المنهل
ALMANHAL

نبع المعرفه
THE SOURCE OF
KNOWLEDGE



Actual dissertation cover is not available غلاف الرسالة غير متوفر

جامعة العلوم الإسلامية العالمية

كلية الدراسات العليا

قسم الفقه وأصوله



(كتاب الشفعة والقسمة والهبة والإجارة والعارية والوديعة)

من كتاب

« كمال الدراية في شرح النقاية »

للإمام تقي الدين أحمد بن محمد بن محمد، المشهور بالشُمُنيّ

«دراسة وتحقيق»

(Chapter of Pre-emption, Divisible, Donation, Ijara, Deposit, And the bare)

From the book

(Kamal El-Derayeh Sherh El-Nukayeh)

By the Imam Taqi El-Deen Ahmad bin Muhammad bin Muhammad famously known as the El-Shumunniy

«Text Studying And Editing »

إعداد

حاتم أكرم خليل الشمري

إشراف الدكتور

صلاح محمد أبو الحاج

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في الفقه وأصوله

جامعة العلوم الإسلامية العالمية

2013/5/5م

جامعة العلوم الإسلامية العالمية

كلية الدراسات العليا

قسم الفقه وأصوله

(كتاب الشفعة والقسمة والهبة والإجارة والعارية والوديعة)

من كتاب

« كمال الدراية في شرح النقاية »

للإمام تقي الدين أحمد بن محمد بن محمد، المشهور بالشُمُنيّ

«دراسة وتحقيق»

إعداد

حاتم أكرم خليل الشمري

إشراف الدكتور

صلاح محمد أبو الحاج

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في الفقه وأصوله

جامعة العلوم الإسلامية العالمية

2013/5/5م

(كتاب الشفعة والقسمة والهبة والإجارة والعارية والوديعة)

من كتاب

« كمال الدراية في شرح النقاية »

للإمام تقي الدين أحمد بن محمد بن محمد، المشهور بالشُمُنيّ

«دراسة وتحقيق»

(Chapter of Pre-emption, Divisible, Donation, Ijara, Deposit, And the bare)
From the book
(Kamal El-Derayeh Sherh El-Nukayeh)
By the Imam Taqi El-Deen Ahmad bin Muhammad bin Muhammad
famously known as the El-Shumunniy
«Text Studying And Editing »

إعداد
حاتم أكرم خليل الشمري

إشراف الدكتور
صلاح محمد أبو الحاج

نوقشت هذه الدراسة، وأجيزت بتاريخ (5 / 5/ 2013م)

أعضاء لجنة المناقشة	الرتبة الاكادمية	الجامعة	التوقيع
الدكتور: صلاح محمد أبو الحاج (رئيسا)	أستاذ	جامعة العلوم الاسلامية العالمية	
الدكتور: محمود توفيق لعواطلي(عضوا)	أستاذ مشارك	جامعة العلوم الاسلامية العالمية	
الدكتور: أحمد عبد الـلـه العوضي (عضوا)	أستاذ	جامعة مؤتة	



The WorldIslamic Science&Education University (wise)

Faculty of Graduate Studies

Dept of Principles of Figh

(Chapter of Pre-emption, Divisible, Donation, Ijara, Deposit, And the bare)
From the book
(Kamal El-Derayeh Sherh El-Nukayeh)
By the Imam Taqi El-Deen Ahmad bin Muhammad bin Muhammad famously known as the El-Shumunniy
«Text Studying And Editing »

Prepared by
Hatem Akram Khaleel Al-Shammari

Supervised by
Dr. Salah Mohammed Abu Al Haj

"Thesis Submitted inPartial Fulfillment of the Requirementes for the Degree of Master Arts in Principles of Figh at The World Islamic Science and Education University"

The World Islamic Science and Education University Amman
5/5/2013

تفويض

انا الطالب: حاتم اكرم خليل الشمري، افوض جامعة العلوم الاسلامية العالمية، بتزويد المكتبات، والهيئات، والاشخاص، بنسخة من رسالتي عند طلبهم، وذلك حسب التعليمات النافذة في الجامعة.

الاسم: حاتم اكرم خليل الشمري

التوقيع:

الإهداء

إلى مقام النبيّ الهاشميّ المصطفى الامين حبيب ربّ العالمين والخلق أجمعين سيّدنا محمّد صلّى الـلـه عليه وسلم.

إلى روح وَالدِي رحمه الـلـه الذي أرسلني إلى عمّان للدّراسة ولم تتكحل عيناه بتخرجي

إلى أميّ الحنونة الغالية التي ما انفكت من بكائها عليّ شفقة وترحما لغربتي وفراقي.

إلى زوجتي العزيزة التي ما برحت من شدّ أزري، وحثّي على طلب العلم.

إلى أبنائي الذين أرجو ا الـلـه تعالى أن يجعلهم من العلماء العاملين والدّعاة النّاصحين.

إلى كلّ من يسعى إلى مرضاة ربه، وإقامة دينه.

إليهم أهدي ثمرة هذا الجهد المتواضع، سائلا المولى عزوجل أن ينفعني به في الدنيا، وأن ترُفع به درجتي في الآخرة، وان يكون صدقة جارية لأبي في قبره....

شكر وتقدير

الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على منْ لا نبـيّ بعده، وعلى آله وصحبه ومن تبعه، وبعد:

فلا يسعني بعد إكمال هذه الرّسالة إلا أَنْ أحمدَ اللـه تعالى، وأشكره عـلى عظـيم نعمتـه، وجليـل منّتـه، سـائله تعالى أن يبارك لي فيها، وأن يجعلها عوناً لي على طاعته ومحبته، وطريقاً إلى جنته ومغفرته.

وأوَل وأحقّ من أتوجّه إليه بالشّكر والتقدير بعد اللـه سبحانه وتعالى هما والديَّ الحبيبين، اللـذيّن حرصـا عـلى تربيتي وتوجيهي إلى تحصيل العلم النافع فجزاهما اللـه عني خير الجزاء.

والشكر موصول إلى رفيقة دربي وشقيقة روحي، التي جعلها اللـه سكناً لي، وجعلني سكناً لها، زوجتـي العزيـزة، التي شحذت همّتي، وبثّت روح الحماس في نفسي حتى أُتمّ هذه الرّسالة بفضل اللـه تعالى على صورتها النّهائية.

والشكر لشيخي الفاضل الذي منّ اللـه به عليّ لكي يشرف على رسالتي، فكان نعـم المعلـم الـذي منحنـي وقتـه وجهده، ولم يبخل عليّ بتوجيهه ورأيه السّديد، فضيلة الشيخ الدكتور المحقق: **(صلاح محمـد أبـو الحـاج)**، فأسـأل اللـه تعالى أن يحفظه، وأن يبارك في عمره وعلمه وأن يجزيه عني خير ما جزى معلماً عن تلميذه.

وكذلك لشيخي ومعلمي مفتي العراق الشيخ العلامة الفهامة النّحرير بقية عصره وفريـد أقرانـه الشـيخ الاسـتاذ الدكتور عبد الملك السعدي الذي استفدت من خبرته وعلمه وطريقته في التّحقيق، فله مني جزيل الشكر والعرفان؛ لمّا فتح علي بابه ووقته في تعليمي وتصويبي، أبقاه اللـه لنا علما ينير لنا به الدرب.

كما أشكر كلّ من أفادني في هذه الرسالة من أساتذة وزملاء وأخص منهم زميلتيّ في التحقيـق : الأخـت الفاضـلة: علمية كوجي التي أكملت الجزء الأوّل من الدّراسة والتّحقيق، والأخت الفاضلة : منى عبد الحليم خريشـات، التـي وفَـرت لنا المخطوطات فجزاهما اللـه عني خير الجزاء.

ولا أنسى ذلك الصّرح العظيم والطّود الشّامخ بأرض الرّباط، جامعة العلوم الاسلامية العالمية التي قدّمت ولا تزال تقدّم للعلم وطلبته، الشيء الكثير، فلها منّي جزيل الشّكر، وأسأل المولى عزوجل أن يبقيها صرحاً من صروح العلم والإيمـان، ومعقلاً من معاقل المعرفة والبيان. إنه ولي ذلك والقادر عليه، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام عـلى أشرف الأنبياء والمرسلين وآله وصحبه أجمعين.

فهرس المحتويات

الموضوع
قرار لجنة المناقشة
الواجهة باللغة الانكليزية
التفويض
فهرس المحتويات
الاهداء
الشكر والتّقدير
الملخص باللغة العربي
الملخص باللغة الانكليزية
المقدّمة
القسم الأوّل: قسم الدّراسة
المبحث الأوّل: الدّراسة عن الشّارح، تمهيد:
المطلب الأوّل: إسمه وكنيته ولقبه ومولده
المطلب الثاني:أسرته
المطلب الرابع: مذهبه
المطلب الخامس: مؤلّفاته
المطلب السادس: شيوخه
المطلب السابع: تلاميذه
المطلب الثامن: وفاته
المبحث الثّاني: الدّراسة عن الماتن تمهيد
المطلب الأوّل: اسمه
المطلب الثّاني: لقبه
المطلب الثالث: نسبه
المطلب الرابع: نشأته
المطلب الخامس: مكانة صدر الشريعة صاحب المتن عند العلماء
المطلب السادس: مؤلفاته

الموضوع
المطلب السابع: وفاته
المبحث الثّالث: الدّراسة عن كتاب كمال الدّراية في شرح النّقاية، تمهيد
المطلب الأوّل: عنوان الكتاب
المطلب الثّاني: الموضوعات الّتي اشتملت عليها ((كمال الدّراية في شرح النّقاية))
المطلب الثالث: أهميّة الكتاب
المطلب الرابع: منهج الشّارح في الكتاب وفي الجزء المحقق
المبحث الرّابع: الدّراسة عن كتاب ((النّقاية))
المطلب الأوّل: عنوان الكتاب
المطلب الثاني: شروح ((النّقاية))
المبحث الخامس: المنهج المتّبع في تحقيق الكتاب
المبحث السادس: وفيه مطلبان:
المطلب الأوّل: وصف النّسخ المعتمدة في تحقيق الكتاب
المطلب الثاني: صور المخطوطة
القسم الثّاني: قسم التّحقيق
كتاب الشفعة
فصل طلب الشفعة
فصل في مسائل الأختلاف
فصل إذا بنى المشتري فيها أو غرس
فصل ما تجب فيه الشفع وما لا تجب
فصل ما يبطل الشفعة
كتاب القسّمة
فصل في القاسم وأحواله
فصل فيما يقسم
فصل فيما لا يقسم
فصل في كيفية القسمة
فصل في دعوى الغلط

الموضوع
فصل المهايأة
كتاب الهبة
فصل في ألفاظ الهبة
فصل في ما تصح به الهبة
فصل الرجوع في الهبة
فصل موانع الرجوع في الهبة
فصل العمري
فصل الرّقبي
كتاب الإجارة
فصل الأجر متى يستحق
فصل طلب الأجرة
فصل ما يجوز من الإجارة
فصل ضمان الأجير
فصل في الإجارة الفاسدة
فصل الاستئجار على الطاعات
فصل ما لا يجوز فيه الاستئجار
فصل الأجير المشترك
فصل الأجير الخاص
فصل الإجارة على أحد الشرطين.
فصل فسخ الإجارة
كتاب العارية
فصل في الألفاظ التي تنعقد بها العارية
فصل في أحكام المعير والمستعير
كتاب الوديعة
أحكام الوديعة
فصل السفر بالوديعة

الموضوع
فصل في ضمان الوديعة
القسم الثالث: دراسة المسائل الفقهية المنتقاة من ثنايا الجزء المحقق
المبحث الأوّل: المسائل المقارنة مع المذاهب الاسلامية
المسألة الأوّلى: أسباب شفعة الشفيع
المسألة الثانية: هبة المشاع
المسألة الثالثة: حكم تفضيل الأب بعض أولاده في هبة
المسألة الرابعة: قسمة الدّور
المسألة الخامسة: شروط القُسّام وتعددهم
المبحث الثاني: المسائل المقارنة داخل المذهب الحنفي
المسألة الأولى: الاستئجار على فعل الطاعات
المسألة الثانية: طلب الخصومة والتّملك في الشفعة
المسألة الثالثة: في بيان كيفية القسمة في عرصة الدّار الواحدة
المسألة الرابعة: الإجارة على أحد الشرطين
المسألة الخامسة: حق استرداد طلب الشفعة
المسألة السادسة: التّكيّف الفقهي للمهايأة
المسألة السابعة: الاستئجار على المعاصي
الخاتمة
فهرت الآيات القرآنية
فهرست الأحاديث الشريفة

الملخص

(كتاب الشفعة والقسمة والهبة والإجارة والعارية والوديعة)

من كتاب

« كمال الدراية في شرح النقاية »

للإمام تقي الدين أحمد بن محمد بن محمد، المشهور بالشُمُنيّ

«دراسة وتحقيق»

إعداد

حاتم أكرم خليل الشمري

إشراف الدكتور

صلاح محمد أبو الحاج

2013/5/5م

عملت في هذه الرسالة على اظهار مخطوط من تلك المخطوطات التي اندثرت في رفوف المكتبات في شتى البقاع، وتوجيه همتي الى تحقيق هذا البجزء مساهمة مني في إحياء الكنوز العلمية لعلمائنا، ومحافظة عليها من الضياع، ورغبة في تسهيل اطلاع طلبة العلم على تراث اسلافهم، وخدمة للعلم وأهله.

حيث يعد كتاب ((كمال الدراية)) من الكتب المهمة، والمعتمدة في الفقه الحنفي، ويعتبر الامام الشمني، ذو مكانة رفيعة، وعالية في المذهب.

وجاء الامام في كتاب ((كمال الدراية)) بشرح لكتاب((النقاية مختصر الوقاية)) لصدر الشريعة الأصغرعبيد الله بن مسعود المحبوبي.

هذا وقد جعلت عملي في خدمة هذا الكتاب كالآتي:

القسم الاول: ةيشتمل على دراسة مختصرة حول المصنف، ودراسة متن المخطوط، من حيث عنوان الكتاب، وسبب تأليفه،ونسبة الكتاب الى مؤلفه، والموضوعات التي اشتمل عليها الكتـاب، وأهميـة الكتـاب، ونهج المؤلف في الكتاب، ومسامحاته، وبيان المصادر التي ذكرها الشارح في كتابـه، والدراسـة حـول الكتـاب المحقق، بوصف النسخ المعتمدة في تحقيق الكتاب، وإظهار صور من مخطوط ((كمال الدراية)).

القسم الثاني: فقد اشتمل على تحقيق ((كمال الدراية شرح النقاية))، وشـملت الدراسـة جـزء نـت فقه المعاملات في الابواب التالية (الشفعة، والقسمة، والهبة، والاجارة، والوديعة، والعارية)، وذلك بتصـحيح، وتوضيح الغامض من المسائل، والمصطلحات الفقهية، والكلمات اللغوية، وتخريج الاحاديث الشريفة.

القسم الثالث:البحث في خمسة مسائل ، أختلف فيها أئمة المذهب، والبحث أيضا في سبعة مسـائل فقها مقارنا، ثم إلحاق الفهارس بالتحقيق؛ لإتمام الفائدة، والنفع، وتسهيلا للقاريء.

والحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الـلـه.

Abstact

(Chapter of Pre-emption, Divisible, Donation, Ijara, Deposit, And the bare)

From the book

(Kamal El-Derayeh Sherh El-Nukayeh)

By the Imam Taqi El-Deen Ahmad bin Muhammad bin Muhammad famously known as the El-Shumunniy

« Text Studying And Editing»

Prepared by

Hatem Akram Khaleel Al-Shammari

Supervised by

Dr. Salah Mohammed Abu Al Haj

5/5/2013

In this study I have examined one the old manuscripts thathave been almost disappered from the library shives in various part of the world, I exerted my efforts to this studyin orderto revive the academic treasuries of our scholars to keeo them from getting lost, and to enable studens have access to the heritage of their ancestore, as well as to spread the knowledge and highlight the prominent position of our scholars.

(kamal Al Diraya) is one of the an important books adopted by the Hanafi docteine and Imam Al Shommani occupies a prominent position in the doctrine .

In the book(kamal Al Diraya), the Imam explained (Al-Niqaya Mukhtasar Al-Wiqaya) book by Sadr Al Sharia Al-Asghar Obaiduallah Bin Masoud Al-Mahbobi.

I divided the book as follows:

Section I: A brief study of the book category, study of the calligraphy in terms of the title of the book ,and the reason for writing it, and the relation of the book to its author, the topics included in the book, the importance of the b00k, the approasch of author and his permissions, and the

sources cited by the commentatore in his book, in addition to an analysis of the investigted book based on the sources of in vestigation, and pictures of Kamal Al Diraya manuscript.

Section II: I incuded an investigation of the text of ((Kamal El-Derayeh Sherh El-Nukayeh)).

The study included part of the jurisprudence of transaction regarding the following issues (Chapter of Pre-emption, Divisible, Donation, Ijara, Deposit, And the bare), the study was concerned with rectifying and clarifying the mysterious doctrinal issues and terminology while focusing on Prohet Sayings.

Section III: Discussed main fave issues disputed by Imams , this secion also made acomparative study between Seven jurisprudences.

Then the tables of contents were annexed to the investigation for the benefit of the reader.

Praise be to Allah who has guided us this and we would not have been guided unless the God has guided us.

507 Licence Hafiz Translation

المقدمـــــة

الحمد لله الذي له العزة والجبروت، وبيده الملك والملكوت، وله الأسماء الحسنى والنعوت، والصّلاة والسلام على سيدنا، ومولانا، وشفيعنا، وساقينا محمد النبي العربي، المكتوب في التوراة والإنجيل المنعوت، فصلوات ربي وسلامه عليه ما تعاقب الآحاد والسبوت، وعلى آله وأصحابه الذين لهم في صحبته واتباعه الأثر الموصول البعيد، والصّيت المبتوت، وبعد:

فإنَّ الفقه من أشرف العلوم قدرا، وأسماها فخرا، وأعظمها أجرا، وأعمّها فائدة، إذ به يعرف الحلال من الحرام، ويميّز بين الجائز والممنوع من الأحكام، ويطلع على أسرار الشّريعة ومقاصدها.

وإنَّ مما أنعم الله به على هذه الأمّة أنْ قيّض لها علماء أجلاء، وهبوا أنفسهم للعطاء، وأنفقوا أوقاتهم وأعمارهم لخدمة الدّين، والكشف عن جوانبه وعظمته، وحفظه من الضّياع، وبيان مسايرته لتطور النّاس عبر العصور، وأنه لا يضيق بهم وبحاجاتهم وبما يجد في أزمانهم، فألفوا الكتب، وقعدوا الأصول، وأوصلوا الفروع بالأصول كمسائل للمقلدين وحجّة للمستفتين، وأبرزوا أحكام الإسلام، واستنهضوا الهمم للكشف عن جوانب متطلبات الدنيا بالدِّين.

إلا أنَّ المتأمل لأحوال هؤلاء العلماء، وما ألفوه من كتب تحوي من الكنوز والدرر الشيء العظيم، لا يكاد يجد منها إلا الشيء القليل؛ ذلك أنَّ كثيرا منها ما زال مخطوطا يصعب الاستفادة منه، أو مطبوعا طبعة تجارية لا تعطي الكتاب حقه من العناية والاهتمام.

وقد أدرك العلماء منذ قرون بعيدة أهميّة تحقيق النّصوص وتصحيحها، وَعَلِموا أنّها مسؤوليّة عظمى تحتاج إلى جهد كبير، فقد قال الجاحظ:" ولربّما أراد مؤلّف الكتاب أن يصلح تصحيفاً أو كلمة ساقطة، فيكون إنشاء عشر ورقات من حر اللّفظ وشريف المعنى، أيسر عليه من إتمام ذلك النّقص حتّى يرده إلى موضعه من اتصال الكلام" [(1)].

لذا كان لزاما على طلاب العلم أنْ ينقّبوا عن هذه الكتب، ويزيلوا الغبار عنها، ويقدموها لأبناء الأمة بصورة تليق بهم لتعم بها الفائدة في الدنيا، وينالوا عليها ثواب الله في الآخرة.

ولقد كان من فضل الله تعالى على كاتب هذه السطور أَنْ يكون أحد طلاب الدراسات العليا بجامعة العلوم الإسلامية العالمية، كلية الشيخ نوح القضاة للشريعة والقانون، قسم الفقه وأصوله، ورغم معرفته - مسبقا - بعجزه وتقصيره، إلا أنَّ رجاءه بالله عظيم أنْ يكون من قوم لا يشقى جليسهم.

لذا فقد توكلت على الله الفتاح العليم، أنْ أطرق هذا الباب فألج في لجّه، فوقع فؤادي لأحد هذه الكنوز العظيمة، والكتب المفيدة في فقه الإمام الجليل أبي حنيفة النعمان - رحمه الله - وهو كتاب: " **كمال الدراية في شرح النقاية**".

ولأهمية هذا الكتاب، وضرورة إخراجه لطلاب العلم بصورة تليق به، لا سيما وأنه يعد شرحا مهما لمتن من متون السادة الحنفية- رحمهم الله - المعتمدة، والذي يقدم ما فيه على غيره عند المعارضة، إضافة إلى فضل مؤلفه، وعلو

---

(1) ينظر: الجاحظ، عمرو بن بحر بن محبوب الكناني(1424هـ)، الحيوان، ط2، ج1، ص55، دار الكتب العلمية، بيروت.

مكانته بين الفقهاء، ورغبة مني في الإسهام بجهد متواضع في هذا المجال، فقد وجدت الفرصة مناسبة في اختيار هذا الكتاب والمشاركة في تحقيقه، مستمدا العون والتوفيق من اللـه سبحانه وتعالى.

وقد تمّ تقسيم الكتاب إلى عدة أجزاء في التحقيق والدراسة، فتوليت منـه: ((**كتـاب الشـفعة، والقسـمة، والهبـة، والإجارة، والعارية، والوديعة**))، فأسأل اللـه تعالى أنْ يفتح علي فتوح العارفين.

مشكلة الدّراسة:

من المعروف لدى كلّ باحث أنّ المذهب الحنفيّ من أكثر المذاهب الإسلامية الّتي خدمت خدمة كبيرة من خلال كثرة المصنفات الّتي حوت شروحاً لمتون كثيرة في الأصول أو الفقه وما سواهما من العلوم.

ومن هذه المتون: متن «**النّقاية مختصر الوقاية**» الّذي خدم من خلال عدة شروح لما لـه مـن أهميّـة في المـذهب، ومـن تلك الشّروح «**كمال الدّراية في شرح النّقاية**» للإمام تقيّ الدّين أحمد بن محمد الشُمُني الّذي لم يظهر إلى النّاس ويعـم بـه النّفع في هذا العصر كما هو الحال في كثير من كتب الفقه الأخرى.

ومن خلال البحث والتّقصي وجدت أنّ هذا الشّرح لمتن «**النّقاية مختصر الوقاية**» للإمام تقيّ الـدّين أحمـد بـن محمّـد الشُمُني لم يقم أحد من الباحثين بتحقيقه تحقيقاً علمياً منهجياً، ونظراً لمـا يتضـمنه مـن بيـان واسـتدلال وتفريـع وتأصـيل وتوضيح لمسائل المتن رأيت أن أقوم بدراسة ((**كتاب الشفعة، والقسمة، والهبة، والإجارة، والعاريـة، والوديعـة**)) مـن هـذا المخطوط وتحقيقه.

أهمية الدّراسة ومبرراتها:

1. إثراء المكتبة الإسلامية من خلال تحقيق هذا الكتاب.
2. محاولة إخراج كتاب عظيم من كنوز التّراث الفقهي الإسلامي لِعَالِم كبير من علماء الحنفيّة، بصورة تتلاءم ومنهج البحث العلمي الحديث.
3. إظهار القواعد والفروع الفقهيّة بصورة أكثر وضوحاً وبياناً للأجيال المعاصرة واللّاحقة؛ لارتباطها بحياة النّاس مـن خلال ما بني عليها من أحكام فقهية.
4. بيان فضل علماء الأمة المتقدّمين وما قدّموه لنا من جهد يعظم الأمانة على اللّاحقين وأدائها بما يتناسب مع ذلـك الجهد.

أهداف الدّراسة:

1. تحقيق كتاب" كمال الدّراية في شرح النّقاية" الّذي لم يسبق تحقيقه حسب علمي.
2. خدمة نص الكتاب بشرح غوامضه، وعزو معلوماته، وتخريج أحاديثه... إلخ.
3. إجراء دراسة حول المؤلف وكتابه؛ تظهر مكانتهما في المذهب.

الدّراسات السّابقة:

لم يسبق لهذا الكتاب – في حدود علمي - أنْ تناوله الباحثون بالتّحقيق أو الدّراسة، وذلك بعد البحث والتّحري قدر الجهد والطاقة؛ وبالتّالي ظهرت الحاجة جليةً لتحقيق هذا الكتاب، وقد قسمت المخطوطة على اثني عشر طالب وطالبة في كليتنا الموقرة فأخذت الطالبة: علمية كوجي على عاتقها القسم الاول من الدراسة للكتاب بالتفصيل مع أخذ كتابي: ((الطهارة والصلاة)) وحصلت من خلالها على درجة الدكتوراة في الفقه واصوله في العام الدراسي (2012/2011)، ثم الطالبة: رنا أحمد العوضي جزء منه كذلك، وحصلت على الماجستير في الفصل الاول من العام الدراسي لهذه السنة.

<u>خطـــة الرسالة</u> :-

قد قسمت الرسالة إلى ثلاثة أَقسام : قسم الدِّراسة، وقسم التَّحقيق، وقسم المسائل.

القسم الأوّل: الدراسة. ويشتمل على أربع مباحث:

المبحث الأوّل: الدِّراسة عن الشّارح الشمني.

المبحث الثّاني: الدِّراسة عن الماتن المحبوبي.

المبحث الثّالث: الدِّراسة عن كتاب((كمال الدّراية في شرح النّقاية)).

المبحث الرّابع: الدّراسة عن كتاب ((النّقاية)).

المبحث الخامس: المنهج المتبع في تحقيق الكتاب.

المبحث السادس: مخطوطات ((كمال الدّراية في شرح النّقاية)).

القسم الثاني : التّحقيق .

والعمل في هذا القسم يعني بذل الجهد لخروج الكتاب قريباً من الرّوح التي أرادها المؤلف. ويحوي قسم التحقيق على الكتب والأبواب التالية:

1. **كتاب الشّفعة.**
2. **كتاب القسمة.**
3. **كتاب الهبـــة .**
4. **كتاب الإجارة .**
5. **كتاب العارية.**
6. **كتاب الوديعة.**

القسم الثالث : دراسة المسائل الفقهية المنتقاة من ثنايا الجزء المحقق، وجاء على مبحثين:

المبحث الأوّل: المسائل المقارنة مع المذاهب الاسلامية. وفيه خمسة مسائل:

المسألة الأولى: أسباب شفعة الشّفيع.

المسألة الثانية: هبة المشاع.

المسألة الثالثة: حكم تفضيل الاب بعض اولاده في هبة.

المسألة الرابعة: قسمة الدور.

المسألة الخامسة: شروط القُسَّام وتعددهم.

المبحث الثاني: المسائل المقارنة داخل المذهب الحنفي. وفيه سبعة مسائل:

المسألة الأولى: الاستئجار على فعل الطّاعات.

المسألة الثانية: طلب الخصومة والتّملك في الشّفعة.

المسألة الثالثة: في بيان كيفية القسمة في عرصة الدّار الواحدة.

المسألة الرابعة: الإجارة على أحد الشرطين.

المسألة الخامسة: حق استرداد طلب الشّفعة.

المسألة السادسة: التّكيف الفقهي للمهايأة.

المسألة السابعة: الاستئجار على المعاصي

ثم الفهرست والمصادر.

وفي الختام أسأل الله تعالى أن يخلص نيتي فيها، وأن يبارك في عملي، وأن يتجاوز عن زللي وخطأي، وأن يجازيني بالإحسان إحساناً، وبالتّقصير عفواً وغفراناً، فما أحسنت فيه فمن الله، وما قصرت فمن نفسي والشّيطان، والحمد لله رب العالمين.

القسم الأوّل

قسم الدّراسة

وفيه ستة مباحث:

المبحث الأوّل: الدِّراسة عن الشّارح الشمني.

المبحث الثّاني: الدِّراسة عن الماتن المحبوبي.

المبحث الثّالث: الدِّراسة عن كتاب((كمال الدّراية في شرح النّقاية)).

المبحث الرّابع: الدّراسة عن كتاب ((النّقاية)).

المبحث الخامس: المنهج المتبع في تحقيق الكتاب.

المبحث السادس: مخطوطات ((كمال الدّراية في شرح النّقاية)).

المبحث الأوّل
الدّراسة عن الشّارح تقي الدين الشُّمُنِّي[1]

تمهيد:

لمّا كانت مكانة الكتاب تنبع من معرفة مكانة مؤلفه؛ كان لا بدّ من التّرجمة للشّارح صاحب ((كمال الدّراية)) الشمني؛ وذلك لمعرفة حاله، والمكانة الّتي كان عليها.

فالشّارح عاش في عصر من أكثر العصور الإسلامية إثارة للجدل، ألا وهو عصر دولة المماليك البُرجيّة[2]، الّذي امتد على مصر، والشّام، وأجزاء من شبة الجزيرة العربيّة، وهو عصر الدّولة الثّانية من حكم المماليك.

حَكَمَ المماليك مصر حقبة معتبرة من الزّمن، كان لها الأثر البالغ في حياة الشّعوب، وعرفت هذه الحقبة اضطرابات سياسيّة، وظروفاً عصيبة في مختلف مراحلها، فتعدّد سلاطينها، وكثرت فيها الفتن والبلايا الّتي كانت وبالاً على المجتمع.

وهو لا يعني أن العصر خلا من محاسن، فلقد أقيمت مدارس ومساجد وزوايا[3] في المدن الكبرى وبخاصة في القاهرة، فازدهرت الثّقافة، وكثرت المؤلفات على اختلافها.

المطلب الأوّل: إسمه وكنيته ولقبه ومولده[4]:

إسمه: لا خلاف بين المؤرخين في أنَّ اسم مؤلف ((**كمال الدّراية في شرح النّقاية**)) هو أحمد بن محمّد بن محمّد بن حسن بن علي بن يحيى بن محمّد بن خلف الله بن خليفة الشُّمُنِّي، التّميمي، القَسَطِنطينِي[5]، الإسكندري، القاهري.

كنيته: يكني الشّيخ رحمه الله: بأبي العبّاس.

لقبه: ذكرت المصادر الّتي ترجمت له أنّ لقبه: تقيّ الدّين.

---

(1) الشمني: بضم المعجمة والميم، وتشديد النون، نسبة إلى شُمُنّ، وهي قرية أو مزرعة ببلاد المغرب، وكان مشهوراً بالشمني. ينظر: السخاوي، الضوء اللامع، مصدر سابق، ج2، ص174. والسيوطي، بغية الوعاة، مصدر سابق، ج1، ص375، والشوكاني، البدر الطالع، مصدر سابق، ج1، ص119.

(2) المماليك: جمع مملوك، وهو الرقيق الذي يباع ويشترى والمملوك هو عبد لمالكه. وهم الرقيق الأبيض الذين اعتمد عليهم حكام الشرق الأدنى الإسلامي، لا سيما في مصر والشام، وكان أولئك الحكام يشترون المماليك صغاراً في سن الطفولة ينشئونهم تنشئة عسكرية وسياسية خاصة، ليكونوا عدتهم في الصراع المرتقب، وكان هؤلاء المماليك من عناصر مختلفة، وغالبهم في عصر دولة المماليك البحرية كانوا من بلاد القفجاق والقوقاز، على حين كانت معظم عناصرهم في الدولة البرجية من الجراكسة. وسموا بالمماليك البرجية أو الشركسية أو الجركسية؛ لأنهم سكنوا في أبراج قلعة القاهرة ينظر: قاسم، قاسم عبده (1998م)، عصر سلاطين المماليك، ط1، ص142-159، العين للدراسات والبحوث الإنسانية. وعمر، أحمد مختار عبد الحميد(2008م)، معجم اللغة العربية المعاصرة، ط1، ، ج3، ص2124، عالم الكتب، بيروت.

(3) الزوايا: جمع زاوية؛ وهي مكان يقصده الصوفية للعبادة. ينظر: ابن المبرد، يوسف الصالحي(2000م)، محض الصواب في فضائل أمير المؤمنين عمر بن الخطاب (ت: عبد العزيز بن محمد)، ط1، ، ص29،عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية، المدينة النبوية.

(4) ينظر: الظاهري، عبد الله يوسف بن تغري برديالمنهل الصافي (ت: محمد محمد أمين)، بدون طبعة، ج2، ص100-101، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة. والسخاوي، محمد بن عبد الرحمن، الضوء اللامع لأهل القرن التاسع، ج2، ص174، المكتبة العصرية، صيدا. والشوكاني، محمد بن علي، البدر الطالع، ج1، ص119، دار المعرفة، بيروت. والزركلي، خير الدين بن محمود (2002م)، الأعلام، ط15،ج1، ص230، دار العلم للملايين، بيروت. وكحالة، عمر بن رضا الدمشقي معجم المؤلفين، ج2، ص149، دار إحياء التراث العربي، بيروت. البابانى، إسماعيل بن محمد أمين (1951م)، هدية العارفين، ط1، ج1، ص123، دار إحياء التراث العربي بيروت. والسيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة (ت: محمد أبو الفضل إبراهيم)، ج1، ص375، المكتبة العصرية، لبنان صيدا.

(5) هذه النسبة إلى قسطنطينة، وهي قلعة كبيرة جداً حصية عالية، وهي من حدود إفريقية مما يلي المغرب. ينظر: الحموي، ياقوت بن عبد الله (1995م)، معجم البلدان، ط2 ، ج4، ص349، دار صادر، بيروت.

مولده: ولد في العشر الاواخر من شهر رمضان سنة 801هـ-1399م، في الإسكندرية.

المطلب الثّاني: أسرته:

نشأ الإمام تقيّ الدّين الشّمنّي في أسرة عريقة في التّديّن والمعرفة والعلم، وقد عرفوا به من زمن طويل.

فقد كان جدّه الأعلى من علماء المذهب الشّافعيّ، وهو محمّد بن خلف اللـه الشّمنّي، أبو عبد اللـه، شرف الدّين، المعروف بـ(ابن الشُّمُنِّيّ)[1].

قَال عنه ابن مكتوم: ((ذُو فنون، حسن المذاكرة، وكان أحد المتصدرين في جامع عمرو لإقراء الفقه والأَدب، وأحد الشُّهود المعدلين بها))[2].

وكان والده من علماء المذهب المالكي، وهو محمّد بن حسن الشّمنّي، كمال الدّين، المعروف بابي شامل، (766-821هـ)، الإمام العلّامة المحدّث المكثر المفيد، مفسّر، ناظم، اشتغل بالعلم في بلده[3]، قال عنه ابن حجر: ((من الفضلاء الأتقياء))[4].

وعليه فقد تبيّن لنا أنّ الشّيخ الشّمنّي نشأ في بيت علم ودين؛ ممّا ساعد في تبكيره في طلب العلم، وشغفه العلمي، ونهمه المتواصل على الاستفادة من والده وجدّه، الّذي جعله يتحمل مثل هذا العلم الوافر الغزير، وأن يصبح عالم زمانه.

المطلب الثّالث: بيئته:

لقد تربّى تقيّ الدّين الشّمنّي تربية دينيّة في بيئة متدينّة، ونشأ نشأة علميّة في بيت علم ودين، وأسرة فاضلة كريمة.

فقد عاش الشّمنّي في القاهرة في عصر سلاطين المماليك، وكانت مصر في هذا الوقت منبع العلم والملجأ الآمن لكلّ العلماء[5]، وكانت تمثّل القلب النّابض بالثّقافة الإسلامية في العالم الإسلامي والعربي، فكان طلاب العلم يشدّون لها الرّحال للشّرب من منهلها العلمي.

المطلب الرابع: مذهبه:

كان تقيّ الدّين الشُّمُنِّي مالكي المذهب، ثمّ تحوّل إلى الحنفيّة سنة 834هـ.

قال السّخاوي: ((أَخذ التّقيّ الشُّمُنِّي عن السّيرامي، ولازمه ملازمة تامّة في العقليات وغيرها، حتّى في الفقه كـ ((الهداية)) قبل تحنّفه))[6].

---

(1) ينظر: العسقلاني، أحمد بن علي بن حجر، تبصير المنتبه بتحرير المشتبه (تحقيق: محمد علي النجار)، ج2، ص748، المكتبة العلمية، بيروت. والسيوطي، بغية الوعاة، مصدر سابق، ج1، ص101.

(2) ينظر: السيوطي، بغية الوعاة، مصدر سابق، ج1، ص101،

(3) من مؤلفاته: ((نظم نخبة الفكر في مصطلح أهل الأثر))، و((الأمور النّاجحة في أسرار الفاتحة))، و((نظم نخب الظّرائف في النّكت الزّائف)). ينظر: السخاوي، الضوء اللامع، مصدر سابق، ج9، ص74، والسيوطي، بغية الوعاة، مصدر سابق، ج1، ص101، وكحالة، معجم المؤلفين، مصدر سابق، ج9، ص219، والعسقلاني، أحمد بن علي بن حجر(1969م)، إنباء الغمر (تحقيق: حسن حبشي)، ط1، ج3، ص185-186، المجلس الأعلى للشئون الإسلامية، القاهرة. والعكري، شذرات الذهب، مصدر سابق، ج9، ص221.

(4) ينظر: العسقلاني، تبصير المنتبه بتحرير المشتبه، مصدر سابق، ج2، ص748.

(5) ينظر: عاشور، سعيد عبد الفتاح(1996م)، الأيوبيون والمماليك في مصر والشام، ط1، ص321، النهضة العربية، القاهرة.

(6) ينظر: السخاوي، محمد بن عبد الرحمن، الضوء اللامع، ج2، ص174، منشورات دار مكتبة الحياة، بيروت. والشوكاني، البدر الطالع، مصدر سابق،ج1، ص120.

المطلب الخامس: مؤلّفات هوشي وخه:

لقد فَرَّغَ تقيّ الدّين الشّمنّي حياته لتحصيل العلم، حتّى أتقن علوم عصره، ممّا أكسبه ثقافة عالية، وأفق واسع، وعلم عظيم، لكن رغم شهرة هذا العالم الجليل، وكثرة المؤلفات الّتي قرأها على شيوخه، وشهادة العلماء بعلمه وفضله إلّا أنّ المصادر لم تحتفظ لنا إلّا بستة صنفها خلال حياته، منها ما هو مطبوع، ومنها ما لم يزل مخطوطاً، وهي:

1- شرح مغني اللّبيب واسمه: ((**المنصف من الكلام على مغني ابن هشام**))[1]

2- ((**شرح النّخبة**))، وهو مصنّف لابن حجر العسقلاني، كان والد الشُّمُنّي قد نظّمه، ثمّ جاء الابن فشرح النّظم في كتاب سمّاه ((**العالي الرّتبة في شرح نظم النّخبة**))[2].

3- كتاب حاشيته على كتاب ((**الشّفا**)) للقاضي عياض، وسمّاها ((**مزيل الخفا عن ألفاظ الشّفا**))[3]، هو كتاب في السّيرة.

4- ((**أوفق المسالك لتأدية المناسك**))[4]، وهو كتاب في الفقه.

5- ((**منهج المسالك إلى ألفية ابن مالك**))[5]، وهو كتاب في النّحو.

شيوخه:

إنّ من أهم العوامل الّتي تسهم بصورة كبيرة في التّكوين العلمي للشّخص: شيوخه الّذين تلقّى عنهم، واستفاد علومه منهم.

فقد برع تقيّ الدّين الشّمنّي في علوم متعدّدة، ولا عجب في ذلك، فقد أولى رحمه الله ذلك الجانب عناية فائقة، وتلقّاه على أيدي جماعة من العلماء الأفاضل الّذين هم من أشهر علماء عصره، وأئمة زمانه، حتّى وصل إلى ما وصل إليه من المجد والقَبول.

وقد ذكرت كتب التّراجم عدداً منهم، فنذكرهم مع إبراز دور كلّ واحدٍ منهم في التّكوين العلمي للشّمنّي، وذلك بمعرفة الفنّ الّذي أخذه عنه، أو الكتب الّتي قرأها عليه:

---

(1) الكتاب لقي عناية كبير من قبل أهل العلم، فقد طبع عدة مرات، الاولى: طبعة حجرية في طهران، سنة (1273هـ). والثانية: في المطبعة البهية في القاهرة، سنة (1304هـ). والثالثة: في مطبعة محمد مصطفى في القاهرة، سنة (1305هـ). والرابعة: طبع في الآستانة، سنة (1305هـ). ينظر: ابن قاسم، الدليل إلى المتون العلمية، ص540-541.

(2) ينظر: كحالة، معجم المؤلفين، مصدر سابق، ج2، ص149، والبلوي، أحمد بن علي(1403هـ)، ثبت أبي جعفر أحمد بن علي (ت: عبد الله العمراني)، ط1، ص549، دار الغرب الإسلامي، بيروت. و حاجي خليفة مصطفى بن عبد الله(1941م) ،كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون،ط1، ج2، ص1936، مكتبة المثنى، بغداد. والكتاني، محمد بن أبي الفيض(2000م)، الرسالة المستطرفة (ت: محمد المنتصر الزمزمي)، ط6، دار البشائر الإسلامية، ص217. والباباني، هدية العارفين، مصدر سابق، ج1، ص132-133.

(3) هو مطبوع بدون عناية بحاشية الشفا، ينظر: الظاهري، المنهل، ج2، ص104. والسخاوي، الضوء اللامع، مصدر سابق، ج2، ص175، والزركلي، الأعلام، مصدر سابق،ج1، ص230. وكحالة، معجم المؤلفين، مصدر سابق، ج2، ص149. والباباني، هدية العارفين، مصدر سابق، ج1، ص133.

(4) ينظر: كحالة، معجم المؤلفين، مصدر سابق، ج2، ص149. والسيوطي، حسن المحاضرة في تاريخ مصر والقاهرة، ج1، ص475، والبلوي، ثبت أبي جعفر، ص540. وحاجي خليفة، كشف الظنون، مصدر سابق، ج1، ص202، والباباني، هدية العارفين، مصدر سابق، ج1، ص132.

(5) ينظر: كحالة، معجم المؤلفين، مصدر سابق، ج2، ص149. وحاجي خليفة، كشف الظنون، مصدر سابق، ج1، ص152.

1- محمّد بن حسن بن محمّد بن محمّد بن خلف اللـه الشّمنّي الاسكندري المالكيّ، كـمال الـدّين، (760-821هـ)، والد تقيّ الدّين الشّمنّي، قد تقدّم ترجمته. وقد قرأ تقيّ الشّمنّي العربيّة في ابتداء أمره عليه[1].

2- أحمد بن علي بن محمّد بن علي بن أحمد بن حجر العسقلاني المصري الشّافعيّ، أبو الفضل، شهاب الدّين، قاضي القضاة، حافظ العصر، (773-852)،سمع الشّمنّي شرح ألفية العراقي في علم الحديث عليه، وقرأ عليه أيضاً شرح النّخبة[2].

3- عليّ بن محمّد بن محمّد بن محمّد البخارِيّ الحنفيّ، علاء الدّين، (779-841هـ)، مـن كبـار الحنفيـة، النّحـوِيّ، وسمع الشّمنّي عليه التّلويح والتّوضيح في أصول الفقه الحنفيّة، والهداية وشرح المفتاح في المعاني[3].

4- يحيى بن يوسف بن محمّد بن عـيسى السّـيرامي المصري الحنفـي، نظـام الـدّين، (777-833هـ). شـيخ الشّـيوخ بمدرسة الظّاهر برقوق، الإمام الْعلامة المفنن النّحوِيّ، عالم بالعقليات كالمنطق والمعاني والبيـان، وبالفقـه وغـيره، أَخذ التّقيّ الشّمنّي عنه المنطق والمطول بتمامه، وأخذ عنه غير ذلك، ولازمه ملازمة تامّـة في العقليـات وغيرهـا، حتّى في الفقه كالهداية لكن كان ذلك قبل تحنّفه[4].

5- أحمد بن عبد الرّحيم بن الحسين الكرْدي القاهري الشّافعيّ، أبو زرعة، ولي الدّين، المعروف بابن العراقي، قـاضي القضاة (762-826هـ) قال السّيوطي: «كان إماماً محدثاً حافظاً فقيهاً محقّقاً أصـولياً صـالحاً، أخـذ الشّـمنّي عنـه الحديث»[5].

وغيرهم آخرون من الّذين تتلمذ على أيديهم، وأخذ العلم عنهم، الشيخ تقيّ الدّين الشّمنّي.
وبعد النّظر في هؤلاء الشّيوخ يتبيّن لنا:

1. أنّ غالب هؤلاء الشّيوخ إنْ لم يكونوا جميعاً علماء أعلام، كانوا مقدمين في وقتهم في تلك الفنـون الّتـي تلقاها تقيّ الدّين الشّمنّي عن كلّ واحدٍ منهم.
2. وإنَّ هؤلاء الأئمة كانوا على درجة كبيرة من: الزّهد، والـورع، والتّواضـع، وحسـن الخلـق، والاجتهـاد في العبادة، إلى غير ذلك من الأخلاق الفاضلة.
3. وإنَّ كلّ هؤلاء الشّيوخ من أهل مصر: مولـداً ونشـأة، أو انتقـالاً واسـتيطاناً، وحتّـى مـن لم يسـتوطنها منهم، فقد جلس فيها مدةً؛ وهذا يؤكد أن تقيّ الدّين الشّمنّي لم يرحل خارج مصر لطلب العلم، وإنّما حصَّل علومه كلّها على شيوخ بلد مصر، وليس ذلك إلّا لأهميتهـا العلميـة آنـذاك، وتوافـد أهـل العلـم إليها.

فإذا نظرنا بعين الاعتبار إلى مكانة تقي الدين الشمني، أمكن لنا أن نتصوّر إلى أي مدى كان تأثير هـؤلاء الشّـيوخ في علم تقيّ الدّين الشّمنّي، وأخلاقه، وتكوين شخصيته تأثيراً إيجابياً.

المطلب السادس: تلاميذه:

---

(1) ينظر: كحالة، معجم المؤلفين، مصدر سابق، ج9، ص219. والعسقلاني، إنباء الغمر، مصـدر سـابق، ج3، ص185-186. والعكـري، شـذرات الذهب، مصدر سابق، ج9، ص221.

(2) ينظر: الظاهري، المنهل الصافي، مصدر سابق،ج2، ص17-23. والسيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، نظم العقيان (تحقيـق: فيليـب حتـى)، ص53-54، المكتبة العلمية، بيروت.

(3) ينظر: الظاهري، المنهل الصافي، مصدر سابق، ج2، ص102-103. والسيوطي، بغية الوعاة، مصدر سابق، ج2، ص346. والعسـقلاني، إنبـاء الغمر، مصدر سابق، ج4، ص87.

(4) ينظر: الذهبي، شذرات الذهب، مصدر سابق، ج9، ص300-301. والسخاوي، الضوء اللامع، مصدر سابق، ج10، ص266-267. والسيوطي، بغية الوعاة، مصدر سابق، ج2، ص346. والزركلي، الأعلام، مصدر سابق،ج8، ص178.

(5) ينظر: العسقلاني، إنباء الغمر، مصـدر سـابق، ج1، ص311. والسـيوطي، عبـد الـرحمن بـن أبي بكـر(1403هـ)، ذيـل طبقـات الحفـاظ، ط1،ج1، ص248، دار الكتب العلمية، بيروت. وكحالة، معجم المؤلفين، مصدر سابق، ج1، ص270. والكتاني، محمد عبد الحي(1982م)، فهرس الفهارس(تحقيق: إحسان عباس)، ط2 ، ج2، ص1118، دار الغرب الإسلامي، بيروت.

لقد انتفع بتقيّ الدّين الشّمنّي الجمّ الغفير وخَلق كثير، حتّى لقي جل الفضلاء من سائر المذاهب من أهل مصر بل وغيرها من تلامذته، واشتدت رغبتهم في الأخذ عنه، وتزاحموا عليه وهرعوا صباحاً ومساءً إليه، وافتخروا بالأخذ عنه، فنذكر هنا من هؤلاء الأفاضل:

1. عبد الرّحمن بن أبي بكر بن محمّد القاهري الشّافعيّ، أبو الفضل، جلال الدّين، المعروف السّيوطي، (849-911هـ)، أخذ العلم عن تقيّ الدّين الشّمنّي وغيره، ولزم درس العلامة التّقيّ الشّمنّي من شوال سنة ثمان وستين وثمانمائة، وسمع عليه المطول والتّوضيح، والمغني، وحاشية عليه، وشرح المقاصد للتّفتازاني، وقرأ عليه من الحديث كثيراً[1].
2. عبد الرّحمن بن يحيى بن يوسف بن محمّد بن عيسى السِّراميّ الحنفيّ، عضد الدّين، (813-880هـ)، تفقه بوالده، وبالعلامة الشّيخ تقيّ الدّين الشّمنّي، وبغيرهما، قال السّخاوي: ((كان عالماً لكن غير متكثر))، من مؤلفاته: ((حاشية على خطبة أنوار التّنزيل للبيضاوي))[2].
3. أحمد بن محمّد بن إبراهيم بن أحمد بن عليّ القاهري الشّافعيّ ، أبو زرعة، شهاب الدّين، (820-890)، أخذ أصول الفقه والعربية والمعاني والبيان عن الشّمنّي(3).
4. إبراهيم بن عبد الرّحمن بن محمّد بن إسماعيل الكركي القاهري الحنفيّ، أَبو الْوَفَاء، برهان الدّين، المعروف بابن الكركي، (835-922هـ)، أخذ عن الشّمنّي التّفسير وعلوم الحديث والفقه والأصلين والعربيّة والمعاني والبيان والمنطق وغيرها(4).
5. أَحمد بن إسماعيل بن صَدَقَة القاهري الحنفيّ، المعروف بابن الصّائغ، ولد سنة (854هـ)، أخذ عن الشّمنّي(5).
6. عليّ بن سليمان بن أَحمد بن محمّد العلاء الدّمشقي الصّالحي الحنبليّ، المعروف بالمرداوي، (820-885هـ)، قرأ على الشّمنّي المختصر بتمامه (6).

---

(1) ينظر: الغزي، محمد بن محمد، الكواكب السائرة (تحقيق: خليل المنصور)، ط1، 1418هـ-1997م، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ج1، ص227-231، والشوكاني، البدر الطالع، مصدر سابق،ج1، ص228-335، والزركلي، الأعلام، مصدر سابق،ج3، ص301-302، وكحالة، معجم المؤلفين، مصدر سابق، ج5، ص128، والعكري، شذرات الذهب، مصدر سابق، ج10، ص74-79.

(2) ينظر: الظاهري، المنهل الصافي، مصدر سابق، ج7، ص233-234. والسخاوي، الضوء اللامع، مصدر سابق، ج4، ص158-159. وكحالة، معجم المؤلفين، مصدر سابق، ج5، ص199.

(3) ينظر: السخاوي، التحفة اللطيفة، ج1، ص128-130. والسخاوي، الضوء اللامع، مصدر سابق، ج2، ص65-67. وابن الغزي، ديوان الإسلام، ج1، ص296. وكحالة، معجم المؤلفين، مصدر سابق، ج2، ص59.

(4) ينظر: السخاوي، الضوء اللامع، مصدر سابق، ج1، ص59-64. والعَيْدَرُوس، عبد القادر بن عبد الله (1405هـ)، النور السافر عن أخبار القرن العاشر، ط1، ص103-103، دار الكتب العلمية، بيروت. والعكري، شذرات الذهب، مصدر سابق، ج10، ص147-149. والزركلي، الأعلام، مصدر سابق،ج1، ص46. وكحالة، معجم المؤلفين، مصدر سابق، ج1، ص46.

(5) ينظر المرجع السابق، ج1، ص239.

(6) ينظر: السخاوي، الضوء اللامع، مصدر سابق، ج5، ص225-227. والشوكاني، البدر الطالع، مصدر سابق،ج1، ص446.

المطلب السابع: وفاته:

توفِّي الأمام الشمني - رحمه الـلـه- في منزله من تربة قايتباي الجـركسي، شرق قلعـة الجبـل، قـرب العشـاء، ليلـة الأحد، سابع عشر ذي الحجة، سنة (872هـ)، ودفن يوم الأحد، وصلَّى عليه عند باب محل سكنه خلق كثير، وفُجعوا به[1].

وهكذا طويت صفحات مشرقة من حياة الشّيخ والعالم تقيِّ الدِّين الشُّـمُنِّي، رحمـه الـلـه تعـالى وجعـل الجنَّـة مأواه، ونفع الـلـه المسلمين بعلمه، فلكلِّ بداية نهاية، ولكلِّ أَجل كتـاب، ولا حـول ولا قـوة إِلَّا بالـلـه، رحـم الـلـه إمامنـا وشيخنا الشُّمُنِّي وأسكنه واسع جنانه.

(1) ينظر: السخاوي، الضوء اللامع، مصدر سابق، ج2، ص178، والسيوطي، بغية الوعاة، مصدر سابق، ج1، ص379، والشوكاني، البدر الطـالع، مصدر سابق، ج1، ص121.

المبحث الثّاني
الدّراسة عن الماتن (المحبوبي)

تمهيد:

لمّا كان كتاب «**النّقاية مختصر الوقاية**» لصدر الشّريعة الأصغر، و«**الوقاية**» هو مختصر كتاب «**الهداية**» - للمرغيناني - من أوجز المتون الفقهية في المذهب الحنفي، وأجلّ الكتب الّتي وصلت إلينا تحقيقاً وأدقّها في نقل المذهب، كان لا بدّ من أن أترجم لصاحب «النّقاية»؛ وذلك لمعرفة حاله، والمكانة الّتي كان عليها.

المطلب الأوّل: اسمه[1]:

لا خلاف بين المؤرخين أنّ اسم مؤلف «**النّقاية**» هو عبيد الله بن مسعود.

لقبه:

وقد غلب عليه لقبه أكثر من اسمه، وبه عرف بين الطّلبة[2]، فلقب بصدر الشّريعة الأصغر[3]، وقيل: صدر الشّريعة الثّاني؛ تمييزاً له عن والد جدّه صدر الشّريعة الأكبر، أو الأوّل: أحمد بن عبيد الله جمال الدّين المحبوبي[4].

نسبه:

وقع اختلاف كبير بين المترجمين في نسب صدر الشّريعة:

فقيل: إنّ نسب عبيد الله هو: عبيد الله بن مسعود بن تاج الشّريعة محمود بن صدر الشّريعة الأكبر أحمد بن جمال الدّين أبي المكارم عبيد الله بن إبراهيم بن أحمد بن عبد الملك بن عمير بن عبد العزيز بن محمّد بن جعفر بن خالف بن هارون بن محمّد بن محمّد بن محبوب بن الوليد بن عُبادة بن الصّامِت[5]، الصّحابي، الأنصاري ،المحبوبي[6].

وقيل هو: عبيد الله بن مسعود بن محمود صدر الشّريعة[7]، جعل عبيد الله والداً لمحمود مع أنّه جدّه ووالده هو أحمد.

وقيل: عبيد الله بن مسعود بن عمر بن عبيد الله بن محمود بن محمّد المحبوبي[8].

---

(1) ينظر: اللكنوي، محمد عبد الحي، مقدمة السعاية، ص2، مطبعة المصطفائي محمد خان، باكستان. وطاشكبرى زاده، أحمد بن مصطفى(1985م)، مفتاح السعادة، ط1، ج2، ص170، دار الكتب العلمية، بيروت. وابن قطلوبغا، زين الدين قاسم (1992م)، تاج التراجم (ت: محمد خير رمضان)، ط1، ج2، ص13، دار القلم، دمشق. والزركلي، خير الدين بن محمد، الأعلام، مصدر سابق، ج4، ص197-198، وحاجي خليفة، كشف الظنون، مصدر سابق، ج2، ص1972. وسركيس، يوسف بن إليان (1928م)، معجم المطبوعات العربية، ط1، ج2، ص1200، مطبعة سركيس، القاهرة. والباباني، هدية العارفين، مصدر سابق، ج1، ص650.

(2) ينظر: اللكنوي، مقدمة السعاية، مصدر سابق، ص3.

(3) ينظر: اللكنوي، مقدمة السعاية، مصدر سابق، ص4، وطاشكبرى زاده، مفتاح السعادة، مصدر سابق، ج2، ص170، وابن قطلوبغا، تاج التراجم، مصدر سابق، ج2، ص13، والزركلي، الأعلام، مصدر سابق،ج4، ص197-198، وكحالة، معجم المؤلفين، مصدر سابق، ج6، ص246.

(4) ينظر: اللكنوي، مقدمة السعاية، مصدر سابق، ص4. والباباني، هدية العارفين، ج1، ص649.

(5) هو عبادة بن الصامت بن قيس بن أصرم بن فِهر بن ثعلب بن غنم بن عوف بن عمرو بن عوف بن الخزرج، أبو الوليد، قال الأوزاعي: أول من تولى قضاء فلسطين عبادة بن الصامت، (ت34هـ). ينظر: الأصبهاني، أحمد بن عبد الله (1998م)، معرفة الصحابة (تحقيق: عادل العزازي)، ط1، ج4، ص1919، دار الوطن للنشر، الرياض. وابن عبد البر، يوسف بن عبد الله(1992م)، الاستيعاب في معرفة الأصحاب (تحقيق: علي محمد البجاوي)، ط1، ج2، ص807-809، دار الجيل، بيروت.

(6) هذا ما رجحه اللكنوي، مقدمة السعاية، مصدر سابق، ص2. والزركلي، الأعلام، مصدر سابق،ج4، ص197. وكحالة، معجم المؤلفين، مصدر سابق، ج6، ص246. ورياض زاده، عبد اللطيف ين محمد(1983م)، أسماء الكتب (تحقيق: محمد التونجي)، ط2ص96، دار الفكر، دمشق.

(7) ينظر: ابن قطلوبغا، تاج التراجم، مصدر سابق، ج2، ص13، وطاشكبرى زاده، مفتاح السعادة، مصدر سابق، ج2، ص170.

(8) ينظر: القهستاني، شمس الدين محمد الخراساني، جامع الرموز، المطبعة مظهر العجائب، ط1، 1279هـ ص7.

وقيل هو: عبيد اللـه بن مسعود بن عمر بن أحمد بن جمال الدّين المحبوبي البخاري[1].

ويتفرع على هذا الاختلاف اختلافهم في أنّ مصنّف «الوقاية»، هل هو جدّ صحيح لعبيد اللـه وهو تاج الشّريعة، أو جدّ فاسد له[2]، فمن ظنّ أنّ اسم تاج الشّريعة محمود حكم بأنّه جدّ صحيح لعبيد، فمن حكم بأنّ اسمه عمر ظنّ أنّ محموداً جداً فاسداً له[3]، والمعتبر أن صاحب الوقاية هو جده الفاسد، برهان الشريعة، وأما جده الصحيح فهو تاج الشريعة شارح الهداية، وجده الفاسد والصحيح أخوان.

نشأته:

نشأ صدر الشّريعة في بيت علم ودين، وأسرة فاضلة كريمة، ولها مكانة علميّة مرموقة، فجده وجد جده من كبار علماء الحنفية، وقد وجد صدر الشّريعة عناية كبيرة منهم ولا سيما من جدّه مؤلف «**الوقاية**»، إذ ألّفها من أجله؛ لكي يحفظها كما صرّح في «**مختصر النّقاية**» المسمّاة بـ«**النّقاية**»: «لمّا ألف جدّي ومولاي العالم الرّباني، والعالم الصّمداني برهان الشّريعة والحقّ والدّين محمود بن صدر الشّريعة، جزاه اللـه تعالى عنّي وعن المسلمين خير الجزاء؛ لأجل حفظي كتاب «**وقاية الرّواية في مسائل الهداية...**»».

قال اللّكنوي عن نشأته: «نشأ في حجر الفضل، ونال العُلا، وحمل على أكتاف الفقهاء. كفّله جدّه ورباه، وعلمه في صباه فسعد جَدّه وأنجح جِدّه، حتّى أحرز قصب السّبق في الفروع والأصول»[4].

المطلب الثاني: مكانة صدر الشّريعة عند العلماء:

لقد كان صدر الشّريعة عمدة العلماء، وزينة الفضلاء، الجامع بين معرفة الفروع والأصول، والحاوي لطريق المنقول والمعقول[5]، له مكانته الرّفيعة في المذهب الحنفي؛ دلّ على ذلك أنّ كلّ تصانيفه مقبولة عند العلماء، ومعتد بها عند الفقهاء، واعتمد فقهاء الحنفية على أقواله، ولذلك نجد علماء المذهب الحنفي يتسابقون في إلقاء عبارات المدح والثّناء عليه، فيذكر الباحث بعضها ممّا تبيّن لنا حاله ودرجته بين العلماء.

قال اللّكنوي[6]: «الإمام المتّفق عليه، والعلامة المختلف إليه، حافظ قوانين الشّريعة ملخص مشكلات الأصل والفرع، شيخ الفروع والأصول، عالم المعقول والمنقول، فقيه، أصولي، خلافي، جدلي، محدث، مفسر، نحوي، لغوي، أديب، نظار، متكلم، منطقي، عظيم القدر، جليل المحل، غذي بالعلم والأدب، ورث المجد عن أب فأب».

قال القرشي[7]: «الإمام الكبير الأصولي، صاحب الفنون».

وقال ابن قطلوبغا[8]، واللّكنوي[9]، والقِنَوجي[10]: «عالم محقّق وحبر مدقّق».

---

(1) ينظر: البابانى، هدية العارفين، مصدر سابق، ج1، ص649.

(2) الجد الفاسد من يتصل إلى الميت بأم. ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج30، ص24.

(3) ينظر: اللكنوي، مقدمة السعاية، مصدر سابق، ص7.

(4) ينظر: اللكنوي، مقدمة السعاية، مصدر سابق، ص3.

(5) ينظر: القاري، عليّ بن سلطان(1418هـ)، فتح باب العناية (تحقيق: محمد نزار تيم، وهيثم نزار تيم)، ط1، ج1، ص34 ، دار الأرقم، بيروت.

(6) ينظر: اللكنوي، مقدمة السعاية، مصدر سابق، ص2-3.

(7) ينظر: القرشي، عبد القادر بن محمد، الجواهر المضية في تراجم الحنفية، مكتبة مير محمد، كراتشي، ج2، ص365.

(8) ينظر: قطلوبغا، تاج التراجم، مصدر سابق، ج2، ص13.

(9) ينظر: اللكنوي، مقدمة السعاية، مصدر سابق، ص4.

(10) ينظر: القينوجي، محمد صديق خان(2002م)، أبجد العلوم، ط1، ص636، دار ابن حزم، بيروت.

المطلب الثالث: مؤلّفاته:

كان لدى صدر الشّريعة همّة عالية، ومثابرة عظيمة لتأليف الكتب، فقد كتب مؤلفات كثيرة في كثير من الفنون تلقاها العلماء والفقهاء بالقبول، وعكفوا على دراستها وشرحها، فكلّ مؤلفاته معتمدة في فنّه، حتّى قال اللّكنوي عنها:((كلّ تصانيف صدر الشّريعة مقبولة عند العلماء، معتبرة عند الفقهاء)).

وفيما يلي عرض موجز لما وصلنا من مؤلفات صدر الشّريعة:

1. ((**التّنقيح**))[1]، وهو متن متين مشهور في أصول الفقه، جمع فيه كلام فخر الإسلام، البزدوي، وأصول ابن الحاجب[2].
2. ((**مختصر الوقاية**))[3]، المسمى بـ((**النّقاية**))، وهو مطبوع مع شرحه.
3. ((**تعديل العلوم**))[4]، وهو مخطوط.
4. ((**شروط صدر الشّريعة**))[5]، وقيل ((**الشّروط والمحاضر**))[6].
5. ((**شرح الفصول الخمسون**))[7] هو كتاب في النّحو، وهو شرح لكتاب الفصول الخمسون، ليحيى بن عبد المعطي النّحوي.
6. ((**الوشاح في المعاني والبيان**))[8]، شرحه زين الدّين عبد الرّحمن بن أبي بكر، المعروف بابن العيني (ت893هـ)[9].
7. ((**المقدمات الأربعة**))[10].

---

(1) ينظر: القرشي، عبد القادر بن محمد(1993م)، الجواهر المضية في طبقات الحنفية ت :عبد الفتاح محمد الحلو، ط2، ج2، ص365، دار هجر، مصر. وقطلوبغا، تاج التراجم، مصدر سابق، ج2، ص13. وحاجي خليفة، كشف الظنون، مصدر سابق، ج1، ص498. والباباني، هدية العارفين، مصدر سابق ، ج1، ص650.

(2) هو عثمان بن عمر بن أبي بكر الدّوَني الكردي الأنسناوي المصري المالكي الأصولي النحوي، أبي عمرو، جمال الدين، المعروف بابن الحاجب، قال الذهبي: كان من أذكياء العالم، رأسا في العربية وعلم النظر، من مؤلفاته: ((مختصر منتهى السَّول والأمل في علمي الأصول والجدل))، و((الكافية والشافية))، و((جامع الأمهات))، (570-646هـ). ينظر: ابن خلكان، أحمد بن محمد، وفيات الأعيان (ت: إحسان عباس)، ج3، ص248-251، دار صادر، بيروت. الذهبي، محمد بن أحمد بن قَايْماز(2000م) سير أعلام النبلاء، ط1،.ج3، ص264-266، دار الحديث، القاهرة. والظاهري، ، المنهل الصافي، ج7، ص421-424.

(3) ينظر: طشكبرى زاده، مفتاح السعادة، ج2، ص170. الزركلي، خير الدين بن محمد(2002م)، الأعلام، ط15،ج4، ص198، دار العلم للملايين. وحاجي خليفة، كشف الظنون، مصدر سابق، ج2، ص1972.

(4) ينظر: اللكنوي، مقدمة السعاية، مصدر سابق، ص3. والزركلي، الأعلام، مصدر سابق،ج4، ص198. وكحالة، معجم المؤلفين، مصدر سابق، ج6، ص246. وحاجي خليفة، كشف الظنون، مصدر سابق، ج1، ص419، والقينوجي، محمد صديق خان بن حسن(2002م) ، أبجد العلوم، ط1، ص366، دار ابن حزم، بيروت. والباباني، هدية العارفين، ج1، ص650.

(5) ينظر: حاجي خليفة، كشف الظنون، مصدر سابق، ج2، ص1047.

(6) ينظر: اللكنوي، مقدمة السعاية، مصدر سابق، ص3.

(7) ينظر: حاجي خليفة، كشف الظنون، مصدر سابق، ج2، ص1269.

(8) ينظر: كحالة، معجم المؤلفين، مصدر سابق، ج6، ص246. وحاجي خليفة، كشف الظنون، مصدر سابق، ج2، ص2011. والباباني، هدية العارفين، مصدر سابق، ج1، ص650.

(9) ينظر: حاجي خليفة، كشف الظنون، مصدر سابق، ج2، ص2011.

(10) ينظر: اللكنوي، مقدمة السعاية، مصدر سابق، ص3. والباباني، هدية العارفين، مصدر سابق، ج1، ص650.

المطلب الرابع: وفاته:

اختلف المؤرخون في تاريخ وفاته: قال اللّكنوي[1]: توفي في سنة (747هـ)، ومرقده ومرقد والديه وأولاده وأجداد والديه كلّهم في شارع أبار بخارا إلّا جدّيه الفاسد والصّحيح، فإنّهما ماتا في كرمان ودفنا فيها، تغمدهم الله برحمته.

وهذا الّذي رجحه الزّركلي، وكحالة، وفانديك، والباباني[2].

وقيل: توفي سنة (745هـ)[3].

وقيل: سنة (750هـ)[4].

وقال عليّ القاري[5]: توفي سنة نيف ثمانين وستمائة، إلّا أن اللّكنوي قال معتذراً عنه[6]: لعلّها زلة قلم.

المبحث الثّالث

الدّراسة عن الكتاب ((كمال الدّراية في شرح النّقاية))

تمهيد:

قبل الشّروع في تحقيق هذا الكتاب ينبغي القيام بدراسة عابرة عنه، والّتي تدور حول: عنوانه وسبب تأليفه، وصحّة نسبته إلى المؤلّف، وموضوعاته، اهمية الكتاب، ومنهج المؤلف في التّأليف.

المطلب الأوّل: عنوان الكتاب:

عنوان الكتاب هو: ((**كمال الدّراية في شرح النّقاية**)) ، كما نصّ على ذلك: الظّاهري، والزّركلي ، وكحالة ، وحاجي خليفة، والباباني[7].

وقد جاء ذكر الكتاب في كتب المتأخرين مختصرين اسمه تارة فقالوا:"وقال الشُّمُنِّيُّ في شرح النُّقَايَةِ "، و" نقله الشُّمُنِّيُّ عن شرح النُّقَايَةِ "، ويذكرون اسم مؤلفه (وفي الشُّمُنِّيِّ) تارة [8].

أمّا سبب تأليف هذا الكتاب: فقد بيّنه تقيّ الدّين الشُّمُنِّيِّ في مقدمته حيث قال: ((فقد سألني بعض الإخوان، ومن هو منّي بمنزلة العين من الإنسان، أن أشرح ((مختصر الوقاية))المعروف بـ((النّقاية)) للشَّيخ الإمام قدوة الأنام، أفضل المتأخِّرين، صدر الشّريعة والدّين، عبيد الله بن مسعود بن تاج الشّريعة طيّب الله تعالى ثراه، وجعل الجنّة مثواه، فاعتذرتُ فلم يقبل الاعتذار، وألَحَّ في الطّلب، ولازم الإصرار، فاقتحمتُ في مطلوبه وتحقيق مرغوبه، طالباً من الله تعالى العِصمة من الزّلل، والصّيانة في القول والعمل)).

---

(1) ينظر: اللكنوي، مقدمة السعاية، مصدر سابق، ص3.

(2) ينظر: الأعلام، مصدر سابق،ج4، ص197. ومعجم المؤلفين، مصدر سابق، ج6، ص246. وفانديك، أدوارد كرنيليوس(1896م)، اكتفاء القنوع، ط1، ص144 مطبعة التأليف الهلال، القاهرة. والباباني، هدية العارفين، مصدر سابق، ج1، ص649.

(3) ينظر: حاجي خليفة، كشف الظنون، مصدر سابق، ج2، ص1047.

(4) ينظر: اللكنوي، محمد عبد الحي (1324هـ)، الفوائد البهية، ط1، ص110، مطبعة السعادة، القاهرة.

(5) ينظر: فتح باب العناية، مصدر سابق ، ج1، ص34-35.

(6) ينظر: اللكنوي، الفوائد البهية، مصدر سابق، ص110.

(7) ينظر: الظّاهري، المنهل الصافي، مصدر سابق، ج2، ص104.الزّركلي، الأعلام، مصدر سابق،ج1، ص230.كحالة، معجم المؤلفين، مصدر سابق، ج2، ص149.حاجي خليفة، كشف الظنون ط1، ج2، ص1972.الباباني، هدية العارفين، مصدر سابق، ج1، ص133.

(8) ينظر: ملا خسرو، درر الحكام، مصدر سابق ،ج1 ، ص113و153ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ط2، ج1، ص154، دار الكتاب الإسلامي. شيخ زاده، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان، مجمع الأنهر شرح ملتقى الابحر، ج1، ص50، دار إحياء التراث العربي، بيروت. وابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز(1992)، رد المحتار على الدر المختار، ط2،ج1، ص44، دار الفكر، بيروت. وغيرها.

المطلب الثّاني: الموضوعات الّتي اشتملت الدراسة عليها ((كمال الدّراية في شرح النّقاية)):

هذا الكتاب يشمل كتاب الطّهارة، والصلاة، والزّكـاة، والصّـيام، والحـجّ، والنّكـاح، والطّـلاق، والعتـاق، والمكاتـب، والإيمان، والبيـع، **والشّـفعة، والقسـمة، والهبـة، والإجـارة، والعاريـة، والوديعـة،** والغصـب، والـرّهن، والكفالـة، والحوالـة، والشّركة، والمضاربة، والمزارعة، والمساقاة، وإحياء الموات، والوقف، والأشربة، والذّبائح، والأضحية، والصّيد، واللّقيط واللّقطـة والآبق، والمفقود، والقضـاء، والشّـهادة، والإقـرار، والـدّعوى، والصّـلح، والحـدود، والسّرقـة، والجهـاد، والجنايـات، والـدّيات، والإكراه، والحجر، والوصايا، والخنثى.

وقد رتّبه على كتب وفصول وأبواب.

المطلب الثالث: أهميّة الكتاب:

أهميّة كتاب ((**كمال الدّراية في شرح النّقاية**)) تنبع من أهميّة المـتن الّـذي كتـب عليـه، الّـذي يعتـبر أحـد المتـون المعتمدة عند الحنفية.

وقد نال كتاب ((**كمال الدّراية في شرح النّقاية**)) منزلة رفيعة تدلّ على مكانة الكتب الّتي نقلت عنهـا، فقـد نقـل عنه:

1. الامام الشِّلْبِيِّ في ((حاشيته على تبيين الحقائق للإمام الزيلعي)) أحد عشرة مرّة.
2. الامام الشُّرُنْبُلَالِيِّ في ((حاشيته على درر الحكام)) ثمانية مرّات.
3. الامام ابن نجيم في ((البحر الرّائق)) ستة وعشرين مرّة ((مجمع الأنهر)) ستة وخمسين مرّة.
4. الامام الطّحطاوي في ((حاشيته على مراقي الفلاح شرح نور الإيضاح)) عشرة مرّات.
5. الامام ابن عابدين في ((حاشيته على الدّر المختار)) ثلاثة وثمانين مرّة.
6. الامام ملا علي القارئ في ((فتح باب العناية)) سبعة مرّات- بل أكاد اجزم ان فتح باب العناية هو تناول سبعين الى ثمانين بالمئة من نقل الامام الشمني-، وغيرها من الكتب المعتمدة.

وهذا يدلّ على عظم هذا الكتاب ومكانته، ولا عجب في ذلك؛ لأنّ مؤلفه تقـيّ الـدّين الشُّـمُنِّي يعتـبر مـن كبـار العلماء في عصره؛ ولذا نجد كثيراً من علماء الحنفية سعوا إلى النّقل من كتابه واعتمادهم عليه.

المطلب الرابع: منهج الشّارح في الكتاب في الجزء المحقق:

بناء على نظرة عامة على كتاب ((**كمال الدراية في شرح النقاية**)) للإمام تقي الدين أحمـد بـن محمـد بـن محمـد الشُمُنيّ، ودراسة من للجزء المحقق يتضح لي منهجه فيما يلي:

1. قسّم الكتاب على كتب، وفصول، وأبواب.
2. وضّح معاني المفردات الغريبة أو الغامضة، وقد ينص على كتب اللّغة الّتـي اسـتقى منهـا هـذه المعـاني، وأحيانـاً لا ينصّ عليه.
3. يعرض المسألة وأتى برأي المخالف ودليله، ثمّ يعرض دليل الحنفية في المسألة، ويناقش أدلة الآخرين، وبهـذا يتبـيّن وجه نظره في هذا الاختيار.
4. ذكر أقوال الفقهاء من المذهب الحنفي خاصة، والخلاف الّذي بينهم، وأورد الاعتراضات، ثمّ ذكر الـرّأي المعتمـد في الغالب.
5. أورد الاعتراضات وأجاب عنها، واستدل لبعض الأحكام بأدلة عقلية، وهذا يدلّ على سعة علمه، وأنّه لم يكن مقلّداً محضاً لأقوال المذهب.
6. ذكر أراء المذاهب الأخرى في المسائل، وذكر الدّليل الّذي يستدلون به .

7. أعتمد على مجموعة كبيرة من كتب المذهب الحنفي في النّقل منها والإحالة ؛إليها.
8. نقل من الكتب الّتي ذكرها بحرفها في الغالب، وأحياناً بتصرّف يسير وبأسلوب أفضل.
9. أستدّل بالآيات وأكثر من الاستدلال بالأحاديث، والمعقول.
10. ذكر مصادر الحديث في الأغلب مع ذكر الرّاوي.

المبحث الرّابع
الدّراسة عن كتاب ((**النّقاية**))

تمهيد:

قبل الشّروع بتحقيق كتاب ((**كمال الدّراية**)) لتقيّ الدّين الشّمنّي، سيقوم الباحث بدراسة عابرة حول ((**النّقاية**)) والّتي تدور حول: عنوانها، وشروحها.

المطلب الأوّل: عنوان الكتاب ((**النّقاية**)):

اشتهر بـ((**النّقاية**)) و((**مختصر الوقاية**)) و((**النّقاية مختصر الوقاية**)).

فأطلق عليه ((**النّقاية مختصر الوقاية**)) عبد اللـه الظّاهري، والزّركلي، وحاجي خليفة، وسركيس، والباباني[1].

وأطلق عليه ((**مختصر الوقاية**)) صدر الشّريعة فهو نسبه لنفسه في مقدّمة كتابه، وفي مواضع عديدة من ((**شرح الوقاية**)) باسم ((**المختصر**)).

واشتهر في كتب الحنيفة بـ((**النّقاية**)) كما سمّاه بذلك شرّاحه، واللّكنوي وغيره، ونصّ على ذلك أيضاً: سركيس، و الشيخ قاسم[2]

المطلب الثّاني: شروح ((**النّقاية**)):

من الشّروح الّتي كتبت عليها ما ذكره حاجي خليفة[3]:

1. ((**كمال الدّراية في شرح النّقاية**)) لتقيّ الدّين أبو العباس أحمد بن محمّد الشُّمُنِّيِّ، (ت872هـ).
2. شرح المولى عبد الواجد بن محمّد[4].
3. شرح علاء الدّين عليّ بن محمّد، المعروف بـ((**مصنفك**))، وهو شرح ممزوج ناقص على أوائله[5]

---

(1) ينظر: الظّاهري، المنهل الصافي، مصدر سابق، ج2، ص104. والزّركلي، الأعلام، مصدر سابق،ج4، ص198. وحاجي خليفة، كشف الظنون، مصدر سابق، ج2، ص1972. وسركيس، معجم المطبوعات، مصدر سابق، ج2، ص1200. والباباني، هدية العارفين، ج1، ص650.

(2) ينظر: اللكنوي، مقدمة السعاية، مصدر سابق، ص2.سركيس، معجم المطبوعات، مصدر سابق، ج2، ص1199.قاسم، عبد العزيز بن إبراهيم، الدليل إلى المتون، ط1، 1420هـ2000م، ص370 ، دار الصميعي، الرياض.

(3) ينظر: حاجي خليفة،كشف الظنون، مصدر سابق، ج2، ص1972.

(4) قال طاشكبرى زاده: كان عالماً فا، مصدر سابق ضلاً، عالماً بالعلوم الأدبية، بارعاً في الفنون الشرعية والعقلية، عالماً بالتفسير والحديث، من مؤلفاته: ((معالم الأوقات في الاسطرلاب))، و((منظومة في الاسطرلاب))، (ت838هـ). ينظر: طاشكبرى زاده، الشقائق، ص10. وكحالة، معجم المؤلفين، مصدر سابق، ج6، ص204. (مخطوط).

(5) كان من أولاد الإمام فخر الدين الرازي، من مؤلفاته: ((الإرشاد))، و((شرح المصباح)) و((شرح آداب البحث))، و((حل الرموز))، (803-875هـ). ينظر: الزركلي، الأعلام، مصدر سابق،ج5، ص9. ومعجم المؤلفين، مصدر سابق، ج7، ص240. والقينجي، أبجد العلوم، مصدر سابق، ص550. (مخطوط).

4. شرح زين الدّين أبو العدل قاسم بن قطلوبغا الحنفي[1]، ولم يكمله.

5. شرح الشّيخ زين الدّين أبي محمّد عبد الرّحمن بن أبي بكر، المعروف بابن العيني الحنفي[2].

6. شرح نور الدّين عبد الرّحمن بن أحمد الجامي[3].

7. شرح محمود بن إلياس الرّومي. (مخطوط).

8. شرح عبد العليّ بن محمّد بن حسين البِرْجَندي[4].

9. ((**جامع الرّموز في شرح النّقاية**)) لشمس الدّين محمّد الخرساني الْقُهُسْتَانِيِّ [5]، وهو أعظم الشّروح نفعاً، وأدقّها إشارة ورمزاً، كثير النّفع، عظيم الوقع.

10. ((**فتح باب العناية لشرح كتاب النّقاية**))، لنور الدّين علي بن سلطان محمّد القاري الهروي[6]، وهو مختصر من كتاب ((كمال الدّراية)) مع زيادات في الأدلة وسهولة في العبارة.

---

(1) قال السخاوي: إمام علامة، طلق اللسان، قادر على المناظرة وإفحام الخصم، من مؤلفاته: ((تاج التراجم))، و((غريب القرآن))، و((تقويم اللسان))، (879هـ). ينظر: السخاوي، الضوء اللامع، مصدر سابق، ج6، ص188. والشوكاني، البدر الطالع، مصدر سابق ، ج2، ص45-47. والزركلي، الأعلام، مصدر سابق،ج5، ص180.

(2) قال السخاوي: فقد نال رئاسة ووجاهة حتى مات، من مؤلفاته: ((شرح الألفية))، و((تفسير اللغة التركية))، و((شرح المنار))، (837-893هـ). ينظر: السخاوي، الضوء اللامع، مصدر سابق، ج4، ص71، والزركلي، الأعلام، مصدر سابق،ج3، ص300. والباباني، هدية العارفين، ج1، ص533.

(3) قال طاشكبرى: كان مشتهراً بالعلم والفضل، وبلغ صيت فضله إلى الأفاق، من مؤلفاته: ((نفحات الإنس))، و((سلسلة الذهب))، و((الدرة الفاخرة))، (ت898هـ). ينظر: طاشكبرى زاده، الشقائق، ص159-160، والشوكاني، البدر الطالع، مصدر سابق، ج1، ص327-328. العَكري عبد الحي بن أحمد ابن العماد (1986م)، شذرات الذهب في أخبار من ذهب (ت: عبد القادر ومحمود الأرناؤوط)، ط1، ج9، ص543، دار ابن كثير، بيروت.

(4) قال سركيس: له يد طولى في العلوم الرياضية، من مؤلفاته: ((شرح الفوائد البهية))، و((شرح المنار))، و((شرح مختصر التذكرة النصيرية))، (ت 932هـ). ينظر: الزركلي، الأعلام، مصدر سابق،ج4، ص30. وسركيس، معجم المطبوعات، مصدر سابق، ج2، ص547. والباباني، هدية العرفين، ج1، ص586.

(5) كان مفتياً ببخارى، من مؤلفاته: ((جامع المباني في شرح فقه الكيداني))، و((شرح مقدمة الصلاة))، (ت962هـ). ينظر: الزركلي، الأعلام، مصدر سابق،ج7، ص11. وكحالة، معجم المؤلفين، مصدر سابق، ج9، ص279. والباباني، هدية العارفين، ج2، ص245.(مطبوع).

(6) قال الزركلي: من صدور العلم في عصره، من مؤلفاته: ((الأصول المهمة في حصول المتمة))، و((الأدب في رجب المرجب))، و((مرقاة المفاتيح لمشكاة المصابيح))، (ت114هـ). ينظر: الزركلي، الأعلام، مصدر سابق،ج5، ص12-13. وكحالة، معجم المؤلفين، مصدر سابق، ج7، ص100. والباباني، هدية العارفين، ج1، ص751.

المبحث الخامس
المنهج المتّبع في تحقيق الكتاب

يمكن بيان منهجي في ضوابط التحقيق هذا المخطوط في النّقاط الآتية:

1. قمت بنسخ الكتاب وضبطه ومُقابلته على تسعة نسخ، وإثبات الفروق بينها، فأثبت الصّحيح في الأعلى، وسجلت غيره من الفروق في الحاشية،دون الاعتماد على نسخ معينة بل استخدام الاصوب؛ لعدم وجود النسخة الام، وجعلت في نهاية كل صفحة من لوحات المخطوط من النسخة الازهرية رقما لها في هامش اليسار من الشرح بالشكل التالي[375/أ، 375/ب] ونحوه، وبذلت وسعي في قراءة النّص على الوجه الّذي أراده عليه مؤلّفه، وذلك بتصحيح ما أصاب كلماته من تصحيف أو تحريف، وتخليصه ممّا زيد فيه أو أنقص منه.

2. أثبتّ الزّيادات إنْ كان في إثباتها زيادة في توضيح المعنى واضعا إياها بين معكوفتين ثم اشير اليها في الهامش، أمّا إذا كانت الزّيادة لا معنى لها، أو مخالفة لمعنى أكثر النّسخ، فإنّ كانت كلمة واحدة فاجعلها بالشكل التالي:[...]، وان كانت أكثر من كلمة او جملة فاجعلها بالشكل التالي: [....] ثم أشير إلى الزّيادة في الهامش.

3. وضعت الكلمة أو الجملة السّاقطة إذا سقطت في بعض النّسخ بين معكوفتين [ ]، وأشرت إلى النّسخ الّتي كان السّقط فيها في الهامش، بقولي: سقط من: ( ).

4. أضفت متن «**النّقاية**» في أعلى الصّفحة.

5. كتبت متن الكتاب بلون غامق بين قوسين ( )، ووضعت الأحاديث النبوية بين الاقواس بهذه الصورة((نص الحديث))، وكتب الاعلام بين الأقواس « »، واقوال الصحابة او غيرهم بين علامتي تنصيص.

6. هناك بعض الكلمات المختصرة في الكتاب مثل كلمة " رحمه الله " تُذكر في الكتاب " رح " ، وكذا كلمة " حينئذ " تُذكر في الكتاب " ح " . وقد كتبتها باللفظ الكامل دون الإشارة إلى ذلك .

7. إلتزمت في كتابة الكلمات الرسم الإملائي الحديث، وإن خالف رسم المخطوط، دون الإشارة إلى الخلاف، مثل " شراء" إذ تكتب " شرا " ، وكلمة " صلاة " تكتب " صلوة "، وكلمة "بائع " تكتب " بايع "، و " لئلا " تكتب " ليلا " إلى غير ذلك.

8. شكّلت الكتاب من متن وشرح بالأعتماد على المصادر الصرفية، مجتهدا ذلك قدر الامكان للدّربة، وضبط اللّغة.

9. عزوت الآيات المذكورة في المخطوطة إلى سورها في الشّرح من رسم المصحف العثماني.

10. قمت بتخريج الأحاديث الشريفة، والآثار المذكورة في النص، دون الحكم على الحديث من صحة أو ضعف، حسب تعليمات القسم.

11. إذا ما أورد المصنف الحديث بالمعنى، ففي هذه الحال أورده كما ذكره الشمني، ثم أذكر نص الحديث في الهامش ثم أذكر مصدره مواضعه.

12. أوردت الحديث بتمام لفظه في الهامش إتماماً للفائدة إذا كان المؤلف ذكر بعضه.

13. شرحت الألفاظ والكلمات الغريبة الواردة في المتن بالرجوع إلى كتب اللغة المختلفة.

14. الأبواب والمواضيع الفقهية التي قد تحتاج إلى توضيح معانيها اللغوية أو الاصطلاحية أبين معناها من كتب اللغة، وكذا من كتب الفقه الحنفي. لأنه مذهب المصنف.

15. ترجمت للأعلام الذين ورد ذكرهم باستثناء الصحابة المشهورين.

16. توثيق النصوص، وتحقيق المسائل الفقهية، وذلك بذكر المراجع المتقدمة على كتاب المصنف والتي في الغالب استفاد منها في نقل المذهب الحنفي. وقد جعلت تدوين المراجع في نهاية المسألة وإن كانت طويلة تخفيفاً للهامش من إثقاله بالمراجع على كل جزئية .

17. توثيق اراء أئمة المذاهب والعلماء من المصادر الأصلية المتقدمة على زمن المصنف؛ لإثبات صحة النقل من عدمه، وعلى حسب ما ورد في مضان التحقيق .

18. عمل الفهارس العلمية للآيات والأحاديث، حسب ورودها في البحث.

19. تدوين المراجع التي اعتمدت عليها في التحقيق.

20. رتبّتُ الكتاب على حسب العناوين الفقهية، وذلك بوضعها بين معكوفتين، دون الإشارة إلى ذلك، وعلى هذا الشّكل [فصل ....].

المبحث السادس
حول النسخ المعتمدة في التحقيق
المطلب الأوّل
وصف النّسخ المعتمدة في تحقيق الكتاب

أعتمدت ولله الحمد والمنة في عملي على تحقيق كتاب ((**كمال الدّراية في شرح النّقاية**)) على تسعة مخطوطات وهي كالتالي:

النسخة الأولى: من مكتبة الأزهر الشريف، تحت رقم (341131)، وتتصف هذه النسخة بما يأتي:

1. وضوح الخط.
2. عدد لوحاتها 579 لوحة من الحجم المتوسط.
3. عدد الأسطر في كل صفحة (25) سطراً تزيد سطراً أو أكثر أو تنقص.
4. عدد الكلمات في السطر (8-10) تقريباً.
5. لون اللوحات يميل إلى اللون الأحمر مما يدل على قدمها.
6. المتن مكتوب بالأحمر.
7. يبدأ الجزء المراد مني تحقيقه من **كتاب الشفعة لوحة رقم (347) الى كتاب الوديعة لوحة رقم (380).**
8. كتب في أول لوحة من المخطوط: بعد البسملة أحمد اللـه على الهداية والدراية، وأسأله الوقاية من البداية إلى النهاية وأصلي على المنقذ من الجهالة والغواية... وبعد فقد سألني بعض الإخوان ومن هو مني...
9. كتب في آخر لوحة: ...لأن القليل منه لا يمكن التحرز عنه فسقط اعتباره دفعاً للحرج واللـه سبحانه وتعالى اعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب.

النسخة الثانية: من مكتبة الأوقاف ببغداد، وتتصف هذه النسخة بما يأتي:

1. الخط واضح ومقروء.
2. عدد لوحاتها 735 لوحة من الحجم المتوسط.
3. عدد الأسطر في كل صفحة (29) سطراً.
4. عدد الكلمات في السطر (10-12) تقريباً.
5. لون اللوحات يميل إلى اللون الأبيض.
6. كتب في أول لوحة: بعد البسملة أحمد اللـه على الهداية والدراية، وأسأله الوقاية من البداية إلى النهاية وأصلي على المنقذ من الجهالة والغواية....وبعد فقد سألني بعض الإخوان ومن هو مني...
7. كتب في آخر لوحة: ...لأن القليل منه لا يمكن التحرز عنه فسقط اعتباره دفعاً للحرج واللـه اعلم بالصواب.

النسخة الثالثة: من مكتبة تكلي أوغلو بأنطاليا ، تحت رقم (18607)، وتتصف هذه النسخة بما يأتي:

1. وضوح الخط.
2. عدد لوحاتها 365 لوحة في مجلدين الاول:175،والثاني: 190.
3. عدد الأسطر في كل صفحة (36) سطراً.
4. عدد الكلمات في السطر (12-17) تقريباً.
5. لون اللوحات يميل إلى اللون الأحمر.

6. المتن مكتوب بالأحمر.
7. يبدأ الجزء المراد مني تحقيقه من **كتاب الشفعة لوحة رقم (28) الى كتاب الوديعة لوحة رقم (49).**
8. كتب في أول لوحة: بعد البسملة رب يسر بالخير وصلى الـلـه على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم الحمد الـلـه على الهداية والدراية، وأسأله الوقاية من البداية إلى النهاية وأصلي على المنقذ من الجهالة والغواية....وبعد فقد سألني بعض الإخوان ومن هو مني...

النسخة الرابعة: من مكتبة سليم آغا، إستانبول، تحت رقم (351)، وتتصف هذه النسخة بما يأتي:

1. وضوح الخط.
2. عدد لوحاتها 377 لوحة من الحجم المتوسط.
3. عدد الأسطر في كل صفحة (31) سطراً.
4. عدد الكلمات في السطر (12-14) تقريباً.
5. لون اللوحات يميل إلى اللون الأبيض.
6. المتن مكتوب بالأحمر.
7. يبدأ الجزء المراد مني تحقيقه من **كتاب الشفعة لوحة رقم (206) الى كتاب الوديعة لوحة رقم (229).**
8. كتب في أول لوحة: بعد البسملة احمد الـلـه على الهداية والدراية، وأسأله الوقاية من البداية إلى النهاية وأصلي على المنقذ من الجهالة....وبعد فقد سألني بعض الإخوان ومن هو مني...

النسخة الخامسة: من مكتبة الحميدية، إستانبول، تحت رقم (481)، وتتصف هذه النسخة بما يأتي:

1. وضوح الخط.
2. عدد لوحاتها 379 لوحة من الحجم المتوسط.
3. عدد الأسطر في كل صفحة (37) سطراً.
4. عدد الكلمات في السطر (12-13) تقريباً.
5. لون اللوحات يميل إلى اللون الأبيض.
6. المتن مكتوب بالأحمر.
7. يبدأ الجزء المراد مني تحقيقه من **كتاب الشفعة لوحة رقم (202)الى كتاب الوديعة لوحة رقم (235).**
8. كتب في أول لوحة: بعد البسملة احمد الـلـه على الهداية والدراية، وأصلي على المنقذ من الجهالة....وبعد فقد سألني بعض الإخوان ومن هو مني...

النسخة السادسة: من مكتبة مراد مُلا، استانبول، تحت رقم (925)، وتتصف هذه النسخة بما يأتي:

1. الخط واضح ومقروء.
2. عدد لوحاتها 407لوحة.
3. عدد الأسطر في كل صفحة (31) سطراً.
4. عدد الكلمات في السطر (15-18) تقريباً.
5. لون اللوحات يميل إلى اللون الأحمر.
6. المتن مكتوب بالأحمر.
7. سقط الجزء المراد مني تحقيقه من **كتاب الشفعة لكنه يبدأ من نهاية كتاب الاجارة (243) الى كتاب الوديعة لوحة رقم (247).**

8. كتب في أول لوحة: بعد البسملة وصلى الـلـه على سيدنا محمد وآله احمد الـلـه على الهداية والدراية، وأسأله الوقاية من البداية إلى النهاية وأصلي على المنقذ من الجهالة....وبعد فقد سألني بعض الإخوان ومن هو مني...

النسخة السابعة: من مكتبة نور عثمانية، إستانبول، تحت رقم (1660)، وتتصف هذه النسخة بما يأتي:

1. الخط واضح ومقروء.
2. عدد لوحاتها 686 لوحة بجزئيين الاول 322 لوحة والجزء الثاني 364 لوحة.
3. عدد الأسطر في كل صفحة (25) سطراً سوى اللوحة الأولى التي بلغت (18) سطراً.
4. عدد الكلمات في السطر (12-16) تقريباً.
5. لون اللوحات يميل إلى اللون الأحمر.
6. المتن مكتوب بالأحمر.
7. يبدأ الجزء المراد مني تحقيقه من **كتاب الشفعة لوحة رقم (47)من الجزء الثاني الى كتاب الوديعة لوحة رقم (79).**
8. كتب في أول لوحة: بعد البسملة احمد الـلـه على الهداية والدراية، وأسأله الوقاية من البداية إلى النهاية وأصلي على المنقذ من الجهالة....وبعد فقد سألني بعض الإخوان ومن هو مني...

النسخة الثامنة :من مكتبة الملك عبد العزيز ،المدينة المنورة، وقف القازانية تحت رقم (31) وتتصف هذه النسخة بما يأتي:

1. الخط واضح ومقروء.
2. عدد لوحاتها 904 لوحة بجزئيين الاول 446 لوحة والجزء الثاني 458 لوحة.
3. عدد الأسطر في كل صفحة (23) سطراً .
4. عدد الكلمات في السطر (10-12) تقريباً.
5. لون اللوحات يميل إلى اللون الاصفر.
6. المتن مكتوب بالأحمر.
7. يبدأ الجزء المراد مني تحقيقه من **كتاب الشفعة لوحة رقم (87)من الجزء الثاني الى كتاب الوديعة لوحة رقم (126).**
8. كتب في أول لوحة: بعد البسملة احمد الـلـه على الهداية والدراية، وأسأله الوقاية من البداية إلى النهاية وأصلي على المنقذ من الجهالة....وبعد فقد سألني بعض الإخوان ومن هو مني...

النسخة التاسعة: من مكتبة الحرم المكي، تحت رقم (2060و2061) وتتصف هذه النسخة بما يأتي :

1. الخط واضح ومقروء.
2. عدد لوحاتها 935 لوحة بجزئيين الاول 370 لوحة والجزء الثاني 565 لوحة بتسلسل مستمر.
3. عدد الأسطر في كل صفحة (23) سطراً .
4. عدد الكلمات في السطر (10-12) تقريباً.
5. لون اللوحات يميل إلى اللون الاصفر.

6. المتن مكتوب بالأحمر.
7. يبدأ الجزء المراد مني تحقيقه من **كتاب الشفعة لوحة رقم (452) الى كتاب الوديعة لوحة رقم (513).**
8. كتب في أول لوحة: بعد البسملة أحمد اللـه على الهداية والدراية، وأسأله الوقاية من البداية إلى النهاية وأصلي على المنقذ من الجهالة....وبعد فقد سألني بعض الإخوان ومن هو مني...

المطلب الثاني

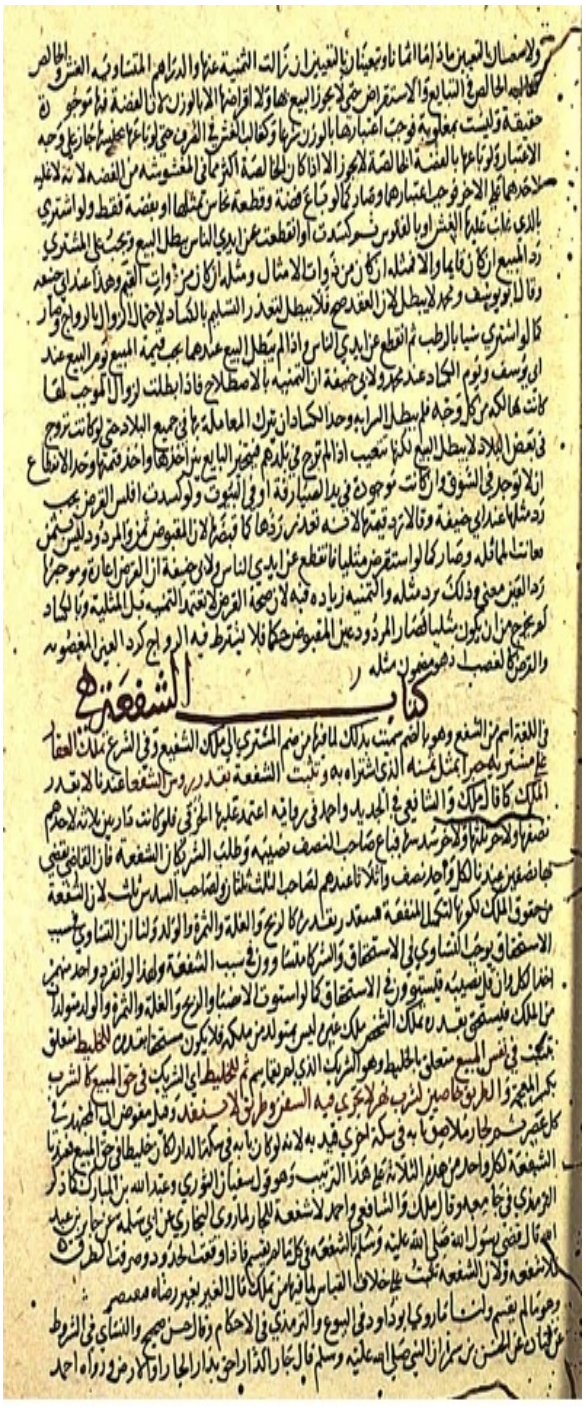
صور المخطوطة

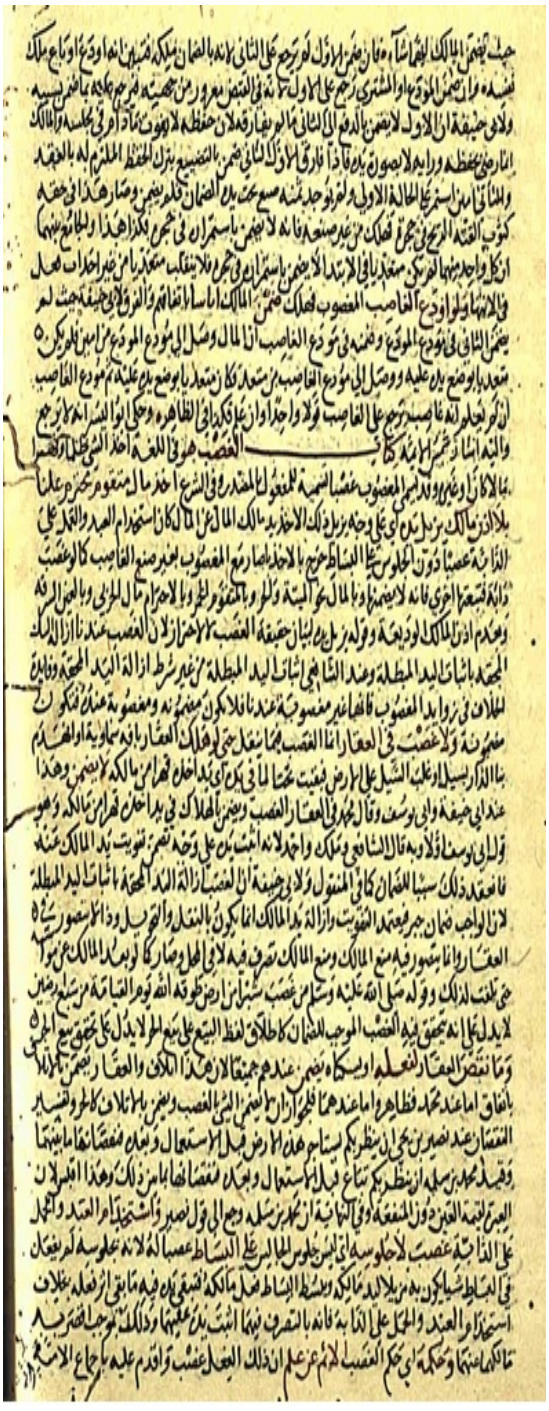
صورة من الصّفحة الأولى والأخيرة من النسخة الازهري والتي رمزت لها: (أ).



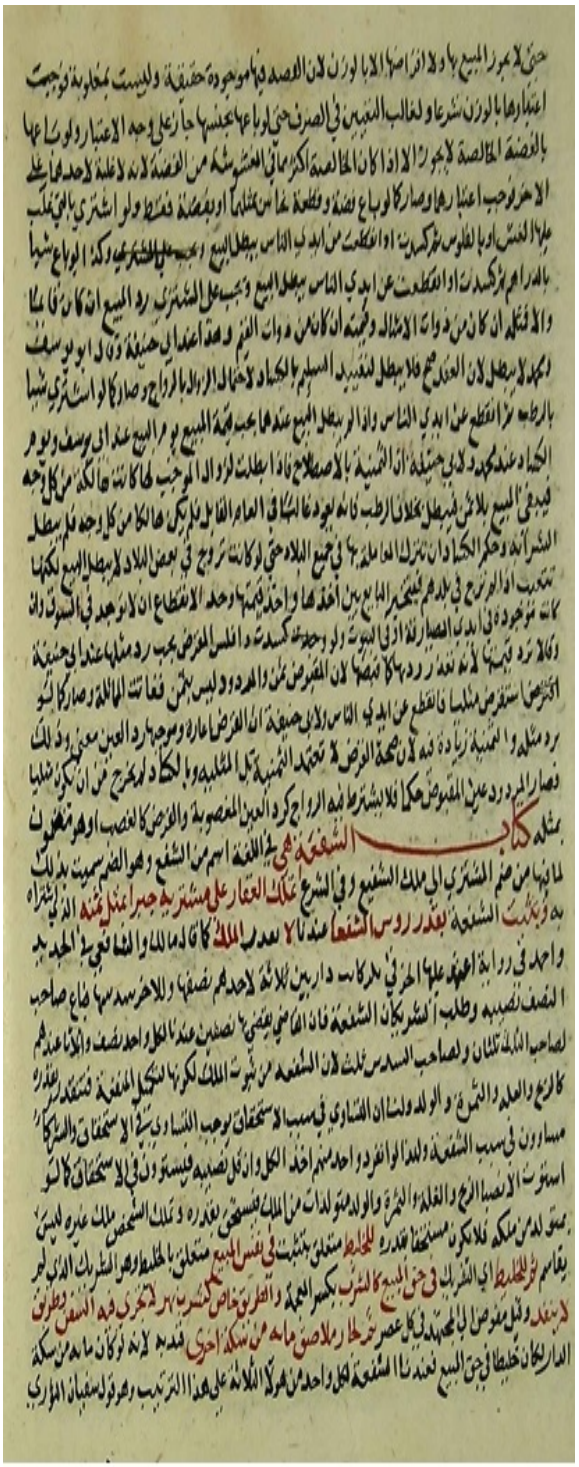


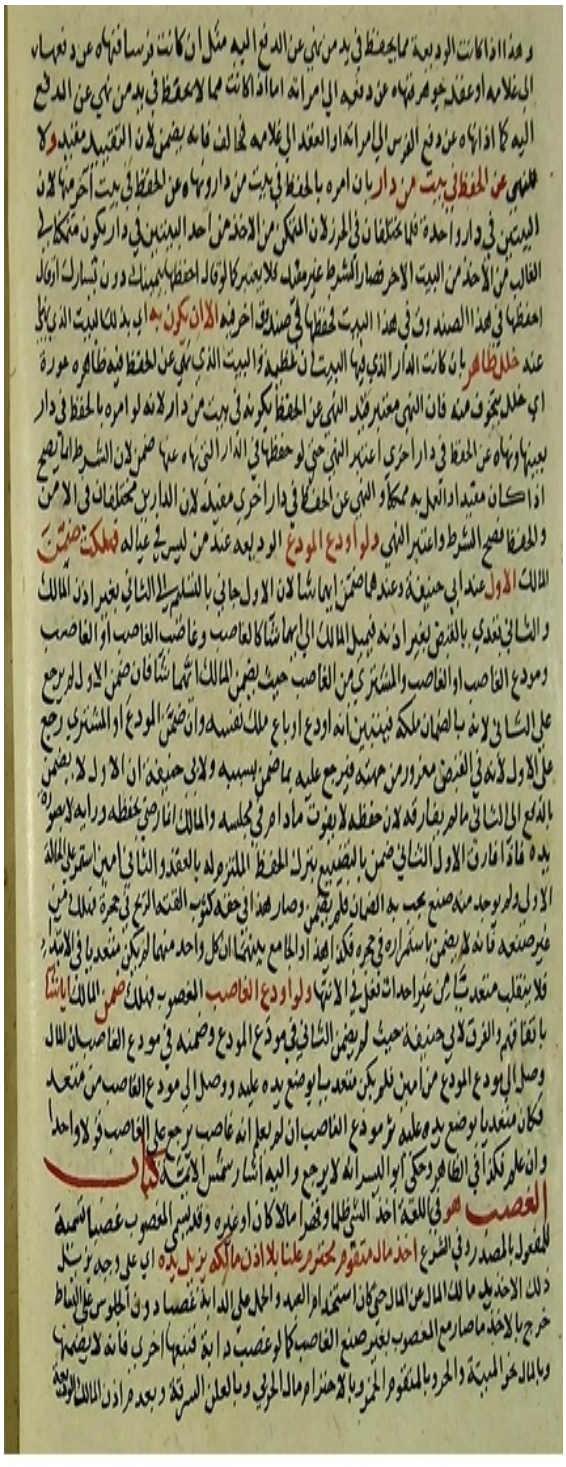
صورة من الصّفحة الأولى والأخيرة من نسخة تكلي أوغلو والتي رمزت لها: (ت).



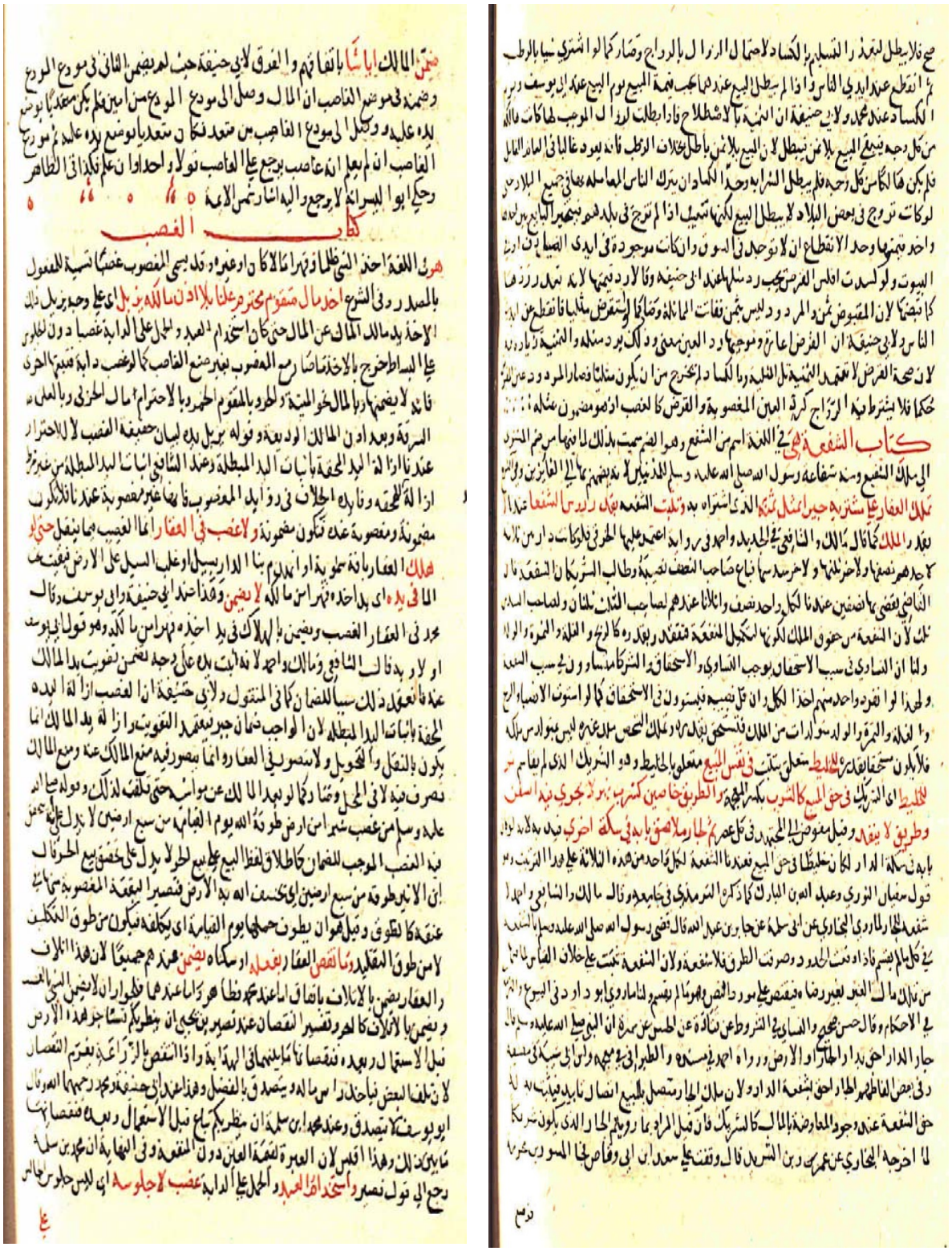


صورة من الصّفحة الأولى والأخيرة من نسخة **سليم آغا** والتي رمزت لها: (س).



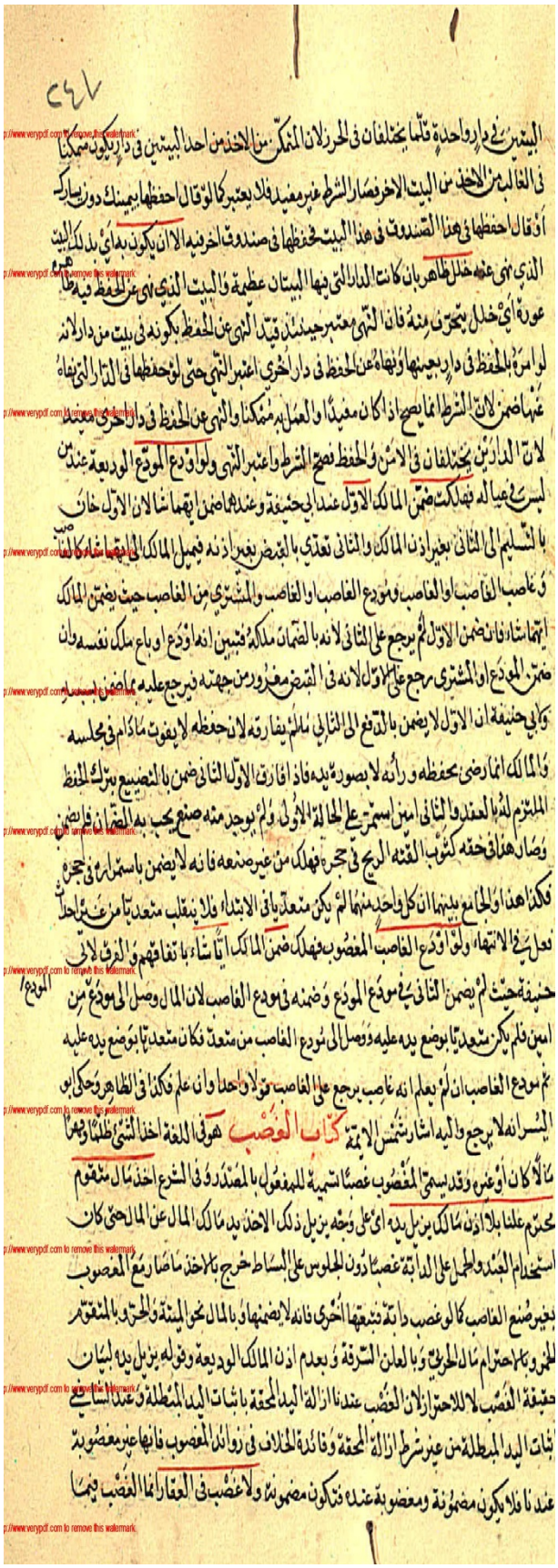


صورة من الصّفحة الأولى والأخيرة من نسخة **الحميدية** والتي رمزت لها: (ح).

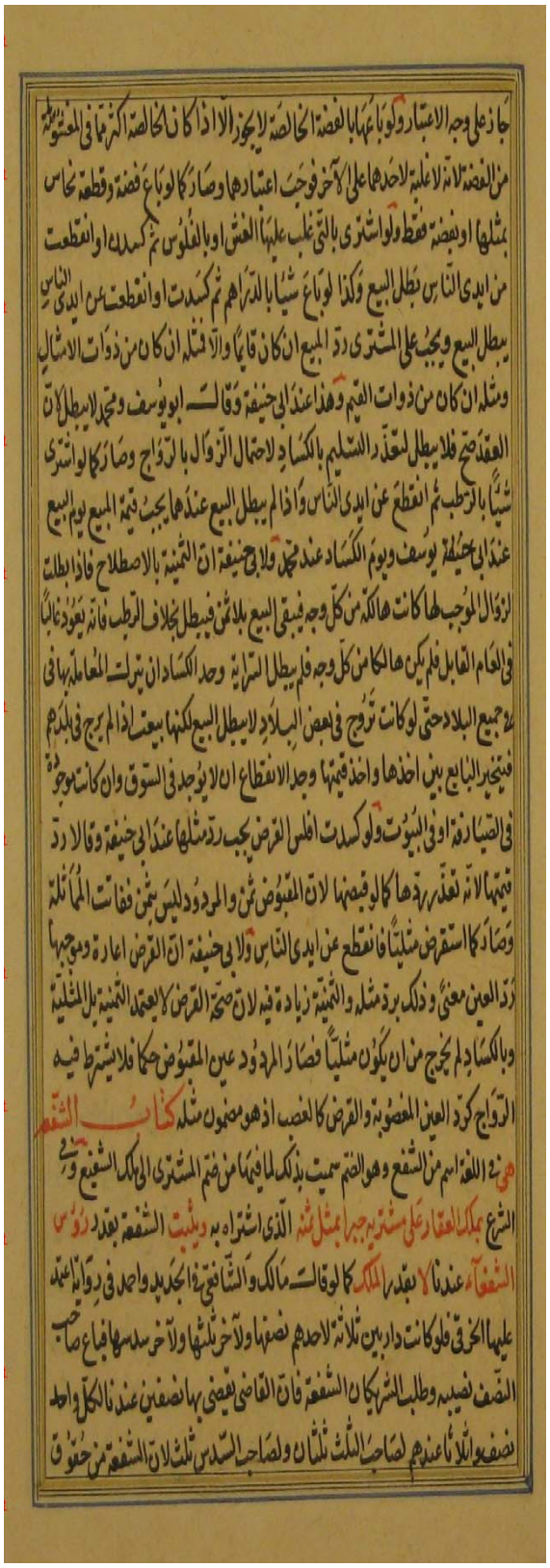


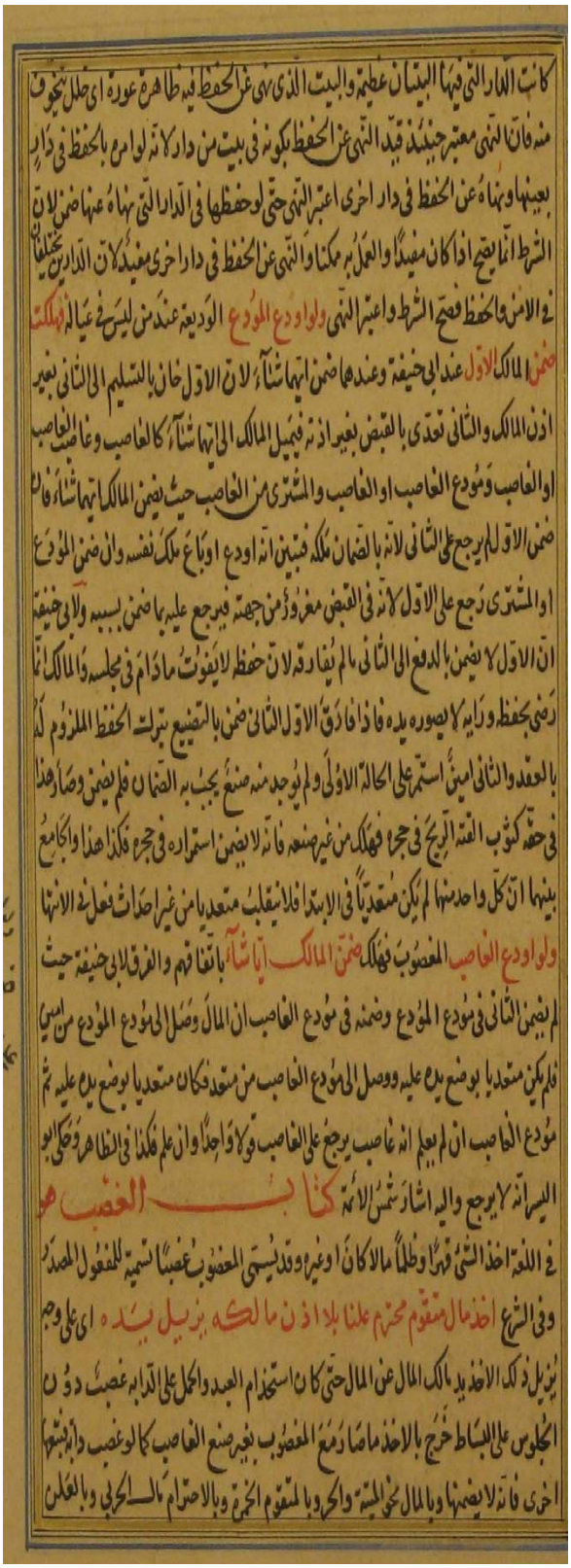
صورة من الصّفحة الأولى والأخيرة من نسخة **مراد مُلا** والتي رمزت لها: (م).





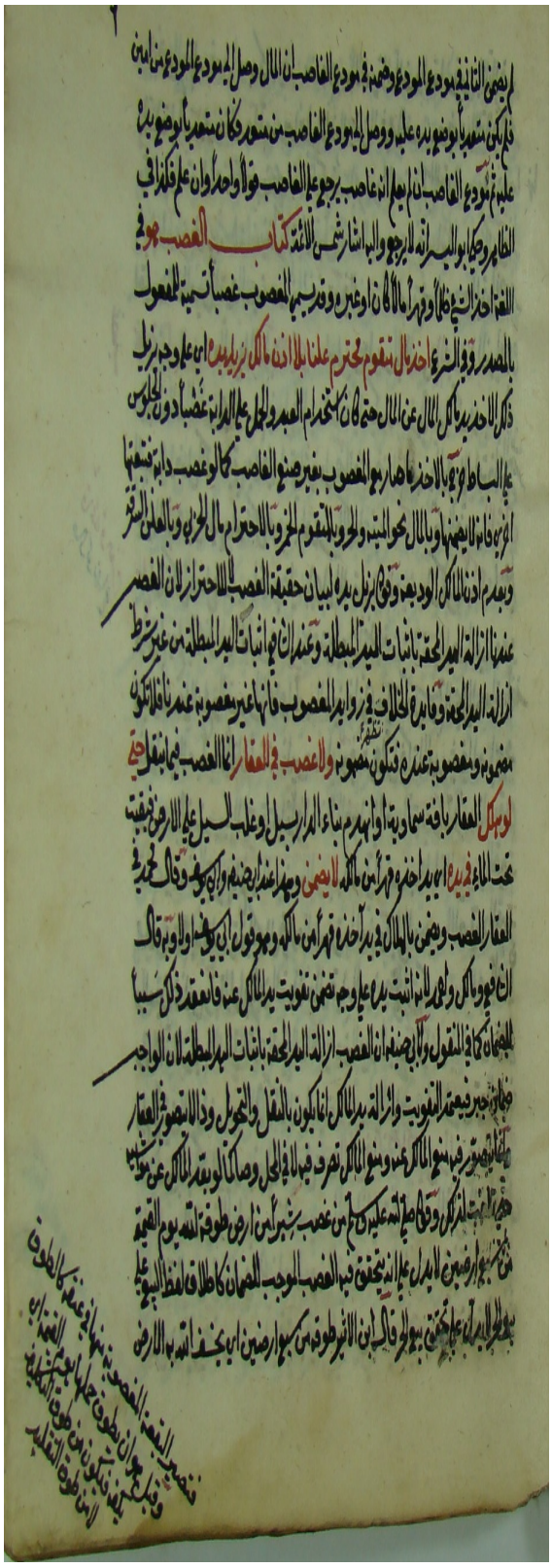
صورة من الصّفحة الأولى والأخيرة من نسخة **نور العثمانية** والتي رمزت لها: (ن).



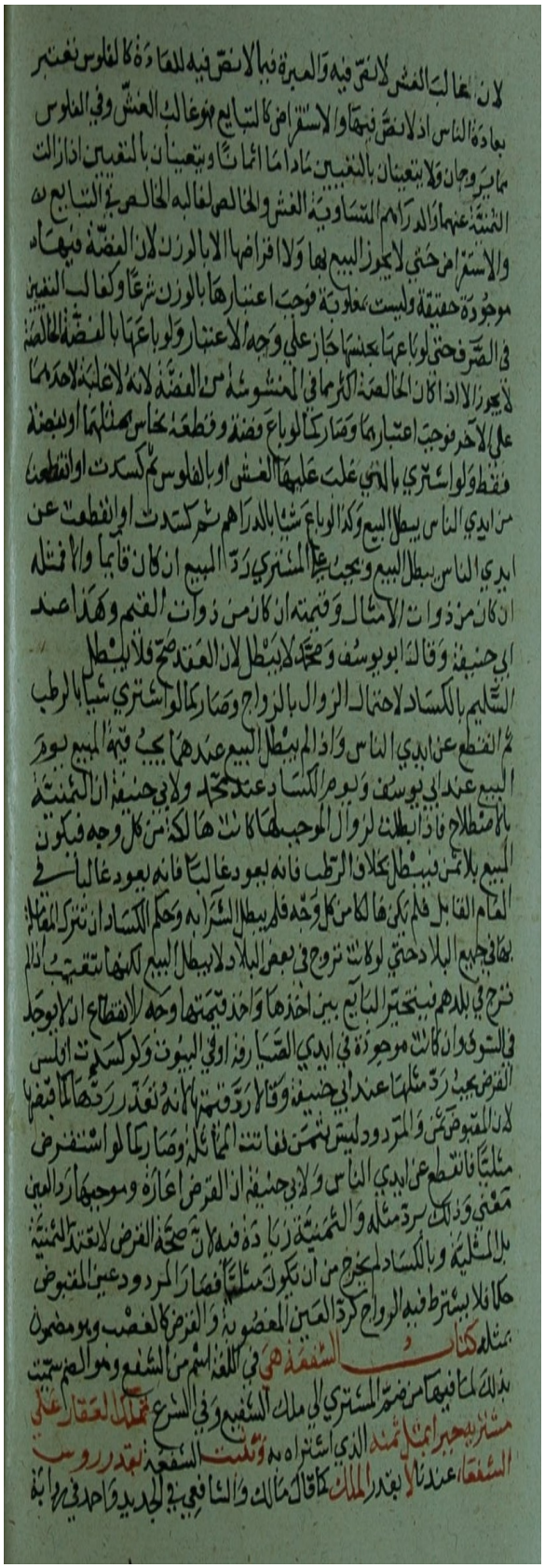


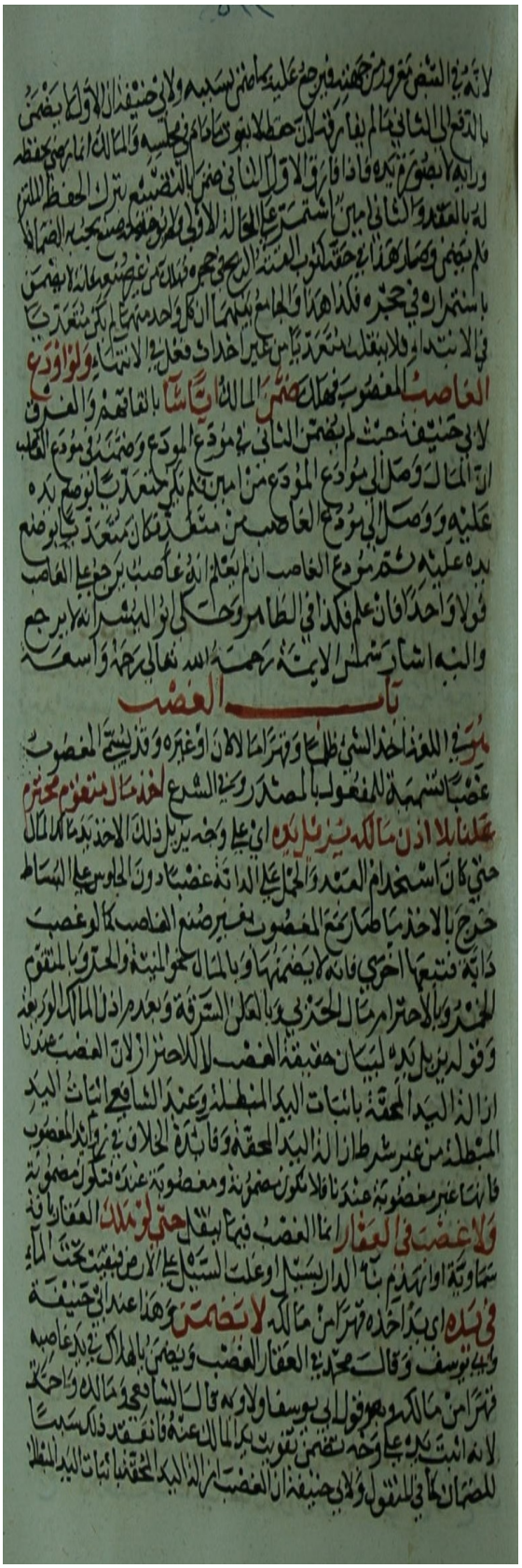
صورة من الصّفحة الأولى والأخيرة من نسخة **الملك عبد العزيز** والتي رمزت لها: (ع).





صورة من الصّفحة الأولى والأخيرة من نسخة **الحرم المكي** والتي رمزت لها: (ك).





القسم الثاني

قسم التحقيق

كتاب الشفعة

كِتَابُ الشُّفْعَةِ

هي تَمَلُّكُ العَقَارِ عَلَى مُشْتَرِيهِ، جَبْراً بِمِثْلِ ثَمَنِهِ، وتَثْبُتُ بقَدْرِ رُؤوسِ الشُّفَعَاءِ لَا المِلْكِ...

كِتَابُ الشُّفْعَةِ

(هي) فِي اللُّغَةِ: اسمٌ مِنْ الشَّفْعِ، وَهُوَ الضَّمُّ[1]، سُمِّيَتْ بِذَلِكَ؛ لِمَا فِيهَا مِنْ ضَمِّ الْمُشْتَرَى إلى مِلْكِ الشَّفِيعِ[2]، [وَمِنْهُ شَفَاعَةُ النَّبِيِّ ﷺ لِلْمُذْنِبِيْنَ؛ لِأَنَّهُ يَضُمُّهُمْ بِهَا إِلَى الْفَائِزِينَ][3][4].

وفِي الشَّرْعِ: **(تَمَلُّكُ[5] العَقَارِ[6] عَلَى مُشْتَرِيهِ، جَبْراً بِمِثْلِ ثَمَنِهِ)**[7] الَّذِي اشْتَرَاهُ بِهِ.

(وتَثْبُتُ)[8] الشُّفْعَةُ **(بِقَدْرِ[9][10] رُؤوسِ الشُّفَعَاءِ[11])**عِنْدَنَا، **(لَا)** بقَدْرِ**(الْمِلْكِ)**، كَمَا قَالَ[12]:

---

(1) في (ت): بالضم.

(2) وهو أن يشفعك فيما تطلب حتى تضمه إلى ما عندك فتزيده وتشفعه بها، أَيْ: إنه كان وترا واحدا فضم إليه ما زاده وشفعه به، وشفع فلان لفلان إذا جاء ثانيه ملتمسا مطلبه ومعينا له. ينظر: القزويني، أحمد بن فارس بن زكريا الرازي (1979م)، معجم مقاييس اللغة ت: عبد السلام محمد هارون،ج3، ص231، دار الفكر، بيروت. والهروي، محمد بن أحمد بن الأزهري (2001م)، تهذيب اللغة (ت: محمد عوض مرعب)، ط1، ج1، ص278، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

(3) سقط من: (ت) و(ك) و(س) و(ن) و(ب).

(4) جاء في السنة: أَنَّ الناس يأتون النبيين والمرسلين لكي يشفعون لهم، فتحيلهم الانبياء الى النبي ﷺ فيأتي النبي ﷺ ربه ساجدا تحت العرش فيقول الله عزوجل:((يا محمد، ارفع رأسك، قل تسمع، سل تعطه، اشفع تشفع، فأرفع رأسي، فأحمد ربي بتحميد يعلمنيه ربي، ثم أشفع فيحد لي حدا، فأخرجهم من النار، وأدخلهم الجنة....)). ينظر: النيسابوري، مسلم بن الحجاج القشيري (بدون تاريخ)، صحيح مسلم (ت: محمد فؤاد عبد الباقي)، باب أدنى أهل الجنة منزلة فيها، رقم:322، ج1، ص180، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

(5) في (ن): يملك.

(6) العَقارُ بالفتح: وهو كل ما له أصل من دار أو ضيعة. ينظر: المُطَرِّزِيّ، ناصر بن عبد السيد الخوارزمي، المغرب في ترتيب المعرب، ص230، دار الكتاب العربي، بيروت. والبابرتي، محمد بن محمد (بدون تاريخ)، العناية شرح الهداية، ج9، ص403، دار الفكر، بيروت.

(7) إن القياس يأبى ثبوت حق الشفعة؛ لأنه يتملك على المشتري ملكا صحيحا له بغير رضاه، وذلك لا يجوز فإنه من نوع الأكل بالباطل وتأيد هذا بقوله ﷺ:((لا يحل مال امرئ مسلم، إلا بطيب نفس منه))؛ ولأنه بالأخذ يدفع الضرر عن نفسه على وجه يلحق الضرر بالمشتري في إبطال ملكه عليه، وليس لأحد أن يدفع الضرر عن نفسه بالإضرار بغيره، ولكنا نقول: تركنا هذا القياس بالأخبار المشهورة في الباب، والأصح أن نقول: الشفعة أصل في الشرع، فلا يجوز أن يقال: إنه مستحسن من القياس، بل هو ثابت، وقد دلت على ثبوته الأحاديث المشهورة عن رسول الله ﷺ ، وعن أصحابه ﷺ. ينظر: السرخسي، محمد بن أحمد (1993م)، المبسوط، ج14، ص90، دار المعرفة، بيروت.

(8) في (ن): يثبت.

(9) في (أ): بعدد.

(10) قدر الشيء مبلغه، وهو أن يكون مساويا لغيره من غير زيادة ولا نقصان. ينظر: المُطَرِّزِيّ، المغرب في ترتيب المعرب، مصدر سابق، ج1، ص374.

(11) لاستوائهم في استحقاق الكل؛ لوجود علته، فيجب الاستواء في الحكم. ينظر: ابن عابدين، رد المحتار، مصدر سابق، ج6، ص219.

(12) في (ن): (كما لو قال).

مَالِكٌ [1]، والشَّافِعِيُّ[2] فِي الْجَدِيدِ، وأَحْمَدُ فِي رِوَايَةٍ اعْتَمَدَ عَلَيْهَا الْخِرَقِي[3][4].

فَإِنْ[5] كَانَتْ دَارٌ بَيْنَ ثَلَاثَةٍ، لِأَحَدِهِمَا نِصْفُهَا [وللْآخَرِ[6] ثُلُثُهَا][7]، وللْآخَرِ سُدُسُهَا، فَبَاعَ صَاحِبُ النِّصْفِ نَصِيبَهُ[8]، وَطَلَبَ الشَّرِيكَانِ الشُّفْعَةَ، فَإِنَّ الْقَاضِيَ يَقْضِي بِهَا نِصْفَيْنِ عِنْدَنَا: لِكُلِّ وَاحِدٍ نِصْفٌ، وَأَثْلَاثاً عِنْدَهُمْ[9]، لِصَاحِبِ الثُّلُثِ ثُلُثَانِ[10]، وَلِصَاحِبِ السُّدُسِ ثُلُثٌ[11]؛ لِأَنَّ الشُّفْعَةَ مِنْ حُقُوقِ[12] الْمِلْكِ؛ لِكَوْنِهِ[13] لِتَكْمِيلِ الْمَنْفَعَةِ فَتَتَقَدَّرُ[14] بِقَدْرِهِ: كَالرِّبْحِ، وَالْغَلَّةِ[15]، والثَّمَرَةِ والْوَلَدِ[16].

لِلْخَلِيطِ فِي نَفْسِ الْمَبِيعِ، ثم لِلْخَلِيطِ فِي حَقِّ الْمَبِيعِ: كَالشِّرْبِ، والطَرِيقِ خَاصَّيْنِ، كَشِرْبِ نَهْرٍ لَا تَجْرِي فِيهِ السُّفُنُ، وَطَرِيقٍ لَا يَنْفُذُ .

وَلَنَا: أَنَّ التَّسَاوِيَ فِي سَبَبِ الاسْتِحْقَاقِ يُوجِبُ التَّسَاوِيَ فِي الاسْتِحْقَاقِ، والشُّرَكَاءُ مُتَسَاْوونَ فِي سَبَبِ الشُّفْعَةِ، وَلِهَذَا لَوْ انْفَرَدَ واحِدٌ مِنْهُمْ أَخَذَ الكُلَّ، وإِنْ قَلَّ نَصِيبُهُ فِيَسْتَوونَ فِي الاسْتِحْقَاقِ، كَمَا لَوْ اسْتَوَتْ الْأَنْصِبَاءُ، والرِّبْحُ، وَالْغَلَّةُ، والثَّمَرَةُ،

---

(1) ينظر: الأصبحي، مالك بن أنس بن مالك بن عامر المدني(1994م)، المدونة،،ط1، ج4،ص215، دار الكتب العلمية، بيروت.

(2) ينظر: الشافعي، محمد بن إدريس بن العباس(1990م)، الأم، ج4، ص3، دار المعرفة، بيروت. والمزني، إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل، مختصر المزني(مطبوع ملحقا بكتاب الأم)، يقع في الجزء 8 من الكتاب نفس طبعة دار المعرفة، ج8، ص218.

(3) هو عمر بن الحسين، من اهل بغداد، نسبته الى بيع الخِرَق والثياب، له تصانيف احترقت، بقي منها ((المختصر في الفقه)) الذي شرحه ابن قدامة في ((المغني))، توفي بدمشق سنة (334هـ). ينظر: ابن أبي يعلى، محمد بن محمد، طبقات الحنابلة (ت: محمد حامد الفقي)، ج2، ص75، دار المعرفة، بيروت. والشيرازي، إبراهيم بن علي(1970م)، طبقات الفقهاء (ت: إحسان عباس)، ط1، ص172، دار الرائد العربي، بيروت. وابن خلكان، وفيات الأعيان، ج3، ص234.

(4) ينظر: الخرقي، عمر بن الحسين (1993م)، متن الخرقي على مذهب الامام أحمد، ص78، دار الصحابة، السعودية. وابن قدامة، عبد الله بن أحمد(1994م)، الكافي في فقه الإمام أحمد، ط1، ج2، ص232، دار الكتب العلمية، بيروت.

(5) في (ت) و(ع) و(س) و(ن) و(ب): فلو.

(6) [وللآخر] والتي تليها في (ن): ولآخر.

(7) سقط من: (ك) و(س).

(8) النصيب: الحظ من كل شيء. ينظر: ابن منظور، محمد بن مكرم بن علي(1414هـ)، لسان العرب، ط3، ج1، ص 761 ، دار صادر، بيروت.

(9) ينظر: الشافعي، الأم، مصدر سابق، ج4، ص3. وابن عبد البر، يوسف بن عبد الله (1980م)، الكافي في فقه أهل المدينة (ت: محمد ولد ماديك الموريتاني)، ط2، ج2، ص866، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض. والخرقي، المتن، مصدر سابق، ص78.

(10) في (ك): (لصاحب النصف ثلثان).

(11) في (ك): الثلث.

(12) في (ك) و(س): ثبوت.

(13) في (س) و(ن): لكونها.

(14) في (ن): (فيتعذر)، وفي (ع): (فتقدر بقدرته).

(15) في (ع): فالغلة.

والغلة: الدخل من كراء دار، وأجر غلام، وفائدة أرْض، وأغَلَّت الضيعة: أعطت الغلة، فهي مُغِلَّة إذا أتت بشيء وأصلها باقٍ، والغلة: الدخل الذي يحصل من الزرع والثمر واللبن والإجارة والنتاج ونحو ذلك. ينظر: ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، ج11، ص504.

(16) أَيْ: وأشبه الولد من الجارية المشتركة، أو البهيمة المشتركة يكون فيه الملك لكل واحد بقدر الملك في الأم. ينظر: العيني، محمود بن أحمد بن موسى(2000م)، البناية شرح الهداية، ط1، ج11، ص292، دار الكتب العلمية، بيروت.

[والوَلَدُ][(1)(2)]؛ مُتوَلِدَاتٌ مِنْ الْمِلْكِ، فَيَسْتَحِقُّ[(3)] بِقَدْرِهِ، وتَمَلُّكُ الشَّخْصِ مِلْكَ غَيْرِهِ، لَيْسَ بِمُتَوَلِّدٍ مِنْ مِلْكِه، فَلَا يَكُونُ مُسْتَحِقّاً بِقَدْرِهِ.

[1] **(لِلْخَلِيطِ)**[(4)] مُتَعَلِّقٌ بِـ «تَثْبُتُ»[(5)] **(فِي نَفْسِ الْمَبِيعِ)** مُتَعَلِّقٌ بِـ «الخَلِيْطِ[(6)]»، وَهُوَ الشَّرِيكُ الَّذِي لَمْ يُقَاسِمْ.

[2] **(ثُمَّ لِلْخَلِيْطِ)** أي: الشَّرِيكِ **(فِي حَقِّ الْمَبِيعِ: كَالشِّرْبِ)** [بِكَسْرِ الْمُعْجَمَةِ][(7)]، **(والطَّرِيقِ خَاصَّيْنِ[(8)] كَشِرْبٍ[(9)] نَهْرٍ لَا تَجْرِي[(10)] فِيهِ السُّفُنِ، وَطَرِيقٍ لَا يَنْفُذُ[(11)])**.

وَقِيْلَ: مُفَوَّضٌ إِلى[رَأْيِ][(12)] الْمُجْتَهِدِ[(13)] فِي كُلِّ عَصْرٍ.

ثُمَّ لِجَارٍ مُلَاصِقٍ بَابُهُ فِي سِكَّةٍ أُخْرَى

[3] **(ثُمَّ لِجَارٍ مُلَاصِقٍ بَابُهُ فِي سِكَّةٍ[(14)]أُخْرَى)** قَيَّدَ بِهِ؛ لِأَنَّهُ لَو كَانَ [بَابُهُ فِي][(15)] سِكَّةِ الدَّارِ، لَكَانَ خَلِيطاً فِي حَقِّ الْمَبِيعِ.

---

(1) سقط من: (ك).

(2) ما استشهد به من الولد وغيره متولد من الملك ، فيستحق بقدر الملك وتملك ملك الغير لا يتولد من ملكه فكيف يجعل من ثمراته بل العلة أصل الملك لا قدره والحكم لا يزاد بزيادة العلة، فالمبيعة إذا ولدت قبل القبض فإن المشتري يملك الولد تبعا للأم. ينظر: والزيلعي، عثمان بن علي البارعي(1313هـ)، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشِّلْبِيِّ، ط1، ج5، ص 241، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، القاهرة.

(3) في (ن) و(أ): تستحق.

(4) أي: أن سبب وجوب الشفعة أحد الأشياء الثلاثة. ينظر: الكاساني، علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الحنفي (1986م)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع،ط2، ج5، ص4، دار الكتب العلمية، بيروت.

(5) في (ن): بيثبت.

(6) في (أ): بالخلط.

(7) سقط من: (ع).

(8) في (ك): خاصتين، وفي (م): خاص.

(9) الشِّربُ بكسر الشين: الحظ من الماء، وبضمها: فعل الشارب وهو المصدر، وفي الشرع: حق الشرب والسقي، وقد قال الزيلعي معلقاً على قول من قال إن الشرب: "هو نصيب الماء" أَيْ: الشرب بالكسر نصيب الماء، والصواب نصيب من الماء، والشِّرْبُ في الشرع: هو الانتفاع بالماء سقياً للمزارع أو الدواب، وخصه المصنف بالنوع الأول ينظر: النسفي، عمر بن محمد(1311هـ)، طلبة الطلبة، ص 313، مكتبة المثنى، بغداد. والكاساني، البدائع، ج6، ص 188. والزيلعي، تبيين الحقائق ، مصدر سابق، ج6، ص 39.

(10) في (ن) و(ع): يجري.

(11) والمراد بعدم النفاذ أن يكون بحيث يمنع أهله من أن يستطرقه غيرهم، فلو بيع عقار بلا شرب وطريق وقت البيع، فلا شفعة فيه من جهة حقوقه ولو شاركه أحد في الشرب وآخر في الطريق فصاحب الشرب أولى. ينظر ابن عابدين، رد المحتار، مصدر سابق، ج6، ص220.

(12) سقط من: (ت) و(ك) و(س) و(أ)(ن) و(ب).

(13) المراد بالمجتهد: هو الحاكم ذو الرأي المصيب للعلم بانقطاع المجتهد المصطلح عليه. ينظر: ابن عابدين، رد المحتار، مصدر سابق، ج6، ص220.

(14) السكة: هي الزقاق الواسع، وسميت كذلك؛ لاصطفاف الدور فيها، فيقال للطريقة المستوية المصطفة: (سِكَّة). ينظر: الأنباري، محمد بن القاسم (1992م)، الزاهر في معاني كلمات الناس (ت: د. حاتم الضامن)، ط1،ج1، ص403، الرسالة، بيروت. والمُطَرِّزِيّ، ناصر بن عبد السيد الخوارزمي، المغرب في ترتيب المعرب، ص230، دار الكتاب العربي، بيروت.

(15) سقط من: (ن). وفي (ك) و(س): (بابه من).

فَقَيَّدنَا الشُّفْعَةَ[1] لِكُلِّ واحَدٍ مِنْ هَذِهِ الثَّلَاثَةِ عَلَى هَذَا التَّرْتِيبِ[2]، وَهُوَ قَوْلُ سُفْيَانَ الثَّوْرِيِّ[3] وَعَبْدِاللهِ بْنِ الْمُبَارَكِ[4]، كمَا ذَكَرَهُ[5] التِّرْمِذِيُّ فِي «جَامِعِهِ»[6]

وقَالَ مَالِكٌ[7]، والشَّافِعِيُّ[8]، وأَحْمَدُ[9]: لَا شُفْعَةَ لِلْجَارِ؛ لِمَا رَوَى الْبُخَارِيُّ: عَنْ أَبِي سَلَمَةَ إبْنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ، عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللهِ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا، قَالَ:((قَضَى النَّبِيُّ ﷺ بِالشُّفْعَةِ فِي كُلِّمَا لَمْ يُقْسَمْ[10]، فَإِذَا / وَقَعَتِ الحُدُوْدُ، وَصُرِّفَتِ الطُّرُقُ[11]، فَلاَ شُفْعَةَ))[12]؛ ولِأَنَّ الشُّفْعَةَ تَثْبُتُ عَلَى خِلَافِ الْقِيَاسِ؛ لِمَا فِيهَا[13] [مِنْ][14] تَمَلُّكِ مَالِ الغَيْرِ بِغَيْرِ رِضَاهُ، فَيُقْتَصَرُ[15] [عَلَى مَوْرِدِ النَّصِّ][16]، وَهُوَ:« مالَمْ يُقْسَمْ »[17].

---

(1) في (ن): قيد بالشفعة.

(2) روى بعض الرواة: أن الشريك أحق من الخليط، والخليط أحق من الشفيع، فالشريك يكون في نفس المبيع، والخليط يكون في حقوق المبيع، سمّي خليطا؛ لاختلاط بينهما فيما يتأتى به الانتفاع مع تميز الملك، والشفيع هو الجار، وفيه دليل: أن حق الشفعة على مراتب، وأن البعض مقدم على البعض بقوة سببه. ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج14، ص92.

(3) هو سفيان بن سعيد بن مسروق الثوري، أمير المؤمنين في الحديث، كان سيد أهل زمانه، ولد ونشأ في الكوفة، وسكن مكة والمدينة، وانتقل إلى البصرة فمات فيها توفي سنة (161هـ)، له من الكتب: ((الجامع الكبير))، و((الجامع الصغير))، كلاهما في الحديث، وكتاب في ((الفرائض)). ينظر: ابن سعد، محمد بن سعد (1990م)، الطبقات الكبرى (ت: محمد عبد القادر عطا)، ط1، ج6، ص257، دار الكتب العلمية، بيروت. والخطيب، تاريخ بغداد، ج9، ص151. وابن حجر، أحمد بن علي(1326هـ)، تهذيب التهذيب، ط1، ج4، ص 111 - 115، مطبعة دائرة المعارف النظامية، الهند.

(4) هو عبد الله بن المبارك بن واضح التَّميمي المَرْوَزِيّ، وقال الذهبي: كان رأساً في الذكاء، والشجاعة والجهاد والكرم، وقال الفزاري: كان إمام المسلمين، من مؤلفاته: ((الجهاد)) و((الزهد))، توفي سنة (181هـ). ينظر: الذهبي، سير أعلام النبلاء، مصدر سابق، ج7، ص365-370. والصفدي، صلاح الدين خليل بن أيبك (2000م)، الوافي بالوفيات (تحقيق: أحمد الأرناؤوط، وتركي مصطفى)، ط1، ج17، ص226-227، دار إحياء التراث، بيروت. والسيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر(1403)، طبقات الحفاظ، ط1، ص123-124، دار الكتب العلمية، بيروت.

(5) في (ك) و(س) و(ن): ذكر.

(6) ينظر: الترمذي، محمد بن عيسى(1998م)، سنن الترمذي (ت: بشار عواد)، ط1، باب ما جاء إذا حدت الحدود ووقعت السهام فلا شفعة، رقم: 1368، ج3،ص46، دار الغرب الإسلامي، بيروت.

(7) ينظر: ابن عبد البر، الكافي، مصدر سابق، ج2، ص852.

(8) ينظر: الشافعي، الأم، مصدر سابق، ج6، ص209.

(9) ينظر: الشيباني، أحمد بن محمد بن حنبل، مسائل الإمام أحمد بن حنبل رواية ابن أبي الفضل صالح، ج1، ص416، الدار العلمية، الهند.

(10) القَسْمُ: مصدر قَسَمَ، وقَسَّمَه: جزّأه، وهي القِسْمَةُ، والقِسْم: النصيب والحظ، والجمع أقسام، والقِسْم: نصيب الإنسان من الشيء، يقال: قَسَمْت الشيء بين الشركاء، وأعطيت كل شريك مِقْسَمه، وقِسْمه، وقَسِيمه. ينظر: النسفي، طلبة الطلبة، مصدر سابق، ص40. والفيومي، أحمد بن محمد بن علي(بدون تاريخ)، المصباح المنير،(بدون طبعة)، ص 192، المكتبة العلمية، بيروت..

(11) في (ن): الطريق. ولم اجده بهذا اللفظ في كتب الحديث الشريف.

(12) ينظر: البخاري، محمد بن إسماعيل(1422هـ)، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله ﷺ وسننه وأيامه - صحيح البخاري- (ت: محمد زهير الناصر)، ط1، رقم: 6976، ج9، ص27، دار طوق النجاة، بيروت. وقد جاء بلفظ آخر عن عبد الرزاق عن معمر قال: « قضى النبي ﷺ بالشفعة في كل مال لم يقسم». ينظر: المصدر السابق، ج3، ص79.

(13) في (أ): فيه.

(14) سقط من: (ن) و(أ).

(15) في (ك): فتقتصر ، وفي (أ): فيقصر.

(16) سقط من: (ت) و(ك) و(س) و(ع).

(17) في (ك) و(س): ينقسم.

وَلَنَا: مَا رَوَى أَبُو دَاوُدَ فِي الْبُيُوعِ، والتِّرْمِذِيُّ فِي الأَحْكَامِ، وقَالَ: حَسَنٌ صَحِيْحٌ، وَالنَّسَائِيُّ فِي الشُّرُوطِ، عَنْ قَتَادَةَ، عَنِ الْحَسَنِ، عَنْ سَمُرَةَ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ:((**جَارُ الدَّارِ أَحَقُّ بِدَارِ الْجَارِ، أَوْ الْأَرْضِ**[1]))[2].

ورواه أَحْمَدُ فِي ((مُسْنَدِهِ))، والطَّبَرَانِيُّ[3] فِي ((مُعْجَمِهِ))، وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ[4] فِي ((مُصَنَّفِهِ))، وفِي بَعْضِ أَلْفَاظِهِمْ: ((الْجَارُ أَحَقُّ بشُفْعَةِ الدَّارِ))[5]، ولِأَنَّ مِلْكَ الْجَارِ مُتَصِلٌ بالْمَبِيعِ اتْصَالَ تَأْبِيدٍ، فَثَبَتَ[6] لَهُ بِهِ حَقُّ الشُّفْعَةِ عِنْدَ وُجُودِ المُعَاوَضَةِ بِالْمَالِ كالشَّرِيكِ.

فَإِنْ قِيلَ: الْمُرَادُ بِمَا رَوَيْتُمْ الْجَارَ الَّذِي يَكُونُ شَرِيكاً؛ لِمَا أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ: عَنْ عَمْرِو بْنِ الشَّرِيدِ[7]، قَالَ: وَقَفْتُ[8] عَلَى سَعْدِ بْنِ أَبِي وَقَّاصٍ، فَجَاءَ المِسْوَرُ بْنُ مَخْرَمَةَ، فَوَضَعَ يَدَهُ عَلَى إِحْدَى مَنْكِبَيَّ، إِذْ جَاءَ أَبُو رَافِعٍ مَوْلَى النَّبِيِّ ﷺ، فَقَالَ: يَا سَعْدُ ابْتَعْ مِنِّي بَيْتَيَّ فِي دَارِكَ؟ فَقَالَ سَعْدٌ: وَاللَّهِ مَا أَبْتَاعُهُمَا، فَقَالَ المِسْوَرُ: وَاللَّهِ لَتَبْتَاعَنَّهُمَا، فَقَالَ سَعْدٌ: [وَاللَّهِ][9] لاَ أَزِيدُكَ عَلَى أَرْبَعَةِ آلاَفٍ مُنَجَّمَةً، أَوْ مُقَطَّعَةً، قَالَ أَبُو رَافِعٍ: لَقَدْ أُعْطِيتُ بِهَا خَمْسَ مِائَةِ دِينَارٍ، وَلَوْلاَ أَنِّي سَمِعْتُ النَّبِيَّ ﷺ يَقُولُ:((الجَارُ أَحَقُّ بِسَقَبِهِ[10]))،

---

(1) في (أ): والارض.

(2) ينظر: أبو داود، سليمان بن الأشعث (بدون تاريخ)، سنن أبو داود (ت: محمد محيي الدين عبد الحميد)، بدون طبعة، باب في الشفعة، رقم: 3517، ج3، ص286،المكتبة العصرية، بيروت.(واللفظ له). والترمذي، سنن الترمذي، مصدر سابق، باب ما جاء بالشفعة، رقم: 1368، ج3،ص43. والنسائي، أحمد بن شعيب(2001م)، السنن الكبرى (ت: حسن عبد المنعم شلبي)، ط1، باب الشروط، رقم: 11717، ج10، ص 365، مؤسسة الرسالة، بيروت.

(3) هو سليمان بن أحمد بن أيّوب اللحمي الطبرانيّ، أبو القاسم، نسبة إلى طبرية، مدينة من الأردن، قال اللكنوي: كان ثقة صدوقاً عارفاً واسع الحفظ بصيراً بالعلل والرجال، كثير التصانيف النافعة، قال الذهبي: مسند العصر، واسع الحفظ بصيراً بالعلل والرجال والأبواب، من مؤلفاته: ثلاثة ((معاجم)) في الحديث، و((دلالة النبوة))، (260-360هـ). ينظر: ابن خلكان، وفيات الأعيان، مصدر سابق، ج2، ص407. والذهبي، تذكرة الحفاظ،ج3، ص85-88.

(4) هو عبد الله بن محمد بن أبي شَيْبَة إبراهيم بن عثمان الكوفي العبسي، أبو بكر، قال أبو زُرْعَة: ما رأيت أحفظ منه، من مؤلفاته: ((المسند))، و((الإيمان))، و((الزكاة))، توفي سنة(235هـ). ينظر: الذهبي، العبر، مصدر سابق ج1، ص331. والصفدي، الوافي بالوفيات، مصدر سابق، ج17، ص237-238.

(5) ينظر: الشيباني، أحمد بن حنبل (2001م)، المسند (ت: شعيب الأرناؤوط، وعادل مرشد وآخرون)، ط1، رقم: 20088، ج33، ص279، مؤسسة الرسالة، بيروت. والطبراني، سليمان بن أحمد (بدون تاريخ)، المعجم الكبير (ت: حمدي السلفي)، ط2، باب قتادة، رقم:6802، ج7، ص 196، مكتبة ابن تيمية القاهرة وابن أبي شيبة، عبد الله بن محمد بن إبراهيم (1409هـ)، المصنف (ت: كمال يوسف الحوت)، ط1، رقم: 22720، ج4، ص518، مكتبة الرشد، الرياض.

(6) في (ت) و(ك) و(س) و(ن) و(ب): فتثبت.

(7) وفي (ج): الشريك.

(8) الوقف: حبس العين على ملك الواقف، والتصدق بمنفعتها، أو صرف منفعتها على من أحب، وعندهما: حبسها لا على ملك أحد غير الله تعالى، مع التصدق بمنفعتها، وقيل الفتوى على قوليهما. ينظر: ابن الهمام، محمد بن عبد الواحد السيواسي بدون تاريخ، فتح القدير، بدون طبعة، ج6، ص 200، دار الفكر، دمشق. والجرجاني، علي بن محمد بن علي(1983م)، التعريفات (ت: جماعة من العلماء بإشراف الناشر)، ط1، ص 253، دار الكتب العلمية بيروت. والميداني، عبد الغني بن طالب (1298هـ)، اللباب في شرح الكتاب (ت: محمد محيي الدين)، ج2، ص 180، المكتبة العلمية، بيروت.

