوا فيما يجب عليه من دفع قيمة البناء والغراس.

قال 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 الأنقاض للمشتري، لا للشفيع، لزوال التبعية بالانفصال.

وإن شاء أخذ الأرض بالثمن الذي دفعه المشتري، على أن يدفع قيمة البناء والغرس مقلوعاً أي مستحق القلع أنقاضاً.

(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: ٤/١٥٤، مغني المحتاج: ٣٠٤/٢، كشاف القناع: ٤/١٧٤.

(٣) البدائع: ٢٩/٥، تبين الحقائق: ٢٥٠/٥، المبسوط: ١١٤/١٤، الدر المختار: ١٦٤/٥، اللباب: ١١٨/٢ وما بعدها.

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، فالشفيح 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 بوجود 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: للشفيح 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.

قال الحنفية^(٢): 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 للشفيح، سقط من الثمن قيمة هذه الثمار

(١) بداية المجتهد: ٢/٢٦٠، نهاية المحتاج، ومغني المحتاج: المكان السابق، المغني: ٥/٣١٧ وما بعدها، كشاف القناع: ٤/١٧٥.

(٢) المبسوط: ١٤/١١٥، تبين الحقائق: ٥/٢٥١ وما بعدها، الدرالمختار ورد المختار: ٥/١٦٤ وما بعدها، تكملة الفتح: ٧/٤٣٤، اللباب: ٢/١١٩، الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي لأستاذنا المرحوم الدكتور محمد يوسف موسى: ص ٢٣٦ وما بعدها.

والآلات، سواء أكان النقص بفعل المشتري؛ لأنها مقصودة بالبيع، وقد أخذها المشتري، أم كان الهلاك بآفة سماوية؛ لأنها كانت بعض المعقود عليه، ودخلت في البيع مقصودة، فيقابلها حصتها من الثمن.

ب - وإن كان النقص جزءاً متصلاً بالأرض، مثل يبس الشجر أو جفافه، وانهدام البناء، واحتراقه، ونقضه، ثم قضي للشفيع بالشفعة، فإن كان ذلك بصنع 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، فيقابل به شيء من الثمن. وتكون الأنقاض حينئذ للمشتري.

وأما إن حدث ذلك بلا تعد من أحد، وإنما بآفة 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 يقابلهما شيء من الثمن؛ لأن الأصل أن الثمن يقابل الأصل لا الوصف.

وأما مصير الأنقاض من أحجار وأخشاب: فإن لم يبق منها شيء، فلا إشكال. وإن بقي منها شيء، وأخذ المشتري لانفصاله من الأرض وعدم تبعيته لها، سقطت حصته من الثمن، بقيمته 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.

ج - 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 توسعه.

فإن كان النقص بسبب من المشتري، كأن هدم لا لمصلحة، 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. 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 كنقضه 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 أوجز الكلام 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

(١) الشرح الصغير: ٦٥٤/٣، الشرح الكبير: ٤٩٤/٣.

(٢) المغني: ٣٢٠/٥.

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 وضمناء؛ لأن الشفعة حق ضعيف يسقط بأوهى الأسباب، وذلك في المذاهب الأربعة^(٢).

أما تسليم الشفعة صراحة: فمثل أن يقول الشفيع: لا أرغب فيها، أو لا أريدها، أو أسقطتها أو أبطلتها، أو أبرأتك منها أو عفوت عنها أو سلمتها، ونحوها على أن يكون تسليمها بعد البيع وقبل الحكم بها؛ لأنه لا حق 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 الموائبة 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 إعراضه عن الأخذ بالشفعة.

ومثل أن يكون الشفيع وكيلاً عن البائع فيما باعه؛ لأنه يسعى في نقض ما تم من جهته. أما إذا كان الشفيع وكيل المشتري فيما ابتاع أي اشترى لموكله، فله الشفعة،

(١) الهداية مع تكملة الفتح: ٤٤٦/٧، تبين الحقائق: ٢٥٨/٥، الدر المختار: ١٧٠/٥، الكتاب مع اللباب: ١١٣/٢، المهذب: ٣٨١/١، كشاف القناع: ١٦٩/٤، المحلى: ٩/١١٦، م ١٦٠١، الشرح الصغير: ٦٤٢/٣.

(٢) 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: ٢/١١٢-١١٣، الشرح الصغير: ٦٤٢/٣، ٦٤٥، المهذب: ٣٨٠/١، مغني المحتاج: ٢/٣٠٦، المغني: ٣٤٩/٥ وما بعدها، بداية المجتهد: ٢٥٩/٢، القوانين الفقهية: ص ٢٨٦.