(9) سقط من:(ك). ولم أجد رواية بسقط القسم في كتب الحديث.

(10) في (ك) و(أ): (بصقبه). وهو رواية في البخاري، الجامع المسند الصحيح، مصدر سابق، باب احتيال العامل ليهدى له، رقم: 6579، ج6، ص2560.

وفي (س) و(ب): (بشفعته). وهي رواية عند ابن ابي شيبة، المصنف، مصدر سابق، رقم: 22719، ج4، ص518.

مَا أَعْطَيْتُكَهَا بِأَرْبَعَةِ آلَافٍ، وَأَنَا أُعْطَى بِهَا خَمْسَ مِائَةِ دِينَارٍ، فَأَعْطَاهَا إِيَّاهُ[1].

أُجِيبَ: بِأَنَّ هَذَا مُعَارَضٌ بِمَا أَخْرَجَهُ النَّسَائِيُّ، وابْنُ مَاجَه،[عَنْ عَمْرِو بْنِ الشَّرِيدِ عَنْ أَبِيهِ أَنَّ رَجُلًا][2] قَالَ: يَا رَسُولَ اللهِ، أَرْضٌ لَيْسَ فِيهَا[3] لِأَحَدٍ قِسْمٌ وَلَا شِرْكٌ[4] إِلَّا الْجِوَارُ، قَالَ ﷺ:((الْجَارُ أَحَقُّ بِسَقَبِهِ))[5].

وفِي غَرِيْبِ الْحَدِيْثِ: الصَّقْبُ بِـ«الصَّادِ»، مَا قَرُبَ مِنْ الدَّارِ، ويَجُوزُ أن يُقَالَ: «بِسَقْبِهِ» فِيَكُونُ «السِّينُ» عِوَضٌ [عَنْ][6] «الصَّادِ»[7].

وَأُجِيبَ عَنْ حَدِيثِ جَابِرٍ رضي الله عنه: بِأَنْ تَخْصِيصَ مَالَمْ يُقْسَمْ بِالذِّكْرِ، لَا يَدُلُّ عَلَى نَفِي الحُكْمِ عَمَّا عَدَاهُ، وقَوْلُهُ:((فَإِذَا وَقَعَتْ الحُدُودُ وصُرِّفَتْ الطُّرُقُ فَلَا شُفْعَةَ))، مِنْ كَلَامِ الرَّاوِي، فَلَا يَكُونُ حُجَّةً فِي عَدَمِ اسْتِحْقَاقِ الشُّفْعَةِ لِلْجَارِ، مَعَ مَا رَوَيْنَا مِنْ مَرْفُوعِ الأَخْبَارِ، ولو سُلِّمَ أَنَّهُ مِنْ كَلَامِ النَّبِيِّ ﷺ، فَمَعْنَاهُ: لَا شُفْعَةَ بِسَبَبِ الْقِسْمَةِ[8]؛ دَفْعاً لِتَوَهُّمِ أَنَّ الْقِسْمَةَ تَثْبُتُ[9] بِهَا الشُّفْعَةُ كَالْبَيْعِ، لِمَا فِيهَا مِنْ مَعْنَى التَّمْلِيكِ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْ الشَّرِيكَيْنِ لِلْآخَرِ.

وفِي ((مَعَانِي الْآثَارِ))[10]:((فَإِنْ قِيلَ لِمَ أَوْجَبْتَ الشُّفْعَةَ عَلَى هَذَا التَّرْتِيبِ، ولَمْ تَجْعَلْهَا[11] لَهُمْ جَمِيعاً إِذَا حَضَرُوا وَطَلَبُوا؟.

---

(1) ينظر: البخاري، الجامع المسند الصحيح، مصدر سابق، باب عرض الشفعة على صاحبها قبل البيع، رقم: 2139، ج2، ص787.

(2) في جميع نسخ المخطوط جاء الاثر بهذا اللفظ، وهو غير موجود بكتب الحديث الشريف. بل يوجد بدل عنها:((عن عمرو بن الشريد بن سويد، عن أبيه، قال: قلت: يا رسول الله.....)).

(3) في (أ): (فيه)، وفي (ع): (لا احد فيها)، تقديم وتأخير.

(4) في (ك) و (س) و(أ): شريك.

(5) ينظر: ابن ماجة، محمد بن يزيد القزويني (بدون تاريخ)، سنن ابن ماجة (تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي)، بدون طبعة، رقم: 2496، ج3،ص543، دار إحياء الكتب العربية، فيصل عيسى البابي الحلبي. والنسائي، السنن الكبرى، باب ذكر الشفع وأحكامها، رقم: 6258، ج6، ص94.

(6) سقط من: (ن) و(ع).

(7) ينظر: الجزري، المبارك ابن الأثير(1979م)، النهاية في غريب الحديث والأثر (ت: طاهر الزاوى، ومحمود الطناح)، ط1، ج2، ص377، المكتبة العلمية، بيروت.

(8) القسمة: هي إفراز بعض الأنصباء عن بعض، ومبادلة بعض ببعض، وقيل: هي جمع نصيب شائع في معين، وقيل: هي رفع الشيوع، وقطع الشركة. ينظر: الكاساني، البدائع، ج7، ص 17. والزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج5، ص 264. والاختيار، مصدر سابق، ج2، ص 331.

(9) في (ن) و(ع): يثبت.

(10) هو لأحمد بن محمد بن سلامة الأَزْدِي الطَّحَاوِيّ، أبو جعفر. ينظر: الجواهر المضية، مصدر سابق، ج1، ص102-105.

(11) في (ك) و(ن) و(أ) و(ع): يجعلها.

قِيلَ: لِأَنَّ الشَّرِيكَ فِي الْمَبِيعِ خَلِيْطٌ فِيهِ وفِي الطَّرِيقِ؛ فَمَعَهُ مِنْ أَسْبَابِ الشُّفْعَةِ مِثْلُ مَا مَعَ[1] الشَّرِيكِ فِي الطَّرِيقِ، وسَبَبٌ آخَرَ: لَيْسَ مَعَ الشَّرِيكِ فِي الطَّرِيقِ، فَكَانَ أَوْلَى مِنْهُ، وَمَعَ الشَّرِيكِ فِي الطَّرِيقِ شَرِكَةٍ فِيهَا[2]، وَمُلَازَقَةٍ لِلْمَبِيعِ، وَمَعَ الْجَارِ مُلَازَقَةٌ لِلْمَبِيعِ فقط، فَكَانَ الشَّرِيكُ فِي الطَّرِيقِ أَوْلَى مِنْ الْجَارِ))[3].

وفِي شَرْحِ ((مُخْتَصَرِ الْكَرْخِيِّ))[4] لِلقُدُورِيِّ[5]: ((ولو سَلَّمَ الشَّرِيكُ فِي الْمَبِيْعِ الشُّفْعَةَ، وَجَبَتْ لِلشَّرِيكِ فِي الطَّرِيقِ، فَإِنْ سَلَّمَهَا وَجَبَتْ لِلْجَارِ))[6].

وعَنْ أَبِي يُوسُفَ[7]: أَنَّ الشُّفَعَاءَ إِذَا اجْتَمَعُوا/ فَسَلَّمَ الشَّرِيكُ الشُّفْعَةَ، فَلَا شُفْعَةَ لِغَيْرِهِ؛ لِأَنَّ هَذَا الْبَيْعَ غَيْرُ مُوجِبٍ الشُّفْعَةَ[8] لغَيْرِ الشَّرِيكِ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ الْمُطَالَبَةَ بِهَا، فَلَا يَثْبُتُ حَقُّهُ إِلَا بِتَجْدِيدِ بَيْعٍ آخَرٍ كَمَا إِذَا اسْتَحَدَثَ الْجِوَارَ. 348/أ

وَوَجْهُ الظَّاهِرِ- وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ مُحَمَّدٍ[9]-: أَنَّ السَّبَبَ الَّذِي يتَعَلَّقُ بِهِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ، مَوْجُودٌ عِنْدَ عَقْدِ الْبَيْعِ، وإِنَّمَا قُدِّمَ بَعْضُهُمْ لِتَأَكُّدِ حَقِّهِ، فَإِذَا سَقَطَ[10] حَقُّهُ كَانَ لِغَيْرِهِ أَنْ يَسْتَوْفِيَ، كَغَرِيمِ[11]

---

(1) في (أ): (بايع) بدل (ما مع).

(2) في (ن): فقط.

(3) إنتهى كلامه. ينظر: الطحاوي، أحمد بن محمد الأزدي(1994م)، شرح معاني الآثار حققه وقدم له: (محمد النجار، ومحمد سيد جاد الحق)، ط1، ج4، ص124، عالم الكتب، القاهرة.

(4) هو عبيد الله بن الحسين بن دلال بن دَلَهْم، أبو الحسن الكرخين، نسبة إلى كَرْخ قرية بنواحي العراق، انتهت إليه رئاسة الحنفية، وعدَّه الإمام اللكنوي من أصحاب الوجوه في حين عدَّه ابن كمال باشا من المجتهدين في المسائل، من مؤلفاته: ((المختصر))، و((شرح الجامع الكبير))، و((شرح الجامع الصغير))، (260-340هـ). ينظر: الخطيب، تاريخ بغداد، مصدر سابق، ج10، ص 352-353، والقرشي، الجواهر المضية، مصدر سابق، ج1،ص 337. وابن كثير، إسماعيل بن عمر(1997م)، البداية والنهاية (تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي)، ط1، ج 15،ص 209-212، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض.

(5) هو أحمد بن محمد البغدادي القدوري، قال السمعاني: انتهت إليه رئاسة أصحاب أبي حنيفة بالعراق، وعزّ عندهم قدره، وارتفع جاهه، وكان حسن العبارة في النظر، مديماً لتلاوة القرآن، من مؤلفاته: ((مختصر القُدُورِي))، و((شرح مختصر الكَرْخي))، و((التجريد))، و((التقريب))، (362-428هـ). ينظر: السمعاني، الأنساب، مصدر سابق، ج10، ص352، وابن خلكان، وفيات الأعيان، مصدر سابق، ج1، ص 78-79، والذهبي، سير أعلام النبلاء، مصدر سابق، ج 13،ص 224. والصفدي، الوافي بالوفيات، مصدر سابق، ج 7، ص 209.

(6) إنتهى كلامه. ينظر: القدوري، أحمد بن محمد (1426هـ)، شرح مختصر الكرخي(ت: عبد الله الغملاس)، ط1، ج2، ص124، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض. والعيني، البناية، مصدر سابق، ج11، ص284

(7) هو يعقوب بن أبراهيم بن حبيب، ابو يوسف القاضي، صاحب ابي حنيفة، أخذ عنه العلم، وولي القضاء لثلاثة من الخلفاء: المهدي، والهادي، والرشيد، وهو أوّل من وضع الكتب في اصول مذهب ابي حنيفة، وقد بث علم ابي حنيفة في الاقطار، من كتبه: ((الأَمالي))، و((الخراج))، (113-182هـ). ينظر: ابن قطلوبغا، قاسم الحنفي (1992م)، تاج التراجم (ت: محمد خير رمضان)، ط1، ج1،ص315، دار القلم، دمشق. والعَكري، شذرات الذهب، مصدر سابق، ج1، ص298

(8) في (ن): (لغيره؛ لأن هذا البيع غير موجب الشفعة لغير الشريك) تكرار.

(9) هو محمد بن الحسن بن فرقد الشَّيباني، أبو عبد الله، الكوفي، صاحب الإمام أبي حنيفة، أصله من قرية حرستة، في غوطة دمشق، قال الشافعيّ: ما رأيت أعقل، ولا أفقه، ولا أزهد، ولا أروع، ولا أحسن نطقاً وإيراداً منه، وقال لو أشاء أن أقول: نزل القرآن بلغته، لقلت؛ لفصاحته، له مؤلفات كثيرة منها: ((المبسوط)) و((الجامع الكبير)) و((الجامع الصغير)) توفي سنة(189هـ). ينظر: ابن قطلوبغا، تاج التراجم، مصدر سابق، ج2، ص47-48. والقِنوجي، أبجد العلوم، ص65، والزركلي، الأعلام، مصدر سابق، ج6، ص80.

(10) في (ك) و(س): (اسقط)، وفي (ن): (واذا اسقط غيره حقه).

(11) الغريم: الذي له الدين، والذي عليه الدين جميعاً، والجمع غرماء، والغُرْمُ: الدين، ورجل غارمٌ: عليه دين. ينظر: ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، ج12، ص 436. ومقصود المصنف هنا من عليه الدين.

ويَطْلُبُهَا فِي مَجْلِسِ عِلْمِهِ بِالْبَيْعِ

الصِّحَّةِ، وَغَرِيمِ الْمَرَضِ فِي التَّرِكَةِ[1]، وَكَالْدَّيْنِ الَّذِي بِهِ رَهْنٌ[2][3]، وَالَّذِي لَا رَهْنَ بِهِ إِذَا أَسْقَطَ الْمُقَدِّمُ حَقَّهُ[4].

[فَصْلٌ: طَلَبُ الشُّفْعَةِ]

وفِي «شَرْحِ الوَافِي»[5]:((ولهَذَا قُلْنَا: يَنْبَغِي لِلْجَارِ أَنْ يَطْلُبَ الشُّفْعَةَ، إِذَا عَلِمَ بِالْبَيْعِ[6] مَعَ الْشَّرِيكِ، حَتَّى إِذَا سَلَّمَ الشَّرِيكُ تَمَكَنَ[7] مِنْ أَخَذِ الْمَبِيعِ، وَإِنْ لَمْ يَطْلُبْ بَعْدَ عِلْمِهِ حَتَّى سَلَّمَ الشَّرِيكُ، فَلَا حَقَّ لَهُ بَعْدَ ذَلِكَ))[8].

(ويَطْلُبُهَا) أَيْ: يَطَلُبُ الشَّفِيعُ الشُّفْعَةَ؛ لِأَنَّهَا حَقٌّ ضَعِيْفٌ، يَبْطُلُ بِالْإِعْرَاضِ[9]، فَلَا [بُدَّ][10] فِيهِ مِنَ الطَّلَبِ **(فِي مَجْلِسِ عِلْمِهِ بِالْبَيْعِ)**؛ لِيُعْلَمَ بِذَلِكَ عَدَمُ إِعْرَاضِهِ عَنْهُ.

وهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ: إِذَا أَخْبَرَهُ رَجُلَانِ، أَوْ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ، أَوْ عَدْلٌ.

وعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ ومُحَمَّدٍ: إِذَا أَخْبَرَهُ وَاحِدٌ حُرّاً كَانَ أَوْ عَبْداً، صَبِيّاً كَانَ أَوْ امْرَأَةً، وَهُوَ نَظِيْرُ اخْتِلَافِهِمْ فِي عَزْلِ الْوَكِيلِ[11].

---

(1) (صورته): إذا كان عليه دين في صحته، ثم مَرَضَ مَرْضُ الموت، ثم أقر لغريم آخر بدين في مرضه، فأبي حنيفة: يقدم غريم الصحة على غريم المريض، فإن لم يفضل عنه شيء تفرد بأخذ المال كله، وإن فضل عنه فضلة، أخذها غريم المرض بعد استيفاء غريم الصحة جميع دينه. ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج7، ص225.

(2) الرَّهْنُ: حبس العين بالدين، وقد رهنه من حد: صنع، والإرهان في السلعة: الإغلاء فيها، والإرهان: الإسلاف، وإرهان الأولاد: إخطارهم في الوثائق، والارتهان: أخذ الرهن، والرهن: اسم المرهون أيضا. ينظر: النسفي، طلبة الطلبة، مصدر سابق، ص146.

(3) وهو في يد الطالب، وإنما يرجع الطالب بالدين الذي كان له عليه، وقد كان الرهن محبوسا عنده بذلك الدين، فيبقى محبوسا على حاله؛ لأن الشراء بالدين مثله. ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج21، ص36.

(4) في (ك) و(ب): منه.

(5) وهو لعبد الله بن أحمد بن محمود النسفي علامة الدنيا أبو البركات، تفقه على شمس الأئمة الكردري وروى الزيادات عن أحمد العتابي، سمع منه الصغناقي، وهو أحد الزهاد المتأخرين صاحب التصانيف المفيدة في الفقه واصوله «المستصفي في شرح المنظومة»، و«الكافي في شرح الوافي»، و«كنز الدقائق»، و«المنار في أصول الفقه» وله «العمدة في أصول الدين» وغيرها، توفي سنة (701هـ). ينظر: القرشي، الجواهر المضية، مصدر سابق، ج1، ص270. وابن قطلوبغا، تاج التراجم، مصدر سابق، ج1، ص175.

(6) في (ك): المبيع.

(7) في (س): (تمكن) ممحاة، وفي (ع): يمكن.

(8) ينظر: النسفي، عبد الله بن احمد، الكافي شرح الوافي (مخطوط رقم: 4852، بجامعة الملك سعود)، ق171/ب.

(9) لأنه يحتاج إلى إثبات طلبه عند القاضي، ولا يمكنه إلا بالإشهاد. ينظر: المرغيناني، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني(2008م)، الهداية في شرح بداية المبتدي (ت: طلال يوسف)ج 4، ص310، دار احياء التراث العربي ، بيروت.

(10) سقط من: (ن).

(11) حالات عزل الوكيل خمسةعند الحنفية (رحمهم الله):(1) ان يقول له في الوجه عزلتك عن الوكالة. (2) ان يعزله عنها في حالة غيبته ويبلغه الخبر ويكون ذلك الخبر حقا على لسان من قال في قول أبي يوسف ومحمد وأبي عبد الله ولا ينعزل في قول ابي حنيفة حتى يخبره رجلان او رجل عدل. (3) اذا جن الموكل. (4) اذا ارتد ولحق بدار الحرب. (5) اذا مات. ينظر: السُّغْدي، علي بن الحسين(1984 م)، النتف في الفتاوى (ت: د. صلاح الدين الناهي)، ط2، ج1، ص501، دار الفرقان، عمان.

وَلَو عَلِمَ بِالْبَيْعِ مِنْ كِتَابٍ وَصَل إِلَيْهِ فِي أَوَّلِهِ أَوْ فِي وَسَطِهِ، فَقَرَأَ الكِتَابَ إلى آخِرِهِ، بَطُلَتْ شُفْعَتُهُ عِنْدَ عَامَّةِ المَشَايِخِ[1]، وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ مُحَمَّدٍ: إِذَا كَانَ ذَلِكَ بَعْدَ الْعِلْمِ بِالثَّمَنِ وَبِالْمُشْتَرِي[2]، كَالْبِكرِ لَا يَكُونُ سُكُوتُهَا رِضَاً إِلَا [بَعْدَ][3]الْعِلْمِ بِالزَّوْجِ[4].

وعَنْ مُحَمَّدٍ: أَنَّ لَهُ مَجْلِسَ الْعِلْمِ، - وَهُوَ اخْتِيَارُ الْكَرْخِيِّ[5] -؛ لِأَنَّ[الشَّرْعَ أَوْجَبَ لَهُ حَقُّ التَّمَلُّكِ بِبَدَلِ[6]، ولو أَوْجَبَ لَهُ الْبَائِعُ ذَلِكَ بِإِيجَابِ الْبَيْعِ، كَانَ لَهُ خِيَارُ الْقَبُولِ مَادَامَ فِي مَجْلِسِهِ، فَهَذَا مِثْلُهُ، [وعَلَى هَذِهِ الرِّوَايَة][7][8].

وَهُوَ طَلَبُ مُوَاثَبَةٍ .....

ولو عَلِمَ فقَالَ:" الْحَمْدُ لِلَّهِ "، أَوْ " لَا حَوْلَ وَلَا قُوَّةَ إِلَّا بِاللهِ "، أَوْ " سُبْحَانَ اللهِ "، فَهُوَ عَلَى شُفْعَتِهِ؛ لِأَنَّ:

الْأَوَّلَ: حَمْدٌ عَلَى الْخَلَاصِ مِنْ [سُوْءِ][9] جِوَارِ الْبَائِعِ[10]، مَعَ الأَمْنِ مِنْ ضَرَرِ الدَّخِيْلِ بِالشُّفْعَةِ.

وَالثَّانِيَ: تَعَجُّبٌ مِنْهُ؛ لِقَصْدِ إِضْرَارِهِ.

والثَّالِثَ: لِافْتِتَاحِ الْكَلَامِ، كَمَا هُوَ[عَادَةُ][11] بَعْضِ النَّاسِ، فَلَا يَكُونُ شَيءً مِنْ ذَلِكَ [دَالاً][12] عَلَى الْإِعْرَاضِ.

وكَذَا لَو بَلَغَهُ الْخَبَرُ، فقَالَ: مَنْ ابْتَاعَهَا، أَوْ بِكَمْ بِيعَتْ، فَإِنَّهُ لَيْسَ بِإِعْرَاضٍ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَرْضَى بِمُجَاوَرَةِ إِنْسَانٍ دُونَ غَيْرِهِ، وَبِثَمَنٍ دُوْنَ ثَمَنٍ، فَكَانَ التَّعَرُّفُ عَنْ هَذَا تَخْفِيْفاً[13] لِلْطَّلَبِ، لَا إِعْرَاضاً عَنْهُ[14].

---

(1) وهذا على اعتبار الفور؛ لأن الغائب يقدر على الطلب، كما يقدر عليه الحاضر. ينظر: الزَّبِيدِيّ، أبو بكر بن علي بن محمد الحدادي العبادي(1322هـ)، الجوهرة النيرة، ط1، ج1، ص76، المطبعة الخيرية، القاهرة.

(2) قال ابن رستم عن محمد: إذا بلغت الشفعة صاحبها، فسكت فهو رضا، وهو ترك للشفعة، قال القدوري: وهذا يدل أنه على الفور. ينظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج5، ص243.

(3) سقط من: (ك).

(4) يعني إذا استأمر الاب فلا بد أن يسمى الزوج على وجه تعرفه البنت، أما إذا أبهم وقال إني أزوجك رجلا فسكتت لا يكون السكوت رضا بعلة الحياء. البابرتي، العناية شرح الهداية، ج3، ص266.

(5) هو عبيد الله بن الحسين بن دلال بن دَلَهْم، أبو الحسن الكَرْخِي، نسبة إلى كَرْخ قرية بنواحي العراق، قال الكفوي: انتهت إليه رئاسة الحنفية. وعدَّه الإمام اللكنوي من أصحاب الوجوه في حين عدَّه ابن كمال باشا من المجتهدين في المسائل، من مؤلفاته: ((المختصر))، و((شرح الجامع الكبير))، و((شرح الجامع الصغير))، (260-340هـ). ينظر: الخطيب، تاريخ بغداد، ج10، ص 35-353، والقرشي، الجواهر المضية، مصدر سابق، ج1، ص337، وابن كثير، البداية والنهاية، ج15، ص209-212.

(6) في (ن): ببذل.

(7) سقط من: (ت) و(ك) و(س) و(ن) و(ب).

(8) (وجه هذه الرواية): أن حق الشفعة ثبت نظرا للشفيع دفعا للضرر عنه، فيحتاج إلى التأمل، إن هذه الدار هل تصلح بمثل هذا الثمن؟، وأنه هل يتضرر بجوار هذا المشتري فيأخذ بالشفعة؟، أو لا يتضرر فيترك؟، وهذا لا يصح بدون العلم بالبيع؟، والحاجة إلى التأمل شرط المجلس في جانب المخيرة، والقبول كذا ههنا. ينظر: الطحاوي، المختصر، مصدر سابق، ص122. والكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مصدر سابق، ج5، ص17.

(9) سقط من: (س).

(10) في (ع): (البيع).

(11) سقط من: (ت) و(س) و(ع).

(12) سقط من(ك)، وفي (ن): حالا.

(13) في (ع): تحقيقا.

(14) لأن كل ذلك من أسباب الشفعة فلا يسقطها. ينظر: العيني، البناية شرح الهداية، مصدر سابق، ج11، ص303.

(وَهُوَ) أَيْ: طَلَبُ الشَّفِيعِ فِي مَجْلِسِ عِلْمِهِ **(طَلَبُ مُوَاثَبَةٍ)**[1] سُمِّيَ بِذَلِكَ لِلدَّلَالَةِ عَلَى غَايَةِ التَّعْجِيلِ، كَأَنَّ الشَّفِيعَ يَثِبُ وَيَطْلُبُ[2]، رَوى عَبْدُ الرَّزَاقِ[3] فِي مُصَنَّفِهِعَنْ شُرَيْحٍ[4]، أَنَّهُ قَالَ: "إِنَّمَا الشُّفْعَةُ لِمَنْ وَاثَبَهَا"[5].

وَلَيْسَ الْإِشْهَادُ فِي هَذَا الطَّلَبِ بَوَاجِبٍ؛ لِأَنَّهُ لِلمُحَاقَقَةِ[6]، عِنْدَ جُحُودِ الْمُشْتَرِي هَذَا الطَلَبُ؛ إِذْ لَا يُصَدِّقُ الشَّفِيعُ عَلَيْهِ إِلَا ببَيِّنَةٍ.

ويَصِحُّ هَذَا [الطَلَبُ][7] بِكُلِّ لَفْظٍ يُفْهَمُ مِنْهُ طَلَبُ الشُّفْعَةِ، كَطَلَبْتُ الشُّفْعَةَ، أَوْ أَطْلُبُهَا، أَوْ أَنَا طَالِبُهَا؛ لِأَنَّ العِبْرَةَ لِلمَعْنَى.

وفِي العُرْفِ[8]: يُرَادُ بِهَذِهِ الأَلْفَاظِ، الطَّلَبُ فِي الحَالِ، لَا الإِخْبَارُ عَنْ مَاضٍ أَوْ مُسْتَقْبَلٍ[9][10].

---

(1) المواثبة: مأخوذة من الوثوب، والوثوب: النهوض والقيام. وسمي طلب المواثبة تبركا بلفظ الحديث ينظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج5، ص242. وابن منظور، لسان العرب، ج1، ص 792.

(2) في (ن): يثبت.

(3) عبد الرزاق بن هَمَّام بن نافع الحِمْيَرِيّ مَوْلَاهُم، أبو بَكْرٍ الصَّنْعَانِيّ، رَوى عن ابيه وعَمِّه وَهْب ومَعْمَر وَالسُّفْيَانَيْنِ وابن جُرَيْج وغيرهم، وروى عنه أحمد وإسحاق وعلي ويحي وخلق كثير، ثقة حافظ مصِّنف شهير، عَمِيَ في آخر عمره فتغيَّر. توفي سنة (211هـ). ينظر المزي، يوسف بن عبد الرحمن (1980م)، تهذيب الكمال (تحقيق: بشار عواد)، ط1، ج4، ص498، مؤسسة الرسالة، بيروت. وابن حجر، التهذيب، مصدر سابق، ج6، ص310. الذهبي، تذكرة الحفاظ، ج1، ص364.

(4) شُرَيْح بن الحارث بن قيس القاضي الكِندي الكُوفي، أبو أُمَيّة، إستقضاهُ عمرُ على الكوفة ثم عليّ فمن بعده. وحدث عن عمر وعلي وابن مسعود. أُسْتُعْفِي من القضاء قبل موته بسنة من الحجاج، وثَّقه ابن مَعِين كان فقيهاً شاعراً فائقاً. توفي سنة (78هـ) وعاش 120سنة. ينظر: المزي، تذكرة الحفاظ، مصدر سابق، ج1، ص95. وابن حجر، التهذيب، مصدر سابق، ج4،ص326. وابن صدقة، محمد خلف (1947م)، أخبار القضاة (ت: عبد العزيز المراغي)، ط1، ج2، ص 189،المكتبة التجارية.

(5) الصنعاني، عبد الرزاق بن همام بن نافع (1403هـ)، المصنف (ت: حبيب الرحمن الأعظمي)، ط2، رقم: 14406، باب: الشفيع يأذن قبل البيع، وكم وقتها، ج8، ص83، المكتب الإسلامي، بيروت.

(6) وهو على وزن مفاعلة، حاقَّ يُحاقّ مُحاقَّةً، وهو مصدر حق، وهو ضد الباطل، والمراد هنا: انه إذا خاصمه وادعى أنه أحق بالأمر منه. ينظر: معجم اللغة العربية المعاصرة، أحمد مختار(2008م)، ط1، ج1، ص531، عالم الكتب، بيروت.

(7) سقط من: (ن).

(8) والمراد بالعرف هنا عند السادة الحنفية - رحمهم الله-: هو العرف الجاري منذ عهد الصحابة حتى زماننا، والذي قبله المجتهدون، وعملوا به، ولو كان مخالفا للقياس. ينظر: علي حيدر، درر لحكام شرح مجلة الاحكام، (2003م)، طبعة خاصة، ج1، ص45، عالم الكتب، الرياض.

(9) حتى قال الشيخ أبو بكر محمد بن الفضل: إذا سمع ببيع أرض بجنب أرضه، فقال: شفعة شفعة، كان ذلك منه طلبا. ينظر: ملا خسرو، محمد بن فرامرز بن علي، درر الحكام شرح غرر الأحكام، ج2، ص209، دار إحياء الكتب العربية، مصر.

(10) في الحال ان يقول: أطلُب الشفعة، وآخذها، والماضي، فيقول: طلبتها، وأخذتها، والاستقبال: سأطلبها.

وفِي/ نَوَادِرِ[1] أَبِي يُوسُفَ:((لو قَالَ الشَّفِيعُ: لي فِيهَا شُفْعَةٌ، وأنا أطَلُبُهَا، كَانَ طَلَباً صَحِيْحَاً، وَلَهُ الشُّـفْعَةُ، وَلَـوْ قَـالَ: 348/ب لِي فِيمَا اشْتَرَيْتَ[2] شُفْعَةً، لا يَكُونَ طَلَباً، وبَطُلَتْ شُفْعَتُهُ؛ لِأَنَّهُ أَخْبَرَ بِمَا لَهُ مِنْ الحَقِّ ولَمْ يَطْلُبْهُ))[3].

يُشْهِدُ عَلَى طَلَبِهِ عِنْدَ العَقَارِ، أَوْ ذِي يَدٍ مِنْ بَائِعٍ، أَوْ مُشْتَرٍ

ثُمَّ **(يُشْهِدُ)** الشَّفِيعُ **(عَلَى طَلَبِهِ)**[4]؛ لِأَنَّهُ يَحْتَاجُ[5] إلى الْإِشْهَادِ لِلْإِثْبَاتِ[6] عِنْدَ الْقَاضِي، وَلَا يُمْكِنُ فِي الظَاهِرِ الْإِشْـهَادُ [عَلَى طَلَبِ الْمُوَاثَبَةِ؛ لِأَنَّهُ عَلَى نُورِ الْعِلْمِ بالشِّرَاءِ، فَاحْتِيجَ إلى هَذَا الْإِشْهَادِ، ويسَمَّى طَلَبُ الْإِشْهَادِ][7]، وطَلَبُ التَّقْرِيرِ.

وفِي ((الْفَتَاوَى الظَّهِيرِيَّةِ[8]))((لَوْ سَمِعَ بِالشِّرَاءِ بِحَضْرَةِ الْبَائِعِ، أَوْ بِحَضْرَةِ الْمُشْتَرِي، أَوْ عِنْدَ الدَّارِ، وطَلَبَ الْمُوَاثَبَـةَ، وأَشْهَدَ عَلَى[9][10] ذَلِكَ، كَفَاهُ وقَامَ مَقَامَ الطَلَبَيْنِ))[11].

وَكَيْفِيَّةُ هَذَا الطَّلَبِ أَنْ يَنْهَضَ مِنْ[12] مَجْلِسِ عِلْمِهِ، ويُشْهِدُ عَلَى طَلَبِهِ:

[1] **(عِنْدَ العَقَارِ)** لِتَعَلُّقِ الحَقِّ[13] بِهِ.

[2] **(أَوْ)** عِنْدَ **(ذِي يَدٍ[مِنْ بَائِعٍ)** بِأَنْ كَانَ لَمْ يُسَلِّمْ العَقَارَ إلى الْمُشْتَرِي؛ لِأَنَّ لَهُ حِينَئِذٍ يداً، فكَانَ خَصْماً.

[3] **(أَوْ)** عِنْدَ **(مُشْتَرٍ)]**[14]؛ لِأَنَّ الْمِلْكَ لَهُ، ويقَوْلُ: إنَّ فُلَانَاً اشْتَرَى هَذِهِ الدَّارَ، وَأَنَا شَفِيْعُهَا، وكُنْتُ[15] طَلَبْتُ الشُّـفْعَةَ، وَأَنَـا

---

(1) النَوَادِرِ: وهي من كتب غير ظاهر الرواية عن محمد بن الحسن، وهي ثمان: ((نوادر هشام))، و((نوادر ابن سماعة))، و((نوادر ابن رستم))، و((نوادر داود بن رشيد))، و((نوادر المعلى))، و((نوادر بشر))، و((نوادر بن شجاع البلخي أبي نصر))، و((نوادر أبي سليمان)). ينظر: حاجي خليفة، كشف الظنون، مصدر سابق، ج2، ص1282.

(2) الضمير يعود على المشتري.

(3) روي عن محمد بن مقاتل الرازي أن الشفيع يقول: طلبت الشفعة فحسب، وروي عن الفقيه أبي جعفر الهندواني أنه يقول: لا يراعى ألفاظ الطلب، فإذا طلبها بأي لفظ - كان بعد أن يعرف أنه قد طلبها - فقد كفى؛ لأن محمدا لم يشترط في كتابه مراعاة اللفظ. ينظر: العيني، البناية شرح الهداية، مصدر سابق، ج11، ص304.

(4) قال القدوري: اذا علم الشفيع بالبيع، أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة، ثم ينهض منه، فيشهد على البائع ان كان المبيع في يده، او على المبتاع - الْمُشْتَرِي-، او عند العقار، فاذا فعل ذلك، أستقرت شفعته، ولم تسقط عن ابي حنيفة - رحمه الله- . ينظر: القدوري، احمد بن محمد بن جعفر(1997م)، مختصر القدوري(ت: كامل محمد عويضة)، ط1، ص109، دار الكتب العلمية، بيروت.

(5) في (أ) و(ع): محتاج.

(6) في (ت) و(ك) و(س) و(أ) و(ن) و(ب): وللأثبات.

(7) سقط من: (ن).

(8) وهو لمحمد بن أحمد بن عمر المحتسب البخاري الحنفي، ظهير الدين، من مؤلفاته: ((الفوائد الظهيرية))، توفي سنة (619هـ). ينظر: القريشي، الجواهر المضية، مصدر سابق، ج2، ص20. والزركلي، الأعلام، مصدر سابق، ج 5، ص320. والباباني، هدية العارفين، ج2، ص111.

(9) سقط من: (أ).

(10) وذلك؛ لمخافة الجحود. ينظر: ابن عابدين، رد المحتار، مصدر سابق، ج6، ص225.

(11) لأنه ينكر على المشتري طلب الشفيع حتى لو سمع الشفيع، عند حضرة أحد من البائع والمشتري. ينظر: العيني، البناية شرح الهداية، مصدر سابق، ج11، ص305.

(12) في (ع): (في).

(13) في (ن): الحرمة.

(14) سقط من:(ك).

(15) في (ع): فكنت.

الْآنَ أَطْلُبُهَا، فَاشْهَدُوا عَلَى ذَلِكَ[1].

فَإِنْ أَخَّرَ أَحَدَهُمَا بَطَلَتْ،.....

وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ: أَنَّهُ يُشْتَرَطُ تَسْمِيَةُ العَقَارِ وَتَحْدِيدُهُ؛لِأَنَّ الْمُطَالَبَةَ إِنَّمَا تَصِحُّ فِي مَعْلُومٍ.

قَيَّدَ[2] «الْبَائِعَ» بِكَوْنِهِ ذَا يَدٍ عَلَى العَقَارِ؛ لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَكُنْ فِي يَدِهِ لَمْ يَكُنْ خَصْماً، فَلَمْ يَصِحَّ الطَّلَبُ مِنْهُ؛ لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ لَا يَدَ، وَلَا مِلْكَ لَهُ، فَكَانَ كَالأَجْنَبِيِّ، كَذَا ذَكَرَ الْقُدُورِيُّ فِي ((شَرْحِ مُخْتَصَرِ الْكَرْخِيِّ))[3].

وذَكَرَ خُوَاهِرْ زَادَه[4]:((أَنَّهُ يَصِحُّ اسْتِحْسَاناً))[5]؛ [لِأَنَّ الْإِشْهَادَ حَصَلَ عَلَيْهِ، وَهُوَ عاقَدٌ فصَارَ][6] كالْمُشْتَرِي.

وأعْلَمْ! أَنَّ قَوْلَ الْمُصَنِّفِ: «مُشْتَرٍ» عَطْفٌ عَلَى «ذِي [يَدٍ][7]» ، لَا عَلَى «بَائِعٍ»؛ لِأَنَّ الْمُشْتَرِي لا يُشْتَرَطُ فِي الْإِشْهَادِ عِنْدَهُ أَنْ يَكُونَ العَقَارُ فِي يَدِهِ، كَمَا يُشْتَرَطُ ذَلِكَ فِي الْإِشْهَادِ عِنْدَ الْبَائِعِ، وِلِهَذَا أَطْلَقَ الْمُشْتَرِيَ فِي ((الهِدَايَةِ))[8] وغَيْرِهَا، وقَيَّدَ الْبَائِعَ بِكَوْنِهِ «ذَا يَدٍ[9]»

(فَإِنْ أَخَّرَ) الشَّفِيعُ **(أَحَدَهُمَا)** أَيْ:أَحَدَ هَذَيْنِ الطَّلَبَيْنِ **(بَطَلَتْ)** الشُّفْعَةُ.

أَمَّا الطَّلَبُ الْأَوَّلُ؛ فَلِأَنَّ مُجَرَّدَ السُّكُوتِ فِيهِ سَاعَةٌ دَلِيلُ الْإِعْرَاضِ، ودَلِيلُ الشَّيْءِ كَصَرِيحِهِ[10][11].

---

(1) وهذا اذا كانوا في مصر واحد، اما عند اختلاف الأمصار والقرى، عليه أن يأتي أقرب الثلاثة منهم، فيشهد، فإن ترك الأقرب، وجاء إلى الأبعد، بطلت شفعته، كما لو ترك الطلب بعد العلم بالبيع حتى قام عن مجلسه، فإن ترك الأقرب، وأتى الأبعد، فأشهد عنده، ففي القياس: كذلك تبطل شفعته؛ لأن القليل من الأعراض، والكثير في الحكم سواء، وفي الاستحسان: لا تبطل شفعته؛ لأن المصر في حكم مكان واحد. ينظر: الصدر الشهيد، عمر بن عبد العزيز(1977)، شرح ادب القاضي(ت: د. محي هلال السرحان)، ط1، ج4، ص41، مطبعة الرشاد، بغداد.والسرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج14، ص160.

(2) المصنف صاحب المتن.

(3) ينظر: القدوري، شرح مختصر الكرخي، مصدر سابق، المجلد2، ص138. والزَّبِيدِيّ، الجوهرة النيرة، مصدر سابق، ج1، ص275.

(4) هو محمّد بن محمود بن عبد الكريم الكَرْدَريّ، المعروف بخُواهَر زاده، بدر الدين، ابن أخت شمس الأئمّة عبد الستار الكَرْدَريّ، والكردري، يقال لجماعة من العلماء كانوا أخوات شمس الأئمة، ولكن المشهور بهذه النسبة عند الإطلاق هو خواهر زاده، من كتبه: ((الجواهر المنظومة في أصول الدين))، و((شرح الحيل الشرعية للخصاف))، (ت651هـ). ينظر: القرشي، الجواهر المضية، ط2، ج3، ص141.، العَكري، شذرات الذهب، مصدر سابق ، ج7، ص442. والباباني، هدية العارفين، مصدر سابق،ج2،ص125.

(5) إنتهى كلامه. ينظر: العيني، البناية شرح الهداية، مصدر سابق، ج11، ص306.

(6) سقط من: (ت) و(ك) و(س) و(ع).

(7) سقط من: (ت) و(ك) و(س) و(ن) و(ع).

(8) وهو لعلي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، أبو الحسن برهان الدين من أكابر فقهاء الحنفية نسبته إلى مرغينان (من نواحي فرغانة) كان حافظا مفسرا محققا أديبا، من المجتهدين، من تصانيفه: ((بداية المبتدي))، وشرحه ((الهداية))، و((منتقى الفروع))، و((الفرائض))، توفي سنة (593هـ). ينظر: والقرشي، الجواهر المضية، مصدر سابق، ج1، ص 383. واللكنوي، الفوائد البهية، مصدر سابق، ص 141.

(9) في (س): بايع.

(10) في (ك): صريحه.

(11) أَيْ: أنها تبطل بحقيقة السكوت، مختارا بعد العلم بالبيع؛ لأنه دليل الإعراض، فكذا بالسكوت حكما. ينظر: البزدوي، عبد العزيز بن أحمد، كشف الأسرار، ج4، ص367، دار الكتاب الإسلامي، بيروت.

ثُمَّ يَطْلُبُ عِنْدَ الْقَاضِي، وبتَأْخِيرِه شَهْراً يَبْطُلُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ.....

وَأَمَّا الطَّلَبُ الثَّانِي؛ فَلِأَنَّ مُدَّتَهُ[1] مقَدْرةٌ بالتَّمْكِنِ مِنْهُ، حَتَّى لَوْ لَمْ يَطْلُبْ بعَدَ مَا تَمَكَّنَ[2] مِنْ الطَّلَبِ عِنْدَ الْبَائِعِ ذِي الْيَدِ أَوْ[عِنْدَ الْمُشْتَرِي][3] أَوْ عِنْدَ العَقَارِ، بَطَلَتْ شُفْعَتُهُ نَفْيَاً لِلضَّرَرِ عَنْ الْمُشْتَرِي؛ لِأَنَّهُ رُبَّمَا يَتَصَرَّفُ فِي العَقَارِ عَلَى تَقْدِيرِ أَنْ لَا يَطْلُبَ الشَّفِيعُ الْمَبِيعَ، ثُمَّ يَطَلُبُهُ فَيُنْتَقَضُ تَصَرُّفُهُ.

(ثُمَّ يَطْلُبُ) الشَّفِيعُ **(عِنْدَ الْقَاضِي)** وهَذَا الطَّلَبُ الثَّالِثُ، ويسَمَّى طَلَبُ الْخُصُومَةِ[4]، وطَلَبُ التَّمْلِيكِ[5]، وطَلَبُ الاسْتِحْقَاقِ[6].

(وبتَأْخِيرِه)[7] لَا يَبْطُلُ طَلَبُ الشُّفْعَةِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ؛ لِأَنَّها ثَبَتَتْ وَاسْتَقَرَتْ، والحَقُّ مَتَى[8] ثَبَتَ وَاسَتَقَرَ لَا يَسْقُطُ إِلَا بِالتَّصَرِيحِ بِاللِّسَانِ كَسَائِرِ الْحُقُوقِ.

وفِي «الهِدَايَةِ»:((وَعَلَيْهِ الْفَتْوَى))[9].

(شَهْراً) مِنْ غَيْرِ عُذْرِ مَرَضٍ أَوْ حَبْسٍ [وفِي بَعْضِ النُّسَخِ: وَتَأْخِيرُهُ شَهْراً][10]

([يَبْطُلُ][11] عِنْدَ مُحَمَّدٍ) وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ، واخْتِيَارُ الْكَرْخِيِّ[12]؛ لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يُبْطَلْ بِتَأْخِيرِ الْخُصُومَةِ / أَبَدَّاً لَتَضَرَرِ الْمُشْتَرِيَ، فَإِنَّهُ تَرَكَ التَّصَرُّفَ مَخَافَةَ أَنْ يَنْقُضَهُ الشَّفِيعُ عَلَيْهِ، وَالشَّهْرُ آجِلٌ 349/أ

---

(1) في (س): سكوته. وهو أن يرفع الشفيع الأمر إلى القاضي، فيثبت حقه عنده بالحجة. ينظر: الزيلعي، تبيين الحقائق ، مصدر سابق، ج5، ص244.

(2) في (ت) و(أ) و(ن) و(ع): يمكن.

(3) سقط من: (ن).

(4) وهو أنْ يَطْلُبَ عند قاض، فيقول: اشترى فلان دار كذا، وأنا شفيعها بسبب كذا، فَمُرْهُ أيها القاضي بتسليم حقي إليّ بالرد أو بترك الداخل بينه وبيني. ويلزم الشفيع أن يقول كلاما يدل على طلب الشفعة في المجلس الذي سمع فيه عقد البيع في الحال كقوله أنا شفيع المبيع أو أطلبه بالشفعة. ينظر: شيخ زاده، مجمع الأنهر، مصدر سابق،ج5، ص475. ومجلة الأحكام العدلية، لجنة مكونة من عدة علماء في الخلافة العثمانية (ت: نجيب هواويني)، مادة: 1029، ج1، ص199، مكتبة آرام باغ، كراتشي.

(5) في (أ): التملك.

(6) ولقد سماه الْأَثْقَانِيَّ في شرح الكافي: طلب الاستحقاق، وهو أن يرفع الشفيع الأمر إلى القاضي فيثبت حقه عنده بالحجة. ينظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج5، ص244.

(7) في (ت): (وتأخره)، وفي (س) و(ب): (و تأْخيره)، وفي (أ): (وبتأخره).

(8) في (ن): ما.

(9) ينظر: المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، مصدر سابق، ج4، ص311.

(10) سقط من: (ن).

(11) في (ن): بطل، وفي (ع): تبطل.

(12) ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج14، ص173. والسمرقندي، محمد بن أحمد (1994م)، تحفة الفقهاء، ط2، ج3، ص56، دار الكتب العلمية، بيروت.

وبِهِ يُفْتَى، فإذَا طَلَبَ سَأَلَ الْقَاضِي الْخَصْمَ فإنْ.....

وَمَا دُوْنَهُ عَاْجِلٌ، كَمَا[مَرَ][1] فِي الأَيْمَانِ[2] وَالْسَّلَمِ[3]، فَجَازَ التَّأْخِيْرُ فِيهِ إلى الشَّهْرِ[4].

(وبِهِ) أَيْ: بِقَوْلِ مُحَمَّدٍ **(يُفْتَى)** الْيَوْمُ؛ لِقَصدِ أهَلَ الزَّمَانِ إلى الإِضْرارِ بِغَيْرِهِمْ[5].

وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ: إذَا تَرَكَ الشَّفِيْعُ الـمُخَاصَمَةَ فِي مَجْلِسٍ مِنْ مَجَالِسِ الْقَاضِي[6] بَطُلَ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ دَلِيلُ الْإِعْرَاضِ والتَّسْلِيمِ[7].

(فإذَا طَلَبَ) الشَّفِيعُ عِنْدَ الْقَاضِي **(سَأَلَ الْقَاضِي الْخَصْمَ)** عَنْ مِلْكِ الشَّفِيعِ، مَا يَشْفَعُ بِهِ، **(فَإِنْ)** أَنْكَرَ الْخَصْمُ أَنَّهُ مِلْكُهُ، كَلَّفَ الْقَاضِي الشَّفِيعَ بِإِقَامَةِ البَيِّنَةِ[8] [عَلَى أَنَّهُ مِلْكُهُ.

وقَالَ زُفَرُ[9]: - وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ - لَا يُكَلِّفُهُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْيَدَ دَلِيلُ الْمِلْكِ[10].

---

(1) سقط من: (ك).

(2) (صورته): اذا حلف ليقضين دينه عاجلا فقضاه قبل تمام الشهر بر في يمينه فإذا كان ما دون الشهر في حكم العاجل كان الشهر وما فوقه في حكم الآجل. ينظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج5، ص264.

(3) السَّلَمَ: هو أخذ عاجل بآجل و بيع لمبادلة المال بالمال. وأراد الشارح هنا: ان أقل الأجل في السلم شهر في الأصح، روي ذلك عن محمد وعليه الفتوى؛ لأن ما دونه عاجل، والشهر وما فوقه آجل. ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج12، ص124. وشيخ زاده، مجمع الأنهر، مصدر سابق، ج2، ص100.

(4) وروي عن محمد بن الحسن أنه قال: إذا مضى شهر لم يطلب مرة أخرى بطلت شفعته وهو أحد الروايتين عن أبي يوسف. ينظر العيني، البناية، مصدر سابق، ج11، ص298.

(5) قائله شيخ الإسلام وقاضي خان في فتاواه وشرحه على الجامع، ومشى عليه في((الوقاية)) و((الذخيرة)) و((المغني))، وفي ((الشرنبلالية))عن البرهان أنه أصح ما يفتى به. قال: يعني أنه أصح من تصحيح ((الهداية)) و((الكافي))، وتمامه فيها، وعزاه القهستاني إلى المشاهير كـ((المحيط)) و((الخلاصة)) و((المضمرات))وغيرها. ثم قال: فقد أشكل ما في ((الهداية)) و((الكافي))، وبيان وجه الفتوى بقول محمد به، يظهر أن إفتاءهم بخلاف ظاهر الرواية؛ لتغير الزمان، فلا يرجح ظاهر الرواية عليه، وإن كان مصححا أيضا. ينظر: وابن عابدين، رد المحتار، مصدر سابق، ج6، ص226.

(6) عادة القاضي ان يجلس في كل ثلاثة أيام من الاسبوع، فإذا مضى مجلس من مجالسه ولم يخاصم الشفيع فيه اختيارا بطلت شفعته. ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج5، ص118.

(7) ولم يقدر أبو يوسف التأخير بمقدار على هذه الرواية بل جعله على ما يراه القاضي؛ لأن ذلك يختلف باختلاف الأحوال. ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج5، ص19. والمرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، مصدر سابق، ج 4، ص311. العيني، البناية، مصدر سابق، ج11، ص308.

(8) البينة: هي الدلالة الواضحة عقلية كانت أو محسوسة، وسميت شهادة الشاهدين بينة لقوله ﷺ ((البينة على المدعي واليمين على من أنكر)). ينظر: الزبيدي، محمد بن محمد بن عبد الرزاق (بدون تاريخ)، تاج العروس (ت: مجموعة من المحققين)، ج34، ص310، دار الهداية.

(9) زفر بن الهذيل بن قيس، العنبري، البصري، الإمام، صاحب الإمام، وكان يفضله، ويقول: هو أقيس أصحابي، وهو إمام من أئمة المسلمين، وعلم من أعلامهم في شرفه، وحسبه، وعلمه، قال ابن معين: ثقة مأمون، وقال ابن حبان: كان فقيها، حافظا، قليل الخطاء توفي بالبصرة سنة(158هـ). ينظر: ابن سعد، الطبقات الكبرى، مصدر سابق، ج6، ص361. وابن، خلكان، وفيات الأعيان، مصدر سابق، ج2، ص218. والقرشي، الجواهر المضية، مصدر سابق، ج1، ص243.

(10) في هذه الرواية الملك كان ثابتا للشفيع في هذه الدار؛ لوجود سبب الثبوت، وما ثبت يبقى إلى أن يوجد المزيل؛ ولأن اليد دليل الملك، ألا ترى أن من رأى شيئا في يد إنسان حل له أن يشهد له بالملك، دل أن اليد دليل الملك من حيث الظاهر، فكان الملك ثابتا للشفيع ظاهرا. ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج5، ص14.

أَقَرَّ بِمِلْكِ مَا يشْفَعُ بِهِ أَوْ نَكَلَ عَنْ الحَلْفِ عَلَى الْعِلْمِ بِأَنَّهُ مَالِكُهُ أَوْ بَرْهَنَ الشَّفِيعُ سَأَلَهُ عَنْ الشِّرَاء فَإِنْ...

وَلَنَا: أَنَّ الْيَدَ[1] يَحْتَمِلُ الْمِلْكَ وَغَيْرَهُ، وَالْمُحْتَمَلُ لَا يَصْلُحُ حُجَّةً لِلإِلْزَامِ[2][3].

فَإِنْ عَجَزَ الشَّفِيعُ عَنْ إقَامَةِ البَيِّنَةِ، اسْتَحْلَفَ الْقَاضِي الْخَصْمَ، عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ: أَنَّهُ مَا يعلم أَنَّ الشَّفِيعَ مَالِكٌ لِمَا يَطَلَبُ بِهِ الشُّفْعَةَ.

وعِنْدَ مُحَمَّدٍ: اسْتَحْلَفَهُ عَلَى الثَّبَات][4]؛ لِأَنَّهُ يَدَّعِي اسْتِحْقَاقَ الشُّفْعَةَ بِهَذَا السَبَب فصَارَ كَمُدَّعِي الْمِلْكِ بِسَبَب الشِّرَاءِ فَيَحْلِفُ بالله، مَا الشَّفِيعُ بِمَالِكٌ، لِمَا يَطَلَب بِهِ الشُّفْعَةَ.

وَإِنْ **(أَقَرَّ)** الْخَصْمُ **(بِمِلْكِ)** الشَّفِيعِ **(مَا يشْفَعُ بِهِ، أَوْ نَكَلَ)** الْخَصْمُ **(عَنْ الحَلْفِ عَلَى الْعِلْمِ)** عَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ، وعَلَى الثَّبَاتِ عَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ **(بِأَنَّهُ)** أَيْ: الشَّفِيعِ **(مَالِكُهُ)** أَيْ: [مَالِكٍ لِمَا][5] يَشْفَعُ بِهِ.

(أَوْ بَرْهَنَ الشَّفِيعُ) عَلَى مِلْكِهِ[6] لِمَا يَشْفَعُ بِهِ، ثَبَتَ مِلْكُهُ لِمَا يَشْفَعُ بِهِ، وحِينَئِذٍ **(سَأَلَهُ) أَيْ:** سَأَلَ[7] الْقَاضِي الْخَصْمَ **(عَنْ الشِّرَاءِ فَإِنْ)** أَنْكَرَ أَمْرَ الْقَاضِي الشَّفِيعَ بِإِقَامَةِ[8] البَيِّنَةِ؛ [لِأَنَّ الشُّفْعَةَ لا تَجِبُ إِلَا بَعْدَ الْبَيْعِ، وثُبُوتُهُ يَكُونُ بِالحُجَّةِ.

فَإِنْ عَجَزَ الشَّفِيعُ عَنْ البَيِّنَةِ][9] اسْتَحْلَفَ[10] الْخَصْمَ، إنْ كَانَ الْمُشْتَرِي: بِالله مَا اشْتَرَيْتُ هَذِهِ الدَّارَ، وإِنْ كَانَ الْبَائِعُ: بِالله مَا بِعْتُ هَذِهِ الدَّارَ، أَوْ اُسْتُحْلِفَ بِالله مَا يَسْتَحِقُّ فِي هَذِهِ الدَّارِ شُفْعَةً مِنْ الْوَجْهِ الَّذِي ذَكَرَهُ، فالْأَوَّلُ عَلَى [السَّبَبِ[11]]، والثَّانِي عَلَى الْحَاصِلِ[12]، وإِنَّمَا يُسْتَحْلَفُ عَلَى البَتَاتِ؛ لِأَنَّهُ يَحْلِفُ عَلَى فِعْلِ نَفْسِهِ، وعَلَى مَا فِي يَدِهِ أَصَالَةً.

---

(1) في (س) و(ب): الملك.

(2) في (ع): للازمان.

(3) على الغير؛ لأنه يتمسك بالأصل فإن اليد دليل الملك في الظاهر، وهو لا يصح حجة للإلزام. ينظر: البزدوي، كشف الاسرار، مصدر سابق، ج3، ص378.

(4) الكلام الذي بين المعكوفتين غير موجود في (ن) ويوجد بدله [لأن الشفعة لا يجب الا بعد البيع وثبوته يكون بالحجة فان عجز الشفيع عن البينة استحلف الخصم ان كان المشترى بالله ما اشتريت هذه الدار وان كان البائع بالله ما بعت هذه الدار او استحلف بالله ما يستحق في هذه الدار شفعة من الوجه الذي ذكره فالأول على السبب والثاني على الحاصل وإنما يستحلف على الثياب].

(5) سقط من:(ن).

(6) بأن يقولا إنها ملك هذا الشفيع قبل أن يشتري هذا المشتري هذا العقار وهي له إلى الساعة ولم نعلم أنها خرجت عن ملكه، فلو قالا إنها لهذا الجار لا يكفي كما في المحيط. وعن أبي يوسف لا حاجة إلى البرهان. ينظر: ابن عابدين، رد المحتار، مصدر سابق، ج6، ص227.

(7) في (ع): (يسال اي).

(8) في (ن): عن.

(9) سقط من: (ن).

(10) القاضي.

(11) الاول: عند أبي يوسف - رحمه الله-، والثاني: عند محمد - رحمه الله -. ينظر: ابن نجيم، البحر الرائق، ج8، ص148.

(12) سقط من:(ك).

أَقَرَّ بِهِ، أَوْ نَكَلَ عَنْ الحَلْفِ، أَوْ بَرْهَنَ الشَّفِيعُ، قَضَى لَهُ بِهَا.

وإِنْ **(أَقَرَّ)** الْخَصْمُ **(بِهِ)**، أَيْ: بالشِّرَاءِ **(أَوْ نَكَلَ عَنْ الحَلْفِ، أَوْ بَرْهَنَ الشَّفِيعُ)** عَنْ[1] الشِّرَاءِ، **(قَضَى)** الْقَاضِي **(لَهُ)**، أَيْ: لِلشَّفِيعِ **(بِهَا)**، أَيْ: بِالشُّفْعَةِ لِثُبُوتِهَا.

وَيَنْبَغِي لِلْقَاضِيَ أَوَلاً قَبْلَ أَنْ يَسْأَلَ الْخَصْمَ، أَنْ يَسْأَلَ الْمُدَّعِيَّ- وَهُوَ الشَّفِيعُ- عَنْ مَوضِعِ الدَّارِ مِنْ مِصْرِهَا[2]، وعَنْ مَحَلَتِهَا، وَحُدُوْدِهَا[3]؛ لِأَنَّهُ ادَّعَى حَقًّا فِيهَا، فصَارَ كمَا لَوْ ادَّعَى مِلْكَ رقبتها.

فإِذَا تبَيَّنَ[4]، سَأَلَهُ هَلْ قَبَضَ الْمُشْتَرِيُ الدَّارَ أَمْ لَا ؟؛ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَقْبِضْهَا، لَا يَصِحُّ دَعْوَاهُ عَلَى الْمُشْتَرِيَ، حَتَّى يَحْضُرَ الْبَائِعُ[5].

فإِذَا بَيَّنَ سَأَلَهُ عَنْ سَبَبِ شُفْعَتِهِ وَحُدُودِ مَا يَشْفَعُ بِهِ؛ لِأَنَّ النَّاسَ مختلفون فِيهِ فَلَعَلَّهُ ادَّعَاهُ بِسَبَبٍ غَيْرِ صَالِحٍ، أَوْ لَعَلَّهُ مَحْجُوباً بِغَيْرِه.

فَإِذَا بَيَّنَ سَبَباً صَالِحاً، وأَنَّهُ غَيْرَ مَحْجُوبٍ بِغَيْرِهِ، سَأَلَهُ: مَتَى عَلِمَ، وَكَيْفَ صَنَعَ حِينَ عَلِمَ؛ لِأَنَّ الشُّفْعَةَ تَبْطُلُ بِطُولِ الزَّمَانِ وَبِالْإِعْرَاضِ وَبِمَا يَدُلُّ عَلَيْهِ.

فإِذَا بَيَّنَ سَأَلَهُ عَنْ طَلَبِ التَّقْرِيرِ[6] كَيْفَ كَانَ؟، وَعِنْدَ مَنْ أَشْهَدَ؟، وَهَلْ كَانَ الَّذِي [أَشْهَدَ عِنْدَهُ][7] / أَقْرَبَ مِنْ غَيْرِهِ؟. 349/ب

فإِذَا بَيَّنَ وَلَمْ يُخِلَّ بِشَيْءٍ مِنْ الشُّرُوطِ، تَمَّتْ دَعْوَاهُ، فَيَسْأَلُ[8] الْخَصْمَ حِينَئِذٍ، كَمَا مَرَّ.

---

(1) في (ك): على.

(2) المِصر: الحدّ من كل شيء، وقيل المصر: الحد في الأرض خاصة، ومصر: هي المدينة المعروفة، والمصر: واحد الأمصار، والمصر في كلام العرب: كل كورة تقام فيها الحدود، ويقسم فيها الفيء والصدقات، من غير مؤامرة للخليفة، ويقال: فلان مَصَّر الأمصار، كما يقال مدَّن المدن. انظر: ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، ج5، ص 176.

(3) قال الخصاف: إذا قال أنا شفيع الدار التي اشتراها فلان من فلان، وهي في بلدة كذا، في محلة كذا، في سكة كذا، وبين حدودها بداري التي تلازقها كفى. ينظر: الشلبي، أحمد بن محمد(1313هـ)، حاشيته على تبيين الحقائق، ط1، ج5، ص245، بولاق، القاهرة.

(4) في (ك) و(س) و(ع) : بين.

(5) ويقول: هذا باع من فلان دارا التي حدودها كذا. ينظر: قاضي زادة، شمس الدين أحمد(بدون تاريخ)، نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار، بدون طبعة، ج9، ص 386، دار الفكر، دمشق.

(6) وهو أن يقول: اشترى فلان هذه الدار وقد كنت طلبت الشفعة قبله طلب مواثبة، وأنا أطلبها الآن، فاشهدوا على ذلك. ينظر: شيخ زاده، مجمع الأنهر، مصدر سابق، ج5، ص475.

(7) في (ك): اشهده.

(8) القاضي.

فَلَزِمَهُ احْضَارُ الثَّمَنِ، ويَحْبِسُ الدَّارَ لَهُ.....

(فَلَزِمَهُ[1]**)**، أَيْ: إِذَا قَضَى الْقَاضِي بِالشُّفْعَةِ، لَزِمَ الشَّفِيعُ **(احْضَارُ الثَّمَنِ)** مِنْ غَيْرِ مُهْلَةٍ، وَهَذَا ظَاهِرُ رِوَايَةِ الْأَصْلِ[2].

وعَنْ مُحَمَّدٍ: أَنَّ الْقَاضِيَ لَا يَقْضِي بِالشُّفْعَةِ حَتَّى يُحْضِرَ [الشَّفِيعُ][3] الـثَّمَنَ، وَهُـوَ رِوَايَـةٌ الحَسَـنِ عَـنْ أَبِي حَنِيفَـةَ؛ لِـجَوَازِ أَنْ يَكُونَ الشَّفِيعُ مُفْلِساً، فَيَتوِيَ[4] عَلَى مَالِ الْمُشْتَرِي[5].

وَجْهُ الظَّاهِرِ: أَنَّ الثَّمَنَ قَبْلَ الْقَضَاءِ بِالشُّفْعَةِ لَمْ[6] يَجِبْ عَلَى الشَّفِيعِ، وَإِذَا لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ، لَمْ يَلْزَمْهُ احْضَارَهُ.

(وَ[7] **يَحْبِسُ)** الْمُشْتَرِي **(الدَّارَ لَهُ)** أَيْ: لِأَجْلِ الثَّمَنِ، حَتَّى يَدْفَعُهُ الشَّفِيعُ إِلَيْهِ، لِأَنَّ [...][8] الْمُشْـتَرِي بِمَنْزِلَـةِ الْبَـائِعِ، والشَّفِيعُ بِمَنْزِلَةِ الْمُشْتَرَى مِنْهُ، وِلِلْبَائِعِ حَبْسُ الْمَبِيعِ حَتَّى يَقْبِضَ ثَمَنُهُ مِنْ مُشْتَرِيهِ، فَلِلْمُشْتَرِي[9]حبْسُ الدَّارِ حَتَّى يَقْبِضَ ثَمَنَهَا مِنْ الشَّفِيعِ.

وِلَوْ أَخَّرَ الشَّفِيعُ أَدَاْءَ[10] الثَّمَنِ بَعْدَ مَا قِيْلَ لَهُ: اِدْفَـعْ الـثَّمَنَ إِلَيْـهِ، لَا تَبْطُـلُ[11] شُـفْعَتُهُ عِنْـدَ مُحَمَّـدٍ؛ لِتَأَكُّـدِهَا[12] بِالْقَضَاْءِ[13].

---

(1) في (ع): فليلزمه.

(2) وفي فتاوى أبي الليث: الشفيع إذا طلب الشفعة، فقال المشتري: هات الدراهم، وخذ شفعتك، فإن أمكنـه إحضـار الـدراهم في ثلاثـة أيـام، وإلا بطلت شفعته، قال الصدر الشهيد: والمختار: أنها لا تبطل، وفي ((الحاوي)): أنها تبطل وفي ((جامع الفتاوى)): الفتوى اليوم على قول ((الحاوي)). ينظر: ملا خسرو، درر الحكام، مصدر سابق، ج2، ص210. وابن نجيم، البحر الرائق،، مصدر سابق، ج8، ص149.

(3) سقط من:(ك).

(4) توى - مقصور-: قال الليث: التَّوَى ذهاب مال لا يرجى، والفعل منه توي يتوى توى، أَيْ: ذهب، وأتوى فلان مالـه فتـوى، أَيْ: ذهـب بـه. ينظر: الهروي، تهذيب اللغة، مصدر سابق، ج1، ص278.

(5) أَيْ: إذ لو قضى القاضي قبل إحضار الثمن، لم يأمن أن يكون الشفيع مفلسا، فيتعجل ملك الدار ويتأخر الثمن عن المشتري، وهذا لا يجوز، وليس كذلك البيع؛ لأن الملك ينتقل برضا البائع، فلذلك استوى ما فيه ضرر، وما لا ضرر فيه. ينظـر: المرغينـاني، الهدايـة في شرح بدايـة المبتدي، مصدر سابق، ج 4، ص312. والشلبي، حاشيته على التبيين، مصدر سابق، ج5، ص245.

(6) في (ك): حتى.

(7) في (ن): ولا.

(8) [الثمن] زيادة من: (ت) و(ك) و(أ).

(9) في (ك) و(س): وللمشتري.

(10) في (ع) و(ح): إذا.

(11) في (ن): يبطل.

(12) في (ك) و(س): (اذا اكدها).

(13) لأن الشفعة تأكدت بخصومة الشفيع عند القاضي. ينظر: العيني، البناية شرح الهداية، مصدر سابق، ج11، ص315.

وَلَا يَسْمَعُ البَيِّنَةَ عَلَى بَائِعٍ حَتَّى يَحْضُرَ الْمُشْتَرِي، فَيَفْسِخُ بِحُضُورِه، ويَقْضِي بِالشُّفْعَةِ، والعُهْدَةُ عَلَى الْبَائِعِ

(وَلَا يَسْمَعُ) الْقَاضِي **(البَيِّنَةَ عَلَى بَائِعٍ)** لَمْ يُسَلِّمْ العَقَارَ إلى الْمُشْتَرِي **(حَتَّى يَحْضُرَ الْمُشْتَرِي فَيَفْسِخُ[1])** الْقَاضِي الْبَيْعَ **(بِحُضُورِه ويَقْضِي بِالشُّفْعَةِ)**؛ لِأَنَّ الْمِلْكَ لِلْمُشْتَرِيَ والْيَدَ[2] لِلْبَائِعِ، والْقَاضِي يَقْضِي بهمَا لِلشَّفِيعِ، فَلَا بُدَّ مِنْ حُضُورِهمَا.

قَيَّدَ بـ «**الْبَائِعِ**»؛ لِأَنَّ الْمُشْتَرِيَ الَّذِي سَلَّمَ الْبَائِعُ إِلَيْهِ العَقَارَ، إِذَا خَاْصَمَهُ الشَّفِيعَ، لَا يُشْتَرَطُ فِي سَمَاعِ البَيِّنَة عَلَيْهِ، حُضُورُ الْبَائِعِ؛ لِأَنَّ حُكْمَ العَقْدِ فِي حَقِّ الْبَائِعِ قَدْ أَنْتَهَى بِالتَّسْلِيمِ إلى الْمُشْتَرِي، وَصَارَ الْبَائِعُ كَأَجْنَبِيٍّ آخَرَ.

وَقَيَّدْنَا «**الْبَائِعِ**»؛ بِكَوْنِهِ لَمْ يُسَلِّمْ العَقَارَ إلى الْمُشْتَرِي؛ لِأَنَّ الَّذِي سَلَّمُهُ إِلَيْهِ لَا يَسْمَعُ الْقَاضِي البَيِّنَةَ[3] عَلَيْهِ اصْلَاً، وَلَا يَكُونُ خَصْماً لِلشَّفِيعِ.

وفِي قَوْلُهُ: «**فَيُفْسَخُ بِحُضُورِه**» إِشَارَةٌ إلى عِلَةٍ أُخْرَى، وهي أَنَّ الْبَيْعَ [إِذَا كَانَ][4] يُفْسَخُ فِي حَقِّ الْمُشْتَرِي، فَلَا بُدَّ مِنْ حُضُورِهِ؛ لِيُقْضَى بالْفَسْخِ عَلَيْهِ، ثُمَّ[5] هَذَا الْفَسْخُ لَيْسَ فَسْخَاً لِأَصْلِ العَقْدِ بَلْ لِإِضَافَتِهِ إلى الْمُشْتَرِيَ، وَذَلِكَ أَنَّ قَوْلَ الْبَائِعِ لِلْمُشْتَرِي: بِعْتُ، إِيْجَابٌ لِلْبَيْعِ.

وقَوْلُهُ[6]: «**مِنْكَ**» أَضَافَةٌ لِلْمُشْتَرِي، فَإِذَا أَخَذَ الشَّفِيعُ بِالشُّفْعَةِ، كَانَ أَصْلُ العَقْدِ بَاْقِيَاً، وَتَحَوَلَتْ اضَافَتُهُ مِنْ الْمُشْتَرِي إلى الشَّفِيعِ، وَصَارَ العَقْدُ، كَأَنَّهُ ابْتِدَاءً وَقَعَ مَعَ[7] الشَّفِيعِ.

(والعُهْدَةُ[8]) أَيْ: الْحُقُوقِ فِيمَا أَخَذَ الشَّفِيعُ مِخَاْصَمَةِ الْبَائِعِ **(عَلَى الْبَائِعِ)[9]**؛ لِأَنَّ أَصْلَ الْبَيْعِ **وِلِلْشَّفِيْعِ خِيَارُ الرُّؤيَةِ، وَالْعَيْبِ، وَإِنْ شَرَطَ الْمُشْتَرِيُ الْبَرَاءَةَ**

---

(1) الفسخ بمعنى النقض، فسخت البيع بين البيِّعَين والنكاح، فانفسخ البيع والنكاح، أَيْ: نقضته فانتقض. ينظر: ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، ج3، ص 44، 45. والفيروزآبادي، محمد بن يعقوب (2005م)، القاموس المحيط (ت: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة)، ط2، ص329، مؤسسة الرسالة، بيروت.

(2) في (س): الملك.

(3) في (ك): (البينة القاضي).

(4) سقط من: (ن).

(5) في (ن) و(ح): لأن.

(6) في (ن): وقولك.

(7) في (ك) و(ب): من.

(8) العهدة: هي ضمان الثمن للمشتري إن استحق المبيع، أو وُجِدَ فيه عيب، أَيْ: حقوق العقد، كضمان الدرك، وتسليم العقار، والصك القديم على البائع. ينظر: الجرجاني، التعريفات، مصدر سابق، ص159. وعلي حيدر، شرح مجلة الاحكام، ج2، ص797.

(9) روي ذلك عن أبي يوسف - رحمه الله -؛ لأنه إذا كان نقد الثمن للبائع، فالملك لا يقع على البائع أصلا؛ لأنه لا ملك له، ولا بد أيضا لبطلان حق الحبس بنقد الثمن، بل يقع على المشتري، فيكون الثمن له، والعهدة عليه، وإذا كان لم ينقد، فللبائع حق الحبس، فلا يتمكن الشفيع من قبض الدار إلا بدفع الثمن إلى البائع، فكانت العهدة على البائع. ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج5، ص24.

بَاقٍ؛ لِتَعَذُّرِ انْفِسَاخِهِ؛ لِأَنَّ الشُّفْعَةَ بِنَاءٌ عَلَيْهِ، وَالعُهْدَةُ فِي الْبَيْعِ عَلَى الْبَائِعِ، وَإِنَّمَا كَانَتْ العُهْدَةُ عَلَى الْمُشْتَرِي، فِيمَا أَخَذَ الشَّفِيعُ بِمُخَاصَمَةِ الْمُشْتَرِي؛ لِأَنَّ مِلْكَهُ تَمَّ بِالْقَبْضِ، وصَارَ الْبَائِعُ [أَجْنَبِيّاً][1].

(وَلِلشَّفِيْعِ) إِذَا قَضَى الْقَاضِي لَهُ بِالشُّفْعَةِ، وَلَمْ يَكُنْ رَأَى الْمَبِيعَ، **(خِيَارُ الرُّؤيَةِ وَ)** لَهُ إِذَا وَجَدَ بِهِ عَيْباً خِيَارُ **(الْعَيْبِ)** فَيَرُدُّ إِنْ شَاءَ.

(وَإِنْ شَرَطَ الْمُشْتَرِيْ) لِلْبَائِعِ **(الْبَرَاءَةَ)** مِنْ الْعَيْبِ؛ لِأَنَّ الْأَخْذَ بِالشُّفْعَةِ بِمَنْزِلَةِ الشِّرَاءِ، أَلَا يُرَى أَنَّهُ مُبَادَلَةُ مَالٍ بِمَالٍ، فَيَثْبُتُ لِلْشَّفِيعِ فِيْهِ خِيَارُ الرُّؤيَةِ والْعَيْبُ، كَمَا فِي الشِّرَاءِ[2].

وَلَا يُسْقِطُ[3] ما لَهُ مِنْ خِيَارِ الرُّؤيَةِ برؤية الْمُشْتَرَى، وَلَا / ما لَهُ مِنْ خِيَارِ الْعَيْبِ، بِشَرْطِ الْمُشْتَرِي لِلْبَائِعِ الْبَرَاءَةَ مِنْهُ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ إِسْقَاطَ حَقِّ الشَّفِيعِ. 350/أ

وَلَوْ كَانَ الْمُشْتَرِي وَكِيلاً لِغَائِبٍ، كَانَ هُوَ الْخَصْمُ لِلشَّفِيعِ؛ لِأَنَّهُ العاقِدُ، وَالْأَخَذُ بِالشُّفْعَةِ مِنْ حَقُّوقِ العَقْدِ، إِلَا أَنْ يُسَلِّمَ إِلى الْمُوَكِّلِ، لِأَنَّهُ [حِينَئِذٍ][4] لَا يَدَ لَهُ وَلَا مِلْكَ، فَيَكُونُ الْخَصْمُ، هُوَ الْمُوَكِّلُ؛ لِأَنَّ الوَكِيلَ كالْبَائِعِ مِنْ الْمُوَكِّلِ، فتَسْلِيمُهُ إِلَيْهِ كتَسْلِيمِ الْبَائِعِ إِلى الْمُشْتَرِي، فَتَصِيرُ الْخُصُومَةُ مَعَهُ.

وكَذَا لَوْ كَانَ الْبَائِعُ وَكِيلًا لِغَائِبٍ، كَانَ لِلشَّفِيعِ أَنْ يَأْخَذَهَا مِنْهُ، إِذَا[5] كَانَتْ فِي يَدِهِ؛ لِأَنَّهُ عاقَدٌ.

وَكَذَا لَوْ كَانَ الْبَائِعُ وَصِيّاً لِمَيْتٍ فِيمَا يَجُوزُ لَهُ بَيْعُهُ[6].

وَالْقَوْلُ لِلْمُشْتَرِي فِي الثَّمَنِ، وَبَيِّنَةُ الشَّفِيعِ أَحَقُّ مِنْ بَيِّنَتِهِ ..

---

(1) سقط من:(ك) و(س).

(2) من المشتري، إن كان الأخذ بعد القبض، وإن كان قبله، فشراء من البائع؛ لتحول الصفقة إليه، فيثبت له الخياران فيه، كما إذا اشتراه منهما باختيارهما، ولا يسقط خياره برؤية المشتري، ولا بشرط البراءة منه؛ لأن المشتري ليس بنائب عن الشفيع، فلا يعمل شرطه ورؤيته في حقه. ينظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج5، ص247. وملا خسرو، درر الحكام، مصدر سابق، ص2، ج211.

(3) الشفيع.

(4) سقط من:(ن).

(5) في (أ) و(ح): أن

(6) قال الأتقاني: يعني يكون الوصي هو الخصم للشفيع إذا باع ما يجوز بيعه؛ لأنه العاقد. بيان ذلك: أن الورثة إذا كانوا كلهم كبارا حضورا، ولا دين، ولا وصية، فليس للوصي بيع شيء من التركة؛ لعدم الولاية على الكبار، فإن كان الكبار غيبا، فله بيع العروض دون العقار؛ لأن له ولاية الحفظ، وإن كان الورثة صغارا، فله بيع الكل. ينظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج5، ص246.

[فَصْلٌ فِي مَسَائِلِ الِاخْتِلَافِ]

(وَالْقَوْلُ لِلْمُشْتَرِي) إِذَا اخْتَلَفَ مَعَ الشَّفِيعِ **(فِي الثَّمَنِ)**[1]؛ لِأَنَّ الشَّفِيعَ يَدَّعِي اسْتِحْقَاقَ العَقَارِ [عَلَيْهِ][2]، عِنْدَ نَقْدِ الْأَقَلِّ وَهُوَ يُنْكِرُ، وَالْقَوْلُ: قَوْلُ المُنْكِرِ مَعَ يَمِينِهِ[3].

(وَبَيِّنَةُ الشَّفِيعِ) إِذَا أَقَامَ كُلُّ مِنْهُمَا بَيِّنَةً عَلَى صِحَّةِ قَوْلِهُ **(أَحَقُّ مِنْ بَيِّنَتِهِ)** أَيْ: الْمُشْتَرِي، وهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ[4] ومُحَمَّدٍ، وَقَالَ أبو يوسف: بَيِّنَةُ الْمُشْتَرِي أَحَقُّ؛ لِأَنَّهَا أَكْثَرُ إِثْبَاتاً، فَصَارَتْ كَبَيِّنَةِ الْبَائِعِ [إِذَا اخْتَلَفَ][5] مَعَ الْمُشْتَرِيَ فِي قَدْرِ الثَّمَنِ[6].

ولَهُمَا[7]: أَنَّهُ لا تَنَافِي بَيْنَ البَيِّنَتَيْنِ فِي حَقِّ الشَّفِيعِ، فَيُجْعَلُ كَأَنَّ المَوْجُودَ بَيْعَانِ، [ولَوْ كَانَ المَوْجُودُ يَتَعَيْنُ[8] [لِلشَّفِيعِ][9]][10] لَا يَرْجَحُ بِزِيَادَةِ الاثْبَاتِ، الَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ أشتَرَى مَرَّتَيْنِ، مَرَّةٌ بِأَلْفٍ، وَمَرَّةٌ بِأَلْفَيْنِ، كَانَ لِلشَّفِيعِ أَنْ يَأْخَذَ بِأَيِهِمَا شَاءَ، بِخِلَافِ بَيِّنَةِ الْبَائِعِ مَعَ بَيِّنَةِ الْمُشْتَرِي، فَإِنَّ الْعَمَلَ بَيْنَهُمَا غَيْرُ مُمْكِنٍ، إِذْ العَقْدُ الثَّانِي فَاسِخٌ لِلْعَقْدِ الْأَوَّلِ فِي حَقِّهِمَا، فَلِذَا[11] صُيِّرَ فِيْهِ إلى التَّرْجِيْحِ [بِالزِّيَادَةِ][12].

وَلَوْ ادَّعَى ثَمَناً و بَائِعَهُ أَقَلَّ مِنْهُ، أَخَذَ بِقَوْلُهُ قَبْلَ الْقَبْضِ.....

---

(1) إنْ وقع الاختلاف في قدر الثمن، بأن قال المشتري: اشتريت بألفين، وقال الشفيع: بألف، فالقول: قول المشتري مع يمينه، وعلى الشفيع البينة أنه اشتراه بألف؛ لأن الشفيع يدعي التملك على المشتري بهذا القدر من الثمن، والمشتري ينكر، فكان القول قول المنكر، ولو صدق البائع الشفيع، بأن قال: بعت بألف، ينظر في ذلك، إن كان البائع ما قبض الثمن، فالقول قول البائع، والشفيع يأخذ بالألف، سواء كان المبيع في يد البائع، أو في يد المشتري، إذا لم يكن نقد الثمن. ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج5، ص31.

(2) سقط من: (ن).

(3) اليمين: تقوية الخبر بذكر الله، أو بالتعليق. ينظر: العيني، فتح باب العناية، مصدر سابق، ج2، ص 246.

(4) ولأبي حنيفة طريقتان: إحداهما: حكاها محمد عنه، والأخرى: حكاها أبو يوسف، فالتي حكاها محمد أن المشتري صدر منه إقرار، أن أحدهما له والآخر عليه، فكان للشفيع أن يأخذ بما عليه، كما لو أقر عند القاضي بالأمرين جميعا. ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج14، ص100.

(5) سقط من: (ك).

(6) بأن قال المشتري: اشتريت بألفين، وقال الشفيع: بألف، فالقول: قول المشتري مع يمينه، وعلى الشفيع البينة أنه اشتراه بألف. ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج5، ص31.

(7) أي: أبي حنيفة ومحمد.

(8) في (ع): بيعين.

(9) سقط من: (ك).

(10) سقط من: (ن) و(ع).

(11) في (ن) و(ح): فكذا.

(12) سقط من: (ك).

وَفِيمَا نَحْنُ فِيْهِ، لَا يَنْفَسِخُ العَقْدُ الْأَوَّلِ بِالْعَقْدِ الثَّانِي فِي حَقِّ الشَّفِيعِ؛ لِتَأَكُّدِ حَقِّهِ بِهِ، ولِأَنَّ بَيِّنَةَ الشَّفِيعِ مُلْزِمَةٌ؛ لِأَنَّهَا إِذَا قُبِلَتْ، وَجَبَ عَلَى الْمُشْتَرِي تَسْلِيمُ العَقَارِ، وَبَيِّنَةُ الْمُشْتَرِي غَيْرُ مُلْزِمَةٍ؛ لِأَنَّهَا إِذَا قُبِلَتْ لَا يَجِبُ عَلَى الشَّفِيعِ شَيءٌ، بَلْ هُوَ مُخَيرٌ بَيْنَ أَنْ يَأَخَذَ أَوْ يَتْرُكَ، وَالبَيِّنَةُ لِلْإِلْزَامِ فَيَتَرَجَّحُ الـمُلْزَمُ[1].

(ولَوْ ادَّعَى) الْمُشْتَرِي **(ثَمَناً، وَ)** ادَّعَى **(بَائِعُهُ)** ثَمَناً **(أَقَلَّ مِنْهُ، أَخَذَ)** الشَّفِيعُ [العَقَارَ][2] **(بِقَوْلِهِ)** أَيْ: بِقَوْلِ [الْبَائِعِ][3] **(قَبْلَ الْقَبْضِ)** أَيْ: قَبْضِ الْبَائِعِ الثَّمَنَ [وكَانَ ذَلِكَ حَطَّاً[4] عَنْ الْمُشْتَرِي][5]؛ لِأَنَّ الثَّمَنَ إِنْ كَانَ كَمَا قَالَ الْبَائِعُ فظَاهِرٌ، وَإِنْ كَانَ كمَا قَالَ الْمُشْتَرِي، فَقَدْ حَطَّ الْبَائِعُ مِنْ الثَّمَنِ عَنْ الْمُشْتَرِي، وَالحَطُّ عَنْ الْمُشْتَرِي حَطٌّ عَنْ الشَّفِيعِ.

قَيَّدَ مَا ادَّعَاهُ الْبَائِعُ بِكَوْنِهِ أَقَلَ مِمَّا قَالَ الْمُشْتَرِي؛ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ أَكْثَرَ، تَحَالَفَا وَتَرَادَّا، وَأَيُّهُمَا نَكَلَ!، ظَهَرَ أَنَّ الثَّمَنَ مَا يَقُولُهُ الْآخَرُ، فَيَأَخُذُهَا الشَّفِيعُ بِذَلِكَ؛ لِأَنَّ النُّكُولَ[6] بِمَنْزِلَةِ الْإِقْرَارِ[7] بِمَا يَدَّعِيْهِ الْآخَرُ[8][9].

وَإِنْ حَلَفَا، فَسَخَ الْقَاضِيُ العَقْدَ بَيْنَهُمَا، وَأَخَذَهَا الشَّفِيعُ بِمَا قَالَ الْبَائِعُ؛ لِأَنَّ فَسْخَ الْبَيْعِ، لَا يُوجِبُ بُطْلَانَ حَقِّ الشَّفِيعِ، كَمَا لَوْ رُدَّ عَلَيْهِ بِعَيْبٍ، بِقَضَاءِ قَاضٍ.

وَبِقَوْلُ الْمُشْتَرِي بَعْدَهُ وَأَخَذَ فِي حَطِّ بَعْضِ الثَّمَنِ، أَوْ زِيَادَتِهِ بِاقَلِّهِمَا.....

(وَ) أَخَذَ الشَّفِيعُ [العَقَارَ][10] **(بِقَوْلُ الْمُشْتَرِي بَعْدَهُ)** أَيْ: بَعْدَ قَبْضِ الْبَائِعِ الثَّمَنَ[11]؛ لِأَنَّهُ لَمَّا اسْتَوْفَى الثَّمَنَ، انْتَهَى حُكْمُ العَقْدِ[12] مِنْهُ، فَصَارَ كَالْأَجْنَبِيِّ، وَبَقِيَ الاخْتِلَافُ بَيْنَ الْمُشْتَرِي والشَّفِيعِ/، فَيَكُونُ الْقَوْلُ لِلْمُشْتَرِي. 350/ب

---

(1) في (ن): الملزوم.

(2) سقط من: (ت) و(ك) و(س) و(ن) و(ع).

(3) سقط من: (ك).

(4) الحط: يأتي بعدة معاني منها: التخفيف، والوضع، والاسقاط، والانزال، ومبنى الصلح على الحط، والإغماض الحط النقص، والإغماض أصله: تغميض العين، فيراد به هاهنا: التجوز، والمساهلة، والتسامح. ينظر: القزويني، مقاييس اللغة، مصدر سابق، ج2، ص13. والنسفي، طلبة الطلبة، مصدر سابق، ص109.

(5) سقط من: (ت) و(ك) و(س) و(ن) و(ع).

(6) النكول في الاستحلاف، من باب دخل أصله الجبن،يقال: نكل عن العدو، أَيْ: جبن عنه، فلم يتجاسر على الإقدام عليه، ومراد الفقهاء من هذه اللفظة هو: الامتناع عن اليمين، وترك الإقدام عليها. ينظر: النسفي، طلبة الطلبة، مصدر سابق، ص43. وابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، ج11، ص 678.

(7) الإقرار: الإذعان للحق، والاعتراف به، وأقر بالحق: أَيْ: اعترف به، وضده إنكاره، أَيْ: تغييره. ينظر: النسفي، طلبة الطلبة، مصدر سابق، ص136. وابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، ج5، ص 88.

(8) في (أ) و(ع) و(ح) و(ب): صاحبه.

(9) أَيْ: إن نكول المدعى عليه عن اليمين، يجعل بمنزلة الإقرار منه؛ إما لدفع الضرر عن المدعي، أو لحال الناكل، وهو امتناعه من اليمين المستحقة عليه بعد تمكنه من إيفائه. ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج2، ص51.

(10) سقط من: (ت) و(ك) و(س) و(ن) و(ع).

(11) وروى الحسن عن أبي حنيفة: أن المبيع إذا كان في يد البائع، فأقر بقبض الثمن، وزعم أنه ألف، فالقول قوله؛ لأن التملك يقع على البائع، فيرجع إلى قوله، وهو ظاهر؛ لأنه لم يصر أجنبيا؛ لكونه ذا اليد، وإن لم يكن مالكا، والله أعلم. ينظر: البابرتي، العناية شرح الهداية، ج9، ص393.

(12) في (ك): العهد.

وَلَوْ كَانَ قَبْضُ الثَّمَنِ [غَيْرُ ظَاهِرٍ، فَإِنْ قَالَ][1] الْبَائِعُ: بِعْتُ الدَّارَ بِأَلْفٍ، وَقَبَضْتُ الثَّمَنَ، أَخَذَهَا الشَّفِيعُ بِأَلْفٍ؛ لِأَنَّهُ بَيَّنَ الثَّمَنَ [بِأَلْفٍ][2] ، فِي حَالِ لَهُ وِلَايَةُ الْبَيَانِ فِيهِ، فقُبِلَ بَيَانُهُ، وَإِنْ قَالَ: قَبَضْتُ الثَّمَنَ وَهُوَ أَلْفٌ، أَخَذَهَا الشَّفِيعُ بِقَوْلِ الْمُشْتَرِي؛ لِأَنَّهُ لَمَّا أَقَرَّ بِاسْتِيْفَاءِ الثَّمَنِ أَوَلاً، صَارَ أَجْنَبِيّاً، فَلَمْ يُقْبَلْ بِيَانُهُ فِي مِقدَارِ الثَّمَنِ[3].

(وَأَخَذَ) الشَّفِيعُ **(فِي حَطِّ بَعْضِ الثَّمَنِ)** سَوَاْءٌ كَانَ الحَّطُ قَبْلَ أَخَذِ الشَّفِيعِ، أَوْ بَعْدَهُ، **(أَوْ)** فِي **(زِيَادَتِهِ)** أَيْ: زِيَادَةُ الْمُشْتَرِيَ الثَّمَنَ **(بِاقَلِّهِمَا)** مُتَعَلِّقٌ بِأَخْذِ، وَإِنَّمَا أَخَذَ[مِنْهُمَا][4] بِالْأَقَلِّ؛ لِأَنَّ الحَطَّ مِنْ الثَّمَنِ، وَالزِّيَادَةُ فِيْهِ، يَلْتَحِقَانِ عِنْدَنَا بِأَصْلِ العَقْدِ[5]، إِلَا أَنَّ الزِّيَادَةَ لَا تَظْهَرُ فِي حَقِّ الشَّفِيعِ؛ لِتَضَرُرِهِ بِهَا، ويَظْهَرُ فِي حَقِّ الْمُشْتَرِي؛ لِوَلَايَتِهِ عَلَى نَفْسِهِ، وَصَارَ كَمَا لَوْ جَدَّدَ العَقْدَ [بِأَكْثَرِ مِنْ الثَّمَنِ][6] الْأَوَّلِ، حَيْثُ لَا يَلْزَمُ الشَّفِيعُ إِلَا الثَّمَنَ الْأَوَّلِ، وَلَوْ حَطَّ الْبَائِعُ بعَدَمَا أَخَذَ الشَّفِيعُ بكُلِّ الثَّمَنِ، رَجَعَ الشَّفِيعُ عَلَى الْمُشْتَرِيَ بِقَدْرِ الحَطِّ[7].

و فِي حَطِّ الكُلِّ بِالكُلِّ، و فِي الشِّرَاءِ بِثَمَنٍ مِثْلِيٍّ بِمِثْلِهِ وَغَيْرِهِ بِقِيمَةَ الثَّمَنِ.....

(و) أَخَذَ الشَّفِيعُ **(فِي حَطِّ الكُلِّ بِالكُلِّ)**؛ لِأَنَّ حَطَّ الكُلِّ لَا يَلْتَحِقُ بِأَصْلِ العَقْدِ؛ إِذْ لَوْ الْتَحَقَ بِهِ لَكَانَ هِبَةً[8]، أَوْ بَيْعَاً بِلَا ثَمَنٍ، وَهُوَ فَاْسِدٌ، وَلَا شُفْعَةَ فِيهِمَا[9].

---

(1) الاولى ان يكون سياق الكلام: [غير ظاهر، فقال:] كما في عامة كتب المذهب. ينظر: شيخ زاده، مجمع الأنهر، مصدر سابق، ج2، ص477.

(2) سقط من: (ت) و(ك) و(س) و(ن) و(ع).

(3) وعند الأئمة الثلاثة: يأخذها بقول المشتري فيهما. ينظر:شيخ زاده، مجمع الأنهر، مصدر سابق،ج2، ص477.

(4) سقط من: (ت) و(ك) و(س) و(ن)، وفي (ع): فيهما.

(5) إذ لو التحق بأصل العقد؛ فسد البيع. ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج19، ص61.

(6) سقط من: (ن).

(7) فالمحطوط خرج من أن يكون ثمنا، وإنما ثمن الدار ما بقي، فيأخذه الشفيع بذلك، ولو كان الشفيع أخذها بألف، ثم حط البائع عن المشتري تسعمائة، فإنه ينحط ذلك القدر عن الشفيع أيضا، حتى يرجع بذلك القدر على المشتري؛ لأنه ظهر منه أنه أخذ منه فوق حقه، وعلى هذا قالوا: لو أخبر أن الثمن ألف درهم، فسلم الشفعة، ثم حط البائع عن المشتري مائة، فهو على شفعته؛ لأن المحطوط خرج من أن يكون ثمنا، فهو بمنزلة ما لو تبين أن الثمن كان أقل من ألف. ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج14، ص107.

(8) لأن هبة جميع الثمن لا تلتحق بأصل العقد، فإن التحاق الحط بأصل العقد؛ ليدفع العين، ويعتبر صفة العقد فيه؛ ليصير عدلا بعد أن كان رابحا، أو خاسرا، وهذا لا يتحقق في هبة جميع الثمن؛ لأن الإنسان لا يصير مغبونا بجميع الثمن، فعرفنا أنه مبتدأ، يوضحه: إن حط جميع الثمن لو التحق بأصل العقد، فإما أن يصير العقد هبة، ولا شفعة للشفيع في الهبة، أو يصير بيعا بغير ثمن، فيكون فاسدا، ولا شفعة في البيع الفاسد. ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج14، ص107.

(9) للبائع أن يحط جميع الثمن قبل القبض، لكن لا يلحق هذا الحط أصل العقد، مثلا: لو باع عقارا بعشرة آلاف قرش، ثم قبل القبض، أبرأ البائع المشتري من جميع الثمن، كان للشفيع أن يأخذ ذلك العقار بعشرة آلاف، قرش وليس له أن يأخذه بدون ثمن أصلا، فالبائع بعد تمام العقد، وقبل قبض ثمن المبيع، وبعد قبضه جميعه، أو بعضه، يجوز له أن يحط ثمن المبيع دفعة واحدة، وأن يهبه للمشتري، أو أن يبرئ المشتري منه، ويسقط الثمن بذلك، ولا يطرأ خلل على عقد البيع، أما الحط الذي يقع قبل تمام عقد البيع، فغير صحيح. ينظر: علي حيدر، شرح مجلة الاحكام، ج3، ص247.

(و) أَخَذَ الشَّفِيعُ **(فِي الشِّرَاءِ بِثَمَنٍ مِثْلِيٍّ**[1]**)** كَيْلِيٍّ، أَوْ وَزْنِيٍّ ،أَوْ عَدَدِيٍّ مُتَقَارِبٍ[2].

(بِمِثْلِهِ) البَاءُ الْأُوْلَى: مُتَعَلِّقَةٌ بالشِّرَاءِ، والثَّانِيةُ: بأَخْذِ المُقَدْرِ **(وَ)** أَخَذَ الشَّفِيعُ فِي الشِّرَاءِ بثَمَنِ **(غَيْرِهِ)** أَيْ: غَيْرُ المِثْلِيِّ **(بقِيمَةِ الثَّمَنِ)**؛ لِأَنَّ الشَّرْعَ جَعَلَ لِلشَّفِيعِ وِلَايَةُ التَمَلُّكِ عَلَى الْمُشْتَرِي بِمِثْلِ مَا يَمْلِكُ بِهِ.

والمِثْلُ نَوْعَانِ: كَامِلٌ، وَهُوَ الْمِثْلُ صُورَةً وَمَعْنًى[3]، وقَاْصِرٌ، وَهُوَ: المِثْلُ مَعْنًى[4]، والمِثْلِيُّ مِنْ النَّوْعِ الْأَوَّلِ، وغَيْرُهُ مِنْ النَّوْعِ الثَّانِي، فَيُرَاْعَى فِي أَخْذِ الشُّفْعَةِ، ذَلِكَ كمَا فِي الإِتْلَافِ[5].

فَفِيْ عَقَارٍ بِعَقَارٍ، أَخَذَ كُلٌّ بِقِيمَةِ الْآخَرِ، وفِي ثَمَنٍ مُؤَجَلٍ بِحَالٍ، أَوْ طَلَبٍ فِي الحَالِ، وأَخَذَ بَعْدَ الْأَجَلِ

(فَفِيْ) شِرَاءِ **(عَقَارٍ بِعَقَارٍ، أَخَذَ كُلٌّ**[6]**)** مِنْ العَقَارِيَنِ بِالشُّفْعَةِ **(بِقِيمَةِ الْآخَرِ)**؛ لِأَنَّ كُلًا مِنْهُمْا ثَمَنٌ لِلْآخَرِ[7]، وَهُوَ مِنْ ذَوَاتِ الْقِيَمِ.

(و) [أَخْذُ الشَّفِيعِ][8] **(فِي ثَمَنٍ)** أَيْ: وَأَخَذَ الشَّفِيعُ فِي بَيْعِ عَقَارٍ بِثَمَنٍ **(مُؤَجَلٍ بِحَالٍ)** [كُلُّ مِنْ كَلِمَتَيّ: ‹‹فِي، وَالْبَاءِ›› مُتَعَلِّقٌ بِأَخْذِ المقَدَّرِ][9].

(أَوْ طَلَبٍ) عَطْفٌ عَلَى أَخْذِ المُقَدْرِ **(فِي الحَالِ)**، هُوَ بِتَخْفِيْفِ ‹‹اللَام›› بِمَعْنَى: الوَقْتِ، **(وأَخَذَ بَعْدَ الْأَجَلِ)**[10] الَّذِي وَقَعَ العقَدُ عَلَيْهِ، حَتَّى لَوْ لَمْ يَطْلُبْ فِي الحَالِ، بَطَلَتْ شُفْعَتُهُ، وهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، ومُحَمَّدٍ، خِلَافاً لِأَبِي يُوسُفَ آخَرَاً لَهُ[11]:

---

(1) المِثْلِيّ جمعه: الْمَثْلَاتُ والْمِثْلِيَّاتِ ، مأخوذ من: الْمِثْل ،وهو في اللغة: الشَّبَه، يقال: هَذَا مِثْلُه وَمَثَلُه، ويطلق الفقهاء المثلي على: ما تماثلت آحاده، وأجزاؤه من الأموال، بحيث يمكن أن يقوم بعضها مقام بعض، دون فرق يعتد به، والمثلي: ما يوجد مثله في السوق، بدون تفاوت يعتد به. ينظر: الجوهري، اسماعيل بن حماد(1987م)، الصحاح (ت: أحمد عبد الغفور عطار)، ط4، ج5، ص1816، دار العلم للملايين، بيروت. وابن عابدين، رد المحتار، مصدر سابق، ج6، ص254. والبلخي، لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي (1310 هـ)، الفتاوى الهندية، ط2، ج5، ص119، دار الفكر، بيروت.

(2) كالبيض ونحوه.

(3) وهو الأصل في ضمان العدوان، حتى صار بمنزلة الأصل، كالمكيل، والموزون، والعددي المتقارب. ينظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج5، ص 249.

(4) وهو القيمة، والقاصر لا يكون مشروعا مع احتمال الأصل؛ لأنه خلف عن المثل الكامل. ينظر: قاضي زادة، نتائج الأفكار، مصدر سابق، ج9، ص321.

(5) في ما سوى بني آدم: فالواجب به ما هو الواجب بالغصب، وهو ضمان المثل إن كان المتلف مثليا، وضمان القيمة إن كان مما 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. ينظر: الكاساني، البدائع، مصدر سابق، ج7، ص 168.

(6) شفيع.

(7) لأنه بدله.

(8) سقط من: (ت) و(ك) و(س) و(ن) و(ع).

(9) سقط من: (ت) و(ك) و(س) و(ن) و(ب) و(ع).

(10) كمن اشترى دارا بألف درهم إلى سنة، وطلبها الشفيع إلى ذلك الأجل. ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج14، ص103.

(11) وجه ظاهر الرواية: أن حقه في الشفعة قد ثبت، بدليل أنه لو أخذه بثمن حال، كان له ذلك، والسكوت عن الطلب بعد ثبوت حقه يبطل شفعته. ووجه قول أبي يوسف الآخر: أن الطلب غير مقصود لعينه، بل للآخذ، وهو في الحال لا يتمكن من الأخذ على الوجه الذي يطلبه؛ لأنه إنما يريد الأخذ بعد حلول الأجل، أو بثمن مؤجل في الحال، ولا يتمكن من ذلك، فلا فائدة في طلبه في الحال وسكوته؛ لأنه لم ير فيه فائدة، لا لإعراضه عن الأخذ، وإن اختار أخذها من يد المشتري، ودفع إليه الثمن في الحال، كان الثمن للبائع على المشتري إلى أجله؛ لتقرر العقد بينهما. ينظر: المصدر السابق.

أَنَّ الطَلَبَ إنَّمَا يُحْتَاجُ إِلَيْهِ للأَخَذِ، فَإِذَا كَانَ [تَرْكُهُ الْأَخَذَ][1] فِي الحَالِ لَا يُؤَثِرُ، فَكَذَلِكَ تَرْكُهُ الطَلَبَ فِيْهِ[2].

وَلَهُمَا[3]: أَنَّ حَقَّهُ فِي الشُّفْعَةِ، قَدْ ثَبَتَ بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَوْ أَخَذَ بِثَمَنِ حَالٍ، كَانَ لَهُ ذَلِكَ، والسُكُوتُ عَنْ طَلَب الشُّفْعَةَ بَعْدَ ثُبُوْتِ حَقِّهِمَا يُبْطِلُهَا، ولَيْسَ لِلشَّفِيعِ أَنْ يَأْخَذَ فِي الحَالِ بِثَمَنٍ مُؤَجَلٍ.

وَقَالَ زُفَرُ: لَهُ ذَلِكَ، وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيُّ القَدْيم[4]؛ لِأَنَّ الْأَجَلَ، وَصْفٌ لِلْثَمَنِ، وَالشَّفِيعُ لَهُ حَقُّ الْأَخْذِ بِالثَّمَنِ الَّذِي يَمِلكُ بِهِ الْمُشْتَرِي بِوَصْفِهِ، وَصَارَ كَمَا لَوْ تَمَلَّكَ الْمُشْتَرِي بِدَرَاهِمَ حَائَلَةً، أَوْ زُيُوْفٍ، فَإِنَّ لِلشَّفِيعِ الْأَخَذَ بِذَلِكَ.

.

وَلَنَا: أن الْأَجَلَ لَا يَثْبُتُ إِلَا بِالشَّرْطِ، وَلَا شَرْطَ [بَيْنَ الشَّفِيعِ والْبَائِعِ][5]، وَلَا بَيْنَ الشَّفِيعِ/ والْمُشْتَرِي، ولَيْسَ رِضَا الْبَائِعِ بِالْأَجَلِ فِي حَقِّ الْمُشْتَرِي، رِضَاً به[6] فِي حَقِّ الشَّفِيعِ؛ لِتَفَاوُتِ النَّاسِ فِي الْمَلَاءَةِ[7][8]. 351/أ

ولَيْسَ الْأَجَلُ بِوَصْفٍ لِلثَمَنِ؛ لِأَنَّ الثَّمَنَ حَقُّ الْبَائِعِ عَلَى الْمُشْتَرِي، والْأَجَلُ حَقُّ الْمُشْتَرِيَ عَلَى الْبَائِعِ، وصَارَ كَمَا لَوْ أشترَى شَيْئَاً بِثَمَنٍ مُؤَجَّلٍ، ثُمَّ وَلَاهُ غَيْرُهُ، حَيْثُ لَا يَثْبُتُ الْأَجَلُ فِي حَقِّهِ بِغَيْرِ ذِكْرِهِ[9].

والْأَخْذُ بِالحَالِ، أَوْ بالزِّيُوفِ[10]، لَا يُؤَدِيّ إلى الإضْرَارِ بالْمُشْتَرِي، والْأَخَذُ بِالْمُؤَجَلِ يُؤَدِيّ إلى الاضْرِارِ بِهِ، فَلَا يَصِحُّ الْقِيَاسُ عَلَيْهِمَا.

---

(1) سقط من: (ك).

(2) لأن تأثير الأجل في تأخير المطالبة، وبه تبين أنه ليس بصفة للمال؛ لأن الثمن للبائع، والأجل حق للمشتري على البائع، فكيف يكون صفة للثمن، فالشفيع بالخيار إن شاء أخذها بالثمن حالا، وإن شاء انتظر حلول الأجل. ينظر: المصدر السابق.

(3) في (ع): قولهما.

(4) وفي الجديد: إن الشفيع لا يتعجل الشقص بالثمن المؤجل، ويقال له: أنت مخير، بين أن تعجل الثمن، فتتعجل أخذ الشقص، وبين أن تصبر إلى حلول الأجل، فتدفع الثمن، وتأخذ الشقص ينظر: الماوردي، علي بن محمد بن محمد (1999م)، الحاوي الكبير (ت: علي محمد ، وعادل أحمد)، ط1، ج7، ص253، دار الكتب العلمية، بيروت.

(5) سقط من: (ك).

(6) في (ع): رضائه.

(7) في (ع) و(ب): بالمدة.

(8) الْمَلَاءَةُ: مصدر الفعل: مَلُؤَ، قال الفيومي: مَلُؤَ مَلَاءَةً، وَهُوَ أَمْلأُ الْقَوْمِ، أَيْ: أَقْدَرُهُمْ وَأَغْنَاهُمْ، وَرَجُلٌ مَلِيءٌ غني مقتدر. ورجل مليء: كثير المال بَيِّنُ الْمَلَاءِ، وَقَدْ مَلُؤَ الرجل بملؤ ملاءة فهو مليء: صار مليئا، أَيْ: ثقة، فهو غني مليء بَيِّنُ الْمِلَاءِ وَالْمَلَاءَةِ، والرجل المليء: القادر على إيفاء الدين ينظر: النسفي، طلبة الطلبة، مصدر سابق، ص229. والفيومي، المصباح المنير، مصدر سابق، ج2، ص580.

(9) اذا ثبت هذا، فنقول: الشفيع بالخيار، إن شاء أخذها بالثمن حالا، وإن شاء انتظر حلول الأجل، فإذا حل أخذها بالثمن حالا، وإذا اختار الانتظار فعليه، أن يطلب الشفعة في الحال، حتى إذا لم يطلب لم يكن له أن يأخذها بعد حلول الأجل، في قول أبي حنيفة، ومحمد. ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج14، ص103. والمرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، مصدر سابق، ج4، ص315.

(10) الزيوف: جمع زيف بتسكين الياء، وهو اسم، وبالتشديد هو نعت، وقد زاف يزيف، وزيفه الناقد أَيْ: لم يأخذه ونفاه من الجيد، وهو الذي خلط به نحاس، أو غيره، ففاتت صفة الجودة، ولم يخرج من اسم الدراهم، وهو فارسي معرب، والحاصل: أن الزيف ما زيفه بيت المال. ينظر: طلبة الطلبة، مصدر سابق، ص 109. والجرجاني، التعريفات، مصدر سابق ج1، ص115

ثُمَّ إِذَا أَخَذَ الشَّفِيعُ بِثَمَنٍ حَالٍ، فَإِنْ أَخَذَ مِنْ الْبَائِعِ سَقَطَ الثَّمَنُ عَنْ الْمُشْتَرِي؛ لِانْفِساخِ الْبَيْعِ حِينَئِذٍ فِي [حَقِّـهِ][1]، [وَقِيَامُ الشَّفِيعِ مَقَامَهُ][2].

وَإِنْ أَخَذَ مِنْ الْمُشْتَرِي، كَانَ لِلْبَائِعِ عَلَى الْمُشْتَرِي الثَّمَنُ عَلَى أَجَلِـهِ؛ لِأَنَّ الشَّرْطَ الَّـذِي بَـيْنَ الْبَـائِعِ والْمُشْـتَرِي، لَـمْ يَبْطُلْ بِأَخْذِ الشَّفِيعِ، وصَارَ كمَا لَوْ بَاعَهُ الْمُشْتَرِي بحَالٍ، وكَانَ قَدْ اشْتَرَاهُا بِمُؤَجَلٍ.

وَفِي بِنَاْءِ الْمُشْتَرَى وَغَرْسِهِ بِالثَّمَنِ وقِيمَتِهِمَا غَيْرَ مَقْلُوْعَيْنِ، أَوْ كَلَّفَ الْمُشْتَرِي قَلْعُهُمَا.....

[فَصْلٌ إِذَا بَنَى المُشْتَرِي فِيْهَا أَوْ غَرَسَ]

(وَ) أَخَذَ الشَّفِيعُ **(فِي بِنَـاْءِ الْمُشْـتَرَى، وَغَرْسِـهِ بِـالثَّمَنِ، وقِيمَـتِهِمَا)** [3] أَيْ: [قِيمَـةُ][4] الْبِنَـاءِ، والْغَـرْسِ[5] **([غَـيْرَ][6] مَقْلُوْعَيْنِ، أَوْ كُلَّفَ الْمُشْتَرِي قَلْعُهُمَا[7])**[8].

وعَنْ أَبِي يُوسُفَ: أَنَّهُ لَا يُكَلِّفُهُ ذَلِكَ، ولَكِنَّهُ إِنْ شَاءَ أَخَذَ بِالثَّمَنِ، وقِيمَةِ الْبِنَاءِ والْغَرْسِ، [غَـيْرَ][9] مَقْلُوْعَيْنِ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ؛ لِأَنَّ التَّكْلِيْفَ بِالْقَلْعِ مِـنْ أَحْكَـامِ الْعُـدْوَانِ[10]، وَبِنَـاْءَ الْمُشْـتَرِيَ وَغَرْسِـهِ، لَـيْسَ عَلَى سَبِيلَ الْعُدْوَانِ!، بَلْ عَلَى أَنَّ الْأَرْضَ مِلْكُهُ[11]، وصَارَ كَـالْمَوَهُوَبِ لَـهُ[12]، والْمُشْـتَرَى شِرَاءً فَاسِـدَاً[13]،

---

(1) سقط من: (ع) و(ح).

(2) سقط من: (ك).

(3) الأصل في المشفوع: عدم التغير، والتغير بالزيادة، والنقصان بنفسه، أو بفعل الغير عارض، فكان جديرا بالتأخير في فصل على حدة. ينظر: البابرتي، العناية شرح الهداية، ج9، ص398.

(4) سقط من: (ت) و(ك) و(س) و(ن) و(ع) و(ح).

(5) الغَرْس: الشجر الذي يُغْرسَ، والجمع أغْراس، ويقال للنخلة أول ما تنبت: غَريسَة، والغَرْس: غَرْسُك الشجر، والغِراس: زمن الغَرْس. ينظر: ابن منظور: لسان العرب، مصدر سابق، ج6، ص 154.

(6) سقط من: (ك) و(س) و(ن) و(أ) و(ع) و(ب).

(7) في (ك): قلعها.

(8) أَيْ: قلع البناء، والغرس؛ لأنه شاغل أرضه بملكه، فيؤمر بالتفريغ، إلا إذا شاء أن يأخذهما بقيمتهما، فيما إذا كانت الأرض تستضر بالقلع، فحينئذ يضمن له قيمتهما مقلوعين، ويكونان له؛ كي لا تتلف عليه أرضه، ويستبد هو بذلك؛ لأنه صاحب أصل، بخلاف ما إذا كانت الأرض لا تستضر بالقلع، حيث لا يجوز الترك إلا باتفاقهما، بخلاف القلع حيث لا يشترط فيه اتفاقهما في هذه الحالة، بل أيهما طلب القلع أجيب. ينظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج5، ص88.

(9) سقط من: (ن) و(أ) و(ع).

(10) أَيْ: الظلم.

(11) في (ن): مملكة.

(12) أَيْ: صار المشتري هنا، كالموهوب له إذا بنى في الأرض الموهوبة، فإنه ليس للواهب أن يكلفه القلع، ويرجع في الأرض. ينظر: البابرتي، العناية شرح الهداية، مصدر سابق، ج11، ص336.

(13) أَيْ: وصار كالمشتري شراء فاسدا إذا بنى أو غرس فيه، انقطع حق البائع، ويأخذ من المشتري قيمة الأرض وقت القبض، وليس له أن يقلع الأشجار والبناء، وعلى قولهما يسترد المبيع، ويقلع البناء والأشجار، فكذا المشتري إذا بنى في المشفوع، ليس للشفيع أن يقلع ذلك، قياسا على قول أبي حنيفة؛ لأنه محق في البناء. ينظر: البابرتي، العناية شرح الهداية، مصدر سابق، ج11، ص335.

فَإِنَّهمَا لَا يكَلَّفَانِ الْقَلْعَ[1].

وَجْهُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ: أَنَّهُ بَنَى فِي مَحَلٍّ تَعَلَّقَ بِهِ حَقٌّ مُتَأَكِّدٌ [لِلْغَيْرِ]، مِنْ غَيْرِ تَسْلِيطٍ مِنْ جِهَةِ مَنْ لَهُ الْحَقُّ، فصَارَ كالْغَاصِبِ إِذَا بنى فِي الدَّارِ الْمَغْصُوبَةِ[2]، والرَّاهِنِ إِذَا بَنَى فِي [الدَّارِ][3] الْمَرْهُوْنَةِ؛ وَهَذَا لِأَنَّ حَقَّ الشَّفِيعِ أَقْوَى مِنْ حَقِّ الْمُشْتَرِي؛ لِتَقَدُّمِهِ عَلَيْهِ[4].

وَلِهَذَا يُنْقَضُ[5] بَيْعُهُ، وَهِبَتُهُ، وَتَسْلِيمُهُ، وَإِجَارَتُهُ، وَجَعْلُهُ مَسْجِداً، أَوْ مَقْبَرَةً[6]، بِخِلَافِ الْمَوْهُوْبِ لَهُ إِذَا بَنَى فِي الْمَوْهِبَةِ، وبِخِلَافِ الْمُشْتَرِي[7] شِرَاءً فَاْسِداً، إِذَا بَنَى عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ؛ أَنَّهُ حَصَلَ بِتَسلِيْطِ مَنْ لَهُ الحَقُّ، وَهُوَ الْوَاهِبُ والْبَائِعُ، وَلَا تَسْلِيْطَ[8] هُنَا.

وَلَوْ بَنَى الشَّفِيعُ أَوْ غَرَسَ، بَعَدَمَا أَخَذَ بِالشُّفْعَةِ، ثُمَّ اسْتَحَقَّتْ الْأَرْضُ، رَجَعَ بِالثَّمَنِ؛ لِأَنَّهُ ظَهَرَ أَنَّ أَخَذَهُ بِغَيْرِ حَقٍّ، وَلَا يَرْجِعُ بِقِيمَةِ الْبِنَاءِ والْغَرْسِ عَلَى الْبَائِعِ، [كالْمُشْتَرِي][9] إِنْ أَخَذَهَا مِنْهُ، وَلَا عَلَى الْمُشْتَرِي إِنْ أَخَذَهَا مِنْهُ[10].

وعَنْ أَبِي يُوسُفَ: يَرْجِعُ بِقِيمَةِ الْبِنَاءِ والْغَرْسِ عَلَى الْبَائِعِ، كَالْمُشْتَرِي إِذَا بَنَى، فَاسْتَحَقَّتْ الْفَرْقَ عَلَى الْأَوَّلِ[11].

وَلَيْسَتْ إِلَّا فِي بَيْعٍ، أَوْ هِبَةٍ بِعِوَضٍ، .

---

(1) لأن ضرر الشفيع بإلزام قيمة البناء والغرس، أهون من ضرر المشتري بالقلع؛ لأن الشفيع يحصل له بمقابلة الثمن عوضان، وهو البناء، والغرس، فلا يعد ضررا، ولم يحصل للمشتري بمقابلة القلع شيء، فكان الأول أهون، فكان أولى بالتحمل. ينظر: قاضي زادة، نتائج الأفكار، مصدر سابق، ج8، ص155.

(2) (سئل) فيمن غصب أرضا، وبنى فيها، أو غرس، وقيمة البناء، أو الغراس، أكثر من قيمة الأرض، هل يملك الأرض بقيمتها، أم يؤمر بالقلع؟ (الجواب): أجاب شيخ الإسلام علي أفندي مفتي الروم: أنه يؤمر بقلع ذلك، ولا يلتفت لقوله، ونعم هذا الجواب، فإن فيه سد باب الظلم، والغصب، وإن كان في المسألة اختلاف، وأخذ جوابه من فتاوى أبي السعود، ومن القهستاني، وقال الكرخي: إنه لا يؤمر به حينئذ، ويضمن القيمة، وهذا أوفق لمسائل الباب، كما في ((النهاية))، وبه أفتى بعض المتأخرين، كصدر الإسلام، وأنه حسن، ولكن نحن نفتي بجواب الكتاب اتباعا لأشياخنا، فإنهم كانوا لا يتركون جواب الكتاب، كما في((العمادية)) من الفصل الثاني والثلاثين من أنواع الضمانات. ينظر: ابن عابدين، محمد أمين بن عمر (بدون تاريخ)، العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، بدون طبعة، ج2،ص160، دار المعرفة، بيروت.

(3) سقط من: (ت) و(ك) و(س) و(أ) و(ن).

(4) ونظيره الجارية المأسورة، إذا أخذها المالك القديم من مالكها الجديد بقيمتها، أو بالثمن، فاستولدها، ثم استحقت من يده، وضمن قيمة الولد، رجع عليه بما دفع إليه من القيمة، أو الثمن، ولا يرجع بقيمة الولد؛ لأنه لم يغره، بخلاف ما لو كان مشتريا، حيث يرجع بهما على البائع؛ لأنه مغرور من جهته. ينظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج5، ص 251.

(5) في (ن): ينقض.

(6) وله ان ينبش القبر، ويخرج الميت. ينظر: الاوشي، محمد بن عثمان (2011م)، الفتاوى السراجية (ت: محمد البستوي) ط1، ص457، دار الكتب العلمية، بيروت.

(7) في (أ): المشري.

(8) في (ن) و(أ): تسلط.

(9) سقط من: (ت) و(ك) و(س) و(ن) و(ع).

(10) هذا، وعبارة الأتقاني عن شرح الطحاوي: لا يجبر المشتري على قلعه بالإجماع، بل ينظر إلى وقت الإدراك، ثم يقضي للشفيع، ومقتضاه عدم الأجر إذ لم تخرج الأرض عن ملك المشتري؛ لعدم القضاء تأمل. ينظر: ابن عابدين، رد المحتار، مصدر سابق، ج6، ص233.

(11) لأبي يوسف في مسألتنا هذه قولان: أحدهما: ما ذكره المصنف، وهي رواية الحسن بن زياد، وثانيهما: مثل ما قاله أبو حنيفة، ومحمد، وزفر، وهي رواية محمد عن أبي يوسف، ورواية ابن سماعة، وبشر بن الوليد، وعلي بن الجعد، والحسن بن أبي مالك عنه، صرح بذلك كله أبو الحسن الكرخي في ((مختصره))، وذكر في ((غاية البيان))، وإذا قد كان الأمر كذلك، فيجوز أن يكون قياس أبي يوسف بقوله، والمشتري شراء فاسدا في الاستدلال على أحد قوليه في هذه المسألة، مبنيا على قوله الآخر من قوليه في مسألة البناء بعد الشراء الفاسد، وهو أن لا يكون للبائع حق الاسترداد، كما هو قول أبي حنيفة فيها، ويكون تقييد المصنف قوله، وبخلاف الشراء الفاسد بقوله عند أبي حنيفة، احترازا عن قول محمد، وعن أحد قولي أبي يوسف فيها، وهو قوله الأول، كما عرفت فتدبر. ينظر: قاضي زادة، نتائج الأفكار، مصدر سابق، ج9، ص400.

إنَّ [حَقَّ الرُّجُوْعِ بِقِيمَةِ الْبِنَاءِ، إنَّمَا ثَبَتَ لِدَفْعِ الْغُرُوْرِ][1]، والْبَائِعُ الْتَزَمَ السَّلَامَةَ لِلْمُشتَرِيَ عَنْ الاسْـتِحْقَاقِ، فَصَـارَ[2] [الْمُشْتَرِي مَغْرُوراً مِنْ جِهَتِهِ، وَلَا غُرُوْرَ][3] فِي حَقِّ الشَّفِيعِ؛ لِأَنَّهُ يمِلْكُ عَلَى صَاحِبُ الْيَدِ [جَبْرًا][4] بِغَيْرِ اخْتِيَارٍ[5].

[فَصْلٌ مَا تَجِبُ فِيهِ الشُّفْعَةُ، وَمَا لَا تَجِبُ]

(وَلَيْسَتْ) الشُّفْعَةُ **(إلَّا فِي: بَيْـعٍ)** [6] [أَيْ بِسَـبَبِ بَيْـعٍ][7] **(أَوْ)** فِي **(هِبَـةٍ بِعِـوَضٍ)** [أَيْ مُصَـاحَبَتُهُ][8] بِعِـوَضٍ[9]، فَـلَا شُفْعَةَ فِي:

[1] دَارٍ تَزَوَجَ الرَّجُلُ عَلَيْهِا[10].

[2] أَوْ خَالَعَ الْمَرْأَةَ بِهَا[11].

[3] [أَوْ اسْتَأْجَرَ بَهَا دَارَاً][12]، أَوْ غَيْرَهَا[13].

[4] أَوْ صَالَحَ بِهَا[14] عَنْ دَمٍ عَمْدَاً.

---

(1) سقط من: (ت) و(ك) و(س) و(ن) و(ع).

(2) في (أ) و(ن) و(ح): وصار.

(3) في (أ) و(ع) : (جهة البائع ولا غرور).

(4) سقط من: (ت) و(س) و(أ) و(ن) و(ع).

(5) فرق بين الشفيع والمشتري: فان المشتري اذا بنى في الدار المبيعة، ثم استحقت يرجع على البائع بقيمة البناء، والفرق ان المشتري صار مغرورا؛ لان البائع لما اوجب البيع له في الدار صار غارا، والمغرور يرجع على الغار بما يلحق من الضمان والخسران، اما هنا: الشفيع ما صار مغرورا من جهة المشتري؛ لأنه تملك الدار عليه على كره، فلا يرجع بقيمة البناء عليه. ينظر: الولواجي، عبد الرشيد بن ابي حنيفة(2003م)، الفتاوى الولواجية (ت: مقداد فريوي)، ط1، ج3، ص295، دار الكتب العلمية، بيروت.

(6) [وليعلم] ارشدنا الله واياك، إنما وضعت الشفعة؛ لدفع المضار وسوء الجوار، وانما تجب الشفعة بعقد صحيح فيه مبادلة المال بالمال، والشفعة تكون في ثلاثة أشياء في قول ابي حنيفة واصحابه: (1) في الدور.(2) الارضيين. (3) والقنوات. ينظر: السُّغْدي، النتف في الفتاوى، مصدر سابق، ج1، ص498.

(7) سقط من: (ت) و(ك) و(س) و(ن) و(ع).

(8) سقط من: (ت) و(ك) و(س) و(ع).

(9) الهبة بشرط العوض بعد اتصال القبض بالبدلين، معاوضة - بيعا- ابتداء، وانتهاء اعتبارا من وقت القبض. ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج24، ص110. وعلي حيدر، شرح مجلة الاحكام، ج4، ص543.

(10) أَيْ: جعلت الدار مهرا لها.

(11) أَيْ: جعلت الدار بدل الخلع.

(12) سقط من: (ك).

(13) (صورته) ان يستأجر حماما بدار يدفعها إليه عوض الأجرة، فلا تكون متقومة في حق الشفعة؛ لأن تقوم المنافع في الإجارة لضرورة الحاجة، وما يثبت بالضرورة لا يتعدى عن موضعها. ينظر: الموصلي، عبد الله بن محمد(1937م)، الاختيار لتعليل المختار، ط1، ج2، ص42، مطبعة الحلبي، القاهرة. شيخ زاده، مجمع الأنهر، مصدر سابق، ج2، ص481.

(14) تجب الشفعة في الدار التي هي بدل الصلح، سواء كان الصلح على الدار عن إقرار، أو إنكار، أو سكوت؛ لوجود معنى المعاوضة.
(أما) في الصلح عن إقرار فظاهر؛ لأن المدعي ملك المدعى في حق المدعي والمدعى عليه، فكانت الدار التي هي بدل الصلح، عوضا عن ملك ثابت في حقهما جميعا، فيتحقق معنى المعاوضة في هذا الصلح.
(وأما) في الصلح عن إنكار؛ فلان المدعي أخذ الدار عوضا عن ملكه الثابت، فكان الصلح معاوضة في حقه، وكان للشفيع فيها حق الشفعة.
(وأما) في الصلح عن سكوت المدعى عليه؛ لأن المدعي إن كان محقا في دعواه، كان بدل الصلح عوضا عن ملكه حقيقة، وإن كان مبطلا كان عوضا عن ملكه في زعمه، فيتحقق معنى المعاوضة في زعمه.

[5] وأعْتَقَ عَلَيْها عَبْدّاً[1].

وقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَجِبُ فِيهَا الشُّفْعَةُ؛ لِأَنَّ كُلّاً مِنْهُمْا عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ[2]، فَثَبَتَتْ[3]الشُّفْعَةُ فِي العَقَارِ المَمْلُوكِ بِسَبَبِهِ، كالْبَيْعِ[4].

وَلَنَا: أَنَّهَا تَمَلُّكاتٌ بِسَبَبٍ لَا يَثْبُتُ فِيْهِ خِيَارُ[الشَّرْطِ][5]، فَلَا يَجِبُ فِيهَا الشُّفْعَةُ[6] كَالتَّمَلُّكِ[7] بالْهِبَةِ المَحْضَةِ[8]/، والوَصِيَةِ[9]، والمِيرَاثِ[10]، وأَنَّهُ لَيْسَ بِمُقَابَلَةِ الدَّارِ فِيهَا مَالٌ، فَصَارَتْ كالْهِبَةِ بِغَيْرِ عِوَضٍ[11].

- وَلَوْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً بِغَيْرِ مَهْرٍ، ثُمَّ فَرَضَ لَهَا الدَّارَ مَهْراً[12]، فَلَا شُفْعَةَ فِيهَا؛ لِأَنَّها بِمَنْزِلَةِ الْمُسَمَّى فِي الْعَقْدِ فِي كَوْنِهَا فِي مُقَابَلَةِ الْبُضْعِ[13].

351/ب

(وأما) عن إنكار، فلا تجب به الشفعة؛ لأن في زعم المدعى عليه، أن الدار المدعاة ملكه، وإنما بذل المال؛ لدفع الخصومة الباطلة، فلا يتحقق معنى المعاوضة في حقه، فلم يكن للشفيع أن يأخذها منه بالشفعة للحال، ولو كان بدل الصلح منافع، فلا شفعة في الدار المصالح عنها، سواء كان الصلح عن إنكار أو إقرار؛ لأن بدل الصلح ليس بعين مال، فلم يكن هذا الصلح معاوضة عين المال بعين المال وهذا من شرائط ثبوت الشفعة. ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج5، ص111.

(1) (صورته) أن يقول لعبده أعتقتك بدار فلان، فوهبها صاحبها للعبد، فيدفعها العبد إلى السيد، فلا شفعة فيها؛ لأنها عوض عن العتق، وهو ليس بمال. ينظر: الزَّبِيدِيّ، الجوهرة النيرة، مصدر سابق، ج2، ص278.

(2) المعاوضة في اللغة: أخذ شيء مقابل شيء أو إعطاؤه، ولا يخرج المعنى الاصطلاحي عن المعنى اللغوي. ينظر: الزبيدي، تاج العروس، مصدر سابق، ج18، ص449.

(3) في (ن) و(أ): فيثبت، وفي (ع): فتثبت.

(4) ينظر: الشافعي، الأم، ج4، ص3. والماوردي، علي بن محمد، الإقناع، ج1، ص177. العمراني، يحيى بن أبي الخير بن سالم(2000 م)، البيان (ت: قاسم محمد النوري)، ط1، ج7، ص106، دار المنهاج، جدة.

(5) سقط من: (ك).

(6) واستدل الحنفية رحمهم الله بقوله ﷺ:((لا يحل ما امرئ مسلم الا بطيبة من نفسه))، والهبة والوصية مملوكة بعوض هو الثواب، فعلة الاصل غير مسلمة، وعلة الفرع لا تصح؛ لان العوض اذا لم يكن له حكم الاموال جرى مجرى العوض الذي هو الثواب، فلم توجد الشفعة. ينظر: القدوري، التجريد، مصدر سابق، ج7، ص3448.

(7) في (ك): التمليك.

(8) الهبة: العطية الخالية عن الأعواض والأغراض، والهبة المحضة: هي التي ليس فيها معنى البيع. ينظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج5، ص76.

(9) الوصية: هي تمليك مضاف إلى ما بعد الموت، (وصورته) إذا قال أوصيت بداري لفلان بألف درهم، فقال الموصى له: قبلت، ثبت للشفيع الشفعة، وإن قال: أوصيت أن يوهب له على عوض ألف درهم، فهو مثل الهبة بالشرط. ينظر: ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج8، ص158. والميداني، اللباب، مصدر سابق، ج4، ص168.

(10) إن هناك ما يجري فيه الإرث، وما لا يجري فيه الإرث، فنقول: لا شك أن أعيان الأموال يجري فيها الإرث، وأما الحقوق فمنها ما يجري فيه الإرث: كحق الشفعة، وخيار الشرط ،وحد القذف، والقصاص، والولاء، والدية، وأما ما لا يورث: كالنكاح، وحبس المبيع، وحبس الرهن، والوكالات، والعواري، والودائع. ينظر: ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج8، ص557.

(11) لأن الشفيع إنما يأخذها بمثل ما أخذها به الدخيل، أو بقيمته، وهذه الأشياء لا مثل لها ولا قيمة، أما الخالية عن الأعواض فظاهر، وأما المقابلة بالأعواض المذكورة؛ إما لعدم المماثلة فظاهر؛ وإما القيمة؛ فلأن قيمتها غير معلومة حقيقة؛ لأن القيمة ما تقوم مقام المقوم في المعنى، وأنه لا يتحقق في هذه الأشياء، وإنما تقومت في النكاح والإجارة بمهر المثل، وأجرة المثل ضرورة صحة العقد فلا يتعداهما. ينظر: الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، مصدر سابق، ج2، ص42.

(12) في (ك): (مهرا الدار).

(13) قال القدوري رحمه الله: ان النكاح على دار بدلها هو البضع، والبضع لا يتقوم على أحد الا من جهة العقد، أو وطء على شبهة العقد، فصارت الدار في حق الشفيع، كالهبة التي لا بدل فيها؛ لان الشفيع لا يتقوم عليه بضع، إذ ليس له عقد نكاح، فلم يجز له أخذها، وكذلك الطلاق ليس بمال، الا ترى ان من طلق امرأته في مرضه، فحصل لها بضعها: لم يتقوم عليها. ينظر: الجصاص، ابو بكر الرازي(2010م)، شرح مختصر الطحاوي(ت: د. سائد بكداش)، ط1، ج3، ص356، دار البشائر، بيروت.

- وَلَوْ بَاعَهَا الدَّارَ بِمَهْرِ الْمِثْلِ، أَوْ بِالْمُسَمَّى، فَفِيهَا الشُّفْعَةُ؛ لِأَنَّهَا فِي مُقَابَلَةِ الْمَالِ[1].
- وَلَوْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً عَلَى دَارٍ عَلَى أَنْ تَرُدَّ عَلَيْهِ أَلْفاً، فَلَا شُفْعَةَ فِي شَيْءٍ مِنْ الدَّارِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ[2].

وعِنْدَهمَا: يُقْسَمُ الدَّارُ عَلَى أَلْفِ دِرْهَمْ، وَمَهْرُ مِثْلِهَا، فَمَا أَصَابَ الْأَلْفَ يَجِبُ فِيْهِ الشُّفْعَةُ، اعْتِبَارَاً لِلْبَعْضِ بِالْكُلِّ؛ وَلِأَنَّهُ مُبَادَلَةٌ بِمَالٍ فِي حَقِّهِ[3].

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّ مَعْنَى الْبَيْعِ [فِي هَذَا العَقْدِ][4] تَابِعٌ لِلنِّكَاْحِ؛ لِأَنَّهُ يَنْعَقِدُ بِلَفْظِ النِّكَاْحِ، وَلَا **وَلَا فِي شَجَرٍ وَ لَا فِي ثَمَرٍ بِيْعَا قَصَدَاً.**

شُفْعَةَ فِي الْأَصْلِ، فكَذَا فِي الْبَيْعِ.

[6] **(وَلَا فِي شَجَرٍ)** عَطْفٌ عَلَى مَا قَبْلَهُ؛ لِأَنَّ مَعْنَاهُ، وَلَا شُفْعَةَ فِي نِكَاْحٍ ،وَلَا [فِي][5] خُلْعٍ إِلَى آخِرِ الْعُقُوْدِ الَّتِي لَيْسَتْ بِبَيْعٍ، وَلَا هِبَةٍ بِعِوَضٍ.

[7] **(وَ)** [**لَا فِي**][6]**(ثَمَرٍ)** ، هُوَ بِالْمُثَلَّثَةِ وَفَتْحُ الْمِيْمِ **(بِيْعَا**[7]**)** أَيْ: الشَّجَرِ وَالثَّمَرِ**(قَصْدَاً)** أَيْ: بِدُونِ أَرْضٍ، قَيَّد بِهِ؛ لِأَنَّهمَا لَوْ بِيْعَاْ مَعَ الْأَرْضِ، كَانَ فِيْهِمَا الشُّفْعَةُ تَبَعَاً لَهَا[8].

---

(1) شريطة ان يتزوجها بغير مهر مسمى، ولو تزوجها على الدار، أو على مهر مسمى، ثم قبضت الدار مهرا فلا شفعة، ولو تزوجها على مهر مسمى، ثم باعها بذلك المهر دارا، تجب للشفيع فيها الشفعة، وكذلك إذا تزوجها على غير مهر، وفرض لها القاضي مهرا، ثم باعها دارا بذلك المفروض، تجب للشفيع فيها الشفعة. ينظر: البلخي، الفتاوى الهندية، ج5، ص62.

(2) وجه قول أبي حنيفة: أنه لا يمكن إيجاب الشفعة في حصة المبيع إلا بعد قسمة الدار، وفي قسمتها تقويم المنافع، ولا قيمة لها إلا عند الضرورة؛ ولأن المهر في الدار هو الأصل؛ لأنها إنما دفعت الألف لتسلم لها الدار، فإذا لم تثبت الشفعة في الأصل فكيف تجب في التابع؟. ينظر:الكاساني، بدائع الصنائع، ج5، ص12.

(3) وجه قولهما: أن الدار بعضها مهر وبعضها مبيع؛ فلئن تعذر إيجاب الشفعة في حصة المهر، أمكن إيجابها في حصة المبيع، فتجب في حصته، ولأن العقد فيما يخص الألف شراء، وفي ما يخص البضع نكاح ألا ترى أنه يثبت فيه حكم الشراء من الرد بالعيب اليسير والفاحش، وغيره من أحكام البيع، وكذلك حكم الصرف يثبت فيه لو تزوجها على مائة دينار على أن ترد عليه ألف درهم يجب التقابض في حصة الصرف، ويجوز أن تستحق الشفعة في بعض ما تتناوله الصفقة دون البعض كما لو اشترى دارا وعبدا صفقة واحدة، فإنه تجب الشفعة في الدار دون العبد. ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج5، ص79. والكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج5، ص12.

(4) سقط من: (ك).

(5) سقط من: (س) و(ع).

(6) سقط من: (ن).

(7) في (أ) و(ن): تبعا.

(8) في «فتاوى الفضلي»: رجل اشترى كرماً، وله شفيع غائب، فأثمرت الأشجار، فأكلها المشتري، ثم حضر الشفيع، وأخذ الكرم بالشفعة، فإن كانت الأشجار وقت قبض المشتري ذات ورد، ولم يبدوا الطلع من الورد، لا يسقط شيء من الثمن، وإن كان قد بدأ الطلع وقت قبض المشتري، يسقط بقدر ذلك، ويعتبر قيمته وقت قبض المشتري الكرم؛ لأن في الوجه الأول لا حصة له من الثمن، وفي الوجه الثاني له حصة، وكذا إذا كان المشترى أرضاً فيها زرع لا قيمة، لها فأدرك الزرع، وحصد المشتري، وأخذ الأرض، لا يسقط شيء من الثمن، والله أعلم. ينظر: ابن مازة، محمود بن أحمد(2004م)، المحيط (ت: عبد الكريم سامي الجندي)، ط1، ج7، ص259، دار الكتب العلمية، بيروت. وابن السَّاعَاتِي، مجمع البحرين، مصدر سابق، ص393.

[8] وكَذَا [لَا][1] شُفْعَةَ فِي بِنَاءٍ بِبَيْعَ قَصْدَاً، وَفِيْهِ الشُّفْعَةُ، لَوْ بِيْعَ مَعَ الْأَرْضِ[2]؛ لِأَنَّ هَذِهِ[3] الأَشْيَاءِ نَقْلِيَّةٌ، وَلَا شُفْعَةَ فِي نَقْلِيٍّ؛ لِأَنَّ الشُّفْعَةَ إِنَّمَا وَجَبَتْ فِي [العَقَارِ لِدَفْعِ ضَرَرِ سُوءِ الْجِوَارَ عَلَى الدَّوَامْ، وَالْمِلْكُ فِي النَّقْلِيَّ لَا يَدُوْمُ مِثْلَ دَوَامِهِ فِي العَقَارِ][4]، وإِنَّمَا اسْتحَقَّ الْعُلُوَّ بِالشُّفْعَةِ [وَاسْتَحَقَّ بِهِ الشُّفْعَةَ فِي السُّفْلِ[5]، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ طَرِيقُ العُلُوِّ فِي السُّفْلِ؛ **وَلَا فِي الْبَيْعِ بِخِيَارٍ إِلَّا بَعْدَ سُقُوْطِهِ..**

لِأَنَّهُ الْتَحَقَّ بِالعَقَارِ][6] بِمَا لَهُ مِنْ حَقِّ الْقَرَارِ[7].

[9] **(وَلَا)** شُفْعَةَ **(فِي الْبَيْعِ) أَيْ:** فِي عَقَارِ الْبَيْعِ[8] **(بِخِيَارٍ)** لِلْبَائِعِ؛ لِأَنَّ خِيَارَهُ يَمْنَعُ خُرُوْجَ الْمَبِيعِ عَنْ مِلْكِهِ **(إِلَّا بَعْدَ سُقُوْطِهِ)** أَيْ: سُقُوْطِ الخِيَارِ، بِأَنْ أَسْقَطَهُ الْبَائِعُ؛ لِأَنَّ الْمَانِعَ مِنْ خُرُوْجِ الْمَبِيعِ عَنْ مِلْكِهِ قَدْ زَالَ، فَصَارَ الْبَيْعُ كَأَنَّهُ وَقَعَ لَازِمَاً [مِنْ الْأَصْلِ][9].

ثُمَّ طَلَبُ الشَّفِيعِ، هَلْ يُشْتَرَطُ عِنْدَ الْبَيْعِ، أَمْ عِنْدَ سُقُوْطِ الخِيَارِ؟.

وَهُوَ الْأَصَحُّ[10][11]؛ [أَنَّهُ يُشْتَرَطُ عِنْدَ سُقُوْطِ الخِيَارِ][12]؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ إِنَّمَا صَارَ سَبَبَاً لِإِفَادَةِ الحُكْمِ حِينَئِذٍ؛ وَلِأَنَّ حَقَّ الشُّفْعَةِ يُبْتَنَى عَلَى انْقَطَاعِ حَقِّ الْبَائِعِ، وَحَقُّهُ إِنَّمَا يَنْقَطِعُ عِنْدَ سُقُوْطِ خِيَارِهِ.

قَيَّدْنَا: الخِيَارَ بِكَوْنِهِ لِلْبَائِعِ، كَمَا هُوَ الظَاهِرُ مِنْ الْبَيْعِ بِخِيَارٍ؛ لِأَنَّ خِيَارَ الْمُشْتَرِي يُوجِبُ الشُّفْعَةَ.

---

(1) سقط من: (ع).

(2) قال القدوري في شرحه: أما وجوب الشفعة في البناء المتصل؛ فلأنه في حكم الجزء من العرصة، بدلالة دخوله في العقد من غير تسمية، وأما إذا هدمه فلا شفعة فيه عندنا. وفي الوهبانية:

وما في بناء شفعة لا ولا به ..... وأم القرى بالعكس بعض يقرر

ينظر: الشِّلْبِيِّ، حاشية الشِّلْبِيِّ على التبيين، مصدر سابق، ج5، ص252. وابن عابدين، العقود الدرية، مصدر سابق، ج2، ص166.

(3) في (أ): (لا هذه).

(4) سقط من: (ك).

(5) في (ت) و(ح) و(م): النقلي.

(6) سقط من: (ع).

(7) (صورته) رَجُلٌ اشترى بيتا من دار علوه لآخر، وطريق البيت الذي اشترى في دار أخرى، فإنما الشفعة للذي في داره الطريق؛ لأنه شريك في البقعة بالطريق، والشريك مقدم على الجار، وصاحب العلو إنما له الشفعة بالجوار، فإن سلم صاحب الدار، فحينئذ لصاحب العلو الشفعة بالجوار، وعن أبي يوسف في الأمالي: أن هذا استحسان، وفي القياس: لا شفعة لصاحب العلو، وكذلك إذا بيع العلو، فلا شفعة لصاحب السفل في القياس، ولا لصاحب علو آخر بجنبه؛ لأن العلو بناء، وقد بينا أن بالبناء لا يستحق بالشفعة، إذا لم يكن معه أرض، والأرض وسقف السفل كله لصاحب السفل، ووجه الاستحسان: أن لصاحب العلو حق قرار البناء، وبه يستحق اتصال أحد الملكين بالآخر على وجه التأبيد، والقرار فكانا بمنزلة جارين، بخلاف ملك البناء على الأراضي الموقوفة، فإن الاتصال هناك غير متأبد، ألا ترى أن عند انقضاء مدة الإجارة يؤمر برفع البناء، وهنا ليس لصاحب السفل أن يكلف صاحب العلو رفع البناء بحال، واتصال أحد الملكين بالآخر بهذه الصفة، يثبت للشفيع الشفعة، والله أعلم. ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج14، ص132.

(8) في (أ): بيع.

(9) سقط من: (ك).

(10) في (س) و(أ): والأصح.

(11) وقد جاء في ((الهداية)) انه في ((الصحيح)) وليس ((الاصح)) معللا؛ بأن البيع يصير سببا لزوال الملك عند ذلك، ومثله في الجوهرة والدرر والمنح، وأقره شراح ((الهداية)). وقال في ((العناية)) و((معراج الدراية)): وقوله: في ((الصحيح))، احتراز عن قول بعض المشايخ: إنه يشترط الطلب عند وجود البيع؛ لأنه هو السبب. ينظر: ابن عابدين، رد المحتار، مصدر سابق، ج6، ص237.

(12) سقط من: (ت) و(ك) و(س) و(ن) و(ع).

أَمَّا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ: فَلِأَنَّ الْمُشْتَرِيَ صَارَ مَالِكًا، وَأَمَّا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ: فَلِخُرُوْجِ الْمَبِيعِ عَنْ مِلْكِ الْبَائِعِ، وحَقُّ الشُّفْعَةِ يَعْتَمِدُ انْقِطَاْعَ حَقِّ الْبَائِعِ، لَا بِثُبُوْتِ الْمِلْكِ لِلْمُشْتَرِيَ، حَتَّى لَوْ أَقَرَّ الْبَائِعُ بِالْبَيْعِ، وَأَنْكَرَ الْمُشْتَرِيُ تَجِبُ الشُّفْعَةُ[1].

وَلَا فِي الْبَيْعِ الفَاْسِدِ إلَّا بَعْدَ سُقُوْطِ فَسْخِهِ، وَلَا فِي رَدٍ بِخِيَارٍ إلَّا خِيَارُ عَيْبٍ، بِلَا قَضَاْءٍ.....

[10] **(وَلَا)** شُفْعَـةَ **(فِي الْبَيْـعِ)** أَيْ: فِي عَقـَارِ الْبَيْـعِ[2] **(الفَاْسِـدِ)**[3] إمّـَا قَبْلَ قَبْضِ الْمَبِيعِ؛ فَلِعَدَمِ زَوَاْلِ مِلْكِ الْبَائِعِ عَنْهُ، وَإِمَّاْ بَعْدَ[4] قَبْضِهِ؛ فَلِاحْتِمَاْلِهِ الفَسْخَ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ العَاْقِدَيْنِ[5] بِسَبِيْلٍ مِـنْ فَسْخِـهِ، إِذْ فَسْخُـهُ حَقُّ الشَّرْعِ، وَفِي إِثْبَـاْتِ الشُّفْعَـةِ اسْقَاْطُ حَقِّ فَسْخِـهِ، وفِي اسْقَاْطِ حَقِّ فَسْخِهِ تَقْرِيْـرُ فَسَـاْدِهِ[6]، **(إلَا بَعْـدَ سُقُوْطِ فَسْخِهِ)** بِأَنْ بَاْعَهُ الْمُشْتَرِيَ مِنْ آخَرٍ [فَإِنَّ فِيْهِ الشُّفْعَةَ][7]؛ لِأَنَّ امْتِنَاْعَ حَقِّ الشُّفْعَةِ، إِنَّمَـا كَـانَ لِثُبُـوْتِ حَـقِّ الْفَسْخِ، وَقَدْ سَقَطَ، فَصَاْرَ كَمَاْ لَوْ كَاْنَ فِي الْبَيْعِ [حَقُّ][8] خِيَارِ الْبَائِعِ/ فَأَسْـقَطَهُ، ثُـمَّ إِذَا سَـقَطَ فَسْـخُهُ، لِلشَّـفِيعِ أَنْ يَأْخَذَهُ بِالْبَيْعِ الثَّانِي بِثَمَنِهِ؛ لِأَنَّ الشِّرَاءَ الثَّانِي صَحِيْحٌ، وَقَدْ تَمَلَّكَهُ الْمُشْتَرِيَ بِـالثَّمَنِ، [ولَـهُ][9] أَنْ يَـنْقُضَ الْبَيْـعَ الثَّـانِي، وَيَأْخَذَهُ بِالْبَيْعِ الْأَوَّلِ بِقِيمَتِهِ؛ لِأَنَّ الْمَبِيْعَ فِي الْبَيْعِ الْفَاْسِدِ مَضْمُوْنٌ بِالْقِيَمَةِ[10]. 352/أ

[11] **(وَلَا)** شُفْعَةَ **(فِي رَدٍ)** أَيْ: سَبَبِ رَدِّ العَقَارِ **(بِخِيَارٍ)** سَوَاْءٌ كَاْنَ خِيَاْرُ رُؤْيَةٍ، أَوْ شَرْطٍ، أَوْ عَيْبٍ، حَتَّـى لَـوْ اشْـتَرَى شَـخْصٌ دَاْرًا، فَسَلَّمَ الشَّفِيعُ الشُّفْعَةَ، ثُمَّ رَدَ الْمُشْتَرِيُ الدَّاْرَ بِقَضَاْءِ قَاْضٍ، فَلَا شُفْعَةَ لِلشَّفِيعِ؛ لِأَنَّ هَذَا فَسْخٌ مِـنْ كُـلِّ وَجْـهٍ، وَعَوْدٌ إِلى قَدِيْمِ مِلْكِ الْبَائِعِ، فَلَا يَتَجَدَدُ بِهِ لِلشَّفِيعِ شُفْعَةٌ؛ [لِأَنَّ هَذَا فَسْخٌ مِنْ وَجْهٍ][11] الشُّفْعَةِ بِإِنْشَـاْءِ الْعَقْـدِ، لَا

---

(1) (صورته)رجل اشترى دارا بعبد وسلم الشفيع الشفعة، ثم رأى صاحب الدار العبد فلم يرضه ورده وأخذ داره، وقد كان دفعها، أو لم يدفعها، فلا شفعة للشفيع في ذلك؛ لأن الرد بخيار الرؤية فسخ من الأصل؛ ولهذا ينفرد به الراد من غير قضاء، ولا رضاء، والشفعة تجب بالعقود لا بالفسوخ وما كان وجب له بالعقد، فقد أسقطه. ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج14، ص175.

(2) في (ن): (أي بسبب البيع).

(3) البيع الفاسد: هو ما كان مشروع بأصله دون وصفه، وهو يفيد الحكم إذا اتصل به القبض. وصوره (25) وجها: بيع المحاقلة، وبيع المزابنة، بيع المخاطرة، وبيع الملامسة، وبيع المنابذة، وبيع الملاقيح، وبيع المضامين، وبيع حبل الحبلة، وبيع المخاضرة، وبيع ضربة الغائص، وبيع الغرر، وبيع المضطر، وبيع الكالئ، وبيع الحيوان بالحيوان نسيئها، وبيع المعاومة، وبيع ما لم يقبض، وبيع وسلف، وبيع بيعان في بيع واحد شرطان في بيع، وبيع الثنيا، وبيع المواصفة، وبيع العربان، وبيع الماء والنار والكلأ، وبيع الصيد في الأجام، وبيع الطير في الهواء. ينظر: السُّغْدي، النتف في الفتاوى، مصدر سابق،ج1، ص473.

(4) في (ن): (وأما بعضه).

(5) في (ك) و(أ): المتعاقدين.

(6) وإذا أخذ الشفيع المشتري شراء فاسدا بالشفعة، يأخذه بقيمته يوم قبض؛ لأن القيمة فيه بمنزلة الثمن في الشراء الصحيح. ينظر: السمرقندي، تحفة الفقهاء، مصدر سابق، ج3، ص51.

(7) سقط من: (ت) و(ك) و(س) و(ن) و(ع).

(8) سقط من: (أ)و(ن).

(9) سقط من: (ت) و(ك) و(س) و(ع).

(10) الأصل: أن المقبوض بحكم العقد الفاسد مضمون بالقيمة فيما لا مثل له، وبالمثل له، وبالمثل فيما له مثل؛ لأن المقبوض في العقد الفاسد،مضمون بجهة القبض، فصار كالمغصوب؛ وهذا لأن الأصل في الضمانات القيمة؛ لأنها هي العدل، وإنما يصار إلى المسمى في موضعصحت التسمية، تحرزاً عن المنازعة والتسمية، هنا لم تصح فبقي الضمان الأصلي، وهو القيمة. ينظر: ابن مازة، المحيط البرهاني، مصدر سابق، ج6، ص423.

(11) سقط من: (ت) و(ك) و(س) و(أ) و(ع).

بِفَسْخِهِ، ولَا فَرْقَ فِي هَذَا، بَيْنَ الْقَبْضِ وَعَدَمِهِ، **(إِلَّا)** فِي رَدٍ بِسَبَبِ **(خِيَارِ**[1] **عَيْبٍ بِلَا قَضَاْءٍ)** فَإِنَّ الشُّـفْعَةَ تُثْبِـتُ **وَلَا لِمَنْ بَاعَ، أَوْ بِيْعَ لَهُ.....**

بِهِ [حَقٌّ][2]،خِلَافًا لِزُفَرَ!، هُوَ يَقُوْلُ: الْعَقْدُ انْفَسَخَ بِالرَّدِ بِالْعَيْبِ، وِالشُّفْعَةُ بِأنْشَاءِ الْعَقْدِ لَا بِفَسْخِهِ[3].

وَلَنَا: أَنَّ الرَّدَ بِعَيْبٍ بِغَيْرِ قَضَاْءٍ، بِمَنْزِلَةِ الْعَقْدِ الْمُبْتَدَأ؛ لِتَمَاْمِهِ بِتَرَاْضِيْهِمَا فِي مَحَلَّيْنِ، كُلٌّ مِنْهُمْا مَـالٌ، إِلَا أَنَّهُـمَا قَصَـدَا الْفَسْخَ، وَلَهُمَا وِلَايَةٌ عَلَى انَفْسِهِمَا، فَكَانَ فَسْخاً فِي حَقِّهِـمَا، وَلَا وِلَايَـةَ لَهُـمَا عَـلَى غَـيْرِهِمَا، فَكَـانَ بَيْعَـاً جَدِيْـدَاً فِي حَـقِّ ثَالِـثٍ [لَـهُمْا][4]، وَالشَّفِيْعُ ثَالِثُهُمَا.

وَفِي «شَرْحِ الوافِي»: ((وَالْمُرَادُ: [الرَّدُّ][5] بِالْعَيْبِ بَعْدَ الْقَبْضِ؛ لِأَنَّ الرَّدَّ بِهِ قَبْلَ الْقَبْضِ، فَسْخٌ مِنْ كُلِّ وَجْـهٍ، وَإِنْ كَـانَ بِغَيْرِ قَضَاْءٍ؛ لِعَدَمِ تَمَاْمِ الْمِلْكِ، وَلِهَذَا يَنْفَرِدُ الرَّادُّ بِهِ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَحْتَاجَ إلى رِضَى صَاحِبِهِ، أَوْ قَضَاْءِ قَاْضٍ))[6].

[12] **(وَلَا)** شُفْعَةَ **(لِمَنْ بَاعَ)** سَوَاْءٌ كَانَ وَكِيْلاً ،أَوْ أَصِيْلَاً؛ لِأَنَّ أَخَـذَهُ بِالشُّـفْعَةِ، سَـعْيٌ فِي نَقْـضِ[7] مَـا تَـمَّ بِـهِ، وَهُـوَ الْمِلْـكُ لِلْمُشْتَرِيَ، وَسَعْيُ الِأنْسَانِ فِي نَقْضِ مَا تَمَّ بِهِ مَرْدُوْدٌ[8]؛ وَلِأَنَّهُ لَوْ ثَبَـتَ لَـهُ حَـقُّ الشُّـفْعَةِ، لَامْتَنَـعَ عَـنْ التَّسْـلِيمِ إلى الْمُشْتَرِيَ بعد مَا الْتَزَمَ ذَلِكَ بِالْعَقْدِ؛ لِكَوْنِ حَقَّ الشَّفِيعِ مُقَدْمَاً[9].

---

(1) في (أ): بخيارِ.

(2) سقط من: (ت) و(س) و(أ) و(ن) و(ع).

(3) قال في الشرنبلالية: وهو خطأ في الرد بخيار رؤية أو شرط، على أن القضاء في الرد بعيب ليس شرطا لإبطال الأخذ بالشفعة مطلقا، بل فيما بعد القبض؛ لأنه قبل القبض فسخ من الأصل، وفيما بعد القبض يكون إقالة؛ لعدم القضاء به، وهي بيع جديد في حق ثالث، وهو الشفيع فله الشفعة. ينظر: الشرنبلالي، حسن بن عمار بن علي، حاشية الشرنبلالي على درر الحكام، ص2، ج213، دار إحياء الكتب العربية، بيروت. وابن عابدين، رد المحتار، مصدر سابق، ج6، ص238.

(4) سقط من: (ت) و(ك) و(س) و(ع).

(5) سقط من: (ت) و(ك) و(س) و(ن) و(ع).

(6) ينظر: النسفي، الكافي، ق187/أ.

(7) في (ن): بعض.

(8) ولأن الأخذ بالشفعة في الأول يلزم منه نقض ما تم من جهته، وهو بالبيع؛ لأن البيع تمليك، والأخذ تملك وبينهما منافاة، وفي الثاني لا يلزم الثاني ذلك، بل فيه تقريره؛ لأن الأخذ بالشفعة مثل الشراء، ولا فرق بين أن يكون ذلك صدر من الأصيل أو الوكيل، حتى لا تكون له الشفعة في الأول، ولا لموكله، وفي الثاني لهما ذلك. ينظر: ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج8، ص161.

(9) وبيان ذلك أن صاحب الدار، لو وكّل شفيع الدار بالبيع، فباعها فلا شفعة له؛ لأنه هو الذي باع، وإن كان المشتري وكل شفيع الدار بشرائها، فاشتراها له، فله الشفعة، ألا ترى أنه لو اشترى دارا لنفسه، وهو الشفيع كان له الشفعة، حتى لو جاء شفيع مثله، أخذ نصف الدار منه، ولو جاء شفيع دونه، فلا شفعة له. الشِّلْبِيِّ، حاشية الشِّلْبِيِّ على التبيين، مصدر سابق، ج5، ص258.

[13] **(أَوْ بِيْـعَ لَـهُ)** أَيْ: وَلَا شُفْعَـةَ لِمَـنْ بِيْـعَ[1] لِأَجْلِـهِ، وَهُـوَ الْمُوَكَّـلُ بِـالْبَيْعِ؛ لِأَنَّ تَمَـامَ الْبَيْـعِ بِـهِ؛ إِذْ **أَوْ ضَـمِنَ الدَّرَكَ،.....**

لَوْلَا تَوَكِيلُهُ لَمَا جَازَ ذَلِكَ الْبَيْعُ[2].

وَكَذَا لَا شُفْعَةَ [لِشَّفِيْعٍ جَعْلَ لَهُ الْبَائِعُ الخِيَارَ، فأجَازَ الْبَيْعَ[3]]؛[4] لِأَنَّ تَمَامَ الْبَيْعِ بِإِجَازَتِهِ [فكَأنَ] [5] كَالْبَائِعِ[6].

[14] **(أَوْ ضَمِنَ الدَّرَكَ**[7]**)** أَيْ: وَلَا شُفْعَةَ لِشَفِيْعٍ ضَمِنَ عَنْ الْبَائِعِ مَا يَلْحَقُهُ فِي ذَلِكَ[8] الْبَيْعِ؛ لِأَنَّ فِي ضَمَانِهِ تَقْرِيرَاً لِلْبَائِعِ[9]، فكَأنَ كَالْبَائِعِ[10][11].

(بَلْ) الشُّفْعَةُ **(لِمَنْ)** أَيْ: لِشَفِيْعٍ **(شَرَى، أَوْ اشْتُرِيَ لَـهُ)** وَأَجَـازَ؛ لِأَنَّ الشُّـفْعَةَ تَبْطُـلُ بِإِظْهَـارِ الشَّـفِيعِ الرَّغْبَـةُ عَـنْ الْمَشْفُوعِ، وَلَا تَبْطُلُ بِإِظْهَارِ الرَّغْبَةِ فِيْهِ، وفِي الشِّرَاءِ إِظْهَارُ الرَّغْبَةِ فِيْهِ، فَـلَا يَكُـونَ إِبْطَـالَاً لِلشُّـفْعَةِ، وَفِي الْبَيْـعِ اظْهَـارُ الرَّغْبَـةِ [عَنْهُ][12] فَيَكُونُ ابْطَالَاً لَهَا[13].

بَلْ لِمَنْ شَرَى أَوْ اشْتُرِيَ لَهُ وَيُبْطِلُهَا تَسْلِيمُهُا بَعْدَ الْبَيْعِ لَا قَبْلَه والصُّلْحَ مَعَ بُطْلَانِهِ .....

---

(1) في (أ): (لشفيع بيع) بدل (لمن بيع).

(2) فإن شهد الآمر بالبيع مع أجنبي، أن المشتري ردها على البائع بالشفعة، لم تجز شهادة الآمر في ذلك؛ لكونه متهما في شهادته، فالمشتري قبل هذا،إذا وجد بها عيبا ردها على الوكيل، وكان ذلك ردا على الموكل، ويمتنع ذلك إذا قبلت شهادته على أنه ردها على البائع بالشفعة، فيكون في هذا تبعيد الخصومة عنه. ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج14، ص121-122.

(3) في (ت) و(س) و(ع) و(م): البائع.

(4) في (ن): (لمن جعل له البائع الخيار فأجاز البيع).

(5) سقط من: (ك)

(6) لأن شرط الخيار للشفيع شرط لنفسه، وأنه يمنع وجوب الشفعة، فإن أجاز الشفيع البيع جاز البيع، ولا شفعة له؛ لأن البيع تم من جهته، فصار كأنه باع ابتداء، وإن فسخ البيع، فلا شفعة له؛ لأن ملك البائع لم يزل، والحيلة للشفيع في ذلك: أن لا يفسخ، ولا يجيز حتى يجيز البائع، أو يجوز هو بمضي المدة، فتكون له الشفعة، وخيار العيب، والرؤية لا يمنع وجوب الشفعة؛ لأنه لا يمنع زوال ملك البائع. ينظر الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج5، ص13. وملا خسرو، درر الحكام، مصدر سابق، ص2، ج214.

(7) ضمن الدرك: الدَّرَكُ: اللحَاق، والدَّرَك: اللَّحَقُ من التَّبِعَة، يقال ما لحقك من دَرَكٍ فعليَّ خلاصه، وهو ضمان الاستحقاق دون رد الثمن بالعيب، وهو من الإدراك أَيْ: ما يدركه من جهة نفسه. انظر: النسفي، طلبة الطلبة، مصدر سابق، ص143. وابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، ج10، ص 419.

(8) في (ن): (من ذلك).

(9) في (ك) و(س) و(ن): للبيع.

(10) ولأنه رضي بتركه لَمَّا رضي برده الى الدرك. ينظر: السمرقندي، محمد بن يوسف، الفقه النافع (ت: د. ابراهيم العبود)، ط1، ج5، ص 1097، مكتبة العبيكان، الرياض.

(11) (صورته) شراء المشتري الدار على أن يضمن له الشفيع الدرك عن البائع، والشفيع حاضر فضمن، جاز البيع ولا شفعة له؛ لأن الملك قد تم بضمانه، فلا شفعة؛ لأنه نزل منزلة البائع. ينظر: ابن مَازَةَ، المحيط البرهاني، مصدر سابق، ج7، ص255. والشِّلْبِيِّ، حاشية الشِّلْبِيِّ على التبيين، مصدر سابق، ج5، ص254.

(12) سقط من: (ك).

(13) لأن البائع يلتزم العهدة بالبيع، فلو أخذ بالشفعة، كان مبطلا ما التزم به من العهدة، والمشتري يلتزم الثمن بالشراء، وهو بالأخذ بالشفعة يقرر ما التزم بالشراء. ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج14، ص122. والبابرتي، العناية، مصدر سابق، ج9، ص418.

[فَصْلٌ مَا يُبْطِلُ الشُّفْعَة]

(وَيُبْطِلُهَا) أَيْ: الشُّفْعَةَ[1][2]:

[1] **(تَسْلِيمُهَا بَعْدَ الْبَيْعِ)**؛ لِأَنَّ الشَّفِيعَ أَسْقَطَ حَقَّهُ بَعْدَ تَقَرُّرِ سَبَبِهِ **(لَا قَبْلَهُ)** أَيْ: وَلَا يَبْطُلُ[3] الشُّفْعَةَ تَسْلِيمُهَا قَبْلَ الْبَيْعِ[4]؛ لِأَنَّهُ أَسْقَطَهَا قَبْلَ وُجُودِ سَبَبِهَا، إِنْ كَانَ سَبَبُهَا الْبَيْعَ، وَقَبْلَ وُجُودِ شَرْطِهِ، إِنْ كَانَ سَبَبُهَا اتِّصَالَ الامْلَاكِ، وَالْبَيْعُ شَرْطُهُ، وَهُوَ الصَّحِيحُ.

[2] **(و)** يُبْطِلُهَا **(الصُّلْحُ[5] أَيْ:** صُلْحُ الشَّفِيعِ [عَنْ شُفْعَتِهِ][6]عَلَى عِوَضٍ، **(مَعَ بُطْلَانِهِ)** أَيْ: بُطْلَانِ الصُّلْحِ، يَعْنِي أَنَّ مَنْ صَالَحَ عَنْ شُفْعَتِهِ عَلَى عِوَضٍ، بَطَلَتْ شُفْعَتُهُ؛ لِأَنَّهُ أَسْقَطَهَا بِاخْتِيَارِهِ، فَيُرَدُّ العِوَضُ؛ لِأَنَّهُ أَخَذَهُ بِغَيْرِ اسْتِحْقَاقٍ؛ لِأَنَّ الْمَالَ لَا / يُسْتَحَقُّ إِلَّا بِمُقَابِلَةِ مِلْكٍ، وحَقُّ الشُّفْعَةِ لَيْسَ بِمِلْكٍ، [بَلْ حَقُّ تَمَلُّكٍ][7]، فَلَا يَصِحُّ الِاعْتِيَاضُ عَنْهُ؛ وِلِأَنَّ حَقَّ الشُّفْعَةِ ثَبَتَ بِخِلَافِ الْقِيَاسِ، لِدَفْعِ الضَّرَرِ، فَلَا يَظْهَرُ ثُبُوتُهُ فِي حَقِّ الِاعْتِيَاضِ. 352/ب

و مَوْتُ الشَّفِيعِ.....

---

(1) ما يبطل به حق الشفعة بعد ثبوته في الأصل نوعان: اختياري، وضروري؛ والاختياري نوعان: صريح، وما يجري مجرى الصريح دلالة؛ نحو أن يقول الشفيع: أبطلت الشفعة، أو أسقطتها، أو أبرأتك عنها، أو سلمتها، ونحو ذلك، وأما الضروري: فنحو أن يموت الشفيع بعد الطلبين قبل الأخذ بالشفعة، فتبطل شفعته. ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج5، ص19 - 21.

(2) ما يبطل به الشفعة دون ما ذكره المؤلف تسعة أمور: (1) اذا شهد في المجلس الذي سمعها به او لم يشهد على احد المتبايعين ولا العقار. (2) اذا استوهبه. (3) اذا استأجره. (4) اذا استودعه. (5) اذا استوصاه. (6) اذا سأله ان يتصدق به عليه.(7) اذا كفل بثمنه. (8) اذا وهب الشفيع من المشتري بقدر ما يتصل بالشفيع. (9) اذا كان مؤجلا فانتظر حلول الاجل ولم يطلب. ينظر: السمرقندي، نصر بن محمد(2006م)، خزانة الفقه، ط1، ص243، دار الكتب العلمية، بيروت.

(3) في (أ): (ولا تبطل).

(4) قال في التَّتَارْخَانِيَّة: إذا قال سَلَّمْت شفعة هذه الدار، صح، وإن لم يُعَيِّنْ أحدا، وكذا لو قال للبائع: سلمت لك شفعتها، ولو بعد قبض المشتري استحسانا؛ لأن معناه لأجلك، وكذا لو قال للوكيل، ولو بعد الدفع إلى الموكل استحسانا، ولو قال لأجنبي، فإن مسبوقا بكلام كقوله: سلم لهذا المشتري، فقال الشفيع: سلمها لك، صح، ولو ابتداء كلام فلا، وإذا سلم الجار مع قيام الشريك، صح، فإن سلم الشريك بعده ليس للجار الأخذ اهـ ملخصا، وفي المجمع: ولا يجعل، أَيْ: أبو يوسف قول الشفيع آخذ نصفها تسليما، وخالفه محمد، والأول: أصح. ينظر: ابن عابدين، رد المحتار، مصدر سابق، ج6، ص240.

(5) الصُّلْحُ: هو عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة، وصلح الشفيع مع المشتري على ثلاثة أوجه:
الاول: يصح على أخذ نصف الدار بنصف الثمن، والثاني: لا يصح ولا تبطل شفعته، وهو أن يصالح على أخذ بيت بعينه من الدار بحصته من الثمن؛ لأن حصته مجهولة، ولا تبطل شفعته؛ لأنه لم يوجد منه الإعراض عن الأخذ بالشفعة بهذا الصلح، والثالث: تبطل شفعته ولا يجب المال وهو أن يصالح على أن يترك الشفعة بمال يأخذه من المشتري، فهنا تبطل شفعته؛ لوجود الإعراض منه عن الأخذ بالشفعة، ولا يجب المال. ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج20، ص136. والميداني، اللباب، مصدر سابق، ج2، ص 162، 163. والموصلي، الاختيار، مصدر سابق، ج3، ص 8.

(6) سقط من: (ك).

(7) سقط من: (ك).

وكَذَا لَوْ بَاعَ شُفْعَتَهُ مِنْ الْبَائِعِ، أَوْ مِنْ الْمُشْتَرِي بِمَالٍ تَسْقطُ[1] الشُّفْعَةُ[2]، وَيُرَدُّ الْمَالُ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ تَمْلِيكُ مَالٍ بِمَالٍ، وَحَقُّ الشُّفْعَةِ لَا يَحْتَمِلُ[3] التَّمْلِيكَ، فَصَارَ كَلَامُهُ مَجَازًا عَنْ الاسْقَاطِ، كَبَيْعِ الزَّوْجِ زَوْجَتَهُ مِنْ نَفْسِهَا[4].

وَهَذَا بِخِلَافِ الطَّلَاقِ، وَالعِتَاقِ عَلَى مَالٍ[5]؛ لِأَنَّهُ اعْتِيَاضٌ عَنْ[6] مِلْكٍ فِي الْمَحَلِ، وَبِخِلَافِ الصُّلْحِ عَنْ الْقِصَاصِ بِمَالٍ؛ لِأَنَّهُ مِلْكٌ لِلْمَحَلِ فِي حَقِّ[7] القَتْلِ، وَلِهَذَا يَتَفَرَدُ بِاسْتِيفَائِهِ بِلَا قَضَاءٍ وَلَا رِضَى.

[3] **(و) يُبْطِلُهَا (مَوْتُ الشَّفِيعِ)** بَعْدَ الْبَيْعِ قَبْلَ الْقَضَاءِ بِالشُّفْعَةِ[8]، وَلَا يَنْتَقِلُ حَقُّ الْأَخْذِ بِالشُّفْعَةِ إلى وَارِثِهِ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رحمه اللـه: يَنْتَقِلُ[9]؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ ثَبَتَ لِإِزَالَةِ الضَّرَرِ عَنْ الْمَالِ، فَكَانَ مُوَرَّثًا[10]، كَخِيَارِ الرَّدِ بِالْعَيْبِ[11].

لا الْمُشْتَرِيَ.....

وَلَنَا: أَنَّ حَقَّ الشُّفْعَةِ حَقُّ تَمَلُّكٍ، وَهُوَ وَصْفٌ قَائِمٌ [بِالشَّفِيعِ][12]، فَلَا يَنْتَقِلُ إلى وَارِثِهِ بَعْدَ مَوْتِهِ، وَخِيَارُ الرَّدِ بِالْعَيْبِ فِيهِ[13] مَعْنَى الْمَالِ بِدَلِيلِ أَنَّهُ يَثْبُتُ لِفَوَاتِ جُزْءٍ مِنْ الْمَبِيعِ، وَأَنَّهُ إِذَا سَقَطَ، وَجَبَ الْمَالُ عِنْدَ سُقُوطِهِ، بِخِلَافِ الشُّفْعَةِ، فَلَا تُوَرَّثُ[1]، كَالوَكَالَةِ[2]،

---

(1) في (ت) و(ك) و(ع): يسقط.

(2) وفي ((الخانية)): الشفيع إذا باع الشفعة، أو وهبها لإنسان بعدما وجبت له، لا تبطل؛ لأنها لا تحتمل التمليك، فلم يصادف محله، وظاهره حمل البطلان على ما إذا كان البيع قبل الوجوب؛ لما فيه من ترك الطلب إلا أن يكون مبنيا على مقابل الأصح. ينظر: ابن عابدين، رد المحتار، مصدر سابق، ج6، ص242.

(3) في (ت) و(س) و(ع): تحتمل.

(4) (صورته): إذا قال الزوج للمخيرة: اختاريني بألف درهم، فقالت: اخترتك، لم يجب العوض، وبطل خيارها. ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج5، ص21.

(5) فذلك كله ملك متقرر له في المحل شرعا، وكما يجوز أن يلتزم العوض؛ ليثبت الملك له، يجوز أن يأخذ العوض ليبطل ملكه، فأما الشفيع ليس يتملك على المشتري شيئا قبل الأخذ، فتسلمه الشفعة، ترك التعرض منه للمالك في ملكه، وليس فيه إبطال ملك ثابت، فلا يستحق بمقابلته عوضا عليه. ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج14، ص118.

(6) في (ك) و(ن): على.

(7) في (س): حل.

(5) أما إذا مات بعد قضاء القاضي قبل نقد الثمن وقبضه، فالبيع لازم لورثته، قال الإمام الأسبيجابي في ((شرح الطحاوي)): (صورته): أن دارا بيعت، ولها شفيع، وطلب الشفعة، فأثبتها بطلبين، ثم مات قبل الأخذ بالقضاء، أو بتسليم المشتري إليه، فأراد ورثته أخذها، فليس لهم ذلك، ولو كان الشفيع ملكها بالقضاء، أو بتسليم المشتري إليه، ثم مات يكون ميراثا لورثته. ينظر: الصدر الشهيد، شرح ادب القاضي، مصدر سابق، ج4، ص24. والعيني، البناية شرح الهداية، مصدر سابق، ج11، ص374.

(9) قال الشافعي رحمه اللـه: " ولورثة الشفيع أن يأخذوا ما كان يأخذه أبوهم بينهم على العدد امرأته، وابنه في ذلك سواء" ودليلنا قوله تعالى: {يوصيكم اللـه في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين} (النساء: 11) فكان على عمومه ولأنه حق يلزم في البيع فوجب أن يكون موروثا كالرد بالعيب ولأن الشفعة من حقوق الملك فوجب أن تكون موروثة مع الملك كطرق الأملاك ومرافقها، والرهن في الديون، وضمانها ولأن الموت يسقط التكليف، وما سقط به التكليف لم تبطل به الشفعة كالجنون، ولأنه قبض استحق في عقد بيع فوجب أن يكون كالقبض في البيع. ينظر: الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج7، ص257. والشيرازي، إبراهيم بن علي (1995م)، المهذب، ط2، ج2، ص223، دار الكتب العلمية، بيروت. وابن الملقن، عمر بن علي (2006م)، التذكرة في الفقه (ت: محمد حسن)، ط1، ص79، دار الكتب العلمية، بيروت.

(10) في (س): موروثا.

(11) لأن الرد بالعيب قطع للعقد وليس برافع للأصل فلم يكن للمشتري إبطال حق الشفيع. ينظر: النووي، محيي الدين يحيى بن شرف (بدون تاريخ)، المجموع شرح المهذب، ج14، ص343، دار الفكر، دمشق.

(12) سقط من: (ك).

(13) ولان الغرض من الخيار ان يتأمل من له الخيار، فيرى المصلحة، فيعمل بحسب المصلحة، وقد بطلت أهلية التأمل بموته، فيثبت الملك لازما؛ لان البيع يقتضي ذلك، الا ان المانع هو الخيار لغرض التأمل، وقد زال المانع، وقد عرف. ينظر: السمرقندي، نصر بن محمد(2005هـ)، مختلف الرواية (ت: عبد الرحمن بن مبارك الفرج)، ط1، ج3، ص1535، مكتبة الرشد، الرياض.

وِالْمُضَارِبَةِ[3].

قَيَّدْنَا: بِقَبْلَ الْقَضَاءِ بِالشُّفْعَةِ؛ لِأَنَّ مَوْتَ الشَّفِيْعِ، لَوْ كَانَ بعد الْقَضَاءِ قَبْلَ نَقْدِ الثَّمَنِ، وَقَبْضِ الْمَبِيعِ لَا يَبْطُلُ شُفْعَتُهُ، وَالْبَيْعُ لَازِمٌ لِوَارِثِهِ[4].

(لا الْمُشْتَرِي) أَيْ: لَا يَبْطُلُ الشُّفْعَةَ مَوْتُ الْمُشْتَرِي؛ لِأَنَّ الْمُسْتَحَقَّ بَاقٍ، وَمَوْتِ الْمُسْتَحِقِّ عَلَيْهِ لَمْ يَتَغَيَّرْ الاسْتِحْقَاقُ، بِخِلَافِ مَوْتُ الْمُسْتَحِقِّ، وَهُوَ الشَّفِيعُ؛ لِأَنَّ السَّبَبَ الَّذِيْ يَأْخُذُ بِهِ، وَهُوَ مِلْكُهُ زَالَ بِمَوْتِهِ، وَالثَّابِتُ لِلْوَارِثِ جِوَارًا[5]، وَشَرِكَةً حَادِثَةً بَعْدَ الْبَيْعِ، فَلَا يَسْتَحِقُّ بِهِ الشُّفْعَةَ[6].

[4] **(وَ)** يُبْطِلُهَا **(بَيْعُ)** الشَّفِيعِ **(مَا يَشْفَعُ بِهِ)** بِلَا خِيَارٍ لِلْبَائِعِ **(قَبْلَ الْقَضَاءِ)** لَهُ بِالشُّفْعَةِ[7]؛ لِأَنَّ الاسْتِحْقَاقَ بِالْجِوَارِ أَوْ بِالشَّرِكَةِ، وقَدْ زال قَبْلَ التَّمَلُّكِ.

قَيَّدْنَا: بِعَدَمِ خِيَارِ الْبَائِعِ؛ لِأَنَّ الشَّفِيعَ لَوْ بَاعَ مَا يَشْفَعُ بِهِ عَلَى أَنَّهُ بِالخِيَارِ، لَا يَبْطُلُ شُفْعَتُهُ؛ **وَبَيْعُ مَا يَشْفَعُ بِهِ قَبْلَ الْقَضَاءِ وَشَفْعُ حِصَّةِ أَحَدِ الْمُشْتَرِكِيْنَ.**
لِأَنَّ مِلْكَهُ لَمْ يَزَلْ فَوَجَبَ[8] سَبَبُ الشُّفْعَةِ، وَهُوَ الِاتِّصَالُ بِمِلْكِهِ[9].

(وَشَفْعُ) أَيْ: أَخْذُ الشَّفِيعِ بِالشُّفْعَةِ **(حِصَّةِ أَحَدِ الْمُشْتَرِكِيْنَ[10])** مِنْ[11] بَائِعٍ وَاحِدٍ؛ لِأَنَّ هَذَا الْأَخَذَ لَيْسَ فِيْهِ ضَرَرُ التَّفْرِيْقِ، لِقِيَامِ الشَّفِيعِ مَقَامَ الْمَأْخُوْذِ حِصَّتُهُ[12]، وَالصَّحِيْحُ أَنْ لَا فَرْقَ بَيْنَ قَبْلَ الْقَبْضِ وبَعْدَهُ.

---

(1) في (ن): يورث.

(2) الوكالة: هي إقامة الغير مقام نفسه في تصرف معلوم، وقيل: هي تفويض التصرف إلى غيره. ينظر: الميداني، اللباب، مصدر سابق، ج2، ص 138. شيخ زاده، مجمع الأنهر، مصدر سابق، ج2، ص 221.

(3) المضاربة: هي عقد شركة في الربح بمال من رجل، وعمل من آخر. وقال النسفي: المضاربة: معاقدة دفع النقد إلى من يعمل فيه على أن ربحه بينهما على ما شرطا. ينظر: طلبة الطلبة، مصدر سابق، ص 301. شيخ زاده، مجمع الأنهر، مصدر سابق، ج2، ص 321. الميداني، اللباب، مصدر سابق، ج2، ص131.

(4) في (أ) و(ن): لورثته.

(5) في (س): جوازا.

(6) ولا تباع في دين المشتري ووصيته، ولو باعها القاضي، أو الوصي، أو أوصى المشتري فيها بوصية، فللشفيع أن يبطله، ويأخذ الدار لتقدم حقه، ولهذا ينقض تصرفه في حياته. ينظر: ابن عابدين، رد المحتار، مصدر سابق، ج6، ص242.

(7) ولا فرق بين أن يكون عالما وقت بيع داره بشراء المشفوعة، أو لم يكن عالما؛ لأنه لا يختلف في الحالين، فصار كالتسليم الصريح، فإنه لا يختلف بين أن يعلم بيعها، أو لم يعلم. ينظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج5، ص 258.

(8) في (ن): فوجد.

(9) ولو باع بعض داره شائعا، فله الشفعة بما بقي، وكذا لو باع بعضه مقسوما، وذلك لا يلي المبيعة؛ لأن الجوار قائم، وإن كان مما يلي المبيعة، بطلت شفعته؛ لزوال الجوار. ينظر: الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، مصدر سابق، ج2، ص42. والعيني، البناية شرح الهداية، مصدر سابق، ج11، ص377.

(10) في (ك): المشترين.

(11) في (ن): في.

(12) وهو رواية ظاهر الرواية: لان الصفقة حصلت متفرقة من الابتداء، فلا يكون أخذ البعض تفريقا؛ لحصول التفريق قبل الأخذ، وقوله: فيه تفريق اليد - وهو القبض - ممنوع فالشفيع يتملك نصيب أحد المشتريين بالشفعة، ولكنه لا يفرق اليد حتى لو نقد الثمن، ليس له أن يقبض أحد النصفين ما لم ينقد الآخر؛ كي لا يتفرق القبض، وسواء سمى لكل نصف ثمنا على حدة، أو سمى للجملة ثمنا واحدا، فالعبرة لاتحاد الصفقة، وتعددها لا لاتحاد الثمن وتعدده؛ لأن المانع من التفريق هو الضرر. ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج5، ص25.

وَرَوَى الحَسَنُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ[1]: أَنَّهُ قَبْلَ الْقَبْضِ لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ، وَبَعْدَ الْقَبْضِ لَهُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ مَتَىْ أَخَذَ نَصِيْبَ أَحَدِهِمْ قَبْلَ الْقَبْضِ [مِنْ يَدِّ الْبَائِعِ يَتَضَرَّرُ الْبَائِعُ بِتَفْرِيْقِ الْيَّدِ، بِخِلَافِ مَا بَعْدَ الْقَبْضِ][2][3].

وَأُجِيبَ: بِأَنَّا لَا نُمَكِّنُهُ مِنْ أَخَذِ نَصِيْبِ أَحَدِهِمْ إِذَا [نَقَدَ][4] مَا عَلَيْهِ، مَا لَمْ يَنْقُدْ الْآخَرُ حِصَّتَهُ؛ كَيْ لَا يُؤَدِّيَ إِلَى تَفْرِيقِ الْيَدِ عَلَى الْبَائِعِ.

لَا أَحَدِ البَاعَةِ فَإِنْ سَلَّمَ شِرَاءَ زَيْدٍ، فَظَهَرَ شِرَاءُ غَيْرِهِ، أَوْ الشِّرَاءَ بِأَلْفٍ، فظَهَرَ أَنَّهُ بِأَقَلَّ أَوْ بِمِثْلِيٍّ لَا تَسْقُطُ

(**[لَا][5] أَحَدِ البَاعَةِ**) أَيْ: وَلَا يَأْخَذُ الشَّفِيعُ حِصَّةَ أَحَدِ الْبَائِعِيْنَ مِنْ مُشْتَرٍّ وَاحِدٍ، بِلْ إما أَنْ يَأْخُذَ[6] الْمَشْفُوْعَ كُلَّهُ، أَوْ تْرَكُهُ كُلَّهُ؛ لِأَنَّ فِي أَخَذِ حِصَّةِ أَحَدِ البَاعَةِ اضْرَارَاً بِالْمُشْتَرِيَ بِتَفْرِيْقِ الصَّفْقَةِ عَلَيْهِ[7].

(**فَإِنْ سَلَّمَ**[8]) يَعْنِي أَنَّ الشَّفِيعَ إِذَا أَخْبَرَ بِأَنَّ الْمُشْتَرِيَ زَيْدٌ فَسَلَّمَ (**شِرَاءَ زَيْدٍ، فَظَهَرَ/ شِرَاءُ غَيْرِهِ، أَوْ**) بَلَغَهُ أَنَّ الثَّمَنَ أَلْفٌ، فَسَلَّمَ (**الشِّرَاءَ بِأَلْفٍ، فظَهَرَ أَنَّهُ بِأَقَلَّ، أَوْ بِمِثْلِيٍّ**[9]) قِيمَتُهُ أَلْفٌ أَوْ أَكْثَرُ (**لَا تَسْقُطُ**[10]) الشُّفْعَةُ[11]، أَمَّا إِذَا ظَهَرَ أَنَّ الْمُشْتَرِيَ غَيْرُ زَيْدٍ[12]؛ فَلِتَفَاْوُتِ النَّاسِ فِي الجِوَارِ، وَالخِلْطَةِ، وَلَعَلَّهُ إِنَّمَا سَلَّمَ شِرَاءَ زَيْدٍ لِحُسْنِ جِوَارِهِ وخِلْطَتِهِ. أ/353

وَأَمَّا إِذَا ظَهَرَ أَنَّ الثَّمَنَ أَقَلّ، [أَوْ][13] أَنَّهُ مِثْلِيٌّ؛ فَلِأَنَّ تَسْلِيمَهُ فِي كَثْرَةِ الثَّمَنِ، لَا يَدُلُّ عَلَى تَسْلِيمِهِ فِي قِلَتِهِ، وَتَسْلِيمُهُ فِي أَحَدِ الجِنْسَيْنِ، لَا يَكُونَ تَسْلِيْمَاً فِي الْآخَرِ، إِذْ رُبَّمَا يَتَعَذَّرُ عَلَيْهِ مَا سَلَّمَ فِيْهِ، وَيَسْهُلُ عَلَيْهِ الْآخَرُ، وكَذَا كُلُّ مَكِيلٍ، أَوْ وَمَوْزُونٍ، أَوْ عَدَدِيٍّ مُتَقَارِبٍ[14].

---

(1) وجه هذه الرواية: أن أخذ البعض قبل القبض يتضمن تفريق اليد على البائع، والتملك قبل القبض لا يتضمن التفريق؛ لأن التملك يقع على البائع وأنه لا يجوز، ألا ترى أن أحد المشترين لو أراد أن يقبض حصته دون صاحبه ليس له ذلك. ينظر: المصدر سابق.

(2) سقط من: (ت) و(ك) و(س) و(ع).

(3) (صورته) إذا كان البائع اثنين، فأراد الشفيع الأخذ قبل قبض المشتري، فله أن يأخذ نصيب أحد البائعين؛ لأنه بالأخذ يتملك على البائع؛ ولهذا كانت عهدته على البائع، والملك في حق البائعين متفرق، وبعد القبض إنما يتملك على المشتري، والملك في حقه مجتمع، وإن كان البائع واحدا، والمشتري اثنين فقبل القبض، ليس له أن يأخذ نصيب أحد المشترين؛ لاجتماع الملك في حق البائع، وبعد القبض له ذلك، ولكن هذا قوله الأول، فأما قوله الآخر كما ذكر في الكتاب، فإن المعتبر جانب المشتري قبل القبض وبعد القبض، ويستوي إن كان اشتراه لنفسه، أو لغيره. ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج14، ص104. والزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج5، ص262.

(4) سقط من: (ك).

(5) سقط من: (ك).

(6) في (ت) و(س) و(ع): لما يأخذ.

(7) يعني اشترى جماعة من واحد، فللشفيع أن يأخذ نصيب أحدهم، وإن باع جماعة من واحد، لا يأخذ حصة أحد الباعة؛ لأن في الأول دفع ضرر الجار لا الثاني؛ لأن في الأول بأخذه نصيب أحدهم قام مقامه، فلا تتفرق الصفقة على أحد، وفي الثاني تفريقها على المشتري، فيتضرر به، وبعيب الشركة زيادة ضرر، وهي شرعت على خلاف القياس؛ لدفع الضرر عن الشفيع، فلا تشرع على وجه يتضرر به المشتري ضررا زائدا سوى الأخذ. ينظر: الشرنبلالي، حاشيته على درر الحكام، مصدر سابق، ج2، ص216.

(8) ألفاظ تسليم الشفعة: سلمتها لك، وتركتها لك، صفحت عنها لك، وغيرها. ينظر: الصدر الشهيد، شرح ادب القاضي، مصدر سابق، ج4،ص45.

(9) في (ن): (او بمثل).

(10) في (ن): لا يسقط.

(11) قال محمد رحمه الله في ((الجامع الكبير)): لو قال الشفيع سلمت شفعة هذه الدار إن كنت اشتريتها لنفسك، وقد اشتراها لغيره، فهذا ليس بتسليم؛ وذلك لأن الشفيع علق التسليم بشرط، وصح هذا التعليق؛ لأن تسليم الشفعة إسقاط محض، كالطلاق، والعتاق، فصح تعليقه بالشرط، ولا يترك إلا بعد وجوده. ينظر: قاضي زادة، نتائج الأفكار، مصدر سابق، ج9، ص419.

(12) لأن التسليم للأمن عن الضرر، والأمن عن ضرر زيد لا يدل على الأمن عن ضرر عمرو. ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج5، ص20.

(13) سقط من: (ك).

(14) قال الكرخي: إن كانت قيمتها ألفا أو أكثر بطلت؛ وإن كانت أقل لم تبطل، وهو قول أبي يوسف؛ لأنهما جعلا كجنس واحد في الثمنية، وأشار محمد في ((الأصل)): إلى بقاء الشفعة، وهو قول أبي حنيفة، وزفر؛ لأنهما جنسان مختلفان، حتى يجوز بيع أحدهما بالآخر

لَا إِنْ ظَهَرَ بِقِيمِيٍّ قِيمَتُهُ أَلْفٌ، أَوْ أَكْثَرَ.....

(لَا إِنْ ظَهَرَ) أَنَّ[1]الشِّرَاءَ **(بِقِيمِيٍّ[2] قِيمَتُهُ أَلْفٌ، أَوْ أَكْثَرُ)** فَإِنَّ شُفْعَتَهُ تَسْقُطُ[3]؛ لِأَنَّـهُ إِنَّمَـا يَأْخُـذُ القِيَمِـيَّ بِقِيمَتِـهِ دَرَاهِمَ أَوْ دَنَانِيرَ.

وَلَوْ ظَهَرَ أَنَّ الْبَيْعَ[4] بِدَّنَانِيرَ قِيمَتُهَا أَلْفٌ أَوْ أَكْثَرُ، سَقَطَتْ شُفْعَتُهُ، أَوْ ظَهَرَ[5] أَنَّهُ بِدَّنَانِيرَ قِيمَتُهَا أَقَلُّ مِـنْ أَلْـفٍ، لَـمْ تَسْقُطْ[6]، فكَذَا إِذَا ظَهَرَ أَنَّهَا [بِيعَتْ بِقِيَمِيٍّ][7].

وَقَالَ زُفَرُ: لَهُ الشُّفْعَةُ فِي الوَجْهَيْنِ؛ لِأَنَّ الدَّرَاهِمَ والدَّنَانِيرَ جِنْسَانِ مُخْتَلِفَانِ، بِدَلِيلِ حِلُّ[8] التَّفَاضُلِ.

وَلَنَا: أَنَّهُمَا كَالجِنْسِ الْمُتَّحِدِ مِنْ حَيْثُ الثَّمَنِيَةِ، وَكُلاً مُنَافٍ الثَّمَنِ، وَلِهَذَا يُضَمُ أَحَدُهُمَا إِلى الْآخَرِ فِي الزَّكَاةِ[9].

وَلَوْ بَلَغَهُ أَنَّ الْمُشْتَرِيَ زَيْدٌ، فَظَهَرَ أَنَّهُ زَيْدٌ وَعَمْرُوْ، فَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ نَصِيْبُ عَمْرٍو؛ لِأَنَّ التَّسْلِيمَ لَمْ يُوجَدْ فِي حَقِّه.

وَلَوْ بَلَغَهُ شِرَاءُ نِصْفِ الدَّارِ فَسَلَّمَ ثم تبَيَّنَ أَنَّهُ شَرَى الْجَمِيعَ، فلَهُ الشُّـفْعَةُ، ولَـوْ أُخْـبِرَ بِشِرَاءِ الكُـلِّ [فَسَـلَّمَ][10] ثُـمَّ ظَهَرَ أَنَّهُ شَرَى النِّصْفَ، فَلَا شُفْعَةَ لَهُ، هذا هو الْمَشْهُوْرِ مِنْ الرِّوَايَةِ[11].

الْفَرْقُ: أَنَّهُ إِذَا سَلَّمَ فِي النِّصْفِ، فَقَدْ تَحَامَىْ[1] عَنْ ضَرَرِ الشَّرِكَةِ، فَإِذَا تبَـيَّنَ أَنْ لَا شَرِكَـةَ، بَقِـيَ حَقُّـهُ، وَإِذَا سَـلَّمَ فِي الكُلِّ، صَارَ مُسَلِّمَاً فِي ابْعَاْضِهِ.

متفاضلا؛ ولأنه ربما يسهل عليه أحدهما دون الآخر؛ ولو قيل: بيعت بألف ثم حط البائع عن المشتري، فله الشفعة، لأن الحـط يلتحـق بأصل العقد، فصار كأنه باعها بأقل. ينظر: الموصلي، الاختيار، مصدر سابق، ج2، ص48.

(1) في (ك): أي.

(2) في (ن): لقيمي.

(3) قال في «الذخيرة»:((هذا محمول على ما إذا كان ثمن النصف مثل ثمن الكل، بأن أخبر أنه اشترى الكل بألف فسلم، ثـم ظهـر أنـه اشـترى النصف بالألف، أما إذا أخبر أنه اشترى الكل بألف، ثم بان أنه اشترى النصف بخمسمائة فإنه على شفعته)). ينظر: الزَّبِيديّ، الجـوهرة النيرة، مصدر سابق، ج1، ص282.

(4) في (أ) و(ن): (أنه بيعت).

(5) في (ك): (او اقل من).

(6) أما الأول: فلأن الرضا بالأكثر لا يكون رضا بالأقل؛ وأما الثاني: فلاحتمال تعذر الدراهم عليه، وتيسر ما بيع به من المكيل والمـوزون؛ وكـذلك العددي المتقارب، وسواء كانت قيمته ألفا، أو أقل، أو أكثر؛ لأن الواجب المثل، بخلاف ما إذا بيع بعبد، أو أمة قيمتها ألف، أو أكثر؛ لأن الواجب ألف، حتى لو كانت قيمته أقل من ألف، لم تبطل شفعته؛ لأن الواجب القيمة. ينظر: الموصـلي، الاختيـار، مصـدر سـابق، ج2، ص48. وشيخ زاده، مجمع الأنهر، مصدر سابق، ج2، ص484.

(7) سقط من: (ت) و(ك) و(س) و(ع).

(8) في (ن): حد.

(9) بدليل تكميل نصاب أحدهما بالآخر، والمكره بالبيع بالدراهم يكون مكرها على البيع بالدنانير، ورب الدين إذا ظفر بدنانير المديون وحقه الدراهم، له أن يأخذ، ومال المضاربة إذا صار دنانير عمل بهن رب المال، كما لو صار دراهم، وإنما اعتبرنـا جنسـين في حـق الربـا، حتـى جاز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا؛ لأن الربا لا يجري باعتبار الثمنية، بل باعتبار الوزن والجنس، وهما مختلفان في هذا الوجـه حقيقـة، ولهذا لا يجري الربا بين الدراهم والحديد، وإن وجد الاتحاد من حيث الوزنية. ينظر: العيني، البناية شرح الهداية، مصدر سابق، ج11، ص381.

(10) سقط من(ن).

(11) أَيْ: ظاهر الرواية: احتراز عما روي عن أبي يوسف على عكس هذا، لأنه قد يتمكن من تحصيل ثمـن النصـف دون النصـف، وقـد تكـون حاجته إلى النصف ليتم به مرافق ملكه، ولا يحتاج إلى الجميع؛ ولأن رغبات الناس في الكل أكثر عادة من رغبـاتهم في الأشـقاص؛ لخلـو الكل عن عيب التشقيص، فإذا لم يرغب فيه، فأولى أن لا يرغب في التشقيص، وقيل: له الشفعة؛ لأنه قـد لا يـتمكن مـن تحصـيل ثمـن الجميع، وقد تكون حاجته إلى النصف؛ ليتم به مرافق ملكه، فلا يحتاج إلى الجميع، وشيخ الإسلام مال إلى هذا القول، وحمل مـا ذكـره في ظاهر الرواية، على ما إذا كان ثمن النصف مثل ثمن الكل، أما إذا تبين له أن ثمن النصف مثل نصف ثمن الكل، فله الشفعة، والمعنى ما ذكرنا. ينظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج5، ص260. وابن عابدين، رد المحتار، مصدر سابق، ج6، ص243.

وَرُوَي: أَنَّهُ إِذَا سَلَّمَ الكُلَّ، لَا يَكُونُ تَسْلِيمَاً لِلنِّصْفِ، وإِذا سَلَّمَ النِّصْفَ، يَكُونُ تَسْلِيمَاً لِلْكُلِ، لِجَوَازِ أَنْ يَكُونَ تَسْلِيمُ الكُلِّ؛ لِعَدَمِ قُدْرَتِهِ عَلَى الثَّمَنِ كُلِّهِ مَعَ قُدْرَتِهِ عَلَى نِصْفِهِ، وَأَنْ يَكُونَ تَسْلِيمُ النِّصْفِ؛ لِعَدَمِ قُدْرَتِهِ عَلَى ثَمَنِهِ[2]، فِيَكُونَ عَاجِزَاً عَنْ الكُلِّ بِالطَّرِيْقِ الْأَوْلَى[3]، [وَاللهُ سُبْحَانَهُ وَلِيُّ الْعِلْمِ][4].

(1) في (أ): تجافى.

(2) في (ن): قدرته.

(3) وعن أبي يوسف: أن تسليم النصف لا يصح؛ لأنه لا حق له في أخذ النصف، وإنما يعتبر إسقاطه فيما له حق الاستيفاء فيه؛ ولأن هذا منه إظهار؛ لرغبة فيما يحتاج إليه من الدار وهو النصف، وإنما يسقط شفعته بأعراضه عن الطلب لا بإظهار الرغبة فيه، ولكن هذه الرواية فيما إذا كان طلب أولا، ثم سلم النصف أما إذا قال كما سمع سلمت نصف الشفعة، فلا شك أنه تسقط شفعته، كما لو سكت عن الطلب. ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج14، ص111. وابن السَّاعَاتِي، مجمع البحرين، مصدر سابق، ص395-398.

(4) سقط من: (ت) و(س) و(ع). وفي (ك) و(ن): (والله اعلم).

كتاب القسمة

كِتَابُ الْقِسْمَةِ

هي: تَعْيِينُ الحَقِّ الشَّائِعِ.

كِتَابُ الْقِسْمَةِ[1]

(هـي) [فِي][2] اللُّغَـةِ: اسْـمٌ لِلاقْتِسَـامِ[3]، وفِي الشَّرْعِ: **(تَعْيِـينُ الحَـقِّ الشَّـائِعِ)**، وَمَشْرُوعِيَّتِهَـا: بالكِتَـابِ، والسُّـنَةِ، والأجْمَاعِ، والمَعَقُوْلِ.

أمَّا الكِتَابُ:

فَقَوْلُهُ تعالى:**{وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِـنْ شَيْءٍ فَـأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَـهُ وَلِلرَّسُـولِ}** [الانفـال:41] الآيـة، ولا يُعْلَـمُ الْخُمُـسُ مِـنْ الْأَرْبَعَةِ أَخْمَاسٍ إلَّا بالْقِسْمَةِ.

وقَوْلُهُ تعالى:**{وَنَبِّئْهُمْ أن الْمَاءِ قِسْمَة بَيْنَهُمْ}** [القمر :28].

وقَوْلُهُ تعالى:**{لَهَا شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبُ يَوْمٍ مَعْلُومٍ}**[الشعراء :155]، والمُنَاوَبَةُ فِي الشِّرْبِ قِسْمَةٌ فِيهِ.

وَأَمَّا السُّنَةُ:

فَلِأَنَّهُ ﷺ قَسَّمَ غَنَائِمِ خَيْبَرَ بِخَيْبَرَ[4]، وغَنَائِمَ أَوْطَاسَ[5] بأَوْطَاسٍ، وغَنَائِمَ بَنِي الْمُصْطَلِقِ[6] بِمِيَاهِهِمْ[7].

---

(1) أي هذا الكتاب في بيان أحكام القسمة فيكون ارتفاع الكتاب على أنه خبر مبتدأ محذوف، ويجوز نصبه على اقرأ كتاب القسـمة، أو خـذه أو هاك، وإيراده عقيب الشفعة؛ لأن كلا منهما من نتائج النصيب الشائع، فإن أحد الشريكين إذا أراد الافـتراق مـع بقـاء ملكـه بطلـب القسمة، ومع عدمه، باع ووجب عنده الشفعة ،وتقديم الشفعة على القسمة؛ لما أن التملك بالشفعة ربما يكون سببا للقسمة والسـبب مقدم على المسبب. ينظر: العيني، البناية شرح الهداية، مصدر سابق، ج11، ص398. والزيلعي، تبيين الحقـائق، مصـدر سـابق، ج5، ص 264.

(2) سقط من:(أ).

(3) (الْقَسْمُ) بالفتح: مصدر قسم القسام المال بين الشركاء، فرقه بينهم، وعين أنصباءهم، ومنه القسم بين النساء، (والقِسْم) بالكسر: النصـيب، والحظ، والجمع أقسام أي: اجزاء، وهو القسيم، والجمع أقسماء، وأقاسـيم، فيقـال: قَسَـمْت الشيء بـين الشركـاء، وأعطيـت كـل شريـك مِقْسَمه، وقِسْمه، وقَسِيمه، (وَالْقِسْمَةُ) اسم من الاقتسام، ويقال: تقسموا المال بينهم، (وَالْقَسَمُ) اليمـين، يقـال: أقسـم باللـه إقسـاما. ينظر: والمُطَرِّزِيّ، المغرب في ترتيب المعـرب، مصـدر سـابق، ج1، ص 383. ابـن منظـور، ولسـان العـرب، مصـدر سـابق، ج12، ص 478. والفيومي، المصباح المنير، مصدر سابق، ص 192.

(4) خيبر: حصون بينها وبين المدينة مشى مسافة ثلاثة أيّام سيرا على الاقدام، وأوّل حدّ خيبر الدّومة، ثم تصير إلى خيبر، وسمّيت خيبر بخيبر بن قاينة بن مهلائيل، وهو أوّل من نزلها. وقد غزا رسول اللـه ﷺ خيبر في سنة سبع، فطاوله أهلها وماكثوه وقاتلوا المسلمين، فحاصرهم ﷺ قريبا من شهر، ثم إنهم صالحوه على حقن دمائهم، وترك الذرية على أن يجلوا ويخلوا بين المسلمين وبين الأرض والصفراء والبيضـاء، إلا ما كان منها على الأجساد وأن لا يكتموه شيئا، فأقرهم ﷺ. ينظر: البكري، عبد اللـه بن عبد العزيز (1403هـ)، معجم ما اسـتعجم مـن أسماء البلاد والمواضع، ط3، ج2، ص521 عالم الكتب، بيروت. الطـبري، محمـد بـن جريـر (1387هــ)، تـاريخ الرسـل والملـوك، ط2، ج3، ص12، دار التراث، بيروت.

(5) أَوطَاسَ: واد في ديار هوازن، عسكر المسلمون فيه، هم وثقيف، إذ أجمعوا على حرب رسول ﷺ، فالتقوا بحنين في شوال سنة ثمـان. ينظـر: البكري، المعجم، ج1، ص212.

(6) بني المصطلق بطن من خزاعة. غزاهم النبي ﷺ، وذلك سنة خمس، وفي رواية سنة ست من الهجـرة، وذلـك ان النبـي ﷺ بلغـه ان بنـي المصطلق يجمعون له، فخرج إليهم، حتى لقيهم على ماء لهم يقال له: المُرَيْسِيعْ، فتزاحف الناس، واقتتلوا، فهـزم اللـه بنـي المصـطلق، وقتل من قتل منهم، ونقل رسول اللـه ﷺ أبناءهم ونساءهم وأموالهم، فأفاءهم عليه. ينظـر: الطـبري، تـاريخ الرسـل والملـوك، مصـدر سابق، ج3، ص43.بتصرف.

(7) ينظر: الشيباني، محمد بن الحسن بن فرقد(1975م)، السير (ت: مجيد خدوري) ط1، ص96، الدار المتحدة للنشر، بيروت. والبيهقي، أحمد بن الحسين (1989م)السنن الصغير (ت: عبد المعطي قلعجي)، ط1، ج3، ص395، 408، جامعة الدراسات الإسلامية، كراتشي، باكستان.

وَرَوَى أَبُو دَاوُدَ، والتِّرْمِذِيُّ، وابْنُ مَاجَهْ عَنْ عبدِ اللـهِ بن مُحَمَّدٍ بن عتيك[1] عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللـهِ، أَنَّ امْرَأَةَ سَعْدَ بْنَ الرَّبِيْعِ، قَالَتْ : يَا رَسُوْلَ اللـهِ ﷺ إِنَّ سَعْداً هَلَكَ وَتَرَكَ ابْنَتَيْنِ وَأَخَاهُ، فَعَمَدَ أَخُوْهُ بِقَبْضِ مَا تَرَكَ سَعْدٍ، وَإِنَّمَا تُنْكَحُ النِّسَاءُ عَلَى أَمْوَالِهِنَّ، فَقَالَ ﷺ:« ادْعُ لِي أخاهُ فجَاءَ، فقَالَ: ادْفَعْ إِلَى ابْنَتَيْهِ الثُّلُثين وَإِلَى امْرَأَتِهِ الثُّمُنَ وَلَكَ مَا بَقِيَ»[2]./

353/ب

وَأَمَّا الْإِجْمَاعُ: فَلِتَوَارُثِ الْأَمَّةِ الْقِسْمَةَ مِنْ غَيْرِ نَكِيْرٍ[3].

وغَلَبَ فِيْهِ الإفْرَازُ فِي الْمِثْلِيِّ، والمُبَادَلَةُ فِي غَيْرِهِ، فَيَأْخُذُ كُلُّ شَرِيْكٍ حِصَّتَهُ بِغَيْبَةِ صَاحِبِهِ.....

وَأَمَّا المعقَوْلُ فَهُوَ: أَنَّ الْمِلْكَ إِذَا تَعَلَّقَ بِمَحَلٍ شَائِعٍ، لا يُمْكِنُ الِانْتِفَاعِ بِهِ دَائِمَاً، بَلْ فِي وَقْتٍ دُونَ وَقْتٍ، وقَدْ يَتَعَذَّرُ عَلَى المَالِكِ بَعْضُ التَّصَرُّفاتِ فِيهِ، فإِذَا قُسِّمَ زَالَ ذَلِكَ.

وهِيَ تَشْتَمِلُ عَلَى مَعْنَى الإفْرَازِ[4]، ومَعْنَى المُبَادَلَةِ؛ لِأَنَّ مَا يَأْخُذُهُ كُلُّ وَاحِدٍ تَشْتَمِلُ[5] كُلُّ جُزْءٍ مِنْ أَجْزَائِهِ عَلَى نِصْفَيْنِ، نِصْفٌ كَانَ لَهُ، فكَانَ[6]أَخْذُهُ إفْرَازَاً، ونِصْفٌ كَانَ لِصَاحِبِهِ أَخْذُهُ عِوَضاً عَمَّا فِي يَدِ صَاحِبِهِ مِنْ نَصِيبِهِ، فَكَانَ أَخْذُهُ مُبَادَلَةً.

(وغَلَبَ فِيْهِ[7] الإفْرَازُ فِي الْمِثْلِيِّ) ، وَهُوَ الْكَيْلِيُّ، والْوَزْنِيُّ، وَالْعَدَدِيُّ الْمُتَقَارِبِ؛ لِعَدَمِ التَّفَاوُتِ بَيْنَ أَبْعَاضِ كُلٍّ مِنْ هَذِهِ الْأُمُورِ؛ لِأَنَّ مَا يَأْخُذُهُ الشَّرِيكُ مِثْلُ حَقِّهِ صُورَةً وَمَعْنًى، فَأَمْكَنَ أَنْ يُجْعَلَ عَيْنَ حَقِّهِ الْقَرْضُ[8]، وَقَضَاءُ الدَّيْنِ[9].

---

(1) الصحيح هو: عن عبد اللـه بن محمد بن عقيل، عن جابر...الحديث، اما عبد اللـه بن عتيك، ويقال: ابن عتيق، ويقال: ابن عبيد، وكان يدعى ابن هرمز، روى عن: عبادة بن الصامت، ومعاوية بن أبي سفيان، روى عنه: محمد بن سيرين، ذكره ابن حبان في كتاب ((الثقات))، روى له النسائي، وابن ماجه حديثا واحدا، وقد وقع لنا بعلو عنه. ينظر: المزي، تهذيب الكمال، مصدر سابق، ج15، ص273.

(2) ينظر: ابن ماجة، سنن ابن ماجه، مصدر سابق، باب فرائض الصلب، رقم 2720، ج2، ص908. وأبو داود، سنن أبو داود، باب ما جاء في ميراث الصلب، رقم2890، ج3، ص120. والترمذي، سنن الترمذي، باب ما جاء في ميراث البنات، رقم 2092، ج3،ص485. وقال الترمذي في نهاية روايته للحديث: هذا حديث حسن صحيح، لا نعرفه إلا من حديث عبد اللـه بن محمد بن عقيل، وقد رواه شريك أيضا، عن عبد اللـه بن محمد بن عقيل.

(3) قال ابن المنذر: أجمع من يحفظ عَنْهُ من علماء الأمصار من أهل المدينة وأهل الكوفة، وأصحاب الحديث، وأصحاب الرأي عَلَى أن الرباع أو الأرض إذا كانت بين شركاء، واحتملت القسم من غير ضرر يلحقهم فِيهِ، وأجمعوا عَلَى قسمة أن القسم فِي ذَلِكَ يجب بينهم إذا ثبتت البينة عَلَى أصول أملاكهم. ينظر: ابن المنذر، محمد بن إبراهيم(1408هـ)، الإقناع (ت: د. عبد اللـه الجبرين)، ط1، ج2، ص656، دار ابن الجوزي، مكة. والكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج7، ص17. والحطاب، محمد بن محمد بن عبد الرحمن (1992م)، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ط3، ج5، ص122، دار الفكر، بيروت. والشربيني، محمد بن أحمد الخطيب(2004م)، والإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع (ت: علي محمد معوض، وعادل أحمد عبد الموجود)،ط2، ج6، ص326، دار الكتب العلمية، بيروت. والزركشي، محمد بن عبد اللـه الحنبلي (1993م)، شرح مختصر الخرقي، ط1، ج7، ص291، دار العبيكان، الرياض.

(4) في (ن): الاقرار.

(5) كان الاولى ان يقول: يشتمل.

(6) في (ك): وكان.

(7) في (س): فيها.

(8) القرض: واحد القروض تسمية بالمصدر مأخوذ من القطع، يقال قرض الثوب بالمقراض، قالوا: هو مال يقطعه الرجل من أمواله، فيعطيه عينا. ينظر: النسفي، طلبة الطلبة، مصدر سابق، ص148. والمُطَرِّزِيّ، المغرب في ترتيب المعرب، مصدر سابق، ج1، ص 379.

(9) ان قضاء الدين لا يتحقق إلا بطريق المعاوضة، فدل أن الجبر لا ينفي المعاوضة فجاز أن يجبر على القسمة، وإن كانت معاوضة مع ما أن الجبر لا يجري في المعاوضات المطلقة، كالبيع ونحوه، والقسمة ليست بمعاوضة مطلقة، بل هي إفراز من وجه، ومعاوضة من وجه، فجاز أن يجري فيها الجبر، فالمدين يجبر على القضاء مع أن الديون تقضى بأمثالها، فصار ما يؤدي بدلا عما في ذمته. وهذا جبر في المبادلة قصدا وقد جاز. ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج7، ص17. والبابرتي، العناية شرح الهداية، مصدر سابق، ج9، ص426.

(و) غَلَبَ فِيهَا (**المُبَادَلَةُ [فِي غَيْرِهِ]**[1]) أَيْ غَيْرِ الْمِثْلِيِّ، وَهُوَ: الثِّيَابُ، والْحَيَوَانُ، والعَقَارُ؛ لِوُجُودِ التَّفَاوُتِ بَيْنَ[2] أَبْعَاضِهَا، فَلَا يُمْكِنُ أَنْ يُجْعَلَ [كَأَنَّهُ][3] أَخَذَ عَيْنَ حَقِّهِ.

(فَيَأْخُذُ كُلُّ شَرِيْكٍ حِصَّتَهُ بِغَيْبَةِ صَاحِبِهِ) يَعْنِي شَرِيكِهِ، وفِي بَعْضِ النُّسَخِ:« لِغَيْبَةِ الْآخَرِ»[4].

ثُمَّ لَا هُنَا.....

(ثُمَّ) أَيْ فِي الْمِثْلِيِّ[5]، وَهُوَ- بِفَتْحِ الْمُثَلَّثَةِ - اسْمُ إِشَارَةٍ لِلْمَكَانِ[6]، وَلَوْ كَانَتْ الْقِسْمَةُ فِيْهِ مُبَادَلَةً، لَمْ يَأْخُذْ لِعَدَمِ الْعِلْمِ بِرِضَى صَاحِبِهِ، وَرِضَى العَاقِدَيْنِ شَرْطٌ فِي المُبَادَلَةِ، وَيَبِيْعُ أَحَدُهُمَا مُرَابَحَةً[7] [بِنِصْفِ الثَّمَنِ إِذَا اشْتَرَيَاهُ بِالسَّوِيَّةِ

---

(1) سقط من:(ت) و(س) و(ن) و(أ) و(ع).

(2) في (ت) و(ع): من.

(3) في (ت) و(س) و(ع): كناية.

(4) أي نسخ متن النقاية.

(5) في «الخانية»: (مكيل أو موزون بين حاضر وغائب، أو بالغ وصغير، فأخذ الحاضر أو البالغ نصيبه، نفذت القسمة إن سلم حظ الآخرين. ينظر: الحصكفي، محمد بن علي(2002م)، الدر المختار شرح تنوير الأبصار للتمرتاشي (ت: عبد المنعم خليل ابراهيم)، ط1، ج1، ص630، دار الكتب العلمية، بيروت.

(6) سقط من: (ك).

(7) المرابحة: نقل ما ملكه بالعقد الأول بالثمن الأول مع زيادة ربح ، فيقال: بعت السلعة لفلان مرابحة على كل عشرة دنانير دينار واحد، وكذلك الحال بالنسبة للشراء، إذ يقال: اشتريته مرابحة، ولا بد من تسمية الربح. ينظر: المرغيناني، الهداية، مصدر سابق، ج3، ص56. وابن منظور، لسان العرب، ج2، ص243.

وَاقْتَسَمَاهُ، ولو كَانَتْ مُبَادَلَةً][1] لمَا جَازَ ذَلِكَ[2].

(لَا هُنَا)[3] أَيْ وَلَا يَأْخُذُ أَحَدٌ مِنْ الشُّرَكَاءِ فِي غَيْرِ الْمِثْلِيِّ حِصَّتَهُ بِغَيْبَةِ صَاحِبِهِ.

ولا يَبِيْعُ مُرَابَحَةً بنِصْفِ الثَّمَنِ إِذَا اشْتَرَيَاْهُ بالسَّوِيَّةِ وَاقْتَسَمَاهُ، ولو كَانَتْ الْقِسْمَةُ فِيهِ إِفْرَازاً لَكَانَ لَهُ ذَلِكَ، إِلَّا أَنَّها إِنْ كَانَتْ فِي جِنْسٍ وَاحِدٍ[4]، أَجْبَرَ[5] الْقَاضِي الشُّرَكَاءَ عَلَى الْقِسْمَةِ بِطَلَبِ أَحَدِهِمْ؛ لِمَا فِيهَا مِنْ مَعْنَى الإِفْرَازِ، وَالْمَقَاصِدُ مُتَقَارِبَةٌ بِاتِّحَادِ الجِنْسِ.

وَجَازَ الْإِجْبَارُ عَلَى المُبَادَلَةِ، كمَا فِي الْأَخَذِ بِالشُّفْعَةِ، وَقَضَاءِ الدَّيْنِ، فَإِنْ الَّذِي يُوَفِّيهِ لَيْسَ عَيْنُ حَقِّهِ، وَإِنَّمَا هو عِوَضُهُ[6]، وَإِنْ[7] كَانَتْ فِي أَجْنَاسٍ مُخْتَلِفَةٍ[8] لا يُجْبِرُهُمْ[9]؛ لِأَنَّ التَّفَاوُتَ فِي الْمَقَاصِدِ مُتَفَاحِشٌ، فَيَتَعَذَّرُ الْمُعَادَلَةُ الْمَطْلُوبَةُ بالْقِسْمَةِ.

وَنُدِبَ نَصْبُ قَاسِمٍ يُرْزَقُ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ؛ لِيَقْسِمَ بِلَا أَجْرٍ، وَإِنْ نُصِبَ بِأَجْرٍ صَحَّ، وَهُوَ عَلَى عَدَدِ الرُّؤُوسِ

[فَصْلٌ فِي القَاسِمِ وَأَحْوَالِهِ]

(وَنُدِبَ نَصْبُ قَاسِمٍ) بَيْنَ النَّاسِ **(يُرْزَقُ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ؛ لِيَقْسِمَ[10] بِلَا أَجْرٍ)**[11]؛ لِأَنَّ مَنْفَعَتَهُ تَعُودُ إلى النَّاسِ، فكَانَتْ نَفَقَتُهُ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ كَنَفَقَةِ القُضَاةِ، وَالمُقَاتِلَةِ، وَالمُفْتِيْنَ؛ ولِأَنَّ الْقِسْمَةَ مِنْ جِنْسِ الْقَضَاءِ؛ لِأَنَّ تَمَامَ انْقِطَاعِ المُنَازَعَةِ قَدْ يَكُونُ بِهَا، فَأَشْبَهَ رِزْقُ الْقَاسِمِ رِزْقُ الْقَاضِي[12].

(وَإِنْ نُصِبَ) قَاْسِمٌ **(بِأَجْرٍ)** عَلَى الْمُتَقَاسِمَيْنِ **(صَحَّ)** لِأَنَّ النَّفْعَ لَهُمْ، وَالْأَوَّلُ أَرْفَقُ بِالنَّاسِ، وَأَبْعَدُ عَنْ التُّهْمَةِ.

---

(1) سقط: من(ت) و(ك) و(س) و(ع).

(2) سقط: من(ت) و(ك) و(س) و(ع).

(3) [لاهنا] غير موجودة في (ت) بل يوجد مكانها فراغ.

(4) كالإبل، والبقر، والغنم، تتميما للمنفعة، وتكميلا لثمرة الملك. ينظر: الموصلي، الاختيار، مصدر سابق، ج2، ص73.

(5) في (ن): خير.

(6) وهذا لأن الطالب للقسمة يسأل القاضي أن يخصه بالانتفاع بنصيبه، وأن يمنع الغير عن الانتفاع بملكه. ينظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج5، ص 264

(7) في (ك): وانما.

(8) كالحيوان مع العقار، أو البقر مع الخيل، ونحو ذلك، وكذلك الثياب إذا اختلفت أجناسها، والثوبان إذا اختلفت قيمتهما. ينظر: الموصلي، الاختيار، مصدر سابق، ج2، ص73.

(9) في (أ) و(ن) : (لا يجبر القاضي على قيمتها).

(10) في (أ):فيقسم .

(11) ذكر عن يحيى بن جزار، أن عبد الله بن يحيى، كان يقسم لعلي ﷺ الدور والأرضين، ويأخذ على ذلك الأجر، ففيه جواز الاستئجار لعمل القسمة، بخلاف عمل القضاء. ينظر: الصدر الشهيد، شرح ادب القاضي، مصدر سابق، ج4،ص103.

(12) فهي قضاء من هذا الوجه، وامر حسبي، فاذا هي كسائر الاعمال الشرعية، فالأولى ان لا يأخذ اجرا، ولو اخذ يجوز. ينظر: السمرقندي، الفقه النافع، ج5، ص170.

(وَهُوَ) أَيْ الْأَجْرَ إِذَا نُصِبَ قَاْسِمٌ بِأَجْرٍ **(عَلَى عَدَدِ الرُّؤُوسِ)**[1] عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ[2].

وعَلَى قَدْرِ الْأَنْصِبَاءِ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ، وَمُحَمَّدٍ، والشَّافِعِيِّ[3]؛ لِأَنَّهُ مُؤْنَةُ الْمِلْكِ، فَيَتَقَدَّرُ بِقَدْرِهِ، كَأُجْرَةِ الْكَيَّالِ، وَالْوَزَّانِ، وحَفْرِ الْبِئْرِ الْمُشْتَرَكَةِ، ونَفَقَةِ الْمَمْلُوكِ [الْمُشْتَرَكِ][4][5]؛ وهَذَا لِأَنَّ مَنْفَعَةَ نَصِيبِ صَاحِبِ الْكَثِيرِ أَكْثَرُ مِنْ مَنْفَعَةِ صَاحِبِ الْقَلِيلِ، والْغُرْمَ بِالْغُنْمِ[6].

[ولأَبِي حَنِيفَةَ][7]:/ أَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ هو التَّمْيِيزُ، والْأَجْرُ مُقَابَلٌ بِهِ، وَلَا تَفَاوُتَ فِيْهِ، فَيَكُوْنُ الْأَجْرُ عَلَيْهِمْ بِالسَّوِيَّةِ، كمَا إِذَا اسْتَوَتْ الْأَنْصِبَاءُ؛ وهَذَا لِأَنَّ تَمْيِيزَ الْأَقَلِّ مِنْ الْأَكْثَرِ كَتَمْيِيزِ الْأَكْثَرِ مِنْ الْأَقَلِّ، وَرُبَّمَا يَكُونُ عَمَلُ الْقَاسِمِ فِي نَصِيْبِ صَاحِبَ الْقَلِيلِ أَكْثَرَ؛ لِأَنَّ الْحِسَابَ يَدُقُّ بِقِلَّةِ بَعْضِ الْأَنْصِبَاءِ[8]، وَرُبَّمَا يَكُونُ الْأَمْرُ بِالعَكْسِ؛ لِكَثْرَةِ الكُسُوْرِ الوَاْقِعَةِ فِي نَصِيْبِ صَاحِبِ الأَكْثَرِ، فَلَمَّا تَعَارَضَ الوَجْهَاْنِ اعْتَبَرْنَا نَفْسَ التَّمْيِيزِ. 354/أ

وَأُجْرَةُ حَفْرِ الْبِئْرِ بِمُقَابَلَةِ نَقْلِ التُّرَابِ[9]، وَنَفَقَةِ الَمَمْلُوْكِ لِإِبْقَاْءِ الْمِلْكِ[10]، وَحَاْجَةِ صَاحِبِ الْكَثِيرِ إلى ذَلِكَ أَكْثَرُ مِنْ

---

(1) القسمة عند السادة الحنفية على عدد الرؤوس، تكون في سبعة مواضع في الفقه نظمها الفاضل الحموي بقوله: إنَّ التَّقَاسُمَ بالرؤوس يَكُونُ فِي ... سَبْعٍ لَهُنَّ حَلْيُ عِقْدِ نِظَامِ
فِي سَاحَةٍ مَعَ شُفْعَةٍ وَنَوَائِب ... إنْ مِنْ هَوَاءٍ أُجْرَةُ الْقَسَّامِ
وَكَذَاك مَا يُرْمَى مِنْ السُّفُنِ الَّتِي ... يُخْشَى بِهَا غَرَقٌ وَطُرُقُ كِرَامِ
وَكَذَاكَ عَاقِلَةٌ وَقَدْ تَمَّ الَّذِي ... حَرَّرْته لِأَفَاضِلِ الْأَعْلَامِ
ينظر: ابن عابدين، رد المحتار، مصدر سابق، ج6، ص256.

(2) قال في مختصر الأسرار: قال أبو حنيفة: أجرة القسام على عدد الرؤوس دون الأنصباء إلا في المكيل، والموزون، فإنها تكون على عدد الأنصباء. ينظر:الشِّلْبِيِّ، حاشية الشِّلْبِيِّ على التبيين، مصدر سابق، ج5، ص266.

(3) ينظر: الشافعي، الأم، مصدر سابق، ج6، ص229. والماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج16، ص284. والشيرازي، إبراهيم بن علي بن يوسف، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج2، ص220، دار الكتب العلمية، بيروت.

(4) سقط من : (ت) و(ك) و(س) و(ع).

(5) وحمل الطعام المشترك، وغسل الثوب المشترك، ونفقة الشيء المشترك، وكبناء الجدار المشترك؛ ولأن المقصود بالقسمة، أن يتوصل كل واحد منهم إلى الانتفاع بنصيبه، ومنفعة نصيب صاحب الكثير أكثر، فتكون مؤنته عليه أكثر، وهذا نظير زوائد العين المشتركة؛ لما كان ما يحصل منها لصاحب الكثير أكثر، كانت مؤنة العين عليه أكثر. ينظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج5، ص 266.

(6) لأن الغرم مقابل بالغنم، ثم الغنم بين الشركاء على قدر الملك، يعني الثمار والأولاد، فكذلك الغرم عليهم بقدر الملك، وثمرة الاختلاف تظهر فيما إذا كان المال بين ثلاثة لأحدهم سدسه، وللآخر ثلثه، وللآخر نصفه، فأجرة القسام عليهم أثلاثا عنده، وعندهما أسداسا. ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج15، ص6.

(7) سقط من: (ت) و(ك) و(س) و(ع).

(8) روى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة ، وزفر: ان احد الشركاء اذا طلب القسمة ، وابى الاخرون ، فان القاضي يأمره بالقسمة، وتكون اجرة القاسم على الذي طلبها ، دون من لم يطلبها، وقال ابو يوسف: عليهم جميعا من ارادها ، ومن لم يردها ، على قدر رؤوسهم، وهو قول الحسن، ومالك والشافعي، قال الطحاوي: لمَّا اجبروا عليها، كانت القسمة واقعة لهم جميعا؛ لحقوق بعض على بعض، فتكون الاجرة عليهم جميعا. ينظر: الجصاص، أحمد بن على الرازي (1995م)، مختصر اختلاف العلماء للطحاوي (ت. عبد الله نذير احمد) ط1، ج4، ص327، دار البشائر، بيروت.

(9) أي نقل التراب يتفاوت بتفاوت العمل بالقلة والكثرة. ينظر: العيني، البناية شرح الهداية، مصدر سابق، ج10، ص406.

(10) لأنها واجبة عليه فتلزمه كونها فهي دليل الرق.

حَاْجَةِ صَاْحِبِ الْقَلِيلِ[1][2].

وَأَمَّا أُجْرَةُ الْكَيَّالِ وَالْوَزَّانِ[3]، فَقَالَ بَعْضُ المَشَايِخِ: هُوَ عَلَى الخِلَافَ؛ إنْ كَانَ الْكَيْلُ والْوَزْنُ للقِسْـمَةِ [قائمـاً][4]؛ [لِأَنَّ الْكَيَّالَ وَالْوَزَّانَ بِمَنْزِلَةِ الْقَاسِمِ، وإنْ لَمْ يَكُنْ لِلْقِسْمَةِ، فإنَّمَا افْتَرَقَا][5]؛ لِأَنَّ الْأَجْـرَ فِـي الْكَيْـلِ والـوَزْنِ لِلْعَمَـلِ، وَهُـوَ لصَـاحِبِ الْكَثِيرِ أَكْثَرُ [وَقِيْلَ][6]: لَيْسَ مَا كَانَ لِلْقِسْمَةِ

وَيَجِبُ كَوْنُهُ: عَدْلاً عَالِمَاً بِهَا، وَلَا يُعَيَّنُ وَاحِدٌ وَلَا يَشْتَرِكُ الْقُسَّامُ.....

عَلَى الخِلَافِ ، والْأَجْرُ فِيْهِ أَيْضَاً مُقَابَلٌ بِعَمَلِ الْكَيْلِ والْوَزْنِ[7].

(وَيَجِبُ كَوْنُهُ) أَيْ الْقَاسِمُ **(عَـدْلاً)** أَمِينـاً **(عَـالِمَاً بِهَـا)**[8] أَيْ بالْقِسْـمَةِ[9]؛ لِأَنَّـهُ يُعْتَمَـدُ عَـلَى قَوْلِـهِ، وَذَا بالعَدَالَـةِ ، والأَمَانَةِ، وَلَابُدَّ مِنْ قُدْرَتِهِ عَلَى الْقِسْمَةِ، وهِيَ بِالْعِلْمِ بِهَا[10].

---

(1) قـال الإسـبيجابي: الصـحيح قـول أبي حنيفـة، وعليـه مشى النسـفي ، والمحبـوبي وغـيرهما، ومثلـه في ((شرح المنتقـى)) للعـلائي نقـلا عـن ((المضمرات))، وعليه اقتصر صاحب ((التنوير)) ، وبه أفتى غير واحد، وقال في ((الهداية)): ((وعنه أنها على الطالـب دون الممتنـع لنفعـه ومضرة الممتنع)) ، وظاهره اعتماد أنها على الجميع على عدد الرؤوس مطلقا بـالإطلاق صرح في ((الـدر المختـار)). ينظـر: ابـن عابـدين، العقود الدرية، مصدر سابق، ج2، ص187-179.

(2) وهناك رأي ثالث: ان كانت الغرامة للتحصين الاملاك ، قسمت على قدر الاملاك؛ لأنها مؤونة الملك، فصار كمؤونة حفـر البـئر، وان كانـت الغرامة لتحصين الابدان: قسمت على قدر الرؤوس التي يتعرض لها؛ لأنها مؤونة الراس. ينظر: الولواجي، الفتـاوى، مصـدر سـابق، ج3، ص314.

(3) والراعي ، والحمال ، والحارس ، وبـاني الحـائط المشـترك ، ومشـيده ، وكـرى النهـر ، وإصـلاح القنـاة ، فيـدفعها الشركـاء بنسـبة أنصـبائهم بالإجماع. ينظر: ابن عابدين، رد المحتار، مصدر سابق، ج6، ص256. والبلخي، الفتاوى الهندية، مصدر سابق، ج5، ص231.

(4) سقط من : (ك) و(س) و(أ) و(ن).

(5) سقط من: (ت) و(ك) و(س).

(6) سقط من:(ك).

(7) والأصح أن أبا حنيفة ﷺ يفرق بينهما ، فنقول هنا: إنمـا لا يسـتوجب الأجـر بعملـه في الكيـل والـوزن، ألا تـرى أنـه لـو اسـتعان في ذلـك بالشركاء ، لم يستوجب الأجر ، وعمله في ذلك بالشركاء ، لم يستوجب الأجر ، وعمله في ذلك لصاحب الكثير أكثر ، فكـل عاقـل يعـرف ، أن كيل مائة قفيز ، يكون أكثر من كيل عشرة أقفزة؛ فلهذا كانت الأجرة عليهما بقدر الملك ، بخلاف القسام ، فذكر أن الأولى أن يجعل لقاسم الأرضين رزقا من بيت المال، حتى لا يأخذ من الناس شيئا، وإن لم يجعل رزقا له، فقسم بالأجر فهـو جـائز؛ لأن القسـمة ليسـت كعمل القضاء، فالقضاء فرض هو عبادة، والقاضي في ذلك نائب عن رسول اللـه ﷺ ليست من ذلـك في شيء، ولكنهـا تتصـل بالقضـاء. ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج15، ص7.

(8) قال تاج الشريعة: ذكر الأمانة بعد العدالة، وإن كانت من لوازمها؛ لجواز أن يكون غير ظاهر الأمانة، واقتفى أثره صـاحب ((الكفايـة)) ثـم صاحب ((العناية))، ورد هذا التوجيه بعض العلماء في حاشيته على ((شرح الوقاية))، فإن صـاحب ((الوقايـة)) لمـا اكتفـى بقولـه: ويجـب كونه عدلا عالما بها، قال ذلك البعض لم يقل عدلا مأمونا عالما بها، كما وقع في ((الهداية))، لأن الأمانة من لوازم العدالة، وقال: والتوجيه بجواز أن يكون غير ظاهر الأمانة، كما وقع في ((الكفاية)) ليس بتام، لأن ظهور العدالة يستلزم ظهورها كما لا يخفى. ينظر: قاضي زادة، نتائج الأفكار، مصدر سابق، ج9، ص431.القدوري، المختصر، مصدر سـابق، ص227. وابـن السَّـاعَاتِي، مجمـع البحـرين، مصـدر سـابق، ص782.

(9) في (ن): القسمة بدون حرف الجر (الباء).

(10) في (ك) و(أ): بهما .

(وَلَا يُعَيَّنُ) قَاْسِمٌ **(وَاحِدٌ)** إِذَا كَانَ الْأَجْرُ عَلَى الْمُتَقَاسِمَيْنِ؛ لِأَنَّهُ يَتَحَكَّمُ فِي الزِّيَادَةِ [عَلَى أَجْـرِ مِثْلِـهِ][1]، فَيَـتَضَرَّرُ بِـهِ النَّاسُ.

(وَلَا يَشْتَرِكُ الْقُسَّامُ)[2]؛ لِئَلَّا يَتَوَاضَعُوا عَلَى مُغَالَاةِ الْأَجْرِ[3]، فَيَحْصَلُ الْإِضْرَارُ بِالنَّاسِ[4]، بِخِلَافِ مَا إِذَا لَـمْ يَشْـتَرِكُوْا، فَإِنَّ كُلَّ قَاسِمٍ يُسَارِعُ حِينَئِذٍ إِلَى الْأَجْرِ[الْقَلِيلِ][5] الْيَسِيْرِ؛ حَذَرَاً مِنْ الْفَوْتِ[6]، فَيُرَخِّصُ الْأَجْرَ.

وَقُسِمَ بِطَلَبِ أَحَدِهِمْ لَوْ انْتَفَعَ كُلٌّ بِنَصِيبِهِ، وَبِطَلَبِ ذِي الْكَثِيرِ فَقَطْ، وإِنْ لَمْ يَنْتَفِعْ الْآخَرُ؛ لِقِلَّةِ حِصَّتِهِ

[فَصْلٌ فِيمَا يُقْسَمُ]

(وَقُسِمَ بِطَلَبِ أَحَدِهِمْ، لَوْ انْتَفَعَ كُلٌّ بِنَصِيبِهِ)[7]؛ لِأَنَّ فِي الْقِسْمَةِ تَكْمِيلُ الْمَنْفَعَةِ، فكَانَتْ حَقًّا لَازِمَـاً فِي مَـا يَقْبَلُهَـا بَعْدَ[8] طَلَبِ أَحَدِهِمْ.

(وَ) قُسِـمَ **(بِطَلَـبِ ذِي الْكَثِـيرِ فَقَــطْ[9]، وإِنْ لَـمْ يَنْتَفِـعْ الْآخَـرُ)** ، أَيْ: ذو الْقَلِيـلِ **(لِقِلَّـةِ حِصَّـتِهِ)** ، هَكَـذَا ذَكَـرَ الْخَصَّافُ[10].

---

(1) سقط من: (ك).

(2) أي يمنعهم القاضي من الاشتراك. ينظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق،ج5، ص 265.

(3) في (ك) و(س) و(أ)(ن): الأجرة.

(4) قال الأتقاني -رحمه الـلـه-: ولأنهم إذا اشتركوا يكل بعضهم الأمر إلى البعض. ينظر: الشِّلْبِيِّ، حاشية الشِّـلْبِيِّ عـلى التبيـين، مصـدر سـابق، ج5، ص266.

(5) سقط من :(ت) و(س) و(أ) و(ن) و(ع) .

(6) الْفَوْت: مصدر فَاتَ يفوت فوتا، وهو السبق. ينظر: النسفي، طلبة الطلبة، مصدر سابق، ص43.

(7) قال أبو يوسف: وإذا كانت الدار صغيرة بين اثنين أو شقص قليل في دار لا يكون بيتًا، فإن أبا حنيفة كان يقول: أيهما طلـب القسـمة، وأبى صاحبه قسمت له، ألا ترى أن صاحب القليل ينتفع بنصيب صاحب الكثير؟ وبهـذا نأخـذ. ينظـر: أبـو يوسـف، يعقـوب بـن إبـراهيم، اختلاف أبي حَنيفة وابن أبي ليلى (ت: أبو الوفا الأفغاني)،ط1،ص108،لجنة إحياء المعارف النعمانية، الهند.

(8) في (ك): بعدم.

(9) في (ن):فيه .

(10) قال الخصاف: ان القسمة تكون على وجهين: اما ان طلب صاحب الكثير الذي يبقـى نصـيبه منتفعـا بـه، وابى الاخـر، او طلـب صـاحب القليل، الذي لا يبقى نصيبه منتفعا به، وابى صـاحب الكثـير، ففـي الوجـه الاول: يقسـم القـاضي، وفي الثـاني لا يقسـمه. ينظـر: الصـدر الشهيد، شرح ادب القاضي، مصدر سابق، ج4،ص115.

وَوَجْهُهُ: أَنَّ صَاحِبَ الْكَثِيرِ مُنْتَفِعٌ بنَصِيبِهِ، [فَاعْتُبِرَ طَلَبُهُ، وَصَاحِبُ القَلِيْلِ غَيْرُ مُنْتَفِعٍ بِنَصِيْبِهِ[1]][2].

وَعَكَسَ [الْجَصَّاصُ[3]] [4] هَـذَا الحُكْـمَ، فقَـالَ: يُقْسَـمْ بِطَلَـبِ ذِي الْقَلِيلِ فَقَطْ[5].

وَوَجْهُـهُ: أَنَّ صَاحِـبَ الْكَثِيـرِ يُرِيـدُ الإِضْـرَارَ بِصَاحِـبِ الْقَلِيلِ، وصَاحِـبُ الْقَلِيـلِ رَضِـيَ بِالضَّرَرِ[6] لِنَفْسِهِ[7].

وذَكَرَ الْحَاكِمُ الشَّهِيدُ[8] فِي «مُخْتَصَرِهِ»: ((أَنَّ أَيَّهُمَا طَلَبَ الْقِسْمَةَ يَقْسِمُ الْقَاضِي؛ لِأَنَّهُ [إِنْ][9] طَلَبَ صَاحِبُ الْقَلِيلِ، فقَدْ رَضِيَ بِضَرَرِ نَفْسِهِ، وإِنْ طَلَبَ صَاحِبُ الْكَثِيرِ، فقَدْ طَلَبَ أَنْ يَنْتَفِعَ بِنَصِيبِهِ، وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ))[10]؛ لِأَنَّ الْقَاضِيَ يَجِبُ عَلَيْهِ إِيصَالُ الْحَقِّ إِلَى مُسْتَحِقِّهِ ، وَفِي طَلَبِ صَاحِبِ الْكَثِيرِ ذَلِكَ، وَلَا يَلْزَمُهُ إِجَابَةُ أَحَدٍ إِلَى إِضْرَارِ نَفْسِهِ، وَفِي طَلَبِ صَاحِبِ الْقَلِيلِ ذَلِكَ.

---

(1) وهذا منه طلب الحق، والإنصاف، فإن له أن يمنع غيره من الانتفاع بملكه، فوجب على القاضي أن يجيبه إليه؛ لأنه نصب لإيصال الحقوق إلى أهلها، ودفع المظالم ولا يعتبر تضرر الآخر؛ لأنه يريد أن ينتفع بملك غيره، فلا يمكن من ذلك، وإن لحقه بالمنع ضرر، ولو طلب صاحب القليل، مع أنه لا ينتفع به لا يجيبه؛ لأنه متعنت في طلب القسمة، فلا يشتغل القاضي بما لا يفيد. ينظر: الزيلعي، التبيين، مصدر سابق، ج5، ص 265.

(2) في (ت) و(س)و(ع): (فلم يعتبر طلبه).

(3) هو أحمد بن عليّ أبو بكر الرازي، المعروف بالجصّاص، نسبة إلى عمله بالجص، ولد سنة (305هـ)، قال الذهبي: إمام أصحاب أبي حنيفة في وقته، كان مشهوراً بالزهد والورع، من مؤلفاته: «أحكام القرآن»، و«شرح الجامع»، و«أدب القضاء»، توفّي سنة (370هـ). ينظر: الخطيب، تاريخ بغداد، ج5، ص72-73، والقرشي، الجواهر المضية، مصدر سابق، ج1، ص84-85، والزركلي، الأعلام، ج1، ص171.

(4) في (ك) و(أ) و(ن): الخصاف. وهو غير صحيح؛ لان الكاكي قال: وفي بعض النسخ ذكر الخصاف مكان الجصاص، وذكر الجصاص ، هو الأصح ؛ لأنه موافق لرواية قاضي خان وغيرها. ينظر:العيني، البناية شرح الهداية، مصدر سابق، ج11، ص418. ولأنه في كتاب تبيين الحقائق للزيلعي،ج5، ص 265 وفي درر الحكام للملا خسرو، ج2، ص423: وذكر الجصاص عكسه.

(5) ذكر في قسمة «الواقعات »: دار بين شريكين لأحدهما كثير ، وللآخر قليل لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة ، طلب صاحب الكثير القسمة، وأبى صاحب القليل قسمت الدار بينهما بالاتفاق، وإن طلب صاحب القليل ، وأبى صاحب الكثير، قال الكرخي في «مختصره»: لا يقسم، وإليه مال الفقيه أبو الليث ، وجعل هذا قول أصحابنا، وبه أخذ السرخسي ، وشيخ الإسلام الأسبيجابي، وذكر الحاكم الجليل في «مختصره» أن يقسم، وإليه ذهب الامام خواهر زاده ، وعليه الفتوى. ينظر:العيني، البناية ، مصدر سابق، ج11، ص418. والخطيب، داوود بن يوسف(1421هـ)، الفتاوى الغياثية، ط1، ج1، ص157، مطبعة بولاق، القاهرة.

(6) في (ك) و(أ): بالأضرار.

(7) لتحقيق هذه المسئلة اقول: ان ما نسب الى الامام الجصاص انه عكس ذلك فهو غير دقيق، وان نقل ذلك عنه القول كبار العلماء ذلك فلي في هذا النقل عنهم نظر وذلك:

- لأن الجصاص ذكر في "شرحه على ادب القاضي" ما ذكره الخصاف في " أدب القاضي " بعينه ولم يذكر خلاف ذلك. ينظر: الجصاص، احمد بن علي(1400هـ)، شرح ادب القاضي للخصاف، ط1، ص409، الناشر/ السيد اسعد طرابزوني الحسيني.
- كذلك ذكره الجصاص في "شرحه لمختصر الطحاوي"، ج8، ص460، كما ذكره الخصاف ولم يذكر خلاف ذلك.
- ذكر الطحاوي في كتابه "اختلاف العلماء" مسئلة طلب احد الشريكين القسمة وأبى الاخر: قال ابو حنيفة واصحابه: اذا كان بيت صغير بين رجلين، لو قسم انتفع احدهما بنصيبه ولم ينتفع الاخر، وطلب صاحب النصيب الكثير القسمة قسمته، وكذلك لن طلبها الاخر زان كان واحدا منهما لا ينتفع بنصيبه لم اقسمه حتى يجتمعا.إلى هنا لفظ الطحاوي، ولم يزد الجصاص في "اختصاره لكتاب اختلاف العلماء،ج4، ص322" شيئا على ذلك فأنا ينسب له هذا القول، والله اعلم.

(8) هو محمد بن محمد المروزي بن الحاكم المَرْوَرِيّ الُّسَّلَمِيّ البَلْخِيّ، أبي الفضل، إمام أصحاب أبي حنيفة في عصره، وقد قال: نظرت في ثلاثمائة جزء مثل: الأمالي، والنوادر، حتى انتقيت كتاب «المنتقى»، من مؤلفاته: «الكافي»، و«المختصر»، قتل سنة (334هـ). ينظر: القرشي، الجواهر المضية، مصدر سابق، ج2، ص112-113. والسمعاني، الأنساب، مصدر سابق،ج8، ص187-191. والباباني، هدية العارفين، مصدر سابق، ج2،ص37.

(9) سقط من: (ك).

(10) قال في «الخانية»: ((وهو اختيار الشيخ الإمام المعروف بخواهر زاده ، وعليه الفتوى))، وقال في «الكافي»:((ما ذكره الخصاف أصح))، وفي «الذخيرة»: ((وعليه الفتوى)). ينظر: ابن مازة، المحيط البرهاني، مصدر سابق، ج7 ص342. والنسفي، الكافي، ق198/أ. وابن مازة، الذخيرة البرهانية، ق354/ب. وابن عابدين، رد المحتار، مصدر سابق، ج6، ص260.

وَلَا يُقْسَمُ إلَّا بِطَلَبِهِمْ إنْ تَضَرَّرَ كُلٌّ لِلقِلَّةِ، وَلَا الجِنْسَانِ، وَلَا الرَّقِيقُ، وَالْجَوَاهِرُ، وَالْحَمَّامُ إلَّا بِرِضَاهُمْ

[فَصْلٌ فِيمَا لَا يُقْسَمُ]

(**وَلَا**[1] **يُقْسَمُ**[2]) الْمُشْتَرَكُ فِيْهِ بَيْنَ الشَّرِيكَيْنِ[3] (**إلَّا بِطَلَبِهِمْ**)[4] كلِّهِمْ (**إنْ تَضَرَّرَ كُلٌّ**) أَيْ: كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ ؛ (**لِلقِلَّةِ**) أَيْ: لِقِلَّةِ حِصَّتِهِ؛ لِأَنَّ الْجَبْرَ عَلَى الْقِسْمَةِ ؛ لِتَكْمِيلِ الْمَنْفَعَةِ، وفِي هَذِهِ الْقِسْمَةِ تَفْوِيتُهَا، وإنَّمَا جَازَتْ بِطَلَبِهِمْ؛ لِأَنَّ الحَقَّ لَهُمْ، وَهُمْ أَعْرَفُ بِشَأْنِهِمْ.

وفِي «شَرْحِ الكَنْزِ»[5]:((لَكِنَّ الْقَاضِي لا يُبَاْشِرُ ذَلِكَ، وَ**إنْ** طَلَبُوْا مِنْهُ؛ لِأَنَّ الْقَاضِي لَا يَشْتَغِلُ بِمَا لَا فَائِدَةَ فِيْهِ، وَلَاسِيمَا إذَا كَانَ فِيْهِ ضَرَرٌ، أَوْ إضَاعَةُ مَالٍ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ حَرَامٌ، وَلَا يَمْنَعُهُمْ مِنْ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْقَاضِي/ لا يَمْنَعُ مَنْ أَقْدَمَ عَلَى إتْلَافِ مِلْكِهِ))[6].

354/ب

(**وَلَا الجِنْسَانِ**[7]) عَطْفٌ عَلَى المَرْفُوْعِ فِي «يُقْسَمُ»، فيَكُونُ بِضَمِّ أَوَّلِهِ، وَفَتْحِ ثَالِثِهِ مَبْنِيّاً لِلمَفْعُوْلِ، (**وَلَا الرَّقِيقُ**[8]، **وَ**) لا (**الْجَوَاهِرُ ، و**) لا (**الْحَمَّامُ إلَّا بِرِضَاهُمْ**).

أَمَّا الْجِنْسَانِ؛ فَلِأَنَّهُ لا اخْتِلَاطَ بَيْنَهُمَا، فَلَا تَقَعُ الْقِسْمَةُ فِيْهِمَا[9] تَمْيِيزاً ، بَلْ مُعَاوَضَةً، وسَبِيلُهَا التَّرَاضِي دُونَ جَبْرِ الْقَاضِي.

وَأَمَّا الرَّقِيْقُ، فقَالَ أبو يُوْسُفَ وَمُحَمَّدٍ: [يُقْسَمُ][10]؛ لِاتِّحَادِ الجِنْسِ، وَكَوْنِ التَّفَاوُتِ فِي العِصْمَةِ[11]، وَهُوَ لا يَمْنَعُ صِحَّةَ الْقِسْمَةِ، كَمَا فِي: الْإِبِلِ، وَالغَنَمِ، وَلِهَذَا يُقْسَمُ الرَّقِيْقُ فِي الغَنِيْمَةِ بَيْنَ الغَانِمِيْنَ، كَسَائِرِ الْأَمْوَالِ.

---

(1) في (ك) و(س): ولم.

(2) ولا تجوز القسمة في عشرة اشياء:(1)فيما يضر الشركاء (2) فيما يضر بعض الشركاء الا ان يتراضوا (3) الطريق اذا لم يتسع ان يكون لكل واحد طريق (4) البيت الصغير الذى لا يحتمل القسمة (5) الحمامات (6) الطواحين (7) الشيء الواحد كالفرس الواحد (8) الاجناس المختلفة كالذهب والفضة (9) المجهولات كالتمر على الشجر (10) الارث اذا كان على الميت دين. ينظر: السُّغْدي، النتف في الفتاوى، مصدر سابق ج2، ص616 .

(3) في (س) و(أ) و(ن): المشتركين.

(4) القسمة نوعان: الأول: قسمة الرضاء هي القسمة التي تجري بين المتقاسمين أي بين أصحاب الملك المشترك بالرضاء فيقسمونه بينهم بالتراضي أو يقسمه القاضي برضائهم جميعا، والثاني : قسمة القضاء هي تقسيم القاضي الملك المشترك جبرا وحكما بطلب بعض المقسوم لهم أي بطلب بعض أصحاب الملك المشترك. ينظر: علي حيدر، درر الحكام، مصدر سابق، ج3، ص108.

(5) وهو لعثمان بن عليّ بن محجن بن موسِر الزَّيْلَعي البارعي، فخر الدين، نسبة إلى زيلع، بلدة بساحل بحر الحبشة، قال الكفوي: كان مشهوراً بمعرفة الفقه والنحو والفرائض، من مؤلفاته: « شرح الجامع الكبير»، و«بركة الكلام على أحديث الأحكام»، (743هـ). ينظر: القرشي، الجواهر المضية، مصدر سابق، ج1، ص345، والزركلي، الأعلام، ج4، ص210، وكحالة، معجم المؤلفين، ج6، ص263.

(6) ينظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج5، ص268.

(7) يعني لا يقسم الجنسين بإدخال بعضه في بعض بأن أعطى أحد المتقاسمين بعيرا، والآخر شاتين مثلا جاعلا بعض هذا في مقابلة ذاك إذ لا اختلاط بين الجنسين فلا تقع القسمة تمييزا بل تقع معاوضة فيعتمد التراضي دون الجبر لأن ولاية الإجبار للقاضي تثبت بمعنى التمييز لا المعاوضة.ينظر: ملا خسرو، درر الحكام، مصدر سابق، ج 2، ص423.

(8) الرِّقُّ، بالكسر: الملك والعبودية، والرقيق العبد، وسمي العبيد رقيقاً؛ لأنهم يَرِقُّون لمالكهم ، ويَذِلُّون ويَخْضَعون. ينظر: ابن منظور، لسان العرب، ج10، ص 123، 124.

(9) في (ن): فيها.

(10) سقط من: (ك).

(11) في (ك) و(س) و(أ) و(ن): القيمة.

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ[1]: أَنَّ التَّفَاوُتَ فِي الرَّقِيقِ فَاحِشٌ؛ لِاخْتِلَافِ الْأَغْرَاضِ، وَالْمَقَاصِدِ، وَالْمَعَانِي الْبَاطِنَةِ كَالذِّهْنِ، وَالكِيَاسَةِ[2]، فَتَعَذَرَ فِيْهِ اعْتِبَارُ الْمُعَادَلَةِ فِي الْقِسْمَةِ، فَأُلْحِقَ بِالْأَجْنَاسِ الْمُخْتَلِفَةِ، بِخِلَافِ سَائِرِ الْحَيَوَانَاتِ؛ فَإِنَّ التَّفَاوُتَ فِيهَا عِنْدَ اتِّحَادِ الجِنْسِ قَلِيْلٌ، أَلَا يُرَى[3] أَنَّ الذَّكَرَ والأُنْثَى مِنْ بَنِي آدَمَ جِنْسَانِ[4]، ومِنَ[5] الْحَيَوَانِ[6] جِنْسٌ وَاحِدٌ[7].

وَبِخِلَافِ الغَنِيْمَةِ؛ فَإِنَّ حَقَّ الغَانِمِيْنَ فِي الْمَالِيَةِ دُونَ الْعَيْنِ، وَلِهَذَا: كَانَ لِلْإِمَامِ بِيْعُهَا ، وَقِسْمَةُ ثَمَنِهِا، وَحَقُّ الْمَالِكِيْنَ هُنَا فِي الْعَيْنِ وَالْمَالِيَةِ، وَلِلْإِمَامِ حَقُّ التَّمْيِيْزِ بِالْقِسْمَةِ عَلَى طَرِيقِ الْمُعَادَلَةِ، ولَيْسَ لَهُ وِلَايَةُ الْمُعَاوَضَةِ، فَإِذَا تَعَذَّرَ اعْتِبَارُ الْمُعَادَلَةِ بِطَرِيقِ التَّمْيِيزِ، لَا يَثْبُتُ لَهُ وِلَايَةُ الْإِجْبَارِ عَلَى الْقِسْمَةِ.

وَدُوْرٌ مُشْتَرَكَةٌ، .....

وَأَمَّا الْجَوَاهِرُ ، فَقِيلَ:إِنَّهَا إِذَا اخْتَلَفَ الْجِنْسُ [كَاللَّآلِئِ[8] وَالْيَوَاقِيتِ، لَا تُقْسَمُ؛ لِأَنَّهُ إِذَا اخْتَلَفَ الْجِنْسُ][9] لم يَتَحَقَّقْ مَعْنَى الْقِسْمَةِ، وَهُوَ تَكْمِيْلُ الْمَنْفَعَةِ.

---

(1) وهو الذي اعتمده الامام المحبوبي ، وصدر الشريعة ، والنسفي ، وغيرهم ينظر: ابن قطلوبغا، قاسم الحنفي (2002م)، التصحيح والترجيح على مختصر القدوري (ت: ضياء يونس)، ط1، ص450، دار الكتب العلمية، بيروت.

(2) لأن من العبيد من يصلح للأمانة ، ويعتمد على كلامه ، ويحسن التجارة ، وغيرها من الصنائع ، كالكتابة ، ومنهم من لا يصلح لشيء منها ، فلا يمكن جمع نصيب كل واحد منهم في واحد ، فتعذر الإفراز والتمييز ، فلا تكون قسمة، وإنما هي مبادلة ، ولا جبر عليها. ينظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج5، ص 269.

(3) في (س) و(أ) و(ن): ترى.

(4) لاختلافهما في المنافع، وتباين المقصود، ولهذا لو اشترى شخصا على أنه عبد، فإذا هي أمة لم ينعقد البيع، ومع اختلاف الجنس لا يتحقق الامتثال، ولأن اختلاف المجانسة بين الشيئين باختلاف الصورة، والمقصود في بني آدم مختلفة، وهذا ظاهر كذلك المقصود مختلف، فإن ما ينبغي من الذكر من الزراعة والجهاد لا ينبغي من الأنثى من الغزل والطبخ والاستفراش لا ينبغي من الذكر، وصار كالمروي مع الهروي، وكان اعتبرا جنسين مختلفين ؛ لاختلاف الصورة والمقصود، وكذا هاهنا. ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج1، ص673. وابن مازة، المحيط البرهاني، مصدر سابق، ج6، ص408.

(5) في (ت) و(س) و(أ) و(ع): (من) بدون الواو.

(6) في (س): الحيوانات.

(7) فلو اشترى شاة على أنها نعجة، فإذا هي ضأن فالبيع جائز؛ لأن الذكر مع الأنثى في البهائم جنس واحد؛ لأن الصورة، وإن كانت مختلفة فالمعنى واحد؛ لأن ما ينبغي من الذكر من العمل والأكل ينبغي من الأنثى، وفي منفعة الولاد يشتركان والمقصود راجح على الصورة، فترجح ما يوجب اتحاد الجنس، فجعلنا الجنس واحداً. ينظر: المصدر السابق. والطحاوي، المختصر، مصدر سابق، ص411.القدوري، المختصر، مصدر سابق، ص227. وابن السَّاعَاتِي، مجمع البحرين، مصدر سابق، ص784.

(8) اللآلِيء: وهو جمع لؤلؤة، وهو در يتكون في الأصداف من رواسب صلبة لماعة ناعمة مستديرة في بعض الحيوانات المائية من الرخويات، متعدد الألوان، يتألف بشكل أساسي من كربونات الكالسيوم. ينظر: الزبيدي، تاج العروس، ج 1، ص411. ومعجم اللغة العربية المعاصرة، أحمد مختار، مصدر سابق، ج3، ص1984.

(9) سقط من: (ت) و(س) و(ع) و(ب).

وَقِيلَ: لا يَقْسِمُ[1] الْكِبَارَ مِنْهَا؛ لِفُحْشِ التَّفَاوُتِ، وَيَقْسِمُ الصِّغَارَ؛ لِقِلَّتِهِ[2].

وَقِيلَ الجَوَابُ عَلَى إِطْلَاقِهِ؛ لِأَنَّ جَهَالَةَ الْجَوَاهِرِ أَفْحَشُ مِنْ جَهَالَةِ الرَّقِيقِ، ولهَذَا لَوْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً عَلَى لُؤْلُؤَةٍ أَوْ يَاقُوتَةٍ أَوْ خَالَعَ عَلَيْهَا لا يَصِحُّ، ولَوْ تَزَوَّجَ أو خَالَعَ عَلَى عَبْدٍ يَصِحُّ.

وَأَمَّا الْحَمَّامُ، ونَحْوِهَا مِنْ الْبِئْرِ[3]، وَالرَّحَى[4]، والحَائِطِ بَيْنَ الدَّارَيْنِ؛ فَلِأَنَّ الْقِسْمَةَ لِتَكْمِيلِ الْمَنْفَعَةِ، وإِذَا لَمْ يَبْقَ كُلُّ نَصِيبٍ مُنْتَفَعاً بِهِ بَعْدَ الْقِسْمَةِ انْتِفَاعاً مَقْصُوْدَاً، لا يَتَحَقَّقُ مَعْنَى الْقِسْمَةِ، فَلَا يَقْسِمُ الْقَاضِي، بِخِلَافِ التَّرَاضِي؛ لِالْتِزَامِهِمْ الضَّرَرَ[5].

(وَدُوْرٌ)[6] سَوَاْءٌ كَانَتْ فِي مِصْرٍ أَوْ فِي مِصْرَيْنِ، وَهُوَ مُبْتَدَأٌ **(مُشْتَرَكَةٌ)** صِفَتُهُ، وَهُوَ بِفَتْحِ الرَّاْءِ.

أَوْ دَارٌ وَضَيْعَةٌ، أَوْ دَارٌ وَحَانُوتٌ، قُسِمَ كُلٌّ وَحْدَهَا.....

([**أَوْ دَارٌ وَضَيْعَةٌ**[7]][8]، **أَوْ دَارٌ وَحَانُوتٌ، قُسِمَ كُلٌّ)** أَيْ قُسِمَ كُلُّ وَاحِدٍ[9] وَهُوَ خَبَرُ الْمُبْتَدَأ **(وَحْدَهَا)** ، وَلَمْ يَجْمَعْ نَصِيْبَ أَحَدِهِمْ فِي أَحَدِهَا، إِمَّا الدَّارُ وَالضَّيْعَة ، أَوَ الدَّارُ وَالحَانُوْتُ فَبِاتِّفَاقٍ؛ لِاخْتِلَافِ الجِنْسِ[10]، وَإِمَّا الدُّورَ، فَمَا ذُكِرَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ[11].

---

(1) في (ت) و(ع): (لانقسام)، وفي(س): (لا تقسم).

(2) ينظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج5، ص269. والكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج9، ص437.

(3) في (س):(الحمام والبئر ونحوها) تقديم وتأخير.

(4) الرحى: الأداة التي يطحن بها، وهي حجران مستديران يوضع أحدهما على الآخر ، ويدار الأعلى على قطب. ينظر: إبراهيم مصطفى وآخرون بمجمع اللغة العربية بالقاهرة (1989م)، المعجم الوسيط، ط1، ج1، ص335، دار الدعوة، استنبول.

(5) قال الامام ابن عابدين رحمه الله: "ينبغي تقييده بما إذا كان صغيرا ، لا يمكن لكل من الشريكين الانتفاع به كما كان، فلو كبيرا بأن كان الحمام ذا خزانتين ، والرحى ذات حجرين يقسم"، وقد أفتى في ((الحامدية))بقسمة معصرة زيت لاثنين مناصفة ، وهي مشتملة على عودين، ومطحنين، وبئرين للزيت ، قابلة للقسمة بلا ضرر، مستدلا بما في ((خزانة الفتاوى)): لا يقسم الحمام ، والحائط والبيت الصغير ، إذا كان بحال لو قسم لا يبقى لكل موضع يعمل فيه. ينظر: ابن عابدين، رد المحتار، مصدر سابق، ج6، ص261.

(6) في (ن): (او دور)، وفي (ك) : وردوا.

(7) الضيعة: اسم للعرصة لا غير، ويجوز إطلاق اسم الضيعة على العقار. ينظر: الكفوي، أيوب بن موسى(2002م)، الكليات (عدنان درويش ومحمد المصري)، ط1،ص240، مؤسسة الرسالة، بيروت.

(8) سقط من: (ت) و(ك) و(س) و(ع).

(9) في (ك) و(ن):واحدة.

(10) يعني لا يقسم كل قسمة واحدة، بل يقسم كل واحدة منهما على حدة، لأن الدار مع الضيعة جنسان، وكذا الدار مع الحانوت، فيكون قسمة البعض إلى البعض معاوضة فلا يجوز ذلك إلا بالتراضي، وقد جعل القدوري الدار والحانوت جنسين، وكذا ذكر الخصاف في " أدب القاضي " وإنما رضي الخصاف بالذكر لأن هذه المسألة لم تذكر في كتب محمد - رَحِمَهُ اللهُ - ولا ذكرها الطحاوي ولا الكرخي في "مختصريهما ". العيني، البناية شرح الهداية، مصدر سابق، ج11، ص428.

(11) هاهنا ثلاثة فصول: الدور، والبيوت، والمنازل. فالدور متلازقة كانت أو متفرقة لا تقسم عنده قسمة واحدة إلا بالتراضي، والبيوت تقسم مطلقا لتقاربها في معنى السكنى، والمنازل إن كانت مجتمعة في دار واحدة متلازقا بعضها ببعض قسمت قسمة واحدة وإلا فلا سواء كانت في محال أو في دار واحدة بعضها في أدناها وبعضها في أقصاها، وإن الشيخ - رحمه الله - جعل الدار والحانوت جنسين وهكذا ذكر الخصاف، وفي الأصل ما يدل على أنهما جنس واحد فيجعل في المسألة روايتان.ينظر: البابرتي، العناية شرح الهداية، مصدر سابق، ج9، ص438. والزَّبِيدِيّ، الجوهرة النيرة، مصدر سابق، ج2، ص250.

وقَالَ أَبِو يُوسُفَ ومُحَمَّدٌ: يُقْسَمُ[1] الدُّورُ بَعْضُهَا فِي بَعْضٍ إذَا كَانَتْ فِي مِصْرٍ وَاحِدٍ، وَكَانَتْ الْقِسْمَةُ خَيْرًا لَهُمْ؛ لِأَنَّ الدُّورَ جِنْسٌ[2] وَاحِدٌ اسْمًا وَصُورَةً، نَظَرًا إلَى أَصْلِ السُّكْنَى، وَأَجْنَاسٌ نَظَرًا إلَى اخْتِلَافِ الْأَغْرَاضِ ، وَتَفَاوُتِ مَنْفَعَةِ السُّكْنَى، فَكَانَ أَمْرُهَا مُفَوَّضًا إلى رَأْيِ[3] الْقَاضِي ، إنْ شَاءَ قَسَمَ، كمَا فِي الغَنَمِ والثِّيَابِ[4]، وَإِنْ شَاءَ لَمْ يَقْسِمْ.

ولأَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّ الدُّورَ أَجْنَاسٌ مُخْتَلِفَةٌ؛ لِاخْتِلَافِ الْمَقَاصِدِ بِاخْتِلَافِ المَحَالِ، والْجِيرَانِ، والْقُرْبِ إلى الْمَسْجِدِ/ والمَاءِ والسُّوقِ، وأَنَّ[5] الْأَرَاضِيَ الْمُتَفَرِّقَةِ[6] تَتَفَاوَتُ فِيمَا هَوَ الْمَقْصُوْدُ أ/355

وَصَحَّتْ بالتَّرَاضِي إلَّا عِنْدَ صِغَرِ أَحَدِهِمْ، وَقِسْمٌ نَقْلِيٌّ، يَدَّعُونَ إرْثَهُ بَيْنَهُمْ،.....

مِنْهَا مِنْ الْغَلَّةِ، والصَّلَاحِيَةِ لِلرَّطْبَةِ[7]، وَالْكَرْمِ وغَيْرِ ذَلِكَ.

وأَلْأَجْنَاسُ المُخْتَلِفَةُ لَا تُقْسَمُ قِسْمَةً وَاحِدَةً إلَّا بِتَرَاضِي الشُّرَكَاءِ؛ لِأَنَّ الْقِسْمَةَ لِتَكْمِيلِ الْمَنْفَعَةِ، وَذَا إنَّمَا يَكُونُ عِنْدَ اتِّحَادِ الجِنْسِ، وَأَمَا عِنْدَ اخْتِلَافِهِ، فَقَطْعُ حَقِّ البَعْضِ عن[8] إحَدى الدَّارِينِ، لا يَكُونَ تَكْمِيْلاً لِلْمَنْفَعَةِ، بَلْ يَكُونُ تَفْوِيْتاً لَهَا[9].

ولهَذَا: لَوْ تَزَوَّجَ عَلَى دَارٍ ، لَا تَصِحُّ[10] التَّسْمِيَةُ؛ كمَا لَوْ تَزَوَّجَهَا عَلَى ثَوْبٍ، وَلَوْ وَكَّلَ رَجُلًا بِشِرَاءِ دَارٍ، لَمْ يَصِحّ التَّوكِيْلُ؛ كمَا لَوْ وَكَلَّهُ بِشِرَاءِ ثَوْبٍ، بِخِلَافِ الدَّارِ الوَاحِدةِ إذَا اخْتَلَفَتْ بُيُوتُهَا؛ لِأَنَّ قِسْمَةَ كُلِّ بَيْتٍ عَلَى حِدَةٍ ، يَخِلُّ[11] بِمَنَافِعِ البُيُوْتِ، فَلَا يَحْصُلُ [معنى] [12] الْقِسْمَةِ[13].

(وَصَحَّتْ) قِسْمَةُ الدُّورِ[1] الْمُشْتَرَكَةِ ، ومَا ذُكِرَ مَعَهَا[2] **(بالتَّرَاضِي)** عَلَى جميع[3] نَصِيبِ أَحَدِ الشُّرَكَاءِ فِي أَحَدِهَا؛ لِأَنَّ فِي الْقِسْمَةِ مَعْنَى المُبَادَلَةِ، فيَصِحُّ بالتَّرَاضِي كسَائِرِ المُعَاوَضَاتِ.

---

(1) كان الأولى ان يقول: تقسم الدور.

(2) في (ن): (اسم جنس).

(3) في (ك): امر.

(4) (صورتها) ثلاثة أثواب كانت بين رجلين فأراد أحدهما قسمتها وأبى الآخر فإني أنظر في ذلك إن كانت قسمتها تستقيم من غير قطع بأن تكون قيمة ثوبين مثل قيمة الثالث فإن القاضي يقسمها بينهما فيعطي أحدهما ثوبين والآخر ثوبا، وإن كان لا يستقيم لم أقسمها بينهم إلا إن تراضوا فيما بينهم على شيء. ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج15، ص39. و الحصكفي، الدر المختار، مصدر سابق، ج1، ص632.

(5) في (ك): لأن .

(6) في (أ): المفرقة.

(7) الرَّطْبَة: بالضم مما ترعاه الدواب، وبالفتح الإسفست الرطب والجمع رطاب (والرطب) ما أدرك من ثمر النخل الواحدة رطبة، و(والرطبة) نبات كالبرسيم، وهو مؤنث الرطب وزان قفل المرعى الأخضر من بقول الربيع، وبعضهم يقول الرطبة الغض من الكلأ، وكل ما أكل من النبات غضاً طرياً. انظر: المُطَرِّزِيّ، المغرب في ترتيب المعرب، مصدر سابق، ج1، ص190. والفيومي، المصباح المنير، مصدر سابق، ص88. وإبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، مصدر سابق، ص 351.

(8) في (أ) و(ن): عند.

(9) قال الإسبيجاني: الصحيح قول الإمام، وعليه مشى البرهاني والنسفي وغيرهما. ينظر: الغنيمي، اللباب، مصدر سابق، ج4، ص99.

(10) في (ت) و(س) و(ن) و(ع): (لا يصح).

(11) في (ك): تخل.

(12) زيادة من المحقق؛ لتمام السياق والمعنى؛ حتى يستقيم النص. أو انه كان الاولى من الشارح ان يقول:[فلا تحصل القسمة].

(13) قال الامام ابن عابدين: ولعل هذا في زمانهم ، وإلا فالمنازل ، والبيوت ولو من دار واحدة ، تتفاوت تفاوتا فاحشا في زماننا، يدل عليه قولهم هنا؛ لأن البيوت لا تتفاوت في معنى السكنى ، ولهذا تؤجر أجرة واحدة في كل محلة، وكذا ما ذكروه في خيار الرؤية، وإفتاؤهم هناك ، بقول زفر من أنه لا بد من رؤية داخل البيوت ؛ لتفاوتها تأمل. ينظر: ابن عابدين، رد المحتار، مصدر سابق، ج6، ص262.

(إلَّا عِنْدَ صِغَرِ أَحَدِهِمْ) فلا يَصِحُّ الا بِأَمْرِ الْقَاضِي؛ لِأَنَّ تَصَرُّفَ الصَّغِيرِ لَا يَنْفُذُ، وَلَا وِلَايَةَ لَهُمْ عَلَيْهِ.

(وَقِسْمٌ نَقْلِيٌّ[4] يَدَّعُونَ إرْثَهُ بَيْنَهُمْ)؛ لِأَنَّ فِي الْقِسْمَةِ نَظَرَاً؛ لِاحْتِيَاجِهِ إلى الْحِفْظِ.

وعَقَارٌ يَدَّعُونَ شِرَاءَهُ أَوْ مِلْكَهُ مُطْلَقاً، فَإِنْ ادَّعَوا إرْثَهُ عَنْ زَيْدٍ، لَا حَتَّى يُبَرْهِنُوا عَلَى مَوْتِهِ وعَدَدِ وَرَثَتِهِ

(وَ) قَسْمَ **(عَقَارٌ يَدَّعُونَ شِرَاءَهُ، أَوْ مِلْكَهُ مُطْلَقاً)** بِأَنْ لَمْ يَذْكُرُوا كَيْفِيَّةَ انْتِقَالِهِ إلَيْهِمْ؛ لِأَنَّ الْقَضَاءَ بِالْقِسْمَةِ فِيهِ يُقْتَصَرُ عَلَيْهِم، ولا يَتَعَدَّى إلى غَيْرِهِمْ، إذَا لَمْ يُقِرُّوا أَنَّ[أَصْلَ][5] الْمِلْكِ لِغَيْرِهِم، وهَذِهِ رِوَايَةُ كِتَابِ الْقِسْمَةِ[6].

وفِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»:((أَرْضٌ ادَّعَاهَا رَجُلَانِ، وَأَقَامَا الْبَيِّنَةَ أَنَّهَا فِي أَيْدِيهِمَا، وَأَرَادَا الْقِسْمَةَ، لَمْ يَقْسِمْهَا[7] حَتَّى يُقِيمَا الْبَيِّنَةَ أَنَّهَا لَهُمَا))[8]؛ لِاحْتِمَالِ أَنْ تَكُونَ لِغَيْرِهِمَا[9].

(فَإِنْ ادَّعَوا إرْثَهُ) أَيْ : العَقَارِ**(عَنْ زَيْدٍ)** مَثَلاً: [بِأَنْ][10] ذَكَرَوا مُوَرِّثَهُمْ[11]، **(لَا)** أَيْ : لَا يُقْسِمُ الْعَقَارُ الَّذِي ادَّعَوا إرْثَهُ **(حَتَّى يُبَرْهِنُوا عَلَى مَوْتِهِ، وعَدَدِ وَرَثَتِهِ)** [12] وهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ[13].

---

(1) في (ك): الدار.

(2) في (ن):عنها.

(3) في (ن): جمع.

(4) ومن النقلي البناء ، والأشجار ، حيث لم تتبدل المنفعة بالقسمة ، وإن تبدلت فلا جبر. ينظر: الحصكفي، الدر المختار، مصدر سابق، ص631.

(5) سقط من: (س).

(6) أي من المبسوط. ينظر: الشِّلْبِيِّ، حاشية الشِّلْبِيِّ على التبيين، مصدر سابق، ج5، ص267.

(7) في (ك): تقتسم.

(8) انتهى كلامه. ينظر: الشيباني، محمد بن الحسن(1406هـ)، الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير، ص383، عالم الكتب، بيروت.
ثم قيل: هو قول أبي حنيفة، وقيل: قول الكل، وهو الأصح؛ لأن قسمة الحفظ في العقار غير محتاج إليه، وقسمة الملك تفتقر إلى قيامه، ولا ملك فامتنع الجواز؛ ولأن القسمة ضربان: بحق الملك تكميلا للمنفعة وبحق اليد تتميما للحفظ، وامتنع الأول هاهنا؛ لعدم الملك، وكذا الثاني للاستغناء عنه؛ لأنه محفوظ بنفسه. ينظر: المرغيناني، الهداية، مصدر سابق، ج4، ص327. والبلخي، الفتاوى الهندية، مصدر سابق، ج5، ص210.

(9) ذهب تاج الشريعة: ان موضوع كتاب القسمة فيما إذا ادعيا الملك ابتداء ، وموضوع الجامع الصغير فيما إذا ادعيا اليد ابتداء. ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج9، ص433.

(10) سقط من: (ك).

(11) سقط من: (ك).

(12) (صورته): قال ابو جعفر الطحاوي: اذا كانت الدار بين ورثة كبار اصحاء، فاقروا عند القاضي انها بينهم عن ابيهم، وارادوا منه قسمتها بينهم فانه لا يجيبهم الى ذلك حتى يقيموا البينة على ميراثهم اياها. الجصاص، شرح مختصر الطحاوي، مصدر سابق، ج8، ص461.

(13) (وجه) قول ابي حنيفة: انهم اذا اعترفوا بالميراث، فقد اقروا ببقائها على حكم ملك الميت؛ لان الورثة يخلفون الميت في ملكها الا ترى انهم يردون بالعيب على بائع الميت، والقاضي جائز التصرف على الاموات فلو قسمها بينهم بغير بينة وكانت القسمة بينهم على البيع لما قدمنا، والدار محفوظ بنفسها لا يخاف عليها الهلاك، لكان فيه تصرف على الميت بقولهم، ولا يجوز له ان يتصرف على الميت بقولهم فيزيل حكم ملكه بالقسمة.المصدر السابق.

وقَالَا: يُقْسَمُ بَيْنَهُمْ بِإِقْرَارِهِمْ، وَيُكْتَبُ ذَلِكَ فِي صَكِّ[1] الْقِسْمَةِ[2]؛ لِأَنَّ الدَّارَ فِي أَيْدِيهِمْ، وَهُوَ دَلِيلُ الْمِلْكِ، وقَدْ أُخْبِرُوا بِالْإِرْثِ عَنْ مُورَثِهِمْ، والْأَصْلُ فِي إِخْبَارِ الْمُسْلِمِ الصِّدْقُ، وَلَا مُنَازِعَ لَهُمْ فِيمَا أَخْبَرُوا بِهِ، فَيَثْبُتُ الْمُخْبَرُ بِهِ، وَلَا فَائِدَةَ فِي إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ فَائِدَتَهَا إِنَّمَا تَكُونُ[3] عَلَى الْمُنْكِرِ، وَلَا مُنْكِرَ هَاهُنَا، وصَارَ كَالمنقَوْلِ الْمَوْرُوثِ، والعَقَارِ الْمُشْتَرَى.

وإِنَّمَا يُكْتَبُ فِي صَكِّ الْقِسْمَةِ أَنَّهُ قَسَمَهَا بِإِقْرَارِهِمْ؛ لِيَتَذَكَّرَ[4] بِالنَّظَرِ فِيهِ، أَنَّ حُكْمَ الْقِسْمَةِ مُقْتَصِرٌ عَلَيْهِمْ، غَيْرُ مُتَعَدٍّ إِلى غَيْرِهِمْ، حَتَّى لا يَكُونَ ذَلِكَ قَضَاءً عَلَى شَرِيكٍ آخَرَ، وَلَا عَلَى مَالِكٍ لها.

ولأَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّ الشَّرِكَةَ[5] قَبْلَ الْقِسْمَةِ، مُبْقَاةٌ عَلَى حُكْمِ مِلْكِ الْمَيِّتِ؛ بِدَلِيْلِ أَنَّ حَقَّهُ يَثْبُتُ فِي الزَّوَائِدِ الَّتِي تَحْدُثُ، حَتَّى يُقْضَى مِنْهَا دُيُوْنَهُ، وَتُنَفَذُ[6] وَصَايَاهُ، وَبِالْقِسْمَةِ يَنْقَطِعُ حَقُّ الْمَيِّتِ عَنْهُا، حَتَّى لَا يَثْبُتُ حَقُّهُ فِيمَا يَحْدُثُ بَعْدَ ذَلِكَ مِنْ الزَّوَائِدِ، فَكَانَ فِيهِ قَضَاءٌ عَلَى الْمَيِّتِ يَقْطَعُ حَقَّهُ، وقَوْلُ الوَرَثَةِ لَيْسَ بِحُجَّةٍ عَلَيْهِ، فَلَا بُدَّ مِنْ إِقَامَةِ البَيِّنَةِ، وَيَصِيْرُ بَعْضُهُمْ مُدَّعِياً[7]، وَالبَعْضُ الْآخَرُ خَصْمَاً لَهُ عَنْ الْمَيِّتِ.

فَإِنْ قِيْلَ: كَيْفَ يُجْعَلُ[8] البَعْضُ خَصْمَاً وَهُوَ مُقِرٌ؟، وَالُمقِرُ لَا يَصْلُحُ خَصْمَاً[9]!.

أُجِيبَ: بِأَنَّهُ لَمَّا لَمْ يُعْتَبَرْ إِقْرَارُهُ عَلَى الْمَيِّتِ جُعِلَ كَالعَدَمِ، وَلَا يُمْتَنَعُ قَبُولُ الْبَيِّنَةِ مع إِقْرَارِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ، إِذَا كَانَ فِي قَبُولِهَا فَائِدَةٌ، كمَا لو ادَّعَى رَجُلٌ دَيْنَاً عَلَى مَيْتٍ، وقَدَّمَ وَارِثَاً مِنْ وَرَثَتِهِ إِلى الْقَاضِي، فأَقَرَّ الوَارِثُ بِحَقِّهِ، فَأَقَامَ الْمُدَّعِي البَيِّنَةَ عَلَى حَقِّهِ، فَإِنَّ الْقَاضِي يَسْمَعُ بَيِّنَتَهُ لِيَكُونَ حَقُّهُ فِي جَمْعِ مَالِ الْمَيِّتِ، وَلِيَلْزَمْ ذَلِكَ جَمْعُ الوَرَثَةِ، وَلِيُزَاحِمَ الْمُدَّعِي الغُرَمَاءَ. 355/ب

---

(1) الصك: الكتاب الذي يكتب في المعاملات ويقر صاحبه بالمال اما له او عليه او لغيره فمعرب، وجمعه صكوك وأصك وصكاك، وصك الرجل للمشتري صكا إذا كتب الصك، ويقال: هو معرب، وكانت الأرزاق تكتب صكاكا، فتخرج مكتوبة فتباع، فنهي عن شراء الصكاك، وصكه صكا إذا ضرب قفاه، ووجهه بيده مبسوطة، وصك الباب أطبقه. ينظر: المُطَرِّزِيّ، المغرب في ترتيب المعرب، مصدر سابق، ج1، ص270. والفيومي، المصباح المنير، مصدر سابق، ج1، ص345.

(2) صك القسمة: هو الكتاب الذي يكتبه القاضي أنه قسمه باعترافهم لئلا يكون حكمه متعديا إلى غيرهم. البابرتي، العناية شرح الهداية، ج9، ص430.

(3) في (ت) و(ع): يكون.

(4) في (ن): ليتذكروا

(5) في (ت) و(س) و(أ) و(ن) و(ع):ا لشركة.

(6) في (ت) و(س) و(ك) و(ب) و(ع): ينفذ.

(7) في (ن): عليه.

(8) في (ك): يجمع.

(9) (وجه) قولهما: أن محل قسمة الملك المشترك وقد وجد لوجود دليل الملك - وهو اليد والإقرار بالإرث - من غير منازع فصادفت القسمة محلها فيقسم، ويكتب أنه قسم بإقرارهم كما في المنقول؛ ولأن البينة إنما تقام على منكر، والكل مقرون فعلى من تقام البينة؟.
(وجه) قول أبي حنيفة: أن هذه قسمة صادفت حق الميت بالإبطال فلا تصح إلا ببينة كدعوى الاستحقاق على الميت. ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق،ج7،ص23. ينظر: الطحاوي، المختصر، مصدر سابق، ص411. والعيني، البناية شرح الهداية، مصدر سابق، ج11،ص 407. والزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج5، ص266. والحصكفي، الدر المختار، مصدر سابق، ج1، ص631.

وَلاَ إنْ بَرْهَنُوا أَنَّهُ مَعَهُمْ، حَتَّى يُبْرْهِنُوا أَنَّهُ لَهُمْ.....

وَكَذَا: الْوَصِيُّ إِذَا أَقَرَّ بالدَّيْنِ عَلَى مُوصِيهِ، تُقْبَلُ[1] البَيِّنَةُ عَلَيْهِ؛ لِبُطْلَانِ إِقْرَارِهِ، وَالعَقَارُ لَا يُخْشَى عَلَيْهِ التَّلَفُ [فكَانَتْ قِسْمَتُهُ قَضَاءً عَلَى الْمَيِّتِ بِقَطْعِ حَقِّهِ، بِخِلَافِ المنقَوْلِ، فَإِنَّهُ يُخْشَى عَلَيْهِ التَّلَفُ][2] فكَانَتْ الْقِسْمَةُ فِيْهِ لِلتَّحْصِينِ[3]، والْحِفْظِ.

وبخِلَافِ الْمُشْتَرَى فَإِنَّ الْقَضَاءَ بِالْقِسْمَةِ فِيْهِ، لَا يَتَضَمَّنُ [قَطْعَ][4] حَقِّ الْبَائِعِ؛ لِأَنَّ الْمَبِيعَ بَعْدَ التَّسْلِيمِ، لَا يَبْقَى عَلَى حُكْمِ مِلْكِ الْبَائِعِ، فَلَا تَكُونُ الْقِسْمَةُ فِيهِ قَضَاءً عَلَى الغَيْرِ، بِخِلَافِ الْإِرْثِ، فَإِنَّ الْقَضَاءَ بِالْقِسْمَةِ فِيْهِ يَتَضَمَّنُ قَطْعَ حَقِّ الْمَيِّتِ كمَا قَرَّرنَا[5].

([**وَلاَ**][6]) يُقْسَمُ العَقَارُ (**إنْ بَرْهَنُوا أَنَّهُ مَعَهُمْ**) أَي: فِي يَدِهِمْ[7] (**حَتَّى يُبْرْهِنُوا أَنَّهُ لَهُمْ**) أَيْ: مِلْكُهُمْ؛ لِاحْتِمَالِ أَنْ يَكُونَ فِي يَدِهِمْ، وَهُوَ مِلْكٌ لِغَيْرِهِم.

وفِي «شَرْحِ الْكَنْزِ»:((وَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ بِعَيْنِهَا، هي مَسْأَلَةُ دَعْوَى الْمِلْكِ[8]؛ لِأَنَّ الْمُرَادَ هُنَاكَ أَنْ يَدَّعُوْهُ، وَلَا يَذْكُرُوا كَيْفَ انْتَقَلَ إِلَيْهِمْ، ولَمْ يَشْرِطُوا[9] فِيهَا اقَامَةُ البَيِّنَةِ عَلَى أَنَّهُ مِلْكُهُمْ.

وَلاَ إنْ كَانَ شَيْءٌ مِنْهُ مَعَ الَوارِثِ الطِفْلِ، أَوْ الْغَائِبِ.....

وَهُوَ رِوَايَةُ «الْقُدُورِيِّ»[10] وَشَرْطٌ هُنَا، وَهُوَ رِوَايَةُ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»[11] هُنَاكَ، وكَانَ ينبغي أَنْ لا يَذْكُرُوا كُلاً عَلَى حِدَه؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يُوْهِمُ اخْتِلَافُ الصُّوْرَتَيْنِ، وَهِيَ وَاحِدَةٌ))[12].

(**وَلاَ**) يُقْسَمُ[13] العَقَارُ بِإِقْرَارِ الْحَاضِرِيْنَ (**إنْ كَانَ**) جَمْيعُهُ، أَوْ(**شَيْءٌ مِنْهُ مَعَ الَوارِثِ الطِفْلِ، أَوْ**) مَعَ (**الْغَائِبِ**)، أَوْ مَعَ مُوْدِعِهِ؛ لِأَنَّ فِي هَذِهِ الْقِسْمَةِ قَضَاءً عَلَى الْغَائِبِ أَوْ الصَّغِيرِ، بِإِخْرَاجِ شَيءٍ مِمَّا فِي يَدِهِ مِنْ غَيْرِ خَصْمٍ حَاْضِرٍ عَنْهُ،

---

(1) في (أ) و(ن) و(ب): يقبل .

(2) سقط من: (ت) و(ك) و(س) و(ع).

(3) التحصين مشتقة من الحصن: وهو الاحكام والمنعة، وإنَّ المنقول مما يخشى عليه التلف، وقد يكون حفظ الثمن أيسر، بخلاف العقار، فإنه محصن بنفسه محفوظ، لا يخشى عليه التلف، ومن أراد تحصين ماله، وحفظه، صرفه في شراء العقار، والعروض يسرع إليها التلف، وحفظ بدلها من الدراهم، والدنانير أيسر وأبعد من التلف والفساد. ينظر: الهروي، تهذيب اللغة، ج4، ص143. والسرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج15، ص10. والزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق،ج6، ص213.

(4) سقط من:(ك) .

(5) القسمة نوعان: قسمة لحق الملك لتكميل المنفعة، وقسمة لحق اليد لأجل الحفظ والصيانة، والثاني في العقار غير محتاج إليه فتعين قسمة الملك وقسمة الملك تفتقر إلى قيام الملك ولا ملك بدون البينة فامتنع الجواز. ينظر: البابرتي، العناية شرح الهداية، مصدر سابق، ج9، ص433.

(6) سقط من: (ت) و(ك) و(س) و(ع).

(7) في (س) و(ب): ايديهم .

(8) وهي ان يختصم اثنان في عقار، او مال، او دين، او غيره، فيدعي صاحب اليد انه ملكه، والاخر انه ملكه، فيختصما الى القاضي، وهي نوعان : مطلقة، ومقيدة بتصرف.
والفرق بين دعوى الملك ودعوى الارث: ان دعوى الإرث إذا أقاموا البينة يقسم مع غيبة أحدهم، وفي دعوى الشراء لا يقسم مع غيبة أحدهم، وإن أقام البينة على الوفاة وعلى الورثة. ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج17، ص32. والعيني، البناية شرح الهداية، مصدر سابق، ج11، ص412.

(9) في (س): يشترطوا .

(10) ينظر: القدوري، المختصر، مصدر سابق، ص227.

(11) ينظر: الشيباني، الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير، مصدر سابق، ص384.

(12) انتهى كلامه. ينظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق،ج4، ص323. وابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق،ج8، ص170.

(13) في (أ): يقيم.

وَالمُوْدَعُ أَمِيْنٌ لِمُوْدِعِهِ، فَلَا يَكُونَ خَصْمَاً عَنْهُ فِيمَا يَسْتَحَقُّ عَلَيْهِ، فَلَا يَجُوزُ لِلْقَاضِي أَنْ يَقْضِيَ عَلَى الْغَائِبِ بِحُضُورِ أَمِيْنِهِ، وَلَا فَرْقَ فِي هَذَا الْفَصْلِ بَيْنَ اقَامَةِ البَيِّنَةِ، وَعَدَمِهَا فِي الصَّحِيْحِ.

وَفِي بَعْضِ رِوَايَاتِ «الْمَبْسُوطِ»[1]:((يُقْسَمُ إِذَا أَقَامَ الْحَاضِرُوْنَ البَيِّنَةَ عَلَى الْمَوْتِ، وَعَدَدِ الوَرَثَةِ، وَلَوْ حَضَرَ وَارِثٌ وَاحِدٌ لَمْ يَقْسِمْ الْقَاضِي، وإِنْ أَقَامَ البَيِّنَةَ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ مَعَهُ خَصْمٌ، فَإِنْ جُعِلَ خَصْمَاً عَنْ نَفْسِهِ، فَلَيْسَ أَحَدٌ خَصْمَاً عَنْ الْمَيِّتِ، أَوْ [عَنْ][2] الْغَائِبِ، [وَإِنْ جُعِلَ خَصْمَاً عَنْهُما][3]، فلَيْسَ أَحَدٌ خَصْمَاً عَنْ نَفْسِهِ؛ لِيُقِيْمَ [عِنْدَ الْقَاسِمِ][4] البَيِّنَةَ عَلَيْهِ، بِخِلَافِ مَا لَوْ كَانَ الْحَاضِرُ اثْنَيْنِ مِنْ الوَرَثَةِ))[5].

وَلَوْ كَانَ الْحَاضِرُ كَبِيْرَاً وصَغِيْرَاً، [نَصَّبَ الْقَاضِي عَنْ الصَّغِيرِ وصِيَاً، وَقَسَمَ إِذَا اقِيْمَتْ البَيِّنَةُ؛ لِأَنَّ لِلقَاضِي وِلَايَةُ نَصْبِ الوَّصِيِّ عَنْ الصَّغِيرِ][6]، وَوَصِيِّ الصَّغِيرِ قَائِمٌ مَقَامَهُ، فكَأَنَّ الصَّغِيرَ بَالِغٌ حَاضِرٌ.

وَلَوْ حَضَرَ [وَارِثٌ][7] كَبِيْرٌ، وَمُوْصَى لَهُ بَيِّنَتَهُ[8] فِي الدَّارِ، وَطَلَبَا الْقِسْمَةَ، وَأَقَامَا البَيِّنَةَ عَلَى المِيْرَاثِ والوَصِيَّةِ، فَإِنَّ الدَّارَ تُقْسَمُ؛ لِأَنَّ مَنْ حَضَرَ مِنْ الوَرَثَةِ يَنْتَصِبُ خَصْمَاً عَنْ الْمَيِّتِ عَنْ سَائِرِ الوَرَثَةِ، وَالمُوصَى لَهُ عَنْ نَفْسِهِ.

[فَصْلٌ فِي كَيْفِيَّةِ الْقِسْمَةِ]

وَكَيْفَيَةُ الْقِسْمَةِ:

1. أَنْ يُصَوِّرَ الْقَاسِمُ مَا يَقْسِمُهُ عَلَى قِرْطَاسٍ؛ لِيُمْكِنَهُ حِفْظُهُ[9].
2. وَيُعَدِّلُهُ، أَيْ: يُسَوِّيهِ عَلَى السِّهَامِ، بِأَنْ يَنْظُرَ إِلَى أَقَلِّ السِّهَامِ، فَيُجْزِّئُهُ عَلَيْهِ، حَتَّى إِنْ كَانَ الْأَقَلُّ ثَلَاثَةٌ، جَعَلَهُ أَثْلَاثَاً، وإِنْ كَانَ سُدُسَاً، جَعَلَهُ أَسْدَاسَاً.
3. وَيَذْرَعُهُ؛ لِيَعْرِفَ قَدْرَهُ.
4. وَيُقَوِّمُ الْبِنَاءَ، إِذْ رُبَمَا / يَحْتَاجُ إِلَيْهِ[10]. 356/أ
5. وَيُفْرِزُ[1] كُلَّ نَصِيبٍ بِطَرِيقِهِ وَشِرْبِهِ [2]، حَتَّى لا يَكُونَ [لنَصِيْبِ][3] أَحَدِهِمْ تَعَلُّقٌ بِنَصِيبِ الْآخَرِ.

---

(1) وهو لمحمد بن أحمد بن أبي سهل السَّرَخْسِيُّ نسبة إلى سَرَخْس: بلدة قديمة من بلاد خُراسان، قال الكفوي: كان إماماً علامة حجَّة متكلماً مناظراً أصولياً مجتهداً، عدَّه ابن كمال باشا من المجتهدين في المسائل، وقد أملى «المبسوط»، وهو في الجبّ محبوس بسبب كلمة نصح بها الأمراء، ومن مؤلَّفاته:« شرح السير الكبير»، و«أصول السرخسي»، و« شرح مختصر الطحاوي»، (ت نحو500هـ). ينظر: القرشي، الجواهر المضية، مصدر سابق، ج1، ص28-29. وابن قطلوبغا، تاج التراجم، مصدر سابق، ج2، ص44-45.

(2) سقط من: (ك) .

(3) سقط من: (ت) و(ك) و(س) و(ع).

(4) سقط من: (ت) و(ك) و(س) و(ع).

(5) ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج15، ص11.

(6) تكرار في (ت).

(7) سقط من: (س) .

(8) في (س): بيت.

(9) ويكتب كتاب القسمة نسختين: تكون احداهما في ايدي الشركاء، واخرى في ديوان القاضي، حتى اذا ضاعت ما في ايديهم يرجع في ذلك الى النسخة الاخرى. ينظر: الصدر الشهيد، شرح ادب القاضي، مصدر سابق، ج4،ص122، ومنه يؤخذ الان في جميع دوائر الدولة في عصرنا وهو ما يسمى بالأرشفة.

(10) لأن قدر المساحة يعرف بالذرع، والمالية بالتقويم، ولا بد من معرفتهما؛ ليمكنه التسوية في المالية. ينظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج5، ص271.

6. وَيُلَقِّبُ الْأَنْصِبَاءَ [4] بِالْأَوَّلِ، والَّذِي يِلِيْهِ بِالثَّانِي، والَّذِي يَلِيْهِ بالثَّالِثِ، وعَلَى هَذَا.
7. ثُمَّ يَكْتُبُ أَسَامِي الشُّرَكَاءِ فِي بِطَاقَاتٍ، وَيَطْوِيَ كُلَّ بِطَاقَةٍ، وَيَجْعَلُهَا[5] فِي قِطْعَةَ مِنْ طِيْنٍ، ثُمَّ يُدَلِّكَهَا بَيْنَ كَفَّيْهِ، حَتَّى تَصِيرَ مُسْتَدِيرَةً كَالْبُنْدُقَةِ.

وَلاَ يُدْخِلُ الدَّرَاهِمَ فِي القِسْمَةِ.....

8. ثُمَّ يُقْرِعُ[6]، فَمَنْ خَرَجَ اسْمُهُ أَوَّلاً، فَلَهُ السَّهْمُ الْأَوَّلُ، وَمَنْ خَرَجَ اسْمُهُ ثَانِيَاً، فَلَهُ السَّهْمُ الثَّانِي[7].

فَلَوْ كَانَتْ أَرْضٌ بَيْنَ ثَلَاثَةٍ، لِأَحَدِهِمْ عَشَرَةُ أَسْهُمٍ، ولِآخَرَ خَمْسَةُ أَسْهُمٍ، ولِآخَرَ سَهْمٌ، أَرَادُوا قِسْمَتَهَا، جَعَلَهَا عَلَى سِتَّةَ عَشَرَ سَهْمَاً، وَأَقْرَعَ[8].

فَأَوَّلُ[9] بُنْدُقَةٍ [10] تَخْرُجُ، تُوضَعُ[11] [عَلَى][12] طَرَفٍ مِنْ أَطْرَافِ السِّهَامِ، وهُوَ أَوَّلُ السِّهَامِ، ثُمَّ يُنْظَرُ إِلَى الْبُنْدُقَةِ، فَإِنْ كَانَتْ لِصَاحِبِ الْعَشَرَةِ، أَعْطَاهُ ذَلِكَ السَّهْمَ الَّذِي وضعت عَلَيْهِ، وَتِسْعَةَ أَسْهُمٍ مُتَّصِلَةٍ بِهِ؛ لِيَكُونَ صَاحِبُها عَلَى الِاتِّصَالِ.

ثُمَّ يُقْرَعُ بَيْنَ الْبَقِيَّةِ، فَأَوَّلُ بُنْدُقَةٍ تَخْرُجُ، تُوضَعُ[13] عَلَى طَرَفٍ مِنْ أَطْرَافِ السِّتَّةِ الْبَاقِيَةِ، ثُمَّ يُنْظَرُ إِلَى الْبُنْدُقَةِ، فَإِنْ كَانَتْ لِصَاحِبِ الْخَمْسَةِ أَعْطَاهُ السَّهْمَ الَّذِي وُضِعَتْ عَلَيْهِ وَأَرْبَعَةَ أَسْهُمٍ مُتَّصِلَةٍ بِهِ، وَيَبْقَى سَهْمٌ لِصَاحِبِ السَّهْمِ الوَاحِدِ.

(وَلاَ يُدْخِلُ[14] الدَّرَاهِمَ فِي القِسْمَةِ) لِأَنَّ الْقِسْمَةَ مِنْ حُقُوقِ الاشِرَاكِ[15]، ولا شِرْكَةَ فِي الدَّرَاهِمَ؛ ولِأَنَّ التَّعْدِيلَ حِينَئِذٍ يَفُوتُ فِي الْقِسْمَةِ؛ لِأَنَّ أَحَدَهُمَا[16] يَصِلُ الى عَيْنِ العَقَارِ فِي الحَالِ[17] ودَرَاهِمُ الْآخَرِ فِي ذِمَّتِهِ، ولَعَلَّهَا لَا تُسَلَّمُ إِلَيْهِ؛ ولِأَنَّ الجِنْسَيْنِ الْمُشْتَرَكَيْنِ لا يُقْسَمَانِ[18]، فكَيْفَ بِغَيْرِ الْمُشْتَرَكَيْنِ؟!.

---

(1) في (ت) و(ع) و(أ) و(ن): يقرر.

(2) لأن القسمة تكميل المنفعة، وبه يكمل؛ لأنه إذا لم يفرز يبقى نصيب بعضهم متعلقا بنصيب الآخر، فلم يحصل الانفصال من كل وجه، وهذا بيان الأفضل، فإذا لم يفرزه، أو لم يمكن جاز. ينظر: المرغيناني، الهداية، مصدر سابق، ج4، ص329. وابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج8، ص 173.

(3) سقط من: (ك) .

(4) ويلقب الأنصباء؛ ليتمكن من الإلزام عند خروج قرعة كل واحد منهم. ينظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج5، ص271.

(5) سقط من :(ن).

(6) ذكر النَّاطِفِيُّ: أن القرعة ثلاث: الأولى لإثبات حق البعض وإبطال حق البعض وإنها باطلة كمن أعتق أحد عبديه بغير عينه ثم يقرع، والثانية لطيبة النفس وإنها جائزة كالقرعة بين النساء للسفر، والثالثة لإثبات حق واحد في مقابلة مثله فيفرز بها حق كل واحد منهما وهو جائز كذا في فتاوى قاضي خان. ينظر: البلخي، الفتاوى الهندية، مصدر سابق، ج5، ص217.

(7) والقياس ان لا يستعمل القرعة، وانما استحسنوا لما ورد من الاثار. ينظر: الرازي علي بن مكي(2007)، خلاصة الدلائل في تنقيح المسائل (ت: أحمد الفضلي)، ط1، ج2، ص343، الرشد، الرياض.

(8) القرعة لتطييب قلوبهم، وإزاحة تهمة الميل، حتى لو قسم الإمام بلا قرعة جاز؛ لأنه في معنى القضاء فيملك الإلزام. ينظر: المرغيناني، الهداية، مصدر سابق، ج4، ص329. والزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج5، ص271.

(9) في (ك) : (فالأول)، وفي (ن): فللأول

(10) في (ك): بندقته.

(11) في (ت) و(س) و(ع): يوضع.

(12) سقط من: (أ) و(ن).

(13) في (ت) و(س) و(ع): يوضع.

(14) في (ك): (ولا تدخل).

(15) في (س): الاشتراك.

(16) في (ك): أحَدِها.

(17) في (ك): الاخر.

(18) في (ك): لا يقتسمان.

إِلَّا بِرِضَاهُمْ، وَإِنْ وَقَعَ مَسِيلُ قِسْمٍ أَوْ طَرِيقُهُ فِي قِسْمٍ آخَرَ صُرِفَ عَنْهُ إِنْ أَمْكَنَ وَإِلَّا فُسِخَتْ.....

فَلَوْ كَانَ دَارٌ بَيْنَ جَمَاعَةٍ أَرَادُوا قِسْمَتَهَا، وفِي أَحَدِ الجانبَيْنِ فَضْلُ بِنَاْءٍ، وَأَرَادَ بَعْضُ الشُّرَكَاءِ أَنْ يَكُونَ عِوَضُ الْبِنَاءِ دَرَاهِمَ، وَأَرَدَ الْآخَرُ أَنْ يَكُونَ عِوَضَهُ مِنْ الْأَرْضِ، فَإِنَّ عِوَضَ الْبِنَاءِ يُجْعَلُ مِنْ الْأَرْضِ[1].

(إِلَّا بِرِضَاهُمْ)؛ لِمَا فِي الْقِسْمَةِ مِنْ مَعْنَى المُبَادَلَةِ، فِيَجُوزُ دُخُوْلُ الدَّرَاهِمَ فِيهَا بِالتَّرَاضِي دُونَ جَبْرِ الْقَاضِي.

(وَإِنْ وَقَعَ) [فِي][2] الْقِسْمَةِ **(مَسِيلُ قِسْمٍ)** وَهُوَ: بِكَسْرِ القَافِ، وَسُكُوْنُ الْمهمَلَةِ، أَيْ: نَصِيبٌ **(أَوْ طَرِيقُهُ فِي قِسْمٍ آخَرَ)** لم يُشْتَرَطْ فِي الْقِسْمَةِ **(صُرِفَ عَنْهُ إِنْ أَمْكَنَ)** صَرَفُهُ؛ لإمكَانِ تحَقِّيقِ مَعْنَى الْقِسْمَةِ، وَهُوَ قَطْعُ الشِّرْكَةِ، وَتَكْمِيلُ الْمَنْفَعَةِ مِنْ غَيْرِ ضَرَرٍ.

(وَإِلَّا) أَيْ: وإِنْ لم يُمْكِنْ، صَرَفُهُ عَنْهُ **(فُسِخَتْ)** الْقِسْمَةُ، وَاسْتُؤْنِفَتْ عَلَى وَجْهٍ يُمْكِنُ لِكُلَّ وَاحِدٍ أَنْ يَجْعَلَ لِنَفْسِهِ مَسِيلاً وَطَرِيقاً؛ لِأَنَّهَا وَقَعَتْ مُخْتَلَّةً[3]؛ لِبَقَاءِ الِاخْتِلَاطِ، وعَدَمِ حُصُولِ الْمَقْصُوْدِ [بِهَا][4].

وفِي «شَرْحِ الوافِي»، وَصُورَتُهُ:((دارٌ بَيْنَ رَجُلَيْنِ، وَفِيهَا صُفَّةٌ فِيهَا بَيْتٌ، وَبَابُ الْبَيْتِ فِي الصِّفَةِ، وَمَسِيلُ مَاءٍ ظَهْرَ الْبَيْتِ عَلَى ظَهْرِ الصُّفَّةِ[5]، فَاقْتَسَمَا، وأَصَابَ الصُّفَّةَ أَحَدُهُمَا، وَقِطْعَةً مِنْ السَّاحَةِ، وأَصَابَ الْبَيْتَ أَحَدُهُمَا، وَقِطْعَةً مِنْ السَّاحَةِ، وَلَمْ يَذْكُرْ طَرِيقاً وَلَا مَسِيلَ مَاءٍ، وَصَاحِبُ

.

الْبَيْتِ يَقْدِرُ أَنْ يَفْتَحَ بَابَهُ فِيمَا أَصَابَهُ مِنْ السَّاحَةِ، وَيُسِيلُ مَاءُهُ فِي ذَلِكَ، فَأَرَادَ أَنْ يَمُرَّ فِي الصُّفَّةِ عَلَى حَالِهِ، وَيُسِيلَ مَاءَهُ عَلَى مَا كَانَ، فَلَيْسَ لَهُ ذَلِكَ، سَوَاءٌ شَرَطَ كُلٌّ مِنْهُمْا أَنَّ لَهُ مَا أَصَابَهُ بِكُلِّ حَقٍّ لَهُ، أَوْ لَمْ يَشْرُطْ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ[6]؛ فَإِنَّهُ إِنْ ذَكَرَ الحَقُّوقَ، وَالْمَرَافِقَ يَدْخُلُ/ [فِي][7] الطَّرِيقِ وَمَسِيلِ الْمَاءِ، وإِنْ لَمْ يَذْكُرْ لَمْ يَدْخُلَا))[8].

356/ب

---

(1) وهذا عند عن أبي حنيفة: لأن الأرض تقسم بالمساحة هي الأصل في الممسوحات، ثم يرد من وقع في نصيبه البناء، أو من كان نصيبه أجود دراهم على الآخر، حتى يساويه، فتدخل الدراهم في القسمة ضرورة، كالأخ لا ولاية له في المال، ثم يملك تسمية الصداق.
وعن أبي يوسف: أنه يقسم باعتبار القيمة؛ لأنه لا يمكن اعتبار التعديل فيه إلا بالتقويم؛ لأن تعديل البناء لا يمكن بالمساحة.
وعند محمد: أنه يرد على شريكه بمقابلة البناء ما يساويه من العرصة، فإذا بقي فضل، ولم يمكن التسوية، بأن لم تف العرصة بقيمة البناء، فحينئذ يرد دراهم، فلا يترك الأصل، وهو القسمة بالمساحة إلا بالضرورة، وهذا يوافق رواية الأصل.
وفي «الاختيار»: وقول محمد أحسن وأوفق للأصول. ينظر: المرغيناني، الهداية، مصدر سابق، ج4، 330. والموصلي، الاختيار لتعليل المختار، مصدر سابق، ج2، ص77. وشيخ زاده، مجمع الأنهر، مصدر سابق، ج2، ص494.

(2) سقط من: (ك).

(3) في (ك) و(س): مختلفة.

(4) سقط من: (ك).

(5) الصفة: الظلة، صفة البنيان: طرته، وهو شبه البهو الواسع الطويل السمك، وفي الحديث ذكر أهل الصفة، وهم فقراء المهاجرين، ومن لم يكن له منهم منزل يسكنه، فكانوا يأوون إلى موضع مظلل في مسجد المدينة يسكنونه. ينظر: ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، ج9، ص195.

(6) فإنه لو باع البيت، وذكر في البيع الحقوق والمرافق، دخل الطريق والمسيل، وإن لم يذكر الحقوق لم يدخل. ينظر: العيني، البناية شرح الهداية، مصدر سابق، ج11، ص437.

(7) سقط من: (ت) و(أ) و(س) و(ن) و(ع).

(8) انتهى كلامه. ينظر: النسفي، الكافي، ق198/أ.

الْفَرْقُ: أَنَّ الْمَقْصُودَ بِالْبَيْعِ إيجَابُ الْمِلْكِ لِلْمُشْتَرِي[1]، وَتَمَكُّنِهِ مِنْ الِانْتِفَاعِ [وَذَا][2] إنَّمَا يَتُمُّ بَالطَّرِيقِ والمَسِيلِ، إلَّا أَنَّ ذَلِكَ خَارِجٌ عَنْ الحُدُوْدِ[3]، فَلَا يَدْخُلُ فِي الْبَيْعِ بِمُطْلَقِ تَسْمِيَتِهِ الْبَيْتَ، بَلْ بِذِكْرِ الْحُقُوقِ وَالْمَرَافِقِ.

والْمَقْصُوْدُ بِالْقِسْمَةِ: تَمْيِيزُ أَحَدِ الْمِلْكَيْنِ مِنْ الْآخَرِ، وَأَنْ يَخْتَصَّ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالِانْتِفَاعِ بِنَصِيبِهِ عَلَى وَجْهٍ لَا يُشَارِكُهُ الْآخَرُ فِيهِ، وَإِنَّمَا[4] يَتِمُّ هَذَا الْمَقْصُودُ إذَا لَمْ يَدْخُلْ الطَّرِيقُ وَالْمَسِيلُ لأَحَدِهِمَا فِي نَصِيبِ الْآخَرِ؛ لِتَمْيِيزِ نَصِيبِ أَحَدِهِمَا مِنْ[نَصِيبِ][5] الْآخَرِ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ.

وَلَوْ لَمْ يَقدِرْ صَاحِبُ الْبَيْتِ أَنْ يَفْتَحَ بَابَهُ، فِيمَا أَصَابَهُ مِنْ السَّاحَةِ، وَيُسِيلُ مَاءَهُ فِي ذَلِكَ، فَإِنْ كَانَا ذَكَرَا فِي الْقِسْمَةِ أَنَّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْا مَا أَصَابَهُ بِكُلِّ حَقٍّ هُوَ لَهُ، جَازَتْ الْقِسْمَةُ، وَكَانَ طَرِيْقُهُ فِي الصُّفَةِ، ومَسِيلِ المَاءِ عَلَى سَطْحِهَا، كَمَا كَانَ قَبْلَ الْقِسْمَةِ.

وإِنْ لَمْ يُذْكَرْ[6] الْحُقُوقُ وَالْمَرَافِقُ، فَالْقِسْمَةُ فَاْسِدَةٌ بِخِلَافِ الْبَيْعِ؛ فَإِنَّهُ يَكُونُ صَحِيْحَاً، وإِنْ لَمْ يَذْكُرَا[7] الْحُقُوقَ وَالْمَرَافِقَ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ بِالْبَيْعِ مِلْكُ الْعَيْنِ، وهَذَا الْمَقْصُوْدُ يَتِمُّ لِلْمُشْتَرِي، وَإِنْ تَعَذَّرَ عَلَيْهِ الِانْتِفَاعُ بِعْدَمِ الطَّرِيقِ والمَسِيلِ .

وَأَمَّا الْقِسْمَةُ: فَالْمَقْصُوْدُ مِنْهَا إِيْصَالُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْا إلى الِانْتِفَاعِ بِنَصِيبِهِ، فَإِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ مَفْتَحٌ إلى الطَّرِيقِ، وَلَا مَسِيلٌ لِلمَاءِ، فِهَذِهِ قِسْمَةٌ وَقَعَتْ عَلَى الضَّرَرِ، فَلَا يَجُوزُ إلَّا أَنْ يَذْكَرَ الْحُقُوقَ

وإِنْ أَقَرَّ بالاسْتِيفاءِ، ثُمَّ ادَّعَى أَنَّ بعضَ حِصَّتِهِ وَقَعَ فِي يَدِ صَاحِبِهِ غَلَطاً، صُدِّقَ بِالحُجَّةِ.....

وَالْمَرَافِقَ، فَيُسْتَدَلُّ بِهِ عَلَى أَنَّهُمَا قَصَدَا إدْخَالَ الطَّرِيقِ وَالْمَسِيلِ؛ لِتَصْحِيحِ الْقِسْمَةِ لِعِلْمِهِمَا، أَنَّ الْقِسْمَةَ، لَا تَصِحُّ بِدُونِهِمَا فِي هَذَا الْمَوْضِعِ، بِخِلَافِ مَا سَبَقَ.

وهَذَا؛ لِأَنَّ الْمُعْتَبَرَ فِي الْقِسْمَةِ الْمُعَادَلَةُ فِي الْمَنْفَعَةِ [فَإِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ طَرِيقٌ، وَلَا مَسِيلٌ، لَا يَحْصُلُ مَعْنَى الْمُعَادَلَةِ فِي الْمَنْفَعَةِ][8]، فَلَا تَصِحُّ الْقِسْمَةُ، كَمَا لَوْ اسْتَأْجَرَ مُهْرًا صَغِيراً، أَوْ أَرْضاً سَبِخَةً لِلزِّرَاعَةِ، لَمْ يَجُزْ؛ لِفَوَاتِ مَا هُوَ الْمَقْصُودُ، وَهُوَ الْمَنْفَعَةُ[9].

[فَصْلٌ دَعْوَى الْغَلَطِ فِي الْقِسْمَةِ، وَالِاسْتِحْقَاقِ فِيهَا]

---

(1) في (ك):(من المشتري).

(2) سقط من: (س).

(3) في (ك) و(ن): المحدود.

(4) في (ن): (لم يتم).

(5) سقط من: (ك) و(أ).

(6) في (أ) و(ن): تذكر.

(7) في (ك) و(س) و(ن): يذكر.

(8) سقط من: (ت) و(ك) و(س) و(ع).

(9) من صفات القسمة: أن تكون عادلة غير جائرة، وهي أن تقع تعديلا للأنصباء من غير زيادة على القدر المستحق من النصيب، ولا نقصان عنه؛ لأن القسمة إفراز بعض الأنصباء، ومبادلة البعض، ومبنى المبادلات على المراضاة، فإذا وقعت جائرة؛ لم يوجد التراضي، ولا إفراز نصيبه بكماله؛ لبقاء الشركة في البعض، فلم تجز وتعاد. ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج7، ص26.