لأنه لا ينتقض شراؤه بالأخذ بها (أي الشفعة)؛ لأنها مثل الشراء. وهذا التفصيل عند الحنفية، وبعض الحنابلة وبعض الشافعية.

وقال الشافعية والحنابلة في الأرجح^(١): إذا وكل الشفيع في البيع، لم تسقط شفעתه بالتوكيل، سواء أكان وكيل البائع أم وكيل المشتري، لأنه وكيل فلا تسقط شفעתه كالآخر. أما التهمة فلا تؤثر؛ لأن الموكل وكله مع علمه بثبوت شفעתه 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)^(٢): تسليم الأب والوصي الشفعة على الصغير جائز، فيسقط حقه فيها حينئذ؛ 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^(٣): 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^(٤): ليس للولي إسقاط شفعة الصغير، سواء لمصلحة أو لغير مصلحة، ويظل الصغير على شفעתه متى بلغ؛ لأن هذا حق ثابت للصغير،

(١) المغني: ٣٥١/٥.

(٢) تبين الحقائق: ٢٦٣/٥، تكملة الفتوح: ٤٥١/٧، م (١٠٣٥) مجلة.

(٣) الشرح الكبير: ٤٨٦/٣، الشرح الصغير: ٦٤٥/٣.

(٤) المغني: ٣١٣/٥، كشاف القناع: ١٦١/٤ وما بعدها.

فلا يملك الولي إبطاله، كالتنازل عن ديته، وقَوْدَه (حقه في القصاص) ولأنه شرع لدفع الضرر، فكان إبطاله إضراراً به.

ويجري هذا الخلاف عند الحنفية في تسليم الوكيل طلب الشفعة عن موكله. عند 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 صلح 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 سلّم 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 تقديري هو الأحق بالاتباع.

(١) البدائع: ٢٠/٥، تكملة الفتح: ٤٤٣/٧، تبين الحقائق: ٢٥٧/٥، الكتاب مع اللباب: ٢/

١١٣، الدر المختار: ١٦٩/٥.

(٢) تبين الحقائق: ٢٥٨/٥، الهداية مع التكملة: ٤٤٧/٧، اللباب: ١١٣/٢.

وقال الشافعية والحنابلة^(١): لا تسقط الشفعة إن ضمن الشفيع العهدة (المطالبة بالثمن عند استحقاق المبيع أو عيبه) للمشتري، أو شرط له الخيار، فاختر إمضاء العقد، لم تسقط شفيعته؛ لأن المسقط لها هو الرضا بتركها بعد وجوبها بالمبيع، وهذا لم يوجد، فإنه سبب سَبَق 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 لو 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) مجلة.

٥- وفاة الشفيع:

تسقط الشفعة عند الحنفية^(٤) بوفاة الشفيع، سواء بعد الطلب (أي طلبي المواثبة

(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: ٩/١١٨، م ١٦٠٤.

(٣) المهذب: المكان السابق، البدائع: ٥/٥ وما بعدها، الدر المختار: ١٧٣/٥.

(٤) الدر المختار: ١٧٠/٥، تكملة الفتح: ٤٤٦/٧، تبين الحقائق: ٢٥٧/٥، اللباب: ٢/

١١٣، البدائع: ٢٢/٥، م (١٠٣٨) مجلة.

والتقرير) 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 شفيعته^(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 موروثه 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 من الطلب وإلا سقط حق الشفيع نفسه فيكون مذهبهم كالحنابلة^(٤).

(١) المحلى: ١١٧/٩، م ١٦٠٣، المغني: ٣٤٦/٥، 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: ٢/٢٦٠، القوانين الفقهية: ص ٢٨٧، المهذب: ٣٨٣/١، نهاية المحتاج: ١٥٨/٤.

(٤) أما المالكية فقد أثبتوا للشفيع حق الأخذ بالشفعة مدة سنة، فإذا مات قبل الطلب فيورث عنه هذا الحق، ما لم يكن الحاكم قد أسقط شفيعته إذا لم يحدد رغبته إما بالأخذ أو بالترك، بناء على طلب المشتري.

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 الكلام في مسقطات الشفعة يتبين لنا الحقائق التالية^(١):

- 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) الأموال ونظرية العقد للمرحوم موسى: ص ٢٣٨.