(وإنْ أَقَرَّ) أَحَدُهُمْ **(بِالاسْتِيفَاءِ)** أَيْ: بِأَنَّهُ اسْتَوْفَى حِصَّتَهُ، **(ثُمَّ ادَّعَى أَنَّ بعـضَ حِصَّـتِهِ وَقَـعَ فِي يَـدِ صَـاحِبِهِ غَلَطـاً، صُدِّقَ**[1]**)** فِي دَعْوَاهُ، لَكِنْ **(بِالحُجَّةِ)**؛ لِأَنَّ الْقِسْمَةَ بَعْدَ تَمَامِهَا عَقْدٌ لَازِمٌ، فَمُدَّعِي الْغَلَطِ فِيهَا، يَدَّعِي لِنَفْسِهِ حَـقَّ الْفَسْـخِ بَعْـدَ مَا ظَهَرَ سَبَبُ لُزُومِهَا، فَلَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ إِلَّا بِالبَيِّنَةِ.

فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ بَيِّنَةٌ يَسْتَحْلِفُ الشُّرَكَاءَ؛ لِأَنَّهم لَوْ أَقَرُّوا بِذَلِكَ لَزِمَهُمْ، فإِذَا أَنْكَرُوا حَلَفُوا عَلَيْهِ، رَجَاءَ النُّكُـوْلِ مِـنْهُمْ، فمَنْ حَلَفَ مِنْهُمْ لَمْ يَكُنْ [لَهُ][2] عَلَيْهِ سَبِيلٌ، وَمَنْ نَكَلَ جُمِعَ بَيْنَ نَصِيبِهِ ونَصِيبِ الْمُدَّعِي، وَقُسِمَ ذَلِـكَ بَيْـنَهُمَا عَـلَى قَـدْرِ نَصِيبِهِمَا؛ لِأَنَّ النَّاكِلَ كَالمُقِرِ، وَإِقْرَارُ الْمقِرِ حُجَّةٌ عَلَيْهِ دُونَ غَيْرِهِ، قَالَوا: وَيَنْبَغِي أَنْ لا تُقْبَلَ[3] دَعْوَاهُ أَصْلاً؛ لِأَنَّهُ مُنَاقِضٌ[4].

وَلَوْ قَالَ: قَدْ اسْتَوْفَيْتُ حَقِّي، وأَخَذْتُ بَعْضَهُ، فَالْقَوْلُ لِخَصْمِهِ مَعَ يَمِيْنِهِ؛ لِأَنَّهُ يَـدَّعِي عَلَيْـهِ الْغَصْـبَ، وَهُـوَ يُنْكِـرُهُ، وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُنْكِرِ مَعَ يَمِيْنِهِ[5].

وَلَوْ قَالَ: أَصَابَنِي إِلَى مَوْضِعِ كَذَا، فَلَمْ يُسَلِّمْهُ إِلَيَّ، وَلَمْ يُشْهِدْ عَلَى نَفْسِهِ بِالاسْتِيفَاءِ، وَكَذَّبَهُ شَرِيكُهُ تَحَالَفَا وَفُسِخَتْ الْقِسْمَةُ؛ لِأَنَّ هَذَا اخْتِلَافٌ فِي مِقْدَارِ مَا / أَصَابَ كُلُّ وَاحِدٍ بِالْقِسْمَةِ[6]، فصَارَ كَالِاخْتِلَافِ فِي مِقْدَارِ الْمَبِيعِ[7]. 357/أ

وَلَوْ اقْتَسَمَا دَارَاً وَادَّعَى أَحَدُهُمَا بَيْتَاً فِي يَدِ الْآخَرِ[8] أَنَّهُ مِمَّا أَصَابَهُ بِالْقِسْمَةِ، وأَنْكَرَ الْآخَرُ فَعَلَيْهِ إِقَامَةُ البَيِّنَةِ، [فَـإِنْ أَقامَا البَيِّنَةَ][9]، فَالِاعْتِبَارُ لِبَيِّنَةِ الْمُدَّعِي؛ لِأَنَّهُ خَارِجٌ، إِنْ كَانَ قَبْلَ الْإِشْهَادِ عَلَى الْقَبْضِ تَحَالَفَا وَتَرَادَّا[10].

---

(1) يجب أن يعلم بأن دعوى الغلط في القسمة نوعان: دعوى الغلط في التقويم، ودعـوى الغلـط في مقـدار الواجـب بالقسـمة، فأمـا دعـوى الغلط فهو نوعان أيضاً: نوع يصح، ونوع لا يصح، والذي لا يصح أن يدعي أحد المتقاسمين الغلط في التقـويم بغـبن يسـير بـأن كـان مـا يدعي من الغلط يدخل تحت تقويم المتقومين، فهذه الدعوى لا تصح، ولو أقام البينة عليـه لا تسـمع بينتـه، حصـلت القسـمة بقضـاء القاضي أو بتراضيهم لوجهين: أحدهما: أن الاحتراز عن مثل هذا الغلط غير ممكن. والثاني: أنه يؤدي إلى مالا يتناهى. ينظـر: ابـن مـازة، المحيط البرهاني، مصدر سابق، ج7، ص275. والولواجي، الفتاوى، مصدر سابق، ج3، ص218.

(2) سقط من: (ت) و(ك) و(س) و(ع).

(3) في (ت) و(ع): لا يقبل.

(4) قال الأتقاني: قال صاحب ((الهداية)): ينبغي أن لا تقبل دعواه أصلا لتناقضه يعني أن البينـة تترتـب عـلى الـدعوى الصـحيحة والـدعوى لا تصح مع التناقض لأنه أقر باستيفاء حقه ثم ادعى أنه لم يستوف واعتذر بعضهم في هذا وقال التناقض عفو في موضـع الحلفـاء كالعبـد يدعي الحرية بعد إقراره أنه رقيق، وقال صدر الشريعة في ((شرح الوقاية)): وفي ((المبسوط))، وقاضي خـان مـا يؤيـد هـذا. ينظـر: ينظـر: الشِّلْبِيِّ، حاشية الشِّلْبِيِّ على التبيين، مصدر سابق، ج5، ص273. والمحبوبي، عبيد اللـه بن مسعود(2006)، شرح الوقايـة (ت: د. صـلاح ابو الحاج)، ط1، ج5، ص71، مؤسسة الوراق، عمان.

(5) وكذلك كل ما يقسم، فهو على هذا، لا يعاد ذرع شيء من ذلك، ولا مساحته، ولا كيله، ولا وزنه إلا بحجة؛ لأن الظاهر أن القسمة وقعـت على سبيل المعادلة، وأنه وصل إلى كل ذي حق حقه، والبناء على الظاهر واجب، ما لم يثبت خلافه. ينظر: السرخسي، المبسوط، مصـدر سابق، ج15، ص16.

(6) في (ك): في القسمة.

(7) ولو اختلفا في التقويم، لم يلتفت إليه إلا إذا كانت القسمة بقضاء القاضي، والغبن فاحش؛ لأن تصرفه مقيد بالعـدل والنظـر، وأمـا إذا كـان بالتراضي، فقد قيل لا يلتفت إلى قول مدعيه؛ لأن دعوى الغبن لا تعتبر في البيع، فكـذا في القسـمة؛ لوجـود الـتراضي؛ وفيـه يفسـخ؛ هـو لصحيح ذكره في((الكافي))، وفي ((العناية)): وهو الصحيح وعليه الفتوى. ينظر: المرغيناني، متن بداية المبتدي، ص214. وابن نجـيم، البحـر الرائق، مصدر سابق، ج8، ص178.

(8) في (ك): آخر.

(9) سقط من: (ك).

(10) وإذا اقتسم رجلان دارين، وأخذ أحدهما دارا، والآخر دارا، ثم ادعى أحدهما غلطا، وجاء بالبينة أن له كـذا ذراعـا في الـدار التـي في يـد صاحبه، وفصلا في قسمة؛ فإنه يقضي له بذلك الذرع، ولا تعاد القسمة، وليس هذا كالدار الواحدة في قول أبي يوسف، ومحمد رحمهـما اللـه.

وَلَوْ اخْتَلَفَا فِي الْحُدُودِ، بِأَنْ قَالَ أَحَدُهُمَا: هَذَا الْحَدُّ لِي، وقَدْ دَخَلَ فِي نَصِيبِهِ، وقَالَ الْآخَرِ: هَذَا الْحَدُّ لِي وقَدْ دَخَلَ فِي نَصِيبُهِ، فَإِنْ أَقَامَا البَيِّنَةَ، يُقْضَى لِكُلِّ وَاحِدٍ بِالجُزْءِ الَّذِي فِي يَدِ صَاحِبِهِ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ يُثْبِتُ الْمِلْكُ لِنَفْسِهِ فِي جُزْءٍ مِمَّا فِي يَدِ صَاحِبِهِ بِعَيْنِهِ، وَاجْتَمَعَ [فِي][1] ذَلِكَ الجُزْءِ، بَيِّنَةُ الخَارِجِ، وَذِي الْيَدِ، فَيَتَرَجَّحُ بَيِّنَةُ الخَارِجِ، فَإِنْ أَقَامَ أَحَدُهُمَا بَيِّنَةً قُضِيَ لَهُ، وَإِنْ لَمْ

وَشَهَادَةُ القَاسِمَيْنِ حُجَّةٌ، .....

يُقِمْ وَاحِدٌ مِنْهُمْ [بَيِّنَةً][2] تَحَالَفَا، فَيَحْلِفُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ عَلَى دَعْوَى صَاحِبِهِ، كَمَا فِي الْبَيْعِ[3]، وبَعْدَ التحَالُفِ ، يَرُدُّ[4] الْقِسْمَةَ[5].

(**وَشَهَادَةُ القَاسِمَيْنِ**[6]) الَّذِينَ تَوَلَيَا الْقِسْمَةَ عَلَى أَحَدِ المَقْسُومِ عَلَيْهِم، أَنَّهُ اسْتَوْفَى نَصِيبَهُ، (**حُجَّةٌ**) أَيْ: مَقْبُولَةٌ[7]، وهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وأَبِي يُوسُفَ، وقَالَ مُحَمَّدٌ: لا تُقْبَلُ - وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ أَوَّلاً [8] - وَسَوَاءٌ فِي ذَلِكَ قَاسِمَا الْقَاضِي وغَيْرُهُمَا[9][10].

لَهُ: أَنَّهُمَا شَهِدَا عَلَى [فِعْلِ][1] أَنْفُسِهِمَا، فَتُرَدُّ شَهَادَتِهِمَا كَرَجُلٍ [عَلَّقَ][2] عَتْقَ عَبْدِهِ بِفِعْلِ رَجُلَيْنِ، فَشَهِدَا عَلَى فِعْلِهِمَا.

وأما في قول أبي حنيفة، فالقسمة فاسدة والداران بينهما نصفان؛ لأن الثابت بالبينة كالثابت باتفاق الخصمين. ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج15، ص16.

(1) سقط من: (ك).

(2) سقط من: (ك).

(3) قال في((الخلاصة)): وفي الأصل: دعوى الغلط في القسمة على ثلاثة أوجه:
أحدها: دعوى الغلط في القسمة بأن يقول قيمته ألف، وأنتم قومتموه بخمسمائة، وهذه الدعوى غير صحيحة، كدعوى الغبن في البيع، فإنه لا يصح، هكذا ذكر في ((شرح الشافي)).
والثاني: لو قال: نصيبي النصف، وما وصل إلي إلا الثلث، والباقي في يدك، وأنكر الآخر، تحالفا وترادا كالبيع.
والثالث: ادعى أحدهما على صاحبه، أنه أخذ من نصيبه شيئا بعد القسمة، يقيم البينة، فإن لم يكن حلف الآخر، وهذا إذا لم يقر بالاستيفاء، أو بالإبراء، أما إذا أقر بالاستيفاء، أو الإبراء، أو شهد شاهدان على ذلك، لم تصح دعواه . ينظر: الشِّلْبِيِّ، حاشية الشِّلْبِيِّ على التبيين، مصدر سابق، ج5، ص274.

(4) في (أ) و(ن): ترد.

(5) أي: كما لا تصح دعوى الغبن الفاحش في البيع بدون تغرير، فيجب أن لا تعتبر أيضا القسمة؛ لأنه قد وقع التراضي بين المتقاسمين. ينظر: علي حيدر، شرح مجلة الاحكام، ج3، ص120.

(6) يجب أن يعلم: بأن شهادة الإنسان على فعل من أفعاله، أو صفة من صفاته، أو نفي ذلك، لا تقبل؛ لأنه شهادة لنفسه، والشهادة لنفسه دعوى، وبالدعوى لا يقطع الحكم. ينظر: ابن مازة، المحيط البرهاني، مصدر سابق، ج8، ص335.

(7) يعني: إذا أنكر بعض الشركاء بعد القسمة استيفاء نصيبه، فشهد القاسمان، أنه استوفى نصيبه، تقبل شهادتهما، سواء كانا من جهة القاضي، أو غيره. ينظر: ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج8، ص176.

(8) قال ابن سماعة عن محمد: كان أبو حنيفة (رحمه الله) يجيز شهادة القاسمين على قسمتهما، وكان أبو يوسف (رحمه الله) لا يجيز ذلك، ثم رجع إلى قول أبي حنيفة (رحمه الله)، وقال محمد (رحمه الله): لا تجوز شهادتهما، وذكر الخصاف قول محمد مع قول أبي حنيفة (رحمهما اللهُ)، ولم يذكر فيه الاختلاف، قالوا: إن ما ذكره الخصاف آخر قول محمد، فقد رجع إلى قول أبي حنيفة، فأما في ظاهر الرواية، فقول محمد يخالف قولهما في هذه المسألة، ووجه قول محمد أنهما شهدا على فعل أنفسهما، فلا تقبل شهادتهما، سواء كان فيه منفعة لهما أو لم تكن. ينظر: المصدر السابق. و قاضي زادة، نتائج الأفكار، مصدر سابق، ج9، ص446.

(9) أي سواء كان الشاهدان اللذان شهدا في المسألة المذكورة المتقاسمين اللذين يقسمهما القاضي أو غيرهما ممن اختارها المتقاسمون. ينظر: العيني، البناية شرح الهداية، مصدر سابق، ج11، ص446.

(10) وقال الامام جمال الاسلام الكرابيسي (رحمه الله): الصحيح قول ابي حنيفة، وعليه مشى الامام البرهاني، والنسفي، وغيرهما. ينظر: ابن قطلوبغا، التصحيح والترجيح، مصدر سابق، ص451.

وَفُسِخَتْ إنْ اسْتَحَقَّ بَعْضٌ مُشَاعٌ فِي الكُلِّ لا بَعْضٌ، مِنْ حِصَّةِ أَحَدِهِمَا بل يَرْجِعُ.....

ولَهُمَا: أَنَّ الْقَاسِمَيْنِ شَهِدَا عَلَى الِاسْتِيفَاءِ، والْقَبْضِ، [وَهُوَ فِعْلُ غَيْرِهِمَا؛ لِأَنَّ فِعْلَهُمَا التَّمْيِيزُ، وَلَا حَاجَةَ إلى الشَّهَادَةِ عَلَيْهِ، أو لِأَنَّهُ لَا يَصْلُحُ مَشْهُوَداً بِهِ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ لَازِمٍ، وإنَّمَا يَلْزَمُ[3] بِالْقَبْضِ، وَالاسْتِيْفَاءِ][4]، وَهُوَ فِعْلُ غَيْرِ الْقَاسِمِ.

قَالَ بَعْضِ المَشَايِخِ: هَذَا إِذَا لَمْ يَسْتَأْجِرَا عَلَى الْقِسْمَةِ؛ حَتَّى لا يَكُونَ هَذَا مِنْهُمْا جَرُّ النَّفْعِ إلى أَنَفْسِهِمَا، أَمَّا إِذَا قَسَمَا بِأَجْرٍ، فلَا تُقْبَلُ[5] الشَّهَادَةُ بِالِاتِّفَاقِ[6].

وَأُجِيبَ: بأنهمَا لَمْ يَجُرَّا بِهَذِهِ الشَّهَادَةِ نفعا لِأَنْفُسِهِمَا؛ لِأَنَّ الْخصُوْمَ اتَّفَقَوا عَلَى إِبْقَائِهِمَا الْعَمَلَ الْمُسْتَأْجَرِ عَلَيْهِ، وَهُوَ التَّمْيِيزُ، وإنَّمَا الِاخْتِلَافُ فِي الِاسْتِيفَاءِ.

قَيَّدَ بـ «الْقَاسِمَيْنِ» وَهُوَ: بِفَتْحِ المِيْمِ، تَثْنِيَةُ قَاسِمٍ؛ لِأَنَّ شَهَادَةَ الْقَاسِمِ الوَاحِدِ، لَيْسَتْ بِحُجَّةٍ؛ لِأَنَّ شَهَادَتَهُ شَهَادَةُ فَرْدٍ.

(وَفُسِخَتْ) الْقِسْمَةُ، **(إنْ إسْتَحَقَّ بَعْضٌ مُشَاعٌ فِي الكُلِّ)** أَيْ: كُلِّ الْأَنْصِبَاءِ؛ لِأَنَّها لَوْ بَقِيَتْ؛ لَتضَرَرَ الْمُسْتَحِقُّ بِتَفْرِقِ مِلْكِهِ فِي الْأَنْصِبَاءِ، **(لا بَعْضُ)** أَيْ، ولَا يُفْسَخُ الْقِسْمَةُ إنْ اسْتَحَقَّ بَعْضَ شَائِعٍ **(مِنْ حِصَّةِ أَحَدِهِمَا، بل يَرْجِعُ)** بِقِسْطِهِ فِي نَصِيبِ شَرِيكِهِ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: تُفْسَخُ[7] الْقِسْمَةُ، ذَكَرَ الْقُدُورِيُّ، وصَاحِبُ «الْأَسْرَارِ»[8] هَذَا الخِلَافَ فِي اسْتِحْقَاقِ بَعْضٍ مُعَيَّنٍ.

---

(1) سقط من:(أ).

(2) سقط من: (ن).

(3) في (أ): ملزم.

(4) سقط من: (ك).

(5) في (ت) و(ع): يقبل.

(6) وهو قول الطحاوي، وإليه مال بعض المشايخ، حيث قال: إذا قسما بأجر لا تقبل الشهادة بالإجماع، لأنهما يدعيان إيفاء عمل استؤجرا عليه، فكانت شهادة صورة، ودعوى معنى، فلا تقبل، وفي «المستصفى»: شهادتهما مقبولة سواء قسما بأجر، أو بغير أجر، وهو الصحيح كما في«السراج» وسواء شهدا على القسمة لا غير ابتداء، ثم قالا بعد ذلك: نحن قسمنا أو شهدا على قسمة أنفسهما من الابتداء على الصحيح، كما في «التتارخانية». ينظر: المرغيناني، الهداية، مصدر سابق، ج4، ص332. والشرنبلالي، حاشيته على درر الحكام، مصدر سابق، ج2، ص425. وابن عابدين، رد المحتار، مصدر سابق، ج6، ص264.

(7) في (ك) و(س) و(أ) و(ن): تفسخ.

(8) وهو لعبيد الله بن عمر بن عيسى الدَّبوسِيّ الحنفي، أبو زيد، قال الذهبي: كان أحد من يضرب المثل في النظر واستخراج الحجج، وهو أول من أبرز علم الخلاف إلى الوجود، وكان شيخ تلك الديار، من مؤلفاته: «تقويم الأدلة»، و«النظم في الفتاوى»، و«تأسيس النظر في اختلاف الأئمة»، (ت430هـ). ينظر: ابن خلكان، وفيات الأعيان، مصدر سابق، ج3، ص48، والذهبي، تاريخ الإسلام، مصدر سابق، ج29، ص290. والقرشي، الجواهر المضية، مصدر سابق، ج1، ص 339.

والصَّحِيحُ: أَنَّهُ فِي اسْتِحْقَاقِ بَعْضِ شَائِعٍ مِنْ نَصِيبِ أَحَدِهِمَا، وَأَمَّا اسْتِحْقَاقُ[1] بَعْضِ مُعَيَّنٍ، فَلَا خِلَافَ فِي عَدَمِ الْفَسْخِ[2]، وذَكَرَ أَبُو سُلَيْمَانَ[3] قَوْلَ مُحَمَّدٍ مَعَ أَبِي يُوسُفَ، وذَكَرَه أبو حَفْصٍ[4] مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَهُوَ الْأَصَحُّ[5].

وَصُوْرَةُ الْمَسْأَلَةِ: دَارٌ بَيْنَ رَجُلَيْنِ نِصْفَانِ اقْتَسَمَاهَا، فَجُعِلَ لِأَحَدِهِمَا الثُّلُثُ مِنْ مُقَدَمِهَا، وقِيمَتُهُ سِتُّمِائَةٍ، ولِلْآخَرِ الثُّلُثَانِ مِنْ مُؤَخَّرِهَا، وقِيمَتُهُ سِتُّمِائَةٍ، وَهِيَ مِيرَاثٌ بَيْنَهُمَا، أَوْ شِرَاءٌ[6]، ثُمَّ اسْتَحَقَّ نِصْفَ مَا فِي يَدَيْ [صَاحِبِ][7] الْمُقَدَّمِ مُشَاعَاً.

فعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ: لا تَبْطُلُ الْقِسْمَةُ، لَكِنْ إِنْ شَاءَ رَجَعَ صَاحِبُ الْمُقَدَّمِ عَلَى صَاحِبِ الْمُؤَخَّرِ بِرُبْعِ/ مَا فِي يَدِهِ، وَقِيمَةُ ذَلِكَ مِائَةٌ وَخَمْسُونَ دِرْهَماً، وَإِنْ شَاءَ نَقَضَ[8] الْقِسْمَةَ؛ دَفْعَاً لَعَيْبِ التَّشْقِيصِ[9]. 357/ب

وَصَحَّتْ الْمُهَايَأَةُ، .....

وقَالَ أَبُو يُوْسُفَ: تَبْطُلُ[10] الْقِسْمَةُ، ومَا بَقِيَ فِي أَيْدِيهِمَا يَكُونَ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ؛ لِأَنَّ اسْتِحْقَاقَ نِصْفِ مَا فِي يَدِ صَاحِبِ الْمُقَدَّمِ شَائِعَاً ظَهَرَ لَهُمَا شَرِيكٌ ثَالِثٌ فِي الدَّارِ، وَالدَّارُ الْمُشْتَرَكَةُ بَيْنَ ثَلَاثَةِ نَفَرٍ إِذَا اقْتَسَمَهَا اثْنَانِ مِنْهُمْ كَانَتْ [الْقِسْمَةُ][11] بَاْطِلَةٌ، فصَارَ كَمَا لَوْ اسْتَحَقَّ رُبُعُ الدَّارِ شَائِعَاً.

ولَهُمَا: أَنَّ مَعْنَى الْقِسْمَةِ، التَّمْيِيزُ، وَالْإِفْرَازُ، وَهَذَا الْمَعْنَى لَا يُفَوَّتُ بِاسْتِحْقَاقِ بَعْضٍ شَائِعٍ مِنْ نَصِيبِ أَحَدِهِمَا؛ لِأَنَّ مَا تَبَيَّنَ بِالاسْتِحْقَاقِ لَا يَمْنَعُ ابْتِدَاءَ الْقِسْمَةِ، ومَا لَا يَمْنَعُ ابْتِدَاءَ[12] الْقِسْمَةِ لا يَمْنَعُ بَقَاْئَهَا[13] بِالطَّرِيقِ الْأَوَّلَى، بِخِلَافِ مَا إِذَا[14] اُسْتُحِقَّ جُزْءٌ شَائِعٌ فِي جَمْيعِ الدَّارِ؛ لِأَنَّ مَعْنَى الإفْرَازِ والتَّمْيِيزِ لَمْ يَتَحَقَّقْ.

---

(1) في (ن): باستحقاق

(2) وهو بالإجماع كما حكاه بن مودود الموصلي في الاختيار، مصدر سابق، ج2، ص79..

(3) هو العلامة الإمام، موسى بن سليمان الجوزجاني الحنفي، صاحب أبي يوسف ومحمد، حدث عنهما، وعن ابن المبارك، حدث عنه : القاضي أحمد بن محمد البرتي، وبشر بن موسى، وأبو حاتم الرازي، وآخرون، وكان صدوقا محبوبا إلى أهل الحديث، قال ابن أبي حاتم: كان يكفر القائلين بخلق القرآن، وقيل: إن المأمون عرض عليه القضاء، فامتنع واعتل بأنه ليس بأهل لذلك، فأعفاه، ونبل عند الناس لامتناعه، وله تصانيف. ينظر: الذهبي، سير أعلام النبلاء، مصدر سابق، ج8، ص333. ينظر: ابن أبي حاتم، عبد الرحمن بن محمد الرازي (1952م)، الجرح والتعديل،ط1، ج8، ص145، دائرة المعارف العثمانية، حيدر آباد

(4) هو أحمد بن حفص المعروف بأبي حفص الكبير البخاري الإمام المشهور أخذ العلم عن محمد بن الحسن وله أصحاب لا يحصون. ينظر: القرشي، الجواهر المضية، مصدر سابق، ج1، ص67.

(5) وهكذا ذكره الإسبيجاني، قال: والصحيح قولهما، وعليه مشى الإمام المحبوبي، والنسفي، وغيرهما. ينظر: ابن قطلوبغا، التصحيح والترجيح، مصدر سابق، ص452. والغنيمي، اللباب، مصدر سابق، ج4، ص106.

(6) في (س): مشتري.

(7) سقط من: (ك).

(8) النقض: إفساد ما أبرمت من عقد أو بناء. والنقض ضد الإبرام. والنقض اسم البناء المنقوض إذا هُدم. ينظر: المُطَرِّزِيّ، المغرب في ترتيب المعرب، مصدر سابق، ج1، ص473. وابن منظور، لسان العرب، ج7، ص 242.

(9) الشقص: القطعة من الارض، والطائفة من الشيء. والشقيص: الشريك. يقال: هو شقصي، أي شريكي في شِقْصٍ من الأرض. ينظر: النسفي، طلبة الطلبة، مصدر سابق، ص46. والجوهري، الصحاح، مصدر سابق، ج3، ص1043. فالمراد بالتشقيص تجزئة الواجب، يعني إذا كان عند شخص أربعين شاة عشرين منها في العراق وعشرين منها في الاردن فيجب عليه أن يخرج شاة، فيخرج نصف الشاة في العراق ونصف الشاة الآخر في الاردن، فدفعا لهذا التشقيص يخرج شاة كاملة وينقل الجزء إلى بلد من البلدين.

(10) في (ت) و(ع): يبطل.

(11) سقط من: (ت) و(ك) و(س) و(ن) و(ع).

(12) في (ك): استحقاق.

(13) في (س): ابقاؤها.

(14) في (ك): لو.

ولهَذَا لَوْ كَانَ اسْتِحْقَاقُ ذَلِكَ ظَاهِراً، لَمْ تَجِزْ الْقِسْمَةُ بَيْنَهُمَا ابْتِدَاءً، فَكَذَا لَا تَبْقَى[1]؛ لِأَنَّها لَوْ بَقِيَتْ لَتَضَرَّرَ الثَّالِثُ بِتَفرِيْقِ نَصِيبِهِ فِي النَّصِيبَيْنِ، وَلَا ضَرَرَ هُنَا لِلْمُسْتَحِقِّ.

[فَصْلٌ الْمُهَايَأَةِ]

(وَصَحَّتْ الْمُهَايَأَةُ[2])[3]، وهي مُفَاعَلَةٌ بِإِبْدَالِ الْهَمْزَةِ أَلِفاً مِنْ التَّهْيِئَةِ، أو مِنْ التَّهَيُّؤِ، كَأَنَّ أَحَدَهُمَا يُهَيِّئُ الدَّارَ مِثْلاً؛ لِانْتِفَاعِ صَاحِبِهِ، أو يَتَهَيَّأُ لِلانْتِفَاعِ بها إذَا فَرَغَ صَاحِبُهُ[4].

فِي سُكْنَى هَذَا بَعْضاً مِنْ دَارٍ، وَهَذَا بَعْضاً.....

وَهِيَ جَائِزَةٌ[5]؛ لِمَا رُوِيَ أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ السَّلَامُ:((قَسَّمَ فِي غَزْوَةِ بَدْرٍ كُلَّ بَعِيرٍ بَيْنَ ثَلَاثَةِ نَفَرٍ، وَكَانُوا يَتَنَاوَبُونَ فِي الرُّكُوبِ))[6]؛ ولِأَنَّ الْأَعْيَانَ خُلِقَتْ لِلانْتِفَاعِ بِهَا، وَهُوَ مُسْتَحَقٌّ لِمُلَّاكِهَا، فَمَتَى كَانَ الْمِلْكُ مُشْتَرَكاً، كَانَ حَقُّ الِانْتِفَاعِ بِهِ مُشْتَرَكاً، وقَدْ يَكُونُ المَحَلُّ بِحَالٍ لَا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ عَيْناً، وَلَا يَحْتَمِلُ الِانْتِفَاعَ بِهِ عَلَى الِاشْتِرَاكِ فِي زَمَانٍ وَاحِدٍ، فَيُحْتَاجُ إلَى التَّهَايُؤِ، وَهُوَ قِسْمَةُ الْمَنَافِعَ، فَتَجُوْزُ[7] كَالْقِسْمَةِ فِي الأَعْيَانِ.

ولهَذَا يَجْرِي فِيهِ جَبْرُ الْقَاضِي، كمَا تَجْرِي فِي الْقِسْمَةِ، إلَّا أَنَّ الْقِسْمَةَ أَقْوَى مِنْهُ فِي اسْتِكْمَالِ الْمَنْفَعَةِ؛ لِأَنَّها جَمْعٌ لِلْمَنَافِعَ فِي زَمَانٍ وَاحِدٍ، وَهَذَا جَمْعٌ لِلْمَنَافِعَ عَلَى التَّعَاقُبِ، وَلِهَذَا لَوْ طَلَبَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ الْقِسْمَةَ، والْآخَرُ الْمُهَايَأَةُ، يَقْسِمُ الْقَاضِي.

---

(1) في (ك) و(س) و(ع): لا يبقى.

(2) قال السرخسي: اعلم بأن القياس يأبى جواز المهايأة؛ لأنها مبادلة المنفعة بجنسها وكل واحد من الشريكين في نوبته ينتفع بملك شريكه عوضا عن انتفاع الشريك بملكه في نوبته ولكن تركنا القياس وجوزناه للكتاب والسنة. ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج20، ص170.

(3) ذكر في مجلة الاحكام العدلية أن المهايأة تقسيم إلى خمسة أوجه:
1. زمانا أو مكانا وقد ذكر ذلك في المادة (1176) .
2. في كونها في الأعيان المتفقة المنفعة تارة والمختلفة المنفعة تارة أخرى. أنظر المادة (1181) .
3. باعتبارها للاستعمال مرة وللاستغلال مرة أخري انظر المادتين (1185و1186).
4. باعتبارها تارة رضاء وتارة قضاء كما هو الحال في القسمة انظر المادة (1120) وخصوص التقسيم على هذا الوجه يستفاد من المادة (1181) .
5. تقسيم المهايأة باعتبار جريانها تارة بين المالكين لرقبة المال وجريانها تارة بين المالكين للمنفعة. ينظر: علي حيدر، شرح مجلة الاحكام،ج3، ص108.

(4) المهايأة في الدار ونحوها مقاسمة المنافع، وهي أن يتراضى الشريكان أن ينتفع هذا بهذا النصف المفرز وذاك بذاك النصف، أو هذا بكله في كذا من الزمان وذاك بكله في كذا من الزمان بقدر مدة الأول. ينظر: العيني، البناية، ج10، ص 544. والنسفي، طلبة الطلبة، ص 259.

(5) بالكتاب، والسنة، والاجماع، والمعقول، اما الكتاب: فقوله تعالى:{قَالَ هَـذِهِ نَاقَةٌ لَهَا شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبُ يَوْمٍ مَعْلُومٍ} [الشعراء: 155] أي: أن الانتفاع بين قوم صالح وبين الناقة بالمناوبة، وإذا لم تنسخ شريعة الأولين فهي شريعة لنا.

و(السنة): على ما ذكر الشارح.

و(الاجماع): ما ذكره الزيلعي في التبيين،ج5، ص275.

و(المعقول): إذا لم تجز المهايأة يلزم تعطيل بعض الأموال التي خلقت لنفع البشر أي الأموال الغير القابلة للقسمة وإسقاطها من الانتفاع لأنه لا يتفق الشركاء على الانتفاع بعضا فيكون ذلك نسخا للآية الكريمة {هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا} [البقرة: 29].

(6) عن عبد الله بن مسعودﷺ قال: كنا في غزوة بدر، كل ثلاثة منا على بعير، كان علي وأبو لبابة زميلي ﷺ فإذا كان عقبة النبي ﷺ قالا: اركب يا رسول الله حتى نمشي عنك، فيقول:((ما أنتما بأقوى على المشي مني وما أنا بأغنى عن الأجر منكما)). ينظر: الشيباني، المسند، رقم:4009، مصدر سابق، ج7، ص112.

(7) في (ن):فيجوز

وَلَوْ وَقَعَتْ الْمُهَايَأَةُ فِيمَا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ كَالدَّارِ وَالْأَرْضِ، ثُمَّ طَلَبَ أَحَدُهُمَا الْقِسْمَةَ يُقْسَمْ، وَتَبْطُلُ الْمُهَايَأَةُ، وإِذَا صَحَّتْ الْمُهَايَأَةُ لَا تَبْطُلُ بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا، وَلَا بِمَوْتِهِمَا.

وَالتَّهَايُؤُ عَلَى وُجُوهٍ:

[1] [تَهَايُؤٌ **(فِي سُكْنَى هَذَا بَعْضاً مِنْ دَارٍ، وَهَذَا بَعْضاً)** مِنْهَا وَهُوَ جَائِزٌ بِالِاتِّفَاقِ؛[لِأَنَّ الْقِسْمَةَ عَلَى هَذَا الوَجْهِ جَائِزَةٌ، فَكَذَا التَّهَايُؤُ عَلَيْهِ، وَالتَّهَايُؤُ عَلَى هَذَا الوَجْهِ إفْرَازاً لِجَمِيْعِ الْأَنْصِبَاءِ لَا مُبَادَلَةً، وَلِهَذَا لَا يُشْتَرَطُ فِيْهِ التَّوْقِيتُ، ثُمَّ لِكُلِّ وَاحِدٍ أَنْ يَشْتَغِلَ مَا أَصَابَهُ بِالْمُهَايَأَةِ سَوَاءٌ شُرِطَ [...][1] ذَلِكَ فِي العَقدِ، أوْ لَمْ يُشْرَطْ [2] لِحُدُوْثِ الْمَنَافِعَ عَلَى مِلْكِهِ.

وخِدْمَةِ عَبْدٍ هَذَا يَوْماً وَهَذَا يَوْماً، كَسُكْنَى بِيتٍ صَغِيرٍ فِي عَبْدَيْنِ هَذَا هَذَا العَبْدُ، والآخَرُ الآخَرَ.....

[2] **(وَ)** تَهَايُؤٌ فِي **(خِدْمَةِ عَبْدٍ، هَذَا يَوْماً، وَهَذَا يَوْماً، كَسُكْنَى بِيتٍ صَغِيرٍ)** هَذَا يومَا، وهَذَا يوما][3] وَهُوَ جائز بِاتِّفَاقٍ؛ لِأَنَّ التَّهَايُؤَ قَدْ يَكُونُ مِنْ حَيْثُ الزَّمَانَ، وَقَدْ يَكُونُ مِنْ حَيْثُ المكَانَ، والْأَوَّلُ مُتَعَيَّنٌ هَاهُنَا][4].

[3] **(وَ)** تَهَايُؤٌ **(فِي عَبْدَيْنِ هَذَا)** أَيْ هَذَا السَّيْدُ لَهُ **(هَذَا العَبْدُ، والآخَرُ)** أَيْ: وَالسَّيْدُ الْآخَرُ لَهُ العَبْدُ **(الآخَرَ)**، وَهُوَ جائزٌ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ، وَمُحَمَّدٍ؛ لِأَنَّ الْقِسْمَةَ عَلَى هَذَا الوَجْهِ، جَائِزَةٌ جَبْراً مِنْ الْقَاضِي، وَبِالتَّرَاضِي، فَكَذَا الْمُهَايَأَةُ.

وَقِيلَ: لَا يَصِحُّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَهُوَ/ مَرْوِيٌّ عَنْهُ[5]؛ لِأَنَّ الرَّقِيْقَ لَا يَجْرِي فِيْهِ الجَبْرُ عِنْدَه، أَيْ جَبْرُ الْقَاضِي عَلَى [الْقِسْمَةِ][6]. 358/أ

وَالْأَصَحُّ: أَنَّهَا تَصِحُ عِنْدَه مِنْ الْقَاضِي؛ لِأَنَّ مَنَافِعَ الرَّقِيْقِ مِنْ حَيْثُ الخِدْمَةَ، قَلَّمَا تَتَفَاوَتُ[7]، بِخِلَافِ أَعْيَانِ الرَّقِيْقِ، فَإِنَّهَا تَتَفَاوَتُ تَفَاوُتاً فَاحِشاً.

وأعْلَمْ: أَنَّ التَّهَايُؤَ قَدْ يَكُونُ فِي الدَّارِ الوَاحِدَةِ، أو الدَّارَيْنِ، وفِي العَبْدِ الوَاحِدِ، أَوْ العَبدَيْنِ، وَفِي الدَّابَةِ الوَاحِدَةِ، أَوْ الدَّابَتَيْنِ، مِنْ حَيْثُ الْمَنْفَعَةَ، أَوْ مِنْ حَيْثُ الِاسْتِغْلَالَ، فَإِنْ كَانَ فِي غَلّةِ دَارٍ، أَوْ دَارَيْنِ، أَوْ خِدْمَةِ عَبْدٍ، أَوْ عَبْدَيْنِ، أَوْ سُكْنَى دَارٍ، أَوْ دَارَيْنِ، يَصِحُّ اتْفِاقاً.

---

(1) [فِي] زائدة من (ت) و(س) و(ع) و(ن).

(2) في (ك)و(س): يشترط.

(3) سقط من(ن).

(4) سقط من(س).

(5) أي: كما قال بعض المشايخ روى عنه الخصاف - رَحِمَهُ اللهُ - ،وقال الأترازي: يعني روي عن أبي حنيفة في «الكيسانيات» أن التهايؤ على خدمة العبدين، لا يجوز، وظاهر الرواية على خلاف ذلك، وإلى هذا مال الكرخي. ينظر: العيني، البناية شرح الهداية، مصدر سابق، ج11، ص466.

(6) سقط من(ن).

(7) في (أ) و(ن): يتفاوت.

وَإِنْ كَانَ فِي غَلَّةِ عَبْدٍ، وَغَلَّةِ بِغْلٍ، لَا يَصِحُّ اتِفَاْقاً.

وَإِنْ كَانَ فِي غَلَّةِ عَبْدَيْنِ، أَوْ غَلَّةِ بَغْلَيْنِ، أَوْ رُكُوبِ بِغْلٍ، أَو بَغْلَيْنِ، لا يَصِحُّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، خِلَافًا لَهُمَا[1].

(1) فهما يقولان معنى القسمة والتمييز يترجح في غلة العبدين؛ لأن كل واحد منهما يصل إلى نصيبه في الوقت الذي يصل إلى صاحبه فيجوز ذلك كما في المهايأة في الخدمة وفي غلة الدارين فأما في العبد الواحد فمعنى المعاوضة يغلب؛ لأنه يصل أحدهما إلى الغلة قبل أن يصل الآخر إليه وفيه معنى الخطر وربما يمرض العبد في نوبة أحدهما فيعجز عن الخدمة وربما يمتنع من الخدمة بدعوى الحرية ومعنى الخطر في المعاوضة مبطل له وبه فارق غلة الدار الواحدة؛ لأن باعتبار العادة هناك الغلة تسلم لكل واحد منهما في نوبته والغالب هو السلامة.ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج20، ص173.

كتاب الهبة

كِتَابُ الْهِبَةِ

هِيَ تَمْلِيكُ عَيْنٍ بِلَا عِوَضٍ ...

(كِتَابُ[1] الْهِبَةِ)[2]

(هِيَ) فِي اللُّغَةِ: مَصْدَرٌ مَحْذُوْفُ الْأَوَّلِ، مُعَوَّضٌ عَنْهُ هَاءُ التَّأْنِيْثِ، وَأَصْلَهُ: وَهْبَ بِتَسْكِيْنِ الهَاْءِ وَتَحْرِيْكِهَا، وَمَعْنَـاهُ: إِيَصَالُ مَا يَنْفَعُ، مَالاً [كَانَ][3] أَوْ غَيْرِهِ، يُقَالَ: وَهَبَ اللـهُ فُلَانَاً مَالاً، وَوَهَبَهُ وَلَدَاً صَالِحاً[4]، قَالَ اللـه تعالى:{فَهَبْ لِي مِنْ لَدُنْكَ وَلِيًّا} [مريم:5].

وفِي الشَّرْعِ: (**تَمْلِيكُ عَيْنٍ)** فَخَرَجَ الْإِعَارَةَ والْإِجَارَةَ؛ لِأَنَّهمُا تَمْلِيكُ مَنْفَعَةٍ[5] **(بِلَا عِـوَضٍ)**[6] فَخَـرَجَ الْبَيْـعَ؛ لِأَنَّـهُ تَمْلِيـكُ عَيْنٍ بِعِوَضٍ.

وَدَلِيْلُ مَشْرُوْعِيَتِهَا قَوْلُهُ تَعَالَى:{فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا}[النساء:4] حَيْثُ أَبَاحَ الأَكْلَ بِالْوَصْفِ الحَمِيْدِ، وقَوْلُهُ تَعَالَى:{وَإِذَا حُيِّيتُمْ بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا بِأَحْسَنَ مِنْهَا أَوْ رُدُّوهَا} [النساء: 86]؛

عَلَى أَنَّ[7] الْمُرَادَ بِالتَّحِيَّةِ[8] الْعَطِيَّةُ لَا السَّلَامُ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ: «أَوْ رُدُّوهَا» ظَاهِرُهُ رَدُّ التَّحِيَةِ بِعَيْنِهَا، وَذَلِكَ مُمْكِنٌ فِي العَطِيَـةِ دُوْنَ السَّلَامِ كَذَا فِي «الْمَبْسُوْطِ»[9].

---

(1) في (ك): (باب).

(2) ذكر الهبة بعد القسمة لاشتمال الكل على التمليك ترقيا من الاعلى الى الادنى فانها تعرى من العوض. ينظر: القهستاني، شمس الدين محمد(1291هـ)، جامع الرموز في شرح النقاية،ج2، ص59، المطبعة المعصومية، استانبول.

(3) سقط من: (ك).

(4) قال الفراء: وهبت له هبة وموهبة ووهبا، اي إذا أعطيته، واتهبت منه، أي قبلت، وقال الليث: وهب اللـه له الشيء، فهو يهب هبة، وتواهبه الناس بينهم، واللـه الوهاب الواهب، وكل ما وهب لك من ولد وغيره فهو موهوب. ينظر: الهروي، تهذيب اللغة، ج1، ص278. والنسفي، طلبة الطلبة، مصدر سابق، ص106. والمُطَرِّزِيّ، المغرب، مصدر سابق، ص497.

(5) [وليعلم] أن التمليك نوعان: تمليك عين، وتمليك منافع، وتمليك العين نوعان: بعوض وهو البيع، وبغير عوض، وهو الهبة والصدقة والوصية، وتمليك المنافع نوعان: بغير عوض، وهو العارية والوصية بالمنافع، وبعوض وهو الإجارة. ينظر: الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، مصدر سابق، ج2، ص50.

(6) في عامة الشروح بل المتون هي: تمليك المال بلا عوض، ويرد عليه النقض عكسا بالهبة بشرط العوض كما ترى، ولم أر أحدا من شراح الكتاب حام حول التعرض للجواب عن هذا النقض ولا لإيراده مع ظهور وروده جدا، غير أن صاحب الدرر والغرر قصد إلى الجواب عنه حيث قال في متنه: هي تمليك عين بلا عوض. وقال في شرحه: أي بلا شرط عوض؛ لأن عدم العوض شرط فيه لينتقض بالهبة بشرط العوض فتدبر. ينظر: قاضي زادة، نتائج الأفكار، مصدر سابق، ج2، ص171. ينظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج5، ص 91. وملا خسرو، درر الحكام، مصدر سابق، ج2، ص225ومن هاهنا اخذ الشُّمُنْي بهذا التعريف.

(7) في (ت) و(ك) (س) و(ع): (لان)

(8) والتحية وإن كانت تستعمل في معان من السلام، والثناء، والهدية بالمال، لكن الثالث تفسير مراد بقرينة من نفس الآية الكريمة، وهي قوله تعالى:{أو ردوها}؛ لأن الرد إنما يتحقق في الأعيان لا في الأعراض؛ لأنه عبارة عن إعادة الشيء، وذا لا يتصور في الأعراض، والمشترك يتعين أحد وجوهه بالدليل. ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج6، ص128.

(9) ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج12، ص47.

وَمَا رَوَى الْبُخَارِيُّ فِي صَحِيْحِهِ، مِنْ حَدِيْثِ أَبِي هُرَيْرَةَ ﷺ أَنَّ النَّبِيّ ﷺ قَالَ:((لَوْ دُعِيتُ إِلَى ذِرَاعٍ أَوْ كُرَاعٍ لَأَجَبْتُ، وَلَوْ أُهْدِيَ إِلَيَّ ذِرَاعٌ أَوْ كُرَاعٌ لَقَبِلْتُ))[1].

وَمَا رَوَى مَالِكٌ فِي الْمُوَطَّأ مُرْسَلاً، عَنْ عَطَاءِ بِنْ عَبْدِ اللهِ الْخُرَاسَانِيِّ[2] قَالَ: قَالَ رَسُوْلُ اللهِ ﷺ:((تَصَافَحُوا يَذْهَبُ الْغِلُّ، وَتَهَادَوْا تَحَابُّوا، وَتَذْهَبُ الشَّحْنَاءُ))[3].

وَذِرَاعُ الْيَدِ بِمُعْجَمَةٍ فِي أَوَلِهِ تُذَكَّرُ وَتُؤَنَّثُ، وَالْكُرَاعُ[4] فِي الْغَنَمِ وَالْبَقَرِ[5] بِمَنْزِلَةِ الوَظِيْفِ[6] فِي الْفَرَسَ وَالْبَعِيْرِ، وَهُوَ مُسْتَدَقُّ السَّاقِ يُذَكَرُ وَيُؤَنَثُ، وَالْجَمْعُ كُرُعْ[7] ثُمَّ أَكَارِعُ، وَالْغِلُ بِالْكَسْرِ: الغِشُ وَالحَسَدُ أَيْ:ضَاً، وَقَدْ غلى صَدْرُهُ يَغِلُ بِالكَسْرِ، غَلَا إِذَا كَانَ ذَا غِشٍ، أَوْ ضِغْنٍ[8]، وَحِقْدٍ، وَالشَّحْنَاءُ- بِفَتْحِ الشِّيْنِ الْمُعْجَمَةِ- العَدَاوَةُ، وَكَذَلِكَ الشِّحْنَةُ – بِالْكَسْرِ-.

وَتَصِحُّ: بِوَهَبْتُ، وَنَحَلْتُ، وَنَحْوِهِمَا، وَتَتِمُّ بِالْقَبْضِ فِي مَجْلِسِهَا، وَلَوْ بِلاَ إِذْنٍ، وَ بَعْدَهُ بِإِذْنٍ،.....

[فَصْلٌ فِي أَلْفَاظِ الهِبَةِ]

(1) ينظر: البخاري، الجامع المسند الصحيح، مصدر سابق، باب القليل من الهبة، رقم 2568، ج3، ص153.

(2) هو عطاء بن أبي مسلم المحدث، الواعظ، نزيل دمشق والقدس، مولى المهلب بن ابى صفرة كان من اهل بلخ، أرسل عن: أبي الدرداء، وابن عباس، والمغيرة بن شعبة، وطائفة، وروى عن: ابن المسيب، ونافع، وعدة، روى عنه: وشعبة، وسفيان، ومالك، وعدد كثير، وثقه: ابن معين توفي(155هـ). ينظر: ابن أبي حاتم، الجرح والتعديل، ج6،ص334. والذهبي، سير أعلام النبلاء، مصدر سابق، ج6، ص140.

(3) ينظر: الأصبحي، مالك بن أنس بن مالك(2004م)، الموطأ (ت: محمد الأعظمي)، ط1، باب ما جاء في المهاجرة، رقم 694، ج5، ص1334، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان، أبوظبي.

(4) الكراع: ما دون الكعب- أي الحافر- من الدواب، وما دون الركبة من الإنسان، وجمعه: أكرع، وأكارع، ثم سمي به الخيل خاصة، ومنه كذلك يصنع بما قام على المسلمين من دوابهم، (وكراعهم) أراد به الخيول وبالدواب ما سواها (وعن) محمد - رحمه الله - (الكراع) الخيل والبغال والحمير، ويقال هذه كراع، وهي الوظيف، وكراع كل شيء طرفه، وكراع الأرض: ناحيتها. ينظر: المُطَرِّزِيّ، المغرب في ترتيب المعرب، مصدر سابق، ج1، ص406. وشمس العلوم ودواء كلام العرب من الكلوم (ت: د حسين العمري وآخرون)، ط1، ج9، ص5804، دار الفكر المعاصر، بيروت.

(5) في (أ): البقر والغنم.

(6) عظم الوظيف: هو عظم ناتئ من الساق من الخلف أسفل من الركبة. ينظر: الفراهيدي، الخليل بن أحمد البصري، العين (ت: د مهدي المخزومي، د إبراهيم السامرائي)،ج1، ص207، دار الهلال، بغداد.

(7) في (أ) و(ن): اكرع.

(8) في (ك): ضغين.

(وَتَصِحُّ) الْهِبَةُ[1] **(بِوَهَبْتُ، وَنَحَلْتُ، وَنَحْوِهِمَا)**[2]، وَهُوَ أعطيتك، وأَطْعَمْتُك هَذَا الطَّعَامَ[3]، وَجَعَلْت هَـذَا الثَّـوْبَ لَك، وَأَعْمَرْتُكَ[4]، هَذَا الشَّيْءِ، وَحَمَلْتُكَ عَلَى هَذِهِ الدَّابَّةِ، إذَا نَوَى بِالْحُمْلَانِ[5] الْهِبَةَ[6]، وَدَارِي لَك هِبَةً تَسْكُنُهَا[7].

(وَتَتِمُّ[8] بِالْقَبْضِ فِي مَجْلِسِهَا وَلَوْ بِلاَ إذْنٍ) اسْتِحْسَاناً **(وَ)** بِالْقَبْضِ **(بَعْدَهُ)** أَيْ: بَعْدَ مجلسها **(بِـإذْنٍ)** والْقِيَـاسُ أَنْ لَا يَجُوزُ الْقَبْضُ فِـي الْمَجْلِـسِ إلَّا بِـإذْنٍ؛ لِأَنَّ قَبْـضَ الْهِبَـةِ تَصَـرُّفٌ فِـي مِلْـكِ

.

الْوَاهِـبِ إذَا[9] مَلَكَـهُ قَبْـلَ الْقَبْـضِ، بَـأَنَّ وَجْهَ الِاسْتِحْسَانِ: أَنَّ الْقَبْضَ[10] فِي الْهِبَةِ بِمَنْزِلَةِ الْقَبُـولِ فِي الْبَيْعِ، مِنْ حَيْثُ أَنَّهُ يَتَوَقَّفُ عَلَيْهِ ثُبُوتُ الْمِلْكِ فِي الْهِبَةِ، كمَا يَتَوَقَّفُ/ عَلَى الْقَبُولِ فِي الْبَيْعِ[11]. 358/ب

---

(1) والهبة لا تصح الا بشرائط: (1)ان تكون معلومة (2)ان تكون محوزة (3) وان تكون مفروغة (4)وان تكون مقبوضة. السُّغْدي، النتف في الفتاوى، مصدر سابق، ص512.

(2) ولو قال هذه الدار لك سكنى أو هذه الشاة أو هذه الأرض لك منحة فهي عارية في قولهم جميعا لأن المنحة عبارة عن بذل المنافع فإذا أضاف إلى عين ينتفع بها مع قيامها عمل بحقيقته فأما إذا أضاف إلى شيء لا ينتفع به إلا باستهلاكه كما إذا منحه طعاما أو لبنا أو دراهم أو دنانير فإنه يكون هبة لأنه لا منفعة له مع قيام عينه وعلى هذا قالوا إن عارية الأعيان تمليك المنافع وعارية المكيل والموزون قرض ويكون تمليك العين وكذا لو قال هذه الدار لك سكنى عمري أو عمري سكنى فهي عارية. ينظر: السمرقندي، تحفة الفقهاء، مصدر سابق، ج3، ص160.

(3) الإطعام إذا أضيف إلى ما يطعم عينه، يراد به تمليك العين بخلاف ما إذا قال أطعمتك هذه الأرض حيث تكون عارية؛ لأن عينها لا تطعم وقال صاحب المحيط: إضافة الطعام إلى ما يطعم عينه يحتمل التمليك والإباحة، فإذا احتمل الأمرين، فإذا قال اقبضه دل ذلك على أن المراد التمليك. ينظر: قاضي زادة، نتائج الأفكار، مصدر سابق، ج9، ص24.

(4) وهي جعل الدار له مدة عمره بشرط أن يردها اذا مات.

(5) الحملان، بالضم: ما يحمل عليه من الدواب، في الهبة خاصة كذا في المحكم والعباب. قال الليث: ويكون الحملان أجرا لما يحمل، زاد الصاغاني: حملان الدراهم في اصطلاح الصاغة جمع صائغ: ما يحمل على الدراهم من الغش تسمية بالمصدر، وهو مجاز. ينظر: ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، ج11، ص175. والزبيدي، تاج العروس، مصدر سابق، ج28، ص342.

(6) قيد بالنية؛ لان الحمل يراد به العارية والهبة، فاذا نوى الهبة يعتبر؛ لان الحمل يحتملها، واذا لم ينوي يحمل على ادناهما، وهي العارية. ينظر: ابن ملك، عبداللطيف بن عبدالعزيز، شرح مجمع البحرين، بهامش مجمع البحرين، مصدر سابق، ص416.

(7) اللفاظ التي تنعقد بها الهبة باثنين وعشرين لفظا وقد ذكر الشارح ثمانية منها وهذه تكملنها: هي لك عمري (9) هذا الثوب لك لتلبسه (10) هي لك عمرك تسكنها (11) وهذه الدابة لك تركبها (12)وهبتك هذا العبد في حياتك (13) نحلتك هذا الشيء في حياتك (14)عبدي لك (15) هبة لك ولعقبك بعدي (16) عبدي هذا لفلان(17) أعمرتك داري هذه حياتك (18) نحلتها او نحلتك حياتك (19) تصدقت بها عليك حياتك (20) في مالي الف درهم هبة لك (21) داري هبة لك (22) كلها تنعقد هبة اذا حصل القبض عقيبه. السمرقندي، محمد بن أحمد (2005م)، خزانة الفقه (علق عليه: محمد عبد السلام شاهين)، ط1، ص، دار الكتب العلمية، بيروت.

(8) في (ت) و(ع): وتم.

(9) في (ك) و(س):(اذ).

(10) القبض نوعان: حقيقي وأنه ظاهر، وحكمي وذلك بالتخلية؛ لأنها إذا كانت بحضرتهما فقد تمكنت من قبضها حقيقة، وهو تفسير التخلية، وهذا قول محمد خاصة، وعن أبي يوسف: التخلية ليست بقبض في الهبة الصحيحة، فأما في الهبة الفاسدة فالتخلية ليست بقبض بلا خلاف. ابن مازة، المحيط البرهاني، مصدر سابق، ج6، ص238.

(11) (وجه) القياس أن الهبة تصرف شرعي والتصرف الشرعي وجوده شرعا باعتباره وهو انعقاده في حق الحكم والحكم لا يثبت بنفس الإيجاب فلا يكون نفس الإيجاب هبة شرعا لهذا أمكن الإيجاب بدون القبول تبعا كذا هذا.

(وجه) الاستحسان أن الهبة في اللغة عبارة عن مجرد إيجاب المالك من غير شريطة القبول وإنما القبول والقبض لثبوت حكمها لا لوجودها في نفسها فإذا أوجب فقد أتى بالهبة فترتب عليها الأحكام والدليل على أن وقوع التصرف هبة لا يقف على القبول. ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج6، ص115.

وفِي إيجَابِ الْهِبَةِ دَلَالَةٌ عَلَى تَسْلِيطِ الْوَاهِبِ الْمَوْهُوبِ لَهُ عَلَى قَبْضِهَا، [وَالحَالُ أَنَّ الْقَبْضَ فِي الْهِبَةِ بِمَنْزِلَةِ الْقَبُولِ][1]، والْقَبُولُ يَتَقَيَّدُ بِالْمَجْلِسِ، فَكَذَا مَا كَانَ بِمَنْزِلَتِهِ[2].

وقَالَ مَالِكٌ[3]: يَثْبُتُ الْمِلْكُ قَبْلَ الْقَبْضِ بِمُجَرَّدِ الْإِيجَابِ والْقَبُولِ، وَبِهِ قَالَ: أَبُوْ ثَوْرٍ[4]، وَالشَّافِعِيُّ فِي القَدِيْمِ[5]؛ لِأَنَّ الْهِبَةَ إِزَالَةُ مِلْكٍ بِغَيْرِ عِوَضٍ، فَلَا يُعْتَبَرُ فِيهَا الْقَبْضُ كَالْوَصِيَةِ، وَالْوَقْفِ؛ وَلِأَنَّهَا عَقْدٌ يَنْقُلُ الْمِلْكَ، فَلَا يَتَوَقَّفُ عَلَى الْقَبْضِ كالْبَيْعِ.

وَلِمذْهَبِنَا[6] وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيُّ فِي الْجَدِيدِ[7]، وأَكْثَرِ الْفُقَهَاءِ: مَا رَوَى مَالِكٌ فِي الْمُوَطَّأِ فِي كِتَابِ الْقَضَاءِ، عَنْ ابْنِ شِهَابٍ[8]، عَنْ عُرْوَةَ، عَنْ عَائِشَةَ - رضي الله عنها- أَنَّهَا قَالَتْ:" إِنَّ أَبَا بَكْرٍ كَانَ نَحَلَهَا[9] جُذَاذَ عِشْرِينَ وَسْقًا مِنْ مَالِهِ بِالْعَالِيَةِ، فَلَمَّا حَضَرَتْهُ الْوَفَاةُ، قَالَ: وَاللهِ يَا بُنَيَّةُ، مَا مِنَ النَّاسِ أَحَبُّ إِلَيَّ غِنًى بَعْدِي مِنْكِ، وَلا أَعَزُّ عَلَيَّ فَقْرًا مِنْكِ، وَإِنِّي كُنْتُ نَحَلْتُكِ مِنْ مَالِي جُذَاذَ عِشْرِينَ وَسْقًا، فَلَوْ كُنْتِ جَذَذْتِيهِ، وَاحْتَزْتِيهِ كَانَ لَكِ، فَإِنَّمَا هُوَ الْيَوْمَ مَالُ وَارِثٍ، وَإِنَّمَا هُوَ أَخُوكِ وَأُخْتَاكِ، فَاقْسِمُوهُ عَلَى كِتَابِ اللهِ"[10][11].

---

(1) سقط من: (ت) و(ك) و(س) و(ع).

(2) فالقبول والقبض لفعل الموهوب له لا يكون مقدور الواهب والملك محكوم شرعي ثبت جبرا من الله تعالى شاء العبد أو أبى فلا يتصور منع النفس عنه أيضا بخلاف البيع فإنه وإن منع نفسه عن فعله وهو الإيجاب إلا أن الإيجاب هناك لا يصير تبعا بدون القبول فشرط القبول ليصير تبعا. المصدر السابق.

(3) ينظر: الأصبحي، المدونة، مصدر سابق، ج4، ص396. وعبد البر، الكافي، مصدر سابق، ج2، ص 99. والقرافي، الذخيرة، مصدر سابق، ج6، ص235.

(4) هو ابراهيم بن خالد بن ابي اليمان الكلبي البغدادي، اخذ الفقه عن الشافعي ببغداد، قال عنه الامام احمد: اعرفه منذ خمسين سنة، وهو عندي في مِسلاخ سفيان الثوري، توفي سنة 240هـ ببغداد. ينظر: الشيرازي، طبقات الفقهاء، مصدر سابق، ص 92-101. و الإسنوي عبد الرحيم بن الحسن بن علي(2002م)، الشافعية (ت: كمال يوسف الحوت)، ط1، ج2، ص25، دار الكتب العلمية، بيروت. والخطيب، تاريخ بغداد، مصدر سابق، ج6، ص65. والعسقلاني، تهذيب التهذيب، مصدر سابق، ج1، ص118.

(5) ينظر: الشافعي، محمد بن إدريس بن العباس(1940م)، الرسالة (ت: أحمد شاكر)،ط1، ص520، مكتبه الحلبي، مصر.

(6) في (أ): ولنا.

(7) ينظر: الطحاوي، المختصر، مصدر سابق، ص138. وابن السَّاعَاتِي، مجمع البحرين، مصدر سابق، ص461. والشافعي، الأم، مصدر سابق، ج4، ص64. والشيرازي، المهذب، مصدر سابق، ج2، ص334. والشيرازي، إبراهيم بن علي، التنبيه، ص138، عالم الكتب، بيروت.

(8) هو محمد بن مسلم بن عبيد الله بن عبد الله بن شهاب بن عبد الله بن الحارث الزُّهْرِيّ القُرَشِيّ، أبو بكر، نسبة إلى بني زهرة، وهم بطن من بطون قريش، وكان من أحفظ أهل زمانه، وأحسنهم سياقاً لمتون لأخبار، وكان فقيهاً. قال عمر بن عبد العزيز: لم يبق أعلم بسنة ماشية من الزهري، وقال ابن حجر: متفق على جلالته وإتقانه، توفي سنة (124هـ). ينظر: ابن منجويه، أحمد بن علي(1407هـ)، رجال صحيح مسلم (ت: عبد الله الليثي)، ط1،ج2،ص205، دار المعرفة، بيروت. وابن خلكان، وفيات الأعيان، مصدر سابق، ج4، ص177-178، والذهبي، تذكرة الحفاظ، ج1،ص83-85. وابن حجر، تهذيب التهذيب، مصدر سابق، ج9،ص449.

(9) النُّحْل: إعطاؤك الإنسان شيئاً بلا استعاضة، وعمّ به بعضهم جميع أنواع العطاء، والاسم النحلة، تقول: أعطيتها مهرها نِحْلة. ينظر: ابن منظور، مصدر سابق، ج11، ص650. والرازي، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر(1999م)، مختار الصحاح (تحقيق: يوسف الشيخ محمد)، ط5، ص 649، المكتبة العصرية، الدار النموذجية، بيروت، صيدا.

(10) الأصبحي، مالك بن أنس بن مالك، الموطأ برواية محمد بن الحسن الشيباني(ت: عبد الوهاب عبد اللطيف)، ط2، باب النُّحْلَى، رقم 808، ج1، ص285، المكتبة العلمية، بيروت. وروي جاذ عشرين وسقا، بالغابة، قال الخطابي: الجَاذُ بمعنى المجذوذ فاعل بمعنى مفعول، والغابة: وهو موضع مشهور بالمدينة، والعالية، وهو أيضا موضع بالمدينة. ينظر: الأصبحي، مالك بن أنس بن مالك، الموطأ (ت: محمد الأعظمي)، ما لا يجوز من النُّحْلِ، ج4، ص1089. والطحاوي، أحمد بن محمد(1994م)، شرح معاني الآثار (ت: محمد النجار، ومحمد سيد جاد الحق)، ط1، ج5، ص63، عالم الكتب، بيروت. وملا علي القاري، علي بن سلطان (2005م)، فتح باب العناية بشرح النقاية، ط1، ج2، ص104، دار الكتب العلمية، بيروت.

(11) اعتبر سيدنا الصديق ﷺ القبض والقيمة في الهبة لثبوت الملك؛ لأن الحيازة في اللغة: جمع الشيء المفرق في حيز، وهذا معنى القسمة؛ لأن الأنصباء الشائعة قبل القسمة كانت متفرقة، والقسمة تجمع كل نصيب في حيز. ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج6، ص120.

وَالْجِذَاذُ: بِكَسْرِ الجِيْمِ وَضَمُّهَا، وَهُوَ أَفْصَحُ، وَبِمُعْجَمَتَيْنِ، مَا كُسِرَ مِنَ الشَّيْءِ، وَقُطِعَ [مِنْهُ][(1)(2)].

ولاَ تَصِحُّ فِي مُشَاعٍ يُقْسم، .....

ومَا روى عَبْدُ الرَّزَّاقِ فِي مُصَنَّفِهِ عن عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ ﷺ أَنَّهُ قَالَ:" لَا نَحْلَ[(3)] إِلَّا لِمَنْ حَازَهُ [وَقَبَضَهُ"[(4)]][(5)].

وعن عُمَرَ بْنَ عَبْدِ الْعَزِيزِ- رحمه اللـه- أَنَّهُ كَتَبَ:" أَيُّمَا رَجُلٍ نَحَلَ مَنْ قَدْ بَلَغَ الْحَوْزَ، فَلَمْ يَدْفَعْهُ إِلَيْهِ فَتِلْكَ النِّحْلَةُ بَاطِلَةٌ "[(6)]؛ وَلِأَنَّهُ[(7)] عَقْدُ تَبَرُّعٍ، فَلَوْ ثَبَتَ الْمِلْكُ فِيْهِ بَلَا قَبْضٍ، لَتَوَجَهَتْ الْمُطَالَبَةُ عَلَى الْمُتَبَرِّعِ بِالتَّسْلِيمِ، كَمَا فِي الْبَيْعِ، فَيُؤَدِي إِلى إِيجَابِ مَا تَبَرَّعَ بِهِ، وَهُوَ خِلَافُ مَوْضُوْعِ التَّبَرُّعَاتِ.

فَإِنْ قِيْلَ: الْمِلْكُ يَقَعُ عَلَى وَجْهٍ لا يُوجِبُ التَّسْلِيمَ.

أُجِيبَ: بِأَنَّهُ لَا فَائِدَةَ فِيْهِ حِينَئِذٍ؛ إِذْ فَائِدَةُ الْمِلْكِ التَّمَكُّنِ مِنَ التَّصَرُّفِ[(8)].

[فَصْلٌ فِي مَا تَصِحُ بِه الهِبَةُ]

(ولاَ تَصِحُّ) الْهِبَةُ **(فِي مُشَاعٍ[(9)] يُقْسَمُ)** [(10)] أَيْ: يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ، سَوَاءٌ وَهَبَهِ مِنَ شَرِيكِهِ، أَوْ مِنْ غَيْرَهْ[(11)].

.

---

(1) سقط من: (أ).

(2) وقد انتظم هذا الخبر احكاما منها: (1) ان من شرط صحة الصدقة الحيازة والقبض جميعها، فدل على بطلانها في المشاع التي يمكن قسمتها وان قبض، لعدم الحيازة، وعلى بطلانها في الثمرة في رؤوس النخل والزرع القائم في الارض، لعدم الحيازة.(2) انه اضاف المال الذي له في المرض الى الوارث، يثبت حقه فيه.(3) دل على ان الهبة غير جائزة للوارث في المرض، وانها بمنزلة الوصية. ينظر: الجصاص، شرح مختصر الطحاوي، مصدر سابق، ج4، ص21.

(3) في (أ) و(ن):(يحل) وفي (س):(تحل).

(4) عن عروة بن الزبير قال: أخبرني المسور بن مخرمة، وعبد الرحمن بن عبد القاري، أنهما سمعا عمر بن الخطاب يقول: " ما بال أقوام ينحلون أبناءهم فإذا مات الابن قال الأب: مالي وفي يدي، وإذا مات الأب قال: قد كنت نحلت ابني كَذَا وكذا، لا نحل إلا لمن حازه وقبضه عن أبيه ". ينظر: الصنعاني، المصنف، مصدر سابق، باب النحل، رقم 16509، ج9، ص101.

(5) في جميع نسخ المخطوط: فقبضه.

(6) ينظر: الصنعاني، المصنف، مصدر سابق، باب النحل، رقم 16513، ج9، ص103.

(7) في (ك):(لا).

(8) وللهبة شرائط عدة منها: (1) ما يرجع إلى الركن: أن لا يكون معلقا بما له خطر الوجود والعدم، ولا مضافا إلى وقت بأن يقول: وهبتك غدا.(2) ما يرجع إلى الواهب: أن يكون الواهب من أهل الهبة، اي حرا عاقلا بالغا.(3) ما يرجع إلى الموهوب: ان يكون موجودا وقت الهبة، فلا يجوز هبة ما ليس بموجود وقت العقد، بأن وهب ما تثمر نخيله العام، ويكون مالا متقوما، فلا تجوز هبة ما ليس بمال أصلا، كالميتة والخنزير، ومقبوضا حتى لا يثبت الملك للموهوب له قبل القبض، ومقسوما إذا كان مما يحتمل القسمة ومتميزا، وغير متصلا، ولا مشغولا، ومملوكا. ينظر: البلخي، الفتاوى الهندية، مصدر سابق، ج4، ص374.

(9) المشاع: يقال نصيب فلان شائع في جميع هذه الدار ومشاع فيها أي ليس بمقسوم ولا معزول. وسهم شائع أي غير مقسوم. ينظر: ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، ج8، ص 191. والفيروز آبادي، القاموس المحيط، مصدر سابق، ص 949.

(10) في (ت) و(ك) و(ن) و(ع): (لا يحتمله).

(11) ولو قبضها هل تفيد الملك؟ ذكر حسام الدين رحمه اللـه- في كتاب ((الواقعات)): ان المختار انها لا تفيد الملك، وذكر في موضع آخر: انها تفيد الملك ملكا فاسدا، وبه يفتى. ينظر: الاوشي، الفتاوى السراجية، مصدر سابق، ص405. والموصلي، الاختيار لتعليل المختار، مصدر سابق، ج2، ص537.

قَيَّد بِهِ؛ لِأَنَّ المُشَاعَ الَّذِي لَا يَحْتَمِلُ[1] الْقِسْمَةَ تَصِحُّ هِبَتَهُ[2]، ثُمَّ كُلُّ شَيءٍ يَضُرُّهُ التَّبْعِيْضُ وَيُوجِبُ نُقْصَاناً فِي مَالِيْتَهِ لَا يَحْتَمِلُ[3] الْقِسْمَةَ، وَمَا لَيْسَ كذَلِكَ يَحْتَمِلُهَا[4].

وَقِيْلَ: كُلُّ شَيءٍ إِذَا قُسِمَ لَا تَبْقَى مَنْفَعَتُهُ[5]: كَالْحَمَّامِ، والرَّحَى[6]، لَا تَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ، ومَا لَيْسَ كَذَلِكَ يَحْتَمِلُهَا[7].

وَقِيْلَ: كُلُّ مُشْتَرَكٍ بَيْنَ اثْنَيْنِ، لَوْ طَلَبَ أَحَدُهُمَا قِسْمَتَهُ، وَأَبَى الْآخَرُ، فَالْقَاضِي لَا يُجْبِرُهُ عَلَى الْقِسْمَةِ لا يَحْتَمِلُهَا، ومَا لَيْسَ كذَلِكَ يَحْتَمِلُهَا.

وقَالَ الشَّافِعِيُّ[8]، وَمَالِكٌ[9]، وأَحْمَدَ[10]: تَصِحُّ هِبَةُ المُشَاعِ سَوَاءٌ احْتَمَلَ الْقِسْمَةَ أَو لَا؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى:{فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ}[البقرة:237] فإِنَّهُ يقتضي أَنَّالصَّدَاقَ إِذَا كَانَ عَيْناً يَنْتَصِفُ بِالطَّلَاقِ قَبْلَ الدّخُوْلِ، وَيَنْدُبُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الزَّوْجَيْنِ إِلى تَرْكِ الكُلِّ لِلْآخَرِ، وَذَلِكَ هِبَةُ المُشَاعِ.

.

وَلِمَا فِي صَحِيْحِ الْبُخَارِيُّ[11]: مِنْ أَنَّ وَفْد هَوَازِنَ[12]، لمَّا جَاءَوا يَطَلِبُوْنَ مِنَ النَّبِيِّ ﷺ أَنْ يَرُدَّ عَلَيْهِم مَا غَنِمَهُ مِنْهُمْ، قَالَ ﷺ:((مَا كَانَ لِي وَلِبَنِي عَبْدِ المُطَلَبِ، فَهُوَلَكُمْ))، وَهَذِهِ هِبَةُ مُشَاعٍ؛ وَلِأَنَّهُ عَقْدُ تَمَلُّكٍ[1]، فِيَصِحُ فِي المُشَاعِ كالْبَيْعِ بِأَنْوَاعِهِ.

---

(1) في (ت) و(ك) و(ن) و(ع): (لا يحتمله).

(2) ويشترط في صحة هبة المشاع الذي لا يحتمل القسمة: أن يكون قدرا معلوما، حتى لو وهب نصيبه من عبد ولم يعلم به لم يجز؛ لأنها جهالة توجب المنازعة. ينظر: ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج7، ص286.

(3) في (أ) و(ن): تحتمل.

(4) (صورته): إن وهب عبده لرجلين أو وهب رجلان لرجل، أو وهب أحدهما نصيبه لشريكه، أو لأجنبي، وسلمه فهو جائز كله؛ لأن الموهوب معلوم، ولا أثر في الشيوع في المنع من الهبة في هذا المحل. ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج12، ص74.

(5) ما ينتفع به يكون على ثلاثة اقسام: (1) قسم ينتفع به قبل القسمة، وبعد القسمة: كالأرض، والدار، والبيت الكبير.(2) قسم لا ينتفع به اصلا بعد القسمة: كالعبد، والدابة، والدرهم. (3) قسم ينتفع به قبل القسمة فقط: كالحمام، والطاحونة، والبيت الصغير. وعليه فانه كل ما يوجب قسمته نقصانا، فهو مما لا يقسم. ينظر: القهستاني، جامع الرموز، مصدر سابق، ج2، ص60.

(6) الرّحى: الحجر العظيم، والرَّحَى: معروفة التي يُطْحَنُ بها، وهي حجران مستديران يوضع أحدهما على الآخر، ويدار الأعلى على قطب. ينظر: ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، ج14، ص 312. وإبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، مصدر سابق، ج1، ص 335.

(7) كالدرهم الصحيح حتى لو وهب درهما صحيحا لرجلين صح. ينظر: ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج7، ص286.

(8) ينظر: الشافعي، الأم، مصدر سابق، ج4، ص 65. والنووي، محيي الدين يحيى بن شرف (1991م)، روضة الطالبين (ت: زهير الشاويش)، ط3، ج5، ص373، المكتب الإسلامي، بيروت.

(9) ينظر: ابن عبد البر، الكافي، مصدر سابق، ص 529. وابن نصر، عبد الوهاب علي (1998 م)، المعونة على مذهب أهل المدينة (ت : محمد حسن الشافعي)، ط1، ج2، ص 498، دار الكتب العلمية، بيروت.

(10) ينظر: ابن قدامة، عبد الرحمن بن أحمد بن محمد (1968م) المغني، بدون طبعة، ج6، ص 285، مكتبة القاهرة. والمرداوي، علي بن سليمان(بدون تاريخ)، الإنصاف، ط2، ج7، ص131، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

(11) ينظر: البخاري، الجامع المسند الصحيح، مصدر سابق، باب إذا وهب شيئا لوكيل أو شفيع قوم جاز، رقم 2307، ج3، ص99. وليس فيه لفظ:((ما كان لي ولبني عبد المطلب، فهو لكم)) بل هي في مسند الأمام احمد، رقم 6729، ج11، ص339. والنسائي، السنن الكبرى، كتاب الهبة، رقم 6482، ج6، ص177.

(12) هوزان مأخوذ من هَوْزَنُ: بالفتح ثم السكون، وفتح الزاي، ونون، وهو اسم طائر، وجمعه هوازن، وهوزن: حيّ من اليمن يضاف إليه مخلاف باليمن، واليه انتسبت قبيلة عدنانية، كانت تقطن في نجد، ومن أوديتهم: «حنين»، غزاه رسول الله بَعْدَ فتح مكة. ينظر: الحموي، معجم البلدان، مصدر سابق ، ج5، ص420. وشُرَّاب، محمد بن محمد حسن(1411هـ)، المعالم الأثيرة في السنة والسيرة، ط1، ص294، دار القلم، بيروت.

وَلَنَا: أَنَّ فِي تَجْوِيزِ عَقْدِ الْهِبَةِ فِي الْمُشَاعِ الْمُنْقَسِمِ إِلْزَامُ الْوَاهِبِ شَيْئًا لَمْ يُلْزَمْهُ، وَهُوَ الْقِسْمَةُ، فَيَكُونَ عَقْدُ التَّبَرُّعِ مُوجِبًا لِضَمَانِ المقَاسِمَةِ /، وَهُوَ خِلَافُ مَوْضُوعِ التَّبَرُّعِ، بِخِلَافِ مَا لَا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ؛ لِأَنَّ الْقَبْضَ لَا يُتَصَوَرُ فِيهِ إِلَّا نَاقِصًا، فَاكْتَفَى بِهِ[2]. /359أ

وَأُجِيبَ عَنْ الآيَةِ: بِأَنَّ العَفْوَ حَقِيْقَةٌ فِي الدَّيْنِ دُونَ الْعَيْنِ، وَإِسْقَاطُ الدَّيْنِ جَائِزٌ مُشَاعًا كَانَ، أَوْ غَيْرَ مُشَاعٍ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُحْتَاجٍ إِلى الْقَبْضِ، وَفِي الْعَيْنِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْا مَنْدُوْبٌ إِلى العَفْوِ عِنْدَنَا، وَلَكِنْ بِأَنْ يَهِبَ نَصِيبَهِ لِصَاحِبِهِ بَعْدَ الْقِسْمَةِ، وَلَيْسَ فِي الآيَةِ مَا يَمْنَعُ ذَلِكَ.

وَعَنْ حَدِيْثِ وَفْدِ هَوَازِنَ: بَأَنَّ ذَلِكَ كَانَ بَعْدَ الْقِسْمَةِ.

وعن الْقِيَاسِ عَلَى الْبَيْعِ: بأَنَّهُ تَمَّ[3] بِلَا قَبْضٍ، وَبِأَنَّهُ لَيْسَ عَقْدُ تَبَرُّعٍ حَتَّى يَلْزَمِ خِلَافَ مَوْضُوعِ التَّبَرُّعِ.

فَإِنْ قَسَّمَ وَسَلَّمَ صَحَّ، وَكَذَا هِبَةُ لَبَنٍ فِي ضَرْعٍ، وَ نَحْوِهِ .....

(فَإِنْ قَسَّمَ وَسَلَّمَ، صَحَّ[4])؛ لِأَنَّ تَمَامَ الْهِبَةِ بِالْقَبْضِ، وَعِنْدَهُ لَا شِيُوْعَ[5]، **(وَكَذَا)** أَيْ: كَهِبَةِ الْمُشَاعِ فِي عَدَمِ الصِحَّةِ

(هِبَةُ لَبَنٍ فِي ضَرْعٍ، وَ) هِبَةُ **(نَحْوِهِ)**[6] وَهُوَ صُوْفٌ عَلَى ظَهْرِ غَنَمٍ، وَزَرْعٍ[7]، أَوْ نَخلٍ فِي أَرْضٍ، وَتَمْرٍ[8] فِي نَخْلٍ[9]؛ فَإِنَّهَا لَا تَصِحُّ؛ لِأَنَّها مُتَّصِلَةٌ بِمِلْكِ الْوَاهِبِ اتِّصَالَ خِلْقَةٍ، فكَانَتْ بِمَنْزِلَةِ الْمُشَاعِ الَّذِي يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ، فَلَا

---

(1) في (أ) و(ن): تمليك.

(2) ولنا أن الخلفاء الراشدين وغيرهم من الصحابة ﷺ شرطوا القسمة لصحة الهبة ولأن القبض منصوص عليه في الهبة فيشترط وجوده على أكمل الوجوه كما في استقبال القبلة لما كان منصوصا عليه يشترط وجوده على الكمال حتى لو استقبل الحطيم لا تجوز صلاته مع أنه من البيت بالسنة ولأن القبض ثبت مطلقا والمطلق يتناول الكامل والكامل هو الموجود من كل وجه والقبض في المشاع موجود من وجه دون وجه؛ لأن القبض عبارة عن كون الشيء في حيز القابض والمشاع ليس في حيزه من كل وجه؛ لأنه في حيزه من وجه وفي حيز شريكه من وجه. ينظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج5، ص 93.

(3) في (ك)(س):يتم.

(4) تلك الهبة؛ لكمال القبض، وفيه اشارة الا انه لو وهب النصف شائعا وسلم، ثم وهب النصف الثاني وسلم، لا يجوز؛ لان التسليم يفيد الملك على ما قال اصحابنا، وهو الصحيح كما في ((الزاهدي))، لكنه ملك خبيث، وبه يفتى، كما في موضع من ((الواقعات))، وفي موضع اخر منه انه لا يفيد الملك، وهو المختار كما في ((المضمرات))، وهذا مروى عن ابي حنيفة وهو الصحيح كما في ((العمادي)) وفيه دلالة على ان الشيوع المقارن مبطل للهبة كما صرح المصنف. ينظر: القهستاني، جامع الرموز، مصدر سابق، ج2، ص61. وابن عابدين، رد المحتار، مصدر سابق، ج5، ص692.

(5) أراد به الهبة فيما يقسم؛ لأن هبة المشاع فيما لا يقسم صحيحة، ولهذا قال الكرخي: وإن وهب له مشاعا، ثم قسم ما وهب وأفرزه، ثم سلمه إلى الموهوب له جاز. ينظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج5، ص 94.

(6) ذكر قاضي خان: اللبن في الضرع، والصوف على الغنم، والزرع والنخل في أرض، والتمر على النخل، هذه نظائر المشاع لا أمثلتها، إذ لا شيوع في شيء منها لكنها في حكم المشاع، حتى إذا فصلت هذه الأشياء عن ملك الواهب، وسلمت، صح هبتها، كما في المشاع. ينظر: ملا خسرو، درر الحكام، مصدر سابق، ج2، ص218.

(7) في (ك): زروع.

(8) في (ك) و(س) و(أ): ثمر.

(9) لأن الزرع مع الأرض بحكم الاتصال كشيء واحد، فإذا استحق أحدهما، صار كأنه استحق البعض الشائع فيما يحتمل القسمة، فتبطل الهبة في الباقي كَذَا في ((الكافي)) و((الدرر))، قال في ((الخانية)): والزرع لا يشبه المتاع. ينظر: ابن عابدين، رد المحتار، مصدر سابق، ج5، ص693.

تَتِـمُّ[1] الْهِبَـةُ فِيهَا بِدُونِ الإِفْرَازِ وَالحِيَازَةِ، فَإِنْ فُصِلَتْ عَنْ مِلْكِ الْوَاهِبِ، وَقَبَضَـهَا الْمَوْهُـوبِ لَـهُ، يَصِـحُّ؛ لِأَنَّ امْتِنَـاعَ الْجَـوَازِ لِاتِصَالِ الموَهُوَبِ بِمِلْكِ الْوَاهِبِ مَعَ إِمكَانِ فَصْلِهِ عَنْهُ، وَقَدْ زَالَ ذَلِكَ الِاتِّصَالُ[2].

وَلَا دَقِيقٍ فِي بُرٍّ، وَإِنْ طَحَنَ، وَسَلَّمَ، .

وَلَوْ وَهَبَهَ زَرْعَاً فِي أَرْضٍ، أَوْ ثَمَرَاً فِي شَجَرٍ، أَوْ حِلْيَةً فِي سَيْفٍ، أَوْ بِنَـاءً دَارٍ، وقَفِيـزَاً[3] مِـنْ صُـبْرَةٍ، وَأَمَـرَهُ بِالْحَصَـادِ فِي الزَّرْعِ، وَالجُذَاذِ فِي الثَّمَرِ، وَالنَّزْعِ فِي الحِلْيَةِ، وَالنَّقْضِ[4] فِي الْبِنَاءِ، وَالْكَيْلِ فِي القَفِيزِ، وَفَعَلَ، صَحَّ اسْتِحْسَانَاً، وَيُجْعَلُ كَأَنَّهُ وَهَبَهُ بَعْدَ الحَّصَادِ، وَالجُذَاذِ، وَنَحْوِهِ، وَإِنْ لَمْ يَأْذَنْ [لَهُ][5] وَفَعَلَ، ضَمِنَ؛ لِأَنَّهُ أَفْسَدَ مِلْكَ غَيْرِهِ.

ولو وَهَبَ دَارَاً بِمَتَاعِهَا، وَسَلَّمَهَا، فَاسْتَحَقَّ المَـتَاعَ، صَحَّتْ الْهِبَة فِي الدَّارِ؛ لِأَنَّ الاسْتِحْقَاقَ ظَهَرَ بِهِ أَنَّ يَـدَهُ فِي المَـتَاعِ كَانَتْ يَدَ غَصْبٍ، وَصَارَ كمَا لَوْ غَصَبَ الدَّارَ وَالمَـتَاعَ، ثُمَّ وَهَبَ المَالِكُ لَهُ الدَّارَ وَأَوْدَعَهُ الدَّارَ وَالمَـتَاعَ، ثُمَّ وَهَبَ له الدَّارِ، فأَنَّـهُ يَصُحُ[6].

ولَوْ وَهَبَ أَرْضًا وَزَرْعًا، وَسَلَّمَهُمَا، فَاسْتَحَقَّ الزَّرْعَ، بَطَلَتْ فِي الْأَرْضِ[7]؛ لِأَنَّ الزَّرْعَ مَعَ الْأَرْضِ بحُكْـمِ الِاتِّصَـالِ كَشَيءٍ وَاحِدٍ، فَإِذَا اسْتَحَقَّ أَحَدُهُمَا، صَارَ كَأَنَّهُ اسْتَحَقَّ البَعْضَ الشَّائِعِ فِيمَا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ، فَتَبْطُلُ الْهِبَةُ فِي الْبَاقِيَ.

(وَلَا) تَصِحُّ هِبةُ **(دَقِيـقٍ فِي بُـرٍّ، وَإِنْ طُحِـنَ، وَسُـلِّمَ)** [8]، وَلَا دُهْـنٍ فِي سِمْسِـمٍ، وَلَا سَـمِنٍ فِي لَـبَنٍ، وَإِنْ اسْتُخْـرِجَ وَسُلِّـمْ؛ لِأَنَّ الْمَوْهُـوبَ مَعْـدُومٌ، وَلِهَـذَا لَـوْ اسْـتَخْرَجَهُ الْغَاصِـبُ مَلَكَـهُ وَالْمَعْـدُومُ **وَهِبَـةُ مَـا مَـعَ الْمَوْهُـوبِ لَـهُ تَامَّـةٌ..**

---

(1) في (ت) و(س) و(ع): يتم.

(2) استحسن الامام ابو حنيفة - رحمه الـلـه- جوازه، وهذا لوجهين:
(الأول): أن الصوف على ظهر الغنم، واللبن في الضرع محـل للتمليـك، بـدليل جـواز الوصـية بـه، وجـواز الصـلح عليـه عنـد أبي يوسـف في الصوف، وتمام عقد الهبة بالقبض، فإذا كان قبضه بعد الجزاز، وهو مال متقوم في هذه الحال، يتم فيه الهبة، كما بينا في الدين.
(والثاني) : أن امتناع جواز الهبة لأن الموهوب متصل بما ليس بموهوب من ملك الواهب - مع إمكان الفصل -، فيكون ذلك بمنزلـة الشـائع، وقد بينا أنه لو وهب شيئا مشاعا ثم قسم، وسلم مقسوما: تمت الهبة فهذا مثله، وكـذلك ثمـر الشـجرة والـزرع إذا حصـده، فهـو عـلى القياس، والاستحسان الذي ذكرنا. ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج12، ص71. والموصلي، الاختيار، مصدر سـابق، ج3، ص 67. والزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج5، ص 94.

(3) القفيز: مكيال يتواضع الناس عليه، وهو عند أهل العراق ثمانية مَكاكيك والمكوك صاع ونصف، و القفيز المقدر في الخراج يعادل 36 صـاعاً من القمح أي ما يزن 26.112 كيلو غراماً . ينظر: الجزري، النهاية في غريـب الحـديث، مصـدر سـابق، ج4، ص90. وابـن الرفعـة، نجـم الدين الأنصاري (1400هـ)، الإيضاح والتبيان في معرفة المكيال والميزان (ت : د محمد الخاروف)، ط1،ص72، دار الفكر، دمشق.

(4) النقض: إفساد ما أبرمت من عقد أو بناء او حبل. والنقض ضد الإبرام. والنقض اسم البناء المنقوض إذا هُـدم. ينظـر: المُطَـرِّزِيّ، المغـرب في ترتيب المعرب، مصدر سابق، ج1، ص473. وابن منظور، لسان العرب، ج7، ص 242.

(5) سقط من: (ك).

(6) (وان وهب) دارا فيها متاع للواهب وسلم الدار إليه أو سلمها مع المتاع لم يصح؛ لأن الدار مشغولة بالمتاع والفـراغ شرط لصـحة التسـليم والحيلة فيه أن يودع المتاع أولا عند الموهوب له ويخلي بينه وبينه ثم يسلم الدار إليه فيصح؛ لأنهـا مشـغولة بمتـاع هـو في يـده، (وان وهب) المتاع دون الدار وخلى بينه وبينه صح؛ لأن المتاع لا يكون مشغولا، (وإن وهب) له الدار والمتاع جميعا وخلى بينه وبينهما صـح فيهما جميعا. (وإن وهب) أحدهما وسلم ثم وهب الآخر وسلم إن قدم هبة الدار فالهبة فيها لا تصح وفي المتاع تصح وإن قدم هبـة المتاع صح فيهما جميعا؛ لأن الدار وقت تسليمها كانت مشغولة بمتاع الموهوب له فلا يمنـع القـبض. ينظـر: الزَّبِيـدِيّ، الجـوهرة النـيرة، مصدر سابق، ج1، ص326. وملا خسرو، درر الحكام، مصدر سابق، ص2، ج218.

(7) لاستحقاق البعض الشائع فيما يحتمل القسمة، والاستحقاق إذا ظهر بالبينة كان مستندا إلى ما قبل الهبة فيكون مقارنا لها لا طارئا. ينظـر: الحصكفي، الدر المختار، مصدر سابق، ص562.

(8) لأنها فاسدة. ينظر: المرغيناني، الهداية، مصدر سابق، ج3، ص223.

لَيْسَ بِمَحَلٍّ لِلْمِلْكِ، بِخِلَافِ الْمُشَاعِ الَّذِي يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ[1]؛ لِأَنَّهُ مَحَلٌّ لِلتَّمْلِيكِ، وَبِخِلَافِ اللَّبَنِ فِي الضَّرْعِ، وَنَحْوِهِ[2]؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْمُشَاعِ، وامْتِنَاعُ الْجَوَازِ فِيهِ لَيْسَ لِكَوْنِهِ مَعْدُومًا، بَلَ لِاتِّصَالِهِ بِمِلْكِ الْوَاهِبِ بِدَلِيلِ أَنَّهُ مَحَلٌّ لِلتَّمْلِيكِ، حَتَّى جَازَ الصَّلْحُ عَلَيْهِ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ[3].

وَلَوْ وَهَبَ مَتَاعًا فِي دَارِهِ، أَوْ طَعَامًا فِي جِرَابِهِ، ثُمَّ سَلَّمَ الدَّارَ وَالجِرَابَ بِمَا فِيهِمَا، صَحَّتْ الْهِبَةُ فِي المَتَاعِ والطعام[4]، وَلَوْ وُهِبَ دَارٌ فِيهَا مَتَاعُ الْوَاهِبِ وَسُلِّمَ الكُلُّ إلى الْمَوْهُوبِ لَهُ، أَوْ وُهِبَ جِرَابٌ فِيهِ طَعَامُ الْوَاهِبِ، وَسُلِّمَ الجِرَابَ، لَا تَصِحُّ[5] الْهِبَةُ.

359/ب وَالْأَصْلُ: أَنَّ / المَوْهُوبَ مَتَى كَانَ مَشْغُوْلاً بِمِلْكِ الْوَاهِبِ يُمْنَعُ التَّسْلِيمَ، فِيَمْنَعُ صِحَّةَ الْهِبَةِ، ومتى كَانَ [المَوْهُوبُ][6] شاغلا لِمِلْكِ الْوَاهِبِ لا يُمْنَعُ التَّسْلِيمَ فَتَصِحُّ الْهِبَةُ[7].

(وَهِبَةُ مَا) مُبْتَدَأ، وَمُضَافٌ إِلَيْهِ «أيّ شيء»، أوْ «الَّذِي» خَبَرُ المُبْتَدَأ **(مَعَ الْمَوْهُوبِ لَهُ[8])** صِفَةُ مَا أَوْ صِلَتُهَا **(تَأْمَةٌ)**[خَبَرُ المُبْتَدَأ][9]، هُوَ يَعْنِي: أَنَّ هِبَةَ الْوَدِيعَةِ لِلْمُوْدِعِ، والْعَارِيَّةَ لِلْمُسْتَعِيْرِ، والْمَغْصُوبِ لِلْغَاصِبِ، غَيْرُ مُحْتَاْجَةٍ إِلى قَبْضٍ جَدِيْدٍ[10]؛ لِأَنَّ المَوْهُوبَ حِينَئِذٍ فِي يَدِ الْمَوْهُوبِ لَهُ حَقِيْقَةً، فَلَا يَحْتَاْجُ إِلى قَبْضٍ آخَرٍ[11].

وَالْأَصْلُ فِيْهِ: أَنَّهُ مَتَى تَجَانَسَ الْقَبْضَانِ نَابَ أَحَدُهُمَا عَنْ الْآخَرِ؛ لِأَنَّ التَّجَانُسَ دَلِيْلُ التَّشَاْبُهِ، وَالْمُتَشَابِهَانِ يَنُوْبُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْا عَنْ الْآخَرِ، وَمَتَى لَمْ يَتَجَانَسَا نَابَ الأَعْلَى عَنْ الأَدْنَى دُوْنَ العَكْسِ؛ لِأَنَّ فِي الأَعْلَى مَا فِي الأَدْنَى وَزِيَادَةً[12].

---

(1) فلا يمكن تمليكه بالعقد، فوقع باطلا، فلا يملك إلا بعقد جديد؛ وهذا لأن الحنطة استحالت، وصارت دقيقا، وكَذَا غيرها، وبَعْدَ الاستحالة هو عين أخرى على ما عرف في الغصب. ينظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج5، ص94.

(2) أي: الصوف على ظهر الغنم، والزرع، والنخل في الأرض، والتمر في النخل، والدار التي فيها متاع الواهب، أو السرج، أو اللجام دون الدابة، أو حلي الجارية دونها، أو دابة وله عليها حمل، فإنه كالمشاع يصح ويملك إذا فصله، وسلمه، ويعتبر الإذن بالقبض بعد الفراغ، ولا يعتد بالإذن قبله، كما لا يعتد بالتسليم قبله. ينظر: ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج7، ص287.

(3) وقد ابنت المراد من ذلك في هامش (1) في الصفحة السابقة.

(4) هذا ليس بشرط؛ لأنه لو سلم الموهوب دون ما هو فيه، يصح أيضا، كما نقله شارح ((المجمع))عن ((المحيط)). ينظر: الشرنبلالي، حاشية على درر الحكام، ص2، ج218.

(5) في (أ) و(ن): يصح.

(6) سقط من: (ك) .

(7) ففي الفصل الأول: الموهوب شاغل لا مشغول، وفي الثاني: الموهوب مشغول بملك الواهب وهذا؛ لأن المظروف يشغل الظرف، وأما الظرف فلا يشغل المظروف. ينظر: ملا خسرو، درر الحكام، مصدر سابق، ج2، ص219.

(8) سقط من: (أ).

(9) سقط من: (ت) و(ك) و(س) و(ع).

(10) لانتفاء المانع، وهو عدم القبض، فإذا وجد القبض أمانة، جاز أن ينوب عن قبض الهبة. ومعنى تجديد القبض: هو أن ينتهي على موضع فيه العين ويمضي وقت يتمكن فيه من قبضها. ينظر: البابرتي، العناية شرح الهداية، مصدر سابق، ج9، ص32-33.

(11) قال محمد في الأصل أرأيت رجلا استودع أخاه عبدا أو ثوبا أو متاعا أو دارا أو دابة، ثم قال صاحب المتاع والدابة والعبد قد وهبت لك الذي استودعتك وهو في يد المودع أيجوز ذلك؟ قال نعم إذا قبلت ===

=== قال شيخ الإسلام خواهر زاده في ((مبسوطه)): قد شرط القبول هنا وذكر فيما إذا وهب عبدا لأخيه، ثم قبضه في المجلس أو بعد المجلس وكان أمره بالقبض نصا أنه يصح ولم يشرط القبول في ذلك. ينظر: الشِّلْبِيِّ، حاشية الشِّلْبِيِّ على التبيين، مصدر سابق، ج5، ص95.

(12) وليس في الأدنى ما في الأقوى فلا ينوب عنه، وهذا إذا كان الموهوب في يده مضمونا، كالمغصوب والمرهون، والمقبوض على سوم الشراء، لا إشكال فيه؛ لأن المقبوض في يده حقيقة وحكما، فيبرأ عن الضمان بمجرد قبول الهبة. ينظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج5، ص95.

فَلَوْ كَانَ فِي يَدِ انْسَانٍ أَمَانَةٌ كالْوَدِيعَةِ، فَوَهَبَهَا مَالِكُهَا مِنْهُ، لَا يَحْتَاْجُ إِلى قَبْضٍ آخَرَ؛ لِأَنَّ قَبْضَ الْهِبَـةِ غَـيْرُ مَضْـمُوْنٍ، فَيَنُوْبَ عَنْهُ قَبْضُ الأَمَانَةِ؛ لِكَوْنِهِ غَيْرَ مَضْمُوْنٍ.

وَلَوْ كَانَ فِي يَدِهِ مَضْمُوْنٌ بِعَيْنِهِ، وَهُوَ الْمَضْمُونُ بِالقِيمَةِ، أَوْ بِالمِثْـلِ، كَـالمَقْبُوْضِ عَـلَى سَـوْمِ الْبَيْـعِ، والْمَغْصُـوبِ[1]، فوَهَبَهَ مَالِكَهُ مِنْهُ، لَا يَحْتَاْجُ إِلى قَبْضٍ آخَرَ؛ لِأَنَّهُ فِي يَدِهِ بِقَبْضٍ مَضْمُوْنٍ، وَالْقَـبْضُ الْمَضْـمُونِ أَعْـلَى مِـنْ الْقَـبْضِ الَّـذِي لَـيْسَ بِمَضْمُوْنٍ، فَكَانَ نَائِبَاً عَنْهُ[2].

وَلَوْ كَانَ فِي يَدِهِ أَمَانَةٌ[3] فَبَاعَهَا مَالِكُهَا مِنْهُ، يَحْتَاْجُ إِلى قَبْضٍ آخَرَ؛ لِأَنَّ قَبْضَ الْهِبَةِ غَيْرُ مَضْمُوْنٍ، فَيَنُـوْبُ عَنْـهُ قَبْضُ الأَمَانَـةِ؛ لِكَوْنِـهِ غَيْـرَ مَضْمُـوْنٍ، وَلَـو بَأَنْ يَرْجِـعَ إِلى مَوْضِعٍ فِيْهِ الْعَيْنُ، وَيَمْضِي وَقْتٌ يَتَمَكَّنُ فِيْهِ مِنْ قَبْضِهَا؛ لِأَنَّ قَبْضَهَا الْمَبِيعَ مَضْمُوْنٌ، فَلَا يَنُوْبَ عَنْهُ الْقَبْضُ الَّذِي لَيْسَ بِمَضْمُوْنٍ.

كَهِبَةِ الأَبِ لِطِفْلِهِ.....

(كَهِبَةِ الأَبِ) أَيْ: كَمَا أَنَّ هِبَةَ الأَبِ **(لِطِفْلِهِ[4])** تَأْمَةٌ بِالْعَقْدِ، ولَا يَحْتَاْجُ إِلى قَبْضٍ جَدِيْدٍ[5]، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ مَا فِي يَـدِهِ، أو يَدِ مُوْدِعِهِ؛ لِأَنَّ يَدَ الْمـودَعِ كَيَدِ الْمـودِعِ[6][7].

---

(1) فناب قبض المغصوب، والمبيع فاسدا عن قبض البيع الصحيح، ولا ينوب قبض الأمانة عنه، وفي ((الكافي)) من باب المتفرقات تقابضا فتقايلا فاشترى أحدهما ما أقال صار قابضا بنفس العقد؛ لأن العرضين قائمان فكان كل واحد مضمونا بقيمة نفسه كالمغصوب، ولو هلك أحدهما، فتقايلا، ثم جدد العقد في القائم، لا يصير قابضا بنفس العقد؛ لأنه يصير مضمونا بقيمة العرض الآخر فشابه المرهون. ينظر: ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج7، ص288.

(2) وهذا استحسان، والقياس أن لا يكون قابضا حتى يتمكن من قبضه بالخلية، (ووجه) الاستحسان أن الهبة تبرع، وقبض الأمانة ينوب عنه بخلاف ما إذا باع من المودع؛ لأن البيع عقد ضمان، وقبض الأمانة لا ينوب عن قبض الضمان. ينظر: السمرقندي، تحفة الفقهاء، مصدر سابق، ج3، ص165.

(3) في (أ): الامانة.

(4) ولو وهب لابنه الكبير، وهو في عياله، فلا بد من قبضه؛ لأنه لا ولاية له عليه، فلا يقبض له. ينظر: الموصلي، الاختيار، مصدر سابق، ج3، ص49.

(5) قال محمد - رحمه الله - في «الأصل»: كل شيء وهبه لابنه الصغير، وأشهد عليه، وذلك الشيء معلوم في نفسه فهو جائز، والقبض منه أن يعلم ما وهبه له، وأشهد عليه، والإشهاد ليس بشرط لازم، فإن الهبة تتم بالإعلام، ولكن ذكر الإشهاد احتياطاً تحرزاً عن الجحود إذا كبر الولد. ينظر: ابن عابدين، رد المحتار، مصدر سابق، ج5، ص694.

(6) في (ك): المودوع.

(7) والفرق: أن يد المودع مادام مشتغلاً بالحفظ، يد صاحب الوديعة حكماً، فباعتبار اليد الحكمي يصير قابضاً لولده، أما يد هؤلاء ليست يد صاحب العبد، فلا يصير الوالد قابضاً عن ولده بيد هؤلاء.

فإن قيل: أليس أن المودع إذا وهب الوديعة من المودع يجوز ويصير المودع قابضاً بنفس الهبة، ولو كان يد المودع لم يكن قابضاً لنفسه بحكم ذلك اليد.

قلنا: اليد للمودع حقيقة ولكن جعل ذلك اليد يد المودع حكماً لكونه عاملاً له في الحفظ، وذلك يكون قبل التمليك من المودع بالهبة، فأما بعد ذلك فالمودع عامل لنفسه في الإمساك فيصير قابضاً للهبة بيده لا بيد المودع. ينظر: ابن مازة، المحيط البرهاني، مصدر سابق، ج6، ص251.

وَكَذَا هِبَةُ الأُمِّ لِطِفْلِهَا إِذَا كَانَ فِي عِيَالِها[1]، وَالأَبُ مَيْتٌ وَلَا وَصِيَّ لَهُ؛ لِأَنَّ قَبْضَ الأُمِّ بِمَنْزِلَةِ قَبْضِ الأَبِ لَوْ كَانَ حَيَّاً، وكَذَا كُلُّ مَنْ يَعُوْلُهُ، كَالْعَمِّ، وَالأَخِ؛ لِأَنَّ هَذَا مَحْضُ نَفْعٍ لِلطِّفْلِ؛ وَلِأَنَّهُ لَمَّا كَانَ لَهُ تَأْدِيبُهُ وَتَسْلِيمُهُ فِي حِرْفَةٍ، كَانَ لـه الـتَّصَرُّفَ النَّافِعَ فَيَنْفَرِدُ بِتَمْلِيكِهِ، وَيَمْلِكُهُ[2] بِمُجَرَّدِ الْهِبَةِ إِذَا كَانَ فِي يَدِهِ [كما][3] فِي الْأَبِ[4].

وفِي «الْمَبْسُوطِ»:((وَهَبَ لِابْنِهِ شَيْئَاً مَعْلُوْمَاً فِي يَدِهِ جَازَ، وقَبْضُ الأَبِ يَكْفِي بِلَا قَبُوْلِهِ ، وَالْإِشْهَادُ عَلَيْهِ؛ لِلِاحْتِيَـاطِ، والتَّحَرُّزُ عَنْ جُحُوْدِ سَائِرِ الوَرَثَةِ بَعْدَ مَوْتِهِ))[5].

(1) اما لو وهبت المرأة مهرها الذي له على الزوج لابنها الصغير من هذا الزوج فقبل الاب، لا يصح؛ لأنها هبة غير مقبوضة. ينظـر: الخطيـب، الفتاوى الغياثية، مصدر سابق، ج1، ص138.

(2) أي الصغير.

(3) سقط من: (ك).

(4) قال ابو جعفر الطحاوي- رحمه الـلـه - :((ويقبض كذلك وصي ابيه، او جده، ووصي الجد، وكذلك كل من يـتصرف عليـه بـالبيع والشراء، فانه يقبض الهبة، والملتقط يقبض للقيط أيضا، وهو استحسانا ووجهه: انه ليس فيه ضرر على الصغير، بل فيه نفع له، والـذي في عيالـه له ضرب من الولاية عليه في امساكه، والملتقط له ضرب من الولاية، الا ترى انه لو اراد غيره انتزاع الصبي منه كـان الـذي ألتقطـه بَـدءاً أولى بإمساكه)). ينظر: الجصاص، شرح مختصر الطحاوي، مصدر سابق، ج4، ص24.

(5) انتهى كلامه. ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج12، ص61.

وقَبْضُهُ عَاْقِلَاً، وَقَبْضُ مَنْ يُرَبِّيْهِ وَهُوَ مَعَهُ.....

وفِي ((الذَّخِيرَةِ))[1]:((لِأَنَّ كُلَّ عَقْدٍ يَتَوَلَاهُ الوَاحِدُ، يَكْتَفِى فِيْهِ بالْإِيجَابِ كَبَيْعِ الأَبِ مَالَهُ لِابْنِهِ الصَّغِيرِ))[2].

وَلَوْ وَهَبَ مِنْ طِفْلِهِ دَارَاً، وَهُوَ سَاكِنُهَا، وَمَتَاْعَهُ فِيهَا، صَحَّتْ الْهِبَةُ[3]، ومَلَكَهَا الأَبْنُ بِمُجَرَّدِ قَوْلِهِ: وَهَبْتُهَا لَهُ[4]؛ لِأَنَّها فِي يَدِهِ، وَسُكْنَاهُ، وَمَتَاعُهُ فِيهَا لَا يُنَافِي يَدَهُ، بَلْ يُقَرِّرُهَا، فَتَكُونُ هِيَ فِي قَبْضِهِ، وَهُوَ الشَّرْطُ[5].

وَلَوْ كَانَ يَسْكُنُهَا غَيْرُهُ بِأَجْرٍ لَا يَجُوزُ الْهِبَةُ؛ لِعَدَمِ قَبْضِ الأَبِ؛ لِأَنَّ قَبْضَ الْمُسْتَأْجِرِ لِنَفْسِهِ، وَلَوْ كَانَ بِغَيْرِ أَجْرٍ جَازَتْ الْهِبَةُ وَمَلَكَهَا الِابْنُ بِمُجَرَّدِ الْعَقْدِ، كَذَا عن ((الْمُنْتَقَى))[6][7].

وَلَوْ كَانَتْ الدَّارُ فِي يَدِ الْغَاصِبِ[8]، اَوْ فِي يَدِ الْمُرْتَهِنِ[9] لَا تَجُوزُ الْهِبَةُ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا قَابِضٌ لِنَفْسِهِ [وعَامِلٌ][10] لَهَا / فَلَا تَكُونُ يَدُهَا كَيَدِ الأَبِ. أ/360

(وقَبْضُهُ) هُوَ بِالرَّفْعِ عَلَى الابْتِدَاءِ، أَيْ: قَبْضُ الطِفْلِ مَا وُهِبَ لَهُ **(عَاْقِلَاً)** أَيْ: مُمَيزَاً **(وَقَبْضُ مَنْ يُرَبِّيْهِ)** قَرِيْبَاً كَانَ أَوْ أَجْنَبِيَّاً **(وَهُوَ مَعَهُ)** أَيْ: وَالحَالُ أَنَّ الطِفْلَ فِي حِجْرِ مَنْ يُرَبِّيْهِ.

وَالزَّوْجِ بَعْدَ الزِّفَافِ مُعْتَبَرٌ فِي هِبَةِ الأَجْنَبِيِّ لها.....

(وَ) قَبْضُ **(الزَّوْجِ)** مَا وُهِبَ لِزَوْجَتِهِ الصَّغِيرَةِ **(بَعْدَ الزِّفَافِ[11])**هُوَ بِكَسْرِ الزَّايِّ مَصْدَرُ زُفَفْتُ الْمَرْأَةُ، أَزُفُهَا بِالضَّمِ زَفَّاَ **(مُعْتَبَرٌ)** هَذَا خَبَرُ الْمبْتَدَأ الَّذِي هُوَ: قَبْضُهُ، ومَا عُطِفَ عَلَيْهِ **(فِي هِبَةِ الأَجْنَبِيِّ [لَهَا][12][13])** مُتَعَلِّقٌ: بِـ «مُعْتَبَرٍ»،

---

(1) وهو لمحمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازه البخاري المرغيناني، برهان الدين، من أكابر فقهاء الحنفية، عدّه ابن كَمَال باشا من المجتهدين في المسائل، وهو من بيت علم عظيم في بلاده، ولد بمرغينان، وتوفي ببخارى سنة (616هـ). من كتبه: ((ذخيرة الفتاوى))، و((المحيط البرهاني))، و((تتمة الفتاوي)) و((الواقعات)) و ((الطريقة البرهانية)) . ينظر: القرشي، الجواهر المضية، مصدر سابق، ج2، ص155. واللكنوي، الفوائد البهية، مصدر سابق، ص205. والزركلي، الأعلام، مصدر سابق، ج7، ص161.

(2) انتهى كلامه. ينظر: ابن مازة، محمود بن احمد، الذخيرة البرهانية، من مخطوطات جستربيتي مصورة في الجامعة الاردنية برقم(3867)، ق313/ب.

(3) وفي العتابية وهو المأخوذ به وعليه الفتوى. ينظر: ابن عابدين، محمد أمين بن عمر، منحة الخالق حاشية على البحر الرائق، بدون طبعة وتاريخ،ج7، ص288، دار الكتاب الإسلامي، بيروت.

(4) وهو المأخوذ به وعليه الفتوى! ذ كره الثقفي، أحمد بن محمد، (1973م)، لسان الحكام في معرفة الأحكام، ط1، ص271، البابي الحلبي، القاهرة.

(5) أي ان شرط صحة الهبة ان تكون مقبوضة.

(6) وهو لمحمد بن محمد المروزي بن الحاكم المَرْوَزِي السُّلمي البلخي، الحاكم الشهيد، سبق ترجمته.

(7) ينظر: ابن مازة، المحيط البرهاني، مصدر سابق، ج6، ص251.

(8) حتى يردها الغاصب الى عهدة المغصوب منه فيقبضها.

(9) قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في ((شرح الكافي)): رجل رهن عبده من رجل وسلمه إليه، ثم وهبه من ابنه الصغير لم يجز؛ لأن القبض شرط لتمام الهبة، وقد فقد حقيقة وتقديرا؛ لأنا جعلنا يد الأب فيما يهبه لابنه الصغير بمنزلة يد الابن إذا كانت قائمة وها هنا اليد للمرتهن لا للراهن فتعذر جعلها للابن فانعدم قبضها الذي هو متمم للهبة فقلنا بالفساد. الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج5، ص 95.

(10) سقط من: (ك).

(11) الزِّفَافِ: مصدر زف، وهو حمل الْعَرُوس، فإن كسرت الزاي فمعناه يسرع، من زف في مشيه وأزف إذا أسرع، وإن فتحت فهو من زففت العروس أزفها إذا أهديتها إلى زوجها. ينظر: الجزري، النهاية في غريب الحديث والأثر، مصدر سابق، ج2، ص305. وابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، ج9، ص136.

(12) زيادة من: (أ).

(13) أي للمرأة. وفي نسخة - أي متن النقاية -: له، أي للطفل، وهو أظهر. ينظر: القهستاني، جامع الرموز، مصدر سابق، ج2، ص61. والقاري، فتح باب العناية، مصدر سابق، ج4، ص223.

وبَعْضُ النُّسَخِ لَمْ يَقَعْ فِيْهِ: «مُعْتَبَرٌ» فِيَكُونُ «قَبْضُـهُ»: مَجْـرُوْرَاً بِـالعَطْفِ عَـلَى هِبِـة الأَبِ، وَ« فِي هِبَـةِ الأَجْنَبِـيِّ »: فِي مَحَـلِ النَّصْبِ عَلَى الحَالِ مِنْ: «قَبِضِهِ»[1].

و قَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللـهُ- : لا يَصِحُّ قَبْضُ الصَّغِيرِ بِنَفْسِهِ وَإِنْ كَـانَ عَـاقِلاً[2]، وَهُـوَ الْقِيَـاسُ[3]؛ لِأَنَّـهُ لَا مُعْتَـبَر بِعَقْلِهِ قَبْلَ البُلُوْغِ؛ لِأَنَّ الوِلَايَةَ عَلَيْهِ لَا تَزُوْلُ عَنْهُ قَبْلَهُ.

وَلَنَا - وَهُوَ وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ-: أَنَّ عَدَمَ اعْتِبَارِ عَقْلِهِ قَبْلَ البُلُوْغِ لِلْنَظَرِ لَهُ، وَدَفْعِ الضَّرَرِ عَنْهُ، وَذَلِكَ فِيمَا كَانَ مُتَرَدِّدَاً بَيْنَ النَّفْعِ والضَّرَرِ، وَأَمَّا النَّفْعُ المَحْضُ فَيُعْتَبَرُ عَقْلُهُ فِيْهِ، وَيُلْحَقُ بِالبَالِغِ كمَا فِي كَسْبِهِ لِلْمُبَاْحَاْتِ.

وَأَمَّا قَبْضُ مَنْ يُرَبِي الطِّفْلَ إِذَا وَهَبَ لَهُ أَجْنَبِيٌّ؛ فَلِأَنَّ لَهُ عَلَيْهِ يَدَاً مُعْتَبَراً؛ أَلَا تَرَى[4] أَنَّهُ لَا يَتَمَكَّنُ أَجْنَبِيٌّ آخَـرَ مِـنْ نَزْعِهِ مِنْهُ، فَيَمْلِكُ مَا يَتَمَحَضُ نَفْعَاً فِي حَقِّهِ.

وَأَمَا قَبْضُ الزَّوْجِ بَعْدَ الزِّفَافِ مَا وَهَبَ أَجْنَبِيٌّ لِزَوْجَتِهِ الصَّغِيرَةِ؛ فَلِأَنَّهُ[5] حِينَئِذٍ لَهُ عَلَيْهَا

وَصَحَّ هِبَةُ اثْنَيْنِ دَارَ الْوَاحِدِ، وَعَكْسُهُ لَا،.....

وِلَايَةٌ؛ لِكَوْنِهِ يعَوْلُهَا[6].

---

(1) ينظر: المرغيناني، الهداية، مصدر سابق، ج3، ص224. والموصلي، الاختيار لتعليل المختار، مصدر سـابق، ج2، ص 536 . وقـاضي زادة، نتـائج الأفكار، مصدر سابق، ج9، ص35.

(2) ينظر: الشافعي، الأم، مصدر سابق، ج4، ص64. والعمـراني، البيـان، مصـدر سـابق، ج8، ص122. والشربينـي، محمـد بـن أحمـد الخطيـب (1994م)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ط1، ج3، ص560، دار الكتب العلمية، بيروت.

(3) وجه (القياس) أن لا يجوز لأن هذا من باب النفع وقبض هؤلاء عليه أيضا وإن كان عاقلا لأن النظـر الكامـل في هـذا أن يملـك كـل واحـد منهما ذلك. ينظر: السمرقندي، تحفة الفقهاء، مصدر سابق، ج3، ص169.

(4) في (ك) و(أ) و(ن): يرى.

(5) في (أ) و(ن): لأنه.

(6) في الفتاوى الْخَيْرِيَّة: سئل فيما يرسله الشخص إلى غيره في الأعراس ونحوها هل يكون حكمه حكم القرض فيلزمـه الوفـاء بـه أم لا؟ أجـاب: إن كان العرف بأنهم يدفعونه على وجه البدل يلزم الوفاء به مثليا فبمثله، وإن قيميا فبقيمته وإن كان العرف خـلاف ذلـك بـأن كـانوا يدفعونه على وجه الهبة، ولا ينظرون في ذلك إلى إعطاء البدل فحكمـه حكـم الهبـة في سـائر أحكامـه فـلا رجـوع فيـه بَعْـدَ الهـلاك أو الاستهلاك، والأصل فيه أن المعروف عرفا كالمشروط شرطا اهـ قلت: والعرف في بلادنا مشترك نعم في بعض القـرى يعدونـه فرضـا حتـى إنهم في كل وليمة يحضرون الخطيب يكتب لهم ما يهدى فإذا جعل المهدي وليمة يراجع الْمُـهْدَى الدفتر فَيُهْـدِي الأول إلى الثـاني مثـل ما أهدى إليه. ينظر: الرملي، خير الدين احمد(1300هـ)، الفتاوى الخيرية لنفع البرية على مذهب الإمام أبي حنيفـة الـنعمان، ط2، ج2، ص111، بولاق، مصر. وابن عابدين، رد المحتار، مصدر سابق، ج5، ص696.

وفِي «الذَّخِيرَةِ»:((وَشَرَطَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا أن يَكُونَ يُجَامِعُ مِثْلُها))[1].

والصَّحِيْحُ أَنَّهُ إِذَا كَانَ يَعُوْلُهَا يَصِحُّ قَبْضُهُ عَلَيْهِا سَوَاءٌ كَانَ يُجَامِعُ مِثْلُهَا أَوْ لَا؛ لِأَنَّها لمَّا زُفَّتْ إِلَيْهِا[2] أَقَامَ الأَبُ الزَّوْجَ مَقَـامَ نَفْسِهِ فِي حِفْظِهَا وَحِفْظِ مَالِهَا، وَقَبْـضُ الْهِبَةِ مِنْ بَابِ الْحِفْظِ، وَلَكِنْ لَا تَنْعَدِمُ[3] وِلَايَةُ الأَبِ بِهَذَا[4] حَتَّى لَـوْ قَـبَضَ لَهَـا صَحَّ أَيْ:ضَاً؛ لِقِيَاْمِ وَلَايَتِهِ، وَلِأَجْلِ أَنَّ قَبَضَ الزَّوْجِ الْهِبَةُ لِامْرَأَتِهِ بطَرِيقِ النِّيَابَةِ عَنْ الأَبِ بِمْلِكُ الزَّوْجُ الْقَـبْضَ لَهَـا وَالأَبُ حَـاْضِرٌ بِخِلَافَ الأُمِّ وَالأَجْنَبِيِّ، حَيْثُ لَا يَمْلِكَان[5] إِلَّا بَعْدَ مَوْتِ الأَبِ [أَوْ غَيْبَتِهِ غَيْبَةً مُنْقَطِعَـةً فِي الصَّـحِيْحِ؛ لِأَنَّ تَصَرُّفَهَـمَا لِـلْضَرُورَةِ لَا بِتَفْوِيْضِ الأَبِ][6]، وَلَا ضَرُورَةَ مَعَ حُضُورِهِ.

(وَصَحَّ هِبَةُ اثْنَيْنِ دَارَ الْوَاحِدِ) [أَيْ: لِشَخْصٍ وَاحِدٍ، فَالّلَامُ مُتَعَلِّقَةٌ[7] بِـ «هِبَةٍ»]؛ لِأَنَّهُمَا سَلَّمَاهَا جُمْلَةً وَهُـوَ قَبَضَـهَا جُمْلَةً، وَلَا شُيُوعَ فِي ذَلِكَ[8].

(وَعَكْسُهُ) وَهُوَ هِبَةُ وَاحِدٍ لِاثْنَيْنِ **(لَا)** أَيْ: لَا يَصِحُّ[9]، وهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وزُفَرَ[10].

كَتَصَدُّقِ عَشَرَةٍ عَلَى غَنِيَّيْنِ، وَصَحَّ عَلَى فَقِيرَيْنِ.....

وقَالَ أبو يُوسُفَ، ومُحَمَّدٌ: يَصِحُّ؛ لِأَنَّهُ وَهَبَ الجُمْلَةَ مِنْهُمْا، إِذْ التَّمْلِيْكُ وَاحِدٌ، فَلَا يَتَحَقَّقُ الشِّيْوعَ[11].

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّهُ لمَّا وَهَبَ لِكُلِّ نِصْفَاً، ثَبَتَ مِلْكُ نِصْفٍ لِهَذَا شَائِعاً، ونِصْفٍ لِهَذَا شَائِعاً، وَمَتَـى ثَبَـتَ الْمِلْـكُ لَهُـمَا شَائِعَاً، ثَبَتَ التَمْلِيكُ شَائِعَاً إِذْ الْمِلْكُ حُكْمَ التَّمْلِيكِ[12].

---

(1) انتهى كلامه. ينظر: ابن مازة، الذخيرة البرهانية، ق314/أ.

(2) أي الهدايا. وفي (ك): (اليه) . فيكون المعنى: أي زفت الزوجة لزوجها.

(3) في (ت) و(ك) و(أ) و(ن) و(ع): (لا ينعدم) .

(4) في (أ) و(ن): بهذه.

(5) في (س): (لا يملآنه)

(6) سقط من: (ك).

(7) زيادة في: (ن).

(8) وفيه إشعار بأن هبة الاثنين للاثنين لا تجوز. شيخ زاده، مجمع الأنهر، مصدر سابق، ج2، ص358.

(9) (صورته): إن وهب رجل دارا لرجلين لأحدهما ثلثاها، وللآخر ثلثها، وقبضاها.

(10) لأن هذه هبة النصف من كل واحد فيثبت الشيوع، والقبض في المشاع لا يتحقق بخلاف الرهن؛ لأن حكم الحبس بالدين، وهو ثابت لكل واحد منهما بكماله. ينظر: المصدر السابق.

(11) وهذا لوجهين: (أحدهما) أن الإطلاق في الهبة كالتفصيل حتى لو وهب لـرجلين عينـا لا تحتمـل القسـمة فقبـل أحـدهما دون الآخـر: لا يجوز كما لو فرق العقد. (والثاني) أن العقد متى كان جملة عند الإطلاق

فبالتفصيل لا يتفرق في عقود التملكات كما في البيع، فإن رجلا لو باع ثوبين من رجل بعشرين درهما فقبل المشتري العقـد في أحـدهما: لا يجوز، ولو قبل فيهما ثم نقد الثمن في أحدهما لا يكون له أن يقبض ما نقد ثمنه، وكذلك لو فصل، وسمى لكل واحد منهما ثمنه، فعرفنا أن بالتفصيل لا يتفرق العقد. ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج12، ص69.

(12) قال الامام ابن قطلوبغا:((وقد اتفقوا على تـرجيح دليـل الامـام، واختـاره ابـو الفضـل الموصـل، وبرهـان الائمـة المحبـوبي، وابـو البركـات النسفي))ا.هـ ابن قطلوبغا، التصحيح والترجيح، مصدر سابق، ص286.

(كَتَصَدُّقٍ عَشَرَةٍ[1]) أَيْ: كمَا لَمْ يَصِحُّ لِوَاحِدٍ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِعَشْرَةٍ **(عَلَى غَنِيَّيْنِ، وَصَحَّ)** لَهُ التَّصَدُّقَ بِهَا **(عَلَى فَقِيرَيْنِ)** وُهِبَتْ [2] لَهُمَا، وهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ فِي رِوَايَةِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ، وعِنْدَهمَا: تَصِحُّ عَلَى الغَنِيَيْنِ أَيْ:ضَاً[3].

فَفَرَقَ أَبُوْ حَنِيْفَةَ عَلَى هَذِهِ الرِّوَايَةِ بَيْنَ الصَّدَقَةِ[4]، وَهُوَ مَا يُدْفَعُ إلى ألْفَقير، وَلَوْ كَانَ بِلَفْظِ «الْهِبَـةِ»، وبَـيْنَ الْهِبَـةُ، وَهُوَ مَا يُدْفَعُ إِلى الغَنِيِّ،/ وَلَوْ كَانَ بِلَفْظِ «الصَّدَقَـةِ»، وَسَوَّى بَيْنَهُمَا فِي عَدَمِ الصِحَّةِ فِي رِوَايَـة «الْأَصْـلِ»، حَيْـثُ قَـالَ عَقِـبَ مَسْأَلَةِ الْهِبَةِ: وَكَذَلِكَ الصَّدَقَةُ، أَيْ: لا يَجُوزُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ عَـلَى رَجُلَـيْنِ كـمَا لَا تَجُـوْزُ الْهِبَـةُ، والأَظْهَـرُ أَنَّ عِنْـدَهُ فِي الْمَسْـأَلَةِ رِوَايَتَيْنِ[5]. 360/ب

فوَجْهُ رِوَايَةُ «الْأَصْلِ»: أَنَّ تَمَامَ الصَّدَقَةِ بِالْقَبْضِ كَالْهِبَةِ، وَقَبْضُ كُلِّ وَاحِدٍ يلاقي شَائِعاً فَـلَا يَـتِمُّ بِـهِ الصَّـدَقَةَ كـمَا لا يتم بِهِ الْهِبَةُ.

وَيَصِحُّ الرُّجُوعَ عَنْهُا بِتَرَاضٍ، أَوْ حُكْمِ قَاْضٍ.....

وَوَجْهُ رِوَايَة «الْجَامِعِ»: أَنَّ الصَّدَقَةَ يُرَادُ بِها وَجْـهُ الـلـه تَعَـالَى[6]، ولهَـذَا لَـمْ يَكُـنْ فِيهَـا الرُّجُـوعُ وَإِنمَـا يَقَــعُ[7] لِلْفَقِيْرَيَـنِ بِطَرِيـقِ النِّيَابَـةِ، وَالـلـهُ تَعَالَى وَاحِـدٌ لَا شَرِيْـكَ لَـهُ، فَـلَا يَتَمَكَّـنُ الشُّيُـوْعَ فِيهَـا، وصَارَتْ كالْهِبَةِ إِذَا وَقَعَتْ لِوَاحِدٍ، وَقَبَضَهَا اثْنَانٌ بِحُكْمِ النِّيَابَةِ عَنْهُ، والْهِبَةُ يُرَادُ بِهَا الغَنِيْانِ[8] فَيَقَعُ فِيهَا الشُّيُوْعَ.

وَقِيْلَ: الْمُرَادُ بِالصَّدَقَةِ الْمَذْكُوْرَةِ فِي الْأَصْلِ الصَّدَقَةُ عَلَى غَنِيَيْنِ، وعَلَى هَذَا لَا مُخَالَفَةَ[9] بَيْنَ الرِّوَايَتَيْنِ[10].

[فَصْلُ الرُّجُوعِ فِي الْهِبَةِ]

---

(1) العشرة هنا ليس قيد او حصر فيجوز باقل من عشرة او اكثر.

(2) في (س):(وهبها)، وفي (ت) و(ك) و(ع): (وهبتها).

(3) نص الرواية: رجل تصدق على محتاجين بعشرة دراهم أو وهبها لهما جاز وإن تصدق بها على غنيين أو وهبها لهما لم يجز وقال أبو يوسف ومحمد (رحمهم الـلـه) يجوز للغنيين أيضا. ينظر: الشيباني، الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير، مصدر سابق، ص437.

(4) في (ك):صدقة.

(5) ينظر: المرغيناني، الهداية، مصدر سابق، ج9، ص 36. والموصلي، الاختيار، مصدر سـابق، ج3، ص 67. والسـمرقندي، تحفـة الفقهـاء، مصـدر سابق، ج3، ص 163. الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج5، ص 97.

(6) ثم الفقير يقبض من الـلـه تعالى قال الـلـه تبارك وتعالى {أَلَمْ يَعْلَمُوا أَنَّ الـلـهَ هُوَ يَقْبَلُ التَّوْبَةَ عَنْ عِبَادِهِ وَيَأْخُـذُ الصَّـدَقَاتِ} [التوبـة: 104]، وقال ﷺ «الصدقة تقع في يد الرحمن قبل أن تقع في يد الفقير» ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج6، ص123.

(7) في (ك): تقع.

(8) في (ك): (العين ان).

(9) في (ك): (لا خلاف).

(10) قال الامام ابن عابدين: تصح الصدقة مطلقا على فقيرين ولو بلفظ الهبة قال في «التتارخانية»عن «المضمرات» ولـو قـال وهبـت مـنكما هذه الدار والموهوب لهما فقيران صحت الهبة بالإجماع اهــ لكـن هـذا عـلى روايـة «الجـامع» وإلا فقـد ذكـر في «الأصـل»روايتـين في الصدقة على قول الإمام والصحيح رواية «الجامع»كما في «جامع الفصولين»وصـححها في «الهدايـة»أيضـا وعليهـا مشى أصـحاب المتـون. ينظر: ابن عابدين، العقود الدرية، مصدر سابق، ج2، ص90.

(وَيَصِحُّ) لِمَنَ وَهَبَ هِبَةً لِأَجْنَبِيٍّ **(الرُّجُوعَ عَنْهَا[1] بِتَرَاضٍ أَوْ حُكْمِ قَاضٍ)[2]** وَقَالَ الشَّافِعِيُّ[3]

ومَالِكٌ[4]، وأَحْمَدُ فِي ظَاهِرُ مذَهَبَهِ[5]، لَا يَصِحُّ الرُّجُوعَ فِي الْهِبَةِ إِلَّا لِلْوَالِدِ فِيمَا وَهَبَ لِوَلَدِهِ، وَعَنْ الشَّافِعِيِّ فِي غَيْرَ الأَبِ مِنَ الأُصُوْلِ قَوْلَانِ، أَصَحُهُمَا أَنَّهُ كَالأبِ؛ لِأَنَّهُ مِثْلُهُ فِي حُصُوْلِ العِتْقِ بِشرَائِهِ، وَوُجُوْبِ النَّفَقَةِ، وسُقُوْطِ القَصَاْصِ.

لَهُمْ[6]: مَا رَوَى أَصْحَابُ السُّنَنِ الأَرْبَعَةِ، وقَالَ التِّرْمِذِيُّ حَدِيْثٌ حَسَنٍ، عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ، وَابْنِ عُمَرَ ﷺ، أَنَّ[7] النَّبِيَّ ﷺ قَالَ:((لَا يَحِلُّ لِرَجُلٍ أَنْ يُعْطِيَ عَطِيَّةً فَيَرْجِعَ فِيهَا إِلَّا الْوَالِدَ فِيمَا يُعْطِي وَلَدَهُ، وَمَثَلُ الَّذِي يُعْطِي الْعَطِيَّةَ، ثُمَّ يَرْجِعُ فِيهَا كَمَثَلِ الْكَلْبِ يَأْكُلُ فَإِذَا شَبِعَ قَاءَ، ثُمَّ عَادَ فِي قَيْئِهِ))[8][9].

ومَا رَوَاهُ الجَمَاْعَةَ إِلَّا التِّرْمِذِيُّ، مِنْ حَدِيْثِ أَبِي هُرَيْرَةَ، وَابْنِ عَبَّاسٍ، وَابْنِ عُمَرَ ﷺ أَنَّ النَّبِيّ ﷺ قَالَ:((الْعَائِدُ فِي هِبَتِهِ، كَالْعَائِدِ فِي قَيْئِهِ))[10]؛ [وَلِأَنَّها عَقْدُ تَمْلِيكٍ فَيُلْزَمُ كالْبَيْعِ، وَإِنَّمَا ثَبَتَ حَقُّ الرُّجُوْعَ لِلْوَالِدِ عَلَى الوَلَدِ؛ لِأَنَّ إِخْرَاجَهُ عَنْ

---

(1) الهبة لخمسة اصناف:(1) لرحم محرم (2) للزوج والمرأة (3) لرحم غير محرم (4) محرم غير رحم (5) للأجنبي. وفي جميع ذلك للواهب حق الرجوع قبل التسليم؛ لأنه بالرجوع قبل التسليم يمتنع إتمام العقد، وبعد التسليم ليس له حق الرجوع في ذي الرحم المحرم سواء كان أحدهما كافراً، وفيما سوى ذلك له حق الرجوع إلا مانع أخذ العوض، وأن يزداد الموهوب في يديه زيادة متصلة حتى إن زيادة الشعر لا تمنع الرجوع، وكذلك الزيادة المنفصلة لا تمنع الرجوع في الأصل لما يأتي بعد هذا. ينظر: السُّغْدي، النتف في الفتاوى، مصدر سابق ج1، ص514. وابن مازة، المحيط البرهاني، مصدر سابق، ج6، ص246.

(2) إن المقصود بالهبة: إظهار الجود والسخاء، والتودد والتحبب، وفي التبرعات مقصود، ومعنى إظهار الجود أيضا مقصود، فإنما يمكن الخلل في بعض المقصود اذا رجع الواهب، وذلك يكفي للفسخ مع أن إظهار الجود مقصود كريم الخلق، ولهذا يقول: الراجع في الهبة لا يكون كريم الخلق فأما مقصود طيبة النفس العوض، ومعنى التودد إنما يحصل بالعوض - كما قال: - عليه الصلاة والسلام - «تهادوا تحابوا» . ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج12، ص54.

(3) ينظر: الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد(1997م)، الوجيز في الفقه الشافعي(ت: عادل معوض، وعادل عبد الموجود)، ط1، ج1، ص430، دار الارقم، بيروت. والشيرازي، المهذب، مصدر سابق، ج2، ص 335.

(4) ينظر: الأصبحي، المدونة، مصدر سابق، ج4، ص414.والحطاب، مواهب الجليل، ج6، ص59. والنفراوي، أحمد بن غانم بن سالم (1995م)، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، بدون طبعة، ج2، ص 170، دار الفكر، بيروت.

(5) ينظر: ابن قدامة، العمدة، مصدر سابق، ص 66. وابن مفلح، إبراهيم بن محمد بن عبد الله (1997م)، المبدع في شرح المقنع، ط1،، ج4، ص 647، دار الكتب العلمية، بيروت.

(6) أي من الادلة ما يحتجون به.

(7) في (ك):(عن).

(8) ينظر: ابن ماجة، سنن ابن ماجة، مصدر سابق، كتاب الهبات، باب من أعطى ولده ثم رجع فيه، رقم 2384، ج2، ص 797. وأبو داود، سنن أبي داود، مصدر سابق، كتاب البيوع، باب الرجوع في الهبة، رقم 3539، ج3، ص 291. والنسائي، سنن النسائي، مصدر سابق، كتاب الهبة، باب رجوع الوالد فيما يعطي ولده، رقم 3690، ج6، ص 265. والترمذي، الجامع الصحيح، مصدر سابق، كتاب البيوع، باب ما جاء في الرجوع في الهبة، رقم 2132، ج4، ص 442(واللفظ له).

(9) وهذا يدل على جواز الرجوع مع استقباحه وكراهيته. القدوري، التجريد، مصدر سابق، ج8، ص3830.

(10) ينظر: ابن ماجة، سنن ابن ماجة، مصدر سابق، كتاب الهبات، باب الرجوع في الهبة، رقم 2385، ج2، ص 797. وأبو داود، سنن أبي داود، مصدر سابق، كتاب البيوع، باب الرجوع في الهبة، رقم: 3538، ج3، ص 291. والنسائي، سنن النسائي، مصدر سابق، كتاب الهبة، باب رجوع الوالد فيما يعطي ولده، رقم: 3691، ج6، ص 265.

مِلْكِهِ لَمْ يَتُمّ؛ لِأَنَّ الوَلَدَ مِنْ كَسْبِ الوَالِدِ][1].

وَلَنَا[2]: مَا رَوَى ابْنُ مَاجَهْ مِنْ حَدِيْثِ أَبِي هُرَيْرَةَ ﷺ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ:((الرَّجُلُ أَحَقُّ بِهِبَتِهِ مَا لَمْ يُثَبْ مِنْهَا[3]))[4]، وأَخْرَجَهُ الدَّرَاقُطْنِيُّ فِي سُنَنِهِ[5]، وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ فِي مُصَنَّفِهِ[6]، وَرَوَاهُ الحَاكِمُ[7] فِي مُسْتَدْرَكِهِ فِي الْبُيُوعِ، مِنْ حَدِيثِ ابْنِ عُمَرَ، وَقَالَ حَدِيْثٌ صَحِيْحٌ عَلَى شَرْطِ الشَّيْخَيْنِ، وَلَمْ يُخَرِجَاهُ[8].

وَرَوَاهُ الطَّبَرَانِيُّ فِي مُعْجَمِهِ مِنَ حَدِيْثِ ابْنِ عَبَّاسٍ لَمْ مَا بِهِبَتِهِ أَحَقُّ فَهُوَ هِبَةً وَهَبَ مَنْ :قَالَ النَّبِيَّ أَنَّ وَلَفْظُهُ .[9] قَيْئَهُ كُلُوَيَأْ يَقِيءُ كَالَّذِي فَهُوَ هِبَتِهِ فِي رَجَعَ فَإِنْ مِنْهَا، يُثَبْ عَنْ ،[10]سُفْيَانَ عَنْ مُصَنَّفِهِ، فِي الرَّزَّاقِ عَبْدُ رَوَى ومَا :قَالَ ،[10]ابْرَاهِيْمَ عَنْ ،[11]مَنْصُوْرٍ.

قَالَ عمرﷺ:" مَنْ وَهَبَ هِبَةً لِذِي رَحِمٍ[12] فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ فِيهَا، وَمَنْ وَهَبَ هِبَةً لِغَيْرِ ذِي رَحِمٍ فَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ فِيهَا إِلَّا أَنْ يُثَابَ مِنْهَا"[13]؛ ولِأَنَّ الْمَقْصُودَ بِالْهِبَةِ التَّعْوِيضُ وَالْمُكَافَأَةُ عَادَةً، فَتَثْبُتُ وِلَايَةُ الفَسْخِ عِنْدَ فَوَاتِهِ إِذْ العَقْدُ

---

(1) سقط من: (ت) (ك) (س) (ن) (ع).

(2) أدلة الكتاب والسنة وإجماع الصحابة ﷺ أما الكتاب فقوله تعالى:{وإذا حييتم بتحية فحيوا بأحسن منها أو ردوها} [النساء: 86] والتحية وإن كانت تستعمل في معان من السلام والثناء والهدية بالمال، لكن الثالث تفسير مراد بقرينة من نفس الآية الكريمة وهي قوله تعالى:{أو ردوها}؛ لأن الرد إنما يتحقق في الأعيان لا في الأعراض لأنه عبارة عن إعادة الشيء وذا لا يتصور في الأعراض والمشترك يتعين أحد وجوهه بالدليل. والسنة ما ساقه الشارح، وأما إجماع الصحابة فإنه روي عن سيدنا عمر وسيدنا عثمان وسيدنا علي وعبد الله ابن سيدنا عمر وأبي الدرداء وفضالة بن عبيد وغيرهم ﷺ أنهم قالوا مثل مذهبنا ولم يرد عن غيرهم خلافه فيكون إجماعا. الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج6، ص128.

(3) أي ما لم يعوض ولأن التعويض دليل على أن مقصود الواهب هو الوصول إلى العوض فإذا وصل فقد حصل مقصوده فيمنع الرجوع وسواء قل العوض أو كثر. الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج6، ص130.

(4) ينظر: ابن ماجه، سنن ابن ماجه، كتاب الهبات، باب: من وهب هبة رجاء ثوابها، رقم 2387، ج2، ص 798.

(5) ينظر: الدارقطني، علي بن عمر بن أحمد (2004م) السنن (ت: شعيب الأرنؤوط)، ط1، كتاب البيوع، رقم 2970، ج3، ص465، مؤسسة الرسالة، بيروت.

(6) ينظر: ابن ابي شيبة، المصنف، مصدر سابق، باب في الرجل يهب الهبة فيريد أن يرجع فيها، رقم 21703،ج4، ص420.

(7) هو محمد بن عبد الله بن محمد بن حمْدُويه بن نُعَيم الضَّبِّي الطَّهْمَان النيسابوري، أبو عبد الله، المعروف بالحاكم، ويعرف بابن البيع، وإنما عرف بالحاكم لتقلده القضاء، وكان إمام أهل الحديث في عصره، والمؤلف فيه الكتب التي لم يسبق إلى مثلها، كان عالماً عارفاً واسع العلم، من مؤلفاته: ((المستدرك))، و((تاريخ نيسابور))، و((معرفة علوم الحديث))، (321-405هـ).ينظر: ابن خلكان، وفيات الأعيان، مصدر سابق، ج4، ص209-211، والذهبي، تذكرة الحفاظ، مصدر سابق، ج3، ص162-166، والصفدي، الوافي بالوفيات، مصدر سابق، ج3، ص259-264.

(8) ينظر: الحاكم، المستدرك، مصدر سابق، رقم 2323، ج2، ص60.

(9) ينظر: الطبراني، المعجم الكبير، مصدر سابق، رقم 11317، ج11، ص147.

(10) وهو سفيان الثوري سبقت ترجمته في كتاب الشفعة.

(11) هو منصور بن الْمُعْتَمِر السّلمِيّ، أبو عتاب، كوفي ثقة ثبت في الحديث كان أثبت أهل الكوفة وكأن حديثه القدح لا يختلف فيه أحد متعبد رجل صالح أكره على قضاء الكوفة فقضى عليها شهرين ولاه يزيد بن عمرو روى من الحديث أقل من الفين وكان فيه تشيع قليل ولم يكن بغال وكان قد عمش من البكاء وصام منصور ستين سنة وقامها وتوفي (132هـ). ينظر:ابن سعد، الطبقات، مصدر سابق، ج6،ص337. والعجلي، أحمد بن عبد الله بن صالح (1985م)، معرفة الثقات(ت: عبد العليم البستوي)،ط1، ج2، ص299، مكتبة الدار، المدينة المنورة.

(12) ذو الرحم صاحب القرابة، والمحرم هو الذي تحرم مناكحته كالعم، والخال، والأخ، والأخت، وولد الأخ، وولد الأخت، فأما بنو الأعمام، ونحوهم، فذووا الأرحام وليسوا بمحارم. ولقد جاء في (المادة 866) إذا وهب شخص شيئا لأصوله وفروعه أو لأخيه أو لأخته أو لأولادهما أو لأخ وأخت أبيه وأمه فليس له الرجوع بعد الهبة، وقرابة النسب يعني ذي الرحم أي المحرمية، بالنسب الوارد ذكرها في كتاب النكاح مانعة عن الرجوع في الهبة الصحيحة حتى لو اختلفا دينا ودارا . ينظر:علي حيدر، شرح مجلة الاحكام،ج2، ص462. ينظر: النسفي، طلبة الطلبة، ص 224.

(13) واصله " كتب عمر بن الخطاب أن المسلم ينكح النصرانية والنصراني لا ينكح المسلمة، ويتزوج المهاجر الأعرابية، ولا يتزوج الأعرابي المهاجرة ليخرجها من دار هجرتها، ومن وهب هبة..." اخرجه عبد الرزاق، المصنف، مصدر سابق، باب الهبات، رقم 16525، ج9، ص106.

يَقْبَلُهُ[1].

وَأُجِيبَ: عَنْ مَا رَوَوْهُ بِأَنَّ الْمُرَادَ نَفِي الاسْتِبْدَادِ بِالرُّجُوْعِ، أَيْ: لَا يَنْفَرِدُ أَحَدٌ بِالرُّجُوْعِ فِي هِبَتِهِ مِنْ غَيْرِ قَضَاءٍ،/ وَلَا تَرَاضٍ إِلَّا الوَالِدُ، أَوْ أَنَّ الْمُرَادَ: لَا يَحِلُ لَهُ الرُّجُوْعَ دِيَانَةً وَمَرُوَّةً، لَا أَنَّهُ لَا يَحِلُ لَهُ قَضَاءً وَحُكْمَاً؛ لْقَوْلِهِ ﷺ:((لَا يَحِلُّ لِرَجُلٍ يُؤْمِنُ بِاللهِ، وَالْيَوْمِ الْآخِرِ أَنْ يَبِيتَ شَبْعَانَ، وَجَارُهُ إِلَى جَنْبِهِ طاويا))[2] أَيْ: لَا يَلِيْقُ ذَلِكَ دِيَانَةً وَمَرُوَّةً، وَإِنْ كَانَ جَائِزاً قَضَاءً وَحُكْمَاً[3]؛ وَلِأَنَّ التَّشْبِيْهَ بِالكَلْبِ لِاسْتِقْبَاحِ الرُّجُوْعِ، وَاسْتِقْذَارُهُ لَا لِحُرْمَتِهِ. أ/361

يُؤَيِدُ ذَلِكَ مَا فِي الْبُخَارِيِّ: أَنَّ ابْنَ عُمَرَ[4] لَمَّا سَأَلَ رَسُوْلَ اللهِ ﷺ عَنْ شِرَاءِ فَرَسٍ حَمَلَ عَلَيْهِ رَجُلاً فِي سَبِيلِ اللهِ، قَالَ لَهُ ﷺ:((لاَ تَبْتَعْهُ، وَلاَ تَعُدْ فِي صَدَقَتِكَ فَإِنَّ الْعَائِدَ فِي صَدَقَتِهِ، كَالْكَلْبِ يَعُودُ فِي قَيْئِهِ))[5]، فَكَمَا لَمْ يَكُنْ التَّشْبِيْهِ بِالكَلْبِ مُوجِبَاً لِحُرْمَةِ الابْتِيَاعِ[6] مَا تَصَّدَّقَ بِهِ، لَمْ يَكُنْ [التَّشْبِيْهِ بِالكَلْبِ][7] مُوجِبَا لِحُرْمَةِ الرُّجُوعِ فِي[8] الْهِبَةِ[9][10].

---

(1) وبيان ذلك: أن المقصود من الهبة للأجانب العوض والمكافأة، والمرجع في ذلك إلى العرف. والعادة الظاهرة أن الإنسان يهدي إلى من فوقه؛ ليصونه بجاهه، وإلى من دونه؛ ليخدمه، وإلى من يساويه؛ ليعوضه، وإليه أشار رسول الله - صلى الله عليه وسلم - في قوله لوفد ثقيف لما أتوه بشيء أصدقة أم هبة؟ . فالصدقة يبتغى بها وجه الله - تعالى - والهبة يبتغى فيها وجه الرسول - صلى الله عليه وسلم -، وقضاء الحاجة. ومنه يقال: للأيادي قروض، وقال القائل:

وإذا جوزيت قرضا فأجزه ... إنما يجزي الفتى ليس الحمل

وبهذا يتبين أن حق الرجوع ليس بمقتضى العقد عندنا، بل لتمكن الخلل في المقصود بالعقد على معنى أن المعروف كالمشروط. ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج12، ص54.

(2) رواية الشمني هذه غير موجودة بهذا اللفظ في كتب الحديث الشريف. وانما ذكرها السرخسي في المبسوط، ج12 ص54، ثم اخذها منه بهذه اللفظة باق ائمة المذهب في كتبهم، والرواية القريبة منها في كتب الحديث الشريف تذكر في باب الوعيد لمن بات وجاره جائع: عن ابن عباس عند ابن ابي شيبة، المصنف، رقم 30359، ج6، ص164، ولفظه: ((ما يؤمن من بات شبعان وجاره طاو إلى جنبه))، وعن ابن عباس عند البخاري، محمد بن إسماعيل المغيرة (1989م)، الأدب المفرد (ت: محمد فؤاد عبد الباقي) ط3، رقم112،ص52، دار البشائر الإسلامية، بيروت، والطبراني، المعجم الكبير، مصدر سابق، رقم 12741، ج12، ص154، بلفظ: ((ليس المؤمن الذي يشبع وجاره جائع))، وعن أنس عند الطبراني، المعجم الكبير، مصدر سابق، رقم 751، ج1، ص259، ولفظه: ((ما آمن بي من بات شبعان وجاره جائع إلى جنبه وهو يعلم)) وعند البزار، أحمد بن عمرو العتكي(2009م)، البحر الزخار(المسند)، ط1، رقم 7429، ج14، ص26، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، وعن عائشة عند الحاكم، المستدرك، مصدر سابق، رقم 2166، ج2، ص15، بلفظ: ((ليس بالمؤمن الذي يبيت شبعان وجاره جائع إلى جنبه)).

(3) مصطلح (قضاء وحكما) يراد به: ان الشارع لم يرتب على تاركه امرا تكليفيا او وضعيا ولم يرتب كذلك عقوبة جنائيا على قاصده.

(4) السائل عمر بن الخطاب وليس ابن عمر كما سياتي.

(5) عن سالم، أن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما، كان يحدث: أن عمر بن الخطاب تصدق بفرس في سبيل الله، فوجده يباع، فأراد أن يشتريه، ثم أتى النبي صلى الله عليه وسلم، فاستأمره فقال: الحديث. ينظر: البخاري، الجامع المسند الصحيح، مصدر سابق، باب: هل يشتري الرجل صدقته، رقم 1490، ج2، ص127.

(6) في (أ) و(ن): (ابتياع).

(7) سقط: (ت) و(ك) و(س) و(ع).

(8) في (ت) و(ك) و(س) و(ع): (الى).

(9) وفعل الكلب لا يوصف بالحرمة الشرعية لكنه يوصف بالقبح الطبيعي كذا هذا. الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج6، ص128.

(10) ولنا ان علي ﷺ قال: " الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها ". وعن أبي الدرداء ﷺ أنه قال: " الواهب ثلاثة: (1) رجل وهب من غير أن يستوهب فهو بسبيل الصدقة ليس له أن يرجع في صدقته.

(2) ورجل استوهب فوهب فله الثواب، فإن قبل على موهبته ثوابا فليس له إلا ذلك، وله أن يرجع في هبته ما لم يثب.

(3) ورجل وهب واشترط الثواب فهو دين على (صاحبه) في حياته وبعد موته ".

وَشَرَطْنَا فِي صِحَّةِ الرُّجُوعِ: تَرَاضِيَهِمَا أَوْ حُكْمَ الْقَاضِي؛ لِأَنَّهُ لَوْ اسْتَرَدَهَا بِغَيْرِ ذَلِكَ كَانَ غَاصِباً، حَتَّى لَوْ هَلَكَتْ فِي يَدِهِ يَضْمِنُ قِيمَتَهَا لِلْمَوْهُوبِ لَهُ[1].

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رحمه اللـه- فِيمَا يَرَى الرُّجُوعَ فِيهِ-[2]: يَصِحُّ الرُّجُوعَ بِدُونِ الْقَضَاءِ وَالرِّضَى[3]؛ لِأَنَّهُ خِيَارٌ فِي فَسْخِ العَقْدِ، فَلَا يَفْتَقِرُ إِلى الرِّضَى أَوْ[4] الْقَضَاءِ كَالفَسْخِ بِخِيَارِ الشَّرْطِ[5].

وَيَمْنَعُهُ زِيَادَةٌ مُتَّصِلَةٌ.....

وَلَنَا: أَنَّ الرُّجُوْعَ فَسْخٌ لِلْعَقْدِ فَلَا يَصِحُّ إِلَّا مِمَّنْ لَهُ وِلَايَةٌ عَامَّةٌ، وَهُوَ الْقَاضِي أَوْ مَنْهُمْ لِوَلَايَتِهِمَا عَلَى أَنْفسِهِمَا كَالرَّدِّ بِالْعَيْبِ بَعْدَ الْقَبْضِ، وَأَنَّهُ مُخْتَلَفٌ فِيْهِ بَيْنَ الْعُلَمَاءِ وفِي وُجُودِ سَبَبِهِ، وَهُوَ اخْتِلَالُ مَقْصُوْدِ الْوَاهِبِ خَفَاءً[6]، فَلَابُدَّ فِيْهِ مِنْ قَضَاءِ الْقَاضِي وَالتَّرَاضِي[7] حَتَّى لَوْ لَمْ يَقْضِ الْقَاضِي وَلَمْ[8] يَفْسَخَا بِالتَّرَاضِيَ، فَمِلْكُ الْمَوْهُوبِ لَهُ ثَابِتٌ فِي الموَهُوَبِ، حَتَّى نَفَذَ تَصَرُّفِهِ فِيه مِنْ[9] عَتْقٍ وَغَيْرِهِ، وَأَنْ كَانَ بَعْدَ المُرَافَعَةِ لِلْقَاضِي[10].

وَلَوْ مَنَعَهُ وَهَلَكَ فِي يَدِهِ لا يَضْمَنُ؛ لِقِيَامِ مِلْكِه فِيْهِ، وكَذَا لَوْ هَلَك بَعْدَ الْقَضَاءِ قَبْلَ المَنْعِ؛ لِأَنَّ أَوَّلَ الْقَبْضِ كَانَ غَيْرَ مَضْمُونٍ عَلَيْهِ فَلَا يَنْقَلِبُ مَضْمُونَاً.

[فَصْلُ مَوَانِعُ الرُّجُوعِ فِي الْهِبَةِ]

(وَيَمْنَعُهُ) أَيْ: الرُّجُوْعُ فِي الْهِبَةِ سَبْعَةُ اشْيَاءٍ[11]:

أَحَدُهَا **(زِيَادَةٌ)** فِي نَفْسِ الموَهُوَبِ[12] **(مُتَّصِلَةٌ[13])** كَالْغَرْسِ، وَالْبِنَاء، وَالسَّمِنَ، إِذْ لَا وَجْهَ لِلْرُّجُوْعِ بِدُوْنِ الزِّيَادَةِ؛

فهذا أبو الدرداءﷺ قد جعل ما كان من الهبات مخرجه مخرج الصدقات في حكم الصدقات، ومنع الواهب من الرجوع في ذلك كما يمنع المتصدق من الرجوع في صدقته وجعل ما كان منها بغير هذا الوجه مما لم يشترط / فيه ثوابا مما يرجع فيه ما لم يثب الواهب عليه، وجعل ما اشترط فيه، فيه العوض في حكم البيع. فهذا حكم الهبات عندنا. ينظر: الغنيمي، اللباب، مصدر سابق، ج2، ص542.

(1) وقال الامام القدوري – رحمه اللـه -: ولأنها هبة لأجنبي فتعلق بها حق الرجوع اذا تجردت عن العوض، ولأنها تبرع لحقه الفسخ فجاز ان يرجع، فتجردت عن الثواب فقط. ينظر: القدوري، التجريد، مصدر سابق، ج8، ص3831.

(2) أي الرجوع في هبة الوالد لولده بَعْدَ أن تقبض.

(3) في (ن): الرضا او القضاء.

(4) في (ك):(و).

(5) ينظر: الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج7، ص546. والشيرازي، المهذب، مصدر سابق، ج15، ص383. والنووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج5، ص384.

(6) في (أ): حقا.

(7) في (ك) و(س) و(أ) و(ن): (او التراضي).

(8) في (أ):(أو لم).

(9) في (ن): (في).

(10) في (ك) و(أ) و(ن): (الى الْقاضي).

(11) ذكر الامام السغدي ان موانع الرجوع في الهبة عشرة مواضع:(1) اذا مات الواهب (2) اذا مات الموهوب له (3) اذا زاد الموهوب له فيها (4) اذا زادت الهبة في نفسها كالعبد كان صغيرا فكبر (5) واذا وهب لرجل غلام فعلمه الموهوب له القرآن (6) اذا عوضه عن الهبة عوضا قليلا كان أو كثيرا (7) اذا هلكت الهبة بوجه من الوجوه (8) إذا استهلكها الموهوب له (9) اذا اخرجها من ملكه ببيع (10) هبة المرأة لزوجها وهبة الزوج لامرأته. السُّغْدي، النتف في الفتاوى، مصدر سابق،ج1، ص116.

(12) بشيء يورث زيادة في قيمة الموهوب. كرجل وهب لإنسان جارية فعلمها الموهوب له القرآن أو الكتابة أو المشط ليس للواهب أن يرجع فيها وهو المختار؛ لأنها ازدادت. ينظر: الشِّلْبِيِّ، حاشية الشِّلْبِيِّ على التبيين، مصدر سابق، ج5، ص99.

(13) الزيادة في الهبة نوعان:(1) زيادة متصلة بفعل الموهوب له أو بفعل غيره بأن كانت جارية مهزولة فسمنت أو كانت دارا فبنى الموهوب له فيها،(2) زيادة منفصلة كالأرش والولد والعقر. ينظر: السمرقندي، تحفة الفقهاء، مصدر سابق، ج3، ص167.

لِعَدَمِ الِانْفِصَالِ وَلَا مَعَهَا؛ لِأَنَّ الرُّجُوْعَ إِنَّمَا يَصِحُّ فِي الموَهُوبِ، وَالزِّيَادَةُ لَيْسَتْ بِمَوْهُوبَةٍ[1]. وَلَوْ اخْتَلَفَا فِي الزِّيَادَةِ، فالْقَوْلُ لِلْوَاهِبِ؛ لِأَنَّهُ مُنْكِرٌ[2] لُزُوْمَ العَقْدِ، وعِنْدَ زُفَرَ: [لِلْموَهُوبِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُنْكِرُ][3] حَقَّ الْوَاهِبِ فِي الرُّجُوْعِ.
وفِي الْفَتَاوَى: قَصْرُ[4] الثَّوْبِ يَمْنَعُ الرُّجُوعَ، وغَسْلُهُ لَا يَمْنَعُهُ.

قَيَّدَ بِـ« الزِّيَادَةِ »؛ لِأَنَّ النُّقْصَانَ لا يَمْنَعُ[5]، وقَيَّدَهَا بِـ« المُتَّصِلَةِ »؛ لِأَنَّ المُنْفَصِلَةَ لَا تَمْنَعُ كَمَا لَوْ كَانَتْ الْهِبَةُ أَمَةً، فَوَلَدَتْ عِنْدَ الْمَوْهُوبِ لَهُ مِنْ زَوْجٍ أَو فُجُوْرٍ[6]؛ لِأَنَّ الرُّجُوْعَ فِي الْأَصْلِ دُوْنَ الزِّيَادَةِ مُمْكِنٌ[7]، وقَيَّدْنَا بِكَوْنِهَا فِي« نَفْسِ الموَهُوبِ »؛ لِأَنَّهَا لَوْ كَانَتْ فِي قِيمَتِهِ لَا تَمْنَعُ[8]؛ لِأَنَّهَا حِينَئِذٍ لِرَغْبَةِ النَّاسِ، إِذْ الْعَيْنُ بِحَالِهَا.

وَلَوْ وَهَبَ أَرْضاً بَيْضَاءَ فَأَثْبَتَ الْمَوْهُوبُ لَهُ فِي نَاحِيَةٍ مِنْهَا نَخْلاً أَوْ بِنَاءً زِيَّادَةً، فلَيْسَ لَهُ أَنَّ يَرْجِعَ فِي شيء مِنْهَا[9].

أَمَّا فِي مَوْضِعِ الْبِنَاءِ وَالنَّخْلِ؛ فَلِلزِّيَادَةِ المُتَّصِلَةِ بِالموَهُوبِ، وَأَمَّا فِي غَيْرِهِ؛ فَلِأَنَّ الْبِنَاءَ والنَّخْلَ / فِي نَاحِيَةٍ مِنْ الْأَرْضِ يُعَدَانِ زِيَادَةً فِي كُلِّهَا، أَلَا يُرَى أَنَّهُ يَزْدَادُ بِهِ مَالِيَةُ الكُلِّ. 361/ب

وَ مَوْتُ أَحَدِهِمَا وَعِوَضٌ أُضِيْفَ إِلَيْهِا، وَلَوْ مِنْ أَجْنَبِيٍّ.....

أَمَّا لَوْ بَنَى[مَا][10] لَا يُعَدُ زِيَادَةً أَوْ مَا يُعَدُ نُقْصَانَاً، فَلَهُ الرُّجُوعَ لِعَدَمِ المَانِعِ، وَهُوَ [زِيَادَةُ المَوهُوبِ][11] بِزِيَادَةِ مَالِيَتِهِ، وَلَوْ كَانَتْ الْأَرْضُ عَظِيْمَةً، لَا يُعَدُ ذَلِكَ زِيَادَةٌ فِي الكُلِّ، وَإِنَّمَا يُعَدُ زِيَادَةٌ فِي مَحَلِّهِ، فَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ فِي غَيْرِهِ.

---

(1) أما لو زاد الموهوب في نفسه لكن لا تورث تلك الزيادة زيادة في قيمته فهو ليس بزيادة حقيقة فلا تمنع الرجوع فإنه قد يكون الشيء زيادة صورة نقصانا معنى كالإصبع الزائدة، وما أشبه ذلك ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج9، ص43.

(2) في (أ) و(ن): (ينكر).

(3) في (ك) و(أ) و(ن): (للموهوب له؛ لأنه ينكر).

(4) قَصْرُ الثياب: هو أن يجمع القصار الثياب فيغسلها، وهي صنعة، والْقَصَّارُ: مبيض الثياب، قال الفيومي: "قصرتُ الثوب قصراً بيَّضْته، والقِصارة بالكسر الصِّناعة، والفاعل: قَصَّار" ينظر: المُطَرِّزِيّ، المغرب في ترتيب المعرب، مصدر سابق، ج1، ص 327. والفيومي، المصباح المنير، مصدر سابق، ص193

(5) في (أ) و(ن): تمنع.

(6) وظاهر الخانية اعتماد خلافه حيث قال: ولو ولدت الهبة ولدا كان للواهب أن يرجع في الأم في الحال، وقال أبو يوسف: لا يرجع حتى يستغني الولد عنها ثم يرجع في الأم دون الولد اهـ ينظر: ابن عابدين، رد المحتار، مصدر سابق، ج5، 700.

(7) وكذا إذا وهب له عبدا فاكتسب كسبا كان له الرجوع في العبد دون الكسب، وكذا إذا وهب له جارية فقطعت يدها وأخذ أرشها فله أن يرجع في الجارية دون الأرش؛ لأن الأرش منفصل عنها لم يقع عليه عقد الهبة، ينظر: البابرتي، العناية شرح الهداية، ج9، ص43. والزَّبِيدِيّ، الجوهرة النيرة، مصدر سابق، ج1، ص329.

(8) في (ك) و(أ) و(ن): يمنع.

(9) لان حق الرجوع للواهب مقصور على الموهوب، فلا يثبت فيما ليس بموهوب تبعا كان أو أصلا، وهنا الحق في الأصل ضعيف، وحق صاحب الزيادة في الزيادة قوي. فإذا تعذر التمييز بينهما: رجحنا أقوى الحقين، وجعلنا الضعيف مرفوعا بالقوي. والبناء في بعض الأرض كالبناء في جميعها؛ لأن البناء في جانب من الأرض يعد زيادة في جميع الأرض؛ ألا ترى أنه يزداد به مالية الكل، وهذا إذا كان ما بني بحيث يعد زيادة، فإن كان لا يعد زيادة كالمعلف أو يعد نقصانا كالتنور في بيت الصيف؛ فإنه لا يمنع الرجوع؛ لانعدام المانع، وهو زيادة مالية الموهوب بزيادة في عينه. السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج12، ص83.

(10) سقط من: (أ) و(ن).

(11) سقط من: (ك.)

(وَ) ثَانِيُهَا **(مَوْتُ أَحَدِهِمَا)** أَيْ: الْوَاهِبِ والْمَوْهُوبِ لَهُ، أَمَّا مَوْتُ الْمَوْهُوبِ لَهُ؛ فَلِأَنَّ الْمِلْكَ قَدْ انْتَقَلَ إِلى وَارِثِهِ، فَكَأَنَّهُ انْتَقَلَ فِي حَالِ حَيَاتِهِ[1]، وَأَمَّا مَوْتُ الْوَاهِبِ؛ فَلِأَنَّ وَارِثَهُ[2] لَمْ يَهِبْ، وَالرُّجُوْعُ إِنَّمَا هُوَ لِلْوَاهِبِ[3].

(وَ) ثَالِثُهَا **(عِوَضٌ[4] أُضِيْفَ إِلَيْهِا)** أَيْ: إِلى الْهِبَةِ، وَلَا بُدَّ أَنْ يَذْكَرَ لَفْظاً يَعْلَمُ الْوَاهِبُ مِنْهُ أَنَّ ذَلِكَ عِوَضُ هِبَتِهِ، كَأَنْ يُقَوْلُ: خُذْ هَذَا عِوَضَ هِبَتِكَ، أَوْ جَزَاءَ هِبَتِكَ، أَوْ ثَوَابَ هِبَتِكَ، أَوْ بَدَلَ هِبَتِكَ، أَوْ فِي مُقَابَلَةِ هِبَتِكَ، وَإِنَّمَا مُنِعَ العِوَضُ مِنْ الرُّجُوعِ؛ لِأَنَّ حَقَّ الرُّجُوْعِ فِي الْهِبَةِ لِلْخَلَلِ[5] فِي الْمَقْصُوْدِ مِنْهَا، وَقَدْ عُدِمَ ذَلِكَ بِوْصُولِ العِوَضِ إِلى الْوَاهِبِ.

وَإِنَّمَا تَعْيَّنَ لَفْظٍ بِـ«عِلْمِ الْوَاهِبِ مِنْهُ» أَنَّ ذَلِكَ عِوَضُ هِبَتِهِ؛ لِأَنَّ حَقَّ الرُّجُوْعِ ثَابِتٌ لَهُ، وَلَا يَسْقُطُ بِعِوَضٍ لَا يَرْضَاهُ، فَلَا بُدَّ مِن إِعْلَامِهِ، بِأَنَّ ذَلِكَ عِوَضُ هِبَتِهِ.

وَلَوْ مِنْ أَجْنَبِيٍّ.....

(وَلَوْ) كَانَ العِوَضُ **(مِنْ أَجْنَبِيٍّ)**؛ لِأَنَّهُ لِإِسْقَاطِ حَقِّ الرُّجُوعِ فِي التَبَرُّعِ، فَيَصِحُّ مِنْ الأَجْنَبِيِّ، كَمَا يَصِحُّ مِنَ الْمَوْهُوبِ لَهُ، لَكِنْ لَا يَرْجِعُ الأَجْنَبِيُّ عَلَى الْمَوْهُوبِ لَهُ إِنْ عُوِّضَ بِأَمْرِهِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُوْدِعْهُ شَيْئاً وَاجِباً[6]عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ العِوَضَ لَيْسَ بِوَاجِبٍ عَلَى الْمَوْهُوبِ لَهُ[7] بِخِلَافِ قَضَاءِ الدَّيْنِ.

قَيَّد العِوَضَ بِكَوْنِهِ « أُضِيْفَ إِلى الْهِبَةِ »؛ لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَضِفْ إِلَيْهِا بِأَنْ وُهِبَ لِلْوَاهِبِ شَيْئاً، وَلَمْ يَقُلْ: هَذَا عِوَضُ هِبَتِكَ أَوْ نَحْوَهُ، كَانَ ذَلِكَ هِبَةً مُبْتَدَأَةً لَا تَعْوِيْضاً، فَكَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْا الرُّجُوعَ.

---

(1) لأن الثابت للوارث وإن كان له حكم البقاء فيما يرجع إلى المحل حتى يرد بالعيب ويرد عليه، ولكن في حق المالك هو ملك جديد لأنه صار له بعد أن لم يكن، وهنا يجب الاستبراء أو يحل له لو كان صدقة، فصار كأنه انتقل إليه في حال حياته، فيمنع الرجوع. العيني، البناية شرح الهداية، مصدر سابق، ج10، ص192.

(2) أجنبي عن العقد. ينظر: المرغيناني، الهداية، مصدر سابق، ج3، ص225.

(3) ولو اختلف وارث الواهب فقال: ما قبضته في حياته، وإنما قبضته بعد وفاته، مع الموهوب له فقال: بل قبضته في حياته والعبد في يد الوارث، فالقول للوارث لأن القبض قد علم الساعة، والميراث قد تقدم القبض. ولو أن مريضا وهب لرجل جارية فوطئها الموهوب له، ثم مات الواهب، وعليه دين مستغرق ترد الهبة، ويجب على الموهوب له العقر، وهو المختار. ينظر: شيخ زاده، مجمع الأنهر، مصدر سابق، ج2، ص361. وابن عابدين، رد المحتار، مصدر سابق، ج5، 701.

(4) العوض نوعان:(1) متأخر عن العقد(2) ومشروط في العقد، (أما العوض المتأخر عن العقد) فالكلام فيه يقع في موضعين: أحدهما في بيان شرط جواز هذا التعويض وصيرورة الثاني عوضا والثاني في بيان ماهية هذا التعويض، أما الأول فله شرائط ثلاثة: الأول مقابلة العوض بالهبة وهو أن يكون التعويض بلفظ يدل على المقابلة والثاني لا يكون العوض في العقد مملوكا بذلك العقد والثالث سلامة العوض للواهب فإن لم يسلم بأن استحق من يده لم يكن عوضا وله أن يرجع في الهبة وهذا قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر يرجع في الهبة بقدر المستحق من العوض، (وأما العوض المشروط في العقد) فإن قال وهبت لك هذا الشيء على أن تعوضني هذا الثوب فقد اختلف في ماهية هذا العقد قال أصحابنا الثلاثة: أن عقده عقد هبة وجوازه جواز بيع أي أنه هبة ابتداء بيع انتهاء، وقال زفر: عقده عقد بيع وجوازه جواز بيع ابتداء وانتهاء وتثبت فيه أحكام البيع. الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج، ص130-132.

(5) في (ك) و(ن): (لخلل)، وفي (أ): (يخلل).

(6) في (أ): واجيب.

(7) سقط من: (ن).

وفِي «الْمَبْسُوْطِ»:((وهَذَا سَوَاءٌ كَانَتْ الْهِبَةُ شَيْئَاً قَلِيْلَاً أَوْ كَثِيْرَاً، وَسَوَاءٌ كَانَ العِـوَضُ مِـنْ جِـنْسِ الْهِبَـةِ أَوْ مِـنْ غَـيْرِ جِنْسِهَا؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ بِمُعَاوَضَةٍ مَحْضَةٍ حَتَّى يَتَحَقَّقَ فِيهَا الرِّبَا، وَإِنَّمَا هِيَّ لِقَطْعِ الرُّجُوْعِ))[1].

وَيُشْتَرَطُ فِي العِوَضِ شَرَائطُ الْهِبَةِ مِنْ الْقَبْضِ والإفْرَازِ؛ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ، وَلَـيْسَ بِعِـوَضٍ حَقِيْقِـةً، وَلِهَـذَا جُـوِّزَ[2] بِأَقَـلٍّ مِـنَ المَوهُوَبِ مِنْ جِنْسِهِ فِي الْمَقْدُورَاتِ[3][4]، وَأَنْ يَكُونَ مِنْ غَيْرِ مَالِ الْهِبَةِ حَتَّى لَوْ كَانَتْ الْهِبَةُ أَلْفَ دِرْهَمٍ والعِوَضُ دِرْهَمَاً مِنْهَا، أَوْ كَانَتْ دَارَاً وَالعِوَضُ بَيْتَاً مِنْهَا، لَمْ يُوجَدْ[5] عِوَضُ الْهِبَةِ، خِلَافَاً لِزُفَرَ.

[له][6]: أَنَّ مِلْكَ الْمَوْهُوبِ لَهُ تَمَّ فِي الْهِبَةِ بِالْقَبْضِ فَالتَحَقَ بِسَائِرِ أَمْوَالِهِ.

وَلَنَا: أَنَّ الْوَاهِبَ مَا قَصَدَ بِهِبَتِهِ تَحْصِيلَ ذَلِكَ البَعْضِ مِنْهَا؛ لِأَنَّهُ كَانَ سَالِماً لَه، بَلْ قَصَدَ إِلى عِوَضٍ آخَرَ، وَأَنَّ حَقَّهُ مِـنْ الرُّجُـوعِ [كَانَ][7] ثَابِتَاً فِي الكُلِّ فَإِذَا وَصَلَ إِلَيْهِ بَعْضُهُ، لَا يَسْقُطُ حَقُّهُ فِي الْبَاقِيَ

وَخُرُوْجُهَا عَنْ مِلْكِ الْمَوْهُوبِ لَهُ، وَالزَّوْجِيَةُ وَقْتَ الْهِبَةِ،....

وَلَوْ اسْتَحَقَّ كُلَّ الْهِبَةِ، رَجَعَ الْمَوْهُوبُ لَهُ بِكُلِّ العِوَضِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ لَهُ بِمُقَابَلَةِ عِوَضِهِ شَيْءٌ[8].

وَلَوْ اسْتَحَقَّ نِصْفَهَا رَجَعَ بِنِصْفِ العِوَضِ؛ لِأَنَّ الجُزْءَ مُعْتَبَرٌ بِالكُلِّ، وَلَوْ اسْتَحَقَّ نِصْفَ العِوَضِ، لَمْ يَرْجِعْ الْوَاهِـبُ فِي الْهِبَةِ، إِلَّا أَنْ يَرُدَّ مَا بَقِيَّ مِنْ العِوَضِ، لِأَنَّ المُسْتَحَقَّ خَرَجَ مِنْ أَنْ يَكُونَ عِوَضَاً، وَمَا بَقِيّ لَوْ كَانَ عِوَضَاً ابْتِدَاءً، لَـمْ يَرْجِـعْ / فِي شَيْءٍ مِنَ الْهِبَةِ[9] فَكَذَا بقاءً[10]. أ/362

وَلَوْ عُوِّضَ عَنْ نِصْفِ المَوهُوَبِ، كَانَ لِلْوَاهِبِ أَنْ يَرْجِعَ فِي النِّصْفِ الْآخَرِ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ فِي الرُّجُوعِ كَـانَ فِي الكُـلِّ، وَقَـدْ سَقَطَ فِي النِّصْفِ المُعَوَّضِ[11]عَنْهُ فَيَبْقَى فِي النِّصْفِ الْآخَرِ.

---

(1) ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج12، ص78.

(2) في (ن): (يجوز).

(3) في (ك) و(أ) و(ن): (المقدرات).

(4) المقدورات ما تتعين مقاديرها بالكيل أو الوزن أو العدد أو الذراع وهي شـاملة للمكـيلات والموزونـات والعـدديات، والمـذروعات، ويقـال للمكيلات، والموزونات، والعدديات، والمذروعات (المقدرات الأربعة). ينظر: علي حيدر، شرح مجلة الاحكام، مصدر سابق،ج1، ص32.

(5) في (ك) و(أ) و(ن): (يؤخذ).

(6) سقط من: (ك).

(7) سقط من: (ك) .

(8) في (ن): (عوضه هبته شيء).

(9) في (ن): (من العوض).

(10) في (ك): بقي.

(11) في (ن): العوض.

(وَ) رَابِعُهَا **(خُرُوْجُهَا)** أَيْ: الْهِبَةُ **(عَنْ مِلْكِ الْمَوْهُوبِ لَهُ)**[1] بِبَيْعٍ أَوْ هِبَةٍ أَوْ وَقْفٍ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ حَصَلَ بِتَسْلِيطِ الْوَاهِبِ، فَلَا يَكُونَ لَهُ [نَقْضُهُ؛ لِأَنَّ نَقْضَ][2] الإِنْسَانِ مَا تَمَّ مِنْ جِهَتِهِ مَرْدُوْدٌ؛ وَلِأَنَّ تَبَدُّلَ الْمِلْكِ كَتَبَدُّلِ الْعَيْنِ[3]، وَقَدْ تَبَدَّلَ الْمِلْكُ بِتَجَدُّدِ السَّبَبِ[4].

وَلَوْ وَهَبَ دَارَاً فَقَبَضَهَا الْمَوْهُوبُ لَهُ، ثُمَّ بَاعَ نِصْفَهَا، فَلِلْوَاهِبِ الرُّجُوعُ فِي الْبَاقِيَ؛ لِخُلُوِهِ مِنْ مَانِعِ الرُّجُوعِ، كَمَا أَنَّ لَهُ الرُّجُوع فِيْهِ لَوْ لَمْ يَبِيْعْ الْمَوْهُوبَ لَهُ شَيْئَاً.

(وَ) خَامِسُهَا **(الزَّوْجِيَةُ وَقْتَ الْهِبَةِ)**؛ لِأَنَّ هِبَةَ أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ لِلْآخَرِ تُحَقِّقُ مَا بَيْنَهُمَا مِنْ الأُلْفَةِ وَالمَوَدَةِ، فَكَانَ الْمَقْصُوْدُ مِنْهَا الصِّلَةَ، وَقَدْ حَصَلَ.

وَالقَرَابَةُ المَحْرَمِيَةُ وَهَلَاكُ المَوْهُوَبِ.

قَيَّد بـ «وَقْتِ[5]» الْهِبَةِ؛ لِأَنَّهُ لَوْ تَزَوَجَهَا بَعَدَ مَا وَهَبَ لَهَا، كَانَ لَهُ الرُّجُوعَ، وَلَوْ تَزَوَجَهَا بَعْدَ مَا وَهَبَتْ لَهُ كَانَ لَهَا الرُّجُوعَ، وَلَوْ وَهَبَ لِزَوْجَتِهِ، أَوْ وَهَبَتْ لَهُ، ثُمَّ أَبَانَهَا، فلَيْسَ لَهُ وَلَا لَهَا الرُّجُوعَ.

(وَ) سَادِسُهَا **(القَرَابَةُ المَحْرَمِيَةُ)** لِمَا رَوَى الدَّرَاقُطْنِيُّ، وَالبَيْهَقِيُ[6]، فِي سُنَنِهِمَا، وَالحَاكِمُ فِي مُسْتَدْرَكِهِ، وَقَالَ صَحِيْحٌ عَلَى شَرْطِ الْبُخَارِيُّ ومسلم، وَلَمْ يُخَرِّجَاْهُ، عَنْ سَمُرَةَ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ:((إِذَا كَانَتِ الْهِبَةُ لِذِي رَحِمٍ مُحَرَّمٍ [لَمْ يَرْجِعْ فِيهَا][7]))[8]؛ وَلِأَنّ الْمَقْصُوْدَ مِنْهَا مَعَ القَرِيْبِ المَحَرَّمِ صِلَةُ الرَّحِمِ، وقَدْ حَصَلَ وفِي الرُّجُوعِ قَطْعُهَا، فَلَا يَرْجِعُ سَوَاءٌ كَانَ القريب مُسْلِمَاً، أَوْ كَانَ كَافِرَاً كَالعَتْقِ بِالْمِلْكِ.

وَلَوْ وَهَبَ لِعَبْدِ أَخِيهِ، أَوْ لِأَخِيهِ، وَهُوَ عَبْدٌ لِأَجْنَبِيٍّ، لَهُ الرُّجُوعُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا بِهِ فِي الثَّانِي دُونَ الْأَوَّلِ؛ لِأَنَّ الْمِلْكَ يَقَعُ لِلْمَوْلَى فَكَانَ هُوَ الْمُعْتَبَرُ.

---

(1) وأطلق في الخروج: (فشمل) ما إذا وهب لإنسان دراهم ثم استقرضها منه فإنه لا يرجع فيها لاستهلاكها كذا في ((فتاوى قاضي خان))، (وشمل) أيضا ما إذا وهبها الموهوب له فإنه لا رجوع للواهب الأول إلا إذا رجع الثاني فللواهب الأول حينئذ الرجوع سواء كان بقبض أو تراض كذا في ((المبسوط))، (وشمل) أيضا ما لو وهب لمكاتب إنسان ثم عجز المكاتب لم يرجع المالك في الهبة عند محمد لانتقالها من ملك المكاتب إلى ملك مولاه خلافا لأبي يوسف وفي ((المحيط)) ولو تصدق به الثالث على الثاني أو باعها منه لم يكن للأول أن يرجع لأن هذا ملك جديد لأنه عاد إليه بسبب جديد وحق الرجوع لم يكن ثابتا في هذا الملك فلا يرجع اهـ ينظر: ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج7، ص293.

(2) في (ك): (نقصه؛ لأن نقص).

(3) فصار كعين أخرى فلا يرجع فيها. ينظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق،ج5، ص100.

(4) وأفاد أن العين إذا عادت إلى ملك الموهوب له بفسخ كان للأول الرجوع وإن كان بسبب جديد فلا، فلو ضحى الموهوب له بالشاة الموهوبة أو نذر التصدق بها وصارت لحما فإنه لا يمتنع الرجوع في الهبة عند أبي حنيفة ومحمد لعدم الخروج عن الملك وقال أبو يوسف بامتناعه لأنها خرجت عن ملكه إلى الله تعالى. ينظر: ينظر: ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج7، ص293.و الحصكفي، الدر المختار، مصدر سابق، ص565.

(5) في (ن): (توقت)، وفي (أ):(توقيت).

(6) هو أحمد بن الحسين بن عليّ الخُسْرَوْ جِرْدي البيهقي، أبو بكر، قال إمام الحرمين: ما من شافعي إلا وللشافعي في عنقه منه إلا البيهقي، فإن له المنّة على الشافعي نفسه، وعلى كل شافعي لما صنفه في نصرة مذهبه من ترجيح الأحاديث، من مؤلفاته: «السنن الكبير»، و«السنن الصغير»، و«معرفة السنن والآثار»، (ت458).ينظر: السبكي، تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين(1413هـ)، طبقات الشافعية الكبرى (تحقيق: محمود محمد الطناحي، وعبد الفتاح محمد الحلو)، ط2، ج4، ص8-12، دار هجر، القاهرة. وابن خلكان، وفيات الأعيان، مصدر سابق، ج 1، ص75-77، والذهبي، تذكرة الحفاظ، ج3، ص219-221.

(7) سقط من: (ك) .

(8) ينظر: الدارقطني، السنن، مصدر سابق، كتاب البيوع، رقم 2970، ج3، ص461. والحاكم، المستدرك، مصدر سابق، رقم 2323، ج2، ص60. والبيهقي، أحمد بن الحسين الخراساني(2003م)، السنن الكبرى ت: محمد عبد القادر عطا، ط3، باب المكافأة في الهبة، رقم12026،ج6، ص300، دار الكتب العلمية، بيروت

ولَهُ: أَنَّ الْهِبَةَ تَقَعُ[1] لِلْمَوْلَى مِنْ وَجْهٍ: وَهُوَ مِلْكُهَا رَقَبَةً، وَلِلْعَبْدِ مِنْ وَجْهٍ: وَهُوَ مِلْكُهَا يَداً، فَبِاعْتِبَارِ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ يَلْزَمُ فِي الْمَسْأَلَتَيْنِ، وَاعْتِبَارِ الوَجْهِ الْآخَرِ[لَا][2] يَلْزَمُ فِيهِمَا، فَلَا يَلْزَمُ[3] بِالشَّكِ.

(وَ) سَابِعُهَا **(هَلَاكُ الْمَوْهُوبِ)**[4]؛ لِأَنَّ الرُّجُوْعَ فِي شَيْءٍ يَسْتَدْعِيَ قِيَامَ المَرْجُوْعِ فِيْهِ، وَهَلَاكُهُ يُنَافِيهِ وَلَوْ ادَّعَى الْمَوْهُوبُ لَهُ الهَلَاكَ، صُدِّقَ بِلَا حِلْفٍ؛ لِأَنَّهُ مُنْكِرُهُ لِوُجُوْبِ الرَّدِّ عَلَيْهِ فَأَشْبَهَ الْمُودِعَ.

وَضَابِطُهَا حُرُوفُ دَمْعٍ خَزَقَهُ وَهُوَ فَسْخٌ مِنْ الْأَصْلِ، لَا هِبَةٌ لِلْوَاهِبِ.....

(وَضَابِطُهَا) أَيْ: ضَابِطُ الأُمُوْرِ الَّتِي تَمْنَعُ الرُّجُوعَ **(حُرُوفُ دَمْعٍ خَزَقَهُ)**[5] فَـ«الدَّالُ» الزِّيَادَةُ، وَ«الْمِيمُ»: مَوْتُ الْوَاهِبِ أَوْ الْمَوْهُوبِ لَهُ، وَ«الْعَيْنُ»: الْعِوَضُ، وَ«الْخَاءُ»: خُرُوجُ الْهِبَةِ عَنْ مِلْكِ الْمَوْهُوبِ لَهُ، وَ«الزَّايُ»: الزَّوْجِيَّةُ، وَ«الْقَافُ»: الْقَرَابَةُ، وَ«الْهَاءُ»: هَلَاكُ الْمَوْهُوبِ.

(وَهُوَ) أَيْ: الرُّجُوعُ فِي الْهِبَةِ سَوَاءٌ كَانَ بِالْقَضَاءِ أَو بِالتَّرَاضِيَّ **(فَسْخٌ مِنْ الْأَصْلِ**[6]**)** فَيَعُوْدُ الْمِلْكُ القَدِيمُ، ولا يُشْتَرَطُ فِيْهِ قَبْضُ الْوَاهِبِ[7]، وَيَصِحُّ فِي المُشَاعِ الَّذِي يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ، بِأَنْ وَهَبَ دَاراً وَرَجَعَ فِي نِصْفِهَا؛ لِأَنَّ اعْتِبَارَ الْقَبْضِ، وَمَنْعُ المُشَاعِ فِي انْتِقَالِ الْمِلْكِ لَا فِي عَوْدِ الْمِلْكِ القَدِيمِ.

(لَا هِبَةٌ) أَيْ: لَيْسَ الرُّجُوعُ بِهِبَةٍ مُبْتَدَأَةٍ **(لِلْوَاهِبِ).**

و

362/ب

---

(1) في (ت) و(س) و(ع): يقع.

(2) سقط من: (ك).

(3) في (ت) و(ك) و(س) و(ع): (تلزم).

(4) أي تلف عينه او عامة منافعه مع بقاء الملكية فلا يظن ان الخروج عن الملك مغن، كما لو وهب سيفا فجعله سكينا. ينظر: القهستاني، جامع الرموز، مصدر سابق، ج2، ص63.

(5) فالحروف لإتمام المعنى وللتنبيه على ارادة الحرف مما بعده وهذا مصطلح كقطب جد، يجمع في أحرفه الأحرف الأولى من موانع الرجوع في الهبة، والتي فسرها المصنف. وقد جمعها بعضهم:

وَيَمْنَعُ الرُّجُوعَ فِي فَضْلِ الْهِبَهْ ... يَا صَاحِبِي حُرُوفُ دَمْعٍ خَزَقَهْ

وقال الرَّمْلِيُّ: قد نظم ذلك والدي العلامة شيخ الإسلام محيي الدين فقال:

مَنَعَ الرُّجُوعَ مِنْ الْوَاهِبِ سَبْعَةٌ ... فَزِيَادَةٌ مَوْصُولَةٌ مَوْتٌ عِوَضْ

وَخُرُوجُهَا عَنْ مِلْكِ مَوْهُوبٍ لَهُ ... زَوْجِيَّةٌ قُرْبُ هَلَاكٍ قَدْ عَرَضْ

ينظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج5، ص 98. والبابرتي، العناية شرح الهداية، مصدر سابق، ج9، ص42. وابن عابدين، رد المحتار، مصدر سابق، ج5، ص699.

(6) [ولعلم] أن مرادهم بالفسخ من الأصل هو أن لا يترتب على العقد أثر في المستقبل لا أن يبطل أثره من كل وجه فيما مضى وإلا لعاد الزوائد المنفصلة المتولدة إلى ملك الواهب برجوعه. ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج7، ص295.

(7) (صورته) لو وهب لإنسان فوهب الموهوب له لآخر ثم رجع الثاني في هبته كان للأول أن يرجع سواء رجع الثاني بقضاء القاضي أو بغيره. ينظر: البابرتي، العناية شرح الهداية، مصدر سابق، ج9، ص48.

ًقَالَ[1] زُفَرُ: [هِبَةٌ][2] مُبْتَدَأَةٌ إِذَا [كَانَ الرُّجُوع بتراضيهمَا؛ لِأَنَّ الْمِلْكَ لَـمَّا عَـادَ لِلْوَاهِـبِ][3] بِتَرَاضِـيهِمَا كَـانَ ذَلِـكَ عَقْداً جَدِيْداً،/ وَصَارَ كَالرَّدِ بِالْعَيْبِ[4] بَعْدَ الْقَبْضِ بِلَا قَضَاءٍ[5].

وَهِيَّ بِشَرْطِ الْعِوَضِ هِبَةٌ ابْتِدَاءً، فَيُشْرَطُ قَبْضُهَا وَتَبْطُلُ بِالشُّيُوعِ بَيْعٌ انْتِهَاءٍ، فَتُرَدُ بِالْعَيْبِ، وَالرُّؤيَةِ، وَتَثْبُتُ الشُّفْعَةُ.....

وَلَنَا: أَنَّ عَقْدَ الْهِبَةِ وَقَعَ جَائِزاً مُوجِبَا لِحَقِّ الْفَسْخِ، فَإِذَا رَجِعَ الْوَاهِبُ كَانَ مُسْتَوْفِيَاً لِحَقٍّ ثَابِتٍ لَـهُ لَا ابْتِـدَاءً لِعَقْـدٍ جَدِيْدٍ.

الْفَرْقُ بَيْنَ الرُّجُوعِ فِي الْهِبَةِ وَبَيْنَ الرَّدِّ بِالْعَيْبِ بِغَيْرِ قَضَـاءٍ: أَنَّ حَـقَّ الْمُشْـتَرِيَ لَـيْسَ فِي عَـيْنِ الـرَّدِّ بَـلْ فِي الوَصْـفِ الْفَائِتِ[6]، وَهُوَ السَّلَامَةُ، وحَقُّ الْوَاهِبِ فِي عَيْنِ الرَّدِّ [فَافْتَرَقَا][7].

(وَهِيَّ) أَيْ: الْهِبَةُ **(بِشَرْطِ الْعِوَضِ هِبَةٌ ابْتِدَاءً، فَيُشْرَطُ قَبْضُهَا وَتَبْطُلُ بِالشُّـيُوعِ)** كالْهِبَـةِ بِـلَا عِـوَضٍ **(بَيْـعٌ انْتِهَـاءٍ، فَتُرَدُ بِالْعَيْبِ، وَالرُّؤيَةِ، وَتَثْبُتُ الشُّفْعَةُ)** [كَالْبَيْعِ المَحْضِ][8]، وقَالَ زُفَرُ: بَيْعٌ ابْتِدَاءً وَانْتِهَـاءً؛ لِأَنَّ فِي هَـذَا العَقْـدِ مَعْنَـى الْبَيْـعِ، وَهُوَ التَمْلِيكُ بِعِوَضٍ.

وَالْعِبْرَةُ فِي الْعُقُودِ لِلْمَعَانِي[9]، وَلِهَذَا كَانَتْ هِبَتُهُ ابْنَتِهِ مِنْ رَجُلٍ إِنْكَاْحَاً[10]، وَهَبَتُهُ امْرَأَتِهِ لِنَفْسِهَا طَلَاقَـاً[11]، وَهَبَتُـهُ عَبْدِهِ لِنَفْسِهِ اعْتَاقَاً، وَهَبَتُهُ الدَّيْنَ لِمَنْ عَلَيْهِ إِبْرَاءً، وَهَبَتُهُ الْمَنْفَعَةِ بِعِوَض إِجَارِةً.

---

(1) في (ن):(كما قال) وفي (أ):(قال).

(2) سقط من: (أ) و(ن).

(3) سقط من: (ك).

(4) لأن حقه فيه في وصف السلامة لا في الفسخ، ولهذا لو زال العيب امتنع الرد لوصول حقه إليه لكن إذا لم يكن سليما فات رضاه فيرجع بالعوض ويلزم منه فسخ العقد ضرورة من غير أن يثبت حقه في الفسخ فإذا لم يكن له حق في الفسخ لم يصر مستوفيا حقه فيكون ملكا مبتدأ ضرورة غير أنه إذا حكم القاضي بالرد عند عجزه عن تسليم حقه جعلناه فسخا لعموم ولايته ولا كذلك المتعاقدان. ينظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج5، ص 102.

(5) (صورته) رجل اشترى ديناراً وتقابضا، ثم إن مشتري الدينار باع الدينار من ثالث، ثم وجد الثالث به عيباً فردها على الأوسط بغير قضاء، كان للأوسط أن يرده على الأول. ينظر: ابن مَازَةَ، المحيط البرهاني، مصدر سابق، ج7، ص181.

(6) في (ك): الغائب.

(7) سقط من: (ك).

(8) سقط من: (ن).

(9) العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني، من القواعد الكلية الفقهية التي اعتمدها فقهاء الحنفية فقط. ينظر: علي حيدر، شرح مجلة الاحكام، مصدر سابق، ج1، ص21.

(10) في (ك) و(س): نكاحا.

(11) هبة الزوج امرأته لنفسها إذا أراد بذلك الطلاق يقوم مقام الطلاق منه لها فكَذَا هبتها بضعها له يكون ذلك كالنكاح الذي تعقده له على بضعها فتكون الهبة في كل واحد منهما لصاحبه في حكم التمليك يكون نكاحا يملك به الرجل امرأته ويكون طلاقا تملك به المرأة نفسها. ينظر: المَلَطي، يوسف بن موسى، المعتصر من المختصر من مشكل الآثار، ج1، ص194، عالم الكتب، بيروت.

وَلَنَا: أَنَّ هَـذَا العَقْدَ اشْتَمَلَ عَلَى جِهَتَيْـنِ يُمْكِنُ الْجَمْعُ بَيْنَهُـمَا، وكُلَّ عَقْدُ اشتمل عَلَى جِهَتَيْنِ يُمْكِـنُ الْجَمْـعُ بَيْـنَهُمَا عَمَلاً بِهِمَا[1]، كالإقَالَة[2] لمَا اشْتَمَلَتْ عَلَى مَعْنَى الْبَيْعِ وَالفَسْخِ جَمْعَاً بَيْنَهُمَا.

وَقُلْنَا: هِيَ فَسْخٌ فِي حَقِّ المُتَعَاقِدَيْنِ[3]، بَيْعٌ فِي حَقِّ ثَالِثٍ، وَقَدْ أَمْكَنَ الْجَمْعُ فِيمَا نَحْنُ فِيْهِ، بِأَنْ يُعْتَبَرَ العَقْـدُ هِبـةً ابْتِدَاءً؛ اعْتِبَارَاً لِلَّفْظِ، وَبَيْعً انْتِهَاءً؛ اعْتِبَارَاً لِلّمَعْنَى كالْهِبَة فِي الْمَرَضِ فَإِنَّهَا[4] هِبَةٌ ابْتِدَاءً[5]؛ اعْتِبَارَاً [...][6] لِلَّفْظِ[7]، حَتَّى يَبْطُـلُ بِعَدَمِ الْقَبْضِ، وَبِالشُّيْوعِ وَصِيَّةً انْتِهَاءِ اعْتِبَارَاً لِلّمَعْنَى، حَتَّى أُعْتُبِرَتْ مِنْ الثُّلاثَة، وَلَا تَنَافِيَّ بَيْنَ حُكْمَـيْهِمَا؛ لِأَنَّ حُكْـمَ الْبَيْـعِ قَـدْ يَكُونَ مُتَرَاخِيَاً بِاشْتِرَاطِ الخِيَارِ لِأَحَدِهِمَا، فَيَكُونَ مُوَافِقَاً لِحُكْمِ الْهِبَةِ مِنْ حَيْثُ تَأَخُرِهِ[8] إِلى الْقَبْضِ.

والْهِبَةُ قَدْ تَكُوْنُ[9] لَازِمَةً بِانْقِطَاعِ الرُّجُوعِ، بِمَا ذَكَرْنَا مِنْ مَوَانِعِهِ، فَتَكُوْنُ مُوَافِقَةً لِلْبَيعِ مِـنْ حَيْـثُ الْلّـزُوْمِ، بِخِـلَاف بَيْعِ العَبْدِ مِنْ نَفْسِه، وَمَا ذُكِرَ مَعَهُ، فَإِنَّ الْعَمَلَ فِيْهِ بِالجِهَتَيْنِ، لَا يَتَأَتَى لِلْتَنَافِيَّ بَيْنَ حُكْمَيْهِ، فَتَعَيَّنَ الْعَمَلُ بِالْمَعْنَى فَقَطْ[10].

وفِي :« جَامِعِ المَحْبُوْبِي»[11]:((هَذَا إِذَا ذُكِرَ بِكَلِمَةِ «عَلَى»، أَمَّا لَوْ ذُكِرَ بِحَرفِ «البَاءِ» بِأَنْ قَـالَ: وَهَبَتُـكَ هَـذَا الثَـوْبَ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ وَقَبِلَهُ الْآخَرُ، يَكُونُ [بَيْعَاً][12]ابْتِدَاءً وَانْتِهَاءً بِلَا خِلَافٍ))[13].

---

(1) لأن إعمال الشبهين ولو بوجه أولى من إهمال أحدهما، أما أنه مشتمل على الجهتين فظاهر، وأما إمكان الجمع؛ لأن الهبة من حكمها تأخر الملك إلى القبض، وقد يوجد ذلك في البيع كما في البيع الفاسد، والبيع من حكمه اللزوم، وقد يوجد ذلك في الهبة كما إذا قبض العوض، وإذا انتفى المنافاة أمكن الجمع لا محالة. وإعمال الكلام أولى من إهماله متى أمكن، فإن لم يمكن أهمل هي القاعة التاسعة من القواعد الكلية التي يتخرج عليها ما لا ينحص من الصور الجزئية. ينظر: البابرتي، العناية شرح الهداية، ج9، ص 49. وابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم (1999م)، الأشباه والنظائر (ت الشيخ زكريا عميرات)، ط1، ج1، ص128، دار الكتب العلمية، بيروت.

(2) قال أبو حنيفة والشافعي: الإقالة فسخ البيع قبل القبض وبعده، ولا تقع إلا على الثمن الأول، وقال زيد بن علي ومالك: هي بيع، وقال أبو يوسف: هي بيع مستأنَفٌ بَعْدَ القبض، يجوز بزيادة ونقصان وثمنٍ غير===
الأول، وقال محمد: إن كانت بثمنٍ غير الثمن الأول فهي بيع، وإن كانت بالثمن الأول فهي فسخٌ. ينظر: الحميري، نشوان بن سعيد اليمني (1999م) شمس العلوم ودواء كلام العرب من الكلوم(تحقيق: د حسين بن عبد الله العمري وآخرون،ط1، ج8، ص5689، دار الفكر المعاصر، بيروت.

(3) في (أ) و(ن): العاقدين.

(4) في (ن): كأنها.

(5) ويتفرع كون الهبة بشرط العوض هبة ابتداء على خمس مسائل:(1) التقابض شرط في العوضين. يعني يلزم القبض في مجلس الهبة مطلقا وفي غير مجلس الهبة بإذن صريح. (2) الهبة بشرط العوض في المال القابل القسمة ليست صحيحة بالشيوع. وعليه لو وهب قسم من مال شائع قابل القسمة هبة بشرط العوض كانت باطلة. (3) لو وهب أبو الصغير مال ولده بشرط العوض فليس بجائز عند الإمام الأعظم وأبي يوسف.(4) خيار الغبن والتغرير لا تفسخ الهبة بخيار الغبن والتغرير وقلة العوض.(5) إذا اختلف في مقدار العوض فلا يجري التحالف. وعلي حيدر، شرح مجلة الاحكام، المادة 855، مصدر سابق، ج2، ص429.

(6) [ابتداء] زائدة في: (ك) و(أ) و(ن).

(7) في (ت) و(ك) و(س) و(ع): اللفظ.

(8) في (ك): تأخيره.

(9) في (ك): تكون.

(10) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج9، ص49. وملا خسرو، درر الحكام، مصدر سابق، ج 2، ص224. وابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج7، ص295.

(11) هو عبيد الله بن إبراهيم بن أحمد العُباديّ المحبوبي البخاري الحنفي، جمال الدين، المعروف بأبي حنيفة الثاني، قال الذهبي: كان محدثاً مدرساً، عارفاً بمذهب أبي حنيفة، وكان ذا هيبة وعبادة، وإليه انتهت رئاسة الحنفية بما وراء النهر، من مؤلفاته:« شرح الجامع الصغير» (ت630هـ). ينظر: الذهبي، تاريخ الإسلام، ج45، ص392-393، والصفدي، الوافي بالوفيات، ج19،ص222، والباباني، هدية العارفين، ج1، ص649.

(12) سقط من: (ك)، وفي (ن):(لا بيعا).

(13) ينظر: السمرقندي، تحفة الفقهاء، مصدر سابق، ج3، ص169. والزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج5، ص 102.

وَإِنْ اسْتَثْنَى الحَمْلَ أَوْ شَرَطَ مَا يُفْسِدُ الْبَيْعَ، ثُمَّ وَهَبَهَا.....

وَلَوْ وَهَبَ الأَبُ مَالَ طِفْلِهِ بِعِوَضٍ، لَمْ يَجُزْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وأَبِي يُوسُفَ؛ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ ابْتِدَاءً، وَهُوَ لَا يَمْلِكُ التَبَرُّعَ بِمَالِهِ، وَجَازَ عِنْدَ مُحَمَّدٍ؛ لِأَنَّهُ بَيْعٌ مَعْنَى [ابْتِدَاءً] [(1)]وَانْتِهَاء، حَتَّى لَوْ تَقَابَضَا صَحَّ العَقْدُ، وَصَارَ فِي حُكْمِ الْبَيْعِ فَيُرَدُّ بِالْعَيْبِ وخِيَارُ الرُّؤيَةِ.

(وَإِنْ اسْتَثْنَى) الْوَاهِبُ **(الحَمْلَ [أَوْ شَرَطَ)** فِي الْهِبَةِ **(مَا يُفْسِدُ الْبَيْعَ][(2)] ثُمَّ وَهَبَها)** أَيْ: الأَمَةَ، بِأَنْ قَالَ: هَذِهِ الأَمَةُ إِلَّا حَمْلَهَا هِبَةٌ لَكَ **(صَحَّتْ)** الْهِبَةُ فِيْهِمَا وَبَطَلَ الاسْتِثْنَاءُ، وَكَذَا الشَّرْطُ [فَإِنَّهُ][(3)]لَا يَعْمَلُ إِلَّا فِي مَحَلٍ يَعْمَلُ فِيْهِ العَقْدُ، وَالْهِبَةُ لَا تَعْمَلُ فِي الحَمْلِ قَصَدَاً، لِأَنَّ مَا فِي البَطْنِ لَيْسَ بِمَالٍ، وَلَا يُعْلَمُ وُجُوْدُهُ حَقِيْقَةً[(4)].

وعِنْدَ أَحْمَدَ، وَأَبِي ثَوْرٍ: تَصِحُّ[(5)] الْهِبَةُ فِي الأُمِّ دُوْنَ الوَلَدِ، وَلَا يَبْطُلُ الاسْتِثْنَاءُ؛ لِأَنَّهُ تَبَرَّعَ بِالأُمِ دُوْنَ الوَلَدِ، فَأَشْبَهَ العِتْقَ، وَاسْتُثْنِيَ[(6)] الوَلَدُ الْمُنْفَصِلِ[(7)].

وَأُجِيبَ: بِأَنَّ الحَمْلَ كَالجُزْء فَلَا تَصِحُّ الْهِبَةُ فِي الأُمِّ بِدُونِهِ، بِخِلَافِ الوَلَدِ الْمُنْفَصِلِ،/ وَمَا ذُكِرَ مِنْ العِتْقِ مَمْنُوعٌ عِنْدَنَا. أ/363

وفِي «شَرْحِ الوافِي»:((اسْتِثْنَاءُ مَا فِي البَطْنِ يَنْقَسِمُ ثَلَاثَةَ أَقْسَامٍ:

[1] قِسْمٌ يَجُوزُ فِيْهِ التَّصَرُّفِ، وَيَبْطُلُ الِاسْتِثْنَاءُ: كالْهِبَةِ، والنِّكَاحِ، وَالْخلْعِ، وَالصُّلْحِ عَنْ دمِ العَمْدِ؛ لِأَنَّ هَذَا الِاسْتِثْنَاءَ شَرْطٌ فَاسِدٌ، وَهَذِهِ العُقُوْدُ لَا تَبْطُلُ بِالشُّرُوطِ الْفَاسِدَةِ.

[2] وقِسْمٌ [لَا][(8)] يَجُوزُ [أَصْلُ][(9)] التَّصَرُّفِ فِيْهِ: كَالْبيعِ، وَالْإِجَارَةِ، وَالرَّهْنِ؛ لِأَنَّ هَذِهِ العُقُوْدَ تَبْطُلُ بِالشُّرُوطِ الْفَاسِدَةِ[(10)].

وَإِنْ دَبَّرَهُ ثُمَّ وَهَبَهَا الأَمَةَ وَصَحَّ الْعُمْرَي، وَهِيَّ جَعْلُ دَارِهِ لَهُ مُدَّةَ عُمُرِهِ بِشَرْطِ أَنْ يَرُدَّ إِذَا مَاتَ وَبَطَلَ الشَّرْطُ.....

[3] وَقِسْمٌ يَجُوزُ التَّصَرُّفُ وَالِاسْتِثْنَاءُ جَمِيْعَاً: وَهُوَ الوَصِيَّةُ[(11)]؛ لِأَنَّ افْرَادَ الحَمْلِ بِالوَصِيَّةِ جَائِزٌ، فَكَذَا اسْتِثْنَاؤهُ))[(1)].

---

(1) سقط من: (ت) و(ك) و(س) و(ن) و(ع).

(2) زيادة في: (أ) و(ن). وذلك لعدم وجود هذه اللفاظ في: القهستاني، جامع الرموز في شرح النقاية، مصدر سابق، ج2ص64. ملا علي القاري، فتح باب العناية ج2، ص227.

(3) سقط من: (ت) و(ك) و(س) و(ع)، وفي (ن):(لأنه).

(4) لأن محل الهبة مال قائم مملوك للواهب وقت العقد وفي قيام الولد وماليته شك وقت الهبة لاحتمال الانتفاخ من الريح واحتمال كون الجنين ميتا فوقع الشك في الوجود والمالية فلا يكون محلا للهبة بالشك. ينظر: الشِّلْبِيِّ، حاشية الشِّلْبِيِّ على التبيين، مصدر سابق، ج5، ص102.

(5) في (ت) و(س) و(أ) و(ن) و(ع): يصح.

(6) في (ن): (استثناء).

(7) ينظر: ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج6، ص46. وابن مفلح، المبدع،، مصدر سابق، ج5، ص205. والبهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، ج4، ص315.

(8) سقط من: (ن).

(9) سقط من: (س).

(10) بيانه: إذا عقد على الأم دون الحمل فسد العقد وبطل الاستثناء.

(11) بيانه: إذا أوصى بجارية إلا حملها صحت الوصية في الجارية وبقي الحمل للورثة.

(وَإِنْ دَبَّرَهُ[2]) أَيْ: الحَمْلُ **(ثُمَّ وَهَبَها)** أَيْ: **(الأَمَةَ)** لا أَيْ: لا تَصِحُّ[3] الْهِبَةُ.

الْفَرْقُ بَيْنَ هَذَا وبَيْنَ مَا لَوْ أَعْتَقَ الحَمْلَ ثُمَّ وَهَبَها، حَيْثُ تَصِحُّ الْهِبَةُ؛ لِأَنَّ[4] التَّدْبِيرَ لَا يُزِيلُ مِلْكَ الْمُدْبِرِ، فَكَانَ الْمَوْهُوبُ مُتَّصِلٌ بِمَا لَيْسَ بِمَوْهُوبٍ [فِي مِلْكِ الْوَاهِبِ][5] وصَارَ كَهِبَةِ الْمُشَاعِ فِيمَا يَنْقَسِمُ[6]، أَوْ كَهِبَةِ شَيْءٍ بِمَا هُوَ مَشْغُوْلٍ بِمِلْكِ الْوَاهِبِ، فَلَمْ يَصِحْ، وَالإِعْتَاقُ يُزِيلُ الْمِلْكَ [...][7]، فكَانَ الْمَوْهُوبُ غَيْرَ مُتَّصِلٍ بِمَا لَيْسَ بِمَوْهُوبٍ فِي مِلْكِ الْوَاهِبِ، فَهُوَ كَمَا لَوْ وَهَبَ أَرْضاً فِيهَا بِنَاءٌ لِلْوَاهِبِ وَاقِفٌ[8]، وَسَلَّمَهَا إِلَى الْمَوْهُوبِ لَهُ كَذَا فِي «الْمَبْسُوط»[9].

[فَصْلُ العُمْرَي]

(وَصَحَّ الْعُمْرَي: وَهِيَ جَعْلُ دَارِهِ لَهُ) أَيْ: لِآخَرٍ **(مُدَّةَ عُمُرِهِ)** أَيْ: عُمُرِ الْآخَرِ **(بِشَرْطِ أَنْ يَرُدَّ)** الدَّارَ **(إِذَا مَاتَ)** ذَلِكَ الْآخَرِ، وصُوْرَتُهَا: أَنْ يَقُوْلَ أَعْمَرْتُكَ دَارِيْ هَذِهِ أَو هِيَ لَكَ عُمُرِي، أَوْ مَا عِشْتُ، أَوْ مُدَّةَ حَيَاتِكَ، أَوْ مَا حَيِيْتَ، فإِذَا مِتَّ فَهِيَ رَدٌّ عَلَيَّ،[صَحَّ][10]، **(وَبَطُلَ الشَّرْطُ)** وَهُوَ رَدُّ الدَّارِ إِذَا مَاتَ الْمُعَمَرِ[11].

وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ فِي الْجَدِيدِ، وأَحْمَدُ، وَهُوَ قَوْلُ ابْنُ عَبَاسٍ، وَابْنُ عُمَرَ ﷺ، وَرُوِيَ عَنْ عَلِيٍ[12]، وَشُرَيْحٍ، ومُجَاهِد[13]، وطَاووسَ[14]، والثَّوْرِيُّ[15] ﷺ.

---

(1) ينظر: النسفي، الكافي، ق90/ب

(2) التدبير: عِتْقُ العبد عن دُبُرٍ، وهو أن يُعْتَق بَعْدَ موت صاحبه، فهو مُدبَّرٌ، كأن يقول هو حر بَعْدَ موتي. ينظر: الجوهري، الصحاح، مصدر سابق، ج2، ص655. القزويني، مقاييس اللغة، مصدر سابق، ج2، ص335.

(3) في (ت) و(س) و(أ) و(ن) و(ع): يصح.

(4) في (ك) و(س): ان.

(5) سقط من: (ن).

(6) في (ك) و(س) و(أ) و(ن):(يقسم).

(7) [المعتق] زيادة في: (ن).

(8) أي: تام البناء لا عيب فيه.

(9) ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج12، ص72.

(10) سقط من: (ت) و(ك) و(س) (أ) و(ع).

(11) ينظر: القدوري، المختصر، مصدر سابق، ص128. والطحاوي، المختص، مصدر سابق، ص139. والموصلي، الاختيار لتعليل المختار، مصدر سابق، ج2، ص546. وابن السَّاعَاتِي، مجمع البحرين، مصدر سابق، ص466.

(12) أي امير المؤمنين علي بن ابي طالب ﷺ.

(13) مجاهد بن جبر المكي ابو الحجاج المخزومي، مولاهم، تابعي روى عن العبادلة الاربعة وغيرهم، قراء القرآن على يد ابن عباس ﷺ، وسال عن بيانها، توفي وهو ساجدا بمكوسنة101هـ ابن حجر، التهذيب، مصدر سابق، ج10، ص42.

(14) طاووس: ابو عبد الرحمن طاووس بن كيسان اليماني، سمع من زيد بن ثابت وعائشة وابو هريرة وابن عباس ﷺ وطائفة، كان رأسا في العلم والعمل، وكان شيخ اهل اليمن وبركاتهم ومفتيهم له جلالة عظيمة، وكان كثير الحج، فاتفق موته بمكة سنة 106هـ وصلى عليه الخليفة هشام بن عبد الملك. ينظر: الذهبي، تذكرة الحفاظ، مصدر سابق، ج 1، ص90 . وابن حجر، التهذيب، مصدر سابق، ج5، ص8.

(15) ينظر: الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج7، ص540. والعمراني، البيان، مصدر سابق، ج8، ص140. والكوسج، إسحاق بن منصور المروزي (2002م)، مسائل الإمام أحمد وإسحاق بن راهويه، ط1، ج6، ص2834، الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة. وابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج6، ص46.

وقَالَ مَالِكٌ[1]، والليث[2]، والشَّافِعِيُّ فِي القَدْيم[3]: الْعُمْرَي تَمْلِيكُ الْمَنَافِعَ دُونَ الْعَيْن فِيَكُونُ لِلْمُعْمَرِ[4] السُكْنَى، فَإِذَا مَاتَ رُدَتْ إِلى الْمُعْمِرِ[5]؛ لِأَنَّها عَارِيَةٌ[6] مُؤَقتَةٌ.

وَإِنْ قَالَ لَهُ وَلِعَقِبِهِ، كَانَ سُكْنَاهَا لَهُمْ، فإِذَا انْقَرَضُوا عَادَتْ إِلى الْمُعْمِرِ؛ لِأَنَّ هَـذَا تَمْلِيـكٌ مُؤَقـتٌ، وَتَمْلِيـكُ الْعَـيْنِ لَا يَتَأَقتْ.

وعَنْ ابِنْ الأَعْرَابِيِّ[7]: لَمْ يَخْتَلِفْ العَرَبُ فِي الْعُمْرَي والرُّقْبَي، أَنَّهَا عَلَى مِلْكِ أَرْبَابِهَا، وَمَنَافِعُها لِمَنْ جُعِلَتْ لَهُ[8].

وَلَنَا: مَا رَوَى الْبُخَارِيُّ وَمُسْلِمٌ، عَنْ أَبِي سَلَمَةَ، عَنْ جَابِرٍ ﷺ، أَنَّ النَّبِيّ ﷺ كَانَ يقَوْلُ: ((العُمْرَي لِمَنْ وُهِبَتْ لَهُ)) [9].

ومَا رَوَى مُسْلِمٌ عَنْ أَبِي[10] الزُّبَيْرِ[11]، عَنْ جَابِرٍ، قَالَ:((أَعْمَرَتْ امْرَأَةٌ بِالْمَدِينَةِ حَائِطًا لَهَا ابْنًا لَهَا، ثُمَّ تُـوُفِّيَ وَتُوُفِّيَـتْ بَعْدَهُ، وَتَرَكَتْ وَلَدًا وَلَهُ إِخْوَةٌ بَنُونَ لِلْمُعْمِرَةِ، فَقَالَ وَلَدُ الْمُعْمِرَةِ: رَجَعَ الْحَائِطُ إِلَيْنَا، وَقَالَ: بَنُو الْمُعْمَرِ، بَلْ كَانَ لِأَبِينَـا حَيَاتَـهُ وَمَوْتَهُ، فَاخْتَصَمُوا إِلَى طَارِقٍ مَوْلَى عُثْمَانَ، فَدَعَا جَابِرًا، فَشَهِدَ عَلَى رَسُولِ الـلـهِ ﷺ بِالْعُمْرَى لِصَاحِبِهَا»، فَقَضَى بِـذَلِكَ طَـارِقٌ،

---

(1) ينظر: الأصبحي، المدونة، مصدر سابق، ج4، ص451. وعبد البر، الكافي، مصدر سابق، ج2، ص1022. والقرافي، الـذخيرة، مصـدر سـابق، ج6، ص70.

(2) هو الليث بن سعد بن عبد الرحمن، أصله من أصبهان بفارس، ولد بقلفشنده جنوب القـاهرة، ومـات بهـا سـنة 175هـ ودفـن بالقرافـة الصغرى، وكان إمام وفقيه ومحدث وعالم أهل مصر في زمانه من غير منازع، قـال الشـافعي: الليـث أفقـه مـن مالـك إلا أن أصـحابه لم يقوموا به. ينظر: ابن خلكان، فيات الأعيان، مصدر سابق،ج1، ص 438. وابـن حجـر، تهـذيب التهـذيب، مصـدر سـابق، ج 8، ص 459. والذهبي، تذكرة الحفاظ، مصدر سابق، ج 1، ص 207.

(3) ذكر الامام الشافعي - رحمه الـلـه - ان للمعمر في العمرى ثلاثة أحوال:
الحالة الأولى: قوله: جعلتها لك عمرك فلا يخلو في ذلك من ثلاثة أقسام: (1) قوله: جعلتهـا لـك عمـرك، ولورثتـك بعـدك، فهـذه عطيـة جائزة وتمليك صحيح. (2) قوله: جعلتها لك مدة عمرك على ان مت عادت إلي إن كنت حيا أو إلى ورثتـي إن كنـت ميتـا، فهـذه عطيـة وتمليك فاسد.(3) قوله: جعلتها لك مدة عمرك ولا يشترط أن يرجع إليه بعد موته ولا ان تكون له ففيه قـولان: الاول: قولـه في القـديم رواه الزعفراني عنه إنه عطية باطلة، والثاني: وهو الصحيح وبه قال في الجديد.
الحالة الثانية: قوله: جعلتها لك عمرى دون أن يقدر ذلك بعمر أحد، ففيها قولان: في القديم: إنها باطلة، وفي الجديد: إنها جائزة.
الحال الثالثة: قوله: جعلتها لك مدة عمري أو جعلتها عمر زيد والحكم فيهما واحـد والمـذهب أنهـا عطيـة باطلـة. ينظـر: المـاوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج7، ص541-542.

(4) في (ك):(فتكون للعمري).

(5) في (ن): للمعمر.

(6) في (ك): عبادة.

(7) هو أحمد بن محمد بن زياد بن بشر بن درهم، أبو سعيد ابن الأعرابي: مؤرخ من علماء الحديث، من أهل البصرة، سمع بدمشـق وانتقـل إلى الحجاز فنزل مكة، وكان شيخ الحرم المكيّ، تصوف وصحب الجنيد، له عـدة تصـانيف منهـا: (المعجـم) في أسـماء شـيوخه، و(طبقـات النساك)، و (تاريخ البصرة) وغيرها، وتوفي بمكة سنة 340هـ ينظر: الذهبي، تذكرة الحفاظ، مصدر سابق، ج 3،ص 66 . ابن حجر، أحمـد بن علي العسـقلاني(1979م)، لسـان الميـزان(ت: دائـرة المعـرف النظاميـة)، ط2، ج1، ص308، مؤسسـة الأعلمـي للمطبوعـات، بـيروت. والأصبهاني، أبو نعيم أحمد بن عبد الـلـه (1974م)، حلية الأولياء وطبقات الأصفياء، ط1، ج10، ص 375، السعادة، القاهرة.

(8) ينظر: العيني، البناية شرح الهداية، مصدر سابق، ج10، ص214.

(9) ينظر: البخاري، الجامع المسند الصحيح، مصدر سابق، بـاب مـا قيـل في العمـرى والرقبـى، رقـم 2625، ج3، ص165.والنيسـابوري، صـحيح مسلم، مصدر سابق، باب العمرى، رقم 1625، ج3، ص1246.واللفظ له.

(10) في (ن): لبن.

(11) أبو الزبير محمد بن مسلم بن تدرس، الإمام، الحافظ، الصدوق، أبو الزبير القرشي، الأسدي، المكي، مولى حكيم بن حزام، توفي سنة 128هـ ينظر: الذهبي، سير أعلام النبلاء، مصدر سابق، ج5، ص380-386.

ثُمَّ كَتَبَ إِلَى عَبْدِ الْمَلِكِ، فَأَخْبَرَهُ ذَلِكَ، وَأَخْبَرَهُ بِشَهَادَةِ جَابِرٍ، فَقَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ: صَدَقَ جَابِرٌ، فَأَمْضَى ذَلِكَ طَارِقٌ، فَإِنَّ ذَلِكَ الْحَائِطَ لِبَنِي الْمُعْمَرِ حَتَّى الْيَوْمِ))[1].

وقَوْلُ ابنْ الأَعْرَابِيِّ: أَنَّهَا عِنْدَ العَرَبِ تَمْلِيكِ الْمَنَافِعِ، لَا يَضُرُّ؛ لِأَنَّ الشَارِعَ نَقَلَهَا إِلى تَمْلِيْكِ الرَّقَبَةِ[2].

ولَا تَصِحُّ الرُّقْبَى، وَهِيَّ: إِنْ مِتُّ قَبْلَكَ فَهِيَّ لَكَ،.....

[فَصْلٌ فِي الرُّقْبَى]

(ولَا تَصِحُّ الرُّقْبَى) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، ومُحَمَّدٍ[3]، ومَالِكٍ[4] **(وَهِيَّ)** أَنْ يَقُوْلَ شَخْصٌ لِآخَرٍ أَرْقَبْتُكَ هَذِهِ الدَّارَ، وَهِيَّ لَكَ رَقْبَى، أَوْ هِيَّ لَكَ حَيَاتُكَ عَلَى أَنِّي **(إِنْ مِتُّ قَبْلَكَ فَهِيَّ / لَكَ)** وَإِنْ مِتَّ قَبْلِي فَهِيَّ لِي، وَسُمِّيَتْ بِذَلِكَ، لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ يَرْقُبُ مَوْتَ صَاحِبِهِ[5]. 363/ب

وَقَالَ أَبُوْ يُوْسُفَ: يَصِحُّ[6]، وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ[7]، وأَحْمَدَ[8]، لِأَنَّهَا تَشْتَمِلُ عَلَى شَرْطِ رَدِّ الدَّارِ بَعْدَ المَوْتِ، فَيَكُوْنَ بِمَنْزِلَةِ الْعُمْرَى.

وَلَنَا: أَنَّهَا تَعْلِيْقُ التَمْلِيْكِ بِالخطَرِ، وَهُوَ مَوْتُ المُمَلَّكِ قَبْلُ، وَذَلِكَ بَاطِلٌ، وَإِذَا لَمْ يَصِحُّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ومُحَمَّدٍ، يَكُوْنُ[9] عَارِيَةً، لِأَنَّ هَذَا العَقْدَ يَتَضَمَنُ اطْلَاقَ الانْتِفَاعِ[10].

---

(1) ينظر: النيسابوري، صحيح مسلم، مصدر سابق، باب العمرى، رقم 1625، ج3، ص1247.

(2) ينظر: العيني، البناية شرح الهداية، مصدر سابق، ج10، ص214.

(3) لما روى شريح أن النبي ﷺ: " أجاز العمرى ورد الرقبى" ومعنى الرقبى أن يملكها له بعد موته فيكون تمليكا مضافا إلى زمان وهو من الارتقاب وهو الانتظار كأنه ينتظر موته فلا يصح لعدم التمليك في الحال. ينظر: القدوري، المختصر، مصدر سابق، ص128. والموصلي، الاختيار لتعليل المختار، مصدر سابق، ج2، ص547. والزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج5، ص 264

(4) ينظر: الأصبحي، المدونة، مصدر سابق، ج4، ص451. وعبد البر، الكافي، مصدر سابق، ج2، ص1022. والقرافي، الذخيرة، مصدر سابق، ج6، ص70.

(5) واذا قال: أسكنتك داري هذه حياتك ولعقبك من بعدك فهي عارية وإن قال: هي لك ولعقبك من بعدك فهي هبة له، وذكر العقب لغو اهـ ينظر: ابن عابدين، رد المحتار، مصدر سابق، ج5، ص708.

(6) لحديث جابر أن النبيﷺ:" أجاز العمرى والرقبى". وبناء على أنها تمليك الحال واشتراط للاسترداد بعد موته عنده كالعمرى كأن الواهب ينتظر موت الموهوب له فحاصله أنه متى وجد التمليك في الحال واشتراط الرد في المآل يجوز بالإجماع لما بينا أن الهبة لا تبطل بالشرط بل الشرط يبطل، ومتى كان التمليك مضافا إلى زمان في المستقبل لا يجوز بالإجماع ينظر: والطحاوي، المختصر، مصدر سابق، ص139. وابن السَّاعَاتِي، مجمع البحرين، مصدر سابق، ص466. والزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج5، ص 264

(7) ينظر: الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج7، ص540. العمراني، البيان، مصدر سابق، ج8، ص140.

(8) ينظر: الكوسج، مسائل الإمام أحمد وإسحاق، ج6، ص2834. وابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج6، ص46.

(9) في (ك): تكون.

(10) والخلاف بينهم مبنيا على تفسير الرقبى فمن قال إنه تمليك في الحال أجازه ومن قال إنه مضاف لم يجزه، وليس باختلاف حقيقة فإذا لم يكن بينهم خلاف في الحقيقة واللفظ صالح للمعنيين أمكن التوفيق بين الأخبار فما ورد من النهي عن الرقبى محمول على أن المراد به إبطال شرط الجاهلية وهو الاسترداد بعد موت الموهوب له وما جاء فيه من الإطلاق محمول على أنه جائز والشرط باطل، وبالحمل على ما حملناه حصل التوفيق فلا معارضة. ينظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج5، ص 264

والصَّدَقَةُ لَا تَصِحُّ الا بالْقَبْضِ ولَا فِي شَائِعٍ يُقْسَمْ وَلَا عَوْدَ فِيْهَا.

(والصَّدَقَةُ لَا تَصِحُّ الا بالْقَبْضِ)[1] لِأَنَّها تَبَرُّعٌ [كالْهِبَةِ][2].

(ولَا) يَصِحُّ[3] **(فِي شَائِعٍ يُقْسَمْ)** لِمَا مَرَّ فِي الْهِبَةِ **(وَلَا عَوْدَ فِيْهَا)** لِأَنَّ الْمَقْصُوْدَ بِهَا الثَّوَابُ، وَقَدْ حَصَلَ بِخِلَافِ الْهِبَةِ.

وَلَوْ تَصَدَقَ عَلَى غَنِيٍ لَا يَعُوْدُ اسْتِحْسَاناً.

والْقِيَاسُ: أَنْ يَعُوْدَ وَبِهِ قَالَ بَعْضُ اصْحَابِنَا؛ لِأَنَّ الصَّدَقَةَ فِي حَقِّ الغَنِيِّ هِبَةٌ، لِأَنَّها إِنَّمَا يُقْصَدُ مِنْهَا العِوَضُ دُوْنَ الثَّوَابِ، كَمَا أَنَّ الْهِبَةَ فِي حَقِّ الْفَقِيْرِ صَدَقَةٌ؛ لِأَنَّهَا إِنَّمَا يُقْصَدُ مِنْهَا الثَّوَابُ دُوْنَ العِوَضِ.

وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ: أَنَّهُ قَدْ يُقْصَدُ بِالصَّدَقَةِ عَلَى الغَنِيِّ الثَّوَابُ[4].

---

(1) لما كانت الصدقة تشارك الهبة في الشروط وتخالفها في الحكم ذكرها في كتاب الهبة. ينظر: البابرتي، العناية شرح الهداية، مصدر سابق، ج9، ص56.

(2) سقط من: (ك).

(3) في (ك) و(أ) و(ن):تصح.

(4) فإن من له نصاب وله عيال كثيرة فالناس يتصدقون عليه على فعل الثواب، ألا ترى أن عند اشتباه الحال يتأدى الواجب من الزكاة بالتصدق عليه ولا رهن ولا رجوع فيه - بالاتفاق - فكذلك عند العلم بحاله: لا يثبت له حق الرجوع عليه. ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج12، ص92. والعيني، البناية شرح الهداية، مصدر سابق، ج10، ص217.

كتاب الاجارة

كِتَابُ الْإِجَارَةِ

هِيَ: بَيْعُ نَفْعٍ مَعْلُوْمٍ بِعِوَضٍ، كَذَا، دَيْنٍ، أوْ عَيْنٍ....

(كِتَابُ الْإِجَارَةِ[1])[2]

(هِيَ) فِي اللُّغَةِ: فِعَالَةٌ مِنْ: أَجَرَ يَأْجِرُ، [ويَأْجِرُ][3]: كَضَرَبَ يَضْرِبُ، وَطَلَبَ يَطْلِبُ، اسْمٌ لِلأَجْرِ، وَهُوَ العِوَضُ[4]، قَالَ اللـهُ تَعَالَى:{ لَوْ شِئْتَ لَاتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْرًا}[الكهف:77]، وَسَمَّى الثَّوَابَ أَجْرًا؛ لِأَنَّ اللـهَ تَعَالَى عَوَّضَ العَبْدَ بِهِ.

وفِي الشَّرْعِ:(**بَيْعُ نَفْعٍ مَعْلُوْمٍ بِعِوَضٍ، كَذَا**)[5] أَيْ: مَعْلُوْمٍ **(دَيْنٍ أوْ عَيْنٍ)**[6].

وَالْقِيَاسُ: أَنْ لَا تَجُوزَ الْإِجَارَةُ؛ لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ الْمَنْفَعَةُ[7]، وَهِيَ تُوْجَدُ بَعْدَ العَقْدِ، وَإِضَافَةُ التَّمْلِيكِ[8] إِلَى مَا سَيُوجَدُ لَا يَصِحُّ إِلَّا أَنَّهَا جَائِزَةٌ بِالْإِجْمَاعِ[9]، لِضرُورَةِ حَاجةِ النَّاسِ،وَلِقَوْلِهِ تَعَالَى:{فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ}[الطلاق:6]، وَقَوْلِهِ تَعَالَى:{عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ} [القصص:27][10].

---

(1) وفي بعض المتون والشروح: (الإجارات) وإنما جمعها إشارة إلى أنها حقيقة ذات أفراد، فإن لها نوعين: نوع يرد على منافع الأعيان كاستئجار الدور والأراضي والدواب. ونوع يرد على العمل كاستئجار المحترفين للأعمال نحو القصارة والخياطة ونحوهما. ينظر: البابرتي، العناية شرح الهداية، مصدر سابق، ج9، ص57.

(2) وجه المناسبة بين الكتابين- الهبة والاجارة - اشتمالهما على معنى التمليك، ولكن لما كانت الهبة تمليك العين قدمها على الإجارات التي هي تمليك المنفعة، والعين مقدم. العيني، البناية شرح الهداية، مصدر سابق، ج10، ص220.

(3) سقط من: (ك).

(4) الأجرُ: جزاءُ العمل، أجر يأجُرُ، والمفعول: مأجور. والأجيرُ: المُستأجَر، والإجارةُ: ما أعطيت من أجرٍ في عمل، وآجرتُ مملوكي إيجاراً فهو مُؤجر. والأجورُ: جَبر الكسر على عوج العظم. ينظر: الفراهيدي، العين، مصدر سابق، ج6، ص173. وابن منظور، لسان العرب، ج11، ص 111.

(5) وقد جاء في بعض المتون:(تمليك نفع بعوض).
قال ملا خسرو: وإنما عدل عن قولهم:(تمليك نفع معلوم بعوض)؛ لأنه إن كان تعريفا للإجارة الصحيحة لم يكن مانعا لتناوله الفاسدة بالشرط الفاسد وبالشيوع الأصلي، وإن كان تعريفا للأعم لم يكن تقييد النفع والعوض بالمعلومية.
ورد الشرنبلالي: قوله ذلك فيه تأمل؛ لأن الإجارة الشرعية هي الصحيحة التي عرفها أئمة المذهب بأنها عقد على منفعة معلومة ببدل معلوم والفاسدة ضد الشرعية فلا يشملها تعريف الشرعية سواء فسدت بشرط مقارن أو شيوع أصلي فدعواه شمول تعريف الشرعية الفاسدة غير مسلمة ويرد ما عدل إليه مبدأ كلامه وهو قوله تمليك نفع إذ لا تمليك لغير معلوم ولزوم تقييد النفع بالمعلوم في قوله عين أو دين إذ لا يكون لغير معلوم ذاتا ووصفا وقدرا وقد قيد المنفعة وبطل ترديده بقوله: وإن كان تعريفا للأعم؛ لأنهم لا يعرفون إلا الحقيقة الخاصة الشرعية. ينظر: ملا خسرو، درر الحكام، والشرنبلالي، حاشيته على درر الحكام، مصدر سابق، ج2، ص2225-226. و الحصكفي، الدر المختار، مصدر سابق، ص569. وابن عابدين، رد المحتار، مصدر سابق، ج6، ص4.

(6) الشرح: (بيع منفعة) احتراز عن بيع عين (معلومة) جنسا وقدرا (بعوض) مالي أو نفع من غير جنس المعقود عليه كسكنى دار بركوب دابة، ولا يجوز بسكنى دار أخرى للربا (معلوم) قدرا وصفة في غير العروض؛ لأن جهالتهما تفضي إلى المنازعة (دين) أي مثلي كالمكيل والموزون والعددي المتقارب (أو عين) أي قيمي كالثياب والدواب وغيرهما فخرج البيع والهبة والعارية والنكاح، فإنه استباحة المنافع بعوض لا تمليكها. ينظر: شيخ زاده، مجمع الأنهر،، مصدر سابق، ج2، ص368.

(7) ولأن المنافع معدومة، وبيع المعدوم لَا يجوز، ومنع شمس الأئمة السرخسي هذا وقال: إنما يشترط الملك والوجود للقدرة على التسليم، وهذا لَا يتحقق في المنافع، لأنها عرض لَا تبقى زمانين فلا معنى للاشتراط، فأقمنا العين المنتفع بِهَا مقام المنفعة في حق إضافة العقد إليها ليترتب القبول على الإيجاب. ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج15، ص74.

(8) أن التمليك نوعان: تمليك عين، وتمليك منافع، وتمليك العين نوعان: بعوض وهو البيع، وبغير عوض وهو الهبة والصدقة والوصية، وتمليك المنافع نوعان: بغير عوض، وهو العارية والوصية بالمنافع وبعوض وهو الإجارة، وسميت بيع المنافع لوجود معنى البيع، وهو بذل الأعواض في مقابلة المنفعة ينظر: الموصلي، الاختيار، مصدر سابق، ج2، ص 121.

(9) وقد اتفق فقهاء السلف – رحمهم الله – على مثل ما ورد به ظاهر الكتاب والسنة من جواز عقود الإجارات على منافع الابدان والعقار والعروض. ينظر: الجصاص، شرح مختصر الطحاوي، ج3، ص386.

(10) وما ثبت شريعة لمن قبلنا فهو لازم لنا ما لم يقم الدليل على انفساخه وقال ﷺ:« أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه» فالأمر بإعطاء الأجر دليل صحة العقد، وبعث رسول الله ﷺ والناس يؤاجرون ويستأجرون فأقرهم على ذلك وبين أحكامه. ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج15، ص74.

وبِمَا رَوَى الْبُخَارِيُّ وَمُسْلِمٌ، مِنْ حَدِيثِ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللـهُ عَنْهُمَا، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ: «احْتَجَمَ وَأَعْطَى الحَجَّامَ[1] أَجْرَهُ»[2] ، ومِنْ حَدِيثِ عائشةَ- رضي اللـه عنها- فِي الهجرة قَالَت:" اسْتَأْجَرَ النَّبِيُّ ﷺ وَأَبُو بَكْرٍ، رَجُلًا مِنْ بَنِي الدُّئِلِ[3]، هَادِيًا خِرِّيتًا، وَهُوَ عَلَى دِينِ كُفَّارِ قُرَيْشٍ، فَدَفَعَا إِلَيْهِ رَاحِلَتَيْهِمَا، وَوَاعَدَاهُ غَارَ ثَوْرٍ بَعْدَ ثَلَاثِ لَيَالٍ"[4] الحَدِيْثُ، وَالخَرِّيْتُ[5] - بِكَسْرِ الْمُعْجَمَةِ والرَّاءِ المُشَدَّدَةِ وفِي آخِرِهِ مُثَنَاةٌ -: المَاهِرُ بِالهِدَايَةِ.

.وَمَحَلُ عَقْدِ الْإِجَارَةِ عِنْدَنا: الْمَنَافِعُ[6]، وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ[7]، وأَحْمَدَ[8]، وَأَكْثَرُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ، وقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِهِ[9]: الْعَيْنُ؛ لِأَنَّها المَوْجُودَةُ، وَالْعَقْدُ يُضَافُ إِلَيْهِا.

وَلَنَا[10]: أَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ هُوَ الْمُسْتَوْفَى بِالْعَقْدِ وذَلِكَ الْمَنَافِعُ لَا الْأَعْيَانُ، وإِضَافَةُ الْعَقْدِ إِلَى الْعَيْنِ؛ لِأَنَّهَا مَحَلُ الْمَنْفَعَةِ، وَالْعَيْنُ جُعِلَتْ خَلَفاً[عَنْ المَنْفَعَةِ][11] فِي حَقِّ إِضَافَةُ الْعَقْدِ إِلَيْهِا، لِيَرْتَبِطَ الْإِيجَابُ بِالقَبُوْلِ عِنْدَ الإِضَافَةِ، وَلِيَظْهَرَ أَثَرُ عَمَلِ الْعَقْدِ فِي حَقِّ الْمَنْفَعَةِ مِلْكاً وَاسْتِحْقَاقاً بِالْعَقْدِ حَالَ وُجُوْدِهَا، وَصَارَ ذَلِكَ كَالسَّلَمِ، حَيْثُ تُقَامُ فِيْهِ الذِّمَّةُ الَّتِي هِيَ مَحَلٌ لِلْمُسَلَّمِ فِيْهِ مَقَامُ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ فِي حَقِّ جَوَازِ السَّلْمِ[12].

---

(1) الحجام مأخوذ من (حجم) الشيء ملمسه تحت يدك عن الغوري وعن الليث الحجم وجدانك من شيء تحت ثوب يقال مسست الحبلى فوجدت حجم الصبي في بطنها و(الحجم) أيضا فعل الحجام من باب طلب والحجامة حرفته وهو المصاص، يقال للحاجم حجام لامتصاصه فم المحجمة. والمحجمة قارورة الحجام والمِحْجَمُ مشرط الحجام. والمِحْجَمُ الآلة التي يجمع فيها دم الحجامة. ينظر: النسفي، طلبة الطلبة، مصدر سابق، ص105. وابن منظور: لسان العرب، ج12، ص 117.

(2) ينظر: البخاري، الجامع المسند الصحيح، مصدر سابق، باب السعوط، رقم 5691، ج7، ص124. والنيسابوري، صحيح مسلم، مصدر سابق، باب حل أجرة الحجامة، رقم 1202،ج3، ص1205.

(3) اسمه: عبد اللـه بن أُرَيْقِط، وبنو الدئل: حي من كنانة، وهم بنو بكر بن عبد مناة بن كنانة بن خزيمة بن مدركة بن إلياس بن مضر بن نزار بن معد بن عدنان. و(الدئل) دويبة شبيهة بابن عرس. قال أحمد بن يحيى: ولا نعلم اسما جاء على فعل الا هذا. قال الاخفش: والنسبة إليه دُءَلِي ينظر: القلقشندي، أحمد بن علي (1980م)، نهاية الأرب (ت: إبراهيم الإبياري)، ط2، ص54، دار الكتاب اللبنانين، بيروت.

(4) ينظر: البخاري، الجامع المسند الصحيح، مصدر سابق، باب استئجار المشركين عند الضرورة، رقم2263، ج3، ص88.

(5) الخِرِّيتُ: مأخوذ من خرت: الخُرْت: ثقبة الإبرة ونحوه، وهو الدليل وجمعه الخَرارت، وقال ابن برى:
أرمى بأيدي العيس إذ هويت ..... في بلدة يعيا بها الْخِرّيتُ.
ينظر: الفراهيدي، العين، ج4، ص273. والجوهري، الصحاح، ج1، ص248.

(6) والمنافع تصير معلومة بثلاثة اشياء:(1) بالمدة في العقد (2) بالتسمية في العقد(3) بالتعيين والاشارة. ينظر: السمرقندي، خزانة الفقه، مصدر سابق، ص246.

(7) ينظر: الثعلبي، محمد عبد الوهاب بن علي(2004م)، التلقين في الفقه المالكي (تحقيق: محمد أبو خبزة الحسني)، ط1، ج2، ص158، دار الكتب العلمية، بيروت. وعبد البر، الكافي، مصدر سابق، ج2، ص747. الباجي، سليمان بن خلف (1332هـ)، المنتقى شرح الموطأ،ط1، ج5، ص141، مطبعة السعادة، القاهرة.

(8) ينظر: الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج5، ص323. الشيرازي، المهذب، مصدر سابق، ج2، ص243. والجويني، عبد الملك بن عبد اللـه إمام الحرمين (2007م)، نهاية المطلب في دراية المذهب (ت: أ. د. عبد العظيم محمود الدّيب)، ط1،ج8، ص67، دار المنهاج، جدة.

(9) يعني الامام احمد. ينظر: الخرقي، المتن، مصدر سابق، ص79. والكلوذاني، محفوظ بن أحمد بن الحسن (2004م)، الهداية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل (ت: عبد اللطيف الهميم، وماهر الفحل)، ط1، ص293، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، الكويت.

(10) الإجارة نوعان: إجارة على المنافع، وإجارة على الأعمال، ولكل نوع شروط وأحكام. ينظر: السمرقندي، تحفة الفقهاء، مصدر سابق، ج2، ص47.

(11) سقط من: (ت) و(ك) و(س) و(م) و(أ) و(ع). والمثبت في النسخ: (عنها).

(12) وشروط جواز الاجارة ثلاثة اشياء: أجل معلوم (2) عمل معلوم (3) بدل معلوم. ينظر: السمرقندي، خزانة الفقه، مصدر سابق، ص245.

وعِنْدَ مَالِكٍ، وَهُوَ مذَهَبُ الشَّافِعِيِّ، وأَحْمَدَ: تُجْعَلُ الْمَنَافِعُ المَعْدُوْمَةُ مَوْجُودةٌ حُكْمَاً؛ ضَرُورَةُ تَصْحِيْحِ الْعَقْدِ[1].

وَأُجِيبَ: بأَنْ فِي ذَلِكَ قَلْبُ الحَقِيقَةِ، وَفِيمَا قُلْنَاهُ إقَامَةُ السَبَبِ مَقَامَ المُسَبِّبِ[2]، وَهُوَ أَصْلٌ فِي الشَّرْعِ، كَإِقَامَةِ السَّفَرِ مَقَامَ المَشَقَّةِ، وَالبُلُوْغِ / مَقَامَ كَمَالِ العَقْلِ إلى غَيْرِ ذَلِكَ مِنْ النَّظَائِرِ. 364/أ

وَيُعْلَمُ النَّفْعُ بذِكْرِ الْمُدَّةِ، وَإِنْ طَالَتْ...

(وَيُعْلَمُ النَّفْعُ بذِكْرِ الْمُدَّةِ[3]، وَإِنْ طَالَتْ)؛ لِأَنَّ المُدَّةَ إذَا كَانَتْ مَعْلُومَةً[4]، كَانَ قَدْرُ الْمَنْفَعَةِ مَعْلُوْمَاً، إذَا كَانَتْ الْمَنْفَعَةُ لَا تَتَفَاوَتُ، كَالدُّورِ لِلسُّكْنَى، وَالْأَرَاضِي لِلزِّرَاعَةِ.

وفِي «الذَّخِيرَةِ»:((وَلَوْ ذَكَرَ مُدَّةً لَا يَعِيْشُ إلَيْهِا أَحَدُهُمَا غَالِباً!))[5].

قِيلَ: لَا يَصِحُّ، وَبِهِ أَفْتَى الْقَاضِي أَبُوْ عِصْمَةَ العَامِرِيِ[6]؛ لِأَنَّ الغَالِبَ كَالمُتَيَقَنِ فِي حَقِّ الأَحْكَامِ، فكَانَتْ كَالْإِجَارَةِ المؤبَّدَةِ[7].

وَقَالَ جَمَاعَةٌ مِنْهُمْ الخَصَّافُ: يَصِحُّ[8]؛ لِأَنَّ العِبْرَةَ لِلْفْظِ، وَأَنَّهُ يَقْتَضِي التَّوْقِيتَ[9]، كَمَا لَوْ تَزَوَجَ امْرَأَةً إلَى مَائَةِ سَنَةٍ، فَإِنَّهُ تَوْقِيْتٌ [لَا تَأْبِيْدٌ][10]، حَتَّى تَكُوْنَ مِتْعَةً، وَإِنْ كَانَتْ المُدَّةُ لَا يَعِيْشُ إلَيْهِا أَحَدُهُمَا غَالِباً [وَجُعِلَ نِكَاحَاً مَوْقُوْفَاً][11] اعْتِبَاراً [لِلَّفْظِ][12].

---

(1) ينظر: الأصبحي، المدونة، مصدر سابق، ج3، ص573. والشافعي، الأم، مصدر سابق، ج4، ص26. والحصني، أبو بكر بن محمد (1994م)، كفاية الأخيار (ت: علي بلطجي ومحمد وهبي سليمان)، ط1، ص148، دار الخير، دمشق. وابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج5، ص291.

(2) الوصف نوعان:(1) فعلي: وهو ما يكون مفهومه ثابتا للمتبوع. (2) سببي: وهو ما يكون مفهومه ثابتا لأمر متعلق بمتبوعه والوصف السببي داخل في الوصف الحالي، وراجع إليه في التحقيق، فالمذكور في معرض السبب له فهو من هذا الباب لوضوحه. ينظر: الكفوي، الكليات، مصدر سابق، ص942.

(3) ففي البزازية: غير الإجارة الطويلة ينعقد بالتعاطي لا الطويلة؛ لأن الأجرة غير معلومة؛ لأنها تكون في سنة دانقا أو أقل أو أكثر، وفي التتارخانية عن التتمة: سألت أبا يوسف عن الرجل يدخل السفينة أو يحتجم أو يدخل الحمام أو يشرب الماء من السقاء ثم يدفع الأجرة وثمن الماء؟ قال: يجوز استحسانا ولا يحتاج إلى العقد قبل ذلك. ينظر: ابن عابدين، رد المحتار، مصدر سابق، ج6، ص6.

(4) والمنافع تارة تصير معلومة بالمدة كالأرضين للزراعة؛ فيصح، وتارة تصير معلومة بالعمل والتسمية كمن استأجر رجلاً على صبغ ثوبٍ أو خياطته، ينظر: القدوري، المختصر، مصدر سابق، ص101.

(5) انتهى كلامه. ينظر: ابن مازة، الذخيرة البرهانية، 533/أ.

(6) هو عصام بن يوسف بن ميمون بن قدامة البلخي، أبو عصمة، يروى عن بن المبارك روى عنه أهل بلده وكان صاحب حديث ثبتا في الرواية، روى عن شعبة، وسفيان الثوري، وغيرهما.(201هـ).ينظر: ابن حبان، محمد البُستي (1973م)، الثقات، ط1،ج8،ص521، دائرة المعارف العثمانية، حيدر آباد. والقرشي، الجواهر المضية، مصدر سابق، ج1، ص237

(7) مؤبدة معنى، والتأبيد يبطلها. فأفاد أنها تجوز مضافة كما لو قال: آجرتك هذه الدار غدا وللمؤجر بيعها اليوم وتنتقض الإجارة كما في الخلاصة، وفي الخانية، ولو كانت الإجارة إلى الغد، ثم باع من غيره فيه روايتان في رواية ليس للآجر أن يبيع قبل مجيء الوقت، وفي رواية جاز والفتوى على أنه يجوز البيع وتبطل الإجارة المضافة، وهو اختيار شمس الأئمة الحلواني. ينظر:البابرتي، العناية شرح الهداية، ج9، ص63. وشيخ زاده، مجمع الأنهر، مصدر سابق، ج2، ص369.

(8) لأن العبرة في هذا الباب بصيغة كلام المتعاقدين وأنه يقتضي التوقيت، ولا معتبر بموت المتعاقدين أو أحدهما قبل انتهاء المدة لأنه قد يتحقق في مدة يعيش إليها الإنسان غالبا ولم يعتبر. ينظر:البابرتي، العناية شرح الهداية، ج9، ص64.

(9) ولا عبرة بموت أحدهما قبل انتهاء المدة؛ لأن ذلك عسى يوجد وعسى لا يوجد.

(10) سقط من: (ت) و(س) و(م) و(ع).

(11) اضافة من المحقق زيادة للمعنى والايضاح على ما في العيني، البناية شرح الهداية، مصدر سابق، ج10، ص229.

(12) سقط من:(ن).

لَكِنْ فِي الوقف، لَا تَصِحُّ فَوْقَ ثَلَاثِ سِنِينَ.....

(**لَكِنْ فِي الوَقْفِ**[1][2]) الَّذِي لَمْ يَشْتَرِطْ الْوَاقِفُ مُدَّةً لِإِجَارَتِهِ، (**لَا تَصِحُّ**[3])[4] المُدَّةُ الطَوْيلَةِ عِنْدَ مَشَايِخِ بَلَخٍ؛ وَالمُدَّةُ الطَوْيلَةُ[5] (**فَوْقَ ثَلَاثِ سِنِينَ**)[6].

وَقِيلَ: يَصِحُّ؛ وَلَكِنْ يُرْفَعُ إِلَى الحَاكِمِ حَتَّى يُبْطِلُهَا[7]، وبِهِ أَفْتَى الْفَقِيْهُ أَبُوْ الْلَيْثِ[8].

وَفِي «جَامِعِ أَبِي اليُسْرِ[9]»:((وَالحِيْلَةُ فِي تَصْحِيْحِ أَكْثَرَ مِنْ ثَلَاثِ سِنِينَ أَنْ يُرْفَعَ إِلَى الحَاكِمِ يُصَّحِحُهَا))[10].
وَكَانَ الصَدْرُ الشَهِيْدِ[11]: يُفْتِي بِجَوَازِ ثَلَاثِ سِنِينَ فِي الضِّيَاعِ، إِلَّا إِذَا كَانَتْ المَصْلُحَة فِي عَدَمَ الجَوَازِ، [وفِي غَيْرِ الضِّيَاعِ بِعَدَمِ الجَوَازِ فِيمَا زاد عَلَى سَنَةٍ، إِلَّا إِذَا كَانَتْ المَصْلَحَةُ فِي الجَوَازِ][12][13].

.

---

(1) في (ن): المؤقت.

(2) الوقف: هو حبس العين على ملك الواقف، والتصدق بمنفعتها، أو صرف منفعتها على من أحب وعندهما: حسبها لا على ملك أحد غير الله تعالى، مع التصدق بمنفعتها. وقيل الفتوى على قوليهما. ينظر: ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج6، ص 200. والجرجاني، التعريفات، ص 253.

(3) في (ت) و(س) و(م) و(أ) و(ن) و(ع): (لا يصح).

(4) سواء كان عقارا أو أرضا أو نحوهما.

(5) قال محمد رحمه الله في كتاب الشروط: في الرجلين أجرا من رجل داراً عشر سنين، فخاف المستأجر أن يخرجاه منها، فأراد أن يستوثق من ذلك، فالحيلة: أن يستأجر كل شهر من الشهور الأول بدرهم، والشهر الآخر مقسم الأجر، فإن معظم الأجر إذا كان للشهر الآخر، فهما لا يخرجانه من الدار، وعن هذه المسألة استخرجوا الإجارة الطويلة. ينظر: ابن مازة، المحيط البرهاني، مصدر سابق، ج7، ص617.

(6) وهو المختار، وبه أفتى الصدر الشهيد كما في الهداية والمحيط. ينظر: ابن عابدين، رد المحتار، مصدر سابق، ج6، ص7.

(7) هو نصر بن محمد بن أحمد بن إبراهيم السَّمَرْقَنْديّ، أبو اللَّيْث الفقيه، إمام الهدى، قال الداودي: هو الإمام الكبير صاحب الأقوال المفيدة، والتصانيف المشهورة، من مؤلفاته: «خزانة الفقه»، و«عيون المسائل»، و«تفسير القرآن»، (ت375هـ). ينظر: الذهبي، سير أعلام النبلاء، مصدر سابق،ج12،ص333. والقرشي، الجواهر المضية، مصدر سابق، ج2، ص196. وابن قطلوبغا، تاج التراجم، مصدر سابق، ج2، ص118.

(8) سواء كان عقارا أو أرضا أو نحوهما.

(9) هو محمد بن محمد بن الحسين العلامة البزدوي النسفي، يلقب بالقاضي الصدر شيخ الحنفية بما وراء النهر، قاضي قضاة سمرقند ولد ببخارى سنة (421هـ) تفقه عليه ركن الأئمة عبد الكريم، وأبو بكرالسمرقندي، قال السمعاني: أملا ببخارى الكثير ودرس الفقه كان من فحول المناظرين، وقال عمر بن محمد النسفي: قد ملأ المشرق والمغرب بتصانيفه في الأصول والفروع توفي ببخاري سنة (493هـ). ينظر: الذهبي، تاريخ الاسلام، مصدر سابق، ج10، ص476. القرشي، الجواهر المضية، مصدر سابق، ج2، ص270.

(10) ينظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج5، ص 106.

(11) هو عمر بن عبد العزيز بن عمر بن مازه، برهان الأئمة، أبو محمد، المعروف بـ"الحسام الشهيد"، ولد سنة (483هـ) شيخ الحنفية، عالم المشرق تفقه على أبيه حتى برع، وصار يضرب به المثل، وعظم شأنه عند السلطان، وبقي يصدر عن رأيه، إلى أن رزقه الله الشهادة سنة (536هـ)على يد الكفرة، بعد وقعة قطوان وانهزام المسلمين ، وهو أستاذ صاحب «المحيط»، أخذ عنه صاحب«الهداية»، من مؤلفاته «الفتاوي الصغرى» و«الفتاوي الكبرى» و«الجامع الصغير المطول». ينظر: القرشي، الجواهر المضية، مصدر سابق، ج1، ص391. وابن قطلوبغا، تاج التراجم، مصدر سابق، ج1، ص317- 318.

(12) سقط من: (ك) .

(13) هذا إذا لم ينص الواقف على مدة الإجارة فإن اشترط لذلك شيئا من المدة فهو على ما شرط طال أو قصر؛ لأن شروط الواقف تراعى كالنصوص. ينظر: الصدر الشهيد، عمر بن عبد العزيز، الجامع، مخطوط بجامعة الملك سعود برقم:7369، ق139/ب. والزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج5، ص 106. والعيني، البناية شرح الهداية، مصدر سابق، ج10، ص229.

وفِي «شَرْحِ حِيَلِ الخَصَّافِ[1]»[2]:((قَالَ بَعْضُ مَشَايِخِنَا الحِيْلَةُ فِي جَوَازِ الْإِجَارَةِ الطَوْيلَةِ فِـي الأَوْقَـافِ أَنْ يَعْقُـدُوا عُقُوْدَاً مُتَفَرِّقَةً عَلَى الْأَوْقَاتِ، كُلُّ عَقْدٍ عَلَى سَنَةٍ، وَيُكْتَبُ فِي الصَّكِ: أَنَّهُ اسْتَأْجَرَ كَذَا كَذَا سَنَةً بِكَذَا كَذَا عَقْدٍ، كُلُّ عَقْـدٍ لِسَـنَةٍ، فَيَكُونُ الْعَقْدُ الْأَوَّلُ لَازِمَاً، وَالْبَاقِيَ غَيْرُ لَازِمٍ؛ لِأَنَّهُ مُضَافٌ))[3][4].

قَيَّـدْنَـا «الوَقْـفَ»[5] بِكَوْنِ وَاقِفِهِ لَمْ يَشْرِطْ مُـدَّةً لِإِجَارَتِهِ؛ لِأَنَّ الْوَاقِـفَ لَوْ شَرَطَ مُدَّةً، أُتُّبِـعَ شَرْطُهُ، طَالَتْ الْمُدَّةُ أَوْ قَصُرَتْ[6].

وَيُذْكَرُ الْعَمَلُ: كَصَبْغِ ثَوْبٍ، وَبِإِشَارَةٍ: كَنَقْلِ هَذَا إِلَى ثَمَنِهِ ولا تَجِبُ الْأُجْرَةُ بِالْعَقْدِ.....

(وَيُذْكَرُ الْعَمَلُ) عَطْفٌ عَلَى «بِذِكْرِ الْمُدَّةِ» أَيْ: وَيُعْلَمُ النَّفْعُ بِذِكْرِ الْعَمَلِ[7] **(كَصَبْغِ ثَوْبٍ)**[8] أَوْ خِيَاطَتِـهِ، أَوْ حَمْـلِ قَدْرٍ مَعْلُوْمٍ مَسَافَةً مَعْلُومَةً، إِذَا بُيِّنَ الثَّوْبُ، وَلَـوْنُ الصَّـبْغِ، وَقَـدْرِهِ، وَجِـنْسُ الْخِيَاطَـةِ، وَالْمَحْمُـولِ، إِذْ بِـذَلِكَ تَصِـيرُ الْمَنْفَعَـةُ مَعْلُومَةً[9].

---

(1) هو أحمد بن عمرو وقيل عمر بن مهير وقيل مهران الشيباني الإمام أبو بكر الخصاف الفقيه، المحدث، شيخ الحنفية، قال ابن النديم: كـان فاضلا فارضا حاسبا عارفا بمذهب أصحابه وكان مقدما عند المهتدي، وقـال ابـن النجـار: كـان زاهـدا ورعـا يأكـل مـن كسـب يـده، مـن مصنفاته: ((الحيل))، و((الوصايا))، و((الشروط الكبير))، و((الشروط الصغير))، و((أدب القاضي))، توفي ببغداد سنة (261هـ). ينظر: : الذهبي، سير أعلام النبلاء، مصدر سابق، ج18،ص177-178. والصفدي، الوافي بالوفيات، مصـدر سـابق، ج7، ص175. والقـرشي، الجـواهر المضـية، مصدر سابق، ج1، ص391.

(2) هو عبد العزيز بن أحمد بن نصر بن صالح الحَلْوَانِيّ، قال السمعاني: إمام أهل الرأي في وقته ببخارى، من مؤلفاته: ((شرح الحيـل الشرعيـة للخصاف))، و((المبسوط))، و((النوادر))، و((الفتاوى))، وقد اختلفوا في وفاتـه: فقيـل وفاتـه سـنة (448هــ)، وقيـل سـنة (456هــ). ينظـر: الذهبي، سير أعلام النبلاء، مصدر سابق، ج18،ص177-178. والقرشي، الجواهر المضية، مصدر سابق، ج1، ص 318، والسمعاني، الأنساب، مصدر سابق، ج4،ص216-217. ولم اعثر على هذا الكتاب لا مخطوط ولا مطبوع على حسب تتبعي.

(3) ينظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج5، ص 106.وابن الشِّـحْنَة، أحمـد بـن محمـد(1973م)، لسـان الحكـام ، ط2، ص301، بـابي الحلبي، القاهرة. وملا خسرو، درر الحكام، مصدر سابق، ج2، ص138.

(4) وكان القاضي الإمام أبو علي النسفي رحمه الـلـه يقول: لا ينبغي للمتولي أن يؤاجر أكثر من ثلاث سنين، ولو فعل جازت الإجـارة وصـحت، وعلى هذا القول لا يحتاج إلى الحيلة التي ذكرناها في الإجارة الطويلة. ينظر: ابن مازة، المحيط البرهاني، مصدر سابق، ج6، ص141.

(5) وكذا أرض اليتيم كما في ((الجوهرة))، وأفتى به صاحب ((البحر)) والمصنف وأكثر كلامهم على أنه المختار المفتى به لوجود العلة فيهما وهي صونهما عن دعوى الملكية بطول المدة، بـل هـذا أولى، وفي ((فتـاوى الكـازروني)) عـن شـيخه حنيـف الـدين المرشـدي: وأمـا أراضي بيـت فإطلاقهم يقتضي جوازها مطلقا، وأيضا اتساعهم في جواز تصرف الإمام فيها بيعا وإقطاعا يفيده اهـ ملخصـا، لكـن في ((حاشـية الـرملي)) أنها مثل عقار اليتيم، قال في ((الحامدية)) والوجه ما قاله، وفي ((الخيرية)) من الدعوى أراضي بيت المال جرت على رقبتها أحكـام الوقـوف المؤبدة اهـ ينظر: الزَّبِيدِيّ، الجوهرة النيرة، مصدر سابق، ج1، ص260. وابن عابدين، رد المحتار، مصدر سابق، ج6، ص6.

(6) [وليعلم] أن إجارة الوقف لا تجوز إلا بأجر المثل لو أكثر، ولو آجر الناظر بدون أجر المثل لا تصح الإجارة، ويلزم المستأجر تمام أجـر المثـل. ينظر:شيخ زاده، مجمع الأنهر،، مصدر سابق، ج2، ص370.

(7) لأن المدة إذا كانت معلومة كانت المنفعة معلومة طالت المدة أو قصرت او تـأخرت ومضـافة أو متصـلة بوقـت العقـد. الزيلعـي، تبيـين الحقائق، مصدر سابق، ج5، ص 106.

(8) فيه اشارة الى انه لا يشترط بيان الصبغ بان يجعله في الصبغ مرة او مرتين حتى يصـير مشـبعا وهـذا اذا كـان الصـبغ مـما لا يختلـف والا فيشترط قدره كما اشير اليه في الكافي. ينظر: القهستاني، جامع الرموز، مصدر سابق، ج2، ص67.

(9) فيصح العقد.

(وَبِإِشَارَةٍ[1]، كَنَقْلِ هَذَا إِلَى ثَمَّةٍ[2])[3] لِأَنَّهُ إِذَا رَأَى مَا يَنْقُلُهُ، وَعَلِمَ الْمَوْضِعَ الَّذِي يُنْقَلُ إِلَيْهِ، كَانَتْ الْمَنْفَعَةُ مَعْلُومَةً.

[فَصْلٌ الْأَجْرُ مَتَى يُسْتَحَقُّ]

(ولا تَجِبُ الْأُجْرَةُ) أَيْ وَلَا يَمْلِكُ **(بِالْعَقْدِ)** سَوَاءٌ كَانَتْ عَيْنَاً أَوْ دَيْناً، كَذَا ذَكَرَ مُحَمَّد فِي «الْجَامِعِ»[4].

وذَكَرَ فِي ((الْإِجَارَاتِ)):((إنْ كَانَتْ عَيْنَاً لَا تُمْلَكُ[5] بِالْعَقْدِ، وإنْ كَانَتْ دَيْنًا تُمْلَكُ بِهِ، وَتَكُوْنُ بِمَنْزِلَةِ الدَّيْنِ المُؤَجَلِ)).

وَعَامَّةُ المَشَايِخِ عَلَى مَا فِي ((الْجَامِعِ))[6].

وقَالَ الشَّافِعِيُّ[7] وأَحْمَدُ[8]: تُمْلَكُ بنَفْسِ الْعَقْدِ، وَيَجِبُ تَسْلِيْمُهَا عِنْدَ تَسْلِيْمِ الدَّارِ أَوْ الدَّابَّةِ إِلَى الْمُسْتَأْجِرِ؛ لِأَنَّ الْمَنَافِعَ لَمَّا ثَبَتَ فِيهَا الْمِلْكُ بِالْعَقْدِ ثَبَتَ فِيمَا يُقَابِلُهَا كَالْبَيْعِ[9].

وَلَنَا: أَنَّ عَقْدَ الْإِجَارَةِ عَقَدُ مُعَاوَضَةٍ، وَمِنْ قَضِيَةِ المُعَاوَضَةِ المُسَاوَاةُ، [وَأَخْذُ][10] [أَحَدِ][11] الْبَدَلَيْنِ هُنَا، وَهُوَ الْمَنْفَعَةُ بِتَرَاخِي[12] مِلْكِهِ؛ لِكُوْنِهِ مَعْدُوْمَاً إِلَى حِينِ وُجُودِهِ، فَكَذَا الْبَدَلُ الْآخَرِ[13]؛ وَلِأَنَّ انْعِقَادَ الْإِجَارَةِ فِي حَقِّ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ فِي حُكْمِ المُضَافِ إِلَى وَقْتِ الحُدُوثِ، فَلَا يَثْبُتُ الْمِلْكُ قَبْلَهُ[14].

---

(1) أي بذكر العمل مع الاشارة الى انتهائه.

(2) ثم: بالفتح: كلمة يشار بها إلى المكان البعيد وهو ظرف لا يتصرف. ابن دريد، محمد بن الحسن(1987م)، جمهرة اللغة (تحقيق: رمزي منير بعلبكي)، ط1، ج1، ص85، دار العلم للملايين، بيروت. الزبيدي، تاج العروس، مصدر سابق، ج31، ص361.

(3) فإن النفع ليس بمشار إليه لكن يعلم من الإشارة أنه الفعل المخصوص. ينظر: ملا خسرو، درر الحكام، مصدر سابق، ص2، ج226.

(4) ينظر: الشيباني، محمد بن الحسن(1356هـ)، الجامع الكبير، ط1، ص335، لجنة احياء المعارف النعمانية، حيدر اباد.

(5) في (ت) و(س) و(م) و(ع): يملك.

(6) ينظر: الطحاوي، المختصر، مصدر سابق، ص128. والقدوري، المختصر، مصدر سابق، ص103.وابن السَّاعَاتِي، مجمع البحرين، مصدر سابق، ص371.

(7) ينظر: الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج3، ص320. والشيرازي، التنبيه، مصدر سابق، ص124.

(8) ينظر: الكلوذاني، الهداية، مصدر سابق، ص301. وابن قدامة، عبد الرحمن بن أحمد (بدون تاريخ)،الشرح الكبير، ج6، ص137، دار الكتاب العربي، بيروت. والمرداوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج6، ص80.

(9) والمالكية وافقوا الحنفية في أن الأجرة لا تستحق بمجرد العقد، فقال القاضي عبد الوهاب: الأجرة لا تستحق تسليمها بمجرد العقد ولا بتسليم العين المستأجرة، وإنما تستحق الأجرة أولاً بأول لكل جزء من المال يقابل كل جزء من المنافع، إلا أن يكون هناك عادة أو شرط فيستحق التسليم لها، أو يكون تأخيرها يؤدي إلى أمر ممنوع فيلزم تقديمه لذلك لا بمجرد العقد. ينظر: المالكي، المعونة، مصدر سابق، ج2، ص 1092. ابن عبد البر، الكافي، مصدر سابق، ص 368.

(10) سقط من: (ت) و(س) و(م) و(أ) و(ن) و(ع).

(11) سقط من: (ك).

(12) في (ك) و(أ) و(ن): يتراخى.

(13) أن المبدل منافع الدار شهرا أو سنة وتلك المنافع لم تدخل في ملك المستأجر في الحال فوجب أن لا يخرج البدل عن ملكه في الحال. ينظر: الغزنوي، عمر بن إسحق بن أحمد الهندي(1986م)، الغرة المنيفة في تحقيق بعض مسائل الإمام أبي حنيفة،ط1،ص116، مؤسسة الكتب الثقافية، القاهرة.

(14) لأنه عرض لا يبقى زمانين فلا يتصور فيه التسليم بحكم العقد والقدرة على التسليم شرط لجواز العقد وما لا يتصور فيه التسليم لا يكون محلا للعقد بل باعتبار أن العين التي هي سبب وجود المنفعة أقيمت مقام المنفعة في حق صحة الإيجاب والقبول وفي حق وجوب التسليم إذ العين هي التي يمكن تسليمها دون العرض فانعقد في حقها في الحال فوجب عليه تسليمها وصار العقد مضافا غير منعقد للحال في حق المنفعة؛ لأن أقصى ما يتصور العقد على المنفعة أن يكون العقد مضافا إلى وقت حدوثها فينعقد العقد في كل جزء من المنفعة على حسب وجودها شيئا فشيئا. ينظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج5، ص 107.

وَهَذَا مَعْنَى قَوْلِهِمْ: الْإِجَارَةُ فِي حُكْمِ عُقُوْدٍ متفرقة يتجدد انعقادها عَلَى حَسَبِ حُدُوثِ الْمَنَافِعَ/ [فَلَا يَثْبِتُ الْمِلْكُ قَبْلَهُ][1]. 364/ب

بَلْ بِتَعْجِيلِهَا، أَوْ شَرْطِهِ، أَوْ اسْتِيفَاءِ النَّفْعِ، أَوْ التَّمَكُّنِ مِنْهُ لِدَارٍ قُبِضَتْ، وَلَمْ يَسْكُنْهَا.....

(بَلْ) يَمْلِكُ[2] الْأُجْرَةَ[3] **(بِتَعْجِيلِهَا[4] أَوْ شَرْطِهِ[5])[6]** أَيْ شَرَطَ تَعْجِيلَهَا[7] لِأَنَّ امْتِنَاعَ الْمِلْكِ بِنَفْسِ الْعَقْدِ لِتَحَقُّقِ الْمُسَاوَاةِ فَإِذَا عَجَّلَ أَوْ شَرَطَ التَّعْجِيلَ، فَقَدْ أَبْطَلَ الْمُسَاوَاةَ الَّتِي هِيَ حَقُّهُ، بِخِلَافِ الْإِجَارَةِ الْمُضَافَةِ[8] بِشَرْطِ تَعْجِيْلِ الْأُجْرَةِ[9] ، فإنَّ الشَّرْطَ بَاطِلٌ؛ لِامْتِنَاعِ ثُبُوتِ الْمِلْكِ فِي الْبَدَلِ للتَّصْرِيْحِ بِالْإِضَافَةِ إِلَى وَقْتٍ فِي الْمُسْتَقْبَلِ، وَالْمُضَافُ إِلَى وَقْتٍ لَا يَكُونُ مَوْجُوداً قَبْلَهُ [وَلَا يَتَغَيْرُ هَذَا الْمَعْنَى بِالشَّرْطِ][10][11].

---

(1) سقط من: (ت) و(ك) و(س) و(م) و(ع).

(2) في (ك): تملك.

(3) أن الأجرة لا تملك عندنا إلا بأحد معان ثلاثة: أحدها: شرط التعجيل في نفس العقد. والثاني: التعجيل من غير شرط. والثالث: استيفاء المعقود عليه. ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج4، ص202.

(4) أي بتقديمها ودفعها إليه قبل حلول الأجل، فإنه يكون هو الواجب بالعقد حتى لا يكون له حق الاسترداد. في العتابية: إذا عجل الأجرة لا يملك الاسترداد، ولو كانت عينا فأعارها أو أودعها رب الدار كالتعجيل وفي المحيط: لو باعه بالأجرة عينا وقبض جاز لتضمنه تعجيل الأجرة ينظر: ملا خسرو، درر الحكام، مصدر سابق، ص2، ج223. وابن عابدين، رد المحتار، مصدر سابق، ج6، ص10.

(5) في العقد.

(6) في الاجارة المنجزة، أما المضافة فلا تملك فيها الأجرة بشرط التعجيل إجماعا، وقيل تجعل عقودا في كل الأحكام فيفي برواية تملكها بشرط التعجيل للحاجة. ينظر: الحصكفي، الدر المختار، مصدر سابق، ص570.

(7) فله المطالبة بها وحبس المستأجر عليها وحبس العين المؤجرة عنه، وله حق الفسخ إن لم يعجل له المستأجر لكن ليس له بيعها قبل قبضها. ينظر: ابن عابدين، رد المحتار، مصدر سابق، ج6، ص10.

(8) (صورته): استأجر دار بكذا نقودا لكذا مدة اعتبارا من أول الشهر الفلاني الآتي تنعقد حال كونها إجارة مضافة. علي حيدر، شرح مجلة الاحكام،ج1، ص444.

(9) (صورته): أن يقول آجرتك هذه الدار بكذا سنة على أن تعطي الأجرة بعد شهرين. الشِّلْبِيِّ، حاشية الشِّلْبِيِّ على التبيين، مصدر سابق، ج5، ص409.

(10) سقط من: (ت) و(ك) و(س) و(م) و(ع).

(11) وقد أجمعوا على أن الأجرة لا تملك في الإجارة المضافة باشتراط التعجيل: أي فيكون للمستأجر الرجوع بما عجله من الأجرة فلا يكون هذا العقد مفيدا لكن أجاب العلامة قنالي زاده بأن رواية عدم لزوم الإجارة المضافة مصححة أيضا وبأن قاضي خان نفسه أجاب في كتاب الإجارات عن الثاني بقوله: لكن يجاب عنه بأن ملك الأجرة عند التعجيل فيه روايتان: فيؤخذ برواية الملك هنا للحاجة، وهذا ينافي دعواه الإجماع هنا.

قلت: أن رواية عدم اللزوم تأيدت بأن عليها الفتوى، أي فتكون أصح التصحيحين لأن لفظ الفتوى في التصحيح أقوى، لكن أنت خبير بأن رواية عدم اللزوم هنا لا تنفع لأنه يثبت للمستأجر الفسخ فيرجع بما عجله من الأجرة وإن قلنا إنها تملك بالتعجيل فينبغي هنا ترجيح رواية اللزوم للحاجة نظير ما قاله قاضي خان في رواية الملك. ينظر: ابن عابدين، رد المحتار، مصدر سابق، ج4، ص402.

(أَوْ اسْتِيفَاءِ النَّفْعِ) تحْقِيقاً لِلْتَسْوِيَةِ[1] **(أَوْ التَّمَكُّنِ مِنْهُ)** أَيْ مِنْ اسْتِيفَاءِ النَّفْعِ إقَامَةٌ لِلتَّمَكُّنِ مِنْ الشَّيْءِ مَقَامَ ذَلِكَ الشَّيْءِ فتَجِبُ الْأُجْرَةُ **(لِدَارٍ قُبِضَتْ، وَلَمْ يَسْكُنْهَا)**؛ لِأَنَّ تَسْلِيمَ عَيْنٍ[2]

وَتَسْقُط بالْغَصْب، بِقَدْرِ فَوْتِ تَمَكُّنِه..

الْمَنْفَعَةِ لَمَّا لَمْ يُمْكِنْ، أُقِيمَ تَسْلِيمُ مَحَلِّهَا مَقَامَهَا؛ إذْ التَّمَكُنِ مِنَ الِانْتِفَاعِ يَثْبُتُ بِهِ[3].

(وَتَسْقُط[4]) الْأُجْرَةُ **(بِالْغَصْبِ[5] بِقَدْرِ فَوْتِ تَمَكُّنِهِ[6])** [7] حَتَّى إنْ فَاتَ تَمَكُّنُهُ فِي جَمِيعِ الْمُدَّةِ سَقَطَ جَمِيعُ الْأَجْرَةِ، وإنْ فَاتَ فِي بَعْضِهَا سَقَطَ بِحِسَابِهِ؛ لِأَنَّ تَسْلِيمَ المَحَلِ إنَّمَا أُقِيمَ مَقَامَ تَسْلِيمِ الْمَنْفَعَةِ لِلتَّمَكُّنِ مِنَ الِانْتِفَاعِ، فإذَا فَاتَ التَّمَكُنِ فَاتَ التَّسْلِيمُ، وانْفَسَخَ الْعَقْدُ بِقَدْرِ [ذَلِكَ][8] الْفَوَاتِ وَسَقَطَ مِنَ الْأُجْرَةِ بِقَدْرِهِ[9]، كَذَا ذَكَرَ صَاحِبُ((الهِدَايَةَ))[10].

وذَكَرَ الْفَضْلِيّ[11]، والْقَاضِي فَخْرَ الدِّيْنِ[12] فِي ((الْفَتَاوَى)):((أَنَّ الْإِجَارَةَ لَا تَنفَسِخُ، وَلَكِنْ تَسْقُطُ الْأُجْرَةُ مَا دَامَتْ فِي يَدِ الْغَاصِبِ))[13].

---

(1) وهو معنى قول مشايخنا: إن الإجارة عقود متفرقة يتجدد انعقادها بحسب ما يحدث من المنفعة وإنما يفعل كذلك لحاجة الناس، فالفقير محتاج إلى مال الغني والغني محتاج إلى عمل الفقير وحاجة الناس أصل في شرع العقود فيشرع على وجه ترتفع به الحاجة ويكون موافقا لأصول الشرع. ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج15، ص75.

(2) في (ك) و(س) و(ن): نفس.

(3) وفي النوازل إذا استأجر دابة إلى مكة فلم يركبها إن كان بغير علة في الدابة فعليه الأجر، وإن كان لعلة فيها فلا أجر. ينظر: شيخ زاده، مجمع الأنهر،، مصدر سابق، ج2، ص371.

(4) في (ت) و(م) و(أ) و(ن) و(ع): ويسقط .

(5) وإطلاقه شامل للعقار وغيره ومراده من الغصب ههنا الحيلولة بين المستأجر والعين لا حقيقته إذ الغصب لا يجري في العقار عندنا قال صاحب المنح: ولو أنكر المؤجر الغصب، وأعاده المستأجر ولا بينة له على دعواه بحكم الحال، فإن كان المستأجر هو الساكن في الدار حال المنازعة فالقول للمؤجر، وإن كان فيها غير المستأجر فالقول للمستأجر ولا أجرة عليه. ينظر: شيخ زاده، مجمع الأنهر، مصدر سابق، ج2، ص371.

(6) إلا إذا أمكن إخراج الغاصب من الدار بشفاعة وحماية. المصدر السابق.

(7) هذا إذا غصبها قبل أن يسكنها أما إذا غصبها بعدما سكن فيها مدة سقط عنه من الأجر بحساب ذلك ولزمه أجرة ما سكن، وكذلك إذا غصب دابة وأجرها فالأجرة للغاصب يتصدق بها ولا أجر للمغصوب. ينظر: الطحاوي، مختصر اختلاف العلماء، ج4، ص 176. والزَّبِيدِيّ، الجوهرة النيرة، مصدر سابق، ج1، ص273.

(8) سقط من: (ك).

(9) ويلزمه أجر ما مضى لأن الأجر يجب شيئا فشيئا بمقابلة استيفاء المنافع. ينظر: السمرقندي، تحفة الفقهاء، مصدر سابق، ج2، ص350.

(10) ينظر: المرغيناني، الهداية، مصدر سابق، ج3، ص231.

(11) هو محمد بن الفضل الكَمَاريّ البُخاريّ، أبو بكر الفَضْليّ، قال الكفوي: كان إماماً كبيراً وشيخاً جليلاً، معتمداً في الرواية مقلداً في الدراية رحل إليه أئمة البلاد، ومشاهير كتب الفتاوى مشحونة بفتاواه ورواياته، وأقاد ابن أمير حاج أنه حيث أطلق: الفَضْليّ، من كتبه: ((الفوائد في الفقه))، توفي سنة(371هـ). ينظر: القرشي، الجواهر المضية، مصدر سابق، ج2، ص 107. والباباني، هدية العارفين، مصدر سابق، ج2، ص52. وكحالة، معجم المؤلفين، مصدر سابق، ج11، ص129.

(12) هو حسن بن منصور بن محمود بن عبد العزيز الأُوزْجَنْدِي الفَرْغَانِي الحَنَفي، أبو القاسم، فخر الدين، المشهور بقاضي خان، وأُوزَجنْدِي مدينة بنواحي أصبهان بقلب فرغانة، قال الحصيري: هو القاضي الإمام، والأستاذ فخر الملّة ركن الإسلام، بقية السلف، مفتي الشرق، من مؤلفاته: ((الخانية))، و((شرح الجامع الصغير))، و((شرح الزيادات))، و((الواقعات))، (ت592هـ). ينظر: الذهبي، تاريخ الإسلام، مصدر سابق، ج14،ص395. والعكري، شذرات الذهب، مصدر سابق، ج 6، ص504-505. والزركلي، الأعلام، مصدر سابق، ج2،ص224.

(13) ينظر: ابن الشِّحْنَة، لسان الحكام في معرفة الأحكام، مصدر سابق، ص361.

وِلِلْمُؤَجِّرِ طَلَبُ الْأَجْرِ لِلدَّارِ وَالْأَرْضِ لِكُلِّ يَوْمٍ، وَلَهُ لِلدَابَّةِ لِكُلِّ مَرْحَلَةٍ وَلِلقصَارَة والْخِيَاطَةِ إِذَا تَمَت

[فَصْلٌ طَلَبُ الأُجْرَةِ]

(وِلِلْمُؤَجِّرِ[1] طَلَبُ الْأَجْرِ لِلدَّارِ وَالْأَرْضِ لِكُلِّ يَوْمٍ) لِأَنَّهُ مَنْفَعَةٌ مَقْصُوْدَةٌ إِلَّا أَنْ يُبَيِّنَ[2] وَقْتَ الاسْتِحْقَاقِ فِي الْعَقْدِ، فَيَكُونُ بِمَنْزِلَةِ التَأجِيْلِ.

[**(وَلَهُ)** طَلَبُ الْأَجْرِ][3] **(لِلدَابَّةِ لِكُلِّ مَرْحَلَةٍ[4][5])** لِأَنَّهَا سَيْرٌ مَقْصُوْدٌ[6].

(وَ) لَهُ طَلَبُ الْأَجْرِ **(لِلْقِصَارَةِ، وَالْخِيَاطَةِ إِذَا تَمَتْ)**؛ لِأَنَّ الْعَمَلَ[7] فِي البَعْضِ غَيْرُ مُنْتَفِعٌ [بِهِ][8]، فَلَا يَسْتَوْجِبُ بِهِ أَجْرَاً.

وَقَالَ أَبُوْ حَنِيْفَةَ أَوَّلَاً، وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ: لَا يَجِبُ شَيْءٌ مِنْ الْأَجْرِ إِلَّا بَعْدَ اسْتِيفَاءِ جَمِيعِ الْمَنْفَعَةِ سَوَاءٌ كَانَ الْعَقْدُ عَلَى الْمُدَّةِ كَمَا فِي إِجَارَةِ الدَّارِ والْأَرْضِ، أَوْ عَلَى قَطْعِ المَسَافَة كَمَا فِي كِرَاءِ الدَّابَّةِ إِلَى مَكَّةَ، أَوْ عَلَى الْعَمَلِ كَمَا فِي القَصَّارِ[9]، وَالْخَيَّاطِ، وَالصَّبَّاغِ.

ثُمَّ رَجَعَ[10]، وقَالَ: إِنْ وَقَعَتْ الْإِجَارَةُ عَلَى الْمُدَّةِ أَوْ عَلَى قَطْعِ المَسَافَةِ يَجِبُ إِيفَاءُ الْأَجْرِ بِحِصَةِ مَا اسْتَوْفَى مِنْ الْمَنَافِعِ، إِذَا كَانَ لِمَا اسْتَوْفَى حِصَةً مَعْلُومَةً مِنْ الْأَجْرِ.

فَفِي الدَّارِ يَجِبُ الْإِيفَاءُ يَوْمَاً فَيَوْمَاً، وَفِي قَطْعِ المَسَافَةِ مَرْحَلَةً فَمَرْحَلَةً، وفِي الْإِجَارَةِ الَّتِي تَنْعَقِدُ عَلَى الْعَمَلِ وَيَبْقَى لِلْعَامِلِ أَثَرٌ فِي الْعَيْنِ، لَا يَجِبُ إِيفَاءُ الْأَجْرِ إِلَّا بَعْدَ إِيفَاءِ الْعَمَلِ كُلِّهِ.

.

---

(1) في (ن): وللموجب.

(2) في (ك): يتبين.

(3) سقط من:(ك).

(4) في (ن): (مرة له).

(5) المرحلة: بفتح الميم، مسيرة نهار بسير الابل المحملة، وقدرها أربعة وعشرون ميلا هاشميا، أو ثمانية فراسخ. ينظر: الحميري، شمس العلوم، مصدر سابق،ج2، ص2448. وقلعجي، محمد رواس(1988م)، معجم لغة الفقهاء، ط2، ج1، ص241، دار النفائس، عمان.

(6) ولأن العقد في حق المنفعة ينعقد شيئا فشيئا، وكان ينبغي أن يجب تسليمه، ولو خطوة أو سكن ساعة إلا أنا جوزنا استحسانا وقدرنا بيوم ومرحلة؛ لأن هذا يفضي إلى الحرج إلا إذا بين زمان الطلب عند العقد فيوقف المؤجر إلى ذلك الوقت لكونه بمنزلة التأجيل. ينظر: شيخ زاده، مجمع الأنهر،، مصدر سابق، ج2، ص372.

(7) في (س): عملهما.

(8) سقط من: (ت) و(ك) و(س) و(م) و(أ) و(ع).

(9) القصّار: مبيض الثياب، قال الفيومي: "قصرتُ الثوب قصراً بيَّضْته، والقِصارة بالكسر الصِّناعة، والفاعل: قَصَّار". ينظر: الفيومي، المصباح المنير، ص193.

(10) أي رجع أبو حنيفة عن فتواه.

[وإنْ كَانَ حِصَةُ مَا اسْتَوْفَى مِنْ الَعَمَلِ[1]، [....][2] مَعْلُوْمَاً، سَوَاءٌ عَمِلَ فِي [غَيْرِ][3] بَيْتِ الْمُسْتَأْجِرِ [أَوَ فِي بَيْتِهِ][4] عَلَى مَا فِي ((التَّجْرِيْدِ))[5][6] وَ((الهِدَايَةِ))[7][8]، وَإِلَّاْ أَنْ يَكُونَ عَمِلَ فِي بَيْتِ الْمُسْتَأْجِرِ عَلَى مَا فِي ((الْمَبْسُوطِ))[9] وَغَيْرِهِ[10] فإنَّهُ حِينَئِذٍ كالدَّارِ وَالدَّابَّةِ[11].

وَجْهُ قَوْلِهِ أَوَلَاً: أَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ [جُمْلَةٌ الْمَنَافِعَ فِي الْمُدَّةِ فَلَا يَتَوَزَعُ الْأَجْرُ عَلَى أَجْزَائِهَا، كَمَا إِذَا كَانَ الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ][12] الْعَمَلُ، وَكَالثَّمَنِ فِي الْمَبِيعِ[13][14]، والرَّهْنِ فِي الدَّيْنِ[15].

وَوَجْهُ المَرْجُوْعِ إِلَيْهِ: أَنَّ الْقِيَاسَ اسْتِحْقَاقُ الْأَجْرِ سَاعَةً فَسَاعَةً؛ لِتَحَقُّقِ[16] الْمُسَاوَاةِ، إلَّا أَنَّ
أ/365 **وَلِلْخُبْزِ بَعْدَ إِخْرَاجِهِ مِنْ التَّنُّورِ، فَإِذَا احْتَرَقَ بَعْدَ مَا خَرَجَ، فَلَهُ الْأَجْرُ، وَقَبْلَهُ لَا،.....**
الْمُطَالَبَةَ فِي كُلِّ سَاعَةٍ يَقَعُ[17] بِهَا الضَّرَرُ فَقَدْرْنَاهَا بِالْيَوْمِ والمَرْحَلَةِ[18] اسْتِحْسَانًا.

---

(1) في (ت) و(م) و(ع): المنافع.

(2) [اذا كان لما استوفى حصة معلومة من الاجر ففي الدار يجب الايفاء] زيادة في: (ت) و(م) و(ع).

(3) سقط من: (ت) و(ك) و(س) و(م) و(ع).

(4) سقط من: (أ).

(5) وهو لأحمد بن محمد بن أحمد البَغْدَادِي القدُورِي، أبو الحسين، قال السمعاني: انتهت إليه رئاسة أصحاب أبي حنيفة بالعراق، وعزّ عندهم قدره وارتفع جاهه، وكان حسن العبارة في النظر، مديماً لتلاوة القرآن، من مؤلفاته: ((مختصر القُدُورِي))، و((شرح مختصر الكَرْخي))، و((التجريد))، و((التقريب))، (362-428هـ). ينظر: السمعاني، الأنساب، مصدر سابق، ج 10،ص352. وابن خلكان، وفيات الأعيان، مصدر سابق، ج1،ص78-79. والذهبي، سير أعلام النبلاء، مصدر سابق، ج13،ص224، والصفدي، الوافي بالوفيات، مصدر سابق، ج7،ص209.

(6) ينظر: القدوري، احمد بن محمد البغدادي(2004م)، التجريد (ت: د. محمد أحمد سراج و د. علي جمعة)، ط1، ج7، ص3580، دار السلام، القاهرة.

(7) ينظر: المرغيناني، الهداية، مصدر سابق، ج3، ص231.

(8) [....] كلام الشارح -رحمه الله- لا اختلاف فيه فيما اذا تم العمل المتفق سواء كان في بيت الْمُسْتَأْجِرِ أو في بيت الاجير. لكن الخلاف الذي رام اليه وهو الذي موجود في عامة الشروح وهو[إذا عمل في بيت المستأجر ولم يفرغ من العمل لا يستحق شيئا من الأجرة على ما ذكره صاحب((الهداية)) وصاحب ((التجريد)) وذكر في ((المبسوط)) و((الفوائد الظهيرية)) و((الذخيرة))و((مبسوط)) شيخ الإسلام وشرح ((الجامع الصغير)) لفخر الإسلام وقاضي خان والتمرتاشي: أنه إذا خاط البعض في بيت الْمُسْتَأْجِرِ يجب الأجر له بحسابه حتى إذا سرق الثوب بعد ما خاط بعضه يستحق الأجر بحسابه. فهذا يدل على أنه يستحق الأجر ببعض العمل في كل ما مر لكن بشرط التسليم إلى المستأجر. ينظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج5، ص 109.

(9) ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج15، ص111.

(10) في(ك): ونحوه.

(11) وحاصله أنهم اتفقوا على قول أبي حنيفة إنه لا يجب الأجر على البعض بلا تسليم أصلا، وأما مع التسليم فيجب الأجر على البعض في سكنى الدار وقطع المسافة، واختلفوا على قوله في الاستئجار على العمل كالخياطة فالأكثرون على أنه يجب أيضا بالتسليم، ولو حكما، وخالفهم صاحبا ((الهداية)) و ((التجريد)) فقالا: لا يجب. وقال الزيلعي: وهو الأقرب إلى المروي عن أبي حنيفة من الفرق بينهما في القول المرجوع إليه، وعلى ما ذكروه لا فرق بين الكل اهـ ينظر: ابن عابدين، رد المحتار، مصدر سابق، ج6، ص14.

(12) سقط من: (ت) و(ك) و(س) و(م) و(ع).

(13) في (أ) و(ن): البيع.

(14) اي كما أن للبائع أن يحبس المبيع حتى يقبض الثمن. ينظر: قاضي زادة، نتائج الافكار، مصدر سابق، ج9، ص75.

(15) فإن الرهن ليس بعوض من الدين، وإنما هو وثيقة به فجاز له حبسه إلى أن يستوفى جميع الدين.

(16) في (ت) و(أ) و(س) و(م) و(ن)و(ع): ليتحقق.

(17) في (ك): يتحقق.

(18) في (ك): الرحلة.

وفِي «الْمَبْسُوط» و«الإيْضَاحِ»[1]:((أَنَّ التَّقْدِيرَ بِالْيَوْمِ وَالمَرْحَلَةِ[2] قَوْلُ الْكَرْخِيُّ، وَأَمَّا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ المَرْجُـوْعِ إِلَيْـهِ، فإِنَّمَا هُوَ: / كُلُّ مَا سَكَنَ، أَوْ سَارَ مَسِيْرَاً، لَهُ مِنْ الْأَجْرِ شَيْءٌ، فَلَهُ أَنْ يَأَخَذَ ذَلِكَ الشَّيْءَ، وَهُوَ قَوْلُهُمَا))[3].

(وَ) ولِلْمُؤَجِّرِ طَلَبُ الْأَجْرِ[4] **(لِلْخُبْزِ)** هُوَ بِضَمِ الْأَوَّلِ، وَيَجُوزُ فَتْحُهُ [....][5] **(بَعْدَ إِخْرَاجِـهِ مِـنْ التَّنُّـورِ)**؛ لِأَنَّ تَمَامَـهُ بِذَلِكَ، وهَذَا إِذَا كَانَ يَخْبِزُ فِي بَيْتِ الْمُسْتَأْجِرِ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ مُسَلَّمَاً إِلَيْهِ بِمُجَرَّدِ الْإِخْرَاجِ، بِخِلَافِ بَيْتِ غَيْرِهِ، فإِنَّ الْإِخْرَاجَ فِيْـهِ مِـنْ التَّنُّورِ لَا يَكُونُ تَسْلِيْمَاً[6].

(فَإِذَا احْتَرَقَ) الْخُبْزُ **(بَعْدَ مَا خَرَجَ** [7]) مِن التَّنُّورِ مِنْ غَيْرِ فِعْلِهِ **(فَلَهُ الْأَجْرُ)**؛ لِوُجُودِ تَمَامِ الْعَمَـلِ، [وَصَـحَّ التَّسْـلِيمُ لِقِيَامِ يَدِ المَالِكِ عَلَى الْخُبْزِ بِوَاسِطَةِ قِيَامِهَا عَلَى مَنْزِلِهِ][8].

(وَ) إِذَا احْتَرَقَ الْخُبْزُ **(قَبْلَهُ)** أَيْ قَبْلَ إِخْرَاجِهِ مِنْ التَّنُّورِ**(لَا)** أَيْ لَا أَجْرَ لَهُ؛ لِعَدَمِ وُجُوْدِ تَمَامِ الْعَمَلِ[9].

وَلَا غُرْمَ فِيهِمَا.....

وفِي «النِّهَايَةِ»:((إِنَّ رِوَايَاتِ الكُتُبِ مِنْ «الْمَبْسُـوطِ»[10]، و«الـذَّخِيرَةِ»[11]، و«المغنـي»[12]، و«الْجَـامِعِ[13]» لفَخْـرُ الْإِسْـلَامِ قَـاضِي خَـانْ[14]،

---

(1) هو لعبد الرحمن بن محمد بن أميرويه بن محمد الكِرْمَانِّي الحنفي، أبي الفضل، ركن الأئمة والإسلام، كان شيخاً كبيراً فقيهاً جليلاً، صاحب القوة والقدرة في الفروع والأصول والحديث والتفسير والمعقول والمنقول، ذا الباع الطويل في الجدل والخصام والمناظرة والكلام، من مؤلفاته:«شرح الجامع الكبير»، و«الإشارات»، و«الفتاوى»، توفي سنة (543هـ) . ينظر: القرشي، الجواهر المضية، مصدر سابق، ج1،ص304، وابن قطلوبغا، تاج التراجم، مصدر سابق، ج1، ص104، والذهبي، سير أعلام النبلاء، مصدر سابق، ج 15، ص46.

(2) في(ك): الرحلة.

(3) ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج15، ص111.

(4) سقط من :(أ) و(ن).

(5) [طلب الاجر] زيادة في: (ت) و(أ) و(س) و(م) و(ن) و(ع).

(6) وفيه إشارة بأن من كان يخبز في منزل نفسه لا يستحق الأجر بالإخراج بل بالتسليم الحقيقي. ينظر: شيخ زاده، مجمع الأنهر، مصدر سابق، ج2، ص373.

(7) في(ك):(ما اخرج)

(8) سقط من: (ت) و(ك) و(س) و(م) و(ن) و(ع).

(9) في (ك): يتحقق.

(10) ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج16، ص23.

(11) ينظر: ابن مازة، الذخيرة البرهانية، ق533/ب.

(12) وهو لعمر بن محمد بن عمر، الشيخ، جلال الدين الخبازي، ولد(624هـ)كان فقيها زاهدا عابدا متنسكا عارفا بمذهب أبي حنيفة وأصحابه قال الذهبي: رأيته لما قدم دمشق يدرس بالمعزية ثم حج ودرس بالحانوتية، وصنّف الخبازي في الفقه، والأصلين، له «حواشي على الهداية»(691هـ). ينظر: القرشي، الجواهر المضية، مصدر سابق، ج1، ص398. وابن قطلوبغا، تاج التراجم، مصدر سابق، ج1، ص221.

(13) الجوامع في شروح الحنفية كثيرة منها: جامع البزدوي، وجامع السرخسي، وجامع العتابي، وجامع المحبوبي، وجامع الحسامي، وجامع قاضيخان، وجامع أبي اليسر، وجامع البرهاني، وجامع الكشاني وغير ذلك مما يطول تعداده. ينظر: القرشي، الجواهر المضية ، مصدر سابق، ج1، ص560.

(14) هو الحسن بن منصور بن محمود بن عبد العزيز الأُوزْجَنْدِي الفَرْغَانِي الحَنَفِي، أبو القاسم، فخر الدين، وأوزجند مدينة بنواحي أصبهان بقلب فرغانة، قال الحصيري: هو القاضي الإمام، والأستاذ فخر الملّة ركن الإسلام، بقية السلف، مفتي الشرق، من مؤلفاته: «الخانية»، و«شرح الزيادات»، و«الواقعات» توفي (592هـ). ينظر: الذهبي، تاريخ الإسلام، ج41، ص398. والعكري، شذرات الذهب، مصدر سابق ، ج6، ص504-505.

وَالتُّمُرْتَاشِيِّ[1]، و«الْفَوائد الظَّهِيرِيَّة»، أَنَّ العَامِلَ فِي بَيْتِ الْمُسْتَأْجِرِ يَسْتَحِقُّ الْأَجْرَ بِقَدْرِ عَمَلِهِ حَتَّى لَوْ سَرَقَ الثَّوْبَ، فَلَهُ مِنْ الْأَجْرِ بِقَدْرِ عَمَلِهِ؛ لِأَنَّ كُلَّ جُزْءٍ مِنْ الْعَمَلِ يَصِيرُ مُسَلَّماً إلَى صَاحِبُ الثَّوْبِ بِالفَراغِ مِنْهُ))[2].

وفِي«الهِدَايَةِ»:((أَنَّهُ لَا يَسْتَحِقُّ الْأَجْرَ إلَّا بِالتَّمَامِ[3]))[4].

(وَلَا غُرْمَ فِيهِمَا) أَيْ فِي حَالَةِ الاِحْتِرَاقِ بَعْدَ الْإِخْرَاجِ وقَبْلَهُ عَلَى الْأَجِيرِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُوجَدْ مِنْهُ جِنَايَةٌ، وهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ، وعِنْدَهمَا : عَلَى الْأَجِيرِ الْغُرْمُ؛ لِأَنَّهُ أَجِيرٌ مُشْتَرَكٌ.

وَالْعَيْنُ فِي يَدِهِ مَضْمُونَةٌ عِنْدَهُمَا، ثُمَّ صَاحِبُ الدَّقِيْقِ إنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ دَقِيْقَاً مِثْلُ دَقِيْقِهِ وَلَا أَجْرَ لَهُ وإنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ قِيمَةَ خُبْزِهِ وَلَهُ الْأَجْرَ، وَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ فِي الْمِلْحِ والحَطَبِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَصِيرُ مُسْتَهْلَكَاً قَبْلَ وُجُوْبِ الضَّمَانِ، هَكَذَا حَكَى الْقُدُوْرِيُّ الخِلَافَ فِي «شَرْحِه»[5].

وَلِلطَّبْخِ بَعْدَ الْغَرْفِ وَلِضَرْبِ اللَّبِنِ بَعْدَ اقَامَتْه وبَعْدَ تشريجه

وفِي «شَرْحِ الوَافِي»:((وَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ بِالهَلَاكِ عِنْدَ الكُلِّ[6].

أَمَّا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ؛ فَلِأَنَّهُ لَمْ يَهْلِكْ مِنْ عَمَلِهِ، وَأَمَّا عِنْدَهمَا؛ فَلِأَنَّهُ هَلَكَ بَعْدَ التَّسْلِيمِ.

---

(1) هو أحمد بن إسماعيل التُّمُرْتَاشِيّ الخَوَارَزْمِيّ، أبو العباس، ظهير الدين، من مؤلفاته: شرح الجامع الصغير»، و«التراويح»، و«الفرائض» ولم يذكر له سنة ولادة ولا وفاة. ينظر: ابن قطلوبغا، تاج التراجم ، مصدر سابق، ج1، ص180. والتميمي، تقي الدين بن عبد القادر الداري(1970م)، الطبقات السنية في تراجم الحنفية (ت: عبد الفتاح الحلو)، ط1، ج1، 328، لجنة احياء التراث /المجلس الاعلى للشؤون الاسمية في الجمهورية العربية المتحدة، القاهرة.وحاجي خليفة، كشف الظنون، ج2، ص1246.

(2) انتهى كلامه. ينظر: العيني، البناية شرح الهداية، مصدر سابق، ج10، ص239.

(3) [وصح التسليم؛ لقيام يد المالك على الْخبزِ بواسطة قيامها على من له] زيادة في: (ك) و(ت) و(ع) و(س).

(4) ينظر: المرغيناني، الهداية، مصدر سابق، ج3، ص231.

(5) وأما عند غيره فهو مجرى على عمومه، فإنه لا ضمان بالاتفاق. ينظر: العيني، البناية شرح الهداية، مصدر سابق، ج10، ص240.

(6) لأنه غير منتفع به فلم يصح التسليم)). انتهى كلام النسفي في الكافي، ق94/ب.

(وَ) لِلْمُؤَجِّرِ طَلَبُ الْأَجْرِ (**لِلطَّبْخِ**) لِلْوَلِيْمَةِ[1] (**بَعْدَ الْغَرْفِ**) قَيَّدْنَا بـ «الوليمة»؛ لِأَنَّهُ لَوْ اسْتَأْجَرَه لِطَبْخِ قِدْرٍ خَاصٍ بِعَيْنِهِ لَا يَكُونَ الْغَرْفُ عَلَيْهِ، كَذَا فِي((المُحِيْطِ))[2][3]، وَ((الْإِيْضَاحِ))[4]، والْأَصْلُ فِي ذَلِكَ العُرْفُ[5].

(وَ) لِلْمُؤَجِّرِ طَلَبُ الْأَجْرِ (**لِضَرْبِ اللَّبِنَ** [6]) بِكَسْرِ الْمُوَحَّدَةِ (**بَعْدَ اقَامَتِهِ**) أَيْ تَسْوِيَّتِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ[7] (**وَبَعْدَ تَشْرِيجِهِ**[8]) أَيْ جَعَل بَعْضَهُ عَلَى بَعْضٍ [عِنْدَهُمَا][9]؛ لِأَنَّ تَشْرِيْجَهُ مِنْ تَمَامِ

وَيَحْبِسُ الْعَيْنَ لِلأَجْرِ مِنْ خَلْطِ مِلْكِهِ بِهَا: كَالصَّبَّاغِ، فإنْ حَبَسَ فَضَاعَ، فَلَا غُرْمَ وَلَا أُجْرَةَ لَهُ.....

عَمَلِهِ إِذَا لَا يُؤْمَنُ الْفَسَادُ قَبْلَهُ، فَصَارَ كَإِخْرَاجِ الْخُبْزِ مِنْ التَّنُّورِ؛ وَلِأَنَّهُ هُوَ الَّذِي يَتَوَلَاهُ عَادَةً وَالْمُعْتَادُ كَالْمَشْرُوْطِ.

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّ الْعَمَلَ قَدْ تَمَّ بِالإِقَامَةِ، وَالتَّشْرِيْجُ عَمَلٌ زَائِدٌ كَالنَّقْلِ إِلَى مَوْضِعِ العِمَارَةِ بِخِلَافِ مَا قَبْلَ الاقَامَةِ؛ لِأَنَّهُ طِيْنٌ مُنْتَشِرٌ[10]، وَبِخِلَافِ الْخُبْزِ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُنْتَفِعٌ بِهِ قَبْلَ الْإِخْرَاجِ.

وَثَمَرَةُ الخِلَافِ تَظْهَرُ[11]: فِيمَا إِذَا فَسَدَ بِمَطَرٍ ونَحْوِهِ، بَعْدَ مَا أَقَامَهُ، فَعِنْدَهُ يَجِبُ الْأَجْرُ، وَعِنْدَهُمَا: لَا يَجِبُ إِلَّا إِنْ

---

(1) الوليمة: طعام العرس، والوكيرة طعام البناء، والنجوس طعام الولادة، وما يطعمه النفساء نفسها خرسة، وطعام الختان أعذار، وطعام القادم من سفره نقيعة، وكل طعام صنع لدعوة مادية جميعا ويقال: فلان يدعو العقر إذا خص وفلان يدعو الجعلي الأجعلي إذا عم كذا قال القتبي وغيره. ينظر: العيني، البناية شرح الهداية، مصدر سابق، ج10، ص240.

(2) هو لمحمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازه البخاري المرغيناني، برهان الدين، من أكابر فقهاء الحنفية،ولد سنة (551هـ) عدّه ابن كمال باشا من المجتهدين في المسائل، من مؤلفاته: ((المحيط))، و((ذخيرة الفتاوى))، و((الواقعات))، توفي سنة (616هـ). ينظر: الزركلي، الأعلام، مصدر سابق، ج 7، ص161. وكحالة، معجم المؤلفين، مصدر سابق، ج12، ص147. وحاجي خليفة، كشف الظنون، مصدر سابق، ج1، ص823.

(3) ينظر: بن مَازَةَ، المحيط البرهاني، مصدر سابق، ج7، ص494.

(4) وهو لعبد الرحمن بن محمد بن أميرويه، ركن الدين، أبو الفضل الكرماني، ولد (457هـ)قدم مرو فتفقه وبرع حتى صار إمام الحنفية بخراسان، ومن كتبه: ((شرح الجامع الكبير))، و((التجريد))، وشرحه ((الإيضاح))، و ((إشارات الأسرار)) توفي سنة (543هـ). ينظر: القرشي، الجواهر، مصدر سابق، ج1، ص304. والظاهري، المنهل، مصدر سابق، ج1، ص374. وابن قطلوبغا، تاج التراجم، مصدر سابق، ج1، ص184.

(5) وكذلك التوابع التي لا تشترط عند العقد يعتبر العرف فيها وبه يفصل عند المنازعة. ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج15، ص121 .

(6) اللبن: وهي التي تتخذ من طين ويبنى بها الجدار، ولَبَنَ اللَّبِنَ: عَمِله. فاللبن المضروب من الطين يبنى به دون أن يطبخ. والملبن بكسر الميم ما يلبن به وهو القالب. ينظر: النسفي، طلبة الطلبة، مصدر سابق، ص129. والمُطَرِّزِيّ، المغرب في ترتيب المعرب، مصدر سابق، ج1، ص421.

(7) قال في ((الينابيع)):((يريد بالإقامة النصب عند الجفاف، والتشريج ان يركب بعضه على بعض بعد الجفاف))، قال الإسبيجابي:((يريد به اذا كان المِلْبَن معلوما؛ لان العمل يتفاوت بتفاوت المِلبن))، وقال في((الينابيع)):((وهذا اذا ذكره اذا كان في ارض المؤجر، وان كان في ارض الاجير لا يستحق الاجر حتى يسلمه منصوبا عند ابي حنيفة، ومشرجا عندهما، وقد اعتمد قول الامام: الامام المحبوبي والنسفي، وقال في ((العون)):((الفتوى على قولهما)). قلت : كانه لاتحاد العرف فيراعى ان اتحد، والله اعلم. ينظر: ابن قطلوبغا، التصحيح والترجيح، مصدر سابق، ص256.

(8) شَرَّجَ اللَّبِنَ: نَضَدَ بعضه إلى بعض. وكل ما ضُمَّ بعضُه إلى بعض فقد شُرِجَ وشُرِّج. ينظر القزويني، مقاييس اللغة، مصدر سابق،ج3، ص 268. والمُطَرِّزِيّ، المغرب، مصدر سابق، ج1، ص247.

(9) سقط من:(ن) و(ب).

(10) في (ك): منشر.

(11) وفائدة الاختلاف فيما إذا تلف اللبن قبل التشريج، فعنده تلف من مال المستأجر، وعندهما من مال الأجير، أما إذا تلف قبل الإقامة فلا أجر إجماعا. ينظر: ابن عابدين، رد المحتار، مصدر سابق، ج6، ص17.

كَانَ شَرَجَهُ[1].

وفي «شَرْحِ الوافي»:((وهَذَا كُلُّهُ إِذَا كَانَ يُقِيْمُ اللِّبنَ فِي مِلْكِ الْمُسْتَأْجِرِ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ يُقِيْمُهُ فِي غَيْرِ مِلْكِهِ فَلَا يَجِبُ الْأَجْرَ عِنْدَهُ إِلَّا بِالعَّدِّ عَلَيْهِ بَعْدَ إِقَامَتِهِ، وَعِنْدَهُمَا بِالعَّدِّ عَلَيْهِ بَعْدَ تَشْرِيجِهِ))[2].

(وَيَحْبِسُ الْعَيْنَ لِلْأَجْرِ[3]، مَنْ خَلَطَ مِلْكَهُ بِهَا) [4] أَيْ بِالْعَيْنِ **(كَالصَّبَّاغِ)** ومَنْ لَهُ أَثَرٌ فِيهَا كَالقَصَّارِ[5]؛ لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ وَصْفٌ / قَائِمٌ فِي الثَّوْبِ فَلَهُ حَقُّ الحَبْسِ؛ لِاسْتِيفَاءِ بَدَلِهِ كَمَا فِي الْمَبِيعِ[6][7]، **(فإِنْ حُبِسَ فَضَاعَ فلا غُرْمَ)** عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ؛ لِأَنَّه غَيْرُ مُتَعَدٍّ فِي الحَبْسِ، وقَدْ كَانَ الْعَيْنُ أَمَانَةً فِي يَدِهِ قَبْلَ الحَبْسِ، فَبَقِيَتْ أَمَانَةٌ بَعْدَهُ، **(وَلَا أُجْرَةَ لَهُ)**؛ لهَلَاكِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ قَبْلَ التَّسْلِيمِ. 365/ب

بِخِلَافِ الْحَمَّالِ ولِمَنْ أُطْلِقَ لَهُ الْعَمَلُ أَنْ يَسْتَعْمَلَ غَيْرَهُ، فإِنْ قَيَّدَ بِيَدِهِ.....

وعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ ومُحَمَّدٍ: الْعَيْنُ كَانَتْ مَضْمُونَةً قَبْلَ الحَبْسِ، فَكَذَا بَعْدَهُ لَكِنَّهُ بِالْخِيَارِ، إِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ قِيمَتُهُ غَيْرُ مَعْمُولٍ وَلَا أَجْرَ لَهُ؛ لِأَنَّ الْعَمَلَ لَمْ يَصِرْ مُسَلَّمَاً إِلَيْهِ، وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ قِيمَتُهُ مَعْمُولاً وَلَهُ الْأَجْرَ؛ إِلَّا أَنَّ[8] الْمَبِيعَ صَارَ مُسَلَّمَاً إِلَيْهِ [تَقْدِيراً لِوُصُولِ قِيمَتِهِ إِلَيْهِ فَصَارَ كَمَا لَوْ صَارَ مُسَلَّمَاً إِلَيْهِ][9] حَقِيقَةً.

(بِخِلَافِ الْحَمَّالِ) [10] وكُلُّ صَانِعٍ لَيْسَ لِعَمَلِهِ أَثَرٌ فِي الْعَيْنِ؛ [لِأَنَّهُ لَمْ يَخْلِطْ مِلْكَهُ بِالْعَيْنِ][11] وَلَا لِعَمَلِهِ فِيهَا أَثَرٌ يَقُومُ مَقَامَ خَلْطِ مِلْكِهِ بِهَا[12]، وَالْحَمَّالُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ بِالجِيْمِ، وَأَنْ يَكُونَ بِالْمُهْمَلَةِ[13].

---

(1) هذا اذا اقامه في ملكه، وأما إذا عمله في غير ملكه فما لم يشرجه ويسلمه إلى المستأجر لا يخرج عن ضمانه حتى إنه إذا فسد قبل تسليمه لا أجرة له إلا عند زفر.ينظر: الزَّبِيدِيّ، الجوهرة النيرة، مصدر سابق، ج1، ص168.

(2) انتهى كلامه. ينظر النسفي، الكافي، ق94/ب.

(3) في (ك): للآخر.

(4) كل صانع لعمله أثر في العين كالقصار فله أن يحبس العين بعد الفراغ من عمله حتى يستوفي الأجر وكل صانع ليس لعمله أثر في العين فليس له أن يحبس العين للأجر كالحمال. ينظر: المرغيناني، الهداية، مصدر سابق، ج3، ص232.

(5) (صورته): قال محمد رحمه الله: رجل دفع ثوباً ليصبغه بدرهم أو إلى قصار ليقصره فقصره أو صبغه، وقال: لا أعطيك حتى تعطيني الأجر فله ذلك، وقال: زفر ليس له ذلك. ينظر: ابن مازة، المحيط البرهاني، مصدر سابق، ج7، ص402.

(6) في (ك): البيع.

(7) وفي«الذخيرة»:((إن كان القصار يقصر بالنشا، والبيض فله حق الحبس، وإن كان يبيض الثوب لا غير فليس له حق الحبس)). ينظر: الزَّبِيدِيّ، الجوهرة النيرة، مصدر سابق، ج1، ص271. والبغدادي، مجمع الضمانات، مصدر سابق، ص42.

(8) في (ك) و(س) و(أ) و(ن):لان.

(9) سقط من: (ك).

(10) (صورته): ان يستأجر حمالا ليحمل له شيئا على ظهره، أو على دابته إلى موضع معلوم فحمله فانكسرت الدابة فانكسر المتاع، قال السرخسي: اعلم بأن الحمال أجير مشترك بمنزلة القصار، وإن تلف في يده بغير فعله بأن زحمه الناس ففي وجوب الضمان عليه خلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه - رحمهم الله -، وإن تلف بفعله بأن تعثر فانكسر المتاع فهو ضامن عندنا خلافا لزفر. ينظر: والسرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج15، ص107.

(11) سقط من: (ك).

(12) في (أ) و(ن): فيها.

(13) أي الجمال. وضبطه بالحاء أولى من الجيم ليشتمل الحمل على الظهر. ينظر: ابن عابدين، رد المحتار، مصدر سابق، ج6، ص18.

وَفِي [...][1] «النِّهَايَةِ»:((أَنَّ القَصَّارَ إِذَا ظَهَرَ عَمَلُهُ بِاسْتِعْمَالِ النَّشَأ كَانَ لَهُ الْحَبْسُ، وإِنْ لَمْ يَكُنْ لِعَمَلِهِ أَثَرٌ إِلَّا إِزَالَةُ الدَّرَنِ[2]، اخْتَلَفُوا فِيْهِ والْأَصَحُّ أَنَّهُ لَهُ حَقُّ الْحَبْسِ عَلَى كُلِّ حَالٍ؛ لِأَنَّ الْبَيَاضَ كَانَ مُسْتَتِرَاً، وَقَدْ ظَهَرَ بِفِعْلِهِ فَصَارَ كَأَنَّهُ أَحْدَثَهُ فِيْهِ))[3]، وَعَزَى هَذَا إِلَى قَاضِي خَانْ[4].

(ولِمَنْ) أَيْ وَلِأَجِيْرٍ **(أُطْلِقَ [لَهُ][5] الْعَمَلُ أَنْ يَسْتَعْمَلَ غَيْرَهُ)**؛ لِأَنَّ الْمُسْتَحَقَّ عَمَلٌ فِي ذِمَتِهِ فَلَهُ ايْفَاؤُهُ بِنَفْسِهِ وَبِغَيْرِهِ، [فَصَارَ][6] كَإِيفَاءِ الدَّيْنِ[7] **(فَإِنْ قَيَّدَ بِيَدِهِ)** بِأَنْ قَالَ لَهُ: عَلَى أَنْ **لَا !، وَلِأَجِيْرٍ يَجِيءُ بِعِيَالِهِ، إِنْ مَاتَ بَعْضُهُمْ وجَاءَ بِمَنْ بَقِيَ، أَجْرُهُ بِحِسَابِهِ وَحَامِلُ كِتَابٍ أَوْ زَادَ إِلَى زَيْدٍ بِأَجْرٍ إِنْ رَدَّهُ بِمَوْتِهِ لَا شَيْءَ لَهُ.....**

تَعمَلَ بِيَدِكَ أَوْ بِنَفْسِكَ **(لَا)** أَيْ لَا يَسْتَعْمِلْ غَيْرَهُ؛ لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ [حِينَئِذٍ][8] عَمَلُ شَخْصٍ بِعَيْنِهِ فيَسْتَحِقُّ عَلَيْهِ كَالْمَنْفَعَةِ فِي مَحَلٍ بِعَيْنِهِ[9].

(وَلِأَجِيْرٍ يَجِيءُ بِعِيَالِهِ) الضَّمِيْرُ لِلْمُسْتَأْجِرِ، وَالبَّاءُ: مُتَعَلِّقَةٌ بِـ «مَجِيء» وَهُوَ مَجْرُوْرٌ بِإِضَافَةِ أَجِيرٍ إِلَيْهِ، وَ«الْلَامُ» مُتَعَلِّقَةٌ بِمَحْذُوْفٍ خَبَرٌ مُقَدَمٌ.

وقَوْلُهُ **(إِنْ مَاتَ بَعْضُهُمْ وجَاءَ بِمَنْ بَقِيَ)** شَرْطٌ مُعْتَرِضٌ بَيْنَ الخَبَرِ وَمُبْتَدَئِهِ.

وَهُوَ **(أَجْرُهُ بِحِسَابِهِ)** يَعْنِي أَنَّ مَنْ اسْتَأْجَرَ رَجُلاً لِيَذْهَبَ إِلَى الْبَصْرَةِ - مِثْلاً- وَيَجِيءَ بِعِيَالِهِ وَهُمْ مَعْلُوْمُوْنَ[10]، فَذَهَبَ فَوَجَدَ بَعْضَهُمْ قَدْ مَاتَ فجَاءَ بِمَنْ بَقِيَ، فَلَهُ أَجْرُهُ بِحِسَابِه؛ لِأَنَّ الْأَجْرَ مُقَابِلُ تَحَمُلِهِمْ، وقَدْ أَوْفَى الْأَجِيرُ بَعْضَ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ فَيَسْتَحِقُّ مِنْ العِوَضِ بِقَدَرِهِ.

(وَحَامِلُ كِتَابٍ) هَذَا مُبْتَدَأٌ **(أَوْ زَادَ إِلَى زَيْدٍ بِأَجْرٍ)** كُلٌّ مِنْ «إِلَى وَالبَاءِ» مُتَعَلِّقٌ بِـ «حَامِلِ» **(إِنْ رَدَّهُ)** أَيْ الكِتَاب أَوْ

---

(1) [شرح] زيادة في: (أ).

(2) الدرن: تلطخ الوسخ في ثوب. ينظر: الفراهيدي، العين، مصدر سابق ،ج8، ص20.

(3) ينظر: تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج5، ص 111. وملا خسرو، درر الحكام، مصدر سابق، ج2، ص227. وابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج8، ص8.

(4) وقال زفر: ليس له حق الحبس في الوجهين؛ لأنه وقع التسليم باتصال المبيع بملكه فيسقط حق الحبس. ولنا: أن الاتصال بالمحل ضرورة إقامة تسليم العمل فلم يكن هو راضيا به من حيث أنه تسليم فلا يسقط حق الحبس كما إذا قبض المشتري بغير رضا البائع. ينظر: المرغيناني، الهداية، مصدر سابق، ج3، ص232.

(5) سقط من:(ن).

(6) سقط من: (ت) و(ك) و(س) و(م) و(ع).

(7) ينظر: المرغيناني، الهداية، مصدر سابق، ج3، ص233.

(8) سقط من: (ت) و(س) و(م) و(أ) و(ن) و(ع).

(9) ولأن العمال متفاوتون في العمل فيتعين فلا يجوز تسليمها من شخص آخر من غير رضا المستأجر، كمن استأجر جملا بعينه للحمل لا يجبر على أخذ غيره. ينظر: ابن السَّاعَاتِي، مجمع البحرين، مصدر سابق، ص379. والكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج4، ص208.

(10) قال الفقيه أبو جعفر الهندواني - رحمه الله - هذا إذا كان عياله معلومين حتى يكون الأجر مقابلا بجملتهم وإن كانوا غير معلومين يجب الأجر كله فإن لم يكونوا معلومين فالإجارة فاسدة. ينظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج5، ص 112.

الزَّادَ (**بِمَوْتِهِ**[1]) أَيْ لِأَجْلِ مَوْتِ زَيْدٍ (**لَا شَيْءَ لَهُ**) هَذَا جَوَابُ الشَّرْطِ، وَالشَّرْطُ وَجوابُهُ خَبَرُ الْمُبْتَدَأ.

وَالْحَاصِلُ أَنَّ مَنْ اسْتَأْجَرَ رَجُلًا لِيذَهَبَ بِطَعَامٍ إِلَى فُلَانٍ بِالْبَصْرَةِ، فَذَهَبَ إِلَيْها فَوَجَدَهُ مَيْتاً، أَوْ لَمْ يَجِدْهُ، أَوْ وَجَدَهُ وَلَمْ يَدْفَعْ إِلَيْهِ شَيْئاً بَلْ رَدَّ بِهِ، فَلَا أُجْرَةَ[2] لَهُ.

وعِنْدَ زُفَرَ: لَهُ الْأَجْرُ؛ [لِأَنَّهُ بِمُقَابَلَةِ الحِمْلِ إِلَى الْبَصْرَةِ، وقَدْ وَفَى بِهِ وَجِيءَ فِي رَدِّهِ، فَلَا يَسْقُطُ بِجِنَايَتِهِ حَقُّهُ[3] مِنْ أُجْرَتِهِ.

ولَهُمْ: أَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ هُنَا هُوَ نَقْلُ الطَعَامِ إِلَى الْبَصْرَةِ وَقَدْ نَقَصَهُ[4] بِرَدِّهِ][5].

ومَنْ اسْتَأْجَرَ رَجُلًا؛ ليَذَهَبَ بكِتَابِهِ إِلَى فُلَانٍ بالْبَصْرَةِ، ويجيءَ بِجوابِهِ، [فَذَهَبَ][6] فَوَجَدَهُ مَيِتاً، فَرَدَّ الكِتَابَ، فَلَا أَجْرَ لَهُ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَأَبِي يُوسُفَ، وقَالَ مُحَمَّدٌ: لَهُ أَجْرُ الذَّهَابِ.

وَذَكَرَ الْفَقِيهُ أَبُو اللَّيْثِ قَوْلَ أَبِي يُوسُفَ مَعَ قَوْلِ مُحَمَّدٍ لِزُفَرَ:[أَنَّ الْأَجْرَ بِمُقَابَلَةِ حَمْلِ الطَعَامَ بِالْبَصْرةِ[7] وَقَدْ وَفَى بِحَمْلِهِ وحَتَّى فِي رَدِّهِ، فَلَا يَسْقُطُ بِجِنَايَتِهِ، حَقُّهُ مِنْ أُجْرَتِهِ][8][9].

ولِمُحَمَّدٍ: أَنَّهُ أَوْفَى بَعْضِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ دُونَ البَعْضِ، فَيَسْتَحِقُّ الْأَجْرَ بِقَدْرِ/ مَا وَفَى[10]؛ وهَذَا لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ هُنَا قَطْعُ المَسَافَةِ؛ لِأَنَّ الْأَجْرَ مُقَابَلٌ بِهِ؛ لِمَا فِيْهِ مِنْ المَشَقَةِ [دُوْنَ نَقْلِ الكِتَابِ][11]. أ/366

وَلأَبِي حَنِيفَةَ، وَأَبِي يُوسُفَ: أَنَّ الْأَجْرَ مُقَابَلٌ بِنَقْلِ الكِتَابِ، إِذْ هُوَ أَمْرٌ مَقْصُوْدٌ بَيْنَ النَّاسِ، أَوْ وَسِيْلَةٍ إِلَى المَقْصُوْدِ، وَهُوَ الْعِلْمُ بِمَا فِيْهِ، فَإِذَا رَدَّهُ فَقَدْ نَقَضَهُ فَيَسْقُطُ الْأَجْرُ، كَمَا فِي مَسْأَلَةِ حَمْلِ الطَعَامِ، وَصَارَ كَالخَيَاطِ إِذَا خَاطَ الثَّوْبَ ثُمَّ نَقَضَهُ.

الْفَرْقُ لِمُحَمَّدٍ: أَنَّ نَقْلَ الطَعَامَ عَمَلٌ يُقَابَلُ بِهِ الْأَجْرُ، لِمَا فِيْهِ مِنْ المَشَقَةِ، وَقَدْ نَقَضَهُ بِالرَّدِّ فَيَبْطُلُ، وَنَقْلُ الكِتَابِ لَيْسَ بِعَمَلٍ مُقَابَلٍ بِهِ الْأَجْرُ لِخِفَةِ مُؤْنَتِهِ، وَإِنَّمَا الْأَجْرُ مُقَابَلٌ[12] بِقَطْعِ المَسَافَةِ، وقَدْ قَطَعَهَا فِي الذَّهَابِ.

---

(1) في (ك) و(أ) و(ن): لموته.

(2) في (ن): اجر.

(3) كان الأولى ان يكون سياق الكلام: فلا يسقط حقه بجنايته. واللـه أعلم.

(4) في (ك) : نقضه، وفي (ن): نقص.

(5) سقط من: (أ).

(6) سقط من:(ن).

(7) البصرة: مدينة معروفة في جنوب العراق، وقد مصّرت في أيام عمر ابن الخطّاب، والبصرة: هي الحجارة الرّخوة تضرب إلى البياض، وأما النسب إليها فقال بعض أهل اللغة: إنما قيل في النسب إليها بصريّ، بكسر الباء. لإسقاط الهاء ينظر: البكري، معجم ما استعجم من أسماء البلاد والمواضع، مصدر سابق، ج1، ص254. والحموي، معجم البلدان، مصدر سابق، ج1، ص430.

(8) سقط من: (ت) و(ك) و(س) و(م) و(ن) و(ع).

(9) ينظر: السمرقندي، مختلف الرواية، ج3، ص1605.

(10) في (س): اوفى.

(11) في (ن): لا بحمل الكتاب لحقه مؤنته.

(12) في (ن): يقابل.

وَلَوْ وَجَدَهُ غَائِبًا فَتَرَكَ الكِتَابَ هُنَاكَ لِيُوْصَلَ إِلَيْهِ، فَلَهُ أَجْرُ الذَّهَابِ؛ لِأَنَّهُ أَتَى بِمَا فِي وِسْعِهِ.

وَصَحَّ اسْتِئْجَارُ دَارٍ، أَوْ دُكَّانٍ، بِلَا ذِكْرِ مَا يَعْمَلُ فِيْهِ.....

وَفِي «الْمحِيْطِ»:((وَكَذَا لَوْ اسْتَأْجَرَ رَسُوْلًا لِيُبَلِّغَ[1] رِسَالَتَهُ إِلَى فُلَانٍ بِبَغْدَادَ[2]، فَلَمْ يَجِدْ فُلَانًا وَعَادَ، فَلَهُ الْأَجْرُ بِقَطْعِ الْمَسَافَةِ؛ لِأَنَّهُ الَّذِي فِي وُسِعِهِ لَا الإِسْمَاعُ))[3].

[فَصْلُ ما يجوز من الإجارة]

(وَصَحَّ اسْتِئْجَارُ دَارٍ أَوْ دُكَّانٍ[4]، بِلَا ذِكْرِ مَا يَعْمَلُ) [5] الْمُسْتَأْجِرُ **(فِيْهِ)**[6][7] والْقِيَاسُ: أَنْ لَا يَصِحَّ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُوْدَ مِنْ الدَّارِ وَالدُّكَّانِ الِانْتِفَاعُ[8]، وَهُوَ قَدْ يَكُونُ بِالسُّكْنَى، وقَدْ يَكُونُ بِوَضْعِ الْأَمْتِعَةِ، فَيَنْبَغِي أَنْ لَا يَجُوزَ مَا لَمْ يُبَيِّنْ مَا يَعْمَلُ فِيهَا، كَالْأَرَاضِي لِلزِّرَاعَةِ[9]، وَالثِّيَابِ لِلُّبْسِ[10].

وَلَهُ كُلُّ عَمَلٍ سِوَى مُوْهِنُ الْبِنَاءِ..

وَوَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ: أَنَّ الْعَمَلَ الْمُتَعَارَفَ فِيهِمَا السُّكْنَى، وَالْمُتَعَارَفُ كَالمشْرُوطِ[11] فَيَنْصَرِفُ الْعَقْدُ إِلَى السُّكْنَى، بِخِلَافِ الْأَرْضِ والثِّيَابِ، فَإِنَّهمَا يَخْتَلِفَانِ بِاخْتِلَافِ المَزْرُوعِ وَاللَّابِسِ[12].

---

(1) في (ت) و(أ) و(ب) و(م) و(ن) و(ع): لتبلغ.

(2) بغداد: أم الدنيا وسيدة البلاد، قال ابن الأنباري: أصل بغداد للأعاجم، والعرب تختلف في لفظها إذ لم يكن أصلها من كلامهم ولا اشتقاقها من لغاتهم، فيها أربع لغات: بغداد؛ بدالين مهملتين، وبغداذ، معجمة الأخيرة؛ وبغدان، بالنون؛ ومغدان، بالميم بدلا من الباء؛ تذكّر وتؤنّث، و سمعت بعض الأعراب يقول: لولا أنّ تراب بغداذ كحل لعمى أهلها. وأنشد: أنت يا بغداد إلّا سلح ..... وإن سكنت فتراب برح

وهي مدينه السلام، بناها الخليفة العباسي أبو جعفر المنصور سنة (145هـ). ينظر: البكري، معجم ما استعجم، مصدر سابق، ج1، ص261. والحموي، معجم البلدان، مصدر سابق، ج1، ص458.

(3) ينظر: ابن مازة، المحيط البرهاني، مصدر سابق، ج7، ص523. و(أجمعوا) أنه إذا استأجره ليذهب بطعام له إلى البصرة إلى فلان فذهب ولم يجد فلاناً أو وجده ولكن لم يدفع الطعام إليه بل رده أنه لا أجر له. و(أجمعوا) أنه إذا استأجره ليبلغ رسالته إلى فلان بالبصرة فذهب الرجل ولم يجد المرسل إليه أو وجده إلا أنه لم يبلغه الرسالة ورجع أن له الأجر. و(أجمعوا) أنه لو ذهب إلى فلان بالبصرة ولم يذهب بالكتاب أنه لا أجر له. ينظر: المصدر نفسه.

(4) الدُكَّان: مذكر فارسي معرب، مشتق من الدكاء وهي الأرض المنبسطة، و(الدكان) يطلق على الحانوت الذي يباع فيه الاشياء، وعلى الدكة التي يقعد عليها، وعلى البناء، قال الأصمعي: إذا مالت النخلة بني تحتها من قبل الميل بناء كالدكان فيمسكها بإذن الله تعالى أي دكة مرتفعة. ابن سيده، علي بن إسماعيل(1996م)، المخصص(ت: خليل إبراهم جفال)، ط1، ج2، ص10، دار إحياء التراث العربي، بيروت. والفيومي، المصباح المنير، مصدر سابق، ص 198.

(5) ويجوز أن يستأجر الساحة - وهي الأرض الخالية من البناء والغرس- ليبني فيها بناء أو يغرس فيها نخلا أو شجرا؛ لأنها منفعة تقصد بالأراضي كالزراعة. ينظر: الغنيمي، اللباب، مصدر سابق، ج2، ص89.

(6) في (س):(فيه المستأجر) تقديم وتأخير.

(7) طالت المدة او قصرت. السمرقندي، فتاوى النوازل، مصدر سابق، ص376.

(8) وإن كانت الدار ضيقة ليس له أن يربط الدابة فيها لعدم العادة. ينظر: الموصلي، الاختيار، مصدر سابق، ج2، ص52.

(9) حيث يجوز استئجار الأراضي للزراعة؛ لأنها منفعة مقصودة معهودة فيها "وللمستأجر الشرب والطريق، وإن لم يشترط" لأن الإجارة تعقد للانتفاع، ولا انتفاع في الحال إلا بهما فيدخلان في مطلق العقد. ينظر: المرغيناني، الهداية، مصدر سابق، ج3، ص233.

(10) وكل ما يختلف باختلاف المستعملين، لأن الناس يختلفون في الركوب واللبس فيفضي إلى المنازعة، فإذا عين أو أطلق فلا منازعة. ينظر: الموصلي، الاختيار، مصدر سابق، ج2، ص52.

(11) ومنه القاعدة الفقهية: المعروف عرفا كالمشروط شرعا. ينظر: ابن نجيم، الاشباه والنظائر، مصدر سابق، ص84.

(12) (صورته): لو قال أحد لآخر: استأجرت دارك الفلانية للسكنى بكذا قرشا صحت الإجارة المعقودة ولا حاجة في ذلك إلى قول استأجرت الدار أو لإسكان فلان وعلى ذلك فالدار التي تستأجر على هذه الكيفية، كما أن للمستأجر أن يسكنها فله أيضا أن يسكنها آخر بإيجار أو بأي طريق آخر وله أيضا أن يسكنها ويسكن غيره معه ويضع أمتعته فيها. ينظر:علي حيدر،شرح المجلة،ج1، ص599.

(وَلَهُ) أَيْ لِلْمُسْتَأْجِرِ فِي السُّكْنَى [فِيهِمَا][1] **(كُلُّ عَمَلٍ)** [لِلْإِطْلَاقِ][2]، كَكَسْرِ الحَطَبِ، وَغَسْلِ الثِّيَابِ؛ لِأَنَّ السُّكْنَى لَا تَتِمُّ إِلَّا بِذَلِكَ، فَيَكُونُ مِنْ تَوَابِعِهَا.

وَفِي «الْمَبْسُوطِ»[3]، وَ«الذَّخِيرَةِ»:((إِنَّمَا يَكُونُ لَهُ رَبْطُ الدَّوَابِّ، إِذَا كَانَ فِيهَا مَوْضِعٌ مُعَدٌّ لِذَلِكَ، وَأَمَّا إِذَا لَمْ يَكُنْ فَلَيْسَ ذَلِكَ لَهُ))[4].

(سِوَى مُوْهِنُ الْبِنَاءِ) نَحْوَ الحِدَادَةِ[5]، والْقِصَارَةِ، والطَحْنِ[6]؛ لِأَنَّ فِيْهِ ضَرَرَاً ظَاهِرَاً، فَيَتَقَيَّدُ الْعَقْدُ بِمَا رَوَاهُ[7] دَلَالَةٌ[8][9].

لَا اسْتِئْجَارُ أَرْضٍ حَتَّى يُسَمِّيَ مَا يَزْرَعُ أَوْ مَا يَعُمُّهُ وَ تَكُوْنُ الْأَرْضُ خَالِيَةً عَنْ الزِّرَاعَةِ.....

(لَا اسْتِئْجَارُ أَرْضٍ) أَيْ وَلَا يَصِحُّ اسْتِئْجَارُ أَرْضٍ **(حَتَّى يُسَمِّيَ مَا يَزْرَعُ)** فِيهَا؛ لِأَنَّها تُسْتَأجَرُ لِلزِّرَاعَةِ ولِغَيْرِهِ[10]، أَوْ مَا يُزْرَعُ فِيهَا مُتَفَاوِتٌ[11]، فَلَا بُدَّ مِنْ التَّعْيِيْنِ؛ لِئَلَّا تَقَعُ[12] المُنَازَعَةُ.

(أَوْ) يُسَمِّي[13] **(مَا يَعُمُّهُ)** أَيْ يَعُمُ مَا يَزْرَعُ فِي الْأَرْضِ، بِأَنْ يَذْكَرَ أَنَّهُ يَزْرَعُ مَا يَشَاءَ؛ لِأَنَّهُ إِذَا سَمَّى مَا يَعُمُّهُ ارْتَفَعَتْ الجَهَالَةُ[14] الْمُفْضِيَةُ إِلَى المُنَازَعَةِ.

---

(1) في (ن): فيها. وهي سقط من: (ك).

(2) سقط من: (ت) و(ك) و(س) و(م) و(ع).

(3) ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج15، ص130. والحاصل أن كل عمل يفسد البناء أو يوهنه فذلك لا يصير مستحقا للمستأجر بمطلق العقد إلا أن يشترطه وما لا يفسد البناء فهو مستحق له بمطلق العقد. ينظر: المصدر السابق.

(4) انتهى كلامه. ينظر: ابن مازة، الذخيرة البرهانية، ق535/أ. والحاصل أن كل عمل يفسد البناء أو يوهنه فذلك لا يصير مستحقا للمستأجر بمطلق العقد إلا أن يشترطه وما لا يفسد البناء فهو مستحق له بمطلق العقد. ينظر: المصدر السابق.

(5) والْحَدَّادُ: معالج الحديد، والحديد معدن معروف. وصانعه حداد، (وَالْحَدَّادُ) البواب لمنعه من الدخول (وَالْحِدَادَةُ) بالكسر صناعة الحداد وهو الصانع في الحديد. ينظر: المُطَرِّزِيّ، المغرب في ترتيب المعرب، مصدر سابق، ج1، ص106. والفيومي، المصباح المنير، مصدر سابق، ص 48.

(6) والمراد بالطحن هنا: الذي يكون برحا الماء أو رحا الثور، وأما رحا اليد فلا يمنع من النصب فيها؛ لأن هذا لا يضر بالبناء وهو من توابع السكنى عادة فلا بد منه وعلى هذا له تكسير الحطب المعتاد للطبخ ونحوه؛ لأنه لا يوهن البناء وإن زاد على العادة بحيث يوهن البناء فليس له ذلك إلا برضا صاحب الدار، والدق كذلك فإن القليل منه لا يستغنى عنه فلا يوهن ذلك القدر منه البناء. ينظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج5، ص113.

(7) في (د) و(أ) و(ن): وراه.

(8) ينظر: المرغيناني، الهداية، مصدر سابق، ج3، ص233.

(9) دلالة: قال ابن السكيت عن الفراء: مأخوذة من الدليل. وهو ما يستدل به. وقد دله على الطريق يدله دلالة، والدلالة بالكسر والفتح، والدلالة تكون على أربعة أوجه: أحدهما: ما يمكن أن يستدل به قصد فاعله ذلك أم لم يقصد وليس له أن يحمل هذا على المجاز دون الحقيقة إلا بدليل ولا دليل، والثاني: العبارة عن الدلالة يقال للمسؤول أعد دلالتك، والثالث: الشبهة يقال دلالة المخالف كذا أي شبهته، والرابع: الأمارات يقول الفقهاء الدلالة من القياس كذا. ينظر: القزويني، مقاييس اللغة، مصدر سابق، ج2، ص259. والعسكري الحسن بن عبد الله، الفروق اللغوية (ت: محمد إبراهيم سليم)، ص68، دار العلم والثقافة، القاهرة

(10) من البناء والمراح ونصب الخيم.

(11) في (ك): يتفاوت.

(12) في (ت) و(ك) و(م) و(أ) و(ن) و(ع): يقع.

(13) في (ك): سمى.

(14) في (ن): الجهالات

(وَ) حَتَّى **(تَكُوْنُ الْأَرْضُ خَالِيَةً عَنْ الزِّرَاعَةِ)**؛ لِأَنَّهَا لَوْ كَانَتْ مَشْغُولَةً بِهَا، لَمْ يَكُنْ الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ مَقْدُوْرَ الِاسْتِيفَاءِ مِنْهَا[1].

وفِي «الذَّخِيرَةِ»:((وَلَوْ لَمْ يُسَمِّ مَا يَزْرَعُ، وَلَا مَا يَعُمُّهُ، وَزَرَعَ نَوْعاً مِنْ الأَنْوَاعِ، وَمَضَتْ المُدَّةُ.

ففِي الْقِيَاسِ: يَجِبُ عَلَيْهِ أَجْرُ الْمِثْلِ؛ لِأَنَّهُ اسْتَوْفَى الْمَعْقُودَ[عَلَيْهِ][2] [بِحُكْمِ [عَقْدٍ][3] فَاسِدٍ، فَلَا يَنْقَلِبُ جَائِزاً.

وَفِي الِاسْتِحْسَانِ: يَجِبُ الْمُسَمَّى، وَيَنْقَلِبُ الْعَقْدُ جَائِزاً؛ لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ][4] صَارَ مَعْلُوْمَاً بِالاسْتِعْمَالِ؛ لِأَنَّ الْإِجَارَةَ يَنْعَقِدُ سَاعَةً فسَاعَةً عَلَى حَسَبِ حُدُوثِ الْمَنْفَعَةِ، وَالْفَسَادُ كَانَ لِأَجْلِ الجَهَالَةِ، وَقَدْ ارْتَفَعَتْ وَقْتَ الزِّرَاعَةِ فَكَانَ كَارْتِفَاعِهَا وَقْتَ الْعَقْدِ.

وَكَذَا لَوْ / اسْتَأْجَرَ ثَوْبَاً لِلُّبْسِ، وَلَمْ يُعَيِّنْ اللَّابِسُ، لَا يَجُوزُ لِتَفَاوُتِ النَّاسِ فِي اللُّبْسِ، فإنَّ عُيِّنَ اللَّابِسَ بَعْدَ ذَلِكَ صَحَّ اسْتِحْسَانًا))[5]. 366/ب

فَإِنْ اسْتَأْجَرَهَا لِلْبِنَاءِ وَالْغَرْسِ صَحَّ وَإِذَا انْقَضَتْ الْمُدَّةُ يُسَلِّمُهَا فَارِغَةً إِلَّا أَنْ يَغْرَمَ الْمُؤَجِّرُ قِيمَتَهُ مَقْلُوْعَاً

(فَإِنْ اسْتَأْجَرَهَا) أَيْ الْأَرْضَ **(لِلْبِنَاءِ وَ الْغَرْسِ صَحَّ)**؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مَنْفَعَةٌ تُقْصَدُ مِنْ الْأَرْضِ، فكَانَ كَاسْتِئْجَارِهَا لِلزِّرَاعَةِ.

(وَإِذَا[6] انْقَضَتْ الْمُدَّةُ) أَيْ مُدَّةُ الْإِجَارَةِ **(يُسَلِّمُهَا)** أَيْ يَلْزَمُ لِلْمُسْتَأْجِرِ أَنْ يُسَلِّمَ الْأَرْضَ إِلَى مَالِكِهَا **(فَارِغَةً)** مِنْ الْبِنَاءِ أَوْ الْغَرْسِ[7] [بِأَنْ يُجْبَرَ عَلَى قَلْعِهِ؛ لِأَنَّ تَقْدِيرَ المُدَّةِ فِي الإِجَارَةِ تَقْتَضِي التَّفْرِيغَ عِنْدَ انْقِضَائِهَا.

ولَيْسَ لِلْبِنَاءِ والْغَرْسِ][8] مُدَّةٌ مَعْلُومَةٌ يَنْتَهِيَانِ إِلَيْهَا، فَيَكُونُ كَاشْتِرَاطِ الْقَلْعِ عِنْدَ انْقِضَاءِ المُدَّةِ عُرْفَاً وَدَلَالَةً، بِخِلَافِ مَا لَوْ انْقَضَتْ مُدَّةُ الْإِجَارَةِ، وفِي الأَرْضِ زَرْعٌ لَمْ يُدْرَكْ، حَيْثُ تُرِكَ بِأَجْرِ الْمِثْلِ فِي يَدِهِ إِلَى أَنْ يَسْتَحْصِدَ، لِأَنَّ لِبُلُوْغِ الزَّرْعِ غَايَةٌ مَعْلُومَةٌ، فَكَانَ فِي التَّأَخِيْرِ[9] بِأَجْرِ الْمِثْلِ مُرَاعَاةٌ لِلْحَقَّيْنِ[10].

(إِلَّا أَنْ يَغْرَمَ الْمُؤَجِّرُ قِيمَتَهُ) أَيْ قِيمَةَ الْبِنَاءِ أَوْ الْغَرْسِ[11] **[(مَقْلُوْعَاً)**؛ لِأَنَّ فِي ذَلِكَ نَظَراً لَهُمَا[12].

---

(1) ينظر: الطحاوي، المختصر، مصدر سابق، ص128. والقدوري، المختصر، مصدر سابق، ص103. وابن السَّاعَاتِي، أحمد بن علي بن ثعلب(2005م)، مجمع البحرين وملتقى النَّيِّرَين(ت: إلياس قبلان)، ط1، ص371، دار الكتب العلمية، بيروت

(2) سقط من: (ن).

(3) سقط من: (ت) و(س) و(م) و(أ) و(ن) و(ع).

(4) سقط من: (ت) و(ك) و(س) و(م) و(ع).

(5) انتهى كلامه. ينظر: ابن مازة، الذخيرة البرهانية، ق535/أ.

(6) في (ن): فاذا.

(7) في (ت) و(ك) و(س) و(م) و(ع): يسلمها

(8) سقط من: (ت) و(ك) و(س) و(م) و(ن) و(ع).

(9) في (ن): بالتأخير.

(10) بخلاف موت أحدهما قبل إدراكه، فإنه يترك بالمسمى على حاله إلى الحصاد، وإن انفسخت الإجارة؛ لأن إبقاءه على ما كان عليه أولى ما دامت المدة باقية ويلحق بالمستأجر المستعير فيترك إلى إدراكه بأجرة المثل كما في المنح وأما الغاصب فيؤمر بالقلع مطلقا. ينظر: شيخ زاده، مجمع الأنهر،، مصدر سابق، ج2، ص377.

(11) في (أ): والغرس.

(12) وفي شرح الطحاوي: ولو أن رجلا دفع أرضه معاملة على أن يغرس العامل فيها أغراسا والغراس يكون بينهما فهذا يجوز فإذا انقضت المدة فلرب الأرض أن يطالبه بقلع الأشجار وليس له أن يتملكها بغير رضا المستأجر إذا لم يضر القلع بالأرض فإن كان يضرها ضررا فاحشا فله أن يتملكها بغير رضاه.

وَأَعْلَمْ: أَنَّ الْمُصَنِّفَ تَبَعَاً لِصَاحِب «الهِدَايَةِ»[1] قَالَ هُنَا: «مَقْلُوْعَاً»، وَفِي الْغَصْبِ: أَمَرَ

ويتَمَلَّكُهُ بِلَا رِضَا الْمُسْتَأْجِرِ، إنْ نَقَصَ القَلْعُ الْأَرْضَ، وَإِلَّا فَبِرِضَاهُ، أَوْ يَرْضَى بِتَرْكِهِ، فَيَكُونُ الْبِنَاءُ، أَوْ الْغَرْسُ لِهَذَا، والْأَرْضِ لِهَذَا

بِقَلْعِهِ[2]، وَسَيَأْتِي فِي الْغَصْبِ[3] ـ إنْ شَاءَ اللـهُ تَعَالَى ـ مَا ذَكَرَهُ بَعْضِ شارحي [«الهِدَايَةِ»][4] فِي ذَلِكَ[5].

(ويتَمَلَّكُهُ) هُوَ بِالنَّصْبِ عَطْفٌ عَلَى [...][6] «يَغْرَمُ»، **(بِلَا رِضَا الْمُسْتَأْجِرِ، إنْ [نَقَصَ القَلْعُ][7] الْأَرْضَ)**؛ لِأَنَّ فِيْهِ دَفْعُ الضَّرَرِ عَنْ الْمُؤَجِّرِ.

(وَإِلَّا) أَيْ وَإِنْ لَمْ يُنْقِصْ الْقَلْعُ الْأَرْضَ،**(فَبِرِضَاهُ)** أَيْ يَتَمَلَّكُهُ[8] الْمُؤَجِّرُ بِرِضَا الْمُسْتَأْجِرِ[9].

(أَوْ يَرْضَى) عَطْفٌ عَلَى «يَغْرَمُ»، [أَيْ أَوْ إلَّا أَنْ يَرْضَى الْمُؤَجِّرُ؛ لِأَنَّ فِيْهِ دَفْعَ الضَرَرِ عَنْ المُؤَجَّرِ][10] **(بِتَرْكِهِ)** أَيْ تَرْكِ][11] الْبِنَاءِ أَوْ الْغَرْسِ عَلَى حَالِهِ؛ لِأَنَّ الحَقَّ لِرَبِّ الْأَرْضِ، فَإِذَا رَضِيَ بِاسْتِمْرَارِ الْبِنَاءَ أَوْ الْغَرْسِ بِأَجْرٍ أَوْ بِغَيْرِ أَجْرٍ، كَانَ لَهُ ذَلِكَ **(فَيَكُونُ الْبِنَاءُ أَوْ الْغَرْسُ لِهَذَا والْأَرْضِ لِهَذَا)**.

والرَّطْبَةُ كالشَّجَرَةِ، وَضَمِنَ الْحِصَّةَ بِالزِّيَادَةِ عَلَى حِمْلٍ ذُكِرَ، إنْ أَطَاقَتْ،.....

وفي الفتاوى العتابية: إذا دفع أرضه للغراس على أن الغراس بينهما فإن كان الغراس من جانب صاحب الأرض فغرس الغراس كله لصاحب الأرض، وإن كان للعامل وقال له اغرسها فالغراس لصاحب الأرض وللعامل عليه قيمتها.

وفي فتاوى أبي الليث: لو غرس حافتي نهر فقال رجل: غرست لي لأنك كنت خادمي، وفي عيالي وقال الغارس لنفسي فإن عرف أن الغارس كان وقت الغراس في عياله يعمل له مثل هذا العمل فالشجر له، وإن لم يعرف ذلك فللغارس ذلك. ينظر: ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج8، ص187.

(1) ينظر: المرغيناني، الهداية، مصدر سابق، ج3، ص234.

(2) في (ك): بقطعه.

(3) (صورته): رجل غصب أرضا فبنى فيها أو غرس قيل له: اقلع البناء أو الغرس وردها فإن كانت الأرض تنقص بالقلع فللمالك أن يضمن له قيمة البناء والغرس مقلوعا، ويكون له قيمته مقلوعا معناه قيمة شجر أو بناء أمر بقلعه فتقوم الأرض بدون الشجر والبناء، وتقوم وبها شجر وبناء لصاحبها أن يأمره بقلعه فيضمن فضل ما بينهما من ا«لهداية»، وفي «الفصولين»: ((لو كانت قيمة البناء أكثر يتملك الغاصب الأرض بقيمتها كذا عن الكرخي، وليس للمالك أخذها))، قال في «العدة»: ((وقد أفتى البعض بقول الكرخي فإنه حسن، ونحن نفتي بجواب الكتاب اتباعا لأشياخنا فإنهم كانوا لا يتركون جواب الكتاب)) انتهى. ينظر: البغدادي، مجمع الضمانات، مصدر سابق، ص127.

(4) سقط من: (س).

(5) في شراح الهداية ما نصه:((فإن كانت الأرض تنقص بقلع ذلك فللمالك أن يضمن له قيمة البناء والغرس مقلوعا ويكونان له؛ لأن فيه نظرا لهما ودفع الضرر عنهما. وقوله «قيمته مقلوعا» معناه: قيمة بناء أو شجر يؤمر بقلعه؛ لأن حقه فيه، إذ لا قرار له فيه فتقوم الأرض بدون الشجر والبناء وتقوم وبها شجر أو بناء، لصاحب الأرض أن يأمره بقلعه فيضمن فضل ما بينهما)). ينظر: البابرتي، العناية شرح الهداية، ج9، ص343.

(6) [ما] زيادة في: (ت) و(ك) و(س) و(م) و(أ) و(ع).

(7) في (ك) و(س): (نقض القلع).

(8) في (ك): فيمتلكه.

(9) وبهذا تعلم قطعا أنه لو لم يكن له فيها بناء ولا غراس ولا غير ذلك وأراد استئجارها مدة أخرى ليس له ذلك بدون رضا المؤجر وأنه لا وجه لما اشتهر في زماننا من أن المستأجر الأول أحق ويسمونه ذا اليد حتى إذا فرغت مدة إيجاره وأراد المتكلم على الأرض إيجارها لغيره لكون المستأجر الأول مفلسا أو سيئ المعاملة أو متغلبا أو نحو ذلك يفتونه بأنه ليس له ذلك ويقولون إن ذا اليد أحق حتى تبقى الأرض بيده سنين عديدة ويتحكم بالمؤجر بما أراد وربما امتنع عن دفع أجرة المثل بسبب ذلك بل ربما استولى على الأرض وادعى ملكيتها بسبب طول استيلائه عليها. ينظر: ابن عابدين، منحة الخالق ج7، ص306.

(10) سقط من: (ت) و(س) و(م) و(أ) و(ن) و(ع).

(11) [(مقلوعا) .... أَيْ ترك] سقط من: (ن).

فِي «شَرْحِ الوَقَايَةِ»:((وَالْحَاصِلُ أَنَّهُ يَجِبُ عَلَى الْمُسْتَأْجِرِ أَنْ يُسَلِّمَ الْأَرْضَ فَارِغَةً إِلَّا أَنْ يُوجَدَ أَحَدُ الْأَمْرَيْنِ:
الْأَوَّلُ: أَنْ يُعْطِيَ الْمُؤَجِّرَ قِيمَةَ الْبِنَاءِ أَوْ الْغَرْسِ مَقْلُوْعاً وَيَتَمَلَّكُهُ، وَهَذَا الإعْطَاءُ والتَمْلِيكُ يَكُونُ جَبْرَاً[1] عَلَى تَقْدِيرِ أَنْ يُنْقِصَ الْقَلْعُ الْأَرْضَ وَيَكُونَ بِرِضَا الْمُسْتَأْجِرِ عَلَى تَقْدِيرِ أَنْ لَا يَنْقُصَ[2].
وَالأَمْرُ الثَّانِي: أَنْ يَرْضَى الْمُؤَجِّرُ بِتَرْكِ الْبِنَاءَ أَوْ الْغَرْسِ فِي أَرْضِهِ)) [3].

(والرَّطْبَةُ[4] كالشَّجَرَةِ) [5] لِأَنَّهَا لَا يُعْلَمُ لِانْتِهَائِهَا غَايَةٌ[6].

[فَصْلُ ضَمَانِ الْأَجِيرِ]

(وَضَمِنَ) الْمُسْتَأْجِرُ **(الْحِصَّةَ بِالزِّيَادَةِ عَلَى حِمْلٍ ذُكِرَ)** فِي عَقْدِ الْإِجَارَةِ يَعْنِي أَنَّ مَنْ اسْتَأْجَرَ دَابَّةً[7] لِيحْمِلَ عَلَيْهَا مِقْدَارَاً مُعَيْنَاً مِنْ نَوْعٍ معَيْن، فَحَمَلَ أَكْثَرَ مِمَّا سَمَّى، فَعَطِبَتْ ضَمِنَ مَا زَادَ، [**(إِنْ أَطَاقَتْ)** دَابَّةٌ مِثْلُهَا ذَلِكَ الحِمْلَ؛ لِأَنَّهَا عَطِبَتْ بِمَا هو مَأْذُونٌ فِيْهِ، وَبِمَا [هُوَ][8] لَيْسَ بِمَأْذُونٍ فِيْهِ، فانقسم عَلَيْهِما][9].

وَضَمِنَ كُلَّ القِيمَةِ، إِنْ لَمْ تُطِقْ....

(وَضَمِنَ كُلَّ القِيمَةِ إِنْ لَمْ تُطِقْ) دَابَّةٌ مِثْلُهَا ذَلِكَ؛ لِعَدَمِ الْإِذْنِ فِيْهِ أَصْلَاً لِخُرُوجِهِ عَنْ العَادَةِ.

الْفَرْقُ بَيْنَ هَذَا وبَيِّنْ مَا لَوْ اسْتَأْجَرَ ثَوْرَاً لِيَطْحَنَ بِهِ عَشَرَةَ أَرَادِبَ[10]، فَطَحَنَ بِهِ أَحَدَ عَشَرَ فَهَلَكَ، حَيْثُ يَضْمَنُ جَمِيعَ قِيمَتِهِ وَلَا يَتَوَزَعَ؛ إِذَ الطَّحْنُ يَكُونُ شَيْئَاً فَشَيْئَاً، فَكَمَا طَحَنَ عَشَرَةً، انْتَهَى إِذْنُ المَالِكِ، / فَكَانَ بَعْدَ ذَلِكَ فِي الطَحْنِ مُخَالِفَاً فِي جَمِيعِ الدَّابَّةِ مُسْتَعْمَلًا لَهَا [بِغَيْرِ إِذْنِ مَالِكِهَا فَيَضْمَنُ جَمِيعَهَا وَالحَمْلُ يَكُونُ جُمْلَةً وَاحِدَةً فَيَكُونُ [فِي][11] أ/367

---

(1) في (ك): خيرا.

(2) القلع والارض. على ما موجود في شرح الوقاية.

(3) ينظر: المحبوبي، شرح الوقاية، مصدر سابق، ج4، ص280.

(4) الرّطْبَة: نبات كالبرسيم، وهو مؤنث الرطب، وبعضهم يقول الرطبة الغض من الكلأ، وكل ما أكل من النبات غضاً طرياً. ينظر: الفيومي، المصباح المنير، ص88. وإبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، مصدر سابق، ص 351.

(5) فتقلع بعد مضي المدة، ثم المراد بالرطبة ما يبقى أصله في الأرض أبدا، وإنما يقطف ورقه ويباع أو زهره. وأما إذا كان له نهاية معلومة كما في الفجل والجزر والباذنجان فينبغي أن يكون كالزرع يترك بأجر المثل إلى نهايته . ينظر: الحصكفي، الدر المختار، مصدر سابق، ص575.

(6) فلو استأجر أرضا فيها زرع أو رطبة أو شجرة أو قصب أو كرم أو ما يمنع مكن الزراعة، فالإجارة فاسدة في قولهم جميعا؛ لأنه أجر ما لا يمكن تسليمه الا بضرر يلحقه، وهو قلع الزرع والاشجار فيفسد، كما لو باع الجذع في السقف، هذا في زرع لم يدرك، اما اذا أدرك الزرع، وصار بحال لا يضره الحصاد يجوز ويؤمر بالحصاد، كما لو أجر دارا فيها متاع الآجر تصح الاجارة ويجبر على تفريغ ماله من المتاع. ينظر: الولواجي، الفتاوى، مصدر سابق، ج3، ص335.

(7) استئجار الدابة للحمل على وجهين:(1) ان يبين ما يحمل عليها فانه جائز وان لم يبين فهو فاسد. (2) ان يبين ما يحمل عليها ثم يحمل عليها غيره فان كان اكثر ضررا فعليه الضمان ان عطبت الدابة وان لم يكن اكثر ضررا او كان اخف من الآخر فلا يضمن. ينظر: السُّغْدي، النتف في الفتاوى، مصدر سابق، ج2، ص568.

(8) سقط من: (ت) و(ك) و(س) و(م) و(ع).

(9) سقط من: (س).

(10) الإرْدَبُّ: مكيال معروف لأهل مصر، وقيل: إنه يأخذ أربعة وعشرين صاعا من الطعام بصاع النبي ﷺ، والإردب أربعة وستون منا بمن بلدنا، ويجمع الإردب أرادب. ينظر: الهروي، تهذيب اللغة، مصدر سابق، ج1، ص278.

(11) سقط من:(أ).

البَعْضِ][1] مُسْتَعْمَلًا بالْإِذْنِ وفِي البَعْضِ بِغَيْرِهِ فَيَتَوَزَعُ الضَّمَانُ، حَتَّى لَوْ حَمَلَ عَـلَى الدَّابَّـةِ الحِمْـلَ المَـذْكُوْرِ، ثُـمَّ حَمَـلَ عَلَيْهِـا الزِّيَادَةَ فَعَطِبَتْ، يَضْمَنُ كُلَّ قِيمَتِهَا، كَمَسْأَلَةِ الطَحْنِ[2].

قَيَّدَ بِكَوْنِ الْإِجَارَةِ عَلَى «حِمْلٍ»؛ لِأَنَّها لَوْ كَانَتْ عَلَى رُكُوبُ شَـخْصٍ مُعَـيَّنٍ فَـأَرْدَفَ[3] مَعَـهُ آخَـرٌ فَعَطِبَـتْ الدَّابَّـةُ، ضَمِنَ نِصْفَ قِيمَتِهَا سَوَاءٌ كَانَ أَخَفَّ أَوْ أَثْقَلَ؛ لِأَنَّ تَلَفَ الدَّابَّةِ مِنْ الرُّكُوبِ لَا يَنْشَأُ مِنْ الثِّقلِ، أَوْ رُبَّ ثَقِيْـلٍ يُحْسِـنُ الرُّكُـوبَ فَلَا يَضُرُّ ثِقْلَهُ بِالدَّابَّةِ، وَخَفِيْفٌ لَا يُحْسِنُهُ فَيَضُرُّ بِهَا[4]؛ وَلِأَنَّ الْآدَمِيَّ لَا يُوْزَنُ[5]، فاعْتُبِرَ فِيْهِ العَدَدُ، وَصَارَ كَمَا لَوْ جَـرَحَ انْسَـانٌ آخَرَ جِرَاحَةً، وَجَرَحَهُ آخَرُ جِرَاحَـاتٍ حَيْـثُ يَنْتَصِـفُ الضَّمَـانِ، إِذْ رُبَّمَا هَلَـكَ الْإِنْسَانُ مِنْ جِرَاحَـةٍ وَاحِـدَةٍ، وَسَـلِمَ مِـنْ عَـدَدٍ كَثِيْرٍ

مِنْهَا، وهَذَا إِذَا كَانَتْ الدَّابَّةُ تُطِيْقُ حَمَلَ اثْنَيْنِ حَتَّى لَوْ كَانَتْ لَا تُطِيْقُ ذَلِكَ ضَمِنَ [كُلَّ][6] قِيمَتِهَا[7].

ولَوْ قَالَ: [عَلَى][8] أَنْ يَرْكَبَهَا فُلَانٌ، فَأَرْكَبَهَا غَيْرَهُ، فَعَطِبَتْ ضَمِنَ؛ لِأَنَّ التَّقْيِيْدَ مُفِيْدٌ؛ لِتَفَاوُتِ النَّاسِ فِي الرُّكُوبِ.

ومِثْلُهُ مَا يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْمُسْتَعْمِلِ، حَتَّى لَوْ اسْتَأْجَرَ فُسْطَاطًا[9] فَدَفَعَهُ إِلَى غَيْرِهِ إِجَارَةً أَوْ إِعَارَةً، فَنَصَبَهُ وَسَكَنَ فِيْهِ [ضَمِنَ إِنْ عَطِبَ][10]، عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وأَبِي يُوسُفَ؛ لِتَفَاوُتِ النَّاسِ فِي نَصْبِهِ وَاخْتِيَارِ مَكَانَهِ، وَضَرْبِ أَوْتَادِهِ.

---

(1) سقط من:(ك).

(2) فالتقييد من صاحبها هنا مفيد؛ لأن الضرر على الدابة يختلف بقرب الطريق وبعده، والسهولة والوعورة. ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج11، ص139.

(3) أردف الشيء بالشيء وأردفه عليه: أتبعه عليه. ورَدِفَ الرجل، وأَرْدَفَه رَكِبَ خلفه، وارْتَدَفَه خَلْفَهَ على الدابة. ورَدِفْتُ الرجل إذا ركبت خلفه. والرِّدْفُ: المُرْتَدِفُ وهو الذي يركب خلف الراكب، والرديف: المرتدف. ينظر: ابن منظور، لسان العرب، ج9، ص 115- 116.

(4) ولو استأجر ليركبها فلبس من الثياب أكثر مما كان عليه حين استأجرها إن لبس من ذلك مثل ما يلبسه الناس، فلا ضمان، وإن لبس ما لا يلبسه الناس ضمن بحساب ما زاد؛ لأن في الفعل الأول ما زاد من الثياب داخل تحت الإجارة عرفاً، والمعروف كالمشروط، وفي الفعل الثاني: ما زاد من الثياب ليس بداخل تحت الإجارة أصلاً لا عرفاً ولا شرطاً، فيضمن بحساب ذلك، كما لو حمل عليها شيئاً آخر. ينظر: ابن مازة، المحيط البرهاني، مصدر سابق، ج7، ص569.

(5) الآدمي لا يوزن بالقبان فيه نظر، وقد شاهدنا كثيرا من الناس وزنوا أنفسهم بالقبان ليعرفوا وزنها ولكن لا ينضبط هذا على ما لا يخفى، أرأيت لو كان يوزن أيوزن قبل الطعام أو بعده أو قبل الخلاء أو بعده؟!. ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج15، ص171. والعيني، البناية شرح الهداية، مصدر سابق، ج10، ص257.

(6) سقط من: (ك).

(7) ثم إن محمداً رحمه الله أوجب في هذه المسألة نصف القيمة مطلقاً، وذكر في «الجامع الصغير» فيمن استأجر دابة إلى القادسية فأردف رجلاً خلفه، فعطبت الدابة ضمن بقدر الزيادة، وفي «القدوري» يقول: المستأجر يضمن النصف، سواء كان الثاني أخف أو أثقل. قال الإمام الزاهد فخر الإسلام علي البزدوي رحمه الله: وحاصل ذلك: أن يعتبر الحزر والظن، فإن أشكل يعتبر العدد، وإن حمل عليها مع نفسه صغيراً لا يمكنه استعمال الدابة، ولا تصريفها ضمن بحساب ما زاد، لأن الصغير إذا كان بهذه المثابة، فحمله وحمل شيئاً آخر سواء، وإن حمل عليها مع نفسه شيئاً آخر، وبلغت الدابة ضمن بقدر الزيادة تحرر القاضي الراكب ويزن ما حمل مع نفسه أو يرجع في ذلك إلى من له مهارة يعرف أن هذا الحمل كم يزيد على قدر ركوبه، كذا هاهنا. ينظر: ابن مازة، المحيط البرهاني، مصدر سابق، ج7، ص569.

(8) سقط من: (ت) و(ك) و(س) و(م) و(ع).

(9) فُسْطَاط مأخوذة من فسط، قال الليث: الفسيط: غلاف ما بين القمح والنواة، والواحدة فسيطة، والفسطاط: ضرب من الأبنية، او بيتٌ من شَعَرٍ. وهو مجتمع أهل الكورة حوالي مسجد جماعتهم، يقال: هؤلاء أهل الفسطاط، وكل مدينة فسطاط، ومنه قيل لمدينة مصر التي بناها عمرو بن العاص: الفسطاط. ينظر: ابن سيده، علي بن إسماعيل(2000م)، المحكم والمحيط الأعظم (ت: عبد الحميد هنداوي)، ط1، ج8، ص438، دار الكتب العلمية، بيروت.

(10) في (ن): (فعطب فضمن).

وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ: لَا يَضْمَنُ؛ لِأَنَّهُ لِلسُّكْنَى فَصَارَ كَالدَّارِ، وما لَا يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ المسْتَعْمِلِ، فَإِنَّ تَقْيِيدُهُ لَا يُفِيدُ لِعَدَمِ التَّفَاوُتِ.

ولَوْ سَمَّى كُرَّ[1] بُرٍ، فَحَمَلَ كُرَّاً مِنْ غَيْرِهِ فعَطِبَتْ، فَإِنْ كَانَ مِثْلَ البُرِّ فِي الضَّرَرِ أَوْ أَخَفَّ [مِنْهُ][2]، كَالشَّعِيرِ، والسِّمْسِمِ لَا يَضْمِنُ؛ لِدُخُوْلِهِ تَحْتَ الْإِذْنِ ظَاهِراً، وَإِنْ كَانَ أَضَرَ مِنْ البُرِ كَالْمِلْحِ يَضْمِنُ؛ لِأَنَّ الرِّضَى بِشَيءٍ لَا يَكُونَ رِضَاً بِمَا هُوَ أَضَرَ مِنْهُ.

فَصْـلٌ، يُفْسِدُهَا شُرُوطٌ تُفْسِدُ الْبَيْعَ فَيَجِبُ أَجْرُ الْمِثْلِ، لَا يُزَادُ عَلَى الْمُسَمَّى.....

وَلَوْ اسْتَأْجَرَ دَابَّةً لِيَحْمِلَ عَلَيْهَا مِقْدَاراً مِنْ الْقُطْنِ، فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَحْمِلَ عَلَيْهَا مِثْلَ وَزْنِهِ حَدِيْدَاً؛ [لِأَنَّهُ أَضَرُ][3]؛ لِأَنَّ الْقُطْنَ يَنْبَسِطُ [عَلَى ظَهَرِ الدَّابَّةِ، وَالحَدِيْدُ يَجْتَمِعُ فِي مَوْضِعٍ وَاحِدٍ، فَلَا يَكُونُ الرِّضَى بِالْقُطْنِ][4] رِضَاً بِالحَدِيْدِ.

(فَصْـلٌ) [فِي الْإِجَارَةِ الْفَاسِدَةِ]

(يُفْسِدُهَا[5]) أَيْ الْإِجَارَةَ[6] **(شُرُوطٌ تُفْسِدُ[7] الْبَيْعَ[8])** وهِيَ الشُّرُوطُ الَّتِي لَا يَقْتَضِيهَا الْعَقْدُ الَّذِي وَقَعَتْ فِيْهِ؛ لِأَنَّ الْإِجَارَةَ فِي الْمَنَافِعِ بِمَنْزِلَةِ الْبَيْعِ فِي الْأَعْيَانِ، وَلِهَذَا تُقَالُ وَتُفْسَخُ.

---

(1) الكُرُّ: مكيال لأهل العراق، وهو عند أهل العراق ستون قفيزاً، ويكون بالمصري أربعين إردباً. والكر: ستون قفيزاً، والقفيز ثمانية مكاكيك، والمكوك صاع ونصف. قال الأزهري: والكُرُّ من هذا الحساب اثنا عشر وسقاً، كل وسق ستون صاعاً. ينظر: ابن منظور، لسان العرب، ج5، ص 137.

(2) سقط من:(ن).

(3) سقط من:(أ).

(4) سقط من:(ك).

(5) فرق الحنفية بين الفاسد والباطل مخالفين بذلك الشافعية والحنابلة الذين قالوا: إن الفاسد والباطل مترادفان. وعلى هذا فإن الإجارة الباطلة عند الحنفية هي: "الإجارة التي لم تشرع بأصلها ولا وصفها". وقيل هي: التي "فقد فيها شرط من شروط الانعقاد. أَمَّا الإجارة الفاسدة فهي: "المشروعة بأصلها دون وصفها" وقيل هي: " التي فاتها شرط من شروط الصحة"، والمقصود بالمشروع بأصله دون وصفه: "أي ما عَرِضَ عليه من الجهالة، أو اشتراط شرط لا يقتضيه العقد حتى لو خلا عنه كان صحيحاً" . ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج4، ص 218. والسيوطي عبد الرحمن بن أبي بكر(1990م)، الأشباه والنظائر، ط1، ص286، دار الكتب العلمية، بيروت. وابن اللحام، علي بن محمد بن عباس(1999م)، القواعد والفوائد الأصولية وما يتبعها من الأحكام الفرعية (ت: عبد الكريم الفضيلي)، ط1، ص 110، المكتبة العصرية، بيروت. وابن عابدين، حاشية ابن عابدين، مصدر سابق، ج9، ص 62

(6) لما فرغ من بيان الإجارة الصحيحة شرع في بيان الفاسدة وفي بيان ما يكون مفسدا ولا يخفى أن ذكر الإجارة الفاسدة بعد صحيحها لا يحتاج إلى معذرة فهي في محلها كما لا يخفى وعبر بالفاسد دون الباطل لكثرة فروعه وذكر خلاف ما ترجم له. ينظر: ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج8، ص19.

(7) في (ك): ما فسد.

(8) ويفسد البيع سبعة اشياء: (أحدها): جهالة الثمن (الثاني) جهالة الاجل (الثالث) جهالة المبيع (الرابع) شرط الخيار اذا كان اكثر من ثلاثة ايام في قول ابي حنيفة (الخامس) ان يشترط في البيع شرط تكون فيه منفعة للبائع وهو ان يقول بعتك هذا الشيء على تقرض لي قرضا (السادس) ان يشترط فيه منفعة للمشتري وهو ان يقول المشتري اشتريت منك على ان تحمله الى داري (السابع) ان يشترطا شرطا يكون فيه منفعة للمبتاع. ينظر: السُّغْدي، النتف في الفتاوى، مصدر سابق، ج1، ص473.

والشُّرُوطُ الَّتِي لَاْ يَقْتَضِيهَا الْبَيْعُ يُفْسِدُهَا[1] فَكَذَا الشُّرُوطُ الَّتِي لَاْ يَقْتَضِيهَا الْإِجَارَةُ يُفْسِدُهَا، **(فَيَجِبُ أَجْرُ الْمِثْلِ، لَاْ يُزَادُ عَلَى الْمُسَمَّى[2])**[3].

وقَالَ زُفَرُ، وَالشَّافِعِيُّ، وَمَالِكٌ، وَأَحْمَدُ ـ رَحِمَهُمْ اللـهُ تَعَالَى ـ: فِي الْإِجَارَةِ الفَاسِدَةِ يَجِبُ أَجْرُ الْمِثْلِ بَالِغَاً مَا بَلَغْ؛ لِأَنَّ الْمَنَافِعَ مُتَقَوَمَةٌ[4]، وَقَدْ تَعَذَّرَ إِيجَابُ الْمُسَمَّى لِلْفَسَادِ فَيَجِبُ المَصِيْرُ إِلَى القِيمَةِ.

وَلَنَا: أَنَّ الْمَنَافِعَ لَاْ تَتَقَوَّمُ بِنَفْسِهَا؛ لأَنَّ التَّقَوُّمَ يَسْتَدْعِيَ سَبْقَ الإِحْرَازِ، وَهِيَ لَاْ تَبْقَى، وَمَا لَا يَبْقَى لَاْ يُحْرَزُ[5]، وَإِنَّمَا تَصِيْرُ مُتَقَوَّمَةً بِالْعَقْدِ لِضَرُوْرَةِ حَاجَةِ النَّاسِ، وَالضَرُورَةُ يُكْتَفَى بِهَا / فِي الصَّحِيحِ [دُونَ الفَاسِدِ[6].

367/ب

إِلَّا أَنَّ الفَاسِدَ مِنْ كُلِّ عَقْدٍ مُلْحَقٌ بِصَحِيْحِهِ؛ لِأَنَّ الفَاسِدَ مَشْرُوْعٌ بِأَصْلِهِ][7] دُونَ وَصْفِهِ، وَفِي تَمْيِيْزِهِ عَنْ الصَّحِيحِ حَرَجٌ، فَيُعْتَبَرُ فِي الفَاسِدِ مِنْ الْإِجَارَةِ مَا يُعْتَبَرُ فِي صَحِيْحِهَا مِنْ الْبَدَلِ، وَهُوَ[8] أَجْرُ الْمِثْلِ[9]، إِلَّا أَنَّهُمَا إِذَا اتَّفَقَا عَلَى مِقْدَارٍ فَقَدْ أَسْقَطَا الزِّيَادَةَ عَلَيْهِ، وَإِذَا نَقَصَ أَجْرُ الْمِثْلِ، لَمْ يَجِبْ زِيَادَةُ الْمُسَمَّى؛ لِفَسَادِ التَّسْمِيَةِ[10].

وَفِي «شَرْحِ الوَافِي»:((تَفْسُدُ الْإِجَارَةُ بِالشَّرْطِ، مِثْلُ أَنْ يَسْتَأْجِرَ رَحَى مَاءٍ عَلَى أَنَّهُ إِنْ انْقَطَعَ المَاءُ فَالْأَجْرُ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ هَذَا الشَّرْطُ مُخَالِفٌ لِمُوجَبِ الْعَقْدِ؛ لِأَنَّ مُوْجَبَهُ أَنْ لَاْ يَجِبُ الْأَجْرُ إِلَّا بِالتَّمَكُنِ مِنْ اسْتِيْفَاءٍ[11] لِلْمَعْقُوْدِ عَلَيْهِ، وَكُلُّ شَرْطٍ يُخَالِفُ مُوجِبَ الْعَقْدِ هُوَ سَبَبٌ لِلْمُنَازَعَةِ، وَالْإِجَارَةُ بُنِيَتْ[12] عَلَى المُضَايَقَةِ[13]، فَتَفْسُدُ بِالشَّرْطِ كَالْبَيْعِ[14]))[15].

---

(1) في (ن): مفسدة.

(2) للحنفية تفصيل في مقدار الواجب من الأجرة في الإجارة الفاسدة، حيث قالوا: إن كان فساد الإجارة ليس بناشئ عن مجهولية البدل، وإنما هو ناشئ عن عدم وجود بعض شرائط الصحة الأخرى مع كون البدل معلوماً فإنه في هذه الحالة يلزم أجر المثل بشرط أن لا يتجاوز المسمى، فإذا زاد أجر المثل على المسمى وجب المسمى. فإن لم يكن هناك مسمى فيجب أجر المثل بالغاً ما بلغ. ينظر: الكاساني، البدائع، مصدر سابق، ج4، ص 218. وعلي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، مصدر سابق، ج1، ص 440.

(3) (صورته): اذا استأجر رجلا ليأتيه بالعلف من بعض المطامير، ولم يسم له مطمورة بعينها، فأتاه بعد ذلك فله أجر مثله لا يجاوز به ما سمى له من الأجر لأن العقد كان فاسدا لجهالة المعقود عليه وهو ذهابه ومجيئه والحكم في الإجارة الفاسدة وجوب أجر المثل، بعد إيفاء المعقود عليه، وكذلك لو لم يجد شيئا فرجع إليه. ينظر: السرخسي، محمد بن أحمد(1971م)، شرح السير الكبير، ص1235، الشرقية للإعلانات، القاهرة.

(4) في (ك): متفرقة.

(5) في (ك): يجوز .

(6) قال الطحاوي: في الإجارة الصحيحة يستحق ملك المنافع عند حدوثها فإذا طرأت في يده استحق عليه الأجر وإذا سلم استحق أيضا كالمبيع وأما الإجارة الفاسدة فلم توجب استحقاق المنافع عند حدوثها فلا يستحق عليه الأجر بالتسليم دون حصولها له. ينظر: الطحاوي، مختصر اختلاف العلماء، ج4، ص133.

(7) [ولذا] زيادة: (أ) و(ع) و(ب).

(8) في (ن): وهي.

(9) (صورته): إذا استأجر شخص دارا شهرا فقط بمائة قرش وسكن فيها شهرين لزمه الأجر المسمى في الشهر الأول وهو المائة القرش وأجر المثل في الشهر الثاني إذا كانت معدة للاستغلال وإذا دفع المستأجر أجرة الشهر الثاني للمؤجر فليس له استردادها. ينظر: علي حيدر، شرح مجلة الاحكام،ج1، ص540.

(10) (صورته): اذا أجر رجل دار أن يؤذن لهم سنة، فيكون بدل الايجار رفع الاذان. ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج16، ص46.

(11) في (أ) و (ب): الاستيفاء.

(12) في (ك): تثبت.

(13) بين المتبايعين، لأن كلاً منهما يضيق على الآخر في أمور العقد. ينظر: العيني، البناية شرح الهداية، مصدر سابق، ج5، ص171.

(14) [وليعلم] ان الشرط في البيع على وجهين:
شرط يوجبه عقد البيع والملك، فانه لا يفسد البيع كقوله: بعتك هذا الشيء على شرط ان تقبله مني او تطعمه.
وشرط لا يوجبه عقد البيع، فهو على وجهين: (احدهما) لا يفسد البيع: وهو على ستة أوجه: (1) شرط الخيار (2) نقد الجنس كقوله: بعتك على ان تنقدني من ثمنه ذهبا (3) شرط الرهن كقوله: بعتك على ان ترهن لي قيمته رهنا مسمى فان لم يكن الرهن مسمى فالبيع لا يجوز (4) شرط الاجل وينبغي ان يكون الاجل معلوما، (5) شرط الكفالة بان يكون الكفيل معلوما مسمى حاضرا فاذا كان مسمى ولم يكن حاضرا فلا يجوز، (6) شرط الرؤية. (ثانيها) يفسده: وهو على ثلاثة اوجه: (1) ان يكون فيه منفعة للبائع (2) او المشتري (3) او للمبتاع . ينظر: السُّغْدي، النتف في الفتاوى، مصدر سابق، ص476-479.

(15) انتهى كلامه. ينظر: النسفي، الكافي، ق98/أ.

وَفِي «الذَّخِيرَةِ»:((وَهَذَا الحُكْمُ إِذَا كَانَ فَسَادُ الْإِجَارَةِ بِسَبَبِ شَرْطٍ فَاسِدٍ لَا [بِاعْتِبَارِ جَهَالَةِ الْمُسَمَّى، وَلَا بِاعْتِبَارِ عَدَمِ التَّسْمِيَةِ، حَتَّى لَوْ كَانَ] [1] بِاعْتِبَارِ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَجِبُ الْأَجْرُ بَالِغاً مَا بَلَغَ))[2].

وَفِي «شَرْحِ الْكَنْزِ»:(([بَعْدَ هَذَا، وَكَذَا][3] إِذَا كَانَ بَعْضُهُ مَعْلُوْماً، وَبَعْضُهُ غَيْرَ مَعْلُوْمٍ مِثْلُ أَنْ يُسَمِّيَ دَابَّةً، أَوْ ثَوْباً، أَوْ يَسْتَأجِرَ الدَّارَ أَوْ الْحَمَّامَ عَلَى أُجْرَةٍ مَعْلُومَةٍ، بِشَرْطِ أَنْ يَعْمُرُهَا، أَوْ يُرَخِّمَهَا، وَقَالَوا إِذَا اسْتَأْجَرَ دَارَاً عَلَى أَنْ لَا يَسْكُنَهَا الْمُسْتَأْجِرُ، فَسَدَتْ الْإِجَارَةُ، وَعَلَيْهِ إِنْ سَكَنَهَا، أُجْرَةُ الْمِثْلِ بَالِغاً مَا بَلَغَ))[4].

وَلَوْ اسْتَأْجَرَ شَيْئًا، ثُمَّ أَجَّرَهُ قَبْلَ قَبْضِه، لَا يَجُوزُ بِلَا خِلَافٍ، وَقِيلَ: يَجُوزُ فِي العَقَارِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وإِنْ أَجَّرَهُ بَعْدَ الْقَبْضِ يَجُوزُ بِلَا خِلَافٍ، فَإِنْ كَانَتْ الْأُجْرَةُ الثَّانِيةُ أَكْثَرُ، لَا يَطِيْبُ لَهُ الْفَضْلُ عِنْدَنا، وعِنْدَ الثَّوْرِيِّ، وَالشَّعْبِيِّ[5]، وَالنَّخَعِيِّ، وَابْنِ الْمُسَيِّبِ، وَأَحْمَدَ، فِي رِوَايَةٍ[6].

وَصَحَّ إِجَارَةُ دَارٍ كُلَّ شَهْرٍ بِكَذَا، بِلَا بَيَانِ الْمُدَّةِ فِي وَاحِدٍ فَقَطْ

وَيَطِيْبُ لَهُ عِنْدَ الشَّافِعِيِّ[7]، وَأَحْمَدَ[8]، وَأَبِي ثَوْرٍ، وَعَطَاءٍ[9]، وَالحَسَنِ[10]، وَالزُّهْرِيِّ ــ رَحِمَهُمُ اللهُ تَعَالَى ــ ؛ لِمِلْكِهِ الْمَنْفَعَةَ بِعَقْدِ الْإِجَارَةِ.

وَلَنَا: أَنَّهُ رِبْحُ مَالَمْ يَضْمَنْ، وَهُوَ مَنْهِيٌّ عَنْهُ.

(وَصَحَّ إِجَارَةُ دَارٍ[11] كُلَّ شَهْرٍ بِكَذَا، بِلَا بَيَانِ الْمُدَّةِ فِي) شَهْرٍ**(وَاحِدٍ)؛** لِتَعَذُّرِ الْعَمَلِ بِالعُمُوْمِ **(فَقَطْ)** أَيْ وَلَا يَصِحُّ فِي غَيْرِ الشَّهْرِ، إِلَّا أَنْ يُسَمِّيَ جُمْلَةً مَعْلُومَةً مِنْ الشُّهُورِ، فَيَصِحُّ فِيهَا لِلْعِلمِ بِالْمُدَّةِ.
وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ فِي الإِمْلَاءِ، وأَحْمَدُ[12]، وَاخْتَارَهُ الْإِصْطَخْرِيُّ[13][14].

---

(1) سقط من:(ك).

(2) انتهى كلامه. ينظر: ابن مازة، الذخيرة البرهانية، ق536/ب.

(3) هذا الكلام غير موجود في شرح الكنز. ينظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج5، ص 121.

(4) انتهى كلامه. ينظر: المصدر السابق.

(5) هو عامر بن شراحيل الشَّعْبيّ الكوفي، أبو عمرو، ثقة، مشهر، فقيه، من كبار التابعين وجلتهم، علامة أهل الكوفة في زمانة، ولد سنة(21هـ) روى عن خمس ومائة من أصحاب رسول الله ﷺ، قال مكحول: ما رأيت أفقه منه، توفي سنة (109هـ). ينظر: السمعاني، الأنساب، مصدر سابق، ج8، ص106. وابن حجر، تقريب التهذيب، مصدر سابق،ج1، ص287. والشعراني، عبد الوهاب بن أحمد (1315هـ)، الطبقات الكبرى، ط1، ج1، ص37، مطبعة محمد المليجي الكتبي، القاهرة.

(6) ينظر: ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج5، ص334.

(7) ينظر: والشيرازي، المهذب، مصدر سابق، ج7، ص396. والنووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج5، ص182.

(8) ينظر: ابن قدامة، الكافي، مصدر سابق، ج2، ص183.

(9) هو: عطاء بن أبي رباح القرشي، مفتي الحرم، ولد في أثناء خلافة عثمان، ونشأ بمكة حدث عن: عائشة، وأم سلمة، وأبي هريرة، وابن عباس، وحدث أيضا عن: سالم، ومجاهد، وعروة، وعدة، حدث عنه: مجاهد والزهري، وقتادة، قال ابو حنيفة: ما رأيت أحدا أفضل من عطاء، ت (114هـ). ينظر: الذهبي، سير أعلام النبلاء، مصدر سابق، ج5، ص81. والذهبي، تاريخ الاسلام، مصدر سابق، ج3، ص277.

(10) هو: الحسن بن أبي الحسن يسار البصري، أبو سعيد، مولى زيد بن ثابت، شيخ أهل البصرة التابعي العالم الفقيه ولد لسنتين بقيتا من خلافة عمرﷺ، نشأ بوادي القرى، كانت أم سلمة تبعث أمه في الحاجة، فيبكي، فتسكته أم سلمة بثديها، وتخرجه إلى أصحاب رسول الله ﷺ وهو صغير وكانت أمه منقطعة إليها، فكانوا يدعون له، فأخرجته إلى عمرﷺ، فدعا له، وقال: اللهم فقهه في الدين، وحببه إلى الناس وحضر الجمعة مع عثمانﷺ، وشهد يوم الدار، توفي (100هـ). ينظر: ابن سعد، الطبقات الكبرى، مصدر سابق، ج 7، ص 178. والذهبي، السير، مصدر سابق، ج4، ص565.

(11) في (ك): من.

(12) ينظر: الخرقي، مختصر الخرقي، مصدر سابق، ص79. وابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج5، ص323.

(13) هو الحسن بن أحمد بن يزيد الإصطخري، أبو سعيد: فقيه شافعيّ، ولد سنة(244هـ) كان من نظراء ابن سريج، ولي قضاة قم، ثم حسبة بغداد. واستقضاه المقتدر على سجستان. قال ابن الجوزي: له كتاب في «القضاء» لم يصنف مثله. وقال السنوي: استحسنه الأئمة، وكانت في أخلاقه حدة، له من الكتب «الفرائض الكبير»، و «الشروط والوثائق والمحاضر والسجلات» توفي (328هـ). ينظر: ابن خلكان، وفيات الاعيان ، مصدر سابق، ج1، ص129. والاسنوي، طبقات الشافعية، مصدر سابق، ج2، ص193.والذهبي، سير اعلام النبلاء، مصدر سابق، ج15، ص251.

(14) ينظر: العيني، البناية شرح الهداية، مصدر سابق، ج10، ص271.

وَإِذَا تَمَّ الشَّهْرُ كَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْا فَسْخُ الْإِجَارَةِ؛ لِانْتِهَاءِ الْعَقْدِ الصَّحِيحِ مِنْ غَيْرِ مَحْضَرِ صَاحِبِهِ عَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ، وَبِمَحْضَرِهِ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ، ومُحَمَّدٍ.

وَقِيلَ: لَا تُفْسَخُ إِلَّا بِمَحْضَرِ صَاحِبِهِ بِالِاتِّفَاقِ، وقَالَ الشَّافِعِيُّ فِي الْأَصَحِّ[1]: الْإِجَارَةُ بَاطِلَةٌ؛ لِأَنَّ الْمُدَّةَ مَجْهُولَةٌ، وَقَالَ مَالِكٌ[2]: الْإِجَارَةُ صَحِيحَةٌ، وَكُلُّمَا مَضَى شَهْرٌ اسْتَحَقَّ الْأَجْرَ؛ لِأَنَّ الْمَنَافِعَ مُقَدَّرَةٌ بِتَقْدِيرِ الْأَجْرِ، فَلَا يُحْتَاجُ إِلَى ذِكْرِ الْمُدَّةِ[3].

وَلَنَا: أَنَّ تَصْحِيحَ الْعَقْدِ لَا يُمْكِنُ عَلَى جُمْلَةِ الشُّهُورِ؛ لِجَهَالَتِهَا، وَلَا عَلَى عَدَدٍ مُعَيَّنٍ لِعَدَمِ أَوْلَوِيَّةِ بَعْضِ العَدَدِ عَلَى بَعْضٍ فَيَتَعَيَّنُ الوَاحِدُ.

وَهَذَا مَعْنَى قَوْلِهِمْ: إِنَّ كَلِمَةَ «كُلْ» إِذَا دَخَلَتْ عَلَى مَا لَا يُعْرَفُ مُنْتَهَاهُ، يُرَادُ بِهَا أَدْنَاهُ[4]، وَصَارَ كَبَيْعِ صُبْرَةٍ مِنْ طَعَامٍ،/ كُلُّ قَفِيزٍ بِدِرْهَمٍ، حَيْثُ يَجُوزُ الْبَيْعُ فِي[5] قَفِيزٍ وَاحِدٍ وَيَفْسَدُ [فِي][6] الْبَاقِي عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، لِأَنَّهُ سَوَّى بَيْنَ الْمَسْأَلَتَيْنِ، وَهُمَا وَافَقَاهُ فِي الشُّهُورِ[7]؛ لِعَدَمِ تَنَاهِيْهَا، وَخَالَفَا فِي الصُّبْرَةِ لِتَنَاهِي[8] قُفْزَانِهَا[9]. 368/أ

وَفِي كُلِّ شَهْرٍ يُسْكَنُ فِي أَوَّلِهِ....

(وَ) صَحَّتْ [أَيْضًا][10] (**فِي كُلِّ شَهْرٍ يُسْكَنُ فِي أَوَّلِهِ**) ولم يَكُنْ لِلْمُؤَجِّرِ أَنْ يُخْرِجَهُ إِلَى أَنْ يَنْقَضِيَ[11]، إِلَّا بِعُذْرٍ[12]، وَبِهِ قَالَ أَحْمَدُ[13]؛ لِأَنَّهُ بِهَذَا الْقَدْرِ مِنْ السُكْنَى صَارَ مَعْلُومًا، فَيَتُمَّ الْعَقْدُ [فِيْهِ][14]، فَكَانَ كَالْبَيْعِ بِالْمُعَاطَاةِ[15].

---

(1) ينظر: الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج4، ص259. والجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب، مصدر سابق، ج8، ص116.

(2) ينظر: ابن عبد البر، الكافي، مصدر سابق، ج2، ص744.

(3) واختلفت عبارة المشايخ في تخريج المسألة:
فبعضهم قال: أن الإجارة في الشهر الأول جائزة، فأما فيما عدا ذلك من الشهور فالإجارة فاسدة لجهالة المدة إلا أنه إذا جاء الشهر الثاني، ولم يفسخ كل واحد منهما الإجارة في رأس الشهر جازت الإجارة في الشهر الثاني؛ لأن الشهر الثاني صار كالشهر الأول.
وبعضهم قال: لا، بل الإجارة جائزة في الشهر الثاني والثالث كما جازت في الشهر الأول، وإطلاق محمد في ((الكتاب)) يدل عليه وإنما جازت الإجارة فيما وراء الشهر الأول وإن كانت المدة مجهولة لتعامل الناس من غير نكير منكر، وإنما يثبت الخيار لكل واحد منهما رأس كل شهر، وإن كانت الإجارة جائزة فيما زاد على الشهر الأول لنوع ضرورة بيانها أن موضوع الإجارة أن لا تزيل الرقبة عن ملك المؤجر ولا تجعلها ملكا للمستأجر. ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج9، ص94.

(4) فإذا تم كان لكل واحد منهما أن ينقض الإجارة.

(5) في (ك): من.

(6) سقط من(ك)

(7) في (ك): المشهور .

(8) في(ك): فتناهي.

(9) وعزا الامام أبو المعالي ابن مازة هذا القاعدة لابي حنيفة - رحمه الله -.
و(صورتها): أجرتك هذه الدار كل شهر، وكما في قوله لامرأة الغير: كفلت لك عن زوجك نفقة كل شهر، وإذا تناول واحداً من الجملة صار بائعاً شاة واحدة من القطيع وثوباً من الجراب وذرعاً واحداً من الثوب أو الدار وقفيزاً واحداً من الصبرة وجوزاً واحداً من الجوزات الكبيرة، إلا أن بيع شاة واحدة من القطيع، وبيع ثوب واحد من الجراب، وبيع ذراع من الثوب أو من الدار لا يجوز بيع قفيز واحد من الصبرة يجوز فكذا ههنا. ينظر: ابن مازة، المحيط البرهاني، مصدر سابق، ج6، ص364.

(10) سقط من:(ك).

(11) أي الشهر.

(12) لأن التراضي منهما بالعقد في الشهر الثاني يتم إذا سكنها يوما أو يومين فيلزم العقد فيه بتراضيهما كما لزم في الشهر الأول. ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج15، ص131.

(13) ينظر: الخرقي، مختصر الخرقي، مصدر سابق، ص79. وابن قدامة، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج5، ص334. والزركشي، شرح المختصر، مصدر سابق، ج4، ص228.

(14) سقط من:(ك).

(15) الْمُعَاطَاةُ: مفاعلة، من عطوت الشيء، تناولته. وبيع المعاطاة: وضع الثمن وأخذ المثمن عن تراض منهما في المجلس، وهو يفيد أنه لا بد من إعطاء من الجانبين وعليه الأكثر كما ذكره الطرسوسي وأفتى به الحلواني، وفي((البزازية)): أنه المختار لكن في ((التنوير)): ويكتفى

وَالْمُرَادُ بِأَوَّلِ الشَّهْرِ أَوَّلُهُ عُرْفَاً، وَهُوَ اللَّيْلَةُ الْأُوْلَى مِنْ الشَّهْرِ وَيَوْمُهَا، وَهُوَ ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ، وبِهِ يُفْتَى[1]، لَأْ السَّاعَةُ الَّتِي يَهِلُّ[2] فِيهَا الْهِلَالُ عَلَى مَا قَالَ بَعْضِ الْمُتَأَخِرِيْنَ؛ لِأَنَّ فِي اعْتِبَارِ ذَلِكَ حَرَجَاً[3]؛ وَلِأَنَّ الْمَقْصُودَ هُوَ الْفَسْخُ فِي رَأْسِ الشَّهْرِ، وَهُوَ عِبَارَةٌ عَنْ اللَّيْلَةِ الْأُوْلَى، وَيَوْمُهَا عُرْفَاً.

وَلَوْ فَسَخَ فِي اثْنَاءِ الشَّهْرِ، لَمْ يَنْفَسِخْ، [وَقِيلَ ينَفْسِخَ][4] إذا خَرَجَ الشَّهْرُ؛ لِأَنَّهُ أَمْكَنَ تَوْقِيْفَهُ[5] إلَى وَقْتٍ، يَمْلِكُ فِيْهِ الْفَسْخَ[6].

وَإِنْ سَمَّى أَوَّلَ الْمُدَّةِ فَذَاْكَ وَإِلَّاْ فَوَقْتُ الْعَقْدِ، فَإِنْ كَانَ حِينَ يُهِلُّ اعْتُبِرَ الأَهِلَّةُ وَإِلَّاْ فَالْأَيَّامُ .....

وَلَوْ قَدَّمَ أُجْرَةَ عَدَدٍ مِنْ الشُّهُورِ، وَقَبَضَهَا الْمُؤَجِّرُ، لَأْ يَكُونُ لِوَاحِدٍ مِنْهُمْا الْفَسْخُ فِي ذَلِكَ العَدَدِ؛ لِأَنَّ الجَهَالَةَ فِيْهِ زَالَتْ، فَكَانَ كَالْمُسَمَّى فِي العَقْدِ.

وَإِنْ اسْتَأْجَرَ دَارَاً سَنَةً بِقَدْرٍ مُعَيْنٍ، صَحَّ وَإِنْ لَمْ يُسَّمِ قَسَطَ كُلَّ شَهْرٍ[7] مِنْ الْأَجْرَةِ؛ لِأَنَّ المُدَّةَ مَعْلُومَةٌ أَلَا تَرَى أَنَّ إجَارَةَ شَهْرٍ وَاحِدٍ تَصُحُ، وَإِنْ لَمْ يُسَّمِ قَسَّطَ كُلَّ يَوْمٍ.

(وَإِنْ سَمَّى أَوَّلَ الْمُدَّةِ فَذَاْكَ) [أَيْ فمَا سَمَّى أَوَّلَهَا **(وَإِلَّاْ)**][8] أَيْ وَإِنْ لَمْ يُسَّمِ أَوَّلَ المُدَّةِ **(فَوَقْتُ الْعَقْدِ)** هُوَ أَوَّلُها؛ لِأَنَّ الْأَوْقَاتَ لمَّا تَسَاوَتْ بِالنِّسْبَةِ إلَى ذَلِكَ الْعَقْدِ، تَعَيَّنَ الزَّمَانُ الَّذِي يَعْقُبُهُ، كمَا إذَا حَلَفَ لَأْ يُكَلِّمَ فُلاناً شَهْرَاً[9]، بِخِلَافِ مَا إذَا نَذَرَ أَنْ يَصُوْمَ شَهْرَاً[10]، حَيْثُ لَأْ يَتَعَيَّنُ الشَّهْرُ

بالإعطاء من أحد الجانبين على الأصح إذا لم يصرح مع التعاطي بعدم الرضى، وفي ((المنح)): هكذا صححه الكمال في ((الفتح)): ونص محمد على أن بيع التعاطي يثبت بقبض أحد البدلين وبهذا ينتظم المبيع والثمن، وفي ((القاموس)): وغيره التعاطي التناول وهو إنما يقتضي الإعطاء من جانب والأخذ من جانب لا الإعطاء من الجانبين كما فهم الطرسوسي، وفي ((الكرخي))وبه يفتى واكتفى الكرماني بتسليم المبيع مع بيان الثمن أما إذا دفع الثمن ولم يقبض فلا يجوز (في النفيس) كالعبيد والجواهر (والخسيس) كاللحم والخبز (وهو الصحيح) احتراز عن قول الكرخي فإنه قال إنما ينعقد بالخسيس دون النفيس. ينظر: الجوهري، الصحاح، مصدر سابق، ج2، ص212. وشيخ زاده، مجمع الأنهر، مصدر سابق، ج2، ص5.

(1) لأن ذلك رأس الشهر. ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج15، ص131.

(2) في (أ): هل.

(3) فلدفع الحرج قال: الخيار لكل واحد منهما في اليوم الأول من الشهر. المصدر السابق.

(4) سقط من: (ك).

(5) في (ن): توفيقه.

(6) [وليعلم] أن مشايخنا قد اختلفوا في وقت الفسخ بعد تمام الشهر قال بعضهم: لكل واحد منهما حق الفسخ حين يتم الشهر الأول، أعني حين يهل الهلال حتى إذا سكن من الشهر الثاني ساعة لا يبقى حق الفسخ بعد ذلك، وإليه ذهب القدوري وبعض مشايخنا، وقال الصدر الشهيد في " الواقعات " والصحيح أن يفسخ في الليلة الأولى واليوم الأول من الشهر الثاني والثالث، فإن خيار الفسخ إنما يثبت له في أول شهر، وأول الشهر هذا. وقال بعض مشايخنا: له الفسخ في الليلة الأولى ويومها، واختاره صاحب ((الهداية)). ينظر: العيني، البناية شرح الهداية، مصدر سابق، ج10، ص273.

(7) في (ن): يوم.

(8) سقط من:(ك).

(9) والله لا أكلم فلانا شهرا؛ أنه يتعين الشهر الذي يلي اليمين، وكذا الإجارة بأن أجر داره شهرا، فإنه يتعين الشهر الذي يلي العقد؛ لأن غرض الحالف منع نفسه عن الكلام، والإنسان إنما يمنع نفسه عن الكلام مع غيره؛ لإهانته والاستخفاف به لداع يدعوه إلى ذلك الحال، والإجارة تنعقد للحاجة إلى الانتفاع بالمستأجر، والحاجة قائمة عقيب العقد، فيتعين الزمان المتعقب للعقد لثبوت حكم الإجارة، ويجوز تعيين المبهم عند قيام الدليل المعين. ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج5، ص94.

(10) كيفية ثبوته فالنذر لا يخلو إما إن أضيف إلى وقت مبهم، او إلى وقت معين، فالمضاف إلى وقت مبهم قوله: لله علي أن أصوم شهرا ولا نية له، فحكمه هو حكم الأمر المطلق عن الوقت، فعند الامام وأبي يوسف يجب على الفور، وعند محمد وعامة مشايخنا ما وراء النهر

الَّذِي يَلِيَ النَّذْرَ؛ لِأَنَّ الصَّوْمَ يَخْتَصُّ الشُّرُوْعُ فِيْهِ بِبَعْضِ الْأَوْقَاتِ، فَإِنَّ[1] اللَّيْلَ لَيْسَ بِمَحَلٍ لَهُ، فَلَا يَتَعَيَّنُ مَا يَعْقُبُ سَبَبَهُ.

(فَإِنْ كَانَ) الْعَقْدُ **(حِينَ يُهِلُّ**[2]**)** أَيْ يُبْصَرُ الْهِلَالُ، فَـ«يُهِلُّ» بِضَمِ أَوَّلِهِ، وَفَتْحِ ثَانِيْهِ عَلَى بِنَاءِ الْمَفْعُوْلِ، وَالْمُرَادُ: الْيَوْمُ الْأَوَّلُ مِنْ الشَّهْرِ **(اعْتُبِرَ الْأَهِلَّةُ)** فِي شُهُوْرِ السَّنَةِ كُلِّهَا؛ لِأَنَّهَا هِيَ الْأَصْلُ فِي الشُّهُورِ، قَالَ اللـه تَعَالَى:{يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَهِلَّةِ قُلْ هِيَ مَوَاقِيتُ لِلنَّاسِ} [البقرة:189].

(وَإِلَّا) أَيْ: وَإِنْ لَمْ يَكُنْ الْعَقْدُ حِينَ يُهِلُّ، بِأَنْ كَانَ فِي اثْنَاءِ الشَّهْرِ**(فَالْأَيَّامُ)** أَيْ فَالْمُعْتَبَرُ فِي

كَالْعِدَّةِ.....

شُهُوْرِ السَّنَةِ كُلِّهَا الْأَيَّامُ[3]، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ، وَقَوْلٌ لِلشَّافِعِيِّ[4].

وَرِوَايَةٌ عَنْ أَحْمَدَ[5]، [وعِنْدَ مُحَمَّد، وَهُوَ رِوَايَة عَنْ أَبِي يُوسُفَ-][6]: الشَّهْرِ الْأَوَّلِ بِالْأَيَّامَ ويكمل مِنْ الشَّهْرِ الْأَخِيرِ والْبَاقِيَ بِالأَهَلْة؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ فِي اعْتِبَارِ الشُّهُورِ الأَهِلَّةُ، وَالْأَيَّامُ يُصَارُ إِلَيْهِا ضَرُورَةً، أَلَا يُرَى إِلَى قَوْلُهُ ﷺ :«صُومُوا لِرُؤْيَتِهِ وَأَفْطِرُوا لِرُؤْيَتِهِ، فَإِنْ غُمَّ عَلَيْكُمْ فَأَكْمِلُوا عِدَّةَ شَعْبَانَ»[7].

والضَرُورَةُ فِي الْأَوَّلِ مِنْ الشُّهُورِ، فَيُكَمَّلُ مِنْ أَيَّامِ الشَّهْرِ الْأَخِيرِ، وَيُعْتَبَرُ فِيمَا بَيْنَهُمَا بِالْأَصْلِ[8].

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ: [أَنَّه][9] لَمَّا [وَجَبَ تَتْمِيمُ الْأَوَّلِ بِالْأَيَّامِ قَبْلَ ابْتِدَاءِ الثَّانِي][10]، وَجَبَ تَتْمِيمُهُ مِنْ الثَّانِي؛ لِأَنَّهُ مُتَصِلٌ بِهِ، فَابْتِدَاءُ الثَّانِي بِالْأَيَّامِ / ضَرُورَةً، وَهَكَذَا إِلَى آخِرِ الْمُدَّةِ[11]. 368/ب

على التراخي والنذر وجد مطلقا عن الوقت والحكم يثبت على وفق السبب، فيجب عليه أن يصوم شهرا من عمره غير معين، وخيار التعيين إليه إلى أن يغلب على ظنه الفوت لو لم يصم فيضيق الوقت حينئذ.

(1) في (ك): لان.

(2) أهل الشهر واستهل ظهر هلاله وتبين، وهل الهلال وأَهَلَّ وأُهِلَّ واستُهِلَّ ظهر. ينظر: ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، ج11، ص 702، 703.

(3) والأيام بدل عن الأهلة، وإنما يصار إلى البدل إذا تعذر اعتبار الأصل، وهاهنا ممكن فكان له أن يسكنها إلى أن يهل الهلال من الشهر الداخل. ينظر: العيني، البناية شرح الهداية، مصدر سابق، ج10، ص274.

(4) ينظر: الشافعي، الأم، مصدر سابق، ج5، ص198.

(5) في (ك): لان.

(6) سقط من: (ك) و(ن).

(7) ينظر: الشيباني، المسند، مصدر سابق، رقم: 9376، ج15، ص221. النسائي، السنن الصغرى، كتاب الصيام، رقم: 2117، ج4، ص133. والبيهقي، السنن الكبرى، مصدر سابق، باب الصوم لرؤية الهلال، ج4، ص346.

(8) جاء في «الأصل»: إذا استأجر دارا سنة مستقبلة في بعض الشهر فإنه يسكن بقية هذا الشهر وأحد عشر شهرا بالأهلة ويتم الشهر الأول بالشهر الثاني. ينظر: ابن مازة، المحيط البرهاني، مصدر سابق، ج2، ص348.

(9) سقط من:(س).

(10) سقط من: (ت) و(ك) و(س) و(م) و(ع).

(11) (صورته): إذا استأجرها سنة أولها هذا اليوم وهو رابع عشرة مضين من الشهر(14/محرم) فإنه يسكنها بقية هذا الشهر وإحدى عشر شهرا بالأهلة وستة عشر يوما من الشهر الباقي(16/محرم) وهذا غلط، والصحيح ما ذكر في بعض الروايات استأجرها لأربع عشرة بقين من الشهر(14/محرم)؛ لأنه إذا كان الماضي من الشهر الأول أربع عشرة فقد سكنها بعد العقد ستة عشر يوما في ذلك الشهر فلا يسكنها في آخر المدة أربعة عشر يوما لتمام ثلاثين يوما وقد قال يسكنها ستة عشر يوما فعرفنا أن الصحيح لأربع عشرة بقين من الشهر(14/محرم). ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج15، ص133.

(كَالْعِدَّةِ) أَيْ كمَا يُعْتَبَرُ فِي الْعِدَّةِ إِذَا كَانَتْ بِالشُّهُورِ الأَهِلَّةُ، إِذَا كَانَ [ابْتِدَاءُ][1] الْعِدَّةِ، حِينَ يُهِلُّ الْهِلَالُ، والْأَيَّامُ إِذَا كَانَ ابْتِدَاؤُهَا فِي اثْنَاءِ الشَّهْرِ[2].

وَإِجَارَةُ الْحَمَّامِ، والْحَجَّامِ.....

(وَ) صَحَّ **(إِجَارَةُ الْحَمَّامِ[3]، والْحَجَّامِ)** [4] أَمَّا الْحَمَّامُ فَلِتَعَارُفِ النَّاسِ[5]، وَقَدْ رَوَى الحَاكِمُ فِي الْمُسْتَدْرَكِ عَنْ عَبْدِ اللهِ بِنْ مَسْعُوْدٍ أَنَّهُ قَالَ:« مَا رَأَهُ الْمُسْلِمُونَ حَسَنًا فَهُوَ عِنْدَ اللهِ حَسَنٌ»[6]، وَمَا فِيهَا مِنْ الجَهَالَةِ [فَهُوَ][7] سَاقِطٌ؛ لِمكَانِ الضَّرُورَةِ[8].

وَأَمَّا الْحَجَّامُ: فَمَنَعَ أَحْمَدُ اجَارَتَهُ[9]؛ لِمَا أَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ، عَنْ رَافِعِ بْنُ خَدِيجٍ [أَنَّ رَسُوْلَ اللهِ ﷺ قَالَ: «كَسْبُ الْحَجَّامِ خَبِيثٌ»[10].

وَالظِّئْرِ بِأَجْرٍ مُعَيَّنٍ.....

---

(1) سقط من:(ك).

(2) أن الوفاة أو الطلاق إذا اتفق في غرة الشهر اعتبرت الشهور بالأهلة وإن نقصت عن العدد في قول أصحابنا جميعا، فأما إذا حصل في بعض الشهر فقال أبو حنيفة: تعتبر بالأيام، فتعتد في الطلاق تسعين يوما، وفي الوفاة مائة وثلاثين يوما، وعن أبي يوسف روايتان: الاولى: مثل قول أبي حنيفة، والثانية: مثل قول محمد وهو قوله الأخير. ينظر: السمرقندي، تحفة الفقهاء، مصدر سابق، ج3، ص246.

(3) الحمام: مشتق من الحميم، مذكر، وهو أحد ما جاء من الأسماء على فعال كالجَبَّانِ، والجمع حمامات على القياس، هو الديماس- أي المكان المظلم الذي لا يرى الشمس ولا الريح، البناء الذي يغتسل فيه والاستحمام: الاغتسال بالماء الحار، وقيل: هو الاغتسال بأي ماء كان، والحمامي الشخص الذي يأخذ أجرة الحمام. وأول من وضعه نبي الله سليمان عليه السلام. المرسي حسن علي(2000م)، المحكم والمحيط الأعظم(ت: عبد الحميد هنداوي) ط1، ج2، ص552، دار الكتب العلمية، بيروت. ينظر: المُطَرِّزِيّ، المغرب في ترتيب المعرب، مصدر سابق، ج1، ص130. وابن عابدين، رد المحتار، مصدر سابق، ج6، ص51.

(4) روي عن عمارة بن عقبة أنه قال قدمت على عثمان بن عفان فسألني عن مالي فأخبرته أن لي غلمانا وحماما له غلة فكره لي غلة الحجامين وغلة الحمام فأما غلة الحمام فقد كرهه بعض العلماء، أخذا بظاهر الحديث، فقالوا الحمام بيت الشيطان فسماه رسول الله ﷺ:«شر بيت، تكشف فيه العورات، وتصب فيه الغسالات والنجاسات»، ومنهم من فصل بين حمام الرجال وحمام النساء فقالوا: يكره اتخاذ حمام النساء لأنهن منعن من الخروج وأمرن بالقرار في البيوت، واجتماعهن قلما يخلو عن فتنة وقد روي أن نساء دخلن على عائشة - رضي الله عنها - فقالت: أنتن من اللاتي يدخلن الحمام وأمرت بإخراجهن، والصحيح عندنا أنه لا بأس باتخاذ الحمام للرجال والنساء جميعا للحاجة إلى ذلك خصوصا في ديارنا والحاجة في حق النساء أظهر لأن المرأة تحتاج إلى الاغتسال من الحيض والحياض كما يتمكن منه الرجل ولأن المطلوب به معنى الزينة بإزالة الدرن وحاجة النساء فيما يرجع إلى الزينة أكثر وقد صح في الحديث أن النبي ﷺ:«دخل حمام الجحفة» وتأويل ما روي من كراهة الدخول إذا كان مكشوف العورة، فأما بعد الستر فلا بأس بدخول الحمام ولا كراهة في غلة الحمام كما لا كراهة في غلة الدور والحوانيت. ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج15، ص156.

(5) فإذا دخل رجل الحمام ودفع ثيابه إلى صاحب الحمام، واستأجره للحفظ واشترط عليه الضمان إذا تلف فضاع الثياب، كان الفقيه أبو بكر يقول: يضمن الحمامي إجماعاً. ينظر: ابن مازة، المحيط البرهاني، مصدر سابق، ج7، ص595.

(6) تكملة الحديث:« ...، وما رآه المسلمون سيئا فهو عند الله سيء، وقد رأى الصحابة جميعا أن يستخلفوا أبا بكر رضي الله عنه». بنظر: الحاكم، المستدرك، مصدر سابق، كتاب معرفة الصحابة، رقم:4465، ج3، ص83.

(7) سقط من: (ت) و(س) و(م) و(أ) و(ن) و(ع).

(8) لأن الناس في سائر الأمصار يدفعون أجرة الحمام، وإن كان مقدار ما يستعمل من الماء ليس بمعلوم ولا مقدار القعود فدل إجماعهم على جواز ذلك، وإن كان القياس يأباه؛ لوروده على إتلاف العين مع الجهالة. الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج5، ص123.

(9) ينظر: أبو داود،سليمان بن الأشعث(1999م)، مسائل الإمام أحمد رواية أبي داود السجستاني (ت: طارق بن عوض الله)، ط1، ص264، مكتبة ابن تيمية، القاهرة. وأبو بكر الخَلَّال، أحمد بن محمد (1994م)، الوقوف والترجل من الجامع لمسائل الإمام أحمد بن حنبل، ت: سيد كسروي حسن،ط1، ص127، دار الكتب العلمية، بيروت.

(10) ينظر: النيسابوري، صحيح مسلم، مصدر سابق، باب تحريم ثمن الكلب، رقم: 1568ج3، ص1198.

وَلَنَا[1]: مَا رَوَى الْبُخَارِيُّ، ومُسْلِمٌ، ابْنِ عَبَّاسٍ[2] أَنَّ النَّبِـيّ ﷺ:« احْـتَجَمَ، وَأَعْطَـى الحَجَّـامَ»[3]، زَادَ الْبُخَـارِيُّ فِي لَفْظٍ:« ولَوْ كَانَ حَرَامَاً، لَمْ يُعْطِهِ»[4]، وفِي لَفْظٍ:« وَلَوْ عَلِمَ كَرَاهِيَةً لَمْ يُعْطِهِ»[5]، ولِمُسْلِمٍ:« وَلَوْ كَانَ سُحْتًا، لَمْ يُعْطِهِ»[6]؛ وَذَلِكَ لِأَنَّهُ كَمَا لَا يَحِلُّ لِأَحَدٍ أَكْلُ الحَرَامِ، لَا يَحِلُّ لَهُ دَفْعُهُ إِلَى غَيْرِهِ لِيَأْكُلَهُ.

(وَ) صَـحَّ إجَـارَةُ **(الظِّئْـرِ**[7]) أَيْ الْمُرْضِعِ **(بِأَجْـرٍ مُعَيَّـنٍ)** وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَصِحُّ[8] كَإِجَارَةِ البَقَرَةِ، أَوْ الشَّاةِ[9] لِيُشْرَبَ[10] لَبَنُهَا، وَاجَارَةُ البُسْتَانِ؛ لِيُأْكَلَ ثَمَرُهُ[11].

إِلَّا أَنَّهَـا صَحَّـتْ؛ لِقَوْلِـهِ تَعَـالَى:{فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُـورَهُنَّ} [الطلاق:6]؛ ولِأَنَّ ذَلِـكَ كَـانَ قَبْـلَ النَّبِـيِّ ﷺ، فَـأَقَرَّهُمْ عَلَيْـهِ، وَلِإِجْـمَاعِ الْأُمَـةِ عَـلَى ذَلِـكَ؛ وَلِأَنَّ الحَاجَـةَ مَاسَـةٌ إِلَيْـهِ؛ إِذْ الْأُمُّ قَـدْ تَعْجَـزُ عَـنْ الْإِرْضَـاعِ [لِمَـرَضٍ][12] أَوْ مَوْتٍ أَوْ حَبَلٍ[13]، وَلَا يَحَصُلُ الْإِرْضَاعُ لِوَلَدِهَا إِلَّا بِالِاسْتِئْجَارِ.

---

(1) أنه جاءت الاثار ان كسب الحجام حرام، ولكن هذا النهي قد انتسخ بدليل حديث أبي هريرة ﷺ قال:« فأتاه رجل من الأنصار وقال: إن لي عيالا وحجاما أفأطعم عيالي من كسبه؟ قال: نعم» ولما روي «أنه ﷺ: احتجم وأعطى الحجام دينارا» فالرخصة بعد النهي دليل انتساخ الحرمة، ومن أصحابنا من يقول: هذا النهي في كسب الحجامة ما كان على سبيل التحريم بل على سبيل الإشفاق فإن ذلك يدنى المرء به ويخسسه وقال ﷺ:« إن الله يحب معالي الأمور ويبغض سفسافها»، ونحن نقول به فالأولى للمؤمن أن يكتسب بما لا يدينه، وقد دل عليه حديث عثمان ﷺ حين سأل بعض مواليه عن كسبه فذكر أنه حجام فقال: "إن كسبك لوسخ"، وعليه: تجوز الإجارة للحجامة وأخذ الأجرة عليها. ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج15، ص156. و الكاساني، بدائع الصنائع،مصدر سابق، ج4، ص190.

(2) سقط من: (ن).

(3) ينظر: البخاري، الجامع المسند الصحيح، مصدر سابق، باب خراج الحجام، رقم 2278، ج3، ص93. النيسابوري، صحيح مسلم، مصدر سابق، باب تحريم ثمن الكلب، باب حل أجرة الحجامة، رقم: 1202،ج3، ص1205.

(4) ينظر: البخاري، الجامع المسند الصحيح، مصدر سابق، باب خراج الحجام، رقم 2103، ج3، ص63.

(5) ينظر: البخاري، الجامع المسند الصحيح، مصدر سابق، باب خراج الحجام، رقم 2278، ج3، ص93.

(6) ينظر: النيسابوري، صحيح مسلم، مصدر سابق، باب تحريم ثمن الكلب، رقم: 2962، ج3، ص1096.

(7) الظئر: الحاضنة والحاضن أيضا وجمعه أظآر، العاطفة على غير ولدها المرضعة له من الناس والإبل، الذكر والأنثى في ذلك سواء. ينظر: المُطَرِّزِيّ، المغرب في ترتيب المعرب، مصدر سابق، ج1، ص297. وابن منظور، لسان العرب، ج4، ص 514- 515.

(8) (وجه القياس) أن هذا عقد إجارة فلا يصح إلا بإعلام الأجرة كما في سائر الإجارات، والطعام مجهول الجنس والمقدار والصفة، والكسوة كذلك هنا، وهذه الجهالة تمنع صحة التسمية كما في سائر الإجارات؛ لأنها تفضي إلى المنازعة فكذلك هنا، وهذا قياس يشده الأثر وهو قوله ﷺ:«من استأجر أجيرا فليعلمه أجره» فإن أقامت العمل فلها أجر مثلها؛ لأنها وفت المعقود عليه بحكم عقد فاسد، إلا أن يسموا لها ثيابا معلومة الجنس والطول والعرض والرقعة ويضربوا لذلك أجلا ويسموا لها كل يوم كيلا من الدقيق معلوما فحينئذ يجوز كما في سائر الإجارات والبيوع. . ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج15، ص119.

(9) في (أ) و(ن): والشاة .

(10) في (ك): لشرب.

(11) وفي التتارخانية: استأجر بقرة ليشرب اللبن أو كرما أو شجرا ليأكل ثمره أو أرضا ليرعى غنمه القصيل أو شاة ليجز صوفها فهو فاسد كله وعليه قيمة الثمرة والصوف والقصيل؛ لأنه ملك الآجر وقد استوفاه بعقد فاسد ابن عابدين، رد المحتار، مصدر سابق، ج6، ص53.

(12) سقط من:(ك)، وتكررت كلمة: موت.

(13) الحَبَل: الامتلاء، فمنها قولهم امرأة حُبْلى أي ممتلئ رحمها، وهو من ذلك لأنه امتلاء الرحم. ينظر: ابن منظور، لسان العرب، ج11، ص 139.

ثُمَّ قِيلَ: الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ الْمَنْفَعَةُ، وَهُوَ الْقِيَامُ بِخِدْمَةِ الوَلَدِ، وَمَا يُحْتَاجُ إِلَيْهِ، واللَّبَنُ مُسْتَحَقٌ بِطَرِيقِ التَّبَعِ، كَالصَّبْغِ فِي صَبْغِ الثَّوْبِ، وَهُوَ اخْتِيَارُ صَاحِبُ((الذَّخِيرَةِ))[1]، و ((الْإِيضَاحِ))، وَ ((الهِدَايَةِ))[2]، وبَعْضِ اصْحَابِ الشَّافِعِيِّ[3]، وأَحْمَدَ[4].

وَقِيلَ: الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ اللَّبَنُ، وَهُوَ اخْتِيَارُ شَمْسُ الْأَئِمَّةِ السَّرْخَسِي[5]، وبَعْضِ اصْحَابِ الشَّافِعِيِّ

لِأَنَّهُ الْمَقْصُودُ، وَمَا سُوَاهُ مِنْ مصَالِحِ الوَلَدِ تَبَعٌ لَهُ[6].

وَلِهَذَا لَوْ أَرْضَعَتْهُ بِلَا خِدْمَةٍ تَسْتَحِقُّ الْأَجْرَ، ولَوْ أَرْضَعَتْهُ بِلَبَنِ شَاْةٍ، لَاْ تَسْتَحِقُّ الْأَجْرَ، وَإِنْ قَامَتْ بِمَصَالِحِهِ؛ وَلِأَنَّ اللهَ تَعَالَى قَالَ:{فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ}[الطلاق :6] فَجَعَلَ الْأَجْرَ

وَبِطَعَامِهَا وَكِسْوَتِهَا .....

مُرَتَبَاً عَلَى الْإِرْضَاعِ[7] وَرُجِّحَ الْأَوَّلُ؛ بِأَنَّها لَوْ كَانَتْ عَلَى اللَّبَنِ لَكَانَتْ اسْتِئْجَاراً عَلَى اسْتِيْفَاءِ عَيْنِ اللَّبَنِ قَصْداً، وَذَا لَاْ يجُوزُ، كَاسْتِئْجَارِ شَاةٍ، أَوْ بَقَرَةٍ مُدَّةً مَعْلُومَةً لِشرْبِ لَبَنِهَا.

وَأُجِيبَ: بِأَنَّ هَذَا جَائِزٌ فِي الظِّئْرِ دُوْنَ سَائِرِ الْحَيَوَانَاتِ؛ لِلضَرُورَةِ إِلَى حِفْظِ الْآدَمِيِّ وَإِبْقَائِهِ.
(وَبِطَعَامِهَا وَكِسْوَتِهَا) وَلَهَا الوَسَطُ [مِنْهُ][8]، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَمَالِكٍ[9]، وأَحْمَدَ[10].

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ، وَمُحَمَّدٌ: لَاْ يَجُوزُ، وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ[11]؛ لِجَهَالَةِ الْأُجْرَةِ إِذْ كُلٌّ مِنْ الكُسْوَةِ، وَالطَّعَامِ مجَهْوُلُ الجِنْسِ والْقَدْرِ والصِفَةِ، وَصَارَ كمَا لَوْ اسْتَأْجَرَهَا بِطَعَامِهَا وَكِسْوَتِهَا لِلْخَبْزِ أَوْ للطَّبْخِ[12].

---

(1) انتهى كلامه. ينظر: ابن مازة، الذخيرة البرهانية، ق533/أ.

(2) ينظر: المرغيناني، الهداية، مصدر سابق، ج3، ص239.والعيني، البناية شرح الهداية، مصدر سابق، ج10، ص288.

(3) قال الامام العمراني: اختلف أصحابنا هل المقصود الحضانة، واللبن تبع، أو المقصود اللبن والحضانة تبع؟ فمنهم من قال: المقصود هو اللبن، والحضانة تبع؛ لأن الله تعالى قال: {فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ} فذكر الإرضاع، ولم يذكر الحضانة، والإرضاع إنما ينصرف إلى اللبن دون الحضانة.، ومنهم من قال: المقصود الحضانة، واللبن تبع، وهو اختيار الشيخ أبي حامد؛ لأن اللبن عين، والأعيان لا تستباح بعقد الإجارة متبوعًا، وإنما تستباح على وجه التبع لغيرها. ينظر: العمراني، البيان، مصدر سابق، ج7، ص318.

(4) ينظر: ابن تيمية، عبد السلام الحراني (1984م) المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ط2، ج1، ص357، مكتبة المعارف، الرياض. وابن قدامة، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص13.

(5) وذكر ابن سماعة عن محمد رحمهما الله- انه قال: استحقاق لبن الآدمية بعقد الإجارة دليل على أنه لا يجوز بيعه وجواز بيع لبن الأنعام دليل على أنه لا يجوز استحقاقه بعقد الإجارة. ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج15، ص119.

(6) وحجتنا في ذلك أن لبن الآدمية ليس بمال متقوم فلا يجوز بيعه ولا يضمن متلفه كالبزاق والمخاط والعرق وبيان الوصف أن المال اسم؛ لما هو مخلوق لإقامة مصالحنا به مما هو غيرنا، فأما الآدمي خلق مالكا للمال وبين كونه مالا وبين كونه مالكا للمال منافاة وإليه أشار الله تعالى في قوله {هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعا}[البقرة: 29]، ثم لأجزاء الآدمي من الحكم ما لعينه.(ألا ترى) أن شعر الآدمي لا ينتفع به إكراما للآدمي بخلاف سائر الحيوانات وأن غائط الآدمي يدفن وما ينفصل من سائر الحيوانات ينتفع به واللبن جزء متولد من عين الآدمي.(ألا ترى) أن الحرمة تثبت باعتباره وهي حرمة الرضاع كما تثبت حرمة المصاهرة بالماء الذي هو أصل الآدمي والمتولد من الأصل يكون بصفة الأصل فإذا لم يكن الآدمي مالا في الأصل، فكذلك ما يتولد منه من اللبن بمنزلة الولد. . ينظر: المصدر سابق، ج15، ص125.

(7) الكلام الذي يلي الى ما بعد لوحة كاملة سقط من (ك) ونصه فيه (مرتبا على الْإِرْضَاعُ واهدي الى رجل منهم قوسا...).

(8) سقط من: (ت) و(ك) و(س) و(م) و(أ) و(ع).

(9) ينظر: الأصبحي، المدونة، مصدر سابق، ج3، ص451.

(10) ينظر: الخرقي، مختصر الخرقي، مصدر سابق، ص80.

(11) ينظر: النووي، المجموع، مصدر سابق، ج15، ص29. والمنهاجي، محمد بن أحمد(1996م)، جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود(ت: مسعد السعدني)، ط1، ص215، دار الكتب العلمية بيروت.

(12) أو كمن استأجر عبدا بأجر معلوم وبطعامه أو استأجر دابة بأجر معلوم وبعلفها لم يجز؛ لأن الطعام يصير أجرة وهو مجهول فكانت الأجرة مجهولة. ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج4، ص193.

ولأَبِي حَنِيفَةَ[1]: إِنَّ الجَهَالَةَ لَا تُفْسِدُ الْعَقْدَ لِذَاتِهَا، بَلْ لِأَنَّهَا تُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ، وَهَذِهِ الجَهَالَةُ لَا تُفْضِي إِلَيْهَا؛ لِأَنَّ العَادَةَ التَّوْسِعَةُ[2] عَلَى الآظَارِ، وَصَارَ كَبَيْعِ قَفِيزٍ مِنْ صُبْرَةٍ[3]، بِخِلَافِ الْخَبْزِ،/ والطَّبْخِ، فَإِنَّ الجَهَالَةَ فِيهِمَا تُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ[4].

أ/369

وَلِلزَّوْجِ وَطْؤُهَا لَا فِي بَيْتِ الْمُسْتَأْجِرِ وَلَهُ فِي نِكَاحٍ ظَاهِرٍ فَسْخُهَا، وَإِنْ لَمْ يَأْذَنْ لَهَا، لَا إِنْ أَقَرَّتْ بِنِكَاحِهِ،.....

ولَوْ اسْتَأْجَرَهَا بِثِيَابٍ، يُشْتَرَطُ جَمِيعُ شَرَائِطُ السَّلْمِ[5] مِنْ الْأَجَلِ، وَبَيَانِ الْقَدْرِ، والجِنْسِ، وَلَوْ سَمَّى مَكِيلًا أَوْ مَوْزُونِاً، وَبَيَّنَ قَدْرَهُ وَصِفَتَهُ، لَا يُشْتَرَطُ تَأْجِيلُهُ؛ لِأَنَّ الْمَكِيلَ وَالْمَوْزُونَ، إِذَا كَانَ مَوْصُوفاً غَيْرَ مُشَارٍ إِلَيْهِ ثَمَنٌ بِدَلِيلِ ثُبُوتِهِ فِي الذِّمَّةِ لَكِنْ يُشْتَرَطُ [بَيَانُ][6] مَكَانَ الْإِيفَاءِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ إِذَا كَانَ لَهُ حَمْلٌ وَمُؤْنَةٌ.

(وَلِلزَّوْجِ) أَيْ زَوْجِ الظِّئْرِ **(وَطْؤُهَا)** وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ[7]، وَأَحْمَدَ[8].

وقَالَ مَالِكٌ[9]: لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ إِلَّا بِرِضَى الْمُسْتَأْجِرِ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يُنْقِصُ اللَّبَنَ، وَقَدْ يَقْطَعُهُ بِالَحبَلِ.

وَلَنَا: أَنَّ الوَطْءَ حَقُّ الزَّوْجِ قَبْلَ عَقْدِ الْإِجَارَةِ، فَلَا يَتَمَكَّنُ الْمُسْتَأْجِرُ مِنْ إِسْقَاطِهِ، وَلَا يَسْقُطُ لِأَمْرٍ مَشْكُوكٌ فِيهِ.

(لَا فِي بَيْتِ الْمُسْتَأْجِرِ) أَيْ: لَيْسَ لِزَوجِ الظِّئْرِ وَطْؤُهَا فِي بَيْتِ الْمُسْتَأْجِرِ؛ لِأَنَّ بَيْتَهُ حَقُّهُ، فَلَيْسَ لِلزَّوْجِ فِعْلُ ذَلِكَ فِيهِ إِلَّا بِإِذْنِهِ.

(وَلَهُ) أَيْ: لِزَوجِ الظِّئْرِ سَوَاءٌ كَانَ مِمَنْ تُشِينُهُ، أَنْ يَكُونَ امْرَأَته ظِئْرَاً أَوْ لَا [10]، **(فِي نِكَاحٍ ظَاهِرٍ)** أَيْ: مَعْلُومٍ مِنْ غَيْرِ الْإِقْرَارِ، **(فَسْخُهَا)** أَيْ: فَسْخُ الْإِجَارَةِ .

---

(1) ان ذلك الجواز مستحسن بالنص وهو قوله تعالى: {وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف} [البقرة: 233] من غير فصل بين ما إذا كانت الوالدة منكوحة أو مطلقة وقوله عز وجل {وعلى الوارث مثل ذلك} [البقرة: 233] أي: الرزق والكسوة وذلك يكون بعد موت المولود، وقوله تعالى {وإن أردتم أن تسترضعوا أولادكم فلا جناح عليكم إذا سلمتم ما آتيتم بالمعروف}[البقرة: 233] نفى الله - سبحانه وتعالى - الجناح عن الاسترضاع مطلقا والجهالة لا تمنع صحة العقد لعينها بل لإفضائها إلى المنازعة وجهالة الأجرة في هذا الباب لا تفضي إلى المنازعة. ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج4، ص193.

(2) في (ن): التوسطة .

(3) لان الجهل بالمعقود في بعض المواضع لا يمنع العقد، وإن عين المعقود عليه مجهول، فجاز العقد فدل أن تأثير العدم فوق تأثير الجهل، يوضحه أن جهالة الأوصاف بسبب عدم الرؤية لا تفضي إلى المنازعة بعدما صار معلوم العين، وإنما تأثير هذه الجهالة في انعدام تمام الرضا به وذلك شرط انبرام العقد لا شرط جوازه. ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج13، ص69.

(4) والحاجة داعية الى ان يكون تدبير طعام الظئر الى اهل الصبي؛ لان صلاح الصبي انما يكون بصلاح لبنها، وصلاح لبنها انما يكون بصلاح طعامها، وذلك يختلف بحسب طبع الصبي وباختلاف الاوقات فيحوج مع الجهالة ليدبروه في كل وقت بحسب ما يصلحها ويصلح اللبن، وهذا يدعو الى اختلاف الاغذية، فسومح بالجهالة لهذا العذر، وهو غسر موجود في الدرهم اذا كانت اجرة. ينظر: القدوري، التجريد، مصدر سابق، ج7، ص3627.

(5) شرائط السلم عند ابي حنيفة خمسة اشياء:(1) اعلام السلم (2) تعجيله (3) اعلام رأس المال (4) تسليمه (5) اعلام المكان الذي يوجد فيه والجنس والمقدار والضرب والصفة يدخل في قوله اعلام السلم. وعند ابي يوسف ومحمد بثلاثة اشياء:(1) اعلام السلم (2) تأجيله (3) تسليم رأس المال. ينظر: السُّغْدي، النتف في الفتاوى، مصدر سابق، ج1، ص460.

(6) سقط من:(ن).

(7) ينظر: العمراني، البيان، مصدر سابق، ج7، ص319.

(8) ينظر: ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج5، ص369.

(9) ينظر: الأصبحي، المدونة، مصدر سابق، ج3، ص451.

(10) بأن كان وجيها بين الناس، أو لا، لما أن له أن يمنعها من الخروج وأن يمنع الصبي الدخول عليها ولأن الإرضاع والسهر بالليل يضعفها. ينظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج5، ص 127.

(وَإِنْ لَمْ يَأْذَنْ) الزَّوْجُ **(لَهَا)** أَيْ: لِلْظِئْرِ فِي الْإِجَارَةِ؛ لِأَنَّ الْإِرْضَاعَ يُنْقِصُ مِنْ جَمَالِهَا، وفِي ذَلِكَ إِضْرَارٌ بِهِ، فَلَهُ أَنْ يَمْنَعَهَا مِنْهُ، كمَا يَمْنَعُهَا مِنْ التَطَوْعَاتِ[1]، **(لَا إِنْ أَقَرَّتْ)** الظِّئْرُ **(بِنِكَاحِهِ)** أَيْ: لَيْسَ لِزَوجِ الظِّئْرِ فَسْخُ الْإِجَارَةِ، إِنْ كَانَ النِّكَاحُ غَيْرُ ظَاهِرٍ[2]، بِأَنْ لَمْ يَكُنْ مَعْلُوماً إِلَّا مِنْ إِقْرَارِهَا؛ لِأَنَّ عَقَدَ الْإِجَارَةِ قَدْ لَزِمَهَا، وَقَوْلُهَا غَيْرُ مَقْبُولٍ فِي حَقِّ الْمُسْتَأْجِرِ.

وَلِأَهَلِ الصَّبِيِّ فَسْخُهَا إِنْ مَرَضَتْ أَوْ حَبَلَتْ.....

(وَلِأَهَلِ الصَّبِيِّ) أَيْ: أَوْلِيَائِهِ **(فَسْخُهَا)** أَيْ الْإِجَارَةُ **(إِنْ مَرَضَتْ)** الظِّئْرُ **(أَوْ حَبَلَتْ)**؛ لِأَنَّ لَبَنَ المَرِيْضَةِ، وَالحَامِلِ يَضُرُ الصَّبِيَّ.

وَالْحَاصِلُ أَنَّ الْعَقْدَ لَازِمٌ مِنْ الجَانِبَيْنِ، إِلَّا أَنَّ الْإِجَارَةَ تُفْسَخُ بِالْعُذْرِ عِنْدَنَا، وَمَرَضُ الظِّئْرِ، وَحَمَلُهَا عُذْرٌ، وَكَذَا إِنْ كَانَ لَا يَأْخَذُ الصَّبِيُّ لَبَنَهَا[3]، أَوْ يَتَقَيَّؤُهُ، أَوْ تَكُونَ سَارِقَةً؛ لِأَنَّهُمْ يَخَافُونَ عَلَى مَتَاعِهِمْ أَوْ فَاجِرَةً فُجُوْرَاً بَيِّنَاً؛ لِأَنَّهَا تَشْتَغِلُ عَنْ الرَّضِيعِ بِالْفجُورِ، لَا إِنْ كَانَتْ كَافِرَةً؛ لِأَنَّ كُفْرَهَا فِي اعْتِقَادِهَا، وَلَا يَضُرُ ذَلِكَ بِالصَّبِيِّ[4].

وفِي «النِّهَايَةِ»:((وَلَا يُبْعَدُ أَنْ يُقَالَ: إِنَّ عَيْبَ الفُجُوْرِ فِي هَذَا، فَوْقَ عَيْبِ الكُفْرِ، أَلَا تَرَى أَنَّ الكُفْرَ كَانَ فِي نِسَاءِ بَعْضِ الرُّسُلِ، كَامْرَأَتَيْ نُوْحٍ، وَلُوْطٍ - عَلَيْهِمَا السَّلَامِ- "[5]وَمَا بَغَتْ امْرَأَةُ نَبِيٍ قَطٍ))[6].

أَوْ لِلْظِئْرِ فَسْخُهَا؛ بِأَنْ يَكُونَ اهَلُ الصَّبِيِّ لَا يَكْفُوْنَ عَنْ ايذَائِهَا بِأَلْسِنَتِهِمْ، أَوْ تَكُوْنُ لَا تُرِيْدُ[7] الخُرُوْجَ مَعَهُمْ إِلَى السَّفَرِ، أَوْ تَكُوْنُ[8] لَيْسَ لَهَا عَادَةٌ بِالْإِرْضَاعِ بِإِجَارَةٍ؛ لِأَنَّهَا رُبَّمَا لَا تَعْرِفُ عِنْدَ الابْتِدَاءِ مَا تُقَاسِي، فَإِذَا شَرَعَتْ فِي ذَلِكَ تضَرَرَتْ.

ولَوْ مَاتَ الصَّبِيُّ، أَوْ الظِّئْرِ انْتَقَضَتْ الْإِجَارَةُ، وَلَوْ مَاتَ الأَبُ لَا يَنْتَقِضُ؛ لِأَنَّ الْإِجَارَةَ لِلْصَبِيِّ لَا لِلْأَبِ.

وَعَلَيْهَا غَسْلُ الصَّبِيِّ، و ثِيَابِهِ، وَاصْلَاحُ طَعَامِهِ، وَدَهْنِهِ، وَعَلَى أَبِيهِ الْأَجْرُ، وَثَمَنُهُمَا فَإِنْ أَرْضَعَتْ بِلَبَنِ شَاْةٍ، أَوْ غَذَّتْهُ بِطَعَامٍ، وَمَضَتْ الْمُدَّةُ، فَلَا أَجْرَ لَهَا .....

---

(1) كصيام النافلة، ونحوه.

(2) أي نكاح ظاهر بين الناس أو عليه شهود. ينظر: ملا خسرو، درر الحكام، مصدر سابق، ص2، ج323.

(3) في (ن): ثديها.

(4) وفي «الخانية»:((إذا ظهر ت الظئر كافرة أو مجنونة أو حمقاء كان لهم الفسخ)). ينظر: ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج8، ص26.

(5) قال في «التيسير»:((وقوله تعالى {ضَرَبَ اللهُ مَثَلا لِلَّذِينَ كَفَرُوا امْرَأَتَ نُوحٍ وَامْرَأَتَ لُوطٍ} [التحريم: 10] أي بين الله تعالى للكافرين تنبيها أنهم لا ينفعهم الوصلة بالنكاح وغيره مع اختلاف الدين وفيه نوع تنبيه لأزواج النبي ﷺ أن وصلتهن مع النبي ﷺلا تغنيهن من الله شيئا إذا عصين وخالفن الأمر وقوله تعالى {كَانَتَا تَحْتَ عَبْدَيْنِ} [التحريم: 10] أي في نكاح عبدين صالحين من عبادنا استصلحناهم اللنبوة والرسالة {فَخَانَتَاهُمَا} [التحريم: 10] أي في الدين أي كفرتا ولم يسلما ولم ينصحا للرسولين بالمساعدة على الإسلام وقيل كانتا منافقتين، وقال ابن عباس فخانتاهما بالنفاق ولم تفجر امرأة نبي قط)) اهـ ينظر: الشِّلْبِيِّ، حاشية الشِّلْبِيِّ على تبيين، مصدر سابق، ج5، ص128.

(6) ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج15، ص122. وهذا القول هو اثر عن ابن عباس ساقه اهل التفسير عنه، وقد جاء بلفظ: « ما بغت » وبلفظ: « ما زنت ». ينظر: الثوري، سفيان بن سعيد (1983م)، تفسير الثوري، ط1، ص130، دار الكتب العلمية، بيروت. والصنعاني، عبد الرزاق بن همام (1419هـ)، تفسير القرآن (ت: د. محمود محمد عبده) ط1، ج2، ص195، دار الكتب العلمية، بيروت.

(7) في (ن):(يكون لا يريد).

(8) في (ن): يكون.

(وَعَلَيْها) أَيْ: [عَلَى][1] الظِّئْرِ **(غَسْلُ الصَّبِيِّ و)** غَسْلُ **(ثِيَابِهِ، وَاصْلَاحُ طَعَامِهِ، وَدَهْنُهُ)** وَهُوَ بِفَتْحِ «الـدَّالِ» مَصْـدَرُ «دَهَنَ»، وإِنَّمَا كَانَ عَلَيْها ذَلِكَ لِلْعُرْفِ، عَلَى أَنَّ الظِّئْرَ هِيَ الَّتِي تَتَوَلَى[2] ذَلِكَ فصَارَ ذَلِكَ كالمشْرُوطِ.

(وَعَلَى أَبِيهِ) أَيْ: أَبِي الصَّبِيِّ **(الْأَجْرُ)** أَيْ: أَجْـرُ الظِّئْـرِ[3] **(وَثَمَنُهُمَا)** أَيْ: ثَمَـنُ ثِيَابِـهِ[4]،

وَطَعَامِهِ، وَمَا يُغْسَلُ، وَمَا يُدْهَنُ / [بِهِ][5]؛ لِأَنَّهَا مِنْ نَفَقَتِهِ[6]، وَمَا ذَكَرَهُ مُحَمَّدٌ مِنْ أَنَّ الدُّهْنَ وَالرَّيْحَانَ عَلَى الظِّئْرِ؛ فَلِأَنَّهُ مِنْ عَادَةِ أَهَلِ الْكُوفَةِ[7]. 369/ب

(فَإِنْ أَرْضَعَتْ) الصَّبِيَّ **(بِلَبَنِ شَاْةٍ، أَوْ غَذَّتْهُ بِطَعَامٍ، وَمَضَتْ الْمُدَّةُ، فَلَا أَجْرَ لَهَا)** [8] وبِهِ قَالَ: مَالِـكٌ، والشَّـافِعِيُّ[9]، وأَحْمَدَ[10]؛ لِأَنَّهَا لَمْ تَأْتِ بِالْعَمَلِ المُسْتَحَقِّ عَلَيْها، وَهُوَ الْإِرْضَاعُ؛ لِأَنَّ الْأَوَّلَ ايجَازٌ والثَّانِي تَعْدِيَةٌ

وَلَمْ يَصِحَّ لِلْعِبَادَاتِ: كَالْأَذَانِ، وَالْإِمَامَةِ، وتَعْلِيمِ، الْقُرْآنِ....

وفِي «المُحِيْطِ»:((وَلَوْ كَانَ إِرضَاعُهَا مَشْرُوْطَاً فَاسْتَأْجَرَتْ ظِئْراً فأَرْضَعَتْهُ لَا تَسْتَحِقُّ الْأَجْرَ؛ لِأَنَّ لَبَنَهَا رُبَّمَا يَكُونُ أَجْوَدُ، وَقِيلَ تَسْتَحِقُّ؛ لِأَنَّ التَّفَاوُتَ بَيْنَ اللَّبَنَيْنِ يَسِيْرٍ))[11].

[فَصْلٌ الاسْتِئْجَارُ عَلى الطَاعَاتِ]

(وَلَمْ يَصِحَّ) الْإِجَارَةُ **(لِلْعِبَادَاتِ)** فِي «شَرْحِ الوافِي»:((والمذَهَبُ عِنْدَنَا أَنَّ كُلَّ طَاعَةٍ يَخْتَصُّ بِهَا الْمُسْلِمُ فَالِاسْـتِئْجَارُ عَلَيْهَا بَاطِلٌ.

---

(1) سقط من: (ت) و(ك) و(س) و(م) و(أ) و(ع).

(2) في (ن): يتولى.

(3) سواء كان، والده أو غيره ممن تجب عليه نفقته فلو مات ممن تجب عليه نفقته فعلى الوصي من مال الصبي فلا تبطل الإجارة بموته. ينظر: شيخ زاده، مجمع الأنهر، مصدر سابق، ج2، ص386.

(4) في (ن):(اي عن ثيابه).

(5) سقط من:(ن).

(6) وكل يتيم ليس له أم لترضعه فعلى أوليائه كل ذي رحم محرم أن يستأجروا له ظئرا على قدر مواريثهم؛ لأن أجر الظئر كالنفقة بعد الفطام والنفقة عليهم بقدر الميراث كما قال الله تعالى {وعلى الوارث مثل ذلك} [البقرة: 233] فإن كان لا ولي له فأجرة الظئر على بيت المال بمنزلة نفقته بعد الفطام والله أعلم. ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج15، ص92.

(7) الكُوفة: المصر المشهورة بأرض بابل من سواد العراق، وقد بنيت في زمن عمر بن الخطاب. ينظر : الحموي، معجم البلدان، مصدر سابق ، ج4، ص160.

(8) قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في «شرح الكافي»: ولو استأجر ظئرا ترضع صبيا في بيتها فجعلت ترضعه بلبن الغنم وتغذيه بكل ما يصلحه حتى استكمل الحولين ولها لبن لم ترضعه منه بشيء أو ليس لها لبن فلا أجر لها؛ لأنها لم ترضعه أشار إلى أن الإرضاع ما يقع بلبن الآدمي وما وراءه يكون إطعاما ولا يكون إرضاعا فلم تأت بالمستحق عليها فلا تستحق الأجر. ينظر: الشِّلْبِيِّ، حاشية الشِّلْبِيِّ على التبيين، مصدر سابق، ج5، ص129.

(9) ينظر: الهيتمي، أحمد بن محمد بن حجر السعدي (1983م)، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ج6، ص161، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

(10) ينظر: ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج5، ص369.

(11) ينظر: ابن مازة، المحيط البرهاني، مصدر سابق، ج7، ص446.

(كَالْأَذَانِ)، وَالحَجِ، **(وَالْإِمَامَةِ، وتَعْلِيمِ الْقُرْآنِ)**، وَتَعْلِيمِ الْفِقْهِ))[1]، وَهُوَ نَصُ أَحْمَدَ[2]، وقَوْلُ: عَطَاءٍ، وَالضَّحَّاكِ[3]، وَالزُّهْرِيِّ، وَالْحَسَنِ، وَابْنُ سِيرِينَ، وَطَاوُوسَ، وَالنَّخَعِيِّ، وَالشَّعْبِيِّ رَحِمَهُمُ اللـهُ تَعَالَى[4].

وقَالَ الشَّافِعِيُّ[5]، ومَالِكٌ[6]، وأَحْمَدُ فِي رِوَايَةٍ[7]: يَصِحُّ فِي كُلِّ مَا لا يَتَعَيَّنُ عَلَى الْأَجِيرِ[8]، حَتَّى لَوْ تَعَيَّنَ الإِفْتَاءُ، أَوْ الإِمَامَةُ عَلَى وَاحِدٍ، لَا تَصِحُّ اجَارَتُهُ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ زَوَّجَ رَجُلًا بِمَا [كَانَ][9] مَعَهُ مِنْ الْقُرْآنِ[10]، وَإِذَا جَازَ تَعْلِيمُ الْقُرْآنِ عِوَضاً فِي بَابِ النِّكَاحِ جَازَ فِي بَابِ الْإِجَارَةِ؛ وَلِأَنَّ أَبَا سَعِيْدٍ الخُدرِيِّ رَقَى بِفَاتِحَةِ الكِتَابِ، وَأَخَذَ قَطِيْعاً مِنْ الغَنَمِ، وَاقْتَسَمَهُ هُوَ وَأَصْحَابُهُ بِأَمْرِ النَّبِيِّ ﷺ[11].

---

(1) انتهى كلامه. ينظر: النسفي، الكافي، ق99/ب.

(2) ولا يجوز الاستئجار على الآذان والصلاة والحج وتعليم القرآن والفقه في أظهر الروايتين، ويجوز في الأخرى. ينظر: الكلوذاني، الهداية، مصدر سابق، ص298.

(3) هو: الضحاك بن مزاحم الهلالي، أبو محمد، صاحب التفسير، كان من أوعية العلم، وليس بالمجود لحديثه، وهو صدوق في نفسه. حدث عن: أبي سعيد الخدري، وابن عمر، وأنس، وعن: الأسود، وبن جبير، وعطاء، وطاووس، وطائفة. وثقه: أحمد بن حنبل، ويحيى بن معين، وغيرهما، قال الثوري: كان الضحاك يعلم ولا يأخذ أجرا، توفي سنة(110هـ). ينظر: ابن سعد، الطبقات الكبرى، مصدر سابق، ج 6، ص300. والذهبي، سير أعلام النبلاء، مصدر سابق، ج5، ص81.

(4) ينظر: العيني، البناية شرح الهداية، مصدر سابق، ج10، ص277. وابن قدامة، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص36. ونسبة عدم الجواز الى:(عطاء والحسن وابن سيرين) غير صحيحة لما جاء في «صحيح البخاري»:((وقال الشعبي: «لا يشترط المعلم، إلا أن يعطى شيئا فليقبله» وقال الحكم: «لم أسمع أحدا كره أجر المعلم،» وأعطى الحسن دراهم عشرة ولم ير ابن سيرين بأجر القسام بأسا وقال: كان يقال: السحت: الرشوة في الحكم، وكانوا يعطون على الخرص)).

وفي «شعب الإيمان»:((وروينا عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه كان يرزق المعلمين، وعن عطاء والحسن وابن سيرين وأبي قلابة والحكم الرخصة في ذلك)).

وفي«السنن الكبرى»:((ثنا شعبة قال: سألت معاوية بن قرة عن أجر المعلم، قال: " أرى له أجرا " قال شعبة: وسألت الحكم، فقال: " لم أسمع أحدا يكرهه " قال البخاري في الترجمة: وقال الحكم: لم أسمع أحدا كره أجر المعلم قال: ولم ير ابن سيرين بأجر المعلم بأسا قال الشيخ: وروينا عن عطاء وأبي قلابة أنهما كانا لا يريان بتعليم الغلمان بالأجر بأسا وعن الحسن قال: إذا قاطع المعلم ولم يعدل كتب من الظلمة)).

وفي «شرح السنة»:((في الحديث دليل على جواز أخذ الأجرة على تعليم القرآن، وجواز شرطه، وإليه ذهب عطاء، والحكم، وبه قال مالك، والشافعي، وأبو ثور، قال الحكم: ما سمعت فقيها يكرهه)). ينظر: البخاري، الجامع المسند الصحيح، مصدر سابق، ج3، ص92. والبيهقي، أحمد بن الحسين (2003م)، شعب الإيمان (ت: مختار الندوي)، ط1،ج4، ص201، مكتبة الرشد، الرياض. البيهقي، السنن الكبرى، مصدر سابق، ج6، ص206. البغوي، مسعود بن محمد بن الفراء(1983م)، شرح السنة (ت: شعيب الأرنؤوط، محمد زهير الشاويش)، ط2، ج8، ص268، المكتب الإسلامي، دمشق، بيروت.

(5) قال الامام الشافعي: "وأحب أن يكون المؤذنون متطوعين وليس للإمام أن يرزقهم، وهو يجد من يؤذن له متطوعا ممن له أمانة إلا أن يرزقهم من ماله، فإن لم يجده فلا بأس أن يرزق مؤذنا ولا يرزقه إلا من خمس الخمس، سهم النبي ﷺ ولا يجوز له أن يرزقه من غيره من الفيء". ينظر: الشافعي، الأم، ج4، ص3.

(6) قيل للإمام: أرأيت إن استأجروا رجلا على أن يؤذن لهم ويقيم؟ قال الامام مالك: إن استأجروه على أن يؤذن لهم ويقيم لهم ويصلي بهم صلاتهم فلا بأس به. ينظر: الأصبحي، المدونة، مصدر سابق، ج3، ص432.

(7) ينظر: ابن قدامة، الكافي، مصدر سابق، ج2، ص171.

(8) في(أ) و(ن): الآخر.

(9) سقط من: (ت) و(ك) و(س) و(م) و(أ) و(ع).

(10) عن سهل بن سعد، قال: أتت النبي ﷺ امرأة، فقالت: إنها قد وهبت نفسها لله ولرسوله ﷺ، فقال: ((ما لي في النساء من حاجة))، فقال رجل: زوجنيها، قال: ((أعطها ثوبا))، قال: لا أجد، قال: ((أعطها ولو خاتما من حديد))، فاعتل له، فقال: ((ما معك من القرآن؟))قال: كذا وكذا، قال: ((فقد زوجتكها بما معك من القرآن)). ينظر: البخاري، الجامع المسند الصحيح، مصدر سابق، باب خيركم من تعلم القرآن وعلمه، رقم 5029، ج6، ص192.

(11) عن أبي سعيد ﷺ قال: انطلق نفر من أصحاب النبي ﷺ في سفرة سافروها، حتى نزلوا على حي من أحياء العرب، فاستضافوهم فأبوا أن يضيفوهم، فلدغ سيد ذلك الحي، فسعوا له بكل شيء لا ينفعه شيء، فقال بعضهم: لو أتيتم هؤلاء الرهط الذين نزلوا، لعله أن يكون

وقَالَ [النَّبِيُّﷺ][1]:«إِنَّ أَحَقَّ مَا أَخَذْتُمْ عَلَيْهِ أَجْرًا كِتَابُ اللـه»[2]؛ ولِأَنَّهُ يَجُوزُ أَخَذُ الرِّزْقِ عَلَيْـهِ مِـنْ بَيْـتِ الْـمَالِ، فَيَجُوزُ أَخَذُ الْأَجْرِ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ [3] بِمَعْنَاهُ؛ وَلِأَنَّهُ قَدْ يُحْتَاجُ إِلَى الِاسْتِنَابَةِ فِي الحَجِّ، عَنْ مَـنْ وَجَـبَ عَلَيْـهِ، وَعَجَـزَ عَـنْ فِعْلِـهِ، وَلَاْ يُوجَدُ مُتَبَرِّعٌ بِهِ.

وَلَنَا: مَا رَوَى أَحْمَدُ، وَاسْحَاقُ ابْنُ راهويه[4]، وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ، وَعَبْدُ الرَّزَاقِ، مِنْ حَدِيثِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ شِبْلٍ، قَـالَ: سَمِعْتُ رَسُوْلَ اللـهِ ﷺ يقَوْلُ:« اقْرَءُوا الْقُرْآنَ، وَلَا تَغْلُوا فِيهِ، وَلَا تَجْفُوا عَنْهُ، وَلَا تَأْكُلُوا بِهِ، وَلَاْ تَسْتَكْثِرُوا بِهِ»[5].

ومَا رَوَى أَبُو دَاوُدَ، وَابْنُ مَاجَهْ، عَنْ عُبَادَةَ بْنِ الصَّامِتِ، قَالَ: عَلَّمْتُ نَاسَاً مِنْ أَهْلِ الصُّـفَّةِ الْقُـرْآنَ][6]، وَأَهْـدَى إِلَيَّ رَجُلٌ مِنْهُمْ قَوْسًا، فَقُلْتُ: لَيْسَ بِمَالٍ وَأَرْمِي [بِهَا فِي سَبِيلِ اللـه، فَسَأَلْتُ النَّبِـيَّ ﷺ عَـنْ ذَلِـكَ، فَقَـالَ:«إِنْ أَرَدْتَ أَنْ][7] يُطَوِقَـكَ اللـهُ طَوْقَـاً مِـنْ نَـارٍ فَاقْبَلْهَـا»[8].

وَرَوَى أَصْحَابُ السُّنَنِ الأَربَعَةِ بِطُرُقٍ[9] مُخْتَلِفَةٍ عَنْ عُثْمَانَ بِنْ أَبِي العَاصِ، قَالَ: قُلْـتُ يَـا رَسُـولَ اللـه اجْعَلْنِـي إِمَامَ قَوْمِي، قَالَ:«أَنْتَ إِمَامُهُمْ [وَاقْتَدِ بِأَضْعَفِهِمْ][10]، وَاتَّخِذْ مُؤَذِّنَاً لَا يَأْخُذُ عَلَى أَذَانِهِ أَجْرَاً»[11]، [....][12].

.

عند بعضهم شيء، فأتوهم، فقالوا: يا أيها الرهط إن سيدنا لدغ، وسعينا له بكل شيء لا ينفعه، فهل عند أحد منكم من شيء؟ فقال بعضهم: نعم، والله إني لأرقي، ولكن والله لقد استضفناكم فلم تضيفونا، فما أنا براق لكم حتى تجعلوا لنا جعلا، فصالحوهم على قطيع من الغنم، فانطلق يتفل عليه، ويقرأ: الحمد لله رب العالمين فكأنما نشط من عقال، فانطلق يمشي وما به قلبة، قال: فأوفوهم جعلهم الذي صالحوهم عليه، فقال بعضهم: اقسموا، فقال الذي رقى: لا تفعلوا حتى نأتي النبي ﷺ فنذكر له الذي كان، فننظر ما يأمرنا، فقدموا على رسول الله ﷺ فذكروا له، فقالﷺ:«وما يدريك أنها رقية»، ثم قال:«قد أصبتم، اقسموا، واضربوا لي معكم سهما» فضحك رسول الله ﷺ. ينظر: البخاري، الجامع المسند الصحيح، مصدر سابق، باب ما يعطى في الرقية، رقم 2276، ج3، ص92.

(1) سقط من: (ت) و(ك) و(م) و(أ) و(ن) و(ع).

(2) روي عن ابن عباس. ينظر: البخاري، الجامع المسند الصحيح، مصدر سابق، باب الشرط في الرقية بقطيع من الغنم، رقم 5737، ج7، ص131.

(3) في:(أ) و(ن): فانه.

(4) هو إسحاق بن إبراهيم بن مَخْلَد بن إبراهيم بن عبد الله بن مطر بن عبيد الله بن غالب الحَنْظَلي المروزي، أبو يعقوب، المعروف بابن راهويه، ولد سنة(166هـ) قال أحمد: لَا أعلم بالعراق له نظيراً، وما عبر الجسر مثل إسحاق، من مؤلفاته: «المسند الكبير»، و«التفسير الكبير»، و«فتاوى الصحابة والتابعين ومن دونهم»، ت (238هـ). ينظر: الذهبي، سير أعلام النبلاء، مصدر سابق، ج11، ص358-363، والعكري، شذرات الذهب، مصدر سابق، ج3،ص172-173، والصفدي، الوافي بالوفيات، مصدر سابق، ج 8، ص 251.

(5) ينظر: الشيباني، المسند، مصدر سابق، ج24، ص440. ولم اجده في مسند اسحاق بن راهويه في الجزء المطبوع منه. ومسند ابن ابي شيبة، مصدر سابق، باب الرجل يقوم بالناس في رمضان فيعطى، رقم: 7742، ج2، ص168. وجامع معمر في الجزء المطبوع مسند عبد الرزاق، مصدر سابق، باب سلام القليل على الكثير، رقم: 19444، ج10، ص378.

(6) كل الكلام الذي سبق هو سقط من (ك) كما اشرنا اليه سابقا.

(7) سقط من: (ت).

(8) ينظر: أبو داود، سنن أبو داود، مصدر سابق، في كسب المعلم، رقم3416، ج3، ص464. وابن ماجة، السنن، مصدر سابق، رقم 2157، ج2، ص730. ونص قول النبيﷺ: « إن سرك أن تطوق بها طوقا من نار فاقبلها».

(9) في (أ): بطريق.

(10) سقطت هذه اللفظة من جميع نسخ المصنف، وهي مثبتة في جميع الطرق.

(11) ينظر: ابن ماجة، السنن، مصدر سابق، باب السنة في الأذان، رقم 714، ج1، ص236. وأبو داود، السنن، مصدر سابق، باب أخذ الأجر على التأذين، رقم531، ج1، ص146. والترمذي، سنن الترمذي مصدر سابق، باب ما جاء في كراهية أن يأخذ المؤذن على الأذان أجرا، رقم 209، ج1، ص285. والنسائي، السنن الصغرى، باب اتخاذ المؤذن الذي لا يأخذ على أذانه أجرا، رقم 672، ج2، ص23.

(12) [وروى الترمذي في جامعه مسندا الى الحسن عن عثمان بن العاص قال ان اخر ما عهد الي رسول الله ﷺ ان اتخذ مؤذنا لا يأخذ على آذانه اجرا] زياد في: (أ).

وَلِأَنَّ القُرْبَةَ مَتَى حَصَلَتْ، وَقَعَتْ عَلَى[1] فَاعِلِهَا، وَلِهَذَا يُعْتَبَرُ أَهْلِيَّتُهُ وَنِيَّتُهُ لَا نِيَّةُ الْآمِرِ وَأَهْلِيَّتُهُ، إِذْ لَوْ وَقَعَتْ عَنْ الْآمِرِ[لَشُرِطَ نِيَّةُ الْآمِرِ][2] وَأَهْلِيَّتُهُ، كمَا فِي الزكاة، / واذ وَقَعَتْ عَنْ فَاعِلِهَا كَانَ أ/370
عَمَلُ الْأَجِيرِ لِنَفْسِهِ لَا لِلْمُسْ، تَأْجِرِ فَلَا تَجُوزُ[3] لَهُ أَخْذُ الْأَجْرَةِ عَلَيْهِ، كمَا فِي الصَّوْمْ وَالصَّلَاةِ[4].

وَحَدِيْثُ «التَّزْوِيجِ» لَيْسَ فِيْهِ تَصَرِيحٌ بِأَنَّ التَّعْلِيمَ صَدَاقٌ، فَلَعَلَّهُ زَوَّجَهَا إِيَّاهُ بِغَيْرِ صَدَاقٍ؛ إِكْرَامَاً لَهُ، كَمَا زَوَّجَ أَبَا طَلْحَةَ أُمَّ سُلَيْمٍ عَلَى إِسْلَامِهِ، فَإِنَّ النِّكَاحَ يَصِحُّ بِدُونِ ذِكْرِ المَهْرِ، وَمَعَ ذَلِكَ يَجِبُ مَهْرُ الْمِثْلِ، وَيَكُونَ «البَاْءُ» مَكَانَ «الَّلَامِ» أَيْ: لِمَا مَعَكَ مِنْ الْقُرْآنِ، أَوْ لَعَلَّ الْمَرْأَةَ وَهَبَتْ مَهْرَهَا لَهُ بِاعْتِبَارِ ذَلِكَ.

وَمَعْنَى [...][5] قَوْلُهُﷺ:((أَحَقَّ مَا أَخَذَتُمْ عَلَيْهِ أَجْرَاً كِتَابُ اللـهِ)) الجُعَالَةُ فِي الرُّقْيَةِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ فِي سِيَاقِ جَزَاءِ الرُّقْيَةِ، وَدَائِرَةُ الجُعَالَةِ، أَوْسَعُ مِنْ دَائِرَةِ الْإِجَارَةِ.

وَلِهَذَا يَجُوزُ مَعَ جَهَالَةِ الْعَمَلِ والمُدَّةَ دُونَ الْإِجَارَةِ، وَأَنَّ المَأْخُوْذَ مِنْهُ قَطِيْعَ الغَنَمِ، كَانَ كَافِرَاً غَيْرَ مُسْتَأْمَنٍ، فَجَازَ أَخَذُ مَالِهِ، أَوْ أَنَّ حَقَّ الضَّيْفِ وَاجِبٌ، وَلَمْ يُضَيْفُوْهُمْ، أَوْ أَنَّ الرُّقْيَةَ لَيْسَتْ بِقُرْبَةٍ مَحْضَةٍ، فَجَازَ أَخَذُ الْأَجْرَةِ عَلَيْهِا.

وَأَمَّا الرِّزْقُ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ، فَيَجُوزُ عَلَى مَنْ يَتَعَدَى نَفْعُهُ[6]؛ لِأَنَّ بَيْتَ الْمَالِ لِمصَالِحِ الْمُسْلِمِينَ فَجَرَى مَجْرَى الوَقْفِ عَلَيْهِم، بِخِلَافِ الْأُجْرَة.

وَأَمَّا الاسْتِنَابَةُ عَنْ الحَجِّ، فَلِلْآمِرِ ثَوَابُ الِانْفَاقِ، وَبِهِ يَسْقُطُ الفَرْضُ عَنْهُ، فَيَكُونُ الْأَجْرُ لِلْخِدْمَةِ، أَوْ لِقَطْعِ المَسَافَةِ، وَعَلَى تَقْدِيرَ أَنَّ الأَفْعَالَ تَقَعُ عَنْ الآمِرِ، لَا بِكُوْنِهِ اجَارَةٌ عَلَى الحَجِّ، بَلْ انْفَاقَاً عَنْ[7] النَّائِبِ.

وَيُفْتَى الْيَوْمُ بِصِحَتِهَا.....

(وَيُفْتَى الْيَوْمُ بِصِحَتِهَا) أَيْ: الْإِجَارَةُ عَلَى الْأَذَانِ، وَالْإِمَامَةِ، وَتَعْلِيمِ الْقُرْآنِ؛ وَلِأَنَّ المُتَقَدِّمِيْنَ إِنَّمَا مَنَعُوْا مِنْهَا، لِرَغْبَةِ النَّاسِ فِي زَمَانِهِمْ فِي فِعْلِهَا احْتِسَابَاً، وَفِي مُجَازَاةِ فَاعِلِهَا بِالإِحْسَانِ بِلَا شَرْطٍ، وَفِي زَمَانِنَا قَدْ زَالَ المَعْنَيَانِ، فَفِي عَدَمِ صِحَّةِ الْإِجَارَةِ عَلَيْهِا تَضْيِّعُهَا[8].

وَفِي «الهِدَايَةِ»:((وَبَعْضِ مَشَايِخِنَا: اسْتَحْسَنُوْا الِاسْتِئْجَارَ عَلَى تَعْلِيمِ الْقُرْآنِ الْيَوْمَ، وعَلَيْهِ الْفَتْوَى [فِي المَجْمَعِ][1]))[2].

---

(1) في (ك) و(أ) و(ن): عن.
(2) سقط من: (ن).
(3) في (ك): يجوز.
(4) ولان العقد وقع على عمل لا يقدر على ايفائه، فوجب ان لا يجوز، كما لو استأجره ليحمل هذه الخشبة وحده وهو لا يقدر على حملها. ينظر: القدوري، التجريد، مصدر سابق، ج7، ص7696.
(5) [ذلك] زيادة في: (ن) و(ك) و(س) و(م) و(ع).
(6) في (أ): (يتعدى منه).
(7) في (ك) و(ب): على .
(8) وقالوا بنى أصحابنا المتقدمون الجواب على ما شاهدوا من قلة الحفاظ ورغبة الناس فيهم وكان لهم عطيات في بيت المال وافتقاد من المتعلمين في مجازاة الإحسان بالإحسان من غير شرط مروءة يعينونهم على معاشهم ومعادهم وكانوا يفتون بوجوب التعليم خوفا من ذهاب القرآن وتحريضا على التعليم حتى ينهضوا لإقامة الواجب فيكثر حفاظ القرآن، وأما اليوم فذهب ذلك كله واشتغل الحفاظ بمعاشهم وقل من يعلم حسبة ولا يتفرغون له أيضا فإن حاجتهم تمنعهم من ذلك فلو لم يفتح لهم باب التعليم بالأجر لذهب القرآن. ينظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج5، ص 124.

[وفي «النِّهَايَةِ»][3]: [((وَقِيلَ: يُفْتَى بِجَوَازِهِ، أَيْ][4] الِاسْتِئْجَارُ عَلَى التَّعْلِيمِ[5]، وَالْإِمَامَةِ، وَالْفِقْهِ))[6].

وَفِي «الذَّخِيرَةِ» وَ «الرَّوْضَةِ» عَنْ بَعْضِ أَصْحَابِنَا:((يَجُوزُ فِي زَمَانِنَا[7] لِلْإِمَامِ، وَالمؤَذِنِ، وَالْمعَلِّمِ أَخَذُ الْأَجْرَةِ))[8].

وَلَاْ لِلْمَعَاصِي كَالْغِنَاءِ وَالنَّوْحِ وَلَاْ لِعَسْبِ التَّيْسِ،.....

[فَصْلٌ مَا لَا يَجُوزُ فِيْهِ الاسْتِئْجَارُ]

(وَلَاْ لِلْمَعَاصِي) عَطْفٌ عَلَى العِبَادَاتِ، أَيْ وَلَاْ يَصِحُّ الْإِجَارَةُ لِلْمَعَاصِي **(كَالْغِنَاءِ وَالنَّوْحِ[9])**

وسَائِرِ المَلَاهِيّ: كَالمِزْمارِ[10] وَالطَّبْلِ[11]؛ لِأَنَّ عَقْدَ الْإِجَارَةِ يُسْتَحَقُّ بِهِ تَسْلِيمُ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ

شَرْعَاً، وَلَاْ يُسْتَحَقُّ عَلَى أَخَذِ مَا يَكُونَ بِهِ عَاصِيَاً[12]؛ لِئَلَّا تَصِيرُ المَعْصِيَةُ مُضَافَةً إِلَى الشَّرْعِ

(وَلَاْ) يَصِحُّ الْإِجَارَةُ **(لِعَسْبِ[13] التَّيْسِ[14])** وَهُوَ نَزْوُهُ عَلَى الإِنَاثِ، يُقَالُ: عَسَبَ الْفَحْلُ[15] النَّاقَةَ يَعْسُبُهَا عَسْبَاً.

---

(1) سقط من(أ) و(ن) و(ب).

(2) ينظر: المرغيناني، الهداية، مصدر سابق، ج3، ص238. ابن السَّاعَاتِي، مجمع البحرين ، مصدر سابق، ص387. وابن عابدين، العقود، مصدر سابق، ج2، ص126.

(3) [وفي النهاية: يفتى بجواز الاستئجار على تعليم الفقه ايضا في زماننا] زيادة في: (أ).

(4) سقط من: (ن).

(5) أن المعلم لا يستقل في التعليم بشيء أصلا فهو ممنوع، فإن التلقين والإلقاء فعل المعلم وحده لا مدخل فيه للمتعلم، وإنما وظيفته الأخذ والفهم، وإن أريد أن للمتعلم أيضا مدخلا في ظهور أثر التعليم وفائدته فإن المتعلم ما لم يأخذ ما ألقاه المعلم ولم يفهم ما لقنه لم يظهر لتعليمه أثر وفائدة فهو مسلم، ولكن الذي يلتزمه المعلم إنما هو فعل نفسه مما يقدر عليه لا فعل الآخر، ولا مانع من أخذ الأجرة على فعل نفسه كما لا يخفى. ينظر: قاضي زادة، نتائج الأفكار، مصدر سابق، ج9، ص98.

(6) وقالوا الأحكام قد تختلف باختلاف الزمان. ألا ترى أن النساء كن يخرجن إلى الجماعات في زمن النبي ﷺ وفي زمن أبي بكر ﷺ حتى منعهن عمر ﷺ واستقر الأمر عليه وكان ذلك هو الصواب وكان الإمام أبو بكر محمد بن الفضل يقول يجب الأجر ويحبس عليها، وذكر السرخسي عن مشايخ بلخ أنهم اختاروا قول أهل المدينة في جواز استئجار المعلم على تعليم القرآن فنحن أيضا نفتي بالجواز انتهى، ولا يجوز استئجار المصحف وكتب الفقه لعدم التعارف. العيني، البناية شرح الهداية، مصدر سابق، ج10، ص282.

(7) كذا في الفتاوى العتابية، ولو استأجر لتعليم ولده الكتابة أو النجوم أو الطب أو التعبير جاز بالاتفاق وفي فتاوى الفضلي ولو استأجر المعلم على حفظ الصبيان أو تعليم الخط أو الهجاء جاز. ومشايخ بلخ جوزوا الاستئجار لتعليم القرآن إذا ضرب لذلك مدة، وأفتوا بوجوب المسمى، وإذا كان بدون ذكر المدة أفتوا بوجوب أجرة المثل. ينظر: ابن قطلوبغا، التصحيح والترجيح، مصدر سابق، 258. البلخي، الفتاوى الهندية، مصدر سابق، ج4، ص448.والغنيمي، اللباب، مصدر سابق، ج2، ص100.

(8) انتهى كلامه. ينظر: ابن مازة، الذخيرة البرهانية، ق536/ب.

(9) النَّوْحُ: مصدر ناح يَنوحُ نَوْحاً. ويقال: نائحة، ونوّاحة، والمناحة، ويجمع على المناحات والمناوح، والنَّوائح: اسم يقع على النِّساء يَجْتَمِعْنَ في مَناحة، ويجمع على هذا المعنى على الأَنْواح، وإنما سميت النائحة نائحة لمقابلتها صواحبها. ينظر: الفراهيدي، العين، مصدر سابق،ج3، ص305. وابن دريد، جمهرة اللغة، مصدر سابق، ج1، ص175. والمُطَرِّزِيّ، المغرب في ترتيب المعرب، مصدر سابق، ج1، ص473.

(10) المِزْمارُ، والزَّمَّارَةُ، ما يُزْمَرُ فيه، اي الآلة التي يزمر بها. ومَزَامِيرُ داودَ عليه السلام: ما كان يَتَغَنَّى بِه من الزَّبُورِ وضُروبِ الدُّعاءِ واحدها مِزْمارٌ، ومَزْمُورٌ . ينظر: ابن سيده، المحكم والمحيط، مصدر سابق، ج9، ص39.

(11) الطبل الذي يضرب به: معروف والجمع طبول وأطبال، وحرفة الطبال: الطبالة. ينظر: الهروي، تهذيب اللغة، مصدر سابق، ج1، ص153.

(12) كمن يستأجر الرجل ليقتل رجلا او يضربه او يشتمه، او يستأجر حمالا ليحمل له خمرا. ينظر: السُّغْدي، النتف في الفتاوى، مصدر سابق، ج1، ص574.

(13) العَسْبُ بوزن العَذْب: كراء ضِرَاب الفحل و(عَسْبُ) الفَحْل أيضاً ضِرَابه وقيل ماؤه. ينظر: الرازي، مختار الصحاح، مصدر سابق، ص 431.

(14) التَّيس: الذَّكَر من المِعْزَى. ينظر: الفراهيدي، العين، مصدر سابق، ج7، ص278.

(15) الفَحْل معروف: الذكر من كل حيوان، وجمعه أَفْحُل وفُحول وفُحولة وفِحالٌ وفِحالة. ينظر: ابن منظور، لسان العرب، ج11، ص 516.

وَخَـرَّجَ أَبُـو الخَطَـابِ الحَنْبَـلِيِّ[1] ، وَبَعْـضُ أَصْحَـابِ الشَّافِعِـيِّ: وَجْهَـاً فِـي جَوَازِه؛ لِأَنَّــهُ انْتِفَــاعٌ مُبَــاحٌ تَدْعُــوْا الحَاجَـةُ إِلَيْـهِ، فَصَـارَ كَـإِجَـارَةِ الظِّئْـرِ لِلإِرْضَاعِ، وَالْبِئْرِ لِلإِسْتِقَاءِ، وَلِهَذَا يُبَاحُ

وَلَاْ إِجَارَةُ الـمُشَاعِ إِلَّا مِنْ الشَّرِيكِ.....

-

الِانْتِفَاعُ بِهِ بِالْإِعَارَةِ، فَيُسْتَبَاحُ بِالْإِجَارَةِ[2].

وَلَنَا: مَا رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ، وأبو دَاوْدَ، وَالتِّرْمِذِيُّ، وَالنَّسَائِيُّ، عَنِ ابْنِ عُمَرَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ:«نَهَى عَنْ عَسْبِ[التَّيْسِ]»[3]، وفِي مسند أَحْمَدَ عَنْ «ثَمَنِ عَسْبِ الفَحْلِ» [4]؛ وَلِأَنَّهَا أَخَذُ مَالٍ / فِي مُقَابَلَةِ مَاءٍ مَهِيْنٍ لَاْ قِيمَةَ لَهُ، كَالْمَيِّتَة عَنْ الدَّمِ[5]. 370/ب

(وَلَاْ) تَصِحُّ **(إِجَارَةُ الـمُشَاعِ إِلَّا مِنْ الشَّرِيكِ)** عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَزُفَرَ، وَأَحْمَدَ[6]، سَوَاءٌ كَانَ مِـمَّا يُقْسَـمُ: كَـالْأَرْضِ، أَوْ لَاْ: كَالعَبْدِ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ، وَمُحَمَّدٌ، ومَالِكٌ[7]، والشَّافِعِيُّ[8]: يَجُوزُ مِنْ غَيْرِ الشَّرِيكِ أَيْضًا، وَيَتَهَايَئَانِ [فِيْـهِ][9]، وَيُجْـبَرَانِ عَـلَى ذَلِكَ؛ لِأَنَّ هَذَا عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ، فَيَجُوزُ فِي الـمُشَاعِ: كَالْبَيْعِ.

لأَبِي حَنِيفَـةَ: إِنْ أَجَّـرَ مِنْ غَيْـرِ شَرِيْكِهِ [أَنَّهُ أَجَّرَ مَا لَا يَقْدِرُ][10] عَلَى تَسْلِيمِـهِ؛ لِأَنَّ تَسْلِيمَ الــمُشَاعِ غَـيْرُ مُمْكِـنٌ، وَاسْتِيْفَاءِ الْمَنْفَعَةِ مِنْهُ شَائِعاً وَغَيْرُ مُتَصَوَّرٍ، وَإِنْ أَجَّرَ مِنْ شَرِيْكِهِ، أَنَّ الْمَنْفَعَةَ كُلُّهَا تَحْـدُثُ عَـلَى مِلْكِـهِ، فَـلَا يَظْهَـرُ مَعْنَـى الشُّيُـوْعِ.

---

(1) هو محفوظ بن عمر بن أبي بكر بن خليفة، أبو الخطاب البغدادي، القطفتي، التاجر، المعروف بابن الحامض، ولد ببغداد حـدث عـن: أبي الفضل عبد السلام الداهري، وأبي علي الحسن ابن الزبيدي، له مصنفات كثيرة منها: «التمهيد في أصول الفقه» و«التهذيب في الفرائض » وغيرها، وتوفي سنة (694هـ) بمصر. ينظر: الذهبي، تاريخ الاسلام، مصدر سابق، ج15، ص796. ابن مفلح، إبـراهيم بـن محمـد بـن عبـد اللـه (1990م)، المقصد الأرشد في ذكر أصحاب الإمام أحمد(ت: د. عبد الرحمن بن سليمان العثيمـين) ط1، ج3، ص32، مكتبـة الرشـد، الرياض. والزركلي، الأعلام، مصدر سابق، ج5، ص291.

(2) ينظر: ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج5، ص406. ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج4، ص419. واختلفوا الشافعية في استئجار الفحـل للضراب فمنهم من قال: يجوز لأنه يجوز أن يستباح بالإعارة فجاز أن يستباح بالإجـارة كسـائر المنـافع ومـنهم مـن قـال لا يجـوز وهـو الصحيح. ينظر: الشيرازي، المهذب، مصدر سابق، ج2، ص243. الغزالي، أبـو حامـد محمـد بـن محمـد (1417هــ)، الوسـيط في المـذهب (تحقيق: أحمد محمود إبراهيم ومحمد محمد تامر)، ط1، ج4، ص158، دار السلام، القاهرة.

(3) ينظر: البخاري، الجامع المسند الصحيح، مصدر سابق، باب عسب الفحل، رقم 2284، ج3، ص94.أبو داود، سنن أبو داود، مصـدر سـابق، باب في عسب الفحل، رقم 6429، ج3، ص267. الترمذي، سنن الترمذي، مصدر سابق، باب ما جاء في كراهية عسب الفحـل، رقـم 1273، ج5، ص563. والنسائي، السنن الصغرى، بيع ضراب الجمل، رقم 4671، ج7، ص310، (واللفظ له).

(4) رواه ابن عمر ﷺ . ينظر: الشيباني، المسند، مصدر سابق، رقم 4630، ج8، ص250.

(5) في (ك) و(س) و(أ) و(ن):(كالميتة والدم).

(6) ينظر: ابن قدامة، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج5، ص409. وابن تيمية، المحرر في الفقه، ص357.

(7) ينظر: الأصبحي، المدونة، مصدر سابق، ج3، ص516. والثعلبي، التلقين، مصدر سابق، ج2، ص160.

(8) ينظر: الماوردي، الحاوي، مصدر سابق، ج7، ص445.والنووي، المجموع، مصدر سابق،ج15، ص7.

(9) سقط من: (ن).

(10) في (أ): (انه فقد اجر لا يقدر).

وَإِنَّمَا يَظْهَرُ الِاخْتِلَافُ فِي حَقِّ السَّبَبِ، فَإِنَّ البَعْضَ بِحُكْمِ الْمِلْكِ، وَالبَعْضَ بِحُكْمِ الْإِجَارَةِ، وَلَا عِبْرَةَ لِاخْتِلَافِ السَّبَبِ مَعَ اتْحَادِ[1] الحُكْمِ، وَإِذَا لَمْ يَظْهَرْ الشُّيُوْعُ: صَحَّ الْعَقْدُ.

وَلَا إِجَارَةُ الرَّحَى بِبَعْضِ دَقِيْقِهِ وَنَحْوِهَا.....

وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّهُ لَا يَصِحُّ؛ لِأَنَّ اسْتِيفَاءَ الْمَنْفَعَةِ الَّتِي تَنَاوَلَها الْعَقْدُ لَا يَتَأَتَّى إِلَّا بِغَيْرِهَا[2]، وَهِيَ مَنْفَعَةُ نَصِيبِهِ، وذَلِكَ مُفْسِدٌ لِلْإِجَارَةِ[3]: كَمَنْ اسْتَأْجَرَ أَحَدُ زَوْجَيِّ المِقْرَاضِ[4]؛ لِقَرْضِ الثِّيَابِ، فَإِنَّهُ: لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّ اسْتِيفَاءَ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ لَا يُمْكِنُ إِلَّا بِمَا لَمْ يتَنَاوَلُهُ الْعَقْدُ.

وفِي «الْمُغْنِى»:((وَالْفَتْوَى عَلَى قَوْلِهِمَا فِي إِجَارَةِ الـمُشَاعِ))[5].

وَالحِيلَةُ فِي جَوَازِهَا عَلَى قَوْلُ الكُلِ: أَنْ يُرْفَعَ الْعَقْدُ إِلَى قَاضٍ يَحْكُمُ بِهِ، فَإِنْ تَعَذَرَ الرَّفْعُ يَعْقِدَانِ الْإِجَارَةَ فِي الكُلِّ، ثُمَّ يَفْسَخَانِ[6] الْعَقْدَ فِي بَعْضِه بِقَدْرِ مَا يَتَفِقَانِ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ الشُّيُوعَ الطَّارِئَ[7] لَا يَمْنَعُ الجَوَازَ بِالِاتِّفَاقِ عَلَى ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ.

(وَلَا إِجَارَةُ الرَّحَى بِبَعْضِ دَقِيْقِهِ) أَيْ: دَقِيْقِ ذَلِكَ الْمُسْتَأْجِرِ عَلَى طَحْنِهِ، فَإِنْ طَحَنَ فَالدَّقِيْقُ لِرَبِّ الحَطْوْنِ، وَلِلْطَّحَانِ أَجْرُ الْمِثْلِ.

(وَ) لَا إِجَارَةُ **(نَحْوِهَا)** مِنْ الْإِجَارَاتِ: كَإِجَارَةِ حَائِكٍ عَلَى نَسْجِ غَزْلٍ بِنِصْفِ الثَّوْبِ الَّذِي يَنْسُجُهُ، أَوْ بِثُلُثِهِ، فَإِنَّها فَاسِدَةٌ، وَالثَّوْبُ لِرَبِّ الغَزْلِ، وَلِلْحَائِكِ أَجْرُ الْمِثْلِ، وَكَإِجَارَةِ حِمَارٍ لَحَمْلِ طَعَامٍ بِقَفِيزٍ[مِنْهُ][8]، فإِنَّها لَا تَجُوزُ، فَإِنْ حَمَلَهُ فَلَهُ أَجْرُ مِثْلِهِ لَا يُجَاوِزُ القَفِيْزَ[9].

---

(1) في (ك): ايجاد.

(2) في (ن): بعدها.

(3) في (ك): (لا يفسد الإجارة)

(4) المِقْراض: المقص، وهو ما يُقرض به الثوب أو غيره، وهما مِقْراضان. والجمع مقاريض. ينظر: إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، مصدر سابق، ج2، ص 727.

(5) قال في «المنظومة النسفية»: إِجَارَةُ الْمُشَاعِ لَا تَصِحُّ مِنْ ... غَيْرِ الشَّرِيكِ فَاعْلَمَن وَاسْتَبِنْ
قال ابن عابدين: ورأيت بهامش «العمادية» بخط الجد عبد الرحمن العمادي ما صورته قلت: قال: قاضي خان، (الفتوى) على قول الإمام في عدم جواز إجارة المشاع، ونقل الزيلعي أن الفتوى على قولهما في جوازها قال الشيخ قاسم في «تصحيحه»: ما نقله الزيلعي شاذ مجهول القائل. اهـ ينظر: ابن عابدين، العقود الدرية، مصدر سابق، ج2، ص120.

(6) في (أ): يفسخا.

(7) الشيوع الطارئ يكون بأربع صور: (1) أن يكون بصورة الاستحقاق، كما لو آجر إنسان داره كلها فظهر من يستحق نصفها فإجارة هذا النصف موقوفة على إجازته.(2) أن يكون بصورة الإقالة وذلك كما إذا أجر شركاء دارا لهم فيتقابل الطرفان في نصفها فالإجارة في النصف الثاني المشاع صحيحة وهذه حيلة.(3) أن تكون بالوفاة كأن يؤجر رجلان دارا مشتركة بينهما من إنسان فيتوفى أحدهما فتنفسخ الإجارة في حصة المتوفى وتبقى في حصة الحي. (4) بالملك: كما لو ملك المستأجر عين المأجور بإرث أو هبة يزول حكم الإجارة. ينظر: علي حيدر، شرح مجلة الاحكام، ج1، ص168.

(8) سقط من: (ت) و(ك) و(س) و(ع) و(م).

(9) وكان مشايخ بلخ والنسفي يجيزون حمل الطعام ببعض المحمول ونسج الثوب ببعض المنسوج لتعامل أهل بلادهم بذلك، وقالوا من لم يجوزه إنما لم يجوزه بالقياس على قفيز الطحان والقياس يترك بالتعارف، ولئن قلنا إن النص يتناوله دلالة فالنص يختص بالتعامل ألا نرى أن الاستصناع ترك القياس فيه وخص عن القواعد الشرعية بالتعامل.
ومشايخنا: لم يجوزوا هذا التخصيص؛ لأن ذلك تعامل أهل بلدة واحدة وبه لا يخص الأثر بخلاف الاستصناع فإن التعامل به جرى في كل البلاد وبمثله يترك القياس ويخص الأثر. ينظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج5، ص130.

وَأَمَّا فَسَادُ الْإِجَارَةِ؛ فَلِمَا رَوَى الدَّرَاقُطْنِيُّ، وَالبَيْهَقِيُّ فِي((سُنَنِهِمَا))، وَأَبُو يَعَلَى الْموصِلِيِّ فِي ((مُسْنَدِهِ))، عَنْ أَبِي سَعِيْدٍ الخُدْرِيِّ ﷺ، قَالَ: نَهَى رَسُوْلُ اللهِ ﷺ:((عَنْ عَسِيبِ الْفَحْلِ وعن قَفِيزَ الطَّحَّانِ))[1].

وَفِي ((الهِدَايَةِ)):((هُوَ أَنْ يَسْتَأْجِرَ ثَوْرَاً لِيَطْحَنَ لَهُ [2] حِنْطَةً بِقَفِيزٍ مِنْ دَقِيْقِهَا.

وَالْمَعْنَى فِيْهِ: أَنَّ الْمُسْتَأْجِرَ عَاجِزٌ عَنْ تَسْلُّمِ الْأَجْرِ[3]؛ لِأَنَّ حُصُوْلَهُ بِفِعْلِ الْأَجِيرِ، وَلَا يُعَدُّ أَحَدٌ قَادِرَاً بِفِعْلِ غَيْرِهِ))[4].

وَالحِيْلَةُ فِي تَصْحِيْحِ ذَلِكَ: أَنْ يَشْتَرِطَ صَاحِبُ الْحِنْطَةِ [قَفِيْزَاً مِنْ الدَّقِيْقِ الجَيِّدِ، وَلَا يَقُوْلَ مِنْ هَذِهِ الْحِنْطَةِ][5]؛ لِأَنَّ الدَّقِيْقَ إِذَا لَمْ يَكُنْ وَأَمَّا وُجُوْبِ أَجْرِ الْمِثْلِ؛ فَلِأَنَّهُ سَلَّمَ لَهُ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ العَامِلَ[6] [لَمْ يَصِرْ][7] شَرِيكًا فِي الْعَيْنِ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا شَرَطَ لَهُ قَفِيْزَاً مَحْمُوْلٍ، وَهُوَ لَيْسَ بِمَحْمُوْلٍ فِي ابْتِدَاءِ التَّسْلِيمِ[8].

بِخِلَافِ مَا إِذَا اسْتَأْجَرَه لِيَحْمِلَ نِصْفَ طَعَامِهِ بِالنِّصْفِ الْآخَرِ، حَيْثُ لَا يَجِبُ الْأَجْرُ؛ لِأَنَّ الْمُسْتَأْجِرَ تَمَّ مِلْكُهُ لِلْآخَرِ فِي الحَالِ بِالتَّعْجِيلِ، فَصَارَ حَامِلَاً طَعَامٌ / مُشْتَرَكَاً بَيْنَهُمَا، وَلِحَمْلِ طَعَامٍ مُشْتَرَكٍ بَيْنَهُمَا، لَا يَجِبُ الْأَجْرُ؛ إِذَ مَا مِنْ جُزْءٍ يَحْمِلُهُ إِلَّا وَهُوَ عَامِلٌ لِنَفْسِهِ، فَلَا يَتَحَقَّقُ تَسْلِيمُ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ، وَأَمَّا أَنَّهُ لَا يُجَاوِزُ بِالْأَجْرَ الْمُسَمَّى؛ فَلِأَنَّ الْإِجَارَةَ لَمَّا فَسَدَتْ وَجَبَ الْأَقَلُّ مِنْ الْمُسَمَّى، وَمِنْ أَجْرِ الْمِثْلِ؛ لِرِضَاهُ بِحَطِ[9] الزِّيَادَةِ[10]. أ/371

وَلَوْ اسْتَأْجَرَ انْسَانٌ آخَرَ؛ لِيَقْتُلَ قَاتِلَ وَلِيِّهِ قَصَاصَاً، لَمْ يَجُزْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ[11]، وَيَجُوزُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ؛ لِأَنَّهُ عَمَلٌ مَعْلُومٌ ، فَصَارَ كَذَبْحِ الشَّاةِ، وَلَهُمَا: أَنَّهُ لَا تَعَارُفَ[12] فِيْهِ، وَجَوَازُ الْإِجَارَةِ بِالتَّعَارُفِ[13].

---

(1) أبو يعلى، أحمد بن علي بن المثنى(1984م)، المسند (ت: حسين سليم أسد)، ط1، رقم 1024، ج2، ص301، دار المأمون للتراث، دمشق. والدار قطني، السنن، مصدر سابق، كتاب البيوع، رقم 2985، ج3، ص468، و(اللفظ له). والبيهقي، السنن الصغير، مصدر سابق، باب ما ينهى عنه من البيوع التي فيها غرر وغير ذلك، رقم 1969، ج2، ص272.

(2) في (أ) و(ن): به.

(3) القدرة على التسليم شرط لصحة العقد وهو لا يقدر بنفسه، وإنما يقدر بغيره فلا يعد قادرا ففسد ولأنه جعل الأجر شيئا لا يمكن تسليمه إلا بعمل الأجير العمل الذي يجب عليه بحكم العقد فتكون القدرة التي هي شرط العقد قائمة بحكم العقد فتصير بمنزلة حكم العقد والشرط لا يصلح حكما فكذا لا يصلح قائما به، فإذا نسج أو حمل فله أجر مثله لا يجاوز به المسمى. ينظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج5، ص 130.

(4) ينظر: المرغيناني، الهداية، مصدر سابق، ج3، ص240.

(5) سقط من: (ت) و(ك) و(س) و(ع) و(م).

(6) في (ن): المعامل.

(7) في (أ):(لا يصير)، وفي (ن): (لم يكن).

(8) في (ك): ايجاد.

(9) في (أ) و(ن): يحط.

(10) ذكر محمد في السير الكبير: إذا استأجر الإمام رجلا ليقتل المرتدين والأسارى لم يجز عند أبي يوسف وأبي حنيفة. الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج4، ص184.

(11) لأن هذا ليس بعمل! يعني أن القتل إزهاق الروح، وذلك ليس بصنع العباد ولا يتصور الاستئجار عليه. فكذلك الإزهاق بخلاف الذبح فهو عبارة عن تسييل الدم النجس ليتميز به الطاهر من النجس، وذلك بقطع الحلقوم والأوداج وهو من صنع العباد. ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق،ج16،ص40.

(12) التعارف: هو العرف، وهو احد مصادر الاستنباط في اصول الفقه الاسلامي.

(13) ولان القتل بضرب العنق يقع على سبيل التجافي عن المضروب فربما يصيب العنق وربما يعدل عنه إلى غيره فإن أصاب كان مشروعا وإن عدل كان محظورا؛ لأنه يكون مثلة وإنها غير مشروعة، فلم يكن هذا النوع من المنفعة مقدور الاستيفاء وليس كذلك القطع والذبح لأن القطع يقع بوضع السكين على موضع معلوم من اليد وهو المفصل وإمراره عليه. ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج4، ص179.

وَلَوْ اسْتَأْجَرَ الْقَاضِي رَجُلًا؛ لِيَقُـوْمَ فِي مَجْلِسِ الْقَضَاءِ، وَيُقِيْـمَ الحُدُوْدَ[1]: جَازَ[2].

وَلَا الْجَمْعُ بَيْنَ الوَقْتَ والْعَمَلِ ....

وَلَوْ اسْتَأْجَرَهُ لِلْحُدُوْدِ، وَالقَصَاصِ: لَا يَجُوزُ[3][4].

ولَوْ اسْتَأْجَرَهُ لِاسْتِيفَاءِ القَصَاصِ فِيمَا دُونَ النَفْسِ[5]: يَجُوزُ.

(وَلَا) يَصِحُّ **(الْجَمْعُ)** فِي الْإِجَارَةِ **(بَيْنَ الوَقْتَ والْعَمَلِ)**[6] بِدُونِ حَرْفِ الظَّرْفِ، كَمَا لَوْ اسْتَأْجَرَ رَجُلًا لِيَخْبِـزَ لَـهُ عَشَرَةَ أَقْفِزَةٍ الْيَوْمُ بِدِرْهَمٍ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ، وَمُحَمَّدٌ: يَصِحُّ؛ لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ الْعَمَلُ، وَذِكْرُ الوَقْتِ لِلاسْتِعْجَالِ لَا لِتَعَلُّقِ الحَقِّ بِـهِ، حَتَّـى لَـوْ فَرَغَ مِنْهُ فِي نِصْفِ النَّهَارِ، كَانَ لَهُ الْأَجْرُ كَامِلًا، وَلَوْ لَمْ يُفَرِغْهُ فِي الْيَوْمِ، كَانَ عَلَيْهِ عَمَلُهُ فِي الغَدِ[7].

ولأَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّ ذِكْرَ الوَقْتِ دَلِيلُ كَوْنِ الْمَنْفَعَـةِ مَعْقُـوْدٌ عَلَيْهَا[8]، وَذِكْـرُ الْعَمَـلِ دَلِيـلُ كَوْنِـهِ مَعْقُـوْدَاً [عَلَيْـهِ][9] [وَيَقَعُ][10] نَفْعُ الْمُسْتَأْجِرِ فِي الثَّانِي، وَنَفْعُ الْأَجِيرِ فِي الْأَوَّلِ، وَلَا تَرْجِيْحَ لِأَحَدِهِمَا عَلَى الْآخَرِ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْا يَقَـعُ مَعْقُـوْدَاً عَلَيْهِ فِي بَابِ الْإِجَارَةِ، فَصَارَ الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ مَجْهُوْلَاً جَهَالَةً تُفْضِي إِلَى المُنَازَعَةِ.

بِأَنْ يَقُوْلَ الْمُسْتَأْجِرُ: إِذَا فَرَغَ الْأَجِيرُ مِنْ الْعَمَـلِ فِي اثْنَـاءِ النَّهَـارِ، مَنَافِعُـكَ فِي بَقِيَـةِ المُـدَّةِ حَقِّـي؛ بِاعْتِبَـارِ تَسْـمِيَةِ الوَقْتِ، وَأَنَا اسْتَعْمِلُكَ.

---

(1) الحدود مفرد حد: وهو طرف كل شيء، وشرعا: عقوبة مقدرة، تجب حقا لله تعالى. الهروي، تهذيب اللغة، مصدر سابق، ج3، ص270. ينظر: الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، مصدر سابق، ج4، ص79.

(2) لأنه استأجره مدّة معلومة بأجر معلوم لعمل مباح وهو قيامه في مجلسه فيصبح كما لو استأجره شهراً للخدمة لأنه مجرد القيام في مجلس لا يفيد للقاضي فائدة والإجارة لا تنعقد على ما لا فائدة للمستأجر فيه وإنما يفيده القيام في مجلسه إذا قام لبعض ما يعرض للقاضي من هذه الأسباب فصار القيام إقامة هذه الأسباب مستحقاً للقاضي ثمرة من ثمرات ما وقعت عليه الإجارة وهو القيام في مجلسه لا أن يكون هذا معقوداً عليه حتى لا تجوز الإجارة عليه. ينظر: ابن مازة، المحيط البرهاني، مصدر سابق، ج7، ص490.

(3) وهو راي الإمام خواهرزاده في أنه لا يجوز، وذكر الشيخ أبو الحسن الكرخي أنه يجوز، وإليه مال الإمام الحلواني، والإمام الطواويسي، وإنما اختلفوا لاختلافهم في علة عدم الجواز إذا لم يذكر لذلك مّدة فالكرخي ومن تابعه قالوا: إذا لم يذكر لذلك من مدّة إنما لا يجوز؛ لأن المعقود عليه العمل وإنه مجهول لا يدري كم يوجد ومع الجهالة فيه خطر لا يدري أيوجد أو لا يوجد، وهذا المعنى لا يتأتى فيما إذا ذكر لذلك مّدة؛ لأن عند ذكر المّدة المعقود عليه تسليم النفس لا العمل. ينظر: المصدر سابق، ج7، ص491.

(4) لأنه مجهول في نفسه، وإن فعل شيئا من ذلك كان له أجر مثله؛ لأنه استوفى منافعه بعقد فاسد فإن (قيل) إقامة الحد طاعة فكيف يستوجب الأجر على إقامته عند فساد العقد (قلنا) معنى الطاعة فيه غير مقصود؛ ولهذا صح من الكافر والمسلم كبناء المسجد ونحوه ولو استصحبه على أن يجعل له رزقا كل شهر فهو جائز أما إن بين مقدار ما يعطيه فالعقد جائز؛ لأن المعقود عليه منافعه وهو معلوم، وإن لم يبين مقدار ذلك فهو في هذا كالقاضي وللقاضي أن يأخذ رزقا بقدر كفايته من بيت المال، وكذلك من ينوب عن القاضي في شيء من عمله. ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج16، ص40.

(5) المراد بالنفس: أي تجب الدية في النفس بسبب إتلافها، ويستوي فيها الصغير والكبير، والوضيع والشريف، والمسلم والذمي. انظر: العيني، البناية على الهداية، مصدر سابق، ج12، ص 217. ينظر: الموصلي، الاختيار، مصدر سابق، ج5، ص 519.

(6) الاجارة لا تخلو من وجهين: اما ان تقع على وقت معلوم، او على عمل معلوم. فان وقعت فلا تجب الاجرة الا بإتمام العمل اذا كان العمل مما لا يصلح اوله إلا بآخره وان كان يصلح اوله دون آخره فتجب الاجرة بمقدار ما عمل. واذا وقعت على وقت معلوم فتجب الاجرة بمضي الوقت ان هو استعمله او لم يستعمله وبمقدار ما مضى من الوقت تجب الاجرة. واذا وقعت على عمل معلوم في وقت معلوم كقوله خط لي هذا الثوب الى طلوع الشمس او الى غروب الشمس او صلاة الظهر ونحوها فإنها فاسدة في قول ابي حنيفة لأنه لا يدري ايهما يسبق وفي قول ابي يوسف ومحمد الاجارة جائزة لأنها وقعت على العمل والوقت للتعجيل. ينظر: السُّغْدي، النتف في الفتاوى، مصدر سابق، ج2، ص558.

(7) وقولهما: بأن ذكر الوقت للتعجيل فيه نظر؛ لأن أغراض الناس ورغباتهم مختلفة قد يكون الغرض إيقاع العقد على المنفعة فلا يترجح أحدهما مع المماثلة في النوعية من غير دليل. ينظر: ابن مازة، المحيط البرهاني، مصدر سابق، ج7، ص426.

(8) في (ن): عليه.

(9) سقط من: (أ) و(ن).

(10) سقط من: (ك).

وَيقَوْلُ الْأَجِيرُ: إِذَا لَمْ أَفْرَغْ[1] مِنْ الْعَمَلِ عِنْدَ مُضِيِّ الْيَوْمِ، قَدْ انْتَهَى الْعَقْدُ بِانْتِهَاء الْمُدَّةِ، وَالجَهَالَةُ الْمُفْضِيَةِ إِلَى الْمُنَازَعَةِ مُفْسِدَةٌ.

وَإِنَّمَا قُلْنَا بِدُونِ حَرْفِ «الظَّرْفِ»؛ لِأَنَّهُ رَوُيَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ إِذَا قَالَ: فِي الْيَوْمِ، تَصِحُّ الْإِجَارَةُ؛ لِأَنَّ «فِي» لِلظَرْفِ لَا لِلْمُدَّةِ، فَكَانَ الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ الْعَمَلَ، بِخِلَافِ «الْيَوْمِ» فَإِنَّهُ لِلْمُدَّةِ، وَقَدْ سَبَقَ نَظِيْرُهُ فِي الطَّلَاقِ[2].

كِتَابُ الْعَارِيَّةِ

هِيَ تَمْلِيكُ نَفْعٍ بِلَا عِوَضٍ.

(كِتَابُ الْعَارِيَّةِ)

(هِيَ) بِالتَّخْفِيفِ وَالتَّشْدِيدِ، وفِي «الصَّحَّاحِ»:((كَأَنَّهَا بِالتَّشْدِيدِ مَنْسُوبَةٌ إِلَى الْعَارِ؛ [لِأَنَّ طَلَبَهَا عَارٌ، وَعَيْبٌ، وَالعَارَةُ مِثْلُ الْعَارِيَّةِ))[3].

وَفِي«الْمُغْرِبِ»:((الْعَارِيَّةُ بِالتَّشْدِيدِ مَنْسُوْبَةٌ إِلَى الْعَارَةِ][4]، اسْمٌ مِنْ الْإِعَارَةِ))[5].

وَفِي «الْمَبْسُوْطِ»:((قِيْلَ الْعَارِيَّة مُشْتَقَّةٌ مِنْ التَّعَاوُرِ[6]، وَهُوَ التَّنَاوُبُ، فَكَأَنَّهُ يَجْعَلُ لِلْغَيْرِ نَوْبَةً[7] فِي الِانْتِفَاعِ بِمِلْكِهِ عَلَى أَنْ تَعُودَ النَّوْبَةُ[8] إِلَيْهِ بِالِاسْتِرْدَادِ مَتَى شَاءَ؛ وَلِهَذَا كَانَتْ الْإِعَارَةُ فِي الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ قَرْضًا؛ لِأَنَّهُ لَا يُنْتَفَعُ بِهَا إِلَّا بِالاستهْلَاكِ[9] فَلَا تَعُودُ النَّوْبَةُ إِلَيْهِ فِي عَيْنِهِ لِيَكُونَ إعَارَةً حَقِيقَةً وإِنَّمَا تَعُودُ[10] النَّوْبَةُ إِلَيْهِ فِي مِثْلِهِ، ومَا يَمْلِكُ[11] الْإِنْسَانُ الِانْتِفَاعَ بِهِ عَلَى أَنْ يَكُونَ مِثْلُهُ مَضْمُونَاً عَلَيْهِ يَكُونَ قَرْضَاً))[12].

---

(1) في (ت) و(ك) و(س) و(م) (ع): تفرغ.

(2) وإذا ثبت هذا من مذهبه حالة الانفراد فيقول بأحد الاعتبارين وهو اعتبار العقد على العمل يجب الأجر إذا عمل في الغد، وباعتبار الأجر وهو التأقيت لا يجب الأجر؛ لأنه لم يبق العقد وأنه لم يكن واجباً فلا يجب بالشك والاحتمال ولقائل أن يقول: بأن عليه الأجر؛ لأن العقد منعقد في اليوم أي الأمرين ما اعتبرنا إلا أن بأحد الاعتبارين يبقى في الغد، وباعتبار الآخر لا يبقى والعقد كان ثابتاً فلا يرتفع بالشك وإذا نفي العقد كان قابلاً في الغد بحكم العقد، إلا أنه يجب أجر المثل؛ لأن العقد في الغد يبقى بوصف الفساد؛ لأنه يبقى من وجه دون وجه، ومثل هذا يوجب فساد العقد كما في بيع المقايضة إذا هلك أحد البدلين فإنه يبقى العقد ولكن وصف الفساد كذا هاهنا فكأن المنافع في الغد مستوفاة بحكم عقد فاسد، فيجب أجر المثل. ينظر: ابن مازة، المحيط البرهاني، مصدر سابق، ج7، ص425.

(3) ينظر: الرازي، مختار الصحاح، مصدر سابق، ج1، ص221.

(4) سقط من: (ك).

(5) ينظر: المُطَرِّزِيّ، المغرب في ترتيب المعرب، مصدر سابق، ج1، ص456.

(6) وهو التداول يقال: (تعاورته الأيدي وتداولته) أي أخذته هذه مرة وهذه مرة والعارية على وزن الفعلية بفتح العين وأصله: (عورية) سكنت الواو تخفيفا وصيرت ألفا لفتحة ما قبلها والعارة بدون الياء. النسفي، طلبة الطلبة، مصدر سابق، ص98.

(7) في (ت): ثوبه.

(8) النَّوبَة: واحدة النُوَبِ، مأخوذ من ناب ينوب نوبا ونيابة، وهو جمع نائب، ومنه التناوب، تقول: جاءت نَوْبتُك ونيابتك. وهم يتناوبون النوبةَ فيما بينهم، في الماء وغيره. والنُوبَةُ بالضم: الاسم من قولك نابَهُ أمرٌ وانتابه، أي أصابه، والنوبُ والنوبة: جيل من السودان، الواحد نوبي. والنوب أيضا: النحل. ينظر: الهروي، تهذيب اللغة، مصدر سابق، ج15، ص352. والجوهري، الصحاح، مصدر سابق، ج1، ص229.

(9) أي باستهلاك العين.

(10) في (ن) : يعود.

(11) في (أ) : (ولا يملك).

(12) ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج11، ص133.

وفِي الشَّرْعِ:(**تَمْلِيكُ نَفْعٍ**[1] **بِلَا عِوَضٍ**) [2] فَخَرَجَ تَمْلِيكُ الْعَيْنِ كَالْبَيْعِ والْهِبَةِ، وتَمْلِيكُ النَّفْعِ[3] بِعِوَضٍ كَالْإِجَارَةِ.

وقَالَ الْكَرْخِيُّ:((هِيَ إبَاحَةُ الِانْتِفَاعِ لَا تَمْلِيكِ الْمَنْفَعَةِ))[4]، وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيُّ[5]، وأَحْمَدُ[6]؛ لأَنَّهَا تَنْعَقِدُ بِلَفْظِ الإبَاحَةِ، وتَبْطُلُ بِالنَّهْيِ، والتَمْلِيكُ لَا تَبْطُلُ بِهِ كالْهِبَةِ والْإِجَارَةِ؛ ولِأَنَّ الْمُسْتَعِيرَ لَا يَمْلِكُ الْإِجَارَةَ مِنْ غَيْرِهِ، ومَنْ مَلَكَ شَيْئًا مَلَكَ تَمْلِيكَهُ مِنْ غَيْرِهِ بِعِوَضٍ.

وَلَنَا: أَنَّ الْعَارِيَّةَ[7] تُنْبِئُ عَنْ التَّمْلِيكِ، إلَّا يُرَى أَنَّ الْعَرِيَّةَ هِيَ الْعَطِيَّةُ مِنْ الثِّمَارِ، وَلِهَذَا ينعقَدُ [بِلَفْظِ التَّمْلِيكِ، وإنَّمَا انْعَقَدَتْ][8] بِلَفْظِ الإبَاحَةِ؛ لِأَنَّهَا أُسْتُعِيرَتْ لِلتَّمْلِيكِ بِلَا عِوَضٍ كَانْعِقَادِ الْإِجَارَةِ بِلَفْظِ الإبَاحَةِ لِاسْتِعَارَتِهَا للتَمْلِيكِ بِعِوَضٍ، وَالنَّهْيُ لَيْسَ إبْطَالًا لِلْمِلْكِ بَعْدَ ثُبُوتِهِ بَلْ مَنْعٌ عَنْ التَّمْلِيكِ؛ لِأَنَّهُ دَلِيلُ الرُّجُوعِ وَالِاسْتِرْدَادِ، وَإِنَّمَا لَا يَمْلِكُ الْمُسْتَعِيرُ الْإِجَارَةَ لِمَا فِيهَا مِنْ الضَّرَرِ بِالْمُعِيرِ؛ [و][9] لِأَنَّهُ [مَلَكَ الْمُسْتَعِيرُ الْمَنَافِعَ عَلَى وَجْهٍ يَتَمَكَّنُ مِنْ الِاسْتِرْدَادِ مَتَى شَاءَ، فَلَوْ][10] مَلَكَ الْمُسْتَعِيرُ الْإِجَارَةَ لَمْ يَتَمَكَّنْ الْمُعِيرُ مِنْ ذَلِكَ[11].

وَتَصِحُّ بِأَعَرْتُكَ، وَمَنَحْتُكَ،.....

وَهِيَ مَشْرُوعَةٌ بِالْكِتَابِ: وَهُوَ قَوْلُهُ تَعَالَى:{وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ}[سورة الماعون:7] فإنَّهُ تَعَالَى ذَمَّ عَلَى مَنْعِ المَاعُوْنِ الَّذِي هُوَ عَدَمُ اعَارَتِهِ، فَيَكُونُ اعَارَتُهُ مَحْمُوْدَةً.

---

(1) في (ن) : تبع.

(2) قال الأتقاني: هذا اختيار أبي بكر الرازي. (وجه) أن العرية والعارية أحدهما مشتق من الآخر ولكن خص كل واحد منهما باسم فقالوا في تمليك الأعيان عرية وفي تمليك المنافع عارية فدل على أن العارية تمليك لا إباحة اهـ ينظر: الرازي، خلاصة الدلائل، مصدر سابق، ج2، ص334. والشِّلْبِيِّ، حاشية الشِّلْبِيِّ على التبيين، مصدر سابق، ج5، ص83.

(3) في (أ): المنفعة.

(4) واستدلاله هذا جاء بناء على اربعة ادلة:

(1) أنه لا يشترط إعلام مقدار المنفعة فيه ببيان المدة، والجهالة تمنع صحة التمليك لأن تمليك المجهول لا يصح ولا يعلم إلا بضرب المدة وهو ليس بشرط فكان تمليكا للمجهول.

(2) أن المستعير ليس له أن يؤاجر، ومن تملك شيئا بغير عوض جاز له أن يملكه من غيره بعوض كالموهوب له، والصحيح أن موجب هذا العقد ملك المنفعة للمستعير؛ لأن المنفعة تحتمل التمليك بعوض فتحتمل التمليك بغير عوض أيضا كالعين.

(3) أن للمستعير أن يعير فيما لا يتفاوت الناس بالانتفاع به، والمباح له لا يملك أن يبيح لغيره، فالمستأجر يجوز أن يؤجر المستأجر لتملكه المنافع، فلو كانت الإعارة تمليكا لجاز له ذلك كما في الإجارة والهبة.

(4) ان التمليك لا ينعقد بلفظ الإباحة. ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج11، ص133. البابرتي، العناية شرح الهداية، مصدر سابق، ج9، ص4.

(5) ينظر: الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج7، ص115.

(6) ينظر: الكلوذاني، الهداية، مصدر سابق ، ص309. وابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج5، ص3.

(7) أن إطلاق اسم العارية في العرف بطريقتين :أما بطريق الحقيقة فهو إعارة الأعيان التي ينتفع بها مع قيامها كالدور والدواب ونحوها وهو تمليك منافع الأعيان، وأما بطريق المجاز فهو إعارة المكيل والموزون وكل ما لا يمكن الانتفاع به إلاباستهلاكه فهو قرض حقيقة ولكن يسمى عارية مجازا؛ لأنه لما رضي بالانتفاع به باستهلاكه ببدل كان تمليكا له ببدل وهو تفسير القرض، ولا يلزم الأجل فيه كما في العارية. ينظر: السمرقندي، تحفة الفقهاء، مصدر سابق، ج3، ص183.

(8) سقط من: (م).

(9) سقط من: (ك) و(س) و(م).

(10) سقط من: (ك) و(ت) و(س) و(م) و(ع).

(11) والعارية نوعان: مطلقة ومؤقتة؛ نحو أن يقول في الإعارة شهراً، أو يقول: إلى مكان كذا، أو يقول: يحمل عليها كذا، ففيما كانت مطلقة يجب إجراؤها على إطلاقها، أو فيما كانت مقيدة يجب رعاية القيد فيه. اما صفتها: فهي غير لازمة، وللمعير أن يرجع فيها متى شاء؛ لأن الإعارة تبرع بالمنفعة، فلا تكون لازمة قبل قبضها؛ كالتبرع بالعين، وما لم يستوف من المنفعة في المستقبل لم يتصل بها القبض، ومن صفتها أنها ترتفع لمجرد النهي، ويبطل بموت أحدهما أيهما مات. ينظر: ابن مازة، المحيط البرهاني، مصدر سابق، ج5، ص555.

وَبِالسُّنَةِ: وَهِيَ مَا رَوَى الْبُخَارِيُّ، عَنْ أَنَسٍ قَالَ: كَانَ فَزَعٌ بِالْمَدِينَةِ، فَاسْتَعَارَ ﷺ فَرَسًا مِنْ أَبِي طَلْحَةَ يُقَالُ لَهُ: المَنْدُوبُ، فَرَكِبَ، فَلَمَّا رَجَعَ قَالَ: «مَا رَأَيْنَا مِنْ شَيْءٍ، وَإِنْ وَجَدْنَاهُ لَبَحْرًا» [1].

وبِالْإِجْمَاعِ: فَإِنَّ الأُمَةَ اجْتَمَعَتْ[2] عَلَى جَوَازِهَا، وإِنَّمَا اخْتَلَفُوْا فِي كَوْنِهَا مُسْتَحبَّةً، وَهُوَ قَوْلُ الأَكْثَرِ، أَوْ وَاجِبَةً وَهُوَ قَوْلُ البَعْضِ[3][4].

[فَصْلٌ فِي الألفاظ التي تنعقد بها العارية]

[1] **(وَتَصِحُّ بِأَعَرْتُكَ)**؛ لِأَنَّهُ صَرِيْحُهَا.

[2] **(وَمَنَحْتُكَ)** ثَوْبِي هَذَا، أَوْ جَارِيَتِي هَذِهِ؛ لِأَنَّ أَصْلَ المِنَحِ:" أَنْ يُعْطِي الرَّجُلَ آخرٌ نَاقَةً، أَوْ شَاةً؛ لِيَشْرَبَ لَبَنُهَا، ثُمَّ يَرُدُّهَا إِذَا فَرِغَ"[5]، فَرُوْعِيَ فِيْهِ أَصْلُ الوَضْعِ، وَحُمِلَ عَلَى الْعَارِيَّةِ، إِذَا لَمْ يُرَدْ بِها الْهِبَةُ[6].

وَأَطْعَمْتُكَ أَرْضِي، وَحَمَلْتُك عَلَى دَابَّتِي، وَأَخْدَمْتُك عَبْدِي، وَدَارِي لَك سُكْنَى، وعُمْرِي سُكْنَى.....

[3] **(وَأَطْعَمْتُكَ أَرْضِي)**[7]؛ / لِأَنَّ الْإِطْعَامَ[8] إِذَا أُضِيفَ إِلَى مَا لَا يُطْعَمُ كَالْأَرْضِ، يُرَادُ بِهِ أَكْلُ[9] غَلَّتِهَا، إِطْلَاقًا لِاسْمِ الْمَحَلِّ عَلَى الْحَالِّ [10]. 375/أ

---

(1) ينظر: البخاري، الجامع المسند الصحيح، مصدر سابق، باب من استعار من الناس الفرس والدابة وغيرها، رقم 2627، ج3، ص165. وقد ندب الشرع إليها ايضا، بقوله تعالى:{وتعاونوا على البر والتقوى} [المائدة: 2] وهي عقد مستحب شرعا، مندوب إليه؛ لما فيه من قضاء حاجة المسلم، وبقوله ﷺ:«لا يزال الله في عون المسلم ما دام في عون أخيه». ينظر: الموصلي، الاختيار، مصدر سابق، ج3، ص55.

(2) في (س) و(م): اجمعت

(3) (وحكمها) أنه ينزل منزلة المالك فكل ما ينتفع به المالك ينتفع به المستعير من الركوب والحمل وله أن يركب غيره ولكن يحمل بقدر المعتاد لا زيادة عليه لأن الزيادة تكون إتلافا، فأما إذا بين أنه يستعمل بنفسه فهذا على وجهين إن كان مما يتفاوت الناس في استعماله فإنه يختص به ولا يجوز له أن يركب غيره وأن يلبس غيره، وإن كان شيئا لا يتفاوت فله أن يعير غيره، وكذا إذا سمي وقتا أو مكانا فجاوز ذلك المكان أو زاد على الوقت يضمن لأن التخصيص مفيد. ينظر: السمرقندي، تحفة الفقهاء، مصدر سابق، ج3، ص178.

(4) [وليعلم] أن الإعارة نوعان حقيقة ومجاز، فالحقيقة: إعارة الأعيان التي يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها كالثوب، والمجاز إعارة ما لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاك عينه كالدراهم وغيرهما من المكيل: فتكون إعارة صورة وقرضا معنى. ينظر: شيخ زاده، مجمع الأنهر، مصدر سابق، ج2، ص346.

(5) ينظر: ابن دريد، جمهرة اللغة، مصدر سابق، ج1، ص572.

(6) ولكن شيخ الإسلام خواهر زاده فصل في مبسوطه، وقال: إذا قال منحتك إن كان مضافا إلى ما يمكن الانتفاع به مع بقاء العين يكون إعارة وإن أضاف إلى ما لا يمكن الانتفاع مع بقاء عينه كالطعام يكون هبة؛ لأن المنحة تذكر ويراد بها العارية. ولأن الهبة لا تكون مردودة وإنما المردودة العارية وتذكر ويراد بها الهبة يقال منح فلان فلانا أي وهب له، وإذا كانت له اللفظة صالحة للأمرين جميعا والعمل بهما متعذر في عين واحدة؛ لأن العين الواحدة لا يتصور أن تكون في محلين عارية وهبة في وقت واحد عملنا بهما مختلفين فقلنا إذا أضيفت المنحة إلى عين يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه جعل عارية، وإذا أضيفت إلى عين لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه جعل هبة. ينظر: الشِّلْبِيِّ، حاشية الشِّلْبِيِّ على التبيين، مصدر سابق، ج5، ص84.

(7) قال الأتقاني: ((وأما قوله أطعمتك هذه الأرض فهو مستعمل في العارية مجازا لا حقيقة؛ لأنه يقال أطعمه فطعم ونفس الأرض لا تطعم فكان المراد ما يخرج منها بطريق إطلاق اسم السبب على المسبب وهو من طرق المجاز))اهـ ينظر: الشِّلْبِيِّ، حاشية الشِّلْبِيِّ على التبيين، مصدر سابق، ج5، ص84.

(8) في (س): الاطعام.

(9) في (س): كل.

(10) وإذا أضيف إلى ما يطعم عينه يراد به تمليك عينه. ينظر: العيني، البناية شرح الهداية، مصدر سابق، ج10، ص139.

[4] **(وَحَمَلْتُك عَلَى دَابَّتِي)** [هَذِهِ][1]؛ لِأَنَّهُ يُقَالُ فِي العُرْفِ حَمَلَ فَلَانٌ فُلَانَاً عَلَى دَابَتِهِ إذَا أَعَارَهُ إيَّاهُ، وَإِذَا وَهَبَهِ إيَّاهَا[2]، فَإِذَا نَوَى أَحَدَهُمَا صَحَّتْ نِيَّتُهُ، وَإِذَا لَمْ يَنْوِي حُمِلَ عَلَى الأَدْنَى؛ لِئَلَّا يُلْزَمُ الأَعْلَى بِالشَّكِ[3]؛ ولِأَنَّ الحَمْلَ، هُوَ الإِرْكَابُ حَقِيقَةً، فكَانَ عَارِيَّةً[4].

[5] **(وَأَخْدَمْتُك عَبْدِي)** لِأَنَّ هَذَا إذْنٌ فِي اسْتِخْدَامِهِ، وَهُوَ عَارِيَّةٌ.

[6] **(وَدَارِي لَك سُكْنَى)** [5] أَيْ مِنْ جِهَةِ السُّكْنَى؛ لِأَنَّ« دَارِي » مُبْتَدَأٌ، وَلَكَ خَبَرُهُ، وَ«سُكْنَي» تَمْيِيزٌ عَنْ النِّسْبَةِ إلَى الْمُخَاطَبِ؛ لِأَنَّ قَوْلُهُ «لَكَ» يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ لَهُ رَقَبَتُهَا، وَأَنْ يَكُونَ لَهُ مَنْفَعَتُهَا، وَقَوْلُهُ «سُكْنَى» فَحُكْمٌ فِي الْمَنْفَعَةِ فَهُوَ مُعَيَّنٌ لِلثَّانِي بِحُكْمِ التَّفْسِيْرِ، فَيَكُونُ[6] عَارِيَةٌ.

[7] **(وعُمْرِي سُكْنَى)** أَيْ: وَدَارِي لَكَ عُمْرِي سُكْنَى، يُقَالُ: أَعْمَرَهُ الدَّارَ، أَيْ قَالَ لَهُ: هِيَ لَكَ مُدَّةَ عُمُرِكَ[7]، وَالعُمْرِي: اسْمٌ مِنْهُ فَيَصِيرُ مَعْنَاهُ: جَعَلْتُ سُكْنَاهَا لَكَ مُدَّةَ عُمْرِكَ[8].

وَيَرْجِعُ الْمُعِيرُ مَتَى شَاءَ، وَلَا يَضْمَنُ بِلَا تَعَدٍّ إنْ هَلَكَتْ.....

[فَصْلٌ فِي احْكَامِ المُعِيْرِ وَالمُسْتَعِيْرِ]

[1] **(وَيَرْجِعُ الْمُعِيرُ مَتَى شَاءَ)** سَوَاءٌ كَانَتْ الْعَارِيَّةُ مُطْلَقَةً أَوْ مؤَقَتَةً[9]؛ لِأَنَّ الْمَنَافِعَ تَحْدُثُ شَيْئًا فَشَيْئًا، وَثُبُوتُ[10] الْمِلْكِ فِيهَا بِحَسَبِ حُدُوثِهَا، فَالرُّجُوعُ بِالنِّسْبَةِ الى الْمَنَافِعِ الَّتِي لَمْ تَحْدُثْ، فَيَكُونُ امْتِنَاعَاً عَنْ تَمْلِيكِهَا[11]، وَلَهُ وِلَايَةُ ذَلِكَ[12].

---

(1) سقط من: (ك)

(2) لأن هذا اللفظ مستعمل فيهما.

(3) في (أ) : بالشكر.

(4) لقوله تعالى: {إِذَا مَا أَتَوْكَ لِتَحْمِلَهُمْ} [التوبة: 92] أي لتركبهم، وقد ذكر قول ثاني كما قال الأترازي: إن لفظ حملتك لا يدل على الإركاب لغة، ولكن يدل على التمليك عرفًا، يقال: حمل الأمير فلانًا، ويراد التمليك، فإذا نوى العارية أو الهبة كان كما نوى، وإن لم ينو شيئًا كان عارية لإنباء المتيقن بها. ينظر: العيني، البناية شرح الهداية، مصدر سابق، ج10، ص140.

(5) وهو محكم في إرادة المنفعة فيحمل المحتمل عليه. ينظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج5، ص84.

(6) في (م): فهو.

(7) في (س): عمري.

(8) ذكر الامام السمرقندي ثلاثة عشر لفظا تصح بها العارية وقد ذكر منها الماتن سبعة وهذه تكملتها: (8) اقرضتك هذا الثوب تلبسه يوما (9) اقرضتك هذه الدار تسكنها سنة (10) هي لك هبة (11) اسكنتك هذه الدار لك ولعقبك (12) هذه لك سكنى (13) هي لك سكنى. ينظر: السمرقندي، خزانة الفقه، مصدر سابق، ص205.

(9) ومن هنا [يعلم] أن خلف الوعد مكروه لا حرام، وفي ((الذخيرة)): ((يكره تنزيها؛ لأنه خلف الوعد ويستحب الوفاء بالعهد)). ينظر: ابن عابدين، رد المحتار، مصدر سابق، ج5، ص678.

(10) في (ك): وينوب.

(11) في (س): ملكها.

(12) كمن استعار أمة لترضع ولده وصار لا يأخذ إلا ثديها فله أجر المثل إلى الفطام. ينظر: الحصكفي، الدر المختار، مصدر سابق، ص556.

[2] **(وَلَاْ يَضْمَنُ بِلَا تَعَدٍّ إِنْ هَلَكَتْ)** وبِهِ قَالَ: مَالِكٌ[1]، والثَّوْرِيُّ[2]، وَالأَوْزَاعِيُّ[3]، وَرُوِيَ عَنْ عَلِيٍّ[4]، وَابْنِ مَسْعُوْدٍ[5]، وَالحَسَنِ[6]، وَالنَّخَعِيِّ[7]، وَالشَّعْبِيِّ[8]، وَعُمَرَ بِنْ عَبْدِ العَزِيْزِ[9]، وَشُرَيحٍ[10] رحمهم الله.

وقَالَ الشَّافِعِيُّ[11]: إِنْ هَلَكَتْ مِنْ الاسْتِعْمَالِ الْمُعْتَادِ لَاْ يَضْمَنُ، وَإِنْ هَلَكَتْ مِنْ غَيْرِهِ يَضْمَنُ[12].

وَهُوَ قَوْلُ ابْنُ عَبَاسٍ[13] ﷺ وَأَبِي هُرَيْرَةَ ﷺ[14]، وَعَطَاءٍ[15]، وَاسْحَاقَ[16]؛ لِمَا رَوَى أَبُو دَاوُدَ، وَالنَّسَائِيُّ، عَنْ صَفْوَانِ ابْنُ أُمَيَةَ، أَنَّ النَّبِيّ ﷺ اسْتَعَارَ مِنْهُ دُرُوْعاً يَوْمَ حُنَيْنٍ، فَقَالَ:" أَغَصْباً يَا مُحَمَّدٌ"؟، قَالَ ﷺ:((بَلْ عَارِيَّةٌ مَضْمُونَةٌ))[17].

ولِأَنَّهُ قَبَضَ مَالَ غَيْرِهِ لِنَفْسِهِ، لَاْ عَنْ اسْتِحْقَاقٍ، فَكَانَ مَضْمُوناً عَلَيْهِ، كَالمَقْبُوْضِ عَلَى سَوْمِ[18] الشِّرَاءِ، بِخِلَافِ الْمُوْدَعِ، فَإِنَّهُ لَمْ يَقْبَضْ الْوَدِيعَةَ لِنَفْسِهِ، بَلْ لِنَفْعِ مَالِكِهَا، وَهُوَ الْحِفْظُ، وَلِهَذَا لَاْ يُلْزَمُ[19] مُؤْنَةَ الرَّدِّ، بِخِلَافِ الْمُسْتَأْجِرِ؛ لِأَنَّ قَبْضَهُ عَنْ اسْتِحْقَاقٍ.

---

(1) ينظر: الأصبحي، المدونة، مصدر سابق، ج4، ص447. وابن عبد البر، الكافي، مصدر سابق، ج2، ص808.

(2) قال عبد الرزاق: أخبرنا الثوري قال: «كل إنسان استعار شيئا فرهنه بإذن صاحبه، فذهب الرهن، رد المستعير إلى صاحب المتاع ما كان رهنه به» ينظر: الصنعاني، المصنف، مصدر سابق، ج8، ص180.

(3) هو عبد الرحمن بن عمرو بن يُحْمِد الأوزاعي، أبو عمر، إمام أهل الشام، وكان يسكن بيروت، سئل عن سبعين ألف مسألة فأجاب عليها، من مؤلفاته: ((السنن في الفقه))، و((المسائل))، (88-157هـ). ينظر: ابن خلكان، وفيات الأعيان، مصدر سابق، ج127،3- 128. والذهبي، تذكرة الحفاظ، مصدر سابق، ج1، ص134-137. والصفدي، الوافي بالوفيات، مصدر سابق، ج18، ص123-124، والزركلي، الأعلام، مصدر سابق، ج3، ص320.

(4) عن الحكم بن عتيبة، أن علي بن أبي طالب قال:" ليس على صاحب العارية ضمان". ينظر: الصنعاني، المصنف، مصدر سابق، ج8، ص179

(5) ينظر: ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج5، ص164.

(6) ينظر: المصدر السابق.

(7) ينظر: المصدر السابق.

(8) عن جابر قال: سألت الحكم، والشعبي عن رجل استعار دابة فأكراها بدرهم، فقال الحكم:" الدرهم له"، وقال الشعبي:" الدرهم لصاحب الدابة". ينظر: الصنعاني، المصنف، مصدر سابق، ج8، ص180.

(9) ينظر: ابن قدامة، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج5، ص365.

(10) عن ابن سيرين، عن شريح قال:" يا مستعير القدر أدها". ينظر: الصنعاني، المصنف، مصدر سابق، ج8، ص180.

(11) ينظر: المزني، المختصر، مصدر سابق، ج8، ص215.

(12) اقرار الضمان نوعان:(1) كل يد لو ابتني على يد المالك اقتضى أصل الضمان كيد العارية والسوم والشراء. (2) وما لا كيد الوديعة والاجارة والرهن والوكالة لا تقتضي قرار الضمان. ينظر: الرافعي، فتح العزيز، مصدر سابق، ج11، ص252.

(13) ينظر: الصنعاني، المصنف، مصدر سابق، ج8، ص180.

(14) ينظر: المصدر السابق.

(15) ينظر: البيهقي، السنن الكبرى، مصدر سابق، ج6، ص174.

(16) ينظر: الكوسج، مسائل الإمام أحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه، ج6، ص2593.

(17) ينظر: أبو داود، سنن أبو داود، باب في تضمين العور، رقم 3562، ج3، ص296. والنسائي، السنن الكبرى، باب تضمين العارية، رقم 5747، ج5، ص332.

(18) سَوْمٌ: أصل يدل على طلب الشيء، يقال سِمْتُ الشيء أَسُومُهُ سَوْمًا. والسَّوْمُ عرض السلعة على البيع، وسام البائع السلعة عرضها وذكر ثمنها. ينظر: الهروي، تهذيب اللغة، مصدر سابق، ج13، ص75. والقزويني، مقاييس اللغة، مصدر سابق، ج3، ص118. والمُطَرِّزِيّ، المغرب في ترتيب المعرب، مصدر سابق، ج1، ص239.

(19) في (ك): (يلزم)، وفي (م): (لا يلزمه).

وَلِهَذَا يُجْبَرُ الْمُؤَجِّرُ عَلَى تَسْلِيمِ الدَّارِ، وَلَا يَمْلِكُ الاسْتِرْدَادَ، حَتَّى يَمْضِيَ مُدَّةَ الْإِجَارَةِ، وَبِخِلَافِ الْمُوْصَى لَهُ بِخِدْمَةِ العَبْدِ، [فَإِنَّ العَبْدَ][1] لَا يَصِيْرُ مَضْمُوناً عَلَيْهِ، وَإِنْ قَبَضَهُ لِنَفْسِهِ؛ لِأَنَّ قَبْضَهُ مُسْتَحَقٌّ، وَلِهَذَا تَجِبُ الوَرَثَةُ عَلَى تَسْلِيمِ العَبْدِ إِلَيْهِ.

وَلَنَا: مَا رَوَى أَبُو دَاوُد، والتِّرْمِذِيُّ وقَالَ حَدِيثٌ حَسَنٌ، عَنْ أَبِي أُمَامَةَ، قَالَ: سَمِعْتُ رَسُولَ اللهِ ﷺ يقَوْلُ:« قَدْ أَعْطَى لِكُلِّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ، فَلاَ وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ»إِلى أَنْ قَالَ:« العَارِيَةُ مُؤَدَّاةٌ وَالمِنْحَةُ

وَلَا يُؤَجِّرُ الْعَارِيَّةَ.....

مَرْدُودَةٌ[2]»[3]؛ ولِأَنَّ الْمُسْتَعِيرَ قَبَضَ الْعَيْنَ لِلِانْتِفَاعِ بِهَا بِإِذْنٍ صَحِيحٍ مِنْ مَالِكِهَا، فَلَا تَكُوْنُ مَضْمُونَةً عَلَيْهِ، كالْمُسْتَأْجِرِ؛ [و][4] لِأَنَّ وُجُوْبَ الضَّمَانِ لِلْجُبْرَانِ، وَهُوَ لَا يَتَحَقَّقُ إِلَّا بِتَفْوِيْتِ شَيْءٍ عَلَى المَالِكِ جَبْرَاً، وَبِالْإِذْنِ الصَّحِيحِ مِنْ المَالِكِ يَنْعَدِمُ الجَبْرُ؛ وَلِأَنَّ عَقْدَ الْعَارِيَّةِ عَقْدُ تَبَرُّعٍ، فَلَا يَكُونُ فِيْهِ ضَمَانٌ كَالْهِبَةِ.

وَمَا رَوَوْهُ مُعَارَضٌ بِمَا رَوَى أَحْمَدُ فِي / «مُسْنَدِهِ»، وَالحَاكِمُ فِي «مُسْتَدْرَكِهِ» وَسَكَتَ عَنْهُ، عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ﷺ : أَنَّ رَسُوْلَ اللهِ ﷺ اسْتَعَارَ مِنْ صَفْوَانَ بْنِ أُمَيَّةَ أَدْرُعَاً وَسِلَاحَاً فِي غَزْوَةِ حُنَيْنٍ، فَقَالَ: يَا رَسُوْلَ اللهِ أَعَارِيَةٌ مُؤَدَاةٌ؟، [قَالَ:«نَعَمْ، عَارِيَةٌ مُؤَدَاةٌ][5]»[6]. 375/ب

وَمُجَابٌ عَنْهُ: بِأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَلَاةُ وَالسَّلَامُ، أَخَذَ دُرُوْعَ صَفْوَانَ بِغَيْرِ رِضَاهُ، وَلِذَا قَالَ: "أَغَصْبَاً يَا مُحَمَّد؟"؛ لِأَنَّهُ ﷺ كَانَ مُحْتَاجَاً إِلى السِّلَاحِ، فَكَانَ الْأَخَذُ لَهُ حَلَالَاً، وَلَكِنْ [بِشَرْطِ][7] الضَّمَانِ، كَأَخَذ طَعَامِ الغَيْرِ فِي حَالِ المَخْمَصَةِ.

وَقِيلَ: الْمُرَادُ ضَمَانُ الرَّدِّ، وَقِيلَ كَانَ هَذَا مِنْهُ ﷺ اشْتِرَاطَاً لِلضَّمَانِ عَلَى نَفْسِه، وعِنْدَنا الْمُسْتَعِيرُ لَا يَضْمَنُ بِالشَّرْطُ، وَلَكِنَّ صَفْوَانَ كَانَ يَوْمَئِذٍ حَرْبِيَاً، وَيَجُوزُ بَيْنَ الْمُسْلِمِ وَالحَرْبِيِّ مِنْ الشَّرَائِطِ، مَا لَا يَجُوزُ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ.

[3] **(وَلَا يُؤَجِّرُ[8] الْعَارِيَّةَ)**؛ لِأَنَّهَا غَيْرُ لَازِمَةٍ فِي الْأَصْلِ، وَالْإِجَارَةُ لَازِمَةٌ فَلَوْ مَلَكَ الْمُسْتَعِيرُ **فَإِنْ أَجَّرَهَا فَعَطِبَتْ ضَمَّنَهُ الْمُعِيرُ.**

---

(1) سقط من: (أ) و(ن).

(2) أي ما يعطى ليستوفي منافعه ثم يرد والمنحة ما يعطى ليتناول ما يتولد منه كالثمر واللبن ونحو ذلك ثم يرد الأصل وقول النبي - عليه السلام - «من منح منحة ورق كان له كعدل رقبة» فقد قيل أراد به القرض هاهنا والمنيحة بالياء كالمنحة وقد تكون المنحة تمليكا يقال منحه منحة ومنحا أي أعطاه. النسفي، طلبة الطلبة، مصدر سابق، ص108.

(3) نص الحديث:« عن أبي أمامة قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول في خطبته عام حجة الوداع: إن الله تبارك وتعالى قد أعطى لكل ذي حق حقه، فلا وصية لوارث، الولد للفراش، وللعاهر الحجر، وحسابهم على الله، ومن ادعى إلى غير أبيه أو انتمى إلى غير مواليه فعليه لعنة الله التابعة إلى يوم القيامة، لا تنفق امرأة من بيت زوجها إلا بإذن زوجها، قيل: يا رسول الله ولا الطعام؟ قال: ذلك أفضل أموالنا ثم قال: العارية مؤداة، والمنحة مردودة، والدين مقضي، والزعيم غارم». ينظر: أبو داود، سنن أبو داود، باب في تضمين العور، رقم 3565، ج3، ص296. والترمذي، سنن الترمذي،، مصدر سابق، باب ما جاء لا وصية لوارث، رقم 2120،ج3،ص504.

(4) سقط من: (ت) و(ك) و(س) و(أ) و(ن) و(ع).

(5) سقط من: (ت) و(ك) و(س) و(أ) و(ع).

(6) ينظر: الشيباني، المسند، مصدر سابق، 27636، ج45، ص606. والحاكم، المستدرك، مصدر سابق، رقم: 2301، ج2، ص54.

(7) سقط من: (ت) و(س) و(أ) و(ع). وفي (ن): يشرط.

(8) في (م): نؤجر

أَنْ يُؤَجِرَ الْعَارِيَّةَ، لَوَقَعَتْ اجَارَتُهُ إِمَّا لَازِمَةً أَوْ غَيْرُ لَازِمَةٍ، فَإِنْ وَقَعَتْ غَيْرُ لَازِمَةٍ [يَلْزَمُ عَدَمُ لُزُومِ الْإِجَارَةِ، وَهُوَ خِلَافُ مَوْضُوْعِهَا، وَإِنْ وَقَعَتْ لَازِمَةً][1] يَلْزَمُ لُزُومَ الْعَارِيَّةِ، وَهُوَ خِلَافُ مَوْضُوْعِهَا؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ الْإِجَارَةَ إِذَا لَزِمَتْ تَصِيرُ الْعَارِيَّةُ لَازِمَةً؛ لِعَدَمِ امْكَانِ الاسْتِرْدَادِ فِيهَا.

[4] وَلَا تُرْهَنُ [الْعَارِيَّةُ] أَيْضًا؛ لِأَنَّهَا غَيْرُ لَازِمَةٍ، وَالرَّهْنُ لَازِمٌ، فَلَوْ جَازَ لِلْمُسْتَعِيرِ أَنْ يرهَنَ الْعَارِيَّةَ لَزِمَ لُزُومَ[2] مَا لا يَلْزَمُ، وَهُوَ الْعَارِيَّةُ، أَوْ عَدَمُ لُزُومِ مَا يَلْزَمُ، وَهُوَ الرَّهْنُ[3].

(فَإِنْ أَجَّرَهَا) الْمُسْتَعِيرُ[4] **(فَعَطِبَتْ ضَمَّنَهُ][5])** أَيْ الْمُسْتَعِيرُ **(الْمُعِيرُ)** [6]؛ لِأَنَّهُ صَارَ غَاصِباً بِتَعَدِّيهِ[7].

وَلَا يَرْجِعُ الْمُسْتَعِيرُ أَوْ الْمُسْتَأْجِرُ وَيَرْجِعُ عَلَى مُؤْجِرِهِ، إِنْ لَمْ يعلم أَنَّهُ عَارِيَّةٌ، وَيُعَارُ مَنْ اخْتَلَفَ اسْتِعْمَالَهُ، أَوْ لَا إِنْ لَمْ يُعَيِّنْ مُنْتَفِعاً

[5] **(وَلَا يَرْجِعُ الْمُسْتَعِيرُ)** عَلَى أَحَدٍ[1]؛ لِأَنَّهُ ظَهَرَ أَنَّهُ أَجَّرَ مِلْكِ نَفْسِهِ **(أَوْ)** ضَمِنَ الْمُعِيرُ **(الْمُسْتَأْجِرُ)**؛ لِأَنَّهُ قَبَضَ مِلْكَهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ، فَكَانَ [كَالْمُسْتَأْجِرِ مِنْ الْغَاصِبِ.

---

(1) سقط من: (م).

(2) سقط من: (م) و(ن).

(3) وفي الوهبانية نظم تسع مسائل لا يملك فيها تمليكا لغيره بدون إذن سواء قبض أو لا فقال:

وَمَالِكُ أَمْرٍ لَا يُمَلِّكُهُ بِدُونِ .... أَمْرِ وَكِيلِ مُسْتَعِيرٍ وَمُؤَجِّرُ
رُكُوبًا وَلُبْسًا فِيهِمَا وَمُضَارِبٌ .... وَمُرْتَهَنٌ أَيْضًا وَقَاضٍ يُؤَمَّرُ
وَمُسْتَوْدَعٌ مُسْتَبْضَعٌ وَمُزَارِعٌ .... إِذَا لَمْ يَكُنْ مِنْ عِنْدِهِ الْبَذْرُ يُبْذَرُ
قُلْت: وَالْعَاشِرَةُ: وَمَا لِلْمُسَاقِي أَنْ يُسَاقِيَ غَيْرَهُ .... وَإِنْ أَذِنَ الْمَأْوَلَى لَهُ لَيْسَ يُنْكَرُ.

ينظر: الحصكفي، الدر المختار، مصدر سابق، ص557.

(4) وكان الأجر له، ويتصدق به في قول أبي حنيفة ومحمد. ينظر: ابن مازة، المحيط البرهاني، مصدر سابق، ج5، ص556.

(5) الضمان لوجهين:(أحدهما) أن الإعارة دون الإجارة والشيء لا يتضمن ما هو فوقه (والثاني) أنا لو صححناه فإما أن يكون لازما أو غير لازم، ولا سبيل إلى شيء من ذلك. أما الثاني فلأنه خلاف مقتضى الإجارة فإنه عقد لازم فانعقاده غير لازم عكس الموضوع. وأما الأول فلأنه حينئذ يكون بتسليط المعير ومن مقتضيات عقد العارية فلا يقدر على الاسترداد إلى انقضاء مدة الإجارة فيكون عقد الإعارة لازما، وهو أيضا خلاف موضوع الشرع، وفيه زيادة ضرر بالمعير فأبطلناها، وإذا كانت باطلة كان بالتسليم غاصبا فيضمن حين سلم والمعير بالخيار إن شاء ضمن المستأجر لأنه قبضه لنفسه بغير إذن المالك، وإن شاء ضمن المستعير لكونه الغاصب. ينظر: البابرتي، العناية شرح الهداية، مصدر سابق، ج9، ص10.

(6) ويكون المعير بالخيار إن شاء ضمن الْمُسْتَعِير وإن شاء ضمن المستأجر لوجود التعدي منهما فإن ضمن الْمُسْتَعِير لم يرجع على الْمُسْتَأْجر لأنه ملك العين بالضمان فكأنه آجر ملك نفسه فهلك وإن ضمن الْمُسْتَأْجر فإن كان لا يعلم أنه عارية يرجع على الْمُسْتَعِير لأنه ضمن الدرك بإيجاب عقد فيه بدل فيكون غرور، فأما إذا كان يعلم فلا يرجع لأنه لا غرور فيه والرجوع بحكم الغرور. ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج3، ص179.

(7) قال الحاكم الشهيد في «الكافي»:((وإذا استعار الرجل دابتا على أن يذهب بها حيث شاء ولم يسم مكانا ولا وقتا ولا ما يحمل عليها فذهب بها إلى الحيرة أو أمسكها بالكوفة شهرا يحمل عليها أو يؤاجرها، قال: لا ضمان عليه في شيء من ذلك، فإنه حيث آجرها صار ضامنا ويتصدق بالغلة))ا.هـ لأنه أمره بالانتفاع مطلقا والمطلق يتناول أي انتفاء شاء وإليه التعيين بفعله إن استعملها في الركوب أو في الحمل عليها، وأي ذلك فعل لا يمكنه أن يفعل غيره بعد ذلك؛ لأن المطلق إذا تعين بقيد فلا يبقى مطلقا بعد ذلك ولا يملك الإجارة أصلا؛ لأنها عقد لازم والعارية عقد جائز فلا يجوز، وقد قال بعض أصحابنا: بأنه يملك الإجارة وتنعقد جائزة لا لازمة كذا قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في «شرح الكافي»، ثم قال: والصحيح أنه لا تنعقد الإجارة؛ لأن من أصول أصحابنا: أن المنافع لا قيمة لها وإنما تتقوم بالعقد لأجل الحاجة، ولهذا لم يملك أن يؤاجر بأكثر مما استأجر؛ لأن القيمة لما ظهرت بالشرط اقتصرت على المشروط فلم تتقوم فيما وراءه وفي العارية لا شرط فلا قيمة فلم تصح الإجارة فإذا فعل ذلك وآجرها صار بمنزلة الغاصب، والغاصب إذا فعل يملك الأجرة ويتصدق بها؛ لأنها حصلت بسبب خبيث وهو استعمال مال الغير فكان سبيله التصدق. اهـ أتقاني. ينظر: الشِّلْبِيِّ، حاشية الشِّلْبِيِّ على التبيين، مصدر سابق، ج5، ص85.

[6] **(وَيَرْجِعُ)** الْمُسْتَأْجِرُ **(عَلَى مُؤْجِرِهِ إِنْ لَمْ يَعْلَمِ أَنَّهُ عَارِيَّةٌ)**؛ لِكَوْنِهِ مَغْرُوراً مِنْ جِهَةِ مُؤَجِرِهِ [دَفْعًا لِضَرَرِ الغُرُوْرِ عَنْ نَفْسِهِ][2]، قَيَّدَ بِهِ؛ لِأَنَّه إِنْ عَلِمَ لَا يَرْجِعُ، لِأَنَّ الْمُؤَجِّرَ حِينَئِذٍ لَمْ يَكُنْ مِنْهُ غُرُوْرٌ وَصَارَ[3] كَالْمُسْتَأْجِرِ مِنْ الْغَاصِبِ [إِذَا كَانَ عَالِماً بِالْغَصْبِ][4].

[7] [**(وَيُعَارُ)** مِنْ الْعَارِيَّةِ] [5] **(مَنْ[6] اخْتَلَفَ اسْتِعْمَالُهُ)** كَرُكُوبِ الدَّابَّةِ، وَلُبْسِ الثَّوْبِ **(أَوْ لَا)** أَيْ[7] لَمْ يَخْتَلِفْ كَالحَمْلِ عَلَى الدَّابَّةِ **(إِنْ لَمْ يُعَيِّنْ)** الْمُعِيرُ **(مُنْتَفِعاً)**، وبِهِ قَالَ مَالِكٌ[8] والشَّافِعِيُّ فِي وجه[9]؛ لِأَنَّ الْعَارِيَّةَ تَمْلِيكُ الْمَنَافِعِ، وَقَدْ صَدَرَتْ[10] مُطْلَقَةً، وَالمَالِكُ لَهُ أَنْ يُمَلِّكَ غَيْرُهُ، كَمَا أَنَّ المُوْصَى لَهُ بِخِدْمَةِ العَبْدِ لَهُ أَنْ يُعِيْرَهُ.

والْأَصَحُّ فِي مذَهَبِ الشَّافِعِيِّ[11]، وَهُوَ قَوْلُ أَحْمَدَ[12]: أَنَّها لَا تُعَارُ بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْإِعَارَةَ إِبَاحَةُ الْمَنَافِعِ، وَالمُبَاحُ لَهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يُبِيْحَ لِغَيْرِهِ.

وَ مَا لَا يَخْتَلِفُ إِنْ عَيَّنَ وَكَذَا الْمُؤَجَّرُ، فَمَنْ اسْتَعَارَ دَابَّةً أَوْ اسْتَأْجَرَهَا مُطْلَقاً، يَحْمِلُ وَيُعِيرُ وَيَرْكَبُ وَيُرْكِبُ، وَأَيًّا فَعَلَ تَعَيَّنَ، وَضَمِنَ بِغَيْرِهِ، وَإِنْ أَطْلَقَ الِانْتِفَاعَ فِي الوَقْتِ وَالنَّوْعِ انْتَفَعَ أَيَّ وَقْتٍ،....

(وَ) يُعَارُ مِنْ الْعَارِيَّةِ **(مَا لا يَخْتَلِفُ)** اسْتِعْمَالِهِ **(إِنْ عَيَّنَ)** الْمُعِيرُ مُنْتَفِعاً؛ لِأَنَّ التَّقْيُدَ بِالمُنْتَفِعِ فِيمَا لَا يَخْتَلِفُ اسْتِعْمَالُهُ؛ لَا يَتَقَيَّدُ لِعَدَمِ التَّفَاوُتِ، بِخِلَافِ مَا يَخْتَلِفُ اسْتِعْمَالُهُ؛ لِأَنَّ الْمُعِيرَ رَضِيَ بِذَلِكَ الْمُعَيْنِ دُونَ غَيْرِهِ.

(وَكَذَا الْمُؤَجَّرُ) - بِفَتْحِ الْجِيمِ- أَيْ حُكْمُهُ حُكْمُ المُعَارِ/ إِنْ لَمْ يُعَيِّنْ الْمُؤَجِّرُ الْمُنْتَفِعَ، فَلِلْمُسْتَأْجِرِ أَنْ يُعِيرَهُ سَوَاءٌ اخْتَلَفَ اسْتِعْمَالُهُ أَوْ لَا، وَإِنْ عَيَّنَ يُعِيرُ مَا لَا يَخْتَلِفُ اسْتِعْمَالُهُ؛ لِأَنَّ الْإِجَارَةَ تَمْلِيكُ الْمَنَافِعِ كَالْإِعَارَةِ، إِلَّا أَنَّ الْإِجَارَةَ بِبَدَلٍ، وَالْإِعَارَةُ بِلَا بَدَلٍ.

376/أ **(فَمَنْ اسْتَعَارَ دَابَّةً، أَوْ اسْتَأْجَرَهَا مُطْلَقاً[13])** [14] أَيْ مِنْ غَيْرِ تَعْيِيْنِ انْتِفَاعٍ، أَوْ مُنْتَفِعٍ **(يَحْمِلُ وَيُعِيرُ)** الحَمْلَ[15] **(وَيَرْكَبُ)** بِفَتْحِ أَوَلِهِ وَثَالِثِهِ **(وَيُرْكِبُ)** - بِضَمِ أَوَلِهِ وَكَسْرِ ثَالِثِه- عَمَلاً بِالْإِطْلَاقِ **(وَأَيًّا فَعَلَ)** مِنْ الحَمْلِ، أَوْ أَقْفِزَةٍ أَوْ الإِرْكَابِ **(تَعَيَّنَ)** ولَيْسَ لَهُ أَنْ يَفْعَلَ غَيْرَهُ **(وَضَمِنَ بِغَيْرِهِ)** إِنْ عَطَبَتْ؛ لِأَنَّ مَا وَقَعَ أَوَّلاً تَعَيَّنَ مُرَاداً بِالْعَقْدِ، وَصَارَ كَأَنَّهُ مَنْصُوْصٌ عَلَيْهِ.

---

(1) لأن الرجوع عند الاستحقاق بسبب الغرور أو بسبب العيب، وذلك يختص بعقد المعاوضة، فإنه يقتضي السلامة عن العيب، فأما عقد التبرع لا يقتضي ذلك؛ ولهذا لا يرجع الموهوب له بضمان الغرور عندنا. ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج11، ص136.

(2) سقط من: (ك) و(ن).

(3) سقط من: (س).

(4) سقط من: (ك).

(5) سقط من: (ك).

(6) في (م): ما.

(7) في (م): ان.

(8) ينظر: البغدادي، عبد الرحمن بن محمد، ارشاد السالك الى اشرف المسالك، ط3،ص97، مصطفى البابي الحلبي، القاهرة.

(9) ينظر: الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج7، ص128.

(10) في (م):صارت.

(11) ينظر: الشيرازي، المهذب، مصدر سابق، ج2، ص190. والنووي، المجموع، مصدر سابق، ج14، ص208.

(12) ينظر: الكلوذاني، الهداية، مصدر سابق ، ص311. وابن قدامة، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج5، ص368.

(13) قال الامام ابن عابدين: الظاهر أنه أراد بالإطلاق عدم التقييد بمنتفع معين؛ لأنه سيذكر الإطلاق في الوقت والنوع وإلا لزم التكرار تأمل، وقال الزيلعي: ينبغي أن يحمل هذا الإطلاق الذي ذكره هنا فيما يختلف باختلاف المستعمل كاللبس والركوب والزراعة على ما إذا قال: على أن أركب عليها من أشاء كما حمل الإطلاق الذي ذكره في الإجارة على هذا اهـ وأقره في «الشرنبلالي»فما أوهمه قول المؤلف بلا تقييد بالنظر لما يختلف لا يتم. قلت: فعلى هذا يحمل قول المصنف سابقا إن لم يعين بالنسبة للمختلف على ما إذا نص على الإطلاق لا على ما يشمل السكوت. ابن عابدين، رد المحتار، مصدر سابق، ج5، ص680.

(14) العارية على أربعة أوجه:(1) أن تكون مطلقة في الوقت والانتفاع، كمن استعار دابة، ولم يبين وقتا معلوما ولا عين من يستعمله، فله أن يستعمله في أي وقت شاء، في أي منفعة شاء. ويركب غيره عملا بالإطلاق، فلو ركب هو، ليس له أن يركب غيره.(2) أن تكون مقيدة فيهما بأن استعاره يوما؛ ليستعمله بنفسه، فليس له أن يركب غيره؛ لاختلاف ذلك باختلاف المستعملين، وله أن يعيرها للحمل؛ لأنه لا يتفاوت. (3) إذا كانت مطلقة في الوقت مقيدة في الانتفاع بأن استعارها؛ ليحمل عليها حنطة، فله أن يحمل الحنطة متى شاء.(4) إذا كانت مقيدة في الوقت مطلقة في الانتفاع، بأن استعار دابة يوما، ولم يسم ما يحمل عليها، فله أن يحمل ما شاء في اليوم. فإن أمسكها بعد الوقت ضمن إن انتفع بها في اليوم الثاني. ينظر: الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، مصدر سابق، ج2، ص555.

(15) في (م): للحمل.

(وَإِنْ أَطْلَقَ) الْمُؤَجِّرُ **(الِانْتِفَاعَ فِي الوَقْتِ وَالنَّوْعِ انْتَفَعَ)** الْمُسْتَأْجِرُ مَا شَاءَ مِنْ انْوَاعِ الِانْتِفَاعِ **(أَيَّ وَقْتٍ)** شَاءَ عَمَلاً بِالْإِطْلَاقِ[1].

وَإِنْ قَيَّدَ ضَمِنَ بِالخِلَافِ الى شَرٍ فَقَطْ، وَكَذَا تَقْيِيدِهِ الْإِجَارَةَ بِنَوْعٍ أَوْ قَدْرٍ.....

(وَإِنْ قَيَّدَ) الْمُؤَجِّرُ الِانْتِفَاعَ بِوَقْتٍ أَوْ نَوْعٍ أَوْبِهِمَا**(ضَمِنَ)** الْمُسْتَأْجِرُ **(بِالخِلَافِ إِلى شَرٍ)** عَمَلاً بِالتَّقِيَّدِ **(فَقَطْ)** أَيْ وَلَا يَضْمَنُ بِالخِلَافِ إِلى خَيْرٍ وَلَا إِلى مُسَاوٍ؛ لِأَنَّ الْإِذْنَ بِالشَّيْءِ إِذْنٌ بِمَا يُسَاوِيهِ، وَبِمَا هُوَ خَيْرٌ مِنْهُ.

(وَكَذَا تَقْيِيدُهُ الْإِجَارَةَ بِنَوْعٍ أَوْ قَدْرٍ) إِنْ وَافَقَ الْمُسْتَأْجِرُ، أَوْ خَالَفَ إِلَى مِثْلٍ أَوْ إِلَى خَيْرٍ لَا يَضْمَنُ، وإِنْ خَالَفَ إِلَى شَرٍ يَضْمَنُ.

وَاخْتَلَفُوا فِي إِيدَاعِ الْمُسْتَعِيرِ، فَقَالَ جَمَاعَةٌ مِنْهُمْ الْكَرْخِيُّ: لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ مُسْتَدِلِّيْنَ بِمَسْأَلَةِ «الْجَامِعِ» وهي:((أَنَّ الْمُسْتَعِيرَ إِذَا بَعَثَ الْعَارِيَّةَ إِلَى صَاحِبِهَا عَلَى يَدِ أَجْنَبِيٍّ فَهَلَكَتْ فِي يَدِهِ، ضَمِنَ[2] الْمُسْتَعِيرُ الْعَارِيَّةَ، وَلَيْسَ ذَلِكَ إِلَّا إِيْدَاعًا))[3].

قَالَ الْبَاقِلَّانِيُّ[4]: هَذَا الْقَوْلُ أَصَحُّ؛ لِأَنَّ الْإِيدَاعَ تَصَرُّفٌ فِي مِلْكِ الْغَيْرِ، وَهُوَ الْعَيْنُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ قَصْدًا، [فَلَا يَجُوزُ][5] بِخِلَافِ الْإِعَارَةِ؛ لِأَنَّهَا تَصَرُّفٌ فِي الْمَنْفَعَةِ قَصْدَاً، وَتَسْلِيمُ الْعَيْنِ مِنْ ضَرُورَاتِهِ فَافْتَرَقَا، وَأَكْثَرُهُمْ عَلَى [أَنَّهُ لَا يَجُوزُ] [6] مِنْهُمْ مَشَايِخُ الْعِرَاقِ، وَأَبُو اللَّيْثِ[7]، وأَبُو بَكْرٍ-

وَرَدُّهَا الى إِصْطَبْلِ مَالِكِهَا أَوْ مع عَبْدِهِ مُسَانَهَةً، أَوْ مُشَاهَرَةً، أَوْ مَعَ أَجِيرِ رَبِّهَا.....

---

(1) بأن أعار دابته إنسانا ولم يسم مكانا ولا زمانا ولا الركوب ولا الحمل، فله أن يستعملها في أي مكان وزمان شاء، وله أن يركب أو يحمل، إلا أنه لا يحمل عليها ما يعلم أن مثلها لا يطيق بمثل هذا الحمل، ولا يستعملها ليلا ونهارا ما لا يستعمل مثلها من الدواب لذلك عادة، حتى لو فعل فعطبت يضمن؛ لأن العقد وإن خرج مخرج الإطلاق، لكن المطلق يتقيد بالعرف والعادة دلالة، كما يتقيد نصا. ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج6، ص215.

(2) في (م): يضمن.

(3) (نصه): عن محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة ﷺ : في رجل استعار دابة فله أن يعيرها وليس له أن يؤاجرها فإن آجرها فعطبت ضمن استعار دابة ليركبها فردها مع عبده أو أجيره أو عبد رب الدابة أو أجيره فلا ضمان عليه وإن ردها مع أجنبي ضمن. ينظر: الشيباني، الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير، مصدر سابق، ص433.

(4) هو القاضي أبو بكر محمد بن الطيب بن محمد بن جعفر بن القسم، المعروف بالباقلاني البصري المتكلم المشهور، الملقب بسيف السنة ولسان الأمة، المتكلم على لسان أهل الحديث وطريق أبي الحسن الأشعري، ومؤيدا اعتقاده وناصرا طريقته، وسكن بغداد. وإليه انتهت رياسة المالكيين في وقته. وكان له بجامع المنصور حلقة عظيمة. وكان ثقة إماما بارعا، صنف في الرد على الرافضة، والمعتزلة، والخوارج والجهمية والكرامية، توفي سنة(403 هـ). ينظر: ابن خلكان، وفيات الأعيان، مصدر سابق، ج4، ص219.الذهبي، تاريخ الاسلام، مصدر سابق، ج9، ص63.

(5) زيادة من المحقق؛ كما هي موجودة في: ((تبيين الحقائق)).

(6) [ان له ذلك] هذه العبارة التي هي اوردها الشمني في الشرح، وفي نسبتها الى الائمة اللذين ذكرهم غير دقيقة، كما نقلت التصحيح الذي اثبته بين المعكوفتين بعد التحقق من كلام الائمة في المسالة، وعلى ما نقله صاحب ((التبيين الحقائق)). ينظر: الزيلعي، تبيين الحقائق ، مصدر سابق، ج5، ص 87.

(7) سُئِلَ سليمان بن يسار: عن رجل استعار دابة من رجل، وأخبره بما يريد بها، فأعاره إياها على ذلك، فأصيبت في تلك العارية: هل عليه غرامة؟ قال: " لا، إلا أن يكون قتلها متعمدا " قال الليث: على هذا أدركنا شيوخنا في أنه ليس في العارية ضمان إلا أن يتعدى ما استعارها له، فيضمن وقد قال ابن شهاب: على هذا أدركنا الناس حتى اتهم الولاة الناس فضمنوهم، وفيما ذكرنا أن الجماعة من متقدمي أهل المدينة، ومن متقدمي أهل مصر على ترك تضمين العارية ما لم يتعد فيها. ينظر: الطحاوي، شرح مشكل الآثار، مصدر سابق، ج11، ص304.

مُحَمَّدُ بْنُ الْفَضْلِ- وَبُرْهَانَ الْأَئِمَّةِ[1]؛ لِأَنَّ الْإِيدَاعَ دُونَ الْإِعَارَةِ، وَالْعَيْنُ وَدِيعَةٌ عِنْدَ[2] الْمُسْتَعِيرِ فِي الْعَارِيَّةُ، فَإِذَا مَلَكَ الْأَعْلَى فَأَوْلَى أَنْ يَمْلِكَ الْأَدْنَى.

قَالَ ظَهِيرُ الدِّينِ الْمَرْغِينَانِيِّ: وَعَلَيْهِ الْفَتْوَى، ومَسْأَلَةِ «الْجَامِعِ» مَحْمُولَةٌ عَلَى مَا إِذَا كَانَتْ الْعَارِيَّةُ مُؤَقَّتَةٌ فَمَضَتْ مُدَّتُهَا ثُمَّ بَعَثَهَا مَعَ الأَجْنَبِيِّ؛ لِأَنَّهُ بِإِمْسَاكِهَا بَعْدَ مُضِيِّ الْمُدَّةِ يَصِيرُ مُتَعَدِّياً، حَتَّى إِذَا هَلَكَتْ [فِي يَدِهِ][3] يَضْمَنُ فَكَذَا إِذَا تَرَكَهُا فِي يَدِ أَجْنَبِيٍّ[4].

(وَرَدُّهَا) [5] أَيْ رَدُّ[6] الْمُسْتَعِيرُ الدَّابَّةَ **(الى إِصْطَبْلِ**[7] **مَالِكِهَا أَوْ مع عَبْدِهِ)** أَيْ عَبْدُ الْمُسْتَعِيرِ **(أَوْ أَجِيرِهِ مُسَانَهَةً**[8]**، أَوْ مُشَاهَرَةً**[9]**، أَوْ مَعَ أَجِيرِ رَبِّهَا**[10]**)** أَيْ رَبِّ الدَّابَّةِ.

أَوْ عَبْدِهِ يَقُومُ عَلَى دَابَتِهِ أَوْ لَا، تَسْلِيمٌ
(أَوْ) مَعَ **(عَبْدِهِ)** سَوَاءٌ كَانَ **(يَقُومُ عَلَى دَابَتِهِ أَوْ لَا.**

تَسْلِيمٌ[11]**)** هَذَا خَبَرُ الْمبتَدَأ الَّذِي هُوَ «رَدُّهَا»، وَالْقِيَاسُ: أَنْ يَضْمَنُ الْمُسْتَعِيرُ إِذَا رَدَّ الدَّابَّةَ إِلَى إِصْطَبْلِ مَالِكِهَا فَهَلَكَتْ أَوْ رَدَّ الْعَبْدُ الْمُسْتَعَارَ إِلَى دَارِ مَالِكِه فَتَلَفَ، وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ[12]، وَأَحْمَدَ[13]؛ لِأَنَّ الوَاجِبَ عَلَيْهِ الرَّدُّ إِلَى الْمَالِكِ أَوْ نَائِبِهِ، وَلَمْ يُوجَدْ فَيَضْمَنُ، كَمَا فِي الْوَدِيعَةِ[14] / وَالْمَغْصُوبِ[15].

376/ب

(1) وهو محمود بن عبيد اللـه بن محمود، تاج الشريعة المحبوبي، صاحب كتاب "الوقاية" سبقت ترجمته.

(2) في (ك): عن .

(3) سقط من: (ن).

(4) ومعلوم أن الرد على يده إيداع إياه، ولو ملك الإيداع لما ضمن وإن كان مقيدا، فيراعى فيه القيد ما أمكن؛ لأن أصل اعتبار تصرف العاقل على الوجه الذي تصرف، إلا إذا لم يكن اعتباره لعدم الفائدة ونحو ذلك، فلغا الوصف؛ لأن ذلك يجري مجرى العبث، ثم إنما يراعى القيد فيما دخل لا فيما لم يدخل؛ لأن المطلق إذا قيد ببعض الأوصاف يبقى مطلقا فيما وراءه، فيراعى عند الإطلاق فيما وراءه. وقال الشرنبلالي معلقا على هذا القول: وسكت عن إيداعها واختلفوا فيه وأكثرهم على أنه يجوز عليه الفتوى. ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج6، ص215. والشرنبلالي، حاشيته على درر الحكام، مصدر سابق، ص2، ج242. وابن عابدين، رد المحتار، مصدر سابق، ج6، ص679.

(5) [قاعدة]:(دائما تكون مؤنة الرد على المستعير والمودع والمؤجر والغاصب والمرتهن)؛ لأن المنفعة حصلت لهم والأصل أن مؤنة الرد تجب على من وقع القبض له أما (المستعير)فلأنه قبضه لمنفعة نفسه والرد واجب عليه، ولهذا لو كانت العارية مؤقتة فأمسكها بعد مضي الوقت ولم يردها حتى هلكت ضمن بخلاف المستأجر فإذا وجب عليه الرد كانت مؤنته عليه؛ لأن الخراج بالضمان والغرم بالغنم. وأما (المستأجر) فلأن العين المستأجرة مقبوضة لمنفعة المالك لأن الأجر سلم له به ولا يجب على المستأجر ردها، وإنما يجب عليه التمكين والتخلية. أما (الوديعة) فلأن منفعة القبض حاصلة له لأنه لحفظ العين، ومنفعة حفظها عائد إليه فكانت مؤنة ردها عليه وأما(العين المغصوبة) فلأن الغاصب يجب عليه نسخ فعله وذلك بردها وإعادتها إلى يد مالكها كما كانت؛ لأنه هو الذي أزال يده متعديا ففي ردها براءة ذمته فيكون عليه مؤنة ردها دفعا للضرر عن المالك،(الرهن) وأما فلأن قبضه قبض استيفاء فكان قابضا لنفسه. الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج5، ص 89.

(6) في (س): ورد.

(7) الإِصْطَبْلُ: موقف الدابة، وفي التهذيب: موقف الفرس، وقال أبو عمرو الإصطبل ليس من كلام العرب. وهي الكلمة العربية المعربة من اليونانية « Stabulum » أي حظيرة الخيل. ينظر: ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، ج11، ص18. ودُوزِي، رينهارت بيتر آن(1979م)، تكملة المعاجم العربية(ترجمة: محمد سليم النعَيمي)، ط1،ج5،ص128، وزارة الثقافة والإعلام، بغداد.

(8) سانَهَهُ مُسانهَةً وسِناهاً، وساناهُ مساناةً: عامله بالسنة. ينظر: الفيروزآبادي، القاموس المحيط، ص 1610. والفيومي، المصباح المنير، ص 111.

(9) شاهَرَهُ مُشاهَرَةً وشِهاراً: اِسْتَأْجَرَهُ لِلشَّهْرِ. ينظر: الفيروزآبادي، القاموس المحيط، ص 540.

(10) وهو السائس الذي يقوم إلى الدواب. ينظر: العيني، البناية شرح الهداية، مصدر سابق، ج10، ص157.

(11) الى مالكها فيبرأ عن ضمان الرد؛ لأنه الواجب عليه، واما ضمان العين فلا يجب بعد فلو هلك في يد العبد لم يضمن ضمان العين. ينظر: القهستاني، جامع الرموز، مصدر سابق، ج2، ص84.

(12) ينظر: المزني، مختصر المزني، مصدر سابق، ج8، ص215. والعمراني، البيان، مصدر سابق، ج6، ص516.

(13) ينظر: الكلوذاني، الهداية، مصدر سابق، ص311. وابن قدامة، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج5، ص370.

(14) لا يبرأ عن الضمان لأن عقد الوديعة ارتفع حين صار ضامنا، لأن الوديعة لكونها أمانة تنافي الضمان، وإذا ثبت الضمان انتفى المنافي الآخر وهو الوديعة فلا يبرأ إلا بالرد على المالك. ينظر: البابرتي، العناية شرح الهداية، ج8، ص489.

(15) في الغصب لا يبرأ في الجميع إلا بالرد إلى مالكه؛ لأن ضمان الغصب واجب فلا يسقط إلا بالرد إلى المالك. ينظر: الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، مصدر سابق، ج2، ص559.

وَوَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ : أَنَّهُ أَتَى بِالتَّسْلِيمِ الْمُتَعَارَفِ؛ لِأَنَّ رَدَّ العَوَارِي[1]إِلَى دُوْرِ مَالِكِهَا مُتَعَارَفٌ، كَآلَةِ الْبَيْتِ، وَالنَّاسُ يَحْفَظُوْنَ دَوَابَهُمْ فِي مَرَابِطِهَا، وَهُوَ لَوْ سَلَّمَهَا إِلَى مَالِكِهَا لِرَدَّهَا إِلَى اصْطَبْلِهَا.

وَقِيلَ: هَذَا فِي زَمَانِهِمْ، وَأَمَا فِي زَمَانِنَا فَلَا يَبْرَأُ إِلَّا بِالتَّسْلِيمِ إِلَى يَدِ صَاحِبِهَا. وَعَنْ [ابْنِ سَلَمَةَ[2]][3]: إِنْ كَانَ الْمَرَابِطُ خَارِجَ الدَّارِ لَا يَبْرَأُ؛ لِأَنَّ الظَاهِرَ أَنَّ الدَّابَّةَ تَكُوْنُ هُنَاكَ بِلَا حِفْظٍ.

وَأَمَّا عَبْدُ الْمُسْتَعِيرِ أَوْ أَجِيرِهِ مُسَانَهَةً، أَوْ مُشَاهَرَةً؛ فَلِأَنَّهُ مِنْ عِيَالِ الْمُسْتَعِيرِ، وَلَهُ رَدُّهَا بِيَدِ مَنْ [فِي][4] عِيَالِهِ، كَمَا لِلْمُوْدِعِ حِفْظُ الْوَدِيعَة بِهِمْ.

كَرَدِ مُسْتَعَارٍ غَيْرَ نَفِيْسٍ إِلَى دَارِ مَالِكِهِ، بِخِلَافِ رَدِّ الْوَدِيعَةِ، وَالْمَغْصُوبِ إِلَى دَارِ مَالِكِهَا ،.....

قَيَّدَ[5] بِـ «الْمُسَانَهَةِ» أَوْ«الْمشَاهَرَةِ»؛ لِأَنَّ الْأَجِيرَ بِالْمُيَاوَمَةِ [6] لَا يُعَدُ مِنْ العِيَالِ.

وَقِيَاسُ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ: أَنَّ الْمُسْتَعِيرَ يَضْمَنُ فِيهِمَا كَمَا يَضْمَنُ الْمُوْدَعُ عِنْدَهُ، لَوْ دَفَعَ الْوَدِيعَةَ إِلَيْهِمَا، وَأَمَّا أَجِيْرُ رَبِّ الدَّابَّةِ، أَوْ عَبْدِهِ، [فَقِيَاسُ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ: أَنَّهُ يَضْمَنُ كَمَا فِي الْوَدِيعَةِ.

وَوَجْهُ مذَهَبِنَا، وَهُوَ قَوْلُ أَحْمَدَ][7]: إِنَّ مَالِكُ الدَّابَّةِ رَاضٍ بِهِ عَادَةً، وَلِهَذَا لَوْ دَفَعَهَا الْمُسْتَعِيرُ إِلَى مَالِكِهَا، دَفَعَهَا[8] [مَالِكُهَا][9] إِلَى أَجِيرِهِ أَوْ عَبْدِهِ.

قِيلَ هَذَا فِي العَبْدِ الَّذِي يَقُومُ عَلَى الدَّوَابِّ، وَقِيلَ فِيْهِ وفِي غَيْرِهِ، وَهُوَ الصَحِيحُ؛ لِأَنَّ الدَّابَّةَ وإِنْ لَمْ تَكُنْ فِي يَدِهِ دَائِمَاً إِلَّا أَنَّها تُدْفَعُ إِلَيْهِ فِي بَعْضِ الْأَوْقَاتِ، فَيَكُونُ رِضَى المَالِكِ بِدَفْعِها إِلَيْهِ مَوْجُوْدَاً.

(كَرَدِ مُسْتَعَارٍ غَيْرَ نَفِيْسٍ إِلَى دَارِ مَالِكِهِ)[10] فإِنَّهُ يَكُونُ تَسْلِيْمَاً لِمالِكِهِ؛ لِأَنَّ الدَّارَ فِي يَدِ مَالِكِهَا، فَكَانَ الرَّدُ إِلَيْهَا رَدَّاً إِلَيْهِ.

قَيَّد بـ «غَيْرِ النَّفِيسِ»؛ لِأَنَّ النَّفِيسَ كَالجَوَاهِرِ لَا يُسَلَّمُ فِي العَادَةِ إِلَّا إِلَى يَدِ مَالِكِهِ **(بِخِلَافِ رَدِّ الْوَدِيعَةِ وَالْمَغْصُوبِ إِلَى دَارِ مَالِكِهَا)** فَإِنَّهُ لَا يَكُونُ تَسْلِيْمَاً لَهُ، أَمَّا الْوَدِيعَةُ؛ فَلِأَنَّ المَالِكَ رَضِيَ بِحِفْظِ المُوْدَعِ دُونَ غَيْرِهِ، وَأَمَّا المَغْصُوبِ[11]؛ فَلِأَنَّ

---

(1) جمع: (عارية).

(2) هو محمد بن سلمة البَلْخِيّ، أبو عبد الله، تفقه على أبي سليمان الجُوزجاني، وشدَّاد بن حكيم، توفي سنة (278هـ). ينظر: القرشي، الجواهر المضية، مصدر سابق، ج2، ص68.

(3) في جميع نسخ المخطوطة قد اثبت الشمني- رحمه الله- ان انه « ابي سلمة »، والصحيح انه «ابن سلمة » كما في الترجمة وتبيين الحقائق، مصدر سابق، ج5، ص 89.

(4) سقط من: (س).

(5) في (ت) و(أ) و(ن) و(ع): قيل.

(6) وهو الذي الاجير الواحد الذي يؤجر يوميا فيعطيه نفقته دراهم فليس هو في عياله فيضمن بالدفع إليه إذا هلكت عنده. ينظر: الزَّبِيدِيّ، الجوهرة النيرة، مصدر سابق، ج1، ص347.

(7) سقط من: (س).

(8) في (س): يدفعها.

(9) سقط من: (س).

(10) يعني أن جواز رد المستعار إلى يد غلام صاحبه أو وضعه في داره أو إصطبله إنما يكون في الأشياء التي تكون في يد الغلام عادة وكذا غيره وأما إذا لم يكن كذلك كعقد لؤلؤ ونحوه، فإذا رده المستعير إلى غلام صاحبه أو وضعه في داره وإصطبله يضمن؛ لأن العادة لم تجر به ولهذا لو دفعه المودع إلى غلامه يضمن بخلاف ما إذا ردها مع الأجنبي، فإنه يضمن. ينظر: ملا خسرو، درر الحكام، مصدر سابق، ص2،ج244.

(11) سقط من: (ت) و(ك) و(س) و(م) و(أ) و(ع).

الْغَاصِبَ مُتَعَدِّيًا بِأَثْبَاتِ يَدِهِ فِي الْمَغْصُوبِ، وَإِزَالَةِ يَدِ مَالِكِهِ، فَلَا بُدَّ لَهُ مِنْ إِزَالَةِ يَدِهِ، وَاثْبَاتُ يَدِ مَالِكِهِ، وذَلِكَ تَحْقِّيْقُهُ[1] التَّسْلِيمُ إِلَى مَالِكِهِ.

وَعَارِيَّةُ النَّقْدَيْنِ، وَالْمَكِيلِ، وَالْمَوْزُونِ، وَالْمَعْدُودِ، قَرْضٌ وَصَحَّ إِعَارَةُ الْأَرْضِ لِلْبِنَاءِ والْغَرْسِ،....

(وَعَارِيَّةُ النَّقْدَيْنِ، وَالْمَكِيلِ، وَالْمَوْزُونِ، وَالْمَعْدُودِ) إِذَا اطْلِقَتْ الْإِعَارَةُ **(قَرْضٌ)** [2]؛ لِأَنَّ الْإِعَارَةَ تَمْلِيكُ الْمَنَافِعِ، وَلَا يَمْلِكُ [3]الِانْتِفَاعَ بِهَذِهِ الأَشْيَاءِ إِلَّا بِاسْتِهْلَاكِ عَيْنِهَا، فَاقْتَضَى إِعَارَتُهَا وتَمْلِيْكُهَا، وَذَلِكَ بِالْهِبَةِ أَوْ بِالقَرْضِ، وَالقَرْضُ[4] أَدْنَاهُمَا فَيَثْبُتُ[5][6].

قَيَّدْنَا بِإِطلاقِ الْإِعَارَةِ[7]؛ لِأَنَّهُ لَوْ اسْتَعَارَ دَرَاهِمَاً لِيُعَايِرُ بِهَا مِيْزَانَهُ[8]، [أَوْ لِيُزَيْنُ بِهَا دُكَانَاً، فَإِنَّ ذَلِكَ يَكُونُ إِعَارَةً لَا قَرْضَاً، وَيَكُونُ لَهُ الْمَنْفَعَةُ الْمسَمَاةُ][9]، وَهُوَ كمَا لَوْ اسْتَعَارَ آنِيَةً لِيَتَجَمَلَ بِهَا، أَوْ سَيْفَاً لِيَتَحَلَى بِتَقَلُدِهِ[10].

(وَصَحَّ إِعَارَةُ الْأَرْضِ لِلْبِنَاءِ والْغَرْسِ)[11]؛ لِأَنَّ كُلَاً مِنْهُمْا مَنْفَعَةٌ مَعْلُومَةٌ تُمَلَّكُ بِالْإِجَارَةِ فَتُمَلَّكُ بِالْإِعَارَةِ، بَلْ أَوْلَى؛ لِأَنَّهَا تَبَرُّعٌ.

وَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ، وَتَكْلِيْفِ قَلْعِهِمَا، وَضَمَّنَ مَا نَقَصَ بِالقَلْعِ، إِنْ وَقَّتَهَا وَكَرِهَ الرُّجُوعُ قَبْلَهُ.....

---

(1) في (م): بحقيقة.

(2) في (م): بحقيقة.

(3) في (ك) و(س) و(م):يمكن.

(4) في (ك): العرض.

(5) في (أ): فثبت.

(6) الأقل لكونه متيقنا به، ولأن المستعير يلتزم رد العين بعد الانتفاع، ويتعذر هنا رد العين فيقام رد المثل مقام رد العين، والقبض الذي يمكنه من استهلاك المقبوض ويوجب عليه ضمان المثل القبض بجهة القرض. ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج11، ص145.

(7) قال الحاكم الشهيد في ((الكافي)): وعارية الدراهم والدنانير والفلوس قرض، وكذلك كل ما يكال أو يوزن أو يعد عدا مثل الجوز والبيض وكذلك الاقطان والصوف والإبريسم والكافور وسائر متاع العطر، والصنادلة التي لا تقع الاجارة على منافعها قرض.
وقال في ((خلاصة الفتاوى)): ولو قال لآخر أعرتك هذه القصعة من الثريد فأخذها فعليه مثله أو قيمته وهو قرض إلا إذا كان بينهما سعة ويكون ذلك دليل الإباحة، وفي العيون قال خلف بن أيوب سألت محمدا عن رجل استعار من رجل رقعة يرقع بها قميصه أو خشبا يدخله في بنائه قال لا يكون هذا عارية وهو ضامن لذلك كله وهو بمنزلة القرض فإن قال أرده عليك فهو عارية.
وفي ((العيون)): لو استعار من آخر رقعة يرقع بها قميصه أو خشبة يدخلها في بنائه أو آجره فهو ضامن؛ لأن هذا ليس بعارية بل هو قرض، وهذا إذا لم يقل: لأردها عليك، أما إذا قال: لأردها عليك فهو عارية. ينظر النسفي، الكافي، ق84/ب. والشِّلْبِيِّ، حاشية الشِّلْبِيِّ على التبيين، مصدر سابق، ج، ص.علاء الدين ابن عابدين، قرة عين الأخيار، ج8، ص524. والبلخي، الفتاوى الهندية، مصدر سابق، ج4، ص363.

(8) في (ك) و(س) و(م) و(ن): ميزانا. ينظر النسفي، الكافي، ق84/ب. والشِّلْبِيِّ، حاشية الشِّلْبِيِّ على التبيين، مصدر سابق، ج، ص.علاء الدين ابن عابدين، قرة عين الأخيار، ج8، ص524. والبلخي، الفتاوى الهندية، مصدر سابق، ج4، ص363.

(9) سقط من: (ك).

(10) (قالوا:) ولو أن صيرفيا استعار دراهم أو دنانير ليتجمل بها في حانوته أو ليعبر بها صنجاته، فإنه لا يكون قرضا؛ لأنهما لما صرحا به علمنا أن مقصودهما الانتفاع مع بقاء العين دون الإذن في استهلاك العين.

(11) عارية الارض على وجهين:(1) ان يعير ارضه عشر سنين على ان يبني فيها جازت العارية وله ان يخرجه قبل الوقت، ويلزمه قيمة البناء.(2) ان يعير ارضه ليبني فيها ولم يوقت، فله ان يخرجه متى شاء، ويقال لصاحب البناء: انقض البناء ورد الارض على صاحبها. وان شاء صاحب الارض يمنعه ويعطيه قيمة البناء مقلوعا. ينظر: السمرقندي، خزانة الفقه، مصدر سابق، ص205.

(وَلَهُ) أَيْ لِلْمُعِيْرِ**(أَنْ يَرْجِعَ)** بَعْدَ أَنْ بَنَى الْمُسْتَعِيرُ أَوْ غَرَسَ؛ لِأَنَّ عَقْدَ الْإِعَارَةِ غَيْرُ لَازِمٍ **(وَتَكْلِيْفِ)** الْمُعِيرِ الْمُسْتَعِيرَ **(قَلْعَهُمَا)** أَيْ الْبِنَاءُ وَالْغَرْسِ؛ لِأَنَّهُ شَغَلَ / أَرْضَهُ بِهِمَا. أ/377

(وَضَمِنَ) الْمُعِيرُ لِلْمُسْتَعِيرِ**(مَا نَقَصَ)** الْبِنَاءُ أَوْ الْغَرْسُ **(بِالْقَلْعِ إنْ وَقَّتَهَا)** أَيْ وَقَّتَ الْمُعِيرُ الْإِعَارَةَ، وَقَالَ زُفَرُ: لَا يَضْمَنُ؛ لِأَنَّ التَّوْقِيتَ وَالْإِطْلَاقَ فِيْهِمَا سَوَاءٌ لبطلان التأجيل في العواري.

وَلَنَا: أَنَّ الْمُعِيرَ بِالتَّوْقِيتِ غَارٌّ لِلْمُسْتَعِيرِ؛ لِأَنَّهُ نَصَّ عَلَى تَرْكِ الْأَرْضِ فِي يَدِهِ، وَقَرَارُ بِنَائِهِ، أَوْ غَرْسِهِ فِيهَا، الْمُدَّةُ الَّتِي سَمَّاهَا، وَلِلْمَغْرُورِ أَنْ يدَفَعَ [الضَّرَرَ][1] عَنْ نَفْسِهِ بِالرُّجُوْعِ عَلَى الغَارِّ.

(وَكَرِهَ) لِلْمُعِيرِ [....][2] **(الرُّجُوعُ)** عَنْ الْإِعَارَةِ **(قَبْلَهُ)** أَيْ قَبْلَ الوَقْتِ الَّذِي وَقَّتَهَا بِهِ؛ لِأَنَّ فِيْهِ خَلْفُ الوَعْدِ.

وفِي «شَرْحِ الْكَنْزِ»:((وَمَعْنَى ضَمَانُ الْمُعِيرِ مَا نَقَصَ الْبِنَاءُ أَوْ الْغَرْسِ، أَنْ يَقُومَ قَائِمًا غَيْرُ مَقْلُوعٍ؛ لِأَنَّ الْقَلْعَ غَيْرُ مُسْتَحَقٍّ قَبْلَ الْوَقْتِ))[3].

قَيَّد الضَّمَانَ بِالمُوَقتَةِ؛ لِأَنَّ الْمُعِيرَ لَا يَضْمَنُ لِلْمُسْتَعِيرِ شَيْئًا مِنْ الْبِنَاءُ أَوْ الْغَرْسِ، إنْ لَمْ يُؤَقِتْ؛ لِأَنَّ الْمُسْتَعِيرَ حِينَئِذٍ مُغْتَرٌّ لَا مَغْرُورٌ؛ لِأَنَّهُ اعْتَمَدَ الْإِطْلَاقَ فِي الْعَقْدِ.

وَفِي «شَرْحِ الوافِي»:((وَذَكَرَ الحَاكِمُ الشهيدُ أَنَّ رَبَّ الْأَرْضِ يَضْمَنُ لِلْمُسْتَعِيرِ قِيمَتُهُ غَرْسُهُ وَبِنَائَهُ، وَيَكُونَانِ[4] لَهُ إلَّا أَنَّ يشَاءَ الْمُسْتَعِيرُ أَنْ يَرْفَعْهُمَا، وَلَا يُضَّمِنَهُ قِيمَتُهُمَا، فَيَكُونُ لَهُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْبِنَاءَ وَالْغَرْسَ مِلْكُهُ، وَإِنَّمَا أَوْجَبَنا الضَّمَانَ عَلَى الْمُعِيرِ لِدَفْعِ الضَّرَرِ عَنْ الْمُسْتَعِيرِ، فَإِذَا رَضِيَ بِالْتِزَامِ هَذَا الضَّرَرِ، كَانَ هُوَ أَحَقُّ بِمِلْكِهِ، وَهَذَا إذَا لَمْ يَكُنْ الْقَلْعُ مُضِرًّا بِالْأَرْضِ، وَإِنْ كَانَ مُضِرًّا بِهَا، فَالخِيَارُ لِرَبِّ الْأَرْضِ؛ لِأَنَّهُ صَاحِبُ أَصْلٍ، وَالْمُسْتَعِيرُ صَاحِبُ تَبَعٍ، فَكَانَ الخِيَارُ لِرَبِّ الْأَرْضِ؛ لِرُجْحَانِهِ))[5].

---

(1) سقط من:(أ) و(ت) و(ك) و(س) و(م) و(ع).

(2) [ان كان وقت] زيادة في: (م).

(3) انتهى كلامه. ينظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج5، ص 88.

(4) في (س): ويكون.

(5) انتهى كلامه. ينظر: النسفي، الوافي، ق102/أ.

وَلَوْ أَعَارِ لِلْزَرْعِ، لَا يَأْخُذُ حَتَّى يَحْصِدَ وَقَّتَ أَوْ لَا، وأُجْرَةُ رَدِّ الْمُسْتَعَارِ، والْمُسْتَأْجَرِ، والمَغْصُوبِ عَلَى الْمسْتَعِيْرِ، وَالمُؤجِرِ، وَالغَاصِبِ.

(وَلَوْ أَعَارَ) أَرْضاً **(لِلْزَّرْعِ لَا يَأْخُذُ)** الْمُعِيرُ الْأَرْضَ**(حَتَّى يُحْصَدُ)** الزَّرْعُ **(وَقَّتَ أَوْ لَا)**؛ لِأَنَّ لِلْزَّرْعِ نِهَايَةٌ مَعْلُومَةٌ، فَتُرِكَ إِلَيْهَا بِأَجْرِ الْمِثْلِ مُرَاعَاةً لِلْحَقَّيْنِ، كَمَا فِي الْإِجَارَةِ، إِذَا انْقَضَتْ الْمُدَّةُ وَالزَّرْعُ لَمْ يُدْرِكْ؛ وَلِأَنَّ فِي قَلْعِ الزَّرْعِ ضَرَراً بِالْمُسْتَعِيرِ بِإِبْطَالِ مِلْكِهِ، وَفِي التَّرْكِ فِي يَدِ الْمُسْتَعِيرِ ضَرَراً بِالْمُعِيرِ بِتَأْخِيْرِ حَقِّهِ وَضَرَراً لِإِبْطَالِ فَوْقِ ضَرَرَ التَأخِيْرِ بِخِلَافِ الْبِنَاءِ وَالْغَرْسِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ حَدٌ مَعْلُومٌ، فَيَكُونُ الضَّرَرُ مِنْ الجَانِبَيْنِ ضَرَرُ ابْطَالِ حَقٍّ، فَيَتَرَجَّحُ[1] جَانِبُ الْأَصْلِ.

(وأُجْرَةُ رَدِّ الْمُسْتَعَارِ، والْمُسْتَأْجَرِ، والمَغْصُوبِ عَلَى الْمسْتَعِيْرِ، وَالمُؤجِرِ، وَالغَاصِبِ).

أَمَّا الْمُسْتَعَارُ؛ فَلِأَنَّ رَدَّهُ وَاجِبٌ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ؛ لِأَنَّهُ[2] قَبَضَ الْعَارِيَّةَ لِمنْفَعَةِ نَفْسِهِ فَتَكُونُ أَجَرَةُ الرَّدِّ عَلَيْهِ.

وَأَمَّا الْمُسْتَأْجِرُ؛ فَلِأَنَّهُ مَقْبُوْضٌ لِمنْفَعَةِ الْمُؤَجِّرِ؛ لِأَنَّ الْأَجْرَ سَلَّمَ لَهُ، فَلَا يَكُونُ رَدُّهُ وَاجِبَاً عَلَى الْمُسْتَأْجِرِ بَلْ عَلَى الْمُؤَجِّرِ، فَيَكُونُ مُؤْنَةَ رَدِّهِ عَلَيْهِ[3].

وَأَمَّا الْمَغْصُوبُ؛ فَلِأَنَّ الْغَاصِبَ يَجِبُ عَلَيْهِ رَدُّ الْعَيْنِ الْمَغْصُوبَةِ إِلَى يَدِ مَالِكِهَا، كَمَا كَانَتْ فَيَكُونُ عَلَيْهِ مُؤْنَةُ رَدِّهَا[4]، [وَاللهُ أَعْلَمُ][5].

---

(1) في (ك) و(س) و(م) و(أ) و(ن): فيرجح.

(2) في (أ) و(ن) و(ب): لأن.

(3) وقال في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يستأجر من الرجل الرحى فيحملها فتنقضي الإجارة؟ قال: على المؤجر يجيء فيأخذها، وفي فتاوى قاضيخان: استأجر دابة أو عبدا فإن مؤنة الرد بعد الفراغ على صاحب العبد والدابة وكذا مؤنة رد المرهون تكون على الراهن ومؤنة رد الوديعة تكون على صاحبها ومؤنة رد المستعار تكون على المستعير ومؤنة رد المغصوب تكون على الغاصب وكذا مؤنة رد المبيع بيعا فاسدا بعد الفسخ على القابض. ينظر: الشِّلْبِيِّ، حاشية الشِّلْبِيِّ على التبيين، مصدر سابق، ج5، ص140. وابن الشِّحْنَة، لسان الحكام في معرفة الأحكام، ص288.

(4) (صورته): رجل غصب جارية فولدت عنده، ثم مات الولد فعلى الغاصب رد الجارية مع نقصان الولادة؛ لأنها دخلت في ضمانه بجميع أجزائها، وقد فات جزء مضمون منها، ولو فاتت كلها ضمن الغاصب قيمتها، والجزء معتبر بالكل، وإن كان الولد حيا فعليه ردهما؛ لأن الولد جزء من الأصل فيكون مملوكا لمالك الأصل، ومؤنة الرد في الولد على الغاصب. السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج11، ص85.

(5) سقط من(ت) و (ك) و(م) و(ع)، و في (س) و(ب): [والله سبحانه اعلم].

كتاب الوديعة

كِتَابُ الْوَدِيعَةِ

هِيَّ أَمَانَةٌ تُرِكَتْ لِلْحِفْظِ،..

(كِتَابُ الْوَدِيعَةِ)

(هِيَّ) فِي اللُّغَةِ[1]: مُشْتَقَةٌ مِنْ الوَدْعِ، وَهُوَ التَّرْكُ، وقَدْ جَاءَ فِي الحَدِيْثِ:((لَيَنْتَهِيَنَّ قَوْمٌ عَنْ وَدْعِهِمُ الْجُمُعَاتِ)) [2]، أَيْ عَنْ تَرْكِهَا، وَقُرِئَ قَوْلُهُ تَعَالَى:{مَا وَدَّعَكَ رَبُّكَ وَمَا قَلَى}[الضحى:2] بِتَخْفِيْفِ الدَّالِ، أَيْ مَا تَرَكَكَ،/ وَمَا أَبْغَضَكَ[3].

وفِي الشَّرْعِ[4]: **(أَمَانَةٌ تُرِكَتْ لِلْحِفْظِ)** [5] مَآلاً كَانَ أَوْ غَيْرَهُ[6]. 377/ب

وَرُكْنُهَا: الْإِيجَابُ بِأَوْدَعْتُكَ هَذَا الْمَالَ، وَمَا[7] يَقُوْمُ مَقَامَهُ مِنْ الأَقْوَالِ وَالأَفْعَالِ، وَالقَبُوْلُ: بِالْقَوْلِ أَوْ الْفِعْلِ[8] فَقَطْ[9].

وضَمَانُهَا كالعَارِيَّةِ،.....

---

(1) وَدَعتُ الشيء وَدَعْاً تركتُه، وودُعُ الرجُل وداعةً وَدعة أطمأنَّ، وأودُعتك الشيءَ جعلته عندك أو قبلته منك وديعةً وهو من الأضداد، قال الكسائيّ: أودعه مالًا: إذا دفعه إليه يكون وديعةً عنده، وأودعه: إذا قبل وديعته. ينظر: ابن القَطَّاع، علي بن جعفر السعدي (1983م)، كتاب الأفعال، ط1، ج3، ص306، عالم الكتب، بيروت. والمُطَرِّزِيّ، المغرب في ترتيب المعرب، مصدر سابق، ج1، ص479.

(2) عن ابن عمر، وابن عباس ﷺ أنهما شهدا على رسول اللهﷺأنه قال وهو على المنبر:« لَيَنْتَهِيَنَّ قَوْمٌ عَنْ وَدْعِهِمُ الْجُمُعَاتِ، أَوْ لَيَخْتِمَنَّ اللهَ عَلَى قُلُوبِهِمْ وَلَيَكُونَنَّ مِنَ الْغَافِلِينَ»، رواه أبو يعلى في مسنده، رقم5742، ج10، ص110. والنيسابوري، صحيح مسلم، مصدر سابق، باب التغليظ في ترك الجمعة، رقم 866، ج2، ص591.

(3) قرأ: "مَا وَدَّعَكَ"، خفيفة ﷺ وعروة بن الزبير، وهي قراءة حمصي، وابن أبي عبلة أبو حيوة، قال أبو الفتح: هذه قليلة الاستعمال. قال سيبويه: استغنوا عن: وذر وودع بقولهم: ترك، وعلى أنها قد جاءت في شعر أبي الأسود الدُّؤَلِيّ: لَيْتَ شِعْرِي عَنْ خَلِيلِي مَا الَّذِي... غَالَهُ فِي الْحُبِّ حَتَّى وَدَعَهُ .

أَيْ تَرَكَ الْحُبَّ . ينظر: ابن جني، أبو الفتح عثمان الموصلي (1999م) المحتسب في تبيين وجوه شواذ القراءات والإيضاح عنها، ج2، ص394، وزارة الأوقاف، كويت. وابن سواده، يوسف بن علي الهُذَلي (2007م)، الكامل في القراءات والأربعين الزائدة عليها (ت: جمال بن السيد بن رفاعي الشايب)، ط1، ص622، مؤسسة سما للتوزيع والنشر، بيروت.

(4) وعُرِّفت بأنها: تسليط المالك غيره على حفظ متاعه صريحاً أو دلالة، وقيل ما يترك عند الأمين للحفظ فقط، لتخرج العارية؛ لأنها تركت للحفظ والانتفاع. ينظر: شيخ زاده،، مجمع الأنهر، ج2، ص 337. والميداني، اللباب في شرح الكتاب، ج2، ص 196. والحصكفي، بدر المتقى في شرح الملتقى "المطبوع بهامش مجمع الأنهر، ج2، ص 337.

(5) ينظر: القدوري، المختصر، مصدر سابق، ص131. والسمرقندي، تحفة الفقهاء، مصدر سابق، ج3، ص171. والمرغيناني، الهداية، مصدر سابق، ج2، ص213.

(6) [وليعلم] أن الوديعة عقد مشروع ومندوب إليه لأن فيه إعانة لصاحبها لحفظ ماله . ينظر: السمرقندي، تحفة الفقهاء، مصدر سابق، ج3، ص171.

(7) في (م): (او ما).

(8) في (م):(بالفعل)، وفي (س):(والفعل او بالفعل فقط)

(9) ولا تجوز في الوديعة ثمانية اشياء:(1) لاتباع (2) ولا توهب (3) ولا ترهن (4) ولا يتصدق بها (5) ولا تؤجر(6) ولا تعار (7) ولا تستعمل متفقا عليه (8) والثامن لا تودع الا من كان في عياله. ينظر: السُّغْدي، النتف في الفتاوى، مصدر سابق، ص2، ص578.

وَشَرْطُهَا: كَوْنُ الْمَالِ قَابِلاً لِإِثْبَاتِ الْيَدِ لِيُمْكِنَ حِفْظُهُ، حَتَّى لَوْ أَوْدَعَ[1] الْآبِقَ[2] أَوْ الْمَالَ السَّاقِطَ فِي الْبَحْرِ[3]، لَا يَصِحُّ[4][5] وَكَوْنُ الْمُودَعِ مكَلَّفاً، شَرْطٌ لِوُجُوْبِ الْحِفْظِ عَلَيْهِ.

وَحُكْمُهُ: وُجُوبُ الْحِفْظِ عَلَى الْمُودَعِ، وَصَيْرُوْرَةُ[6] الْمَالِ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ، وَوُجُوبُ أَدَائِهِ عِنْدَ طَلَبِ مَالِكِهِ.

وَشَرَعِيَةُ[7] الْإِيدَاعِ بِقَوْلُهُ تَعَالَى:{إِنَّ اللهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا}[النساء:58] وَأَدَاءُ الأَمَانَةِ لَا يَكُونُ إِلَّا بَعْدَهَا؛ وَلِأَنَّ قَبُوْلَ الْوَدِيعَةِ مِنْ بَابِ الإِعَانَةِ، وَهِيَّ مَنْدُوْبَةٌ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: {وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى}[المائدة:2]، وقَوْلُهُ ﷺ:« وَاللهُ فِي عَوْنِ الْعَبْدِ مَا كَانَ الْعَبْدُ فِي عَوْنِ أَخِيهِ»[8].

(وضَمَانُهَا[9] كالعَارِيَّةِ) فَلَا يَضْمَنُ إِنْ هَلَكَتْ؛ لِمَا رَوَى ابْنُ مَاجَهْ فِي مُسْنَدِهِ[10]عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ جَدِّهِ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ:« مَنْ أُودِعَ وَدِيعَةً فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ»[11]؛ وَلِأَنَّ

وَلَهُ حِفْظُهَا بِنَفْسِهِ، وَعِيَالِهِ وإِنْ نَهَى

الْمُودَعَ مُتَبَرِّعٌ بِحِفْظِهَا[12] لِصَاحِبِهَا، والتَبَرُّعُ لَا يُوجِبُ ضَمَانَاً عَلَى الْمُتَبَرِّعِ، إِذْ لَوْ أُوْجِبَ لَامْتَنَعَ النَّاسُ عَنْهُ، وَفِيْهِ تَعْطِيْلٌ لِمصَالِحِهِمْ؛ وَلِأَنَّ يَدَ الْمُودَعِ كَيَدِ المَالِكِ، فَيَكُونُ هَلَاكُهَا فِي يَدِهِ كَهَلَاكِهَا فِي يَدْ المَالِكِ، فَلَا يَضْمَنُ بِالهَلَاكِ سَوَاءٌ هَلَكَتْ بِمَا يُمْكِنُ التَّحَرُّزُ عَنْهُ[13] أَوْ لَا، وَسَوَاءٌ هَلَكَ لِلْمُودِعِ مَعَهَا مَالٌ [أَوْ لَا][14].

---

(1) الْمُودِعُ.

(2) أي العبد، فأَبَقَ الغلام يأبِق أَبَقاً وأَبْقاً، وأَبِقَ يأبَق أَبَقاً، إذا هرب، والاسم الْإِبَاق، فهو آبِق. ينظر: ابن دريد، جمهرة اللغة، مصدر سابق، ج2، ص1026.

(3) وكالعبد الضال، والمال المفقود، والمال الذي أخذه السلطان مصادرة، والدين المجحود إذا لم يكن للمالك بينة وحال الحول ثم صار له بينة بأن أقر عند الناس، والمال المدفون في الصحراء إذا خفي على المالك مكانه. فهي أموال غير مقدور الانتفاع بها مع قيام أصل الملك. ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع ،مصدر سابق، ج2، ص9.

(4) في (س) و(ن): (لم يصح).

(5) لأن الإيداع عقد استحفاظ وحفظ الشيء بدون إثبات اليد غير متصور، فإيداع الطير في الهواء. ينظر: البابرتي، العناية شرح الهداية، مصدر سابق، ج8، ص484.

(6) في (ك): ضرورة.

(7) في (ت) و(ع): وشرعت.

(8) ينظر: الشيباني، المسند، رقم 7427، ج12، ص393. والنيسابوري، صحيح مسلم، مصدر سابق، باب فضل الاجتماع على تلاوة القرآن وعلى الذكر، رقم 2699، ج4، ص207.

(9) الاحوال التي يضمن فيها المستودع:(1) ان يودع غيره الا من كان في عياله(2) ان يخلطها بماله ولا يقدر ان يميزها منه (3) ان يودعها على يدى اجنبي فهلكت (4) ان يستردها منه المودع فلم يردها ثم هلكت (5) ان يجمدها فهلكت ثم أقر بها (6) ان يقول ضعها في دارك هذه فوضعها في دار اخرى (7) ان ينفقها على عياله بغير امره (8) ان يخرج بها الى سفر وقد قال لا تخرج بها (9) اذا اقر انها لهذا الرجل وقال بل الرجل فتكون للأول ويضمن للثاني مثلها. ينظر: السُّغْدي، النتف في الفتاوى، مصدر سابق، ج2، ص580.

(10) في (ك) و(س) و(م): سننه.

(11) ينظر: ابن ماجة، السنن، مصدر سابق، باب الوديعة، رقم 2401، ج2، ص802.

(12) الكلام في الحفظ في موضعين: أحدهما فيما يحفظ به، والثاني: فيما فيه يحفظ، والاول لا يخلو من أن يكون مطلقا أو مقيدا، فإن كان مطلقا؛ فللمودع أن يحفظ بيد نفسه، ومن هو في عياله، وبيده من ليس في عياله ممن يحفظ ماله بنفسه عادة، كشريكه المفاوض. ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج6، ص208.

(13) في (أ): عنها.

(14) سقط من: (ك) و(ت) و(س) و(ع).

وقَالَ مَالِكٌ: إِذَا سُرِقَتْ الْوَدِيعَةُ مِنْ عِنْدِ الْمـُودَعِ، وَلَمْ يُسْرَقْ لَهُ مَعَهَا مَالٌ يَضْمَنُ لِلتُّهْمَةِ[1].

[أحكام الوديعة]

(وَلَهُ) أَيْ لِلْمُودِعِ **(حِفْظُهَا)** أَيْ الْوَدِيعَةُ **(بِنَفْسِهِ وَ)** بِمَنْ فِي **(عِيَالِهِ)** مِنْ زَوْجَتِهِ، وَوَلَدِهِ، وَوَالِدَيْهِ، وَأَجِيْرِهِ، وَالعِبْرَةُ فِي هَذَا البَابِ لِلْمُسَاكَنَةِ لَا لِلنَّفَقَةِ، حَتَّى لَوْ دَفَعَتْ الْمَرْأَةُ وَدِيْعَتَهَا الى زَوْجِهَا لَا يَضْمَنُ إِنْ هَلَكَتْ؛ لِأَنَّهُ سَاكِنٌ مَعَهَا، وَحَتَّى أَنَّ الابْنَ الْكَبِيرَ لِلْمُودَعِ إِذَا كَانَ يَسْكُنُ مَعَهُ وَلَمْ يَكُنْ فِي نَفَقَتِهِ فَخَرَجَ الأَبُ وَتَرَكَ المَنْزِلَ عَلَى الابْنِ، لَا يَضْمَنُ الْمـُودَعُ الْوَدِيعَةَ إِنْ هَلَكَتْ.

والْمُرَادُ بِأَجِيْرِهِ: [التِّلْمِيذُ الْخَاصُّ][2][3] الَّذِي اسْتَأْجَرَهُ مُشَاهَرَةً أَوْ [مُسَانَهَةً][4]، وَأَمَّا الْأَجِيرُ لِعَمَلٍ مِنْ الْأَعْمَالِ كَسَائِرِ الْأَجَانِبِ يَضْمَنُ بالدَّفْعِ إِلَيْهِ.

(وَإِنْ نَهَى) عَنْ حِفْظِهَا بِهِمْ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَيْسَ لِلْمُودِعِ أَنْ يدَفَعَهَا الى مَنْ فِي عِيَالِهِ؛ لِأَنَّ مَالِكِهَا [رَضِيَّ بِحِفْظِهِ][5] لَا بِحِفْظِ غَيْرِهِ[6].

وَالسَّفَرُ بِهَا عِنْدَ عَدَمِ النَّهْيِ، وَالخَوْفِ،.....

وَلَنَا: أَنَّ الوَاجِبَ عَلَيْهِ أَنْ يَحْفَظَهَا حِفْظَ مَالَ نَفْسِهِ، وَهُوَ يَحْفَظُهُ بِعِيَالِهِ؛ وَلِأَنَّ الْمـُودَعَ لَا يُمْكِنُه مُلَازَمَةُ بَيْتِهِ لِحِفْظِ الْوَدِيعَةِ، وَلَا اسْتِصْحَابُهَا فِي خُرُوجِهِ، [فَلَمْ][7] يَكُنْ لَهُ بُدٌّ[8] مِنْ حِفْظِهَا بِمَنْ فِي عِيَالِهِ.

وفِي «الذَّخِيرَةِ»:((الدَّفْعُ إِلَى الْعِيَالِ إِنَّمَا يَجُوزُ إِذَا كَانَ أَمِيْنَاً، ولَوْ دَفَعَها الْمـُودَعُ الى أَمِينٍ مِنْ أُمَنَائِهِ، لَيْسَ فِي عِيَالِهِ، يَجُوزُ وعَلَيْهِ الْفَتْوَى))[9][10].

---

(1) ينظر: الأصبحي، المدونة، مصدر سابق، ج4، ص435. وابن رشد، محمد بن أحمد(1988م)، المقدمات الممهدات، ط1، ج2، ص465، دار الغرب الإسلامي، بيروت. والدسوقي محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج3، ص420، دار الفكر، بيروت.

(2) سقط من: (ك) و(س).

(3) التلميذ الخاص: هو الذي يأكل معه وفي عياله وليس له أجرة معلومة، وقيل: الذي يعد ضر أستاذه ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه. ينظر: المرغيناني، الهداية، مصدر سابق، ج3، ص122. والبابرتي، العناية شرح الهداية، ج7، ص404.

(4) سقط من: (ك).

(5) في (ن): (مارضي بحفظ).

(6) ينظر: الشافعي، الأم، مصدر سابق، ج7، ص122.والشيرازي، المهذب، مصدر سابق، ج2، ص184.

(7) سقط من: (ك) و(ت) و(س) و(ع).

(8) البُدُّ: قال الليث: هو بيت فيه صنم وتصاوير، ويقال: البد هو الصنم نفسه، وهو إعراب: بت بالفارسية، ويقال: ليس لهذا الأمر بد أي لا محالة، وقيل: الفراق، فيقال: لا بد اليوم من قضاء حاجتي: أي لا فراق، وقيل: العِوَضُ. ينظر: الهروي، تهذيب اللغة، مصدر سابق، ج14، ص55. والجوهري، الصحاح، مصدر سابق، ج2، ص 445.

(9) انتهى كلامه. ينظر: ابن مازة، الذخيرة البرهانية، 397/أ.

(10) ويؤيده ما في شرح«المجمع» عن محمد: ((إذا دفعها إلى أمين من أمنائه ممن يثق به في ماله، وليس في عياله كشريكه العنان، وعبده المأذون، لا يضمن))، قال ابن كمال في «الإيضاح»: ((الدفع إلى العيال إنما يجوز بشرط الأمانة وعند تحققها لا حاجة إلى كونه عيالا)). ينظر: البغدادي، مجمع الضمانات، مصدر سابق، ص77.

[فصل السفر بالوديعة]

(وَ) لِلْمُوْدَعِ **(السَّفَرُ بِهَا)** [1] أَيْ بِالْوَدِيعَةِ[2]، وَإِنْ كَانَ لَهَا حِمْلٌ وَمُؤْنَةٌ[3] **(عِنْدَ عَدَمِ النَّهْيِ)** مِنْ صَاحِبِ الْوَدِيعَـةِ **(وَ)** عَدَمِ **(الخَوْفِ)** بِأَنْ كَانَ الطَرِيقُ أَمِيْناً لَا يَقْصِدُه فِيه أَحَدٌ[4] بِسُوءٍ غَالِباً، وَلَوْ قَصَدَه يُمْكِنُه دَفْعُهُ بِنَفْسِهِ أَوْ بِرِفْقَتِهِ./

أ/378

وَقَالَ أَبُو يُوْسُفَ: لَهُ السَّفَرُ بِهَا إِنْ كَانَتْ المَسَافَةُ قَصِيْرَةً، وَإِنْ كَانَتْ طَوِيلَةً فَلَيْسَ لَهُ ذَلِكَ فِيمَا لَهُ حِمْلٌ وَمُؤْنَةٌ؛ لِأَنَّ القَصِيْرَةَ لَا خَوْفٌ فِيْهَا عَادَةً، وَلِهَذَا تُسَافِرُ الْمَرْأَةُ فِيهَا بِغَيْرِ زَوْجٍ وَلَا مَحْرَمٍ[5].

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَيْسَ لَهُ السَّفَرُ بِهَا فِيمَا لَهُ حِمْلٌ ومُؤْنَةٌ[6]، والظَاهِرُ [من][7] حَالِ صَاحِبِهَا أَنَّهُ [لَا يَرْضَى بِهِ][8] وَرُبَّمَا يَسْتَغْرِقُهُ الْوَدِيعَةَ، وَصَارَ كَالوَكِيلِ بِالْبَيْعِ، لَيْسَ لَهُ السَّفَرُ بِالْمَبِيعِ، وَإِنْ سَافَرَ بِهِ ضَمِنَ[9].

وقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَيْسَ [لَهُ][10] ذَلِكَ مُطْلَقاً[11]؛ لِأَنَّ الْمُتَعَارَفَ هُوَ الْحِفْظُ فِي الأَمْصَارِ دُونَ الْمَفَازَةِ[12][13].

وَقَالَ مَالِكٌ: لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ إِذَا قَدَرَ أَنْ يَرُدَّهَا[14] عَلَى صَاحِبِهَا، أَوْ وَكِيلِهِ، أَوْ الحَاكِمِ، أَوْ أَمِينِهِ[15].

---

(1) أي برا، وأجمعوا أنه لو سافر بها بحرا يضمن، وقد ابان علي حيدر في شرحه على ((مجلة الاحكام)): ((السفر بحرا من الأسفار ذات الأخطار، وقد ذكر صاحب ((البحر)): أن التلف والهلاك غالب فيه، ولكن حيث إن نقل الأموال التجارية في السفن متعارف في زماننا، والسلامة في أكثر الأحيان غالبة فيها، فاللائق أن لا يكون فرق بين السفر بحرا والسفر برا، فحينئذ للمستودع أن يأخذ الوديعة معه إن سافر برا أو بحرا، وبما أنه لم تكن السفن التجارية موجودة في زمن الفقهاء المتقدمين، والأسفار كانت تحصل بالسفن ذات الشراع، ولذلك كانوا يعدون السفر في البحر خطرا ومؤديا للهلاك، وأما في الحالة الحاضرة فنظرا لوجود سفن تجارية جسيمة فلا خطر في السفر فيها. ينظر: علاء الدين ابن عابدين، قرة عين الأخيار، مصدر سابق، ج8، ص498. علي حيدر، شرح مجلة الاحكام،ج2، ص297.

(2) في (م): الوديعة.

(3) هذا إذا كان الطريق آمنا أما إذا كان مخوفا يضمن إجماعا، وكذا إذا كان الطريق آمنا ونهاه صاحبها عن السفر بها فسافر بها يضمن؛ لأن التقييد مفيد؛ لأن الحفظ في المصر أبلغ إلا أن يضطر إلى ذلك بأن قصد السلطان أخذها. ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج22، ص39. والزَّبِيدِيّ، الجوهرة النيرة، مصدر سابق، ج1، ص349.

(4) في (س):(أحد فيه).

(5) لما جاء عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال:« لا تسافر امرأة مسيرة ثلاثة أيام إلا مع ذي محرم». ينظر: البخاري، الجامع المسند الصحيح، مصدر سابق، باب: في كم يقصر الصلاة، رقم 1086، ج2، ص43. والطحاوي، شرح مشكل الآثار، مصدر سابق، ج2، ص116.

(6) لأنه يلزم المالك أجرة النقل من بلد إلى بلد.

(7) سقط من: (ك) و(ت) و(س) و(ع).

(8) سقط من: (ن).

(9) ينظر: الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج8، ص360. والنووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج6، ص328.

(10) سقط من: (ك) و(ت) و(س) و(ع).

(11) ينظر: الشافعي، الأم، مصدر سابق، ج4، ص142.

(12) في (ك):(المغارات)، وفي (م): (المفازات).

(13) هي الارض الخالية عن الأبنية والأشجار، قال الأصمعي: المفازة: المهلكة، وإنما سموها مفازة من الفوز، تفاؤلاً لصاحبها بالفوز، قال تعالى:{فلا تحسبنهم بمفازة من العذاب} [آل عمران: 188]. ينظر: الأنباري، الزاهر في معاني كلمات الناس، مصدر سابق، ج1، ص444.والنسفي، طلبة الطلبة، مصدر سابق، ص28.

(14) في (م): يؤدها.

(15) ينظر: ابن رشد، محمد بن أحمد الحفيد (2004م)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج4، ص95، دار الحديث، القاهرة. والقرافي، الذخيرة، مصدر سابق، ج9، ص163.

ولأَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّهُ أَمَرُ بِالْحِفْظِ مِنْ غَيْرِ تَقْيِيدٍ [فَلَا يَتَقَيَّدُ][1] بِمكَانٍ دُوْنَ مكَانٍ، كمَا لَا يَتَقَيَّدُ بِزَمَانٍ دُوْنَ زَمَانٍ[2].

وَلَوْ حَفَظَ بِغَيْرِهِمْ ضَمِنَ، إِلَّا إِذَا خَافَ الحَرْقَ، أَوْ الغَرْقَ، فَوَضَعَهَا عِنْدَ جَارِهِ، أَوْ فِي فُلْكٍ آخَرٍ..

قَيَّدَ بـ «عَدَمِ النَّهْيِّ»، وَ «عَدَمِ الخَوْفِ»؛ لِأَنَّ الْمـودَعَ لَيْسَ لَهُ السَّفَرُ بِالْوَدِيعَةِ، إِذَا نَهَاهُ رَبُّهَا عَنْـهُ بِـلَا خِـلَافٍ بَـيْنَ الْعِلْمِاءِ.

[فَصْلٌ فِي ضَمَانِ الوَدِيْعَةِ]

(وَلَوْ حَفِظَ[3]) الْمـودَعُ **(بِغَيْرِهِمْ)** أَيْ بغَيْرِ نَفْسِهِ وعِيَالِهِ **(ضَمِنَ)**؛ لِأَنَّ المَالِكَ رَضِيَ بِيَدِهِ لَا بِيَدِ غَيْرِهِ وَالأَيْدِي تَخْتَلِفُ فِي الأَمَانَةِ.

(إِلَّا إِذَا خَافَ) الْمـودَعُ لِلوَدِيعَةِ[4] **(الحَرْقَ)** بِأَنْ وَقَعَ حَرِيْقٌ فِي دَارِهِ.

(أَوْ) خَافَ عَلَيْهَا **(الغَرْقَ)** [بِأَنْ كَانَ فِي السَّفِيْنَةِ وَهَاجَتْ الرِّيْحُ **(فَوَضَعَهَا عِنْدَ جَارِهِ)** فِي خَوْفِ الحَـرْقِ **(أَوْ فِي فُلْـكٍ آخَرٍ)]**[5] فِي خَوْفِ الْغَرَقِ؛ فَإِنَّهُ لَا يَضْمَنُ؛ لِأَنَّ فِعْلَهُ هَذَا تَعِيْنٌ لِلْحِفْـظِ، فَـلَا يُصَّـدَقُ[6][7] عَـلَى ذَلِـكَ إِلَّا بِبَيِّنَـةٍ؛ لِأَنَّـهُ يَـدَّعِي ضَرُورَةً مُسْقِطَةً لِلضَّمَانِ[8] بَعْدَ تحَقُّقِ سَبَبْهِ، فَصَـارَ كَمُـدَّعِي الْإِذْنِ فِي الْإِيْـدَاعِ، ويَـدَّعِي[9] الْإِذْنَ فِي الصَّرْفِ فِي حَاجَتِـهِ [عَـلَى الْمَالِك][10].

وفِي «الْمُنْتَقَى»:((هَـذَا إِذَا لَـمْ [يَكُـنْ][11] يَعْلَمْ أَنَّـهُ وَقَـعَ بِبَيْتِ الْمـودَعِ احْتِرَاقٌ، فَإِنْ عَلِمَ قَبْـلَ قَوْلِهِ بِلَا بَيِّنَةٍ))[12].

قَالَوا وَإِنَّمَا لَا يَضْمَنُ إِذَا لَمْ يُمْكِنْـهُ أَنْ يَدَفَعَهَا ذَلِكَ الوَقْتُ الى مَنْ فِي عِيَالِـهِ، حَتَّـى لَـوْ أَمْكَنَـهُ فَـدَفَعَهَا الى أَجْنَبِـيٍّ ضَمِنَ؛ لِأَنَّهُ لَا ضَرُورَةَ لَهُ فِيهِ، وَكَذَا لَوْ القَاهَا[13] فِي سَفِيْنَةٍ أُخْرَى، فَهَلَكَتْ قَبْلَ أَنْ يَسْتَقِرَ فِيهَا؛ لِأَنَّ هَلَاكَهَا حَصَلَ بِفِعْلِهِ[14].

فَإِنْ حَبَسَهَا بَعْدَ طَلَبِ رَبِهَا عَلَى التَّسْلِيمِ، أَوْ جَحَدَهَا،.....

---

(1) سقط من: (س).

(2) ولأبي حنيفة: إطلاق الأمر بالحفظ للفقيرين محل للحفظ إذا كان الطريق آمنا، ولهذا يملك الأب، والوصي في مـال الصـبي، ولأن الإنسـان لا يلتزم الوديعة ليترك أشغاله والسـفر مـن أشـغاله فـلا تمنعـه الوديعـة مـن ذلـك، وقـال صـاحب المنظومةالنسـفية: لَا يَضْـمَنُ الْمُـودَعَ بِالْمُسَافَرَهْ ... عِنْدَ انْعِدَامَ النَّهْيِ وَالْمُخَاطَرَهْ

وَيَجْعَلَانِ هَذِهِ مَضْمُونَهْ ... فِي كُلِّ مَا لِحَمْلِهِ مُؤَنَهْ

ينظر: الزَّبِيدِيّ، الجوهرة النيرة، مصدر سابق، ج1، ص349.

(3) في (ك): خلط.

(4) في (ك) و(م) و(أ) و(ن): (على الوديعة).

(5) سقط من: (ك).

(6) في (م) و(أ) و(ن): (لا يصدق)، وفي (س): (ولا يصدق).

(7) قوله في تسليم الوديعة. ينظر: علاء الدين ابن عابدين، قرة عين الأخيار، مصدر سابق، ج8، ص477.

(8) في (م): (لا ضمان).

(9) في (ك) و(س) و(أ) و(ن): (ومدعي).

(10) سقط من: (ك) و(س).

(11) سقط من: (ك) و(ت) و(س) و(ن) و(ع).

(12) ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج11، ص113.والكاساني، البدائع، ج6، ص 213. وابن مازة، المحيط البرهـاني، مصـدر سـابق، ج5، ص528. والبابرتي، العناية ، مصدر سابق، ج7، ص487.

(13) في (ن): القياها.

(14) يعني لو أودع غيره وادعى أنه فعله عن عذر لا يصدق إلخ وكتب ما نصه قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في((مخـتصره))قـال أبـو يوسـف ولا نصدقه على العذر حتى يقيم البينة ثم قال وكذلك قياس قـول أبي حنيفـة، وذلـك أن الإيـداع سـبب للضـمان فـإذا ادعـى سـقوط الضمان للضرورة لم يقبل قوله كما لو ادعى أن المالك أذن له في الإيداع وقال في ((الخلاصة)): فإن دفع لضرورة بأن احترق بيـت المـودع فدفعها إلى جاره وكذا فيما يشبه هذا، وكتب أيضا هذا إذا لم يعلم أن بيته احترق فإذا علـم قبـل قولـه بـلا بينـة ذكـره في ((الـذخيرة)). ينظر: الشِّلْبِيِّ، حاشية الشِّلْبِيِّ على التبيين، مصدر سابق، ج5، ص77.

وَفِي((النِّهَايَةِ)):((وَعَنْ مُحَمَّدٍ: إنَّ الْمُودَعَ إذَا دَفَعَ الْوَدِيعَةَ الى وَكِيلِهِ، ولَيْسَ فِي عِيَالِهِ، أَوْ دَفَعَ الى أَمِينٍ مِنْ أُمَنَائِهِ، ممِنَ يَثِقُ بِهِ فِي مَالِهِ، ولَيْسَ فِي عِيَالِهِ لَا يَضْمَنُ؛ لِأَنَّهُ حَفِظَهَا مِثْلُ مَا يَحْفَظُ مَالَهُ، وَلَا يَجِبُ عَلَيْهِ أَكْثَرُ مِنْ ذَلِكَ، ثُمَّ قَالَ: وعَلَيْهِ الْفَتوى، وَعَزَاهُ الى التَّمْرْتَاشِي، وَهُوَ الى الحَلَوَانِي، ثُمَّ قَالَ: وَعَنْ هَذَا لَمْ يُشْتَرَطْ فِي التُّحْفَةِ الْحِفْظُ بِالْعِيَالِ، بَلْ قَالَ: وَيَلْزَمُ الْمُودَعَ إذَا قَبِلَ الْوَدِيعَةَ حِفْظُهَا عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي يَحْفَظُ مَالَهُ، وذَكَرَ أَشْيَاءً، حَتَّى ذَكَرَ أَنَّهُ يَحْفَظَ بشَرِكَةِ الْعِنَانِ، وَالْمُفَاوَضَةِ، وَعَبْدِهِ الْمَأْذُونِ لَهُ، الَّذِي فِي يَدِهِ مَالُهُ))[1].

(فَإِنْ حَبَسَهَا) أَيْ الْمُودَعُ الْوَدِيعَةَ **(بَعْدَ طَلَبِ رَبِهَا)** حَالَ كَوْنِ الْمُودَعِ قَادِراً **(عَلَى التَّسْلِيمِ، أَوْ جَحَدَهَا)** مَعَ رَبِّهَا سَوَاءٌ أَقَرَّبِهَا بَعْدَ الْجُحُودِ[2]، أَوْ لَا[3].

قَيَّدْنَا[4] الْجُحُودَ بِكَوْنِهِ مَعَ رَبِّ الْوَدِيعَةِ؛ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ مَعَ غَيْرِهِ، بِأَنْ قَالَ لَهُ أَجْنَبِيٌّ: أعِنْدَكَ وَدِيْعَةَ فُلَانٍ؟ فَقَالَ: لَيْسَ لِفُلَانٍ عِنْدَي وَدِيعَة! لَا يَضْمَنُ، خِلَافًا لِزُفَرَ[5] وَهُوَ/ يقَوْلُ: الْجُحُودُ سَبَبٌ لِلضَّمَانِ سَوَاءٌ كَانَ عِنْدَ المَالِكِ أَوْ غَيْرِهِ كَالإِتْلَافِ حَقِّيقَةً. 378/ب

أَوْ خَلَطَ بِمَالِهِ، حَتَّى لَا يَتَمَيَزَ وَتَعَدَى، فَلَبِسَ، أَوْ رَكِبَ، أَوْ حَفِظَ فِي دَارٍ أَمَرَ بِهِ فِي غَيْرِهَا، أَوْ جَهَّلَهَا عِنْدَ المَوْتِ، ضَمِنَ.....

وَلَنَا: أَنَّ الْجُحُودَ عِنْدَ غَيْرِ المَالِ مِنْ بَابِ الْحِفْظِ؛ لِأَنَّهُ يَقْطَعُ طَمَعَ الطَامِعَيْنَ عَنْهَا[6].

وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ[7]، وَالشَّافِعِيُّ[8]، وَأَحْمَدَ[9].

---

(1) ينظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج5، ص 77. والبابرتي، العناية شرح الهداية، مصدر سابق، ج8، ص485.

(2) ولو جحد، الوديعة، ثم أقام البينة على هلاكها، فهذا لا يخلو من ثلاثة - أوجه: إما إن أقام البينة على أنها هلكت بعد الجحود، أو قبل الجحود، أو مطلقا؛ فإن أقام البينة على أنها هلكت بعد الجحود، أو مطلقا لا ينتفع ببينته؛ لأن العقد ارتفع بالجحود، أو عنده؛ فدخلت العين في ضمانه، والهلاك بعد ذلك يقرر الضمان، لا أن يسقطه؛ وإن أقام البينة على أنها هلكت قبل الجحود، تسمع بينته ولا ضمان عليه؛ لأن الهلاك قبل الجحود لما ثبت بالبينة؛ فقد ظهر انتهاء العقد قبل الجحود، فلا يرتفع بالجحود، فظهر أن الوديعة هلكت من غير صنعه، فلا يضمن. ينظر: الكاساني، البدائع، مصدر سابق، ج6، ص 212.

(3) ويكون ضامنا لها؛ لوجهين (أحدهما) : أنه بالجحود صار متملكا؛ فإن الشرع جعل القول قوله فيما في يده، ولا يتملك أحد مال الغير بغير رضاه إلا بالضمان، ولأن المالك عزله عن الحفظ حين طالبه بالرد، فهو بالجحود صار مانعا المالك عن ملكه، مفوتا عليه يده الثابتة حكما؛ فيكون كالغاصب: ضامنا بهذا الطريق. (والثاني) :أن قول المودع: رددتها، أو هلكت، معتبر في نفي الضمان عنه، لا في ثبوت الرد به؛ ولهذا لو ادعى الرد على الوصي، لم يضمن الوصي شيئا، وإذا كان المقصود نفي الضمان عنه، ولا تناقض بين كَلَامَيْهِ فيما هو المقصود، لا يكون ضامنا شيئا. ووجه ظاهر الرواية أنه مناقض في كلامه؛ لأن إخباره بالرد يمنعه من دعوى الهلاك في يده، وإخباره بالهلاك في يده يمنعه من دعوى الرد؛ فسقط اعتبار كلامه للتناقض، فيبقى ساكتا ممتنعا من رد الوديعة بعد ما طالب بها، وذلك سبب موجب للضمان عليه؛ فكان ضامنا لهذا. ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج11، ص118.

(4) في (أ): قيد.

(5) وهو رأي ابو يوسف كذلك. ينظر: الكاساني، البدائع، مصدر سابق، ج6، ص 213.

(6) وفي((التتارخانية)) عن((الخانية)) ذكر الناطفي: إذا جحد المودع الوديعة بحضرة صاحبها يكون ذلك فسخا للوديعة حتى لو نقلها المودع من المكان الذي كانت فيه حالة الجحود يضمن، وإن لم ينقلها من ذلك المكان بعد الجحود فهلكت لا يضمن، وفي ((المنتقى)): إذا كانت الوديعة والعارية مما يحول يضمن بالجحود وإن لم يحولها. ينظر:ابن عابدين، رد المحتار، مصدر سابق، ج5، ص671.

(7) ينظر: الأصبحي، المدونة، مصدر سابق، ج4، ص436.والقرافي، الذخيرة، مصدر سابق، ج9، ص145. وقالوا: إنما يسقط الضمان فيما له مثل كالدراهم والدنانير، والطعام وكل ما يكال أو يوزن، فأما ما يلزم فيه القيمة كالثياب وسائر العروض فلا يسقط عن المودع ضمانها. ينظر: القاضي عبد الوهاب، المعونة، مصدر سابق، ج2، ص 1206. وابن عبد البر، الكافي، مصدر سابق، ص404.

(8) ينظر: الشافعي، الأم،، مصدر سابق، ج4، ص143. والماوردي، الحاوي، مصدر سابق، ج8، ص377.

(9) ينظر: ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج6، ص474. والزركشي، شرح المختصر، ج4، ص584.

(أَوْ خَلَطَ) الْمـودَعُ الْوَدِيعَةَ **(بِمَالِهِ حَتَّى لَا يَتَمَيَزَ)** أَسْنَدَ الخَلْطَ[1] الى الْمـودَعِ؛ لِأَنَّها لَوْ اخْتَلَطَتْ بِمَالِهِ بغَـيْرِ فِعْلِـهِ، كَانَ شَرِيكَاً لِصَاحِبِهِ بِاتِّفَاقٍ، وَسَيَذْكُرُ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ الـلـهُ هَذَا.

وَقَيَّدَ الخَلْطَ بِعَدَمِ التَّمْيِيزِ؛ لِأَنَّهُ لَوْ خَلَطَهَا وكَانَ يَتَيَسَرُ تَمْيِزُهَا، كمَا لَوْ خَلَطَ الدَّرَاهِمَ الْبِيضَ بِالسُّـودِ[2]، والـدَّرَاهِمَ بِالدَنَانِيرِ[3]، والجَوْزَ بِاللَوْزِ، لَمْ يَنْقَطِعْ حَقُّ المَالِكِ بِالاِتِّفَاقِ؛ لِتَمَكُّنِهِ مِنْ الوُصُولِ إلَى عَيْنِ مِلْكِهِ بِالإِخْرَاجِ.

(أَوْ تَعَدَى، فَلَبِسَ) الثَّوْبَ [الْمُوْدَعْ][4] **(أَوْ رَكِبَ)** الدَابَّةَ الْمُوْدَعَةَ **(أَوْ حَفِظَ)** الْوَدِيعَةَ **(فِي دَارِ أَمَرَ بِـهِ)** أَيْ بِـالْحِفْظِ **(فِي غَيْرِهَا، أَوْ جَهَّلَهَا)** هُوَ بِتَشْدِيْدِ الهَاءِ الْأَوَّلى، أَيْ[5] لَمْ يُبَيِّنْ أَنَّهَا وَدِيعَةٌ **(عِنْدَ الْمَوْتِ، ضَمِنَ)** هَـذَا جَـوَابُ الشَّرْطِ الَّـذِي هُـوَ حَبْسُهَا، وَمَا عُطِفَ عَلَيْهِ.

أَمَّا إِذَا حَبَسَهَا بَعْدَ طَلَبِ رَبِّهَـا، أَوْ جَحَدَهَـا عِنْـدَ رَبِّهَـا؛ فَلِأَنَّهُ بِطَلَبِهِ لَهَا عَزَلَهُ عَنْ حِفْظِهَا،

فَصَارَ بِإِمْسَاكِهَا غَاصِبَاً[6] لَهَا، فَيَضْمِنُهَا.

ولَوْ عَادَ الْمـودَعُ إلَى الإِقْرَارِ بَعْدَ جُحُوْدِهِ، لَمْ يَبْرَأْ عَنْ الضَّمَانِ؛ لِأَنَّ عَقْدَ الْإِيدَاعِ ارْتَفَعَ، فَلَا يَعُوْدُ إلَّا بِالتَجْدِيْدِ، وَلَـمْ يُوجَدْ.

وَأَمَا إِذَا خَلَطَهَا بِمَالِهِ فَإِنْ كَانَ خَلْطَاً بِطَرِيقِ الْمُجَاوَرَةِ يَتَعَسَرُ مَعَهُ[7] التَّمْيِيزُ، كَخَلْطِ الْحِنْطَةِ بِالشَّعِيرِ؛ فَلِأَنَّ المَالِـكَ لَا يَصِلُ حِينَئِذٍ إلَى عَيْنِ مِلْكِه إلَّا بِحَرَجٍ، وَالْمُتَعَسِرُ كَالْمُتَعَذِرُ؛ وَلِأَنَّ الْحِنْطَةَ لَا يَخْلُوا عَنْ حَبَّاتِ الشَّعِيرِ، والشَّـعِيرَ لَا يَخْلُـوْ عَـنْ حَبَّاتِ الْحِنْطَةِ، فَتَعَذَرَ التَّمْيِيزُ.

وَقِيْلَ: لَا يَنْقَطِعُ حَقُّ المَالِكِ عَنْ المَخْلُوْطِ بِالْإِجْمَاعِ هُنَا، وَيَكُونُ لَهُ الخِيَارُ[8] بَيْنَ التَضْمِيْنِ وَالشَّرِكَةِ.

وَقِيْلَ: الْقِيَاسُ أَنْ يَكُونَ المَخْلُوْطَ مِلْكَاً لِلْخَالِطِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ الـلـهُ.

والاِسْتِحْسَانُ: أَنْ لَا يَكُونَ[....][9] خَلْطَاً بِطَرِيقِ الْمُمَازَجَةِ، وجِنْسُ المَخْلُوْطِ غَيْرُ جِنْسِ المَخْلُـوْطِ بِـهِ، كَخَلْـطِ الخَـلِّ بِالزَّيْتِ، وَكُلُّ مَائِعٍ بِغَيْرِ جِنْسِهِ؛ فَلِأَنَّ هَذَا [الخَلْطَ][10] اسْتِهْلَاكٌ حَقِيْقَةً؛ لِأَنَّ بِهِ يَعْجَزُ المَالِكُ عَنْ الاِنْتِفَاْعِ بِعَيْنِ حَقِّهِ، وَحُكْـماً؛ لِتَعَذُّرِ الْقِسْمَةِ بِاخْتِلَافِ الجِنْسِ.

---

(1) الخلط على أربعة أوجه: (1) خلط بطريق المجاورة مع تيسير التمييز(2) خلط بطريق المجاورة مع تفسـير التمييـز(3) خلـط الجـنس مـع خلاف الجنس ممازجة (4) وخلط الجنس مع الجنس. ينظر: العيني، البناية شرح الهداية، مصدر سابق، ج10، ص111.

(2) في (ك):(السود بالبيض).

(3) الدرهم الاسود صنعه من النحاس، والدرهم الابيض صنعه من الفضة، والدينار يكون من الذهب.

(4) سقط من: (ك).

(5) في (ن): ان.

(6) الغصب لغة: أخذ الشيء ظلماً، أو أخذ مال الغير ظلماً وعُدْواناً. وأخذ الشيء قهرا من حد ضرب والغصب الذي يوجب الضمان هـو إثبـات اليد على مال الغير على وجه يفوت يد المالك لأنه ضمان جبر فلا بد من التفويت والاغتصاب كذلك والمغصوب اسم المال المـأخوذ عـلى هذا الوجه والمغصوب منه مالكه والغصب قد يقع على المغصوب ويجمع غصوبا. والغصب: إزالة يد المالك عن ماله المتقوم على سبيل المجاهرة والمغالبة بفعل في المال. ينظر: والكاساني، البدائع، مصدر سابق، ج7، ص 143. والنسفي، طلبـة الطلبـة، مصـدر سـابق، ص96. وابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، ج1، ص 648.

(7) في (م):(معه ينعسر).

(8) في (أ) و(ن): (الخيار له).

(9) [وان كان] زيادة في: (ت) و(ك) (س) و(م) (ع).

(10) سقط من: (ك).

وَإِنْ كَانَ خَلْطاً بِطَرِيقِ الْمُمَازَجَةِ أَوْ الْمُجَاوَرَةِ، وَهُوَ خَلْطُ الجِنْسِ بِالجِنْسِ، كَخَلْطِ دُهْنِ الْلَوْزِ بُدَّهْنِ الْلَوْزِ، أَوْ الْلَبَنِ بِالْلَبَنِ، وَكَخَلْطِ الْحِنْطَةِ بِالْحِنْطَةِ، أَوْ الشَّعِيرِ بِالشَّعِيرِ، أَوْ الدَّرَاهِمَ البِيْضِ بِالبِيْضِ، أَوْ السُّوْدِ بِالسُّوْدِ مِنْ غَيْرِ إِذَابةٍ، فَالضَّمَانُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ.

وَعِنْدَهمَا: المَالِكُ بِالخِيَارِ إِنْ شَاءَ ضَمِنَ الخَالِطُ، وَإِنْ شَاءَ شَارَكَهُ فِي الَمخْلُوْطِ؛ لِأَنَّ هَذَا اسْتِهْلَاكٌ مِنْ وَجْهٍ دُوْنَ وَجْهٍ؛ لِأَنَّهُ إِنْ تَعَذَرَ عَلَى المَالِكِ الوُصُولُ إِلَى عَيْنِ مَالِهِ حَقِيْقَةً، لَمْ يَتَعَذَّرْ عَلَيْهِ حُكْمَاً

وَإِنْ أَزَالَ التَّعَدِيَّ، زَالَ ضَمَانُهُ ،..

بِالْقِسْمَةِ [إِذْ الْقِسْمَةُ][1] فِي مَا يُكَالُ أَوْ يُوْزَنُ إِفْرَازٌ، فَإِنْ شَاءَ مَالَ إِلَى جَانِبِ الهَلَاكِ وَضَمَّنَهُ، وَإِنْ شَاءَ مَالَ إِلَى جَانِبِ الْقِيَامِ وَشَارَكَهُ.

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّهُ اسْتِهْلَاكٌ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ؛ لِأَنَّ المَالِكَ تَعَذَرَ عَلَيْهِ الوُصُولُ إِلَى عَيْنِ مَالِهِ حَقِيْقَةً، وَلَيْسَ/ الاسْتِهْلَاكُ إِلَّا هَذَا. 379/أ

وَثَمَرَةُ الخِلَافِ تَظْهَرُ: فِيمَا إِذَا أَبْرَأَ المَالِكُ الخَالِطَ، فعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ: لَيْسَ لَهُ عَلَى الَمخْلُوْطِ سَبِيلٌ؛ لِأَنَّهُ لَا حَقَّ لَهُ إِلَّا فِي الضَّمَانِ، وَقَدْ بَطَلَ بِالإِبْرَاءِ.

وَعِنْدَهُمَا: بِالإِبْرَاءِ يَنْقَطِعُ جَبْرَةُ[2] الضَّمَانِ، فَتَتَعَيْنُ الشَّرِكَةُ فِي الَمخْلُوْطِ، وَلَوْ خَلَطَ الدَّرَاهِم بِإِذَابَةٍ.

فَجَوَابُ أَبِي حَنِيفَةَ: لَا تَخْتَلِفُ.

وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ: أَنَّهُ جَعَلَ الأَقَلَ تَبَعَاً لِلْأَكْثَرِ، وَهُوَ شَأْنُ أَبِي يُوسُفَ فِي كُلِّ مَائِعٍ خُلِطَ بِجِنْسِهِ.

وقَالَ مُحَمَّدٌ: يُشْرِكُهُ بِكُلِّ حَالٍ؛ لِأَنَّ الجِنْسَ لَا يَغْلِبُ الجِنْسَ عِنْدَهُ، كَمَا إِذَا شَرِبَ صَبِيٌّ لَبَنَ امْرَأَتَيْنِ.

(وَإِنْ أَزَالَ) الْمُودَعُ **(التَّعَدِيَ)** بِأَنْ تَرَكَ لِبْسَ ثَوْبِ الْوَدِيعَةِ أَوْ رُكُوبِ دَابَتِهَا **(زَالَ ضَمَانُهُ)**.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ[3]: لَا يزول، وبِهِ قَالَ مَالِكٌ فِي رِوَايَةٍ[4]، وأَحْمَدُ[5]؛ لِأَنَّ عَقْدَ الْوَدِيعَةِ قَدْ ارْتَفَعَ بِالخِلَافِ بِدِلَالَةِ صَيْرُوْرَةُ المَحَلِ مَضْمُوْنَاً عَلَيْهِ، وَإِذَا ارْتَفَعَ العَقْدُ لَا يَعُوْدُ إِلَّا بِسَبَبٍ جَدِيْدٍ، وَلَمْ يُوجَدْ.

وَلَنَا: أَنَّ الْإِيدَاعَ مُطْلَقٌ مُتَنَاوِلٌ [6] لِجَمِيْعِ الاوْقَاتِ، مَا قَبْلَ الخِلَافِ ومَا بَعْدَهُ، وَلا يَبْطُلُ بِالخِلَافِ؛ لِأَنَّ بُطْلَانَ الشَّيْءِ بِمَا وُضِعَ لِإِبْطَالِهِ أَوْ بِمَا يُنَافِيهِ، وَالاسْتِعْمَالُ لَيْسَ بِمَوْضُوعٍ لِإِبْطَالِ الْإِيدَاعِ وِلَا بِمُنَافٍ لَهُ.

وَإِنْ اخْتَلَطَتْ بِلَا فِعْلِهِ اشْتَرَكَا وَلَا يَدْفَعُ إِلَى أَحَدِ الْمُودِعَيْنِ قِسْطَهُ بِغَيْبَةِ الْآخَرِ،.....

---

(1) سقط من: (ك) و(ت) و(س) و(ع).

(2) في (م): خيرة.

(3) ينظر: الشافعي، الأم، مصدر سابق، ج4، ص142. والماوردي، الحاوي ، مصدر سابق، ج14، ص179.

(4) ينظر: الأصبحي، المدونة، مصدر سابق، ج4، ص443. وابن رشد، محمد بن أحمد(1988م)، البيان والتحصيل (تحقيق: محمد حجي وآخرون)، ط2، ج11، ص272، دار الغرب الإسلامي، بيروت.

(5) ينظر: الشيباني، مختصر الخرقي، مصدر سابق، ص95. وابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج6، ص436.

(6) في (ك) و(ت) و(م) و(أ) و(ن) و(ع): يتناول.

(وَإِنْ اخْتَلَطَتْ) الْوَدِيعَةُ بِمَالِ الْمُودَعِ **(بِلَا فِعْلِهِ)** كَمَا لَوْ انْشَقَ الكِيْسُ فِي صَنْدُوْقِهِ فَاخْتَلَطَتْ فِي دَرَاهِمَه[1] **(اشْتَرَكَا)** بِقَدْرِ مِلْكَيْهِمَا، وَلَا يَضْمَنُ الْمُودَعُ؛ لِعَدَمِ الصُنْعِ مِنْهُ، وَهَذِهِ شَرِكَةُ أَمْلَاكٍ حَتَّى لَوْ هَلَكَ بَعْضُهَا هَلَكَ مِنْ مَالَهِمَا، وَيُقْسَمُ الْبَاقِيَ بَيْنَهُمَا عَلَى قَدْرِ مَا كَانَ لِكُلٍّ مِنْهُمْا[2].

قَالَ بَعْضِ المَشَايِخِ: الِاخْتِلَافُ فِيمَا هُوَ مِنْ ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ، وفِيمَا هُوَ مِنْ ذَوَاتِ القِيَمِ سَوَاءٌ.

وَالصَّحِيحُ: أَنَّ الِاخْتِلَافَ فِيمَا هُوَ مِنْ ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ [وفِيمَا عَدَاهُ][3] كَالثِّيَابِ، والدَّوَابِ، والعَبِيْدِ، لَيْسَ لِلْحَاضِرِ أَنْ يَأْخَذَ نَصِيْبَهُ بِاتِّفَاقٍ[4].

لَهُمَا: أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْ الْمُودِعِيْنِ مَالِكٌ لِنَصِيبِهِ حَقِيْقَةً، فَلَا يَتَعَذَّرُ عَلَيْهِ قَبْضَهُ بِغَيْبَةِ الْآخَرِ، كَالشَّرِيْكَيْنِ فِي الدَّيْنِ، إِذَا حَضَرَ أَحَدُهُمَا كَانَ لَهُ أَنْ يُطَالِبَ المَدْيُوْنَ بِنَصِيبِهِ وَأَنْ يَقْبَضَ نَصِيْبَهُ.

ولأَحَدِ الْمُودَعَيْنِ دَفْعُهَا إِلَى الْآخَرِ، فِيمَا لَا يُقْسَمْ، ودَفْعُ نِصْفِهَا فِيمَا يُقْسَمْ وَضَمِنَ دَافِعُ الكُلِّ....

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ:أَنَّ الْحَاضِرَ يُطَالِبُهُ بِمَفْرَزٍ وَحَقِّهِ فِي مُشَاعٍ، وَلَا يَفْرِز إِلَّا بِالْقِسْمَةِ، وَلَيْسَ لِلْمُودَعِ وَلَايَتُهَا بِخِلَافِ الدَّيْنِ الْمُشْتَرَكِ، فَإِنَّ الْحَاضِرَ يُطَالِبُ المَدْيُوْنَ بِتَسْلِيمِ حَقِّهِ؛ لِأَنَّ الدُّيُوْنَ يُقْضَى[5] بِأَمْثَالِهَا[6].

(ولأَحَدِ الْمُودَعَيْنِ دَفْعُهَا إِلَى الْآخَرِ فِيمَا لَا يُقْسَمْ) [7] كَالعَبْدِ، والثَّوْبِ، والْحَيَوَانِ؛ لِأَنَّ المَالِكَ رَضِيَ بِيَدِ كُلٍّ مِنْهُمْا عَلَى كُلِّهَا؛ لِأَنَّهُ أَوْدَعَهُمَا[8] مَعَ عِلْمِهِ أَنَّهُمَا لَا يَجْتَمِعَانِ اللَّيْلَ وَالنَّهَارِ عَلَى حِفْظِهَا.

---

(1) في (ك) و(أ) و(ن): بدراهمه .

(2) (صورته): استودع رجلان رجلا وديعة من دراهم، أو دنانير، أو ثياب، أو دواب، أو عبيد، ثم حضر أحدهما وطلب حقه منه: لم يكن له ذلك حتى يجتمعا ولو خاصمه إلى القاضي، لم يأمره بدفع نصيبه إليه، في قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: يأمره بأن يقسم ذلك ويدفع نصيبه إليه، ولا تكون قسمته جائزة على الغائب، وعن محمد - في الأمالي - قال: قول أبي حنيفة أقيس وقول أبي يوسف أوسع. ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج11، ص123.

(3) سقط من: (ك) و(ت) و(س) و(ع).

(4) فاذا كان دراهم أحدهما صحاحا جيادا وفيها بعض الرديء ودراهم الآخر صحاحا رديئا وفيها بعض الجياد تثبت الشركة بين المالين، لأن هذا خلط لا يمكن التمييز بينهما، ثم كيف يقتسمان إن تصادقا أن ثلثي مال أحدهما جياد وثلثه رديء وثلثه جيد يقتسمان الجياد من المال المختلط أثلاثا والرديء أثلاثًا على قدر ما كان لكل واحد منهما وإن لم يتصادقا وكان لا يعرف وادعى كل واحد منهما أن ثلثي ماله جياد وثلثه رديء ويأخذ كل واحد منهما ثلث الجياد، لأنهما اتفقا على أنه كان لكل واحد منهما ثلث الجياد فيأخذان ذلك، واختلفا في ثلث الآخر ان يدعي كل منهما لنفسه وذلك الثلث في أيديهما في يد كل واحد منهما نصف الثلث وهو سدس الكل، فيكون القول قول كل واحد منهما في مائدة ويحلف كل منهما على دعوى صاحبه، فإن حلفا برئا عن الدعوى وترك المال في أيديهما كما كان، وإن نكلا قضي لكل منهما بنصف الثلث وهو سدس الكل الذي في يد صاحبه، وكذلك إن قامت لكل منهما بينة، وإن حلف أحدهما ونكل الآخر برئ الحالف، فيرد الناكل نصف الثلث وهو سدس الكل الذي في يده إلى صاحبه. ينظر: العيني، البناية شرح الهداية، مصدر سابق، ج10، ص115.

(5) في (م): تفضي.

(6) ومذهب أبي حنيفة مروي عن علي بن ابي طالبﷺ. ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج11، ص123.

(7) أي إذا كانت الوديعة عند رجلين وهي مما لا يقسم يحفظها أحدهما بإذن الآخر، وإن كانت مما يقسم لا يجوز لأحدهما أن يدفعها إلى الآخر للحفظ بل يقسمان فيحفظ كل واحد نصفه، هذا عند أبي حنيفة رحمه الله. وعندهما يجوز الدفع إلى الآخر فيما يقسم. ينظر: المحبوبي، شرح الوقاية، مصدر سابق، ج4، ص257.

(8) في (ن): اودعها.

(ودَفْعُ نِصْفِهَا فِيمَا يُقْسَمْ)؛ لِأَنَّ المَالِكَ [لمَّا][1] أَوْدَعَهُمَا مَعَ عِلْمِهِ أَنَّهُمَا لَا يَقْدِرَانِ عَلَى تَرْكِ اشْغَالِهِمَا[2]، وَيَجْتَمِعَانِ فِي مَكَانٍ وَاحِدٍ لِلْحِفْظِ، كَانَ رَاضِيَاً بِقِسْمَتِهِمَا[3]، وَحِفْظُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ لِلنِّصْفِ دَلَالَةٌ، والثَابِتٌ بالدَلَالَةٌ كالثَابِتٌ بِالنَّصِّ./

ب/379

(وَضَمِنَ دَافِعُ الكُلِّ) إِلَى الْآخَرِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَكَذَا المُرْتَهِنَانِ وَالوَكِيلَانِ بِالشِّرَاءِ، إِذَا سَلَّمَ أَحَدُهُمَا إِلَى الْآخَرِ مَا يُمْكِنُ قَسْمُهُ.

وقَالَا: لَا يَضْمَنُ دَافِعُ الكُلِّ [إِلَى الْأَخَذِ[4]][5] فِي مَا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ، كَمَا لَا يَضْمَنُ فِي مَا لَا يَحْتَمِلُهَا؛ لِأَنَّ المَالِكَ رَضِيَ بِأَمَانَتِهِمَا، فَهَذَا الَّذِي دَفَعَهُ إِلَيْهِ كَانَ المَالِكُ رَاضِيَاً بِثُبُوتِ يَدِهِ عَلَيْهِ، وَحِفْظِهِ لَهُ.

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّ المَالِكَ رَضِيَ [بِأَمَانَتِهِمَا وَ][6] بِحِفْظِهِمَا كُلَّ الْوَدِيعَةِ لَا بِحِفْظِ[7] أَحَدِهِمَا؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ أَنَّ فِعْلَ الاثْنَيْنِ إِذَا أُضِيفَ إِلى مَا يَقبَلُ التَّجَزِئ، تَنَاوَلَ البَعْضَ لَا الكُلَّ، فَإِذَا سَلَّمَ

لَا قَابِضُهُ، ولَا اعتِبارَ للنَّهْيِ عَنْ الدَّفْعِ إِلَى مَا لَا بُدَّ مِنْ حِفْظِهِ وَعَنْ الْحِفْظِ فِي بَيْتٍ مِنْ دَارٍ.....

أَحَدُهُمَا الكُلَّ إِلَى الْآخَرِ وَلَمْ يَرْضَ المَالِكُ بِهِ ضَمِنَ [بِخِلَافِ][8] مَا لَا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ [فَإِنَّ المَالِكَ][9] رَضِيَ بِثُبُوتِ يَدِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ عَلَى الانْفِرَادِ فِي الكُلِّ كَمَا بَيَّنَاهُ آنِفَا.

(لَا قَابِضُهُ) أَيْ وَلَا يَضْمَنُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ قَابِضُ الكُلِّ؛ لِتَعَدِّيهِ بِالْقَبْضِ؛ لِأَنَّهُ مُوْدَعُ الْمُودَعِ، وَمُوْدَعُ الْمُودَعِ لَا يَضْمَنُ عِنْدَهُ.

(ولَا اعتِبارَ للنَّهْيِ) أَيْ نهي رب الْوَدِيعَةِ الْمُودَعَ **(عَنْ الدَّفْعِ إِلَى مَا لَا بُدَّ)** لِلْمُودِعِ **(مِنْ حِفْظِهِ)** كَأَنْ قَالَ: لَا تَدْفَعْهَا إِلَى امْرَأَتِكَ، أَوْ إِلَى عِبْدِكَ، أَوْ إِلَى وَلَدِكَ، أَوْ إِلَى أَجِيرِكَ، وَهُمْ فِي عِيَالِهِ، فَإِنَّ هَذَا الشَّرْطَ مُقَيَّدٌ[10] إِذْ قَدْ [يَأْمَنُ][11] الْإِنْسَانُ الرَّجُلَ عَلَى المَالِ، وَلَا يَأْتَمِنُ عَلَيْهِ عِيَالَهُ[12].

إِلَّا أَنَّهُ إِنَّمَا يُلْزَمُ مُرَاعَاتُهُ بِحَسَبِ الإِمْكَانِ، فَإِنْ كَانَ يَجِدُ بُدَّاً مِنْ الدَّفْعِ إِلَى مَنْ نَهَى عَنْهُ، بِأَنْ نَهَاهُ أَنْ يَدفَعَهَا إِلَى امْرَأَتِهِ فُلَانَه، وَلَهُ امْرَأَةٌ أُخْرَى، فَهُوَ مُتَمَكِنٌ مِنْ الْحِفْظِ عَلَى الْوَجْهِ المَأْمُورِ بِهِ، فَيَضْمَنُ بِحِفْظِهَا عَلَى الْوَجْهِ المَنْهِيِّ عَنْهُ.

وَإِنْ كَانَ لَا يَجِدُ بُدَّاً مِنْ الدَّفْعِ إِلَى مَنْ نَهَى عَنْهُ لَا يَضْمَنُ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُهُ الْحِفْظَ دُوْنَهُ، فَصَارَ النَّهْيُ عَنْ الدَّفْعِ إِلَيْهِ كَالنَّهْيِ عَنْ الْحِفْظِ، فَكَانَ مُنَاقِضَاً لِأَصْلِهِ، فَيَبْطُلُ.

---

(1) سقط من: (ك) و(ت) و(س) و(ع).

(2) في (ن): اشتغالهما.

(3) في (م): بقسمتها.

(4) في (س): الاخر.

(5) سقط من:(م).

(6) سقط من: (ت) و(س) و(أ) و(ن) و(ع).

(7) في (م): (لا لحفظ).

(8) سقط من: (ك) و(ت) و(أ) و(ن) و(س) و(ع).

(9) سقط من: (ت) و(س) و(أ) و(ن) و(ع) و(ب).

(10) في (س) و(م): مفيدا.

(11) سقط من(س)، و(ن): يأتمن.

(12) وقال الأنقروي عن «شرح الطحاوي»:((الأصل أن كل شرط يفيد اعتباره ويمكن للمودع مراعاته فهو معتبر وكل شرط لا يفيد اعتباره ولا تمكن مراعاته فهو لغو)). ينظر: ابن عابدين، العقود الدرية، مصدر سابق، ج2، ص79.

وَهَذَا إِذَا كَانَتْ الْوَدِيعَةُ بِمَا يُحْفَظُ فِي يَدِ مَنْ نَهَى عَنْ الدَّفْعِ إِلَيْهِ، مِثْلُ: إنْ كَانَتْ فَرَسٌ فَنَهَاهُ عَنْ دَفْعِهِ إلَى غُلَامِهِ، أَوْ عِقْدُ جَوْهَرٍ فَنَهَاهُ عَنْ دَفْعِهِ الى امْرَأَتِهِ، أَمَّا إذَا كَانَتْ مِمَّا لَا يُحْفَظُ فِي يَدِ مَنْ نَهَى عَنْ الدَّفْعِ إلَيْهِ، كَمَا إذَا نَهَاهُ عَنْ دَفْعِ الْفَرَسِ إلَى امْرَأَتِهِ أَوْ العِقْدِ إلَى غُلَامِهِ فَخَالَفَ، فَإِنَّهُ يَضْمَنُ؛ لِأَنَّ التَقْيِيْدَ مُفِيْدٌ.

(وَ) لَا النَّهْيَ **(عَنْ الْحِفْظِ فِي بَيْتٍ مِنْ دَارٍ)** بِأَنْ أَمَرَهُ بِالْحِفْظِ فِي بَيْتٍ مِنْ دَارٍ، وَنَهَاهُ عَنْ الْحِفْظِ فِي بَيْتٍ آخَرٍ مِنْهَا؛ لِأَنَّ الْبَيْتَيْنِ فِي دَارٍ وَاحِدَةٍ قَلَّمَا يَخْتَلِفَانِ فِي الحِرْزِ؛ لِأَنَّ المُتَمَكِنَ مِنْ الْأَخَذِ مِنْ أَحَدِ الْبَيْتَيْنِ فِي دَارٍ، يَكُونَ مُتَمَكِنَاً فِي الغالب مِنْ الْأَخَذِ مِنْ الْبَيْتِ الْآخَرِ، فَصَارَ الشَّرْطُ

إلَّا أَنْ يَكُونَ بِهِ خَلَلٌ ظَاهِرٌ، وَلَوْ أَوْدَعَ الْمُودَعُ فَهَلَكَتْ، ضَمَّنَ الْأَوَّلَ،.....

غَيْرَ مُفِيدٍ فَلَا يُعْتَبَرُ، كَمَا لَوْ قَالَ: احْفَظْهَا بِيَمِينِكَ دُوْنَ يَسَارِكَ، أَوْ قَالَ: احْفَظْهَا فِي هَذَا الصُّنْدُوْقِ فِي هَذَا الْبَيْتِ، فَحَفَظَهَا فِي صُنْدُوْقٍ آخَرٍ فِيْهِ.

([**إلَّا أَنْ يَكُونَ بِهِ**][1]) أَيْ بِذَلِكَ الْبَيْتِ الَّذِي نَهَى عَنْهُ **(خَلَلٌ ظَاهِرٌ)** بِأَنْ كَانَتْ الدَّارُ الَّتِي فِيهَا الْبَيْتَانِ عَظِيْمَةٌ، وَالْبَيْتُ الَّذِي نَهَى عَنْ الْحِفْظِ فِيْهِ [ظَاهِرَةٌ عَوْرَةٌ][2] [أَي خَلَلٌ يُتَخَوَفُ مِنْهُ][3] فَإِنَّ النَّهْيَ مُعْتَبَرٌ حِينَئِذٍ.

قَيَّد النَّهْيَ عَنْ الْحِفْظِ بِكَوْنِهِ «فِي بَيْتٍ مِنْ دارٍ»؛ لِأَنَّهُ لَوْ أَمَرَهُ بِالْحِفْظِ فِي دَارٍ بِعَيْنِهَا، وَنَهَاهُ عَنْ الْحِفْظِ فِي دَارٍ أُخْرَى اعْتُبِرَ النَّهْيُ، حَتَّى لَوْ حَفَظَهَا فِي الدَّارِ الَّتِي نَهَاهُ عَنْهَا ضَمِنَ؛ لِأَنَّ الشَّرْطَ إنَّمَا يَصِحُّ إذَا كَانَ مُفِيداً، وَالْعَمَلُ بِهِ مُمْكِنَاً، وَالنَّهْيُ عَنْ الْحِفْظِ فِي دَارٍ أُخْرَى مُفِيْدٌ؛ لِأَنَّ الدَّارَيْنِ مُخْتَلِفَانِ[4] فِي الأَمْنِ والْحِفْظِ، فَصَحَّ الشَّرْطُ، وأُعْتُبِرَ النَّهْيُ./

أ/380 **(وَلَوْ أَوْدَعَ الْمُودَعُ)** الْوَدِيعَةَ عِنْدَ مَنْ لَيْسَ فِي عِيَالِهِ **(فَهَلَكَتْ ضَمَّنَ)** المَالِكُ **(الْأَوَّلَ)** عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ.

وَعِنْدَهمَا: ضَمَّنَ أَيُّهمَا شَاءَ؛ لِأَنَّ الْأَوَّلَ جَانٌ[5] بِالتَّسْلِيمِ إلَى الثَّانِي بِغَيْرِ إذْنِ المَالِكِ، وَالثَّانِيَ تَعَدَى بِالْقَبْضِ بِغَيْرِ إذْنِهِ، فَيَمِيْلُ المَالِكُ إلَى أَيِّهمَا شَاْءَ كَالْغَاصِبِ، وَغَاصِبُ الْغَاصِبِ [...][6]، وَمُوْدَعُ الْغَاصِبِ [...][7]، وَالْمُشْتَرِي مِنْ الْغَاصِبِ، حَيْثُ يُضْمِّنُ المَالِكُ أَيَّهُمَا شَاءَ، فَإِنْ ضَمَّنَ الْأَوَّلُ لَمْ يَرْجِعْ عَلَى الثَّانِي؛ لِأَنَّهُ بِالضَّمَانِ مَلَكَهُ، فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ أَوْدَعَ، أَوْ بَاعَ مِلْكَ نَفْسِهِ، وَإِنْ ضَمَّنَ الْمُودَعَ، أَوْ الْمُشْتَرِي رَجَعَ عَلَى الْأَوَّلِ؛ لِأَنَّهُ فِي الْقَبْضِ مَغْرُورٌ مِنْ جِهَتِهِ، فَيَرْجِعُ عَلَيْهِ بِمَا ضَمِنَ بِسَبَبِهِ[8].

وَلَوْ أَوْدَعَ الْغَاصِبُ، ضَمَّنَ المَالِكُ أَيّاً شَاءَ.

ولأَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّ الْأَوَّلَ لَا يَضْمَنُ بِالدَّفْعِ إلَى الثَّانِي مَا لَمْ يُفَارِقْهُ؛ لِأَنَّ حِفْظَهُ لَا يَفُوْتُ مَا دَامَ فِي مَجْلِسِهِ، والمَالِكُ إنَّمَا رَضِيَ بِحِفْظِهِ وَرَأْيِهِ لَا بِصُوْرَةِ يَدِهِ، فَإِذَا فَارَقَ الْأَوَّلُ الثَّانِيَ ضَمِنَ

---

(1) سقط من: (ت).

(2) كان الاولى ان يقول: عورة ظاهرة.

(3) سقط من: (ك) و(ت) و(م) و(ح) و(س) و(ع).

(4) في (م) و (أ) و(ن): يختلفان.

(5) في (م) و(ن): خان.

(6) [او الغاصب] زيادة من:(أ) و(ن).

(7) [او الغاصب] زيادة من:(أ) و(ن).

(8) مثلا لو أَوْدَعَ الغاصبَ المال المغصوب عند شخص فهلك ولو بلا تعد ولا تقصير فللمغصوب منه الخيار إن شاء ضمَّنه للغاصب وليس لهذا أن يرجع على الْمُسْتَوْدَعِ؛ لأن الغاصب بصفته مالكا بالضمان وقت الغصب بطريق الاستناد فيكون كأنه أودع ماله وتكون الوديعة أمانة بيد الْمُسْتَوْدَعِ، ما لم تهلك بشيء أوقعه الْمُسْتَوْدَعُ فيها كالتعدي والتقصير، وفي تلك الحالة يرجع الغاصب أيضا على الْمُسْتَوْدَعِ، وإن شاء ضمنه الْمُسْتَوْدَعِ وفي هذا التقدير يرجع الْمُسْتَوْدَعُ على المودع إذا لم يعلم أن الْمُودِعَ غاصب. ينظر: علي حيدر، شرح مجلة الاحكام،ج2، ص270.

بِالتَّضْيِيعِ بِتَرْكِ الْحِفْظِ الْمُلْتَزَمِ[1] لَهُ بِالْعَقْدِ، وَالثَّانِيُ أَمِينٌ اسْتَمَرَ عَلَى الحَالِةِ الْأُوَّلَى، وَلَمْ يُوجَدْ [مِنْهُ صُنْعٌ يَجِبُ بِهِ][2] الضَّمَانُ [فَلَمْ يَضْمَنْ][3]، وصَارَ هَذَا فِي حَقِّهِ كَثَوْبٍ أَلْقَتْهُ الرِّيْحُ فِي حِجْرِهِ فَهَلَكَ مِنْ غَيْرِ صُنْعِهِ، فَإِنَّهُ لَا يَضْمَنُ بِاسْتِمْرَارِهِ فِي حِجْرِهِ.

والْجَامِعُ بَيْنَهُمَا: أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْا لَمْ يَكُنْ مُتَعَدِّياً فِي الابْتِدَاءِ [....][4] فَلَا يَنْقَلِبُ مُتَعَدِّياً مِنْ غَيْرِ أِإِحْدَاثِ فِعْلٍ فِي الِانْتِهَاءِ.

(وَلَوْ أَوْدَعَ الْغَاصِبُ) الْمَغْصُوبَ فَهَلَكَ **(ضَمَّنَ المَالِكُ أَيّاً شَاءَ[5])** بِاتِّفَاقِهِمْ[6].

الْفَرْقُ لأَبِي حَنِيفَةَ حَيْثُ لَمْ يُضَمِّنْ الثَّانِي فِي مُودَعِ الْمُودَعِ، وَضَمَّنَهُ فِي مُودَعِ الْغَاصِبِ؛ أَنَّ الْمَالَ وَصَلَ إِلَى مُودَعِ الْمُودَعِ مِنْ أَمِينٍ فَلَمْ يَكُنْ مُتَعَدِّيًا بِوَضْعِ يَدِهِ عَلَيْهِ، ووَصَلَ إِلَى مُودَعِ الْغَاصِبِ مِنْ مُتَعَدٍّ فكَانَ مُتَعَدِّيًا بِوَضْعِ يَدِهِ عَلَيْهِ ثُمَّ مُودَعُ الْغَاصِبِ إِنْ لَمْ يعلم أَنَّهُ غَاصِبٌ[7] يَرْجِعُ عَلَى الْغَاصِبِ قَوْلاً وَاحِداً وَإِنْ[8] عَلِمَ ، فَكَذَا فِي الظَّاهِرِ، وَحَكَى أَبُو الْيُسْرِ[9] أَنَّهُ لَا يَرْجِعُ، وإِلَيْهِ أَشَارَ شَمْسُ الْأَئِمَّةِ [رحمه الله رحمة واسعة][10][11].

---

(1) في (ن): الملزوم.

(2) في (ت): (ثمنه صنع تحت يده).

(3) سقط من: (أ).

(4) [لا يضمن باستمراره في حجره] زائدة في: (ت).

(5) أي الغاصب او المُودَعِ.

(6) يتخير المالك في التضمين، فإن ضَمَّنَ الغاصبَ لا يرجع بالضمان على أحد؛ لأنه تبين أنه أودع ملك نفسه، وإن ضمن الْمُودَعَ يرجع على الغاصب؛ لأنه غره بالإيداع فيرجع عليه بضمان الغرر، وهو ضمان الالتزام في الحقيقة، ولو استهلكه الْمُودَعُ فالجواب على الْقَلْبِ من الأول أنه إن ضمن الغاصبَ فالغاصبُ يرجع بالضمان على الْمُودِعِ؛ لأنه تبين أنه استهلك ماله، وإن ضمن الْمُودَعَ لم يرجع على الغاصب؛ لأنه ضمن بفعل نفسه، فلا يرجع على أحد. ينظر: الكاساني، البدائع، مصدر سابق، ج 7، ص 145.

(7) أي: أنَّ الْمُودِعَ غاصب.

(8) في (ك): فأن.

(9) هو محمد بن محمد بن الحسين بن عبد الكريم البزْدَويّ، نسبة إلى بزدة، وهي قلعة حصينة على ستة فراسخ من نسف على طريق بخارا، قال عمر النسفي: كان شيخ أصحابنا بما وراء النهر، وكان إمام الأئمة على الإطلاق، والموفد إليه من الآفاق، من كتبه: ((المبسوط في فروع الفقه))، و((معرفة الحجج الشرعية))، و((شرح الجامع الكبير))، (421-493هـ). ينظر: الذهبي، سير أعلام النبلاء، مصدر سابق، ج19، ص49. والذهبي، تاريخ الإسلام، مصدر سابق، ج 34، ص 164.وحاجي خليفة، كشف الظنون، مصدر سابق، ج1، ص569 .

(10) زيادة من: (ك).

(11) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج7، ص145. وملا خسرو، درر الحكام، مصدر سابق، ص2، ج247.

القسم الثالث

دراسة المسائل الفقهية

المبحث الاول

المسائل المقارنة مع المذاهب الاسلامية

وفيه خمسة مسائل:

المسالة الأولى: اسباب شفعة الشفيع.

المسالة الثانية: هبة المشاع.

المسالة الثالثة: حكم تفضيل الاب بعض اولاده في هبة.

المسالة الرابعة: قسمة الدّور.

المسالة الخامسة: شروط القسّام وتعددهم.

المسالة الاولى

اسباب شفعة الشفيع

يجمع الفقه الاسلامي على أَنَّ الشركة في الملك تعد سببا للأخذ بالشفعة اما عدا ذلك فهو محل خلاف ، حيث انقسم الفقهاء بشأنه الى رأيين، فالراي الاول يقصر حق الشفعة على الشريك في الملك الشائع، اما الثاني فيثبت حق الشفعة بالإضافة الى الشريك في الملك الشائع للجار.

وسأبحث فيما يلي اسباب الشفعة للشفيع على فرعين:

الاول: القائلين بالشفعة للشريك على الشيوع فقط.

الثاني: القائلين بالشفعة للشريك على الشيوع والجار الملاصق.

الفرع الأول

الشريك على الشيوع

يمكن أَنْ يكون الشيوع في اصل الملك، كاشتراك شخصين او اكثر في ملكية منزل او قطعة ارض، ونحوه، لهذا ذهب جمهور فقهاء **المالكية**[1] **والشافعية**[2] **والحنابلة**[3] الى أَنَّ حق الشفعة لا يثبت الا على الشيوع في اصل الملك، فاذا باع احد الشركاء حصته من المال الشائع لأجنبي كان لشريكه الحق في اخذ حصته بالشفعة، وبهذا يمكن للشركاء منع دخول الاجنبي بينهم في الشيوع و أَنْ تكون الشفعة وسيلة بقاء الملك كله لمالك واحد[4].

وتنطلق وجهة نظر هؤلاء الفقهاء في اثبات الشفعة للشريك في اصل الملك دون سواه من نظرتهم الى الحكمة من تشريع الشفعة بشكل عام ، فهم يرون أَنَّ الشفعة أَنَّما شرعت اساسا لدفع الضرر اللاحق بالقسمة؛ لأَنَّ الشريك ربما دخل عليه شريك آخر فيتأذى منه فيضطر الى مقاسمته او يطلب الشريك الدخيل المقاسمة فيلحق الضرر بالشريك الاخر، من حيث نقص قيمة ملكه وما يحتاج الى احداثه من مرافق جديدة لملكه، وما يتكبده في دفع اجرة القسمة، كل ذلك يوجد في المقسوم؛ لهذا لم يثبتوا الشفعة للشريك الذي قاسم وبقيت له شركة مع المبيع في حقوق الملك كالشرب والطريق، وكذلك الجار الملاصق[5].

---

(1) ينظر: الثعلبي، التلقين، مصدر سابق، ج2، ص178. ابن عبد البر، الاستذكار، مصدر سابق، ج7، ص66.وابن رشد، بداية المجتهد، مصدر سابق،ص228. والنفراوي، الفواكه الدواني، مصدر سابق، ج2،ص212.

(2) ينظر: الشافعي، الام، مصدر سابق،ج4،ص4. النووي، المجموع، مصدر سابق، ج14، ص300. و الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج2، ص297.

(3) ينظر: الخرقي، مختصر الخرقي، مصدر سابق، ص78.البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج4، ص138. وابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج5، ص461.

(4) ينظر: وقد قال بهذا الراي: عمر وعثمان وعمر بن عبد العزيز ﷺ وهو قول أهل المدينة: سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار والزهري ويحي الانصاري وابو الزناد وربيعة والمغيرة بن عبد الرحمن والاوزاعي واسحاق وابو ثور وابن المنذر. ينظر: البغوي، شرح السنة ، مصدر سابق، ج8، ص241. وابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج5، ص461.

(5) ينظر: ابن قدامة، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج5، ص467. وابن القيم، محمد بن ابي بكر، اعلام الموقعين، ط1، ج2، ص139، دار الجيل، بيروت.

ادلة الجمهور

(رحمهم الـلـه)

في اثبات الشفعة للشريك في اصل الملك

وقد استدل الجمهور في اثبات الشفعة للشريك في اصل الملك بالأدلة الاتية:

1.حديث جابر بن عبد الـلـه ﷺ:« قضى رسول الـلـه ﷺ بالشفعة في كل ما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة»[1] وهذا الحديث يدل على ثبوت الشفعة في الملكية المشاعة التي لم تقسم بين الشركاء، فـاذا تمت القسمة بأَنَّ نصبت الحدود واختلفت الطرق فلا شفعة[2].

2.ما رواه الامام مسلم من حديث ابي الزبير قال: قال رسول الـلـهﷺ:« الشـفعة في كـل شرك، في أرض، أو ربـع، أو حائط، لا يصلح أَنْ يبيع حتى يعرض على شريكه، فيأخذ أو يدع، فإِنْ أبى، فشريكه أحق به حتى يؤذنه»[3].

3. وقد روى الأثرم عن عمر، وعثمان وعلي ﷺ:« أَنَّه لا شفعة للجار»[4].

4.إِنَّ الضرر اللاحق بالشركة هو ما توجبه من التـزاحم في مرافـق وحقـوق الملـك والاحـداث والتغيـر والافضـاء الى التقاسم، كل ذلك يؤدي نقص قيمة الملك[5].

5.الإجماع، فقال ابن المنذر:« أجمع أهل العلم على إثبات الشفعة للشريك الذي لم يقاسم، فـيما بيـع مـن أرض أو دار أو حائط» [6].

والمعنى في ذلك: أَنَّ أحد الشريكين إذا أراد أَنْ يبيع نصيبه، وتمكن من بيعه لشريكه، وتخليصه مما كـان بصـدده من توقع الخلاص والاستخلاص، فالذي يقتضيه حسن العشرة، أَنْ يبيعه منـه، ليصـل إلى غرضـه مـن بيـع نصـيبه، وتخلـيص شريكه من الضرر، فإذا لم يفعل ذلك، وباعه لأجنبي، سلط الشرع الشريك على صرف ذلك إلى نفسه[7].

---

(1) سبق تخريجه في الجزء المحقق من كتاب الشفعة ص 36.

(2) ينظر: الرافعي، فتح العزيز بشرح الوجيز، ج11، ص393. وابن قدامة، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج5، ص462. وابن القيم، اعلام الموقعين، ج2، ص147.

(3) ينظر: النيسابوري، صحيح مسلم، مصدر سابق، باب الشـفعة، رقـم:1608، ج3، ص1229. والعمـراني، البيـان، مصـدر سـابق، ج7، ص102. والنووي، المجموع، مصدر سابق، ج14، ص302. وابن القيم، اعلام الموقعين، ج2، ص147.

(4) ينظر: الزركشي ،شرح الخرقي، مصدر سابق، ج4، ص188.لم اعثر على تخريجه على حسب علمي.

(5) ينظر: ابن القيم، اعلام الموقعين، ج2، ص148.

(6) ينظر: ابن المنذر، محمد بن إبراهيم النيسابوري (1408هـ)، الإقناع لابن المنذر(تحقيق: د.عبـد الـلـه بـن عبـد العزيـز الجـبرين،ط1، ج2، ص267.

(7) ينظر: ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج5، ص229.

الفرع الثاني
الجار الملاصق

ذهب الحنفية - رحمهم الـلـه - الى: أَنَّ الشفعة تثبت للشريك ثم للجار الملاصق، فاذا باع الجـار الملاصـق ارضـه او داره ثبتت الشفعة لجاره الملاصق اذا لم يكن هناك شريك يزاحمه وذلك دفعـا لـلضرر، وبمـا أَنَّ حـق الشـفعة قـد ثبـت للشريك دفعا للأذى الدخيل الاجنبي فإنَّه يثبت للجار ايضـا دفعـا لـلضرر لتـوافر ذات العلـة، كـون العلـة او الحكمـة مـن تشريع الشفعة عند الحنفية هي دفع ضرر سوء العشرة على الدوام، وهذا الضرر كما يلحق بالشريك في اصل الملـك يلحـق كذلك بالشريك في حقوق الملك وكذلك الجار الملاصق؛ لهذا وجب القول بثبوت الشفعة للشريك في حقـوق الملـك كـما بينـا وكذلك الجار الملاصق[1].

وممن ذهب الى أَنَّ الشفعة تستحق بالشركة، وتستحق بالجوار، ابن سيرين، وابن شبرمة وابن أبي ليلى، والثوري، ويفصل مذهب أبي حنيفة فيها: أَنَّ الرجل إذا باع داراً، فإن كان له فيها شريك.. كان أحق بالشفعة من الجـار، وإنْ لم يكـن له فيها شريك، فإن كانت في درب غير نافذ، فالجار المشارك له في الطريق أحق من الجار الـذي لا يشـاركه في الطريـق، وإنْ كان له جاران يشاركانه في الطريق، فهما أحق، وإنْ عفا الجار الذي إلى جنبه عن الشفعة، استحق جاره الذي يليه الشـفعة إلى آخر الدرب ولو كان بينهما ألف ذراع، وأما إذا كان الزقاق نافذاً، استحق الجار الملاصق له الشفعة، فإنْ عفا، لم يسـتحق الذي يلي العافي الشفعة؛ لأنه ليس بجار للبائع، وإنما هو جار جاره[2].

ادلة السادة الحنفية (رحمهم الـلـه) **القائلين بشفعة الجوار:-**

1. ما رواه البخاري عن عمر بن الشريك عن ابي رافع قوله بانه سمع رسول الـلـه ﷺ يقول: « الجـار احـق بصـقبه» قال السرخسي – رحمه الـلـه - : «هذا الحديث فيه دليل لنا على أَنَّ الشفعة تستحق بالجوار، فإنـه ذكـر اسـما مشتقا من معنى، والحكم متى علق باسم مشتق، فذلك المعنى هو الموجب للحكم خصوصـا»[3]، فـدل ذلـك على اثبات الشرع الشفعة للجار، فان اراد الجار أَنْ يبع ملكـه كـان عليـه أَنْ يعـرض عـلى جـاره مراعـاة لحـق الجوار.
2. ما روي عن جابر رضي الله عنه أَنَّ رسول الـلـه ﷺ قال: « الجار أحق بشفعة جاره، فإن كان غائبا انتظـر إذا كـان طـريقهما واحد»[4] وهذا الحديث من اقوى ما يستدل به اصحاب هذا الرأي.
3. ما روي عن سمرة رضي الله عنه قال: قال رسول الـلـه ﷺ : «جار الدار احق بالدار من غـيره»[5] وهـذا دليـل أَنَّ الشـفعة تثبت للجار اذا كان المشتري اجنبيا[6].

---

(1) ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج14، ص90. القدوري، المختصر، مصدر سابق، ص109. والخصـاف، شرح ادب القـاضي،ج4، ص6. والزيلعي، تبيين الحقائق ، مصدر سابق، ج5، ص 239.

(2) ينظر: العمراني، البيان، مصدر سابق، ج7، ص102. وابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج5، ص229.

(3) ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج14، ص91. والحديث سبق تخريجه في كتاب الشفعة ص36.

(4) ينظر: الشيباني، المسند، مصدر سابق، ج22، ص156. والطحاوي، شرح معاني الآثار ، مصدر سابق، ج4، ص120. والزيلعي، تبيـين الحقـائق ، مصدر سابق، ج5، ص 239. والعيني، البناية شرح الهداية، مصدر سابق، ج، ص. وابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج8،ص143.

(5) ينظر: سبق تخريجه في كتاب الشفعة ص36.

(6) ينظر: الطحاوي، شرح معاني الآثار ، مصدر سابق، ج4، ص122. والمرغيناني، الهداية، مصدر سابق، ج4، ص308. والموصلي، الاختيـار لتعليـل المختار، مصدر سابق، ج2، ص42.

4.ان الحكمة من تشريع الشفعة هو دفع الضرر الداخل بالشركة، وهذا المعنى موجود في الجار فوجب أَنْ يلحق بالشريك، نظرا لتوافر علة استحقاق الشفعة في كل منهما؛ ولأن الأخذ بالشفعة لدفع الضرر البادي عن سوء المجاورة على الدوام من حيث إبعاد النار وإعلاء الجدار وإثارة الغبار ومنع ضوء النهار ونحوه[1].

وقد اشترط الحنفية (رحمهم الله) لإثبات الشفعة للجار أَنْ يكون ملاصقا لملك البائع، ويترتب على ذلك عدم استحقاق المحاذي او المقابل للجار الشفعة، وخالفهم بذلك القاضي شريح الذي جعل معيار الاخذ بالشفعة بسبب الجوار هو الابواب، أي أبواب الديار المجاورة للمبيع، فجعل اقرب الابواب الى الدار المبيع احق بالشفعة[2].

وقد رد الحنفية (رحمهم الله) **فقالوا:**

الجار المحاذي، لا شفعة له بالمجاورة سواء كان أقرب بابا، أو أبعد، وإنما يعتبر قرب الباب في التقديم في الشفعة على ما روي «أن رجلا جاء إلى رسول الله ﷺ، فقال: إِنَّ لي جارين فإلى أيهما أبر قال: ﷺإلى أقربهما منك بابا»[3]، وهذا؛ لأن اطلاعه واطلاع أولاده على ما يدخل منزله من النعمة أكثر، فهو بالهدية أحق، وهذا تأويل ما روي أَنَّ النبي ﷺ «كان يقول في الهدايا: ابدءوا بجارنا اليهودي»[4] فأما في الشفعة، فالمعتبر هو القرب واتصال أحد الملكين بالآخر، وذلك في الجار الملاصق دون الجار المحاذي[5].

وقد رد اصحاب انصار الفريق الاول الذين يقصرون الشفعة على الشركة في اصل الملك على ما استدل به انصار شفعة الجوار بالاتي:-

1. ان الاحاديث التي استدل بها انصار شفعة الجوار صريحها غير صحيح، وصحيحها غير صريح لإثبات الشفعة للجار، فحديث سمرة عن النبي ﷺ رواه عنه الحسن وهو معلول بالانقطاع، كما انه قد اختلف اهل الحديث في لقاء الحسن لسمرة، ومن اثبت لقاء الحسن له قال انه لم يروي عنه الا حديث العقبة[6]، واما حديث ابي رافعة وان كان صحيحا فهو ليس بصريح في الشفعة فان المقصود بلفظ(الصقب) الوارد في الحديث هو القرب، لهذا فانه يحتمل أَنْ يكون المراد أَنَّ الجار احق بالبر والاحسان والمعونة بسبب قربه من جاره[7]، وحديث جابر فان المراد بالجار الشريك، فقد يطلق اسم الجار على الشريك قال الأعشى:

أَجَارَتَنَا بِينِي فَإِنَّكِ طَالِقَةٌ ... كَذَلِكَ أَمْرُ النَّاسِ عادٍ وَطَارِقَةٌ

والمراد زوجته، وهي شريكته في الفراش، وتسمى الضرتان جارتين لاشتراكهما في الزوج، قال حمل بن مالك: كنت بين جارتين لى فضربت إحداهما الاخرى بمسطح فقتلتها وجنينها[8].

---

(1) ينظر: البابرتي، العناية شرح الهداية، ج9، ص373.و علي حيدر، شرح مجلة الاحكام،ج2، ص249.

(2) ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج14، ص93-94.

(3) ينظر: الشيباني، المسند، مصدر سابق،رقم:25423، ج42، ص261. والبخاري، صحيح البخاري ، مصدر سابق، باب: أي الجوار أقرب،رقم:2259، ج، ص.

(4) ينظر: البخاري، محمد بن إسماعيل (1989م)، الأدب المفرد(تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي)ط3، ص58، دار البشائر الإسلامية ، بيروت. البيهقي، أحمد بن الحسين(2003م)، شعب الإيمان(تحقيق: د.عبد العلي عبد الحميد)ط1،ج12، ص107، مكتبة الرشد، الرياض.

(5) ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج14، ص94. ابن مازة، المحيط البرهاني، مصدر سابق، ج3، ص49.و ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، مصدر سابق، ج6، ص221.

(6) ينظر: البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج2، ص335.والخن،فقه المعاملات، مرجع سابق، ص269.

(7) ينظر: القرافي، الذخيرة، مصدر سابق، ج7، ص319. والنووي، المجموع، مصدر سابق، ج14، ص304. وابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج5، ص230.

(8) ينظر: النووي، المجموع، مصدر سابق، ج14، ص306.و ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، مصدر سابق، ج5، ص62.

وقد اجاب الحنفيةﷺ على الجمهورﷺ:

بان حديث سمرة قد قال ابن المديني: إِنَّ الحسن سمع من سمرة[1].

وحديث جابر أقوى ما يستدل به، فإنه لا شبهة في صحة هذا الحديث؛ لأن عبد الملك بن مروان كان من أهل الحديث وعطاء بن أبي رباح إمام مطلق في الحديث وجابر ﷺ من كبار الصحابة ﷺ فلا طعن في إسناد هذا الحديث، ولا وجه بحمل الحديث على الشريك، فإنه إذا حمل على الشريك كان هذا لغوا، وإنما يكون مفيدا إذا كان المراد جارا هو شريك في الطريق قال: كان شيخنا الإمام يقول: العجب منهم يزعمون أنهم من أصحاب الحديث، ثم يتركون العمل بمثل هذا الحديث مع شهرته، فلا يبقى بعد هذا الحديث لهذا اللقب معنى سوى أنهم يتركون العمل بمثل هذا الحديث فلأجله سموا أصحاب الحديث لا لعلمهم بالحديث[2].

وفي حديث جابر الذي ذكرنا إيجاب الشفعة في المبيع الذي لا شرك فيه بالشرك في الطريق، فالأولى أَنْ يجمع بينهما فيكون حديث جابر فيه إخبار عن حكم الشفعة في المبيع الذي لا شرك لأحد فيه بالطريق، والحديث الآخر فيه إخبار عن حكم الشفعة للشريك في الذي بيع منه[3].

وقولهم: إِنَّ المراد بالجار الشريك، نقول: في هذا ترك الحقيقة إلى المجاز من غير دليل، ثم الزوجة تسمى جارة؛ لأنها مجاورة في الفراش تتصرف عنه لا؛ لأنها تشاركه وفي الحديث ما يدل على بطلان هذا التأويل، وإن سعدا ﷺ عرض بيتا له على جار له وروى الحديث، فذلك دليل على أَنَّ جميع البيت كان له، وإنه فهم من الحديث الجار دون الشريك حين استعمل الحديث فيه[4].

ولأن الصحابة ﷺ أجمعوا على استحقاق الشفعة بالجوار حتى قال علي وابن مسعود رضي الله عنهما: أنه قضى رسول الله ﷺ بالشفعة بالجوار وكتب عمر رضي الله عنه إلى شريح أَنْ يقضي بالشفعة للجار الملازق[5].

2. هناك عدد من الاحاديث التي تنفي الشفعة للجار مثل حديث جابر بن عبد الله ﷺ:« قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل ما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة» وحديث ابي هريرة أَنَّ رسول الله ﷺ قال:« إذا قسمت الأرض وحدت، فلا شفعة فيها»[6].

---

(1) ينظر: الخزرجي، اللباب في الجمع بين السنة والكتاب ، مصدر سابق، ج2، ص528.

(2) ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج14، ص92.

(3) ينظر: الخزرجي، اللباب في الجمع بين السنة والكتاب ، مصدر سابق، ج2، ص528.

(4) ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج14، ص91.

(5) ينظر: الغزنوي ،عمر بن إسحق بن أحمد الهندي (1986م) ، الغرة المنيفة في تحقيق بعض مسائل الإمام أبي حنيفة،ط1،ص114، مؤسسة الكتب الثقافية، القاهرة.

(6) ينظر: أبو داود، سنن أبو داود ، باب في الشفعة، رقم:3515، ج3، ص286.

فرد السادة الحنفية (رحمهم الله):

ان حديث جابر بن عبد الله ﷺ:« قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل ما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة» اختلف على الزهري في هذا الإسناد، فقال مالك: عنه عن أبي سلمة وابن المسيب مرسلا، كذا رواه الشافعي وغيره، ورواه أبو عاصم والماجشون عنه فوصله بذكر أبي هريرة. أخرجه البيهقي، ورواه ابن جريج عن الزهري كذلك لكن قال عنهما أو عن أحدهما أخرجه أبو داود، قلت: هذا مما يضعف حجة من احتج به في اختصاص ثبوت الشفعة للشريك دون الجار، وأيضا قال ابن أبي حاتم عن أبيه: إنَّ قوله:((فإذا وقعت الحدود ... إلى آخره))، مدرج من كلام جابر. قال بعضهم: فيه نظر، لأن الأصل كل ما ذكر في الحديث فهو منه حتى يثبت الإدراج بدليل. قلت: قوله: كل ما ... إلى آخره، غير مسلم، لأن أشياء كثيرة تقع في الحديث وليست منه، وأبو حاتم إمام في هذا الفن، ولو لم يثبت عنده الإدراج فيه لما أقدم على الحكم به[1].

وقال الكرماني: قال التيمي: قال الشافعي: الشفعة إنما هي للشريك، وأبو حنيفة: للجار، وهذا الحديث حجة عليه. قلت: سبحان الله {هذا كلام عجيب، لأن أبا حنيفة لم يقل: الشفعة للجار على الخصوص، بل قال: الشفعة للشريك في نفس المبيع، ثم في حق المبيع ثم من بعدهما للجار، وكيف يقول: هو حجة عليه، وإنما يكون حجة عليه إذا ترك العمل به، وهو عمل به أولا ثم عمل بحديث الجار، ولم يهمل واحدا منهما، وهم عملوا بأحدهما وأهملوا الآخر بتأويلات بعيدة فاسدة، وهو قولهم: أما حديث: (الجار أحق بصقبه) ، فلا دلالة فيه، إذ لم يقل: أحق بشفعته، بل قال: أحق بصقبه، لأنه يحتمل أَنْ يراد منه بما يليه ويقرب منه، أي: أحق بأن يتعمد ويتصدق عليه، أو يراد بالجار الشريك. قلت: هذه مكابرة وعناد من أريحية التعصب، وكيف يقول: إذا لم يقل: أحق بشفعته؟ وقد وقع في بعض ألفاظ أحمد والطبراني وابن أبي شيبة: (جار الدار أحق بشفعة الدار) . وكيف يقبل هذا التأويل الصارف عن المعنى الوارد في الشفعة، ويصرف إلى معنى لا يدل عليه اللفظ؟ ويرد هذا التأويل ما رواه أحمد وأبو داود والترمذي من حديث الحسن عن سمرة، قال: قال رسول الله، ﷺ: (جار الدار أحق بالدار) ، ذكره الترمذي في: باب ما جاء في الشفعة. وقال: حديث حسن. ثم قال: وروى عيسى بن يونس عن سعيد بن أبي عروبة عن قتادة عن أنس عن النبي ﷺ، وروى عن سعيد بن أبي عروبة عن قتادة عن الحسن عن سمرة عن النبي ﷺ، والصحيح عند أهل العلم حديث الحسن عن سمرة، ولا يعرف حديث قتادة عن أنس إلا من حديث عيسى بن يونس، وحديث عبد الله بن عبد الرحمن الطائفي عن عمرو بن الشريد عن أبيه عن النبي ﷺ في هذا الباب، هو حديث حسن، وروى إبراهيم بن ميسرة عن عمرو بن الشريد عن أبي رافع: سمعت محمدا يقول: كلا الحديثين عندي صحيح[2].

اما المالكية فالعمدة عندهم: أَنَّ الأصول تقتضي أَنْ لا يخرج ملك أحد من يده إلا برضاه، وأن من اشترى شيئا فلا يخرج من يده إلا برضاه حتى يدل الدليل على التخصيص، وقد تعارضت الآثار في هذا الباب، فوجب أَنْ يرجح ما شهدت له الأصول، ولكلا القولين سلف متقدم لأهل العراق من التابعين ولأهل المدينة من الصحابة[3].

3. ان الله فرق بين الشريك والجار شرعا وقدرا، فعند المقارنة بنهما نجد أَنَّ الشارع قد اوجب حقوق في الشركة لا توجد في الجوار كما أَنَّ الملك في الشركة مختلط وفي الجوار متميز ولكل من الشريكين على صاحبه مطالبة شرعية

---

(1) ينظر: العيني، عمدة القاري شرح صحيح البخاري، مصدر سابق، ج12، ص71.

(2) ينظر: ابن الهمام، فتح القدير، مصدر سابق، ج9، ص371. والعيني، عمدة القاري، مصدر سابق، ج12، ص72. والقسطلاني، إرشاد الساري، مصدر سابق،ج4،ص98، و،ج10، ص114. والقاري، مرقاة المفاتيح، مصدر سابق، ج5، ص1980وما بعدها. والاحاديث سبق تخريجها ص36 وما بعدها.

(3) ينظر: ابن رشد، بداية المجتهد، مصدر سابق، ج4، ص41.

ومنع شرعي، اما المطالبة فيحق للشريك طلب القسمة ومحلا للمنع كانت محلا لاستحقاق الشفعة، بخلاف الجوار وبالتالي فلا يجوز الحاق الجار بالشريك وبينهما هذا الاختلاف[1].

4. اذا كان الشارع يقصد رفع الضرر عن الجار فهو ايضا يقصد رفع الضرر عن المشتري ولا يتصور أَنْ يزال ضرر الجار بإدخال الضرر على المشتري بشرائه منزلا مثلا يكون بحاجة اليه كي يسكن فيه هو واسرته فاذا سلط الجار على اخراجه منه واخذه منه بالشفعة كان ذلك اضرارا بينا به ؛ لان كل منزل له جار فكان عليه أَنْ يبحث عن منزل لاجار له مما يستحيل ذلك فكان من تمام حكمة الشارع أَنْ اسقط الشفعة بوقوع الحدود وتصريف الطرق بعظهم بعضا[2].

فقال الحنفية (رحمهم الله): الفرق بين الشريك والجار ظاهر اذا تعارضا في الاخذ بالشفعة بدليل أَنَّ الجار لا يقدم على الشريك، وذلك يمنع من حصول الاستواء ولأن التضرر بمخالطة الجار أقل ولأن في الشركة يحتاج إلى تحمل مؤنة القسمة وهذا المعنى مفقود في الجار. فالشفعة عندنا على مراتب يقدم الشريك فيها في نفس المبيع، ثم الشريك في حقوق المبيع بعده، ثم الجار الملاصق بعدهما[3].

---

(1) ينظر: ابن القيم، اعلام الموقعين، ج2، ص98.

(2) ينظر: المصدر السابق.

(3) ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج14، ص94. وابن مازة، المحيط البرهاني، مصدر سابق، ج3، ص49. وابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، مصدر سابق، ج6، ص220.

المسالة الثانية

هبة المشاع

لا خلاف بين الفقهاء في جواز هبة المشاع الذي لا يقسم مثل: الحيوان واحمام والسيارات، اما المشاع الذي يحتمل القسمة مثل: العقار والعدديات والمكيلات، فقد اختلف الفقهاء في جواز هبته الى قولين:

القول الاول:

قال السادة الحنفية(رحمهم الله)، لا تجوز هبة المشاع في ما ينقسم ، سواء كان الموهوب له شريكا او غيره.

واذا وهب فهبته ليست باطلة عندهم، وانما المقصود أَنْ الملك لا يحصل الا بعد القسمة كتوقف ثبوت الملك في الهبة على القبض عند القائلين به[1].

ادلتهم:

1. اجماع الصحابة ﷺ، وهي كثرة الروايات عن ابي بكر الصديق وعمر وعلي ﷺ[2]:

أ- فعن عائشة زوج النبي ﷺ أنها قالت: إِنَّ أبا بكر الصديق كان نحلها جاد عشرين وسقا من ماله بالغابة. فلما حضرته الوفاة، قال: والله يا بنية ما من الناس أحد أحب إلي غنى بعدي منك. ولا أعز علي فقرا بعدي منك. وإني كنت نحلتك جاد عشرين وسقا. فلو كنت جددتيه واحتزتيه كان لك، وإنما هو اليوم مال وارث، وإنما هما أخواك وأختاك، فاقتسموه على كتاب الله[3].

وجه الدلالة:

ان سيدنا الصديق ﷺ اعتبر القبض والقسمة في الهبة لثبوت الملك؛ لان الحيازة في اللغة جمع المفرق، وهذا معنى القسمة ، يقال: حاز اي جعله في حيزه بقبضه، اي جعله في حيزه بالقسمة، ولو حملنا الحيازة على القبض كان تكرارا، فحمل اللفظ على معنى جديد اولى من حمله على التكرار، وفيه دليل على أَنَّ الهبة لا تتم إلا بالقسمة فيما يحتمل القسمة ولا تكون فيه باطلة[4].

ب- رواية سيدنا عمر ﷺ:« ما بال أحدكم ينحل ولده نحلا لا يحوزها ولا يقسمها ويقول إِنْ مت فهو له وإن مات رجعت إلي وأيم الله لا ينحل أحدكم ولده نحلى لا يحوزها ولا يقسمها فيموت إلا جعلتها ميراثا لورثته»[5].

وجه الدلالة: أَنَّ المراد من الحيازة القبض هنا لأنه ذكرها بمقابلة القسمة حتى لا يؤدي إلى التكرار أخرج الهبة من أَنْ تكون موجبة للملك بدون القبض والقسمة

---

(1) ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج12، ص50. والقدوري، المختصر، مصدر سابق، ص124. والمرغيناني، الهداية، مصدر سابق، ج3، ص223. وابن السَّاعَاتِي، مجمع البحرين، مصدر سابق، ص461. كما وقع الاختلاف هل هي فاسدة أو غير تامة؟ والأصح أنها غير تامة. ينظر: ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، مصدر سابق، ج5، ص690.

(2) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع ،مصدر سابق، ج6، ص123.

(3) ينظر: الأصبحي، الموطأ، باب ما لا يجوز من النحل، رقم:2783، ج2، ص752.

(4) ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج12، ص49-50.والكاساني، بدائع الصنائع ،مصدر سابق، ج6، ص119.

(5) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع ،مصدر سابق، ج6، ص120.

ت- روي عن سيدنا علي ﷺ أنه قال من وهب ثلث كذا أو ربع كذا لا يجوز ما لم يقاسم وكل ذلك بمحضر من أصحاب رسول الله ﷺ ولم ينقل أنه أنكر عليهم منكر فيكون إجماعا[1].

والمعنى فيه: أَنَّ شرط القبض منصوص عليه في الهبة؛ فيراعى وجوده على أكمل الجهات التي تمكن - كشرط استقبال القبلة في الصلاة - لما كان منصوصا عليه، يشترط ذلك فيه حتى لو استقبل الحطيم لا تجوز صلاته - والحطيم من البيت من وجه دون وجه؛ وهذا لأن الثابت من وجه دون وجه لا يكون ثابتا مطلقا، وبدون الإطلاق لا يثبت الكمال، ثم القبض مع الشيوع ثابت من وجه دون وجه؛ لأن القبض عبارة عن الحيازة، وهو: أَنْ يصير الشيء في حيز القابض، والمشاع في حيزه من وجه، وفي حيز شريكه من وجه؛ لأنه لا يمكن أَنْ يشار إلى شيء منه بعينه[2].

ويرد عليهم:

ان هذا الاثر فيه دلالة على صحة هبة المشاع حيث وهبها مشاعا من التمر، ووافقته عائشة على ذلك وغاية ما فيه أَنَّ الهبة لا تلزم الا بالقبض، ولو قبضتها لتملكتها، وان اشتراط القبض من هذا الاثر، وقد خالفته اثار رويت عن بعض الصحابة في عدم اشتراطه كالمروي عن علي وابن مسعودﷺ انهما قالا: «إذا علمت الصدقة فهي جائزة، وإن لم تقبض»[3]، ولو سلم باشتراط القبض، فان القبض في المشاع الموهوب ممكن ومتصور[4].

ولا يسلم أَنَّ الحيازة في اللغة جمع الشيء المفرق في حيز واحد، بل الحيازة في اللغة : ضم الشيء الى نفسه[5] من غير تعرض لجمعه في حيز او اكثر، وهذا الضم في المشاع متصور كما كان متصورا عندهم في بيع المشاع، اذ أَنَّ الموهوب له يحل محل الواهب كما يحل المشتري محل البائع لنصيبه ويقبض كما يقبض بلا فرق، فالقبض في الهبات كالقبض في البيوع ما كان قبضا في البيع كان قبضا في الهبة وما لم يكن قبضا في البيع لم يكن قبضا في الهبة[6].

2. ان القبض شرط في الهبة والشيوع يمنع القبض؛ لان القبض هو التمكن من التصرف في المقبوض، وذلك لا يمكن في النصف الشائع، وذلك استنادا لما جاء عن النبي ﷺ: «لا تجوز الهبة إلا مقبوضة»[7] معناه: لا يثبت الحكم، وهو الملك؛ إذ الجواز ثابت قبل القبض بالاتفاق، وروي عن سيدنا أبي بكر وسيدنا عمر وسيدنا عثمان وسيدنا علي وابن عباس ﷺ أَنْ تكون الهبة محوزة ولم يرد عن غيرهم خلافه[8]وكذلك حديث عائشة المتقدم فهو أدل دليل على اشتراك القبض[9].

---

(1) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع ،مصدر سابق، ج6، ص120.

(2) ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج12، ص65.

(3) ينظر: ابن أبي شيبة، المصنف، رقم: 20133، ج4، ص281. ابن حزم، علي بن أحمد الظاهري المحلى بالآثار، ج8، ص107، دار الفكر، بيروت. ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج5، ص649-654. العيني، البناية شرح الهداية، مصدر سابق، ج10، ص170.

(4) ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج12، ص65.

(5) ينظر: الجوهري، الصحاح ، مصدر سابق، ج3، ص875.و القزويني، معجم مقاييس اللغة، مصدر سابق، ج2، ص117.

(6) ينظر: الشافعي، الأم، مصدر سابق، ج4، ص65.

(7) ينظر: لم أجده في كتب الرواية بهذا اللفظ، وقد ورد عند عبد الرزاق في مصنفه عن الثوري، عن منصور، عن إبراهيم قال: «الهبة لا تجوز حتى تقبض والصدقة تجوز قبل أن تقبض»، رقم: 16529، ج9،ص107.وقد وصفه الإمام الزيلعي انه حديث غريب. الزيلعي، نصب الراية، مصدر سابق، ج4، ص124.والعسقلاني،أحمد بن علي، الدراية في تخريج أحاديث الهداية (تحقيق: السيد عبد الله اليماني)، ج2، ص183، دار المعرفة، بيروت.

(8) ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج12، ص48. السمرقندي، تحفة الفقهاء، مصدر سابق، ج3، ص163. الكاساني، بدائع الصنائع ،مصدر سابق، ج6، ص123.

(9) ينظر: العيني، البناية شرح الهداية، مصدر سابق، ج10، ص162.

ويرد عليهم :

ان الرواية في هذا الباب ولم يأتي بها سند يصح نسبته الى النبي ﷺ.

رد السادة الحنفية(رحمهم الله)**:**

ان هذ القول هو لنا! فقد ذكر الامام العيني:«هذا حديث منكر لا أصل له، بل هو من قول إبراهيم النخعي، رواه عبد الرزاق في (مصنفه) ، وقال: أخبرنا سفيان الثوري عن منصور عن إبراهيم، قال: لا تجوز الهبة حتى تقبض، والصدقة تجوز قبل أَنْ تقبض» [1]، وهو من اثار الصحابة وقال به التابعين.

3. ان الهبة عقد تبرع يتم بالمتبرع فصار عندنا بمنزلة الإقرار، فلو صحت هبة المشاع الذي ينقسم، لصارت الهبة عقد ضمان؛ لان الموهوب له يملك مطالبة الواهب بالقسمة، فيلزم الواهب ضمان القسمة، وهذا يؤدي الى تغير المشروع، ولذلك توقف ثبوت الملك في الهبة على القبض؛ لانه لو ملك الموهوب بالعقد لكانت للموهوب له المطالبة بالتسليم، فيؤدي الى ايجاب الضمان في عقد التبرع وفي هذا تغير المشروع فكذا في هبة المشاع الذي لا يقسم، وعندها يجب أَنْ تكون متميزة عن غير الموهوب وغير متصلة به ولا مشغولة بغير الموهوب[2].

<u>القول الثاني:</u>

قال المالكية، والشافعية، والحنابلة، والظاهرية، والزيدية[3](رحمهم الله)، وهو قول النخعي، وعثمان البتي، ومعمر، واسحاق، وابي ثور[4](رحمهم الله) تجوز هبة المشاع الذي لا ينقسم، للشريك ولغيره.

ادلتهم:

1. احتجوا بظاهر قوله تعالى:{ وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ} [البقرة:237].

---

(1) ينظر: العيني، عمدة القاري، ج13، ص456.

(2) ينظر: السمرقندي، تحفة الفقهاء، مصدر سابق، ج3، ص162. والكاساني، بدائع الصنائع ،مصدر سابق، ج6، ص121. والزيلعي، تبيين الحقائق ، مصدر سابق، ج5، ص 91. والزَّبِيدِيّ، الجوهرة النيرة، مصدر سابق، ج1، ص236.

(3) ينظر: ابن عبد البر، الاستذكار، مصدر سابق، ج7، ص227. وابن رشد، بداية المجتهد، مصدر سابق، ج4، ص114. والعمراني، البيان، مصدر سابق، ج8، ص119. والنووي، المجموع، مصدر سابق، ج15، ص347. وابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج6، ص45. والمرداوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج7، ص131. وابن حزم، المحلى، ج8، ص106.

(4) ينظر: ابن حزم، المحلى، ج8، ص106.

وجه الدلالة: أوجب سبحانه وتعالى نصف المفروض في الطلاق قبل الدخول إلا أَنْ يوجد الحط من الزوجات عن النصف من غير فصل بين العين والدين والمشاع والمقسوم فيدل على جواز هبة المشاع في الجملة[1].

رد السادة الحنفية(رحمهم الله)**:**

إنَّ الآية فلا حجة فيها لأن المراد من المفروض الدين لا العين ألا ترى أنه تعالى قال {إلا أن يعفون} [البقرة: 237] والعفو إسقاط وإسقاط الأعيان لا يعقل وكذا الغالب في المهر أَنْ يكون دينا وهبة الدين ممن عليه الدين جائز لأنه إسقاط الدين عنه وأنه جائز في المشاع[2].

2. دليلنا قوله تعالى: {فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْساً فَكُلُوهُ هَنِيئاً مَرِيئاً} [النساء: 4] لأن كل ما جاز بيعه جازت هبته كالمحوز.
3. عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، قال: كنا عند رسول الله ﷺ إذ أتته وفد هوازن، فقالوا: يا محمد، إنا أصل وعشيرة، وقد نزل بنا من البلاء ما لا يخفى عليك، فامنن علينا، من الله عليك، فقال: «اختاروا من أموالكم، أو من نسائكم وأبنائكم»، قالوا: خيرتنا بين أحسابنا وأموالنا، بل نختار نساءنا وأبناءنا، وقال رسول الله ﷺ: «أما ما كان لي ولبني عبد المطلب فهو لكم»[3]

وجه الدلالة: أَنَّ النبي وهيب سهمه وسهم بني عبد المطلب من الغنيمة وهو مشاع فيها لم يقسم. لأن هوازن إنما حازوا أهلهم بعد تملكهم لهم، فهذا هبة الجماعة للجماعة[4].

رد السادة الحنفية:

إنَّ معنى الحديث أنهم تركوا ما غنموه من السبي، من قبل أَنْ يقسم، وذلك في معنى الغائب، وتركهم إياه في معنى الهبة، وفيه تعسف شديد من وجوه: الأول: أنهم ما ملكوا شيئا قبل القسمة، وإن كانوا استحقوه. والثاني: إطلاق الهبة على الترك بعيد جدا. والثالث: أنه هبة شيء مجهول، لأن ما يستحق كل واحد منهم قبل القسمة غير معلوم. ، وبهذا كله لا تكون هبة شرعية؛ وإنما هو رد سبيهم إليهم، ورد الشيء لصاحبه لا يسمى هبة، وكذلك لا يقوم به الدليل فيما ذهبوا إليه، لأن غير المقسوم غير متميز ولا يتصور فيه القبض أصلا، ومن شرط صحة الهبة الشرعية القبض[5].

4. عن سهل بن سعد ﷺ، قال: أتي النبي ﷺبقدح، فشرب منه، وعن يمينه غلام أصغر القوم، والأشياخ عن يساره، فقال:« يا غلام أتأذن لي أَنْ أعطيه الأشياخ»، قال: ما كنت لأوثر بفضلي منك أحدا يا رسول الله، فأعطاه إياه[6].

وجه الدلالة: قال بن بطال:« إنَّ النبي ﷺ سأل الغلام أَنْ يهب نصيبه من اللبن للأشياخ، ومعلوم أَنَّ نصيبه منه كان مشاعًا في اللبن، غير متميز ولا منفصل فى القدح»[7].

---

(1) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع ،مصدر سابق، ج6، ص119.القرافي، الذخيرة، مصدر سابق، ج6، ص131. النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج15، ص315.وابن قدامة، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص285.

(2) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع ،مصدر سابق، ج6، ص121.

(3) ينظر: سبق تخريجة في كتاب الهبة ص113.

(4) ينظر: ابن بطال، علي بن خلف(2003م)، شرح صحيح البخاري (تحقيق: ياسر بن إبراهيم)،ط2، ج7، ص124، مكتبة الرشد، الرياض. ابن حجر، فتح الباري، مصدر سابق، ج5، ص226.

(5) ينظر: العيني، عمدة القاري، ج13، ص140، و163، و164.

(6) ينظر: البخاري، الجامع المسند الصحيح، مصدر سابق، باب في الشرب، ومن رأى صدقة الماء وهبته ووصيته جائزة، مقسوما كان أو غير مقسوم رقم:2351، ج3، ص109.

(7) ينظر: ابن بطال، شرح صحيح البخاري، ج7، ص120. وابن حجر، فتح الباري، مصدر سابق، ج5، ص225.

ورد عليهم: إنَّ الحديث ليس فيه ما يدل على هبة المشاع، ولنما هو من طريق الارفاق[1]

5. عن جابر ﷺ، «أتيت النبي ﷺ في المسجد، فقضاني وزادني»[2]

وجه الدلالة: أَنَّ النبي قضى لجابر ثمن بعير وزاده على ذلك، وهذه الزيادة هبة مشاع؛ لان الزيادة غير متميزة عن الثمن.

ورد السادة الحنفية:

يذكر هذا الحديث ايضا في معرض الاستدلال على صحة هبة المشاع، ولكن لا يتم به الاستدلال؛ لأن هذه الزيادة لم تكن هبة، وإنما هي ليتيقن بها الإيفاء زيادة في الثمن، والزيادة لا يؤثر فيها الشيوع[3].

6. عن عبد الله بن أبي قتادة السلمي، عن أبيهﷺ، أنه قال: كنت يوما جالسا مع رجال من أصحاب النبي ﷺ في منزل في طريق مكة، ورسول الله ﷺ نازل أمامنا، والقوم محرمون وأنا غير محرم، فأبصروا حمارا وحشيا وأنا مشغول أخصف نعلي، فلم يؤذنوني له، وأحبوا لو أني أبصرته، فالتفت فأبصرته، فقمت إلى الفرس فأسرجته، ثم ركبت ونسيت السوط والرمح، فقلت لهم: ناولوني السوط والرمح، فقالوا: لا والله لا نعينك عليه بشيء، فغضبت فنزلت فأخذتهما ثم ركبت، فشددت على الحمار فعقرته، ثم جئت به وقد مات، فوقعوا فيه يأكلونه، ثم إنهم شكوا في أكلهم إياه وهم حرم، فرحنا، وخبأت العضد معي، فأدركنا رسول الله ﷺ فسألناه عن ذلك، فقال: «معكم منه شيء؟» فناولته العضد فأكلها حتى تعرقها وهو محرم.[4]

وجه الدلالة: قال الامام النووي: هذا الخبر صريح في صحة هبة المشاع، سواء في ذلك ما أمكن قسمته أو لم يمكن[5]

---

(1) ينظر: ابن حجر، فتح الباري، مصدر سابق، ج5، ص225.

(2) ينظر: البخاري، الجامع المسند الصحيح، مصدر سابق، باب الهبة المقبوضة وغير المقبوضة، والمقسومة وغير المقسومة، مقسوما كان أو غير مقسوم رقم:2603، ج3، ص161.

(3) ينظر: العيني، عمدة القاري، ج13، ص163.

(4) ينظر: البخاري، الجامع المسند الصحيح، مصدر سابق، باب تعرق العضد، رقم:5407، ج7، ص73.

(5) ينظر: النووي، المجموع، مصدر سابق، ج15، ص347.

المسالة الثالثة

حكم تفضيل الاب بعض اولاده في هبة

اذا نحل الاب اولاده نحلى وفضل بعضهم في ذلك، فهل يجوز له ذلك؟ وهل هذه الهبة صحيحة؟

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة اقوال:

القول الاول:

تجب التسوية على الاب ولا يحل له أَنْ يفضل بعض ولده على بعض في النحلى

قال به احمد والظاهرية، واحد قولي الامام مالك(رحمهم الله)، وبه قال ابن حبان من الشافعية، وهو اختيار ابن تيمية، وهو قول طاووس، وعطاء، واسحاق ،وابن المبارك، ومجاهد، وعروة، وابن جريج، والنخعي، والشعبي، وابن شبرمة[1](رحمهم الله).

ثم اختلف الحنابلة والظاهرية (رحمهم الله) فيمن فعل ذلك، هل تبطل هبته ام تصح؟ فالمشهور انها باطلة وهو قول ابن حزم ورواية عن احمد(رحمهم الله)، والرواية الاخرى: انها تصح ويجب عليه التسوية بأحد الامرين: اما برد ما فضل به البعض، واما اتمام نصيب الاخر[2].

ادلتهم:

1. عن النعمان بن بشير، أَنَّ أباه أتى به إلى رسول الله ﷺ فقال: إني نحلت ابني هذا غلاما، فقال: «أكل ولدك نحلت مثله»، قال: لا، قال: «فأرجعه»[3]، وفي رواية مسلم: «فارددده»[4]، وفي رواية اخرى: قال: «ألك ولد سواه؟»، قال: نعم، قال: فأراه، قال: «لا تشهدني على جور»[5] وجاء في رواية اخرى: «فأشهد على هذا غيري»[6]« أليس يسرك أَنْ يكونوا إليك في البر سواء؟»، قال: بلى، قال: «فلا، إذا»[7].

وجه الدلالة: أَنَّ النعمان كان في ذلك الوقت صغيرا، فكان ابوه قابضا له لصغره، فلما قال النبي ﷺ:«فارددده»، بعد أَنْ كان في حكم المقبوض دل على أَنَّ النحلى من الوالد لبعض ولده دون بعض لا تصح ولا تنعقد له هبة، وقد سمى

---

(1) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع ،مصدر سابق، ج6، ص127. والخطابي، معالم السنن، احمد بن محمد البستي (1932م)،ط1،ج 3، ص172، المطبعة العلمية ، حلب. وابن حزم، المحلى، مصدر سابق، ج8، ص96.وابن جزي، القوانين الفقهية، مصدر سابق، ص241. والنووي، المجموع، مصدر سابق، ج15، ص371. والعيني، عمدة القاري، مصدر سابق ، ج13، ص142.وابن حجر، فتح الباري، مصدر سابق، ج5، ص221. وابن قدامة، الكافي ، مصدر سابق، ج2، ص259. وابن تيمية ، الفتاوى الكبرى، مصدر سابق،ج4، ص516.

(2) ينظر: ابن حزم، المحلى، مصدر سابق، ج8، ص100. وابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج6، ص51. المرداوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج7، ص79. وابن حجر، فتح الباري، مصدر سابق، ج5، ص214.

(3) ينظر: البخاري، الجامع المسند الصحيح، مصدر سابق، باب الهبة للولد، وإذا أعطى بعض ولده شيئا لم يجز، حتى يعدل بينهم ويعطي الآخرين مثله، رقم:2586، ج3، ص157.

(4) ينظر: النيسابوري، صحيح مسلم، مصدر سابق، باب كراهة تفضيل بعض الأولاد في الهبة، رقم: 1623، ج3، ص1224.

(5) ينظر: البخاري، الجامع المسند الصحيح، مصدر سابق،باب لا يشهد على شهادة جور إذا أشهد، رقم:2650، ج3، ص171.

(6) ينظر: النيسابوري، صحيح مسلم، مصدر سابق، باب كراهة تفضيل بعض الأولاد في الهبة، رقم: 1623، ج3، ص1243.

(7) ينظر: النسائي، السنن الكبرى، ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين لخبر النعمان، رقم:6474، ج6، ص73.

النبي ﷺ ذلك جورا، والجور لا يحل إمضاؤه في دين الـلـه تعالى، ولو جاز ذلك لجاز إمضاء كل جور وكل ظلم، وهـذا هـدم الإسلام جهارا. والموت لا يغيره عن كونه جورا وحراما، فيجب رده، ولهذا لا تجوز المفاضلة بين الاولاد في النحلى[1].

اعترض عليهم:

إنَّ حديث النعمان الذي ذكر ليس فيه دليل أنه كان حينئذ صغيرا ولعله قد كان كبيرا ولم يكن قبضه[2].

اجيب: بأَنَّ النعمان ولد بعد الهجرة بلا خلاف، وكان أوّل مولود في الإسلام من الأنصار بعـد الهجـرة بأربعـة عشر شهرا[3]،والذي تضافرت عليه الروايات أنه كان صغيرا وكان أبوه قابضا له لصغره فأمر برد العطية المذكورة بعد ما كانـت في حكم المقبوض[4].

2. عن ابن عباسرضي الله عنهما، عن النبي ﷺ قال: «سووا بين أولادكم في العطية فلو كنت مفضلا أحدا لفضلت النساء»[5]
3. عن محمد سيرين، أَنَّ سعد بن عبادةرضي الله عنه، قسم ماله بين بنيه في حياته فولد له ولد بعد ما مات فلقـي عمـر أبـا بكررضي الله عنه فقال: «ما نمت الليلة من أجل ابن سعد هذا المولود، ولم يترك له شيئا» فقال أبـو بكـر: «وأنـا والـلـه مـا نمت الليلة» أو كما قال: من أجله فانطلق بنا إلى قيس بن سعد نكلمه في أخيه فأتيـاه فكلـماه فقـال قـيس: أمـا شيء أمضاه سعد فلا أرده أبدا ولكن أشهدكما أَنَّ نصيبي له[6].

وجه الدلالة: أَنَّ قيساً قد زاد على حقه، وإقرار أبي بكر لتلك القسـمة دليـل عـلى صـحة اعتـدالها، ولأنهـا عطيـة لولده فلزمت بالموت كما لو انفرد ولأنه حق للأب يتعلق بمال الولد فسقط بموته كالأخذ من ماله[7].

4. قول الصديق أبا بكر لعائشةرضي الله عنها: «يا بنية إني نحلتك نحلا من خير وإني أخاف أَنْ أكون آثرتك على ولدي وإنك لم تكوني حزتيه فرديه على ولدي» فقالت عائشة: يا أبتاه، لو كانت لي خير بجدادها لرددتها[8].

وجه الدلالة: أَنَّ الصديق رد نحلته لام المؤمنين؛ لأنه لم يعط سائر كما وهبها.

5. عن بهز بن حكيم عن أبيه حكيم بن معاوية عن أبيه معاوية بن حيدة أَنَّ أباه حيدة كان له بنون لعلات أصاغر ولده، وكان له مال كثير فجعله لبني علة واحدة، فخرج ابنه معاوية حتـى قـدم عـلى عـثمان بـن عفـان فـأخبره

---

(1) ينظر: ابن حزم، المحلى، مصدر سابق، ج8، ص100. والطحاوي، شرح معاني الآثار ، مصدر سابق، ج4، ص84. وابـن قدامـة، المغنـي، مصـدر سابق، ج6، ص60. وابن قدامة، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص278.

(2) ينظر الطحاوي، شرح معاني الآثار ، مصدر سابق، ج4، ص84. وأبو المحاسـن، يوسـف بـن مـوسى، المعـتصر مـن المخـتصر، ج2، ص63، عـالم الكتب، بيروت.

(3) ينظر: ابن سعد، الطبقات الكبرى، مصدر سابق، ج6، ص122.

(4) ينظر: ابن حجر، فتح الباري، مصدر سابق، ج5، ص214. وحديث النعمان هذا هو من اهـم الاحاديـث التـي اسـتدل بهـا جميـع اصـحاب المذاهب على اختلاف الاقوال الثلاث وانما كان اختلافهم يرجع في تعدد الروايات المختلفة والمتعارضة والسبب يرجع في ذلك كما قال ابـن حجر في الفتح:" وغاية ما فيه أن بعض الرواة حفظ ما لم يحفظ بعض أو كان الـنعمان يقـص بعـض القصـة تـارة ويقـص بعضـها أخـرى فسمع كل ما رواه فاقتصر عليه والـلـه أعلم" وقد اورد الامام الطحاوي وفي شرح مشكل الاثـار ج13، ص69-80. ، وابـن حجـر في الفـتح ج5، ص212-216. ، والعيني في شرحه لصحيح البخاري ج13، ص442-248، جميع الاشكالات والاعتراضـات الداخلـة عـلى هـذا الحـديث لجميع الآراء.

(5) ينظر: الطبراني، المعجم الكبير، مصدر سابق، رقم:11997، ج11، ص354.

(6) ينظر: عبد الرزاق، المصنف، مصدر سابق، باب التفضيل في النحل، رقم: 16498، ج9، ص98.

(7) ينظر: ابن حزم، المحلى، مصدر سابق، ج8، ص98. وابن قدامة، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص273.

(8) ينظر: عبد الرزاق، المصنف، مصدر سابق، باب النحل، رقم: 16508، ج9، ص110. وابن حزم، المحلى، مصدر سابق، ج8، ص96.

بذلك، فخير عثمان الشيخ بين أَنْ يرد إليه ماله وبين أَنْ يوزعه بينهم؟ فارتد ماله، فلما مات تركه الأكابر لإخوتهم.[1]

6. اثار التابعين في ذلك فعن مجاهد قال: "من نحل ولدا له نحلا دون بنيه فمات فهو ميراث" وعن ابن طاووس عن أبيه قال في الولد: "لا يفضل أحد على أحد بشعرة، النحل باطل، هو من عمل الشيطان، اعدل بينهم كبارا وأبنهم به"، قال ابن جريج: "قلت له: هلك بعض نحلهم ثم مات أبوهم؟ قال: للذي نحله مثله من مال أبيه"[2].
7. من حجة من أوجبه أنه مقدمة الواجب لأن قطع الرحم والعقوق محرمان فما يؤدي إليهما يكون محرما والتفضيل مما يؤدي إليهما، كتزويج المرأة على عمتها أو خالتها[3].

القول الثاني:

إِنَّ التفضيل مكروه وليس بحرام والهبة صحيحة، فلا تجب التسوية بين الاولاد بل تستحب، ويكره التفضيل، وبه قال ابو حنيفة، ومالك في اشهر قوليه، والشافعي[4](رحمهم الله).

واختلف في التسوية عند الحنفية: فعند محمد يسوي بين الأولاد في العطية على سبيل الإرث للذكر مثل حظ الأنثيين، وعند أبي يوسف يسوى بين الذكور والإناث وعليه الفتوى[5] وهو قول المالكية والشافعية[6](رحمهم الله).

وقال ابو يوسف: تجب التسوية إِنَّ قصد بالتفضيل الاضرار، وظاهر قول الحسن بن محمد يقتضي ذلك. فإن وهب ماله كله للواحد جاز قضاء وهو آثم، هذا اذا كانوا متساوين في الدرجة أما عند عدم التساوي كما إذا كان أحدهم مشتغلا بالعلم لا بالكسب لا بأس أَنْ يفضله على غيره أي لا يكره إذا كان التفضيل لزيادة فضل له في الدين[7].

ادلتهم:

1. حديث النعمان ابن بشير السابق.

ووجه الدلالة: أَنَّ الامر بالتسوية محمول على الندب والنهي عن التفضيل محمول على التنزيه، فأشار إلى العدل بين الأولاد في النحلة وهو التسوية بينهم ؛لأن في التسوية تأليف القلوب والتفضيل يورث الوحشة بينهم فكانت التسوية أولى، ولو نحل بعضا وحرم بعضا جاز من طريق الحكم لأنه تصرف في خالص ملكه لا حق لأحد فيه[8].

---

(1) ينظر: ابن أبي شيبة، التاريخ، مصدر سابق، ج3، ص969. وابن حزم، المحلى، مصدر سابق، ج8، ص96.

(2) ينظر: وابن حزم، المحلى، مصدر سابق، ج8، ص97.

(3) ينظر: ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج6، ص52. وابن حجر، فتح الباري، مصدر سابق،ج5،ص214.

(4) ينظر: الطحاوي، المختصر، مصدر سابق، ص138. والسرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج12، ص56. والباجي، المنتقى شرح الموطأ، ج6، ص93. وابن عبد البر، الإستذكار، مصدر سابق، ج7، ص226.الماوردي، الحاوي الكبير ، مصدر سابق، ج7، ص545. والنووي، شرح مسلم، مصدر سابق، ج11، ص66. والنووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج5، ص378.

(5) ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج12، ص56. والحصفكي ،الدر المختار، مصدر سابق، ص562.

(6) ينظر: ابن عبد البر، الإستذكار، مصدر سابق، ج7، ص226.الماوردي، الحاوي الكبير ، مصدر سابق، ج7، ص545. النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج5، ص378.

(7) ينظر: ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج7، ص288.وعلي حيدر، شرح مجلة الاحكام،ج2، ص247.

(8) ينظر: الشافعي، الأم، مصدر سابق، ج8، ص234.الكاساني، بدائع الصنائع ،مصدر سابق، ج7، ص127.

اعترض عليهم: إنَّ مجيء والد النعمان الى النبي ﷺ كان من باب المشورة ولم تتم الهبة حينها، وأن النحل لبعض ولده لا ينعقد ولا يملكه المنحول وقوله ﷺ :«لا أشهد على جور»، فكان ذلك سنة من النبي ﷺ ألا يشهد على عطية يتبين فيها الجور [1].

اجيب: إنَّ قوله ﷺ:«فأشهد على هذا غيري» دليل على صحة العقد، بدليل اباحة اشهاد الغير، وأن الملك ثابت لأنه لو لم يثبت لا يصح قوله، وليس فيه شيء من ذكر فساد العقد المعقود على التفضيل، فلو لم يصح لبين له ولم يأمره لأن يشهد عليه غيره[2].

2. ان أبا بكر ﷺ قد أعطى عائشة رضي الله عنها دون سائر ولده ورأى ذلك جائزا ورأته هي كذلك ولم ينكره عليهما أحد من أصحاب النبي ﷺ ورضي عنهم. فنحلة الصديق ام المؤمنينﷺ نخل العالية يدل على جواز تفضيل بعض الاولاد[3].
3. وهذا عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه قد فضل بعض أولاده أيضا فيما أعطاهم على بعض ولم ينكر ذلك عليه منكر، فكيف يجوز لأحد أَنْ يحمل فعل هؤلاء على خلاف قول النبي ﷺ. ولكن قول النبي ﷺ عندنا فيما ذكرنا من ذلك إنما كان على الاستحباب كاستحبابه التسوية بين أهله في العطية[4].
4. تفضيل عمر ﷺ ولده عاصما بشيء أعطاه إياه[5].وعن نافع ، أَنَّ ابن عمر " قطع ثلاثة أرؤس أو أربعة لبعض ولده دون بعض" قال بكير: حدثني القاسم بن عبد الرحمن الأنصاري ، أنه انطلق هو وابن عمر حتى أتوا رجلا من الأنصار فساوموه بأرض له فاشتراها منه، فأتاه رجل فقال: إني رأيت أنك اشتريت أرضا وتصدقت بها، قال ابن عمر: " فإن هذه الأرض لابني واقد؛ فإنه مسكين " نحله إياها دون ولده [6].
5. عن عمر بن المنكدر ، أَنَّ رسول الله ﷺ قال: " كل ذي مال أحق بماله " قال ابن وهب: يصنع به ما شاء، وهذا يدل على أَنَّ الاب له أَنْ يختص ببعض ماله او كله بعض اولاده دون بعض[7].
6. الإجماع انعقد على جواز عطية الرجل ماله لغير ولده فإذا جاز له أَنْ يخرج جميع ولده من ماله جاز له أَنْ يخرج عن ذلك بعضهم [8].

---

(1) ينظر: ابن عبد البر، الإستذكار، مصدر سابق، ج7، ص227.ابن بطال، علي بن خلف(2003م)، شرح صحيح البخاري (ت: ياسر بن إبراهيم)،ط2، ج7، ص99و103، مكتبة الرشد، الرياض.

(2) ينظر: الطحاوي، شرح معاني الآثار ، مصدر سابق، ج4، ص85-86. والشيرازي، المهذب، مصدر سابق ، ج2، ص333.

(3) ينظر: الطحاوي، شرح معاني الآثار، مصدر سابق، ج4، ص88. والشيرازي، المهذب، مصدر سابق ، ج2، ص334. والعمراني، البيان، مصدر سابق، ج8، ص114.

(4) ينظر: والطحاوي، شرح معاني الآثار، مصدر سابق، ج4، ص88. والشيرازي، المهذب، مصدر سابق ، ج2، ص334. والعمراني، البيان، مصدر سابق، ج8، ص114.

(5) ينظر: المزني، مختصر المزني ، مصدر سابق، ج8، ص234.

(6) ينظر: البيهقي، السنن الكبرى ، مصدر سابق، باب ما يستدل به على أن أمره بالتسوية بينهم في العطية على الاختيار دون الإيجاب، رقم: 12006،ج6، ص296.

(7) ينظر: البيهقي، السنن الكبرى ، مصدر سابق، باب ما يستدل به على أن أمره بالتسوية بينهم في العطية على الاختيار دون الإيجاب، رقم: 12007،ج6، ص296.

(8) ينظر: ابن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة ، مصدر سابق، ج2، ص1003. وابن حجر، فتح الباري، مصدر سابق،ج5،ص215.

القول الثالث:

جواز التفضيل لسبب.

وهو مذهب الامام احمد (رحمه اللـه) حيث قال:" لا بأس به إذا كان لحاجة، وأكرهه إذا كان على سبيل الأثـرة"[1]، ومتأخري الحنفية[2](رحمهم اللـه).

وبذلك قال القاض ابو الوليد من المالكية:" وعندي أنه إذا أعطى البعض على سبيل الإيثار أنه مكروه، وإنما يجوز ذلك ويعرى من الكراهية إذا أعطى البعض لوجه ما من جهة يختص بها أحدهم، أو غرامة تلزمه، أو خير يظهر منه فيخص بذلك خيرهم على مثله"[3].

أي اذا كان واقع البعض يقتضي التفضيل، مثل اختصاصه بحاجة، أو عمى، أو كـثرة عائلـة، أو اشـتغاله بـالعلم أو نحوه من الفضائل، أو صرف عطيته عن بعض ولده لفسقه، أو بدعته، أو لكونه يستعين بما يأخذه عـلى معصـية الـلــه، أو ينفقه فيها.

ادلتهم:

1. قياسهم على جواز التخصيص والتفضيل في الوقف[4]، وقوله تعالى:{ هَلْ جَزَاءُ الْإِحْسَانِ إِلَّا الْإِحْسَانُ} [الرحمن:60].
2. استدلوا بما احتج به اصحاب القول الاول والثاني من فعل الصديق والفاروق وابنه عبد الـلـه وعبـد الـرحمن بـن عوفﷺ، واجابوا عن حديث النعمان بنه قضية في عين لا عموم لها[5].

(1) ينظر: ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج6، ص53. الزركشي ،شرح الخرقي، مصدر سابق،ج4، ص308.

(2) ينظر: شيخ زاده، مجمع الأنهر، مصدر سابق، ج2، ص285.

(3) ينظر: الباجي، المنتقى شرح الموطأ، ج6، ص93.

(4) ينظر: ابن قدامة، الكافي ، مصدر سابق، ج2، ص260. وابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج6، ص10وما بعدها.

(5) ينظر: ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج6، ص53.

المسالة الرابعة

قسمة الدور

تتضمن هذه المسألة ذكر قسمة الدور المشتركة بين الشركاء وحال المقتسمين فيها، ولا بد من ذكر أَنَّ القسمة فيها إما أَنْ تقع بالتراضي بين الشركاء، وإما أَنْ تقع بالإجبار، اما قسمة التراضي في المال المشترك، فلا خلاف بين الفقهاء في جوازها ، سواء اكان ذلك بجمع نصيب كل مشريك في عين من اعيان المال او تفرقته على انواع المال، وسواء اكان المقسوم جنسا واحدا او جنسين قيميا او مثليا او كان متساويا في الصورة والقيمة بحيث لا يحتاج الى تعديل او كان محتاجا الى تعديل او رد[1].

اما اذا كان المشترك بين الشركاء دار واحدة متعددة البيوت او دارين او اكثر، ولم يتفقوا على قسمتها فطلب بعضهم أَنْ تقسم كل دار بانفرادها، وامتنع البعض الاخر او طلب بعض الشركاء أَنْ تقسم لكل واحد دار ها الذي هو اختلف فيه الفقهاء فيه.

وقسمة الدور تنقسم على نوعين:

النوع الاول: قسمة الدور المتعددة.

النوع الثاني: قسمة الدار الواحدة ذات البيوت المتعددة.

وسأتناول النوعين بالدراسة:

(1) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع ،مصدر سابق، ج7، ص19-22. والحطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج5، ص335-336. الرملي، محمد بن أبي العباس(1984م)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج8، ص286، دار الفكر، بيروت. والبهوتي، كشاف القناع ، مصدر سابق، ج6، ص371.

النوع الاول

قسمة الدور المتعددة.

اذا طلب احد الشريكين في دارين أَنْ يجمع له نصيبه في احدهما وامتنع الاخر فهل يجبر الممتنع او لا؟.

اختلف الفقهاء على ذلك على ثلاثة اقوال:

القول الاول:

لا يجبر الممتنع وتقسم كل دار بينهما على حده سواء كانت متقاربة او متباعدة از متساوية القيمة او مختلفة.

وبه قال الائمة ابو حنيفة[1]، والشافعي[2]، والحنابلة[3](رحمهم الله).

ادلتهم:

استدل اصحاب هذا القول بالأدلة الاتية:

1. ان الدور أجناس مختلفة نظرا لتعدد المقاصد في وجوه السكنى والاعتبار لأنه المقصود، وهو يختلف باختلاف البلدان والمحال والجيران والقرب الى المسجد والماء اختلافا فاحشا فلا يمكن التعديل في القسمة، ولهذا لا يجوز التوكيل بشراء دار، وكذا لو تزوج امرأة على دار لا تصح التسمية كما هو الحكم فيهما في الثوب[4].

ويناقش: بان هذا الضرر الناتج عن عدم امكان التعديل يقابله ضرر تفرق النصيب في محلات متعددة وما ينتج عن ذلك من قلة قيمتها وفساد كثير من منافعها ونخو ذلك.

واجيب: إِنَّ ترجيح مراعاة ضرر الممتنع على مراعاة ضرر مريد الجمع با الممتنع يريد الانتفاع بحقه من كل دار[5]، وخو ممكن فلا يحرم منه بالإضافة الى عدم اجبار الممتنع بجعلهما متساويين في الضرر والانتفاع، بعكس الجمع فانه يترتب عليه انتفاع احدهما وتضرر الاخر.

وقد يرد هذا من وجهين:

احدهما : انه قد لا يلحق الممتنع ما ذكر من الضرر الناتج عن اختلاف المحال والجيران كما لو كانت الداران بجانب بعضهما البعض وتفصيلهما واحد وقربهما من المسجد والماء.

الثاني: إِنَّ الممتنع من قسمة الدار الواحدة يريد الانتفاع بحقه من كل جزء منها، ومع ذلك يجبر على القسمة مع اختلاف بيوتها في الانتفاع فكذلك الممتنع من قسمة الدارين، بل ههنا أولى؛ لان الجمع انما يكون في المتقارب[1].

---

(1) ينظر: الطحاوي، المختصر، مصدر سابق، ص413-414. الزيلعي، تبيين الحقائق ، مصدر سابق، ج5، ص 270. وابن عابدين، رد المحتار، مصدر سابق، ج6، ص262.

(2) ينظر: النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج11، ص211. والحصني، كفاية الأخيار، مصدر سابق، ج2، ص269.

(3) ينظر: ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج10، ص100. والبهوتي، كشاف القناع ، مصدر سابق، ج6، ص381.

(4) ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج15، ص17- 18.

(5) ينظر: النووي، المجموع، مصدر سابق، ج2، ص392-393. وابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج10، ص101.

2. إنَّ الدارين اذا كانتا اجناسا مختلفة فهذا يعني أَنْ تكونا في معنى المعاوضة وعندها يغلب معنى التمييز، والمعاوضة تعتمد التراضي وفي الجنس الواحد معنى التمييز يغلب، وذلك داخل تحت ولاية القاضي، ففي الدور معنى المعاوضة يغلب؛ لان قبل القسمة يتيقن أَنَّ نصيب كل واحد منهم في امكنة متفرقة فاذا جمعها في مكان واحد يكون ذلك بطريق المعاوضة واذا قسم كل ذراع على حدة فمعنى التمييز فيه يغلب؛ لان نصيب كل واحد منهم يكون في امكنة متفرقة بعد القسمة كما كان قبلها[2].
3. إنَّهما شيئان متميزان لو بيع احدهما لم تجب الشفعة فيه لمالك اخر بخلاف الدار الواحدة والبستان الواحد والارض الواحد وان عظمت، فإنها اذا بيع بعضها وجبت الشفعة لمالك البعض الباقي، والشفعة كالقسمة؛ لان كل واحد منهما يراد لإزالة ضرر الشركة ونقصان التصرف فما لا تجب قسمته لا تجب قسمته تجب فيه الشفعة، وما تجب شفعته تجب قسمته[3].

ويناقش من وجهين:

الاول: أَنَّ هذا الدليل لا يصدق على جميع صور الدور؛ لان الشفعة- عند طائفة من اهل العلم- تثبت في الدار المجاورة وعند بعضهم في الدار التي تشترك مع الاخرى في الطريق المشترك -غير النافذ-.

الثاني: لو سلم بعدم ثبوت الشفعة لغير الشريك فانه لا يسلم صحة هذا الاستدلال؛ لان الشركة اذا عمت فيهما والبيع كذلك فان الشفعة تعم فيهما فنقيس القسم على الشفعة فينقلب الدليل عليكم[4].

القول الثاني:

ان الامر في الجمع وعدمه يفوض الى نظر القاضي، إنْ كان الأعدل في الجمع جمع، وان كان الأعدل في التفريق فرق، سواء كانت الدور المتعددة متقاربة ام متباعدة.

وهو قول ابي يوسف ومحمد بن الحسن من الحنفية[5](رحمهم الله).

---

(1) ينظر: القرافي، الفروق، مصدر سابق، ج4، ص26. ومحمد بن علي، تهذيب الفروق (بهامش الفروق)، مصدر سابق، ج4، ص54.

(2) ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج15، ص18.

(3) ينظر: ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج10، ص101.

(4) ينظر: القرافي، الفروق، مصدر سابق، ج4، ص26. ومحمد بن علي، تهذيب الفروق (بهامش الفروق)، مصدر سابق، ج4، ص54.

(5) ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج15، ص17. والمرغيناني، الهداية، مصدر سابق، ج4، ص45. والموصلي، الاختيار، مصدر سابق، ج2، ص76. ويلاحظ ان هذا رأيهما اذ كانت الداران في مصر واحد فان كانت في مصرين فانه لا يجمع جبرا، وعن محمد انه يجمع جبرا ولو كانتا في مصرين، كما انه روي عن ابي حنيفة مثل رأيهما ان كانت الداران متلاصقتين. ينظر: المرغيناني، الهداية، مصدر سابق، ج4، ص45. والزيلعي، تبيين الحقائق ، مصدر سابق، ج5، ص 270.

الادلة:

استدل اصحاب هذا الوقول بالأدلة الاتية:

1. ان المعتبر في القسمة المعادلة في المنفعة المالية والمقصود دفع الضرر، واذا قسم كل دار على حدة ربما يتضرر كل منهما لتفرق نصيبه، واذا قسم الكل قسمة واحد يجتمع نصيب كل واحد منهم في دار وينتفع بذلك، والقاضي نصب ناظرا فيمضي قضاؤه على وجه يرى النظر فيه كما يمضي قضاؤه في المجتهدات على ما يؤدي اليه اجتهاده[1].

ويناقش: إنَّ القاضي ينصب ناظرا فيه نظر؛ لان القاضي قد يخفى عليه كثيرا من الامور المرغبة في احدى الدارين او قد يرى عدم تأثيرها، كما لو لم يكن فارقا بين جيران الدارين او لا يرى فارقا بين المحتلين، وقد يرى عكس ما يراه احد الشريكين من الراحة النفسية في احدى الدارين دون الاخرى فتفويض النظر اليه فيه نظر.

2. ان الدور كلها جنس واحد والتفاوت الذي بين الدارين يمكن تعديله بالقيمة فيفوض الى راي القاضي أَنَّ رأى الأعدل في التفريق فرق، وان رأى الأعدل في الجمع جمع[2].

ويناقش: بنه لو كانتا دارا ودكانا فانه لا ينظر في الاوفق وانما يقسم كل عين على حدتها[3].

وقد يجاب بالمنع؛ لان عدم النظر في الاوفق بين الدار والدكان لاختلاف الجنس بينهما مع التفاوت الفاحش بينهما من جهة ما ينتفع به كل واحد بخلاف الدارين فان منفعتهما واحدة وهي السكنى.

القول الثالث:

يجبر القاضي على الجمع بشرط التساوي في النفاق والرواج وبشرط التقارب في المسافة وحد القرب الميل والميلان.

وبه قال المالكية[4](رحمهم الله).

---

(1) ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج15، ص17.

(2) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع ،مصدر سابق، ج7، ص22. والمرغيناني، الهداية، مصدر سابق، ج4، ص45.

(3) ينظر: ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج10، ص100.

(4) ينظر: ابن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة ، مصدر سابق، ج2، ص190. والحطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج5، ص347. والدسوقي، حاشيته على الشرح الكبير، مصدر سابق، ج5، ص502.

الادلة:

استدل اصحاب هذا القول:

بان قسمة الجمع مع اتفاق المنافع والاماكن اعود بالمنفعة وابعد من المضرة؛ لأنه اذا قسم كل دار قلت قيمتهما وفسد كثير من منافعها ولذلك اثبتت الشفعة في الاملاك، وذلك مما ينمي قيمتها، ومن الامر البين من حصلت له دار بكاملها افضل من أَنْ يحصل له اربع دور من كل دار ربعها[1].

ويناقش: بان ما ذكر-مما يترتب على الجمع- من دفع المضار وتحصيل المنافع صحيح، لكن قد يقابله ضرر مترتب على الجمع، بان يحصل له جميع نصيبه في محلة لا يريدها ولا ترتاح لها نفسه ولا ينشرح صدره للبيت الذي فيها ولا يرتاح لجيرانه، ويمنع من الدار الاخرى التي تتوفر فيها هذه الميزات بالنسبة له ، فيتضرر بذلك ضررا كبيرا.

ثم أَنَّ المالكية لم يذكروا دليلا على تخديد القرب والميل والميلين، وهذا وان التحديد وان سلم فيه نظر؛ لان البلد اذا كان واسعا فان القريب يتساوى مع البعيد عنه بميل او اكثر لتفاوت الرغبات في المحلات، فقد تكون الدار في موضع قريب من الدار الاخرى ولا يمكن تعادلهما بيد انها كانت في محلة ابعد لحصلت المعادلة بنهما في القيمة وهذا مشاهد.

(1) ينظر: الباجي، المنتقى شرح الموطأ، مصدر سابق ، ج6، ص52.

النوع الثاني

قسمة الدار الواحدة ذات البيوت المتعددة

اذا طلب احد الشريكين في دار واحدة او خان كبير أَنْ تقسم بيوته قسمة جمع وامتنع الاخر، فهل يجبر او لا ؟.

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الاول:

أَنْها تقسم قسمة جمع ويحبر الممتنع على ذلك.

وبه قال الائمة: ابو حنيفة[1]، والمالكية[2]، والشافعية[3]، والحنابلة[4](رحمهم الله).

ادلتهم:

استدل اصحاب هذا الوقول بالأدلة الاتية:

1. ان قسمة الجمع تحقق المنفعة لكل واحد وترفع الضرر عنه بعكس قسمة التفريق، فان قسمة كل بيت تنقص به القيمة والمنفعة[5].
2. ان البيت اسم لمسقف واحد له دهليز فلا يتفاوت في المنفعة عادة[6].

القول الثاني:

ان القاضي ينظر في الاصلح والأعدل، فان كان الاصلح قسمتها قسمة جمع قسمها كذلك، وان كان الاصلح قسمتها قسمته تفريق فرق.

وبه قال ابو يوسف، ومحمد بن الحسن من الحنفية[7](رحمهم الله).

ادلتهم:

يستدل اصحاب هذا القول: بان البيوت تتفاوت تفاوتا فاحشا؛ لان الصغير والكبير، والواسع والضيق، فيترك النظر فيها الى القاضي[8].

---

(1) ينظر: الموصلي، الاختيار، مصدر سابق، ج2، ص76. وشيخ زاده، مجمع الأنهر، مصدر سابق، ج2، ص492.

(2) ينظر: الدسوقي، حاشيته على الشرح الكبير، مصدر سابق، ج5، ص502.

(3) ينظر: النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج11، ص211.

(4) ينظر: ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج10، ص100.

(5) ينظر: المطيعي، تكملة المجموع، مصدر سابق، ج19، ص225.

(6) ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج15، ص18.

(7) ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج15، ص18. البابرتي، العناية شرح الهداية، ج9، ص438. والكاساني، بدائع الصنائع ،مصدر سابق، ج7، ص22.

(8) ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج15، ص18. البابرتي، العناية شرح الهداية، ج9، ص438. والكاساني، بدائع الصنائع ،مصدر سابق، ج7، ص22.

ويناقش: بان بيوت الدار يعدل بعضها ببعض، بحيث يأخذ كل واحد مثل ما يأخذه صاحبه مع انتفاع كل واحد بما اخذه من غير اضرار بصاحبه فلا حاجة الى جعل النظر فيها الى القاضي.

الترجيح:

والذي يبدوا لي- فيما سبق- هو القول الاول؛ لقوة ادتهم وسلاكتها من المناقشة في مقابلة القول الثاني، والله اعلم.

المسالة الخامسة

شروط القسام وتعددهم

القاسم:

هو الشخص الذي يتولى عملية القسمة، وقد يتولى الشركاء أنفسهم بالتراضي إجراء عملية القسمة ، وقد يعين الشركاء وكيلا عنهم وقد يعين القاسم من قبل القاضي[1].

الفرع الاول

شروط القسام

ذهب كل مذهب من الفقهاء (رحمهم الله) في بيان شروط القاسم منحا وشروطا خاصة لا تشترك مع باقي المذاهب وتارة تتداخل مع بعضها الآخر، فسأتناول شروط القاسم لدى كل مذهب من مذاهب الفقهاء (رحمهم الله).

اولا: شروط القاسم عند السادة الحنفية

اشترط الحنفية في القاسم شروطاً هي ما يأتي[2]:

1. أَنْ يكون عدلاً اميناً عالماً بالقسمة ، لأنه لو كان غير عدل خائناً أو جاهلاً بأمور القسمة يخاف من الجور في القسمة فلا يجوز. فكونه عادلا، لأن القسمة من جنس عمل القضاء. وكونه أمينا، لأنه يجب أَنْ يعتمد على أقواله وكونه أمينا ؛ لأن الأمانة شرط لاطمئنان القلوب.
2. أن يكون معيناً من القاضي، لأن قسمة غيره لا تنفذ على الصغير والغائب ولأنه أجمع لشرائط الأمانة.
3. بذل الوسع في تعديل الحصص ، والتسوية بين السهام بأقصى الإمكان لئلا يدخل القصور في سهم، وينبغي ألا يداع القاسم حقاً بين شريكين غير مقسوم من الطريق والمسيل والمشرب إلا إذا لم يمكن.، وكذلك ينبغي ألا يضم القاسم نصيب بعض الشركاء إلا إذا رضوا بالضم لأنه يحتاج إلى القسمة ثانياً.
4. أن يقرع بين الشركاء بعد الفراغ من القسمة تطييباً للنفوس ولورود السنه[3] بها ولأن القرعة انفى للتهمة.

والحنفية (رحمهم الله) لم يفرقوا بين قاسم الحاكم والقاسم المنصوب من قبل الشركاء في هذه الشروط [4].

ثانيا: السادة المالكية(رحمهم الله):

---

(1) ينظر: العمراني، البيان، مصدر سابق، ج13، ص128.

(2) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع ،مصدر سابق، ج7، ص18. والزيلعي، تبيين الحقائق ، مصدر سابق، ج5، ص 265. وقاضي زادة، نتائج الافكار، مصدر سابق، ج9، ص439. علي حيدر، شرح مجلة الاحكام،ج3، ص154.

(3) جاء عن عائشة رضي الله عنها، قالت:((كان رسول الله ﷺ إذا أراد سفرا أقرع بين نسائه، فأيتهن خرج سهمها خرج بها معه، وكان يقسم لكل امرأة منهن يومها وليلتها)).ينظر البخاري، الجامع المسند الصحيح، مصدر سابق، رقم 2453، ج3، ص59. ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع ،مصدر سابق، ج7، ص18. والزيلعي، تبيين الحقائق ، مصدر سابق، ج5، ص 265. وقاضي زادة، نتائج الافكار، مصدر سابق، ج9، ص439.

(4) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع ،مصدر سابق، ج7، ص18. والزيلعي، تبيين الحقائق ، مصدر سابق، ج5، ص 265. وقاضي زادة، نتائج الافكار، مصدر سابق، ج9، ص439.

إنَّ السادة المالكية (رحمهم الله) فلم يتعرضوا لبيان شروط القاسم فيما اطلعت عليه من مراجع- إلا انهم ذكروا أَنَّ العدالة لا تشترط في قاسم الشركاء لأن قسمته غير ملزمة لهم، وإنما تشترط في قاسم الحاكم لأن قسمته ملزمة لهم [1].

ثالثا: شروط القاسم عن السادة الشافعية (رحمهم الله).

ان السادة الشافعية (رحمهم الله) فرقوا في شروط القاسم بين أَنْ يكون منصبا من قبل الامام وبين أَنْ يكون منصبا من قبل الشركاء.

فشروط القاسم الذي ينصبه الإمام أو القاضي سبعة شرائط هي [2]:

1. الإسلام.
2. البلوغ.
3. العقل.
4. التكليف.
5. الحرية.
6. الذكورة
7. العدالة.

وعللوا ذلك؛ لأن ما يقوم به القاسم ولاية ومن لم يتصف بما ذكر فليس من أهل الولاية، وزادوا على هذه السبعة شرطاً آخر وهو علم المساحة الذي يعرف به طرق استعلام المجهولات العددية العارضة للمقادير أي كطريق معرفة القلتين بخلاف العددية فقط فإن علمها يكون بالجبر والمقابلة وعلم الحساب لاستدعائهما للمساحة وإنما شرط علمهما لأنهما ألة القسمة [3].

واعتبر الماوردي وغيره مع ذلك أَنْ يكون عفيفاً عن الطمع حتى لا يرتشي ولا يخون واقتضاه كلام الأم وأضافوا ايضاً السمع والبصر والنطق والضبط، وإذا لم يكن القاسم منصوباً من جهة القاضي وتراضى عليه الشريكان فلا يشترط فيه إلا التكليف [4].

ثم اختلفوا هل يشترط فيه معرفة التقويم؟ فيه وجهان أوجههما لا يشترط كما جرى عليه ابن المقري وقال الإسنوي جزم باستحبابه القاضيان البندنيجي وأبو الطيب وابن الصباغ وغيرهم[5].

اما إذا تراضى الشركاء بقاسم جاز أَنْ يكون من ارتضوه عبدا، أو فاسقا، وكانت أجرته في أموالهم ولم تكن في بيت المال[6].

---

(1) ينظر: ابن رشد، بداية المجتهد، مصدر سابق، ج4، ص48. وابن مهنا، الفواكه الدواني، مصدر سابق، ج2، ص243.

(2) ينظر: العمراني، البيان، مصدر سابق، ج13، ص182.والشيرازي، التنبيه، مصدر سابق ، ج1، ص258. النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج11، ص201.

(3) ينظر السنيكي، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، مصدر سابق، ج2، ص269. والبُجَيْرَمِيّ، سليمان بن محمد بن عمر(1995م)، تحفة الحبيب على شرح الخطيب، (بدون طبعة)، ج4، ص403، دار الفكر، بيروت.

(4) ينظر: الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج16، ص246.والشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج6، ص327.

(5) ينظر البُجَيْرَمِيّ، تحفة الحبيب، مصدر سابق، ج4، ص404. السنيكي، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، مصدر سابق ، ج4، ص330.

(6) ينظر: الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج16، ص246. والرملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج8، ص283.

رابعا: شروط القاسم عند السادة الحنابلة (رحمهم الله).

ان السادة الحنابلة (رحمهم الله) فرقوا في شروط القاسم بين أَنْ يكون منصبا من قبل الامام وبين أَنْ يكون منصبا من قبل الشركاء.

فشروط القاسم الذي ينصبه الإمام هي أَنْ يكون[1]:

1. مسلماً عدلاً؛ ليقبل قوله في القسمة.
2. أن يكون عارفا بالقسمة ليحصل منه المقصود لأنه إذا لم يعرفها لم يكن تعيينه للسهام مقبولا
3. أن يكون عارفا بالحساب لأنه كالخط للكتاب.

وأما إذا كان القاسم منصبا من قبل الشركاء فلا يشترط فيه إلا التكليف كالشافعية[2].

من خلال النظر في شروط القاسم لدى مذاهب الفقهاء نجد أنهم يفرقون بين شروط القاسم والمختار من قبل الحاكم وبين شروط القاسم المختار من قبل الشركاء أنفسهم، فيشترطون في القاسم المنصوب من قبل الحاكم ما لا يشترطون في القاسم المختار من قبل الشركاء، لأن القاسم المُنصّب من قبل الحاكم يعتبر نوع ولاية فيشترط فيه ما يشترط في الوالي، وليس كذلك قاسم الشركاء، ويتبنى على ذلك أَنَّ قسمة قاسم الحاكم ملزمة للشركاء بعد القرعة، بينما لا يلزم الشركاء بقسمة قاسمهم بعد القرعة إذا لم يتراضوا عليها.

وأيضاً نلاحظ أَنَّ الحنفية[3](رحمهم الله) خالفوا الجمهور[4](رحمهم الله) في عدم اشتراط الذكورة والإسلام في القاسم وحجتهم في ذلك أَنَّ المرأة والذمي جميعاً من أهل البيع فكانوا في أهل القسمة.

ولا يَسلَم لهم هذا القياس، لأن في القسمة نوع ولاية من القاسم على الشركاء وليس كذلك البيع، فلا بد من الذكورة في القاسم لأن الشرائع متفقة على وجوب المحافظة على العرض وهو يقتضي صون النساء عن الاختلاط بالرجال وطبيعة عمل القاسم تقتضي اختلاطه بالرجال من جهة وتتطلب مزيداً من الجهد والمشقة تبعاً لاختلاف المقسومات، وهذا لا يتناسب وطبيعة المرأة وكذلك لابد من كون القاسم مسلماً، لأن في القسمة نوع ولاية من القاسم على الشركاء والغالبية العظمى للمتقاسمين في البلاد الإسلامية مسلمون، وليس لغير المسلم ولاية على المسلمين لقوله تعالى: {وَلَنْ يَجْعَلَ اللهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا}[النساء: 41].

---

(1) ينظر: ابن قدامة، الكافي ، مصدر سابق، ج4، ص246. الكلوذاني، الهداية، مصدر سابق، ص578.

(2) ينظر: البهوتي، كشاف القناع ، مصدر سابق، ج6، ص368. والحجاوي، الإقناع ، مصدر سابق، ج4، ص416.

(3) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع ،مصدر سابق، ج7، ص18. والزيلعي، تبيين الحقائق ، مصدر سابق، ج5، ص 265. وقاضي زادة، نتائج الافكار، مصدر سابق، ج9، ص439.

(4) ينظر: ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج11، ص507.

الفرع الثاني

تعدد القاسم

اختلف الفقهاء في اشتراط تعدد القاسم وعدم اشتراطه أو اشتراطه في نوع من القسمة دون آخر على أقوال ثلاثة:

القول الأول: إنَّ التعدد شرط في القاسم إذا اشتملت القسمة على تقويم أو تعديل أما إذا لم تشتمل على تقويم فواحد يكفي.

ذهب إلى هذا القول: بعض المالكية والشافعية في الأظهر والحنابلة[1](رحمهم الله).

القول الثاني: إنَّ التعدد ليس شرطاً في القاسم مطلقاً بل يكفي قاسم واحد فقط سواء اشتملت القسمة على تقويم وتعديل أم لت تشتمل على شيء من ذلك.

ذهب إلى هذا الرأي الحنفية وجمهور المالكية[2](رحمهم الله).

القول الثالث: إنَّ التعدد في القاسم شرط على الاطلاق سواء أكان في القسمة تعديل وتقويم أم لم يكن، فشرطه ما دام منصوباً من قبل الحاكم أَنْ يكون اثنين على الأقل، وقال بهذا القول بعض المالكية ، والشافعية في قول[3](رحمهم الله).

الأدلة:

استدل أصحاب القول الأول على ما ذهبوا إليه من اشتراط تعدد القاسم إذا اشتملت على تقويم وعدم اشتراطها إذا لم تشتمل عليه؛ بأن القسمة إذا اشتملت على تقويم كانت شهادة بالقيمة ولا بد في الشهادة من اثنين على الأقل فقاسوها هنا على الشهادة وفي حالة عدم وجود تقويم قاسوها على المفتي والطبيب والحاكم[4].

وأما أصحاب القول الثاني فاستدلوا على ما ذهبوا إليه من أَنَّ التعدد لا يشترط في القاسم مطلقاً. أَنَّ طريق القاسم الخبر عن علم يختص به القليل من الناس كالقائف والطبيب والمفتي فكان الواحد كافياً، فقاسوا هنا القاسم على هؤلاء لأن عملهم من باب الخبر لا الشهادة والخبر يكفي فيه الواحد[5].

وأما القائلون بالقول الثالث فاستدلوا على ما ذهبوا إليه من أَنَّ التعدد شرط في القاسم على الاطلاق بأن القاسم شاهد فيشترط فيه نصاب الشهادة وهو اثنان على الأقل. فقاسوا هنا القاسم على الشاهد في حالتيه حالة الحاجة إلى تقويم وعدم ذلك والشاهد متعدد فكذا هذا[6].

---

(1) ينظر: الأزهري، صالح بن عبد السميع، جواهر الاكليل شرح مختصر خليل، ج1، 165، مكتبة الثقافة، القاهرة. والنووي، المجموع، مصدر سابق، ج22، ص425. الغزالي، ابو حامد مجمد بن محمد، الوجيز في فقه الامام الشافعي، 2ج، ص247، دار المعرفة، بيروت. والشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج4، ص419.

(2) ينظر: المرغيناني، الهداية، مصدر سابق، ج4، ص326. والحطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج7، ص408-409.

(3) ينظر: الأزهري، جواهر الاكليل، مصدر سابق، ج1، 165. والشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج4، ص419.

(4) ينظر: النووي، المجموع، مصدر سابق، ج22، ص425. والشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج4، ص419.

(5) ينظر: الحطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج7، ص408-409.

(6) ينظر: الأزهري، جواهر الاكليل، مصدر سابق، ج1، 165. والشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج4، ص419.

المبحث الثاني

المسائل المقارنة داخل المذهب الحنفي

وفيه سبعة مسائل:

المسألة الأولى: الاستئجار على فعل الطاعات.

المسألة الثانية: طلب الخصومة والتملك في الشفعة.

المسألة الثالثة: في بيان كيفية القسمة في عرصة الدار الواحدة.

المسألة الرابعة: الإجارة على أحد الشرطين.

المسألة الخامسة: حق استرداد طلب الشفعة.

المسألة السادسة: التكيف الفقهي للمهايأة.

المسألة السابعة: الاستئجار على المعاصي

المسألة الاولى

الاستئجار على فعل الطاعات

من (صلاة وصيام وحج وقراءة للقرآن وتعليمه والاذان والفقه ونحوها)

وهو على قسمين:

القسم الاول:

استئجار الشخص لكي يصلي بدل منه او يـزكي او يصـوم ويقـرأ القـرآن لـه فهـو باطـل لا يجـوز؛ فالمـذهب عنـد الحنفية: أَنَّ كل طاعة يختص بها المسلم فالاستئجار عليها باطل[1]؛لأَنَه لو جاز يوجب على القاضي جبر الأجير عليها ولا وجه إليه، لأَنَّ أخذها لا يجبر على الطاعات[2]، ولأَنَّ شكر النعمـة واجـب عقـلا وشرعـا ومـن قضى حقـا مسـتحقا عليـه لغـيره لا يستحق قبله الأجر كمن قضى دينا عليه في الشاهد وعلى هذا يخرج الاستئجار على الصوم والصلاة والحج أَنَه لا يصح؛ لأَنَها من فروض الأعيان، ولأَنَه غير مقدور الاستيفاء في حق الأجير لتعلقه بالمتعلم فأشبه الاسـتئجار لحمـل خشـبة لا يقـدر عـلى حملها بنفسه، ولا على الجهاد؛ لأَنَه فرض عين عند عموم النفير وفرض كفاية في غـير تلـك الحـال وإذا شـهد الوقعـة فتعـين عليه فيقع عن نفسه[3].

القسم الثاني:

استئجار الشخص على الامامة، ورفع الاذان و تعليم القرآن الكريم، ففي هذا القسم **رأيان الاول:** اتفـاق الامـام ابو حنيفة ومحمد وابو يوسف على عدم الاستئجار فيه وذلك للأدلة التالية[4]:

1. قوله تعالى:{ مَنْ كَانَ يُرِيدُ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا نُوَفِّ إِلَيْهِمْ أَعْمَالَهُمْ فِيهَا وَهُـمْ فِيهَـا لَا يُبْخَسُـونَ}[هـود:45] ففـي هذا دليل على أَنَّ ما سبيله أَنْ لا يفعل إلا على وجه القربة لا يجوز أخذ الأجـرة عليـه، لأَنَّ الأجـرة مـن حظـوظ الدنيا، فمتى أخذ عليه الأجر فقد خرج من أَنْ يكون قربة بما تلوناه من الكتاب[5].
2. عن عبد الرحمن بن شبل الأَنْصاري ﷺ أَنَّ النبي ﷺ قـال:« اقـرءوا القـرآن، ولا تـأكلوا بـه، ولا تسـتكثروا بـه، ولا تجفوا عنه، ولا تغلوا فيه»[6]

---

(1) ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق ص16، ص37. والقدوري، المختصر، مصدر سابق، ص104. وابن السَّاعَاتِي، مجمع البحرين ، مصدر سابق، ص386.

(2) ينظر: ابن مازة، المحيط البرهاني، مصدر سابق ،ج7، ص481.

(3) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع ،مصدر سابق ، ج4،ص191 .

(4) هذه الادلة النقلية والعقلية مأخوذة من امهات الكتب الحنفية.

(5) ينظر: الجصاص، أحكام القرآن،ج3، ص211.

(6) ينظر: ابن أبي شيبة، المصنف، باب في الرجل يقوم بالناس في رمضان فيعطى، رقم: 7742 ،ج2، ص168. والشيباني، المسـند، مصـدر سـابق، رقم: 15535،ج24، ص295.

3. عن أبي بن كعبﷺ، قال: علمت رجلا القرآن، فأهدى إلي قوسا، فذكرت ذلك لرسول اللـه ﷺ، فقال:« إِنْ أخذتها أخذت قوسا من نار» ، فرددتها[1].
4. عن عبادة بن الصامتﷺ ، قال: كان رسول اللـه ﷺ يشغل، فإذا قدم الرجل مهاجرا دفعه إلى رجل منا يعلمه القرآن، فدفع إلي رسول اللـه ﷺ رجلا كان معي في البيت، وكنت أعشيه عشاء البيت، وكنت أقرئه القرآن، فانصرف إلى أهله فرأى أَنَّ عليه حقا، فأهدى لي قوسا لم أر أجود منها عودا، ولا أحسن منها عطفا، فأتيت رسول اللـه ﷺ فقلت ما ترى يا رسول اللـه؟ فقال: «جمرة بين كفيك» فعلقتها أو قال فقلدتها" [2].
5. عن عثمان بن أبي العاص ﷺ، قال: قلت: يا رسول اللـه، اجعلني إمام قومي، قال: ((أنت إمامهم فاقتد بأضعفهم، واتخذ مؤذنا لا يأخذ على أذأَنَه أجرا))[3]
6. عن يحيى البكاء أَنَّ رجلا قال لابن عمرﷺ: إني أحبك في اللـه. فقال له ابن عمر:" لكني أبغضك في اللـه؛ لأَنَّك تبغي في أذانك أجرا، وتأخذ على الأذان أجرا"[4].
7. ولأَنَّ من يعلم غيره القرآن فهو خليفة رسول اللـه ﷺ فيما يعمل فأَنَه بعث معلما وهو ما كان يطمع في أجر على التعليم. فكذلك من يخلفه وعمله ذلك قربة ومنفعة عمل يحصل له فذلك يمنعه من التسليم إلى غيره وبدون التسليم لا يجب الأجر. والدليل عليه أن المؤذن

والمصلي خليفة النبي ﷺ وهو ما كان يأخذ أجرا كما قال اللـه تعالى: {قل لا أسألكم عليه أجرا} [الأَنعام: 90].
8. ولأَنَّ الاستئجار على الأذان، والإقامة، والإمامة، وتعليم القرآن والعلم سبب لتنفير الناس عن الصلاة بالجماعة وعن تعليم القرآن والعلم؛ لأَنَّ ثقل الأجر يمنعهم عن ذلك وإلى هذا أشار المولى - جل شأَنَه - في قوله تعالى:{أَمْ تَسْأَلُهُمْ أَجْرًا فَهُمْ مِنْ مَغْرَمٍ مُثْقَلُونَ }[الطور: 40] فيؤدي إلى الرغبة عن هذه الطاعات وهذا لا يجوز[5].
9. ولأَنَّ القربة متى حصلت وقعت عن العامل ولهذا تعتبر أهليته فلا يجوز له أخذ الأجر من غيره كما في الصوم والصلاة[6].
10. ولأَنَّ التعليم مما لا يقدر المعلم عليه إلا بمعنى من قبل المتعلم فيكون ملتزما ما لا يقدر على تسليمه فلا يصح[7].
11. ولأَنَّ الأجير لا يقدر على إيفاء العمل بنفسه فلا يقدر المستأجر على الاستيفاء[8].

فقد ثبت بما ذكرنا من الادلة النقلية والعقلية كراهية الاستئجار على الأذان وتعليم القرآن؛ لأَنَّ رسول اللـه ﷺ قد أمر بالتبليغ عن اللـه ولو آية من كتاب اللـه وأوجب اللـه على نبيه التبليغ عنه فقال { يَا أَيُّهَا الرَّسُولُ بَلِّغْ مَا أُنْزِلَ إِلَيْكَ مِنْ رَبِّكَ وَإِنْ لَمْ تَفْعَلْ فَمَا بَلَّغْتَ رِسَالَتَهُ وَاللـهُ يَعْصِمُكَ مِنَ النَّاسِ} [المائدة: 67]

---

(1) ينظر: ابن ماجة، السنن، مصدر سابق، باب الأجر على تعليم القرآن، رقم: 2158 ، ج2، ص730..
(2) ينظر: الطبراني، سليمان بن أحمد(1984م)، مسند الشاميين تحقيق: حمدي بن عبدالمجيد السلفي، ط1، رقم: 2237، ج، ص، مؤسسة الرسالة، بيروت
(3) ينظر: ابن أبي شيبة، المصنف، باب من كره للمؤذن أن يأخذ على أذانه أجرا، رقم: 2369 ،ج1، ص206. والشيباني، المسند، مصدر سابق، رقم: 16271 ،ج26، ص201.
(4) ينظر: الطحاوي، شرح معاني الآثار ، مصدر سابق، ج4، ص128.
(5) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع ،مصدر سابق ، ج4،ص191 .
(6) ينظر: المرغيناني، الهداية، مصدر سابق ،ج3، ص238.
(7) ينظر: المصدر السابق.
(8) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع ،مصدر سابق ، ج4،ص189 .

وكان الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني والقاضي الإمام ركن الإسلام علي السغدي ممن لا يفتيان بجواز الاستئجار على تعليم القرآن[1].

وقال الحاكم في«الكافي»:((ولا يجوز أَنْ يستأجر رجل رجلا أَنْ يعلم ولدا القرآن والفقه والفرائض، أو يؤمهم في رمضان، أو يؤذن)) [2].

وفي «خلاصة الفتاوى» ناقلا عن «الأصل»:((لا يجوز الاستئجار على الطاعات كتعليم القرآن والفقه والأذان والتذكير والتدريس والحج)) [3].

أما حديث الرقية الذي جاء عن طريق أبي سعيد الخدري ﷺ أَنَّ ناسا من أصحاب النبي ﷺ أتوا على حي من أحياء العرب فلم يقروهم، فبينما هم كذلك، إذ لدغ سيد أولئك، فقالوا: هل معكم من دواء أو راق؟ فقالوا: إنكم لم تقرونا، ولا نفعل حتى تجعلوا لنا جعلا، فجعلوا لهم قطيعا من الشاء، فجعل يقرأ بأم القرآن، ويجمع بزاقه ويتفل، فبرأ فأتوا بالشاء، فقالوا: لا نأخذه حتى نسأل النبي ﷺ، فسألوه فضحك وقال: «وما أدراك أَنَها رقية، خذوها واضربوا لي بسهم»[4].

وقوله ﷺ:« إِنَّ أحق ما أخذتم عليه أجرا كتاب الله»[5] فالجواب عنه من وجوه:

أحدها: أَنَّ القوم كانوا كفارا فجاز أخذ أموالهم.

الثاني: أَنَّ حق الضيف لازم ولم يضيفوهم.

الثالث: أَنَّ الرقية ليست بقربة محضة، فجاز أخذ الأجر عليها. وكذلك على العلاجات كلها.

وإِنْ كنا نعلم أَنَّ المستأجر على الرقي يدخل فيما يرقى فيه بعض القرآن، لأَنَه ليس على الناس أَنْ يرقوا بعضهم بعضا، فإذا استؤجروا على أَنْ يعلموا ما ليس عليهم أَنْ يعلموه جاز ذلك.

وتعليم القرآن واجب أَنْ يعلم بعضهم بعضا، لأَنَّ في ذلك التبليغ عن الله، إلا أَنَّ من علم ذلك منهم فقد أجزأ ذلك عن بقيتهم، فإذا استأجر بعضهم بعضا على تعليم ذلك كانت إجارته تلك واستئجاره إياه باطلا، لأَنَه إِنَّما استأجره على أَنْ يؤدي فرضا هو عليه لله تعالى وفيما يفعله لنفسه لأَنَه إِنَّما سقط عنه الفرض بفعله إياه، والإيجارات على خلاف ذلك. وقوله ﷺ:((إِنَّ أحق ما أخذتم عليه أجرا كتاب الله))، يعني إذا رقيتم به[6].

---

(1) ينظر: ابن مازة، المحيط البرهاني، مصدر سابق ،ج7، ص481.

(2) ينظر: العيني، البناية، مصدر سابق، ج10،ص278.

(3) ينظر: البخاري، طاهر بن احمد، الخلاصة في الفتاوى، مخطوط جامعة الملك سعود برقم 1515،ق195/أ والعيني، البناية، مصدر سابق، ج10،ص278.

(4) ينظر: البخاري، صحيح البخاري ، مصدر سابق، باب الرقى بفاتحة الكتاب، رقم: 5736، ج7، ص131.

(5) ينظر: البخاري، صحيح البخاري ، مصدر سابق، باب الشرط في الرقية بقطيع من الغنم، رقم: 5737 ، ج7، ص131.

(6) ينظر: الزيلعي، تبيين الحقائق ، مصدر سابق ،ج5،ص124. والعيني،البناية،ج10،ص280-282. والغرة المنيفة في تحقيق بعض مسائل الإمام أبي حنيفة ص118

الرأي الثاني :

رأي المتأخرين من أئمة بلخ - رحمهم الـلـه – اللذين اختاروا قول أهل المدينة فذهبوا الى جـواز الاسـتئجار عـلى الامامة والاذان وتعليم القرآن الكريم والفقه، وقالوا: إنَّ المتقدمين من أصحابنا - رحمهم الـلـه - بنوا هذا الجواب عـلى مـا شاهدوا في عصرهم.

وذكر الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل البخاري كان المتأخرون من أصـحابنا يجـوزون ذلـك، ويقولـون إنَّمـا كان المتقدمون يكرهون ذلك:

1. رغبة الناس في التعليم بطريق الحسبة.
2. ومروءة المتعلمين في مجازات الإحسان بالإحسان من غير شرط.
3. لأَنَّه كان للمعلمين عطيات من بيت المال وكانوا مستغنين عما لا بد لهم من أمر معاشهم.
4. لأَنَّ حملة القرآن في الصدر الأول كانوا قليلاً فكان التعليم واجباً حتى لا يذهب القرآن.

فأما في زماننا فقد انعدمت هذه المعاني جميعا وذلك:

1. لأَنَّه ظهر التواني في الأمور الدينية. ففي الامتناع تضييع حفظ القرآن.
2. في زماننا كثر حملة القرآن ولم يبق التعليم واجباً، فجاز الاستئجار عليه. وكانوا يفتون بوجوب التعلـيم خوفـا مـن ذهاب القرآن وتحريضا على التعليم حتى ينهضوا لإقامة الواجب فيكثر حفاظ القرآن.
3. ليس لهم عطيات من بيت المال والتعليم يشغلهم عن اكتسـاب مـا لا بـد لهـم مـن أمـر المعـاش وانقطـع رغبـة المعلمين في الاحتساب ومجازاة المتعلمين من غير شرط، فتجوز الإجارة ويجبر المستأجر على دفع الأجـرة ويحـبس بها[1].
4. ولأَنَّ المعلم لا يستقل في التعليم بشيء أصلا فهو ممنوع، فإنَّ التلقين والإلقاء فعل المعلـم وحـده لا مـدخل فيـه للمتعلم، وإنَّما وظيفته الأخذ والفهم، وإنْ أريد أَنَّ للمتعلم أيضا مدخلا في ظهور أثر التعليم وفائدته فإنَّ المتعلم ما لم يأخذ ما ألقاه المعلم ولم يفهم ما لقنه لم يظهر لتعليمه أثر وفائدة فهو مسلم، ولكن الذي يلتزمه المعلم إنَّما هو فعل نفسه مما يقدر عليه لا فعل الآخر، ولا مانع من أخذ الأجرة على فعل نفسه كما لا يخفى[2].

ولهذا قالوا بجواز الاستئجار لئلا يتعطل هذا الباب ولا يبعد أَنْ يختلف الحكم باختلاف الأوقات، فقـالوا الأحكـام قد تختلف باختلاف الزمان، ألا ترى أَنَّ النساء كن يخرجن إلى الجماعات في زمن رسول الـلـه ﷺ وأبي بكر ﷺ حين مـنعهن من ذلك عمر ﷺوكان ما رواه من ذلك صوابا.

و في«النهاية»:((يفتى بجواز الاستئجار على تعليم الفقه أيضا في زماننا)).

وفي«روضة»الزندوستي:((كان شيخنا أبو محمد عبد الـلـه الخيزاخـزي يقـول في زماننـا:((يجـوز للإمـام والمـؤذن والمعلم أخذ الأجر))، قال: كذا في«الذخيرة»[3].

---

(1) ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ص16، ص37. والمرغيناني، الهدايـة، مصـدر سـابق ،ج3، ص238. وابـن مـازة، المحـيط البرهـاني، مصدر سابق ،ج7، ص481. والزيلعي، تبيين الحقائق ، مصدر سابق ،ج5،ص124. وابن عابدين، رد المحتـار عـلى الـدر المختـار، مصـدر سابق،ج2،ص200.

(2) ينظر: الكاساني، فتح القدير، مصدر سابق، ج ، ص98.

(3) ينظر: ابن مازة، المحيط البرهاني، مصدر سابق ،ج5، ص396.

وقد نص اصحاب المتون المعتبرة على استثناء تعليم القرآن وزاد صدر الشريعة الفقه وزاد في المجمع والمختار الإمامة وزاد بعضهم الأذان، وقد جمع الأربعة في متن التنوير استحسانا [1].

وقال ابن قاضي زاده :((وفيما ذكروا من وجه الاستحسان نظر قوي بيان ذلك هو أَنَّ مقتضى الدليل الأول أَنَه لا يمكن تحقيق ماهية الإجارة وهي تمليك المنافع بعوض في الاستئجار على تعليم القرآن ونظائره بناء على عدم القدرة على تسليم ما التزمه المؤجر من المنفعة فكيف يصح استحسانا، والاستحسان فرع تحقق ماهية الإجارة كما لا يخفى، وهذا محل تسكب فيه العبرات أقول: والجواب أَنَّ الإجارة في تعلم القرآن والفقه على أمرين على التلقين والتعليم ففي القياس نظروا إلى التعليم وجعلوا التلقين تابعا له فقالوا لا يمكن وفي الاستحسان نظروا إلى التلقين وجعلوا التعليم تابعا له فقالوا بالجواز فاختلفت الجهة، والأذان والإمامة دخلا تبعا فتدبره فأَنَه جيد وفي((الظهيرية)) ومشايخ بلخ أفتوا بجواز ذلك إذا ضرب له مدة، وعند عدم الاستئجار أصلا يجب أجر المثل)) [2].

وحكي عن الإمام أبي الليث الحافظ أَنَه كان يقول:((كنت أفتي بثلاثة أشياء، ورجعت عنها؛ كنت أفتي أَنَه لا يحل للمعلم أخذ الأجر على تعليم القرآن، وكنت أفتي أَنَه لا ينبغي للعالم أَنْ يدخل على السلطان، وكنت أفتي أَنْ لا ينبغي لصاحب العلم أَنْ يخرج إلى القرى فيذكرهم بشيء ليجمعوا له شيئاً، فرجعت عن ذلك كله، وإِنَّما رجع تحرزاً عن ضياع القرآن والحقوق والعلم)) [3].

ومشايخ بلخ جوزوا الاستئجار على تعليم القرآن إذا ضرب لذلك مدة وأفتوا بوجوب المسمى وعند عدم الاستئجار أصلا أو عند الاستئجار بدون المدة أفتوا بوجوب أجر المثل، وقد استحسنوا جبر والد الصبي على المبرة المرسومة وكان الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل يقول: يجبر المستأجر على دفع الأجرة ويحبس بها وبه يفتى، وكذا جواز الاستئجار على تعليم الفقه ونحوه والمختار للفتوى في زماننا قول هؤلاء. كذا في ((الفتاوى العتابية)) [4].

وإذا استأجر الرجل الرجل أشهرا معلومة يؤدب ابنه، ويقوم عليه في ذلك فهو جائز؛ لأَنَه استأجره مدة معلومة لعمل معلوم بطريق العرف، وهو عمل غير مستحق على المؤدب إقامته عرفا ولا دينا والاستئجار على مثله صحيح ببدل معلوم بخلاف تعليم القرآن فأَنَه يستحق عليه دينا؛ لأَنَه في المعنى خلافة عن رسول الله ﷺ وكل مسلم مأمور به دينا [5].

---

(1) ينظر: ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، مصدر سابق،ج3،ص73. وشيخ زاده، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، مصدر سابق ، ج2،ص253. والغنيمي، اللباب في شرح الكتاب، مصدر سابق، ج2، ص100. وابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، مصدر سابق،ج6،ص56.

(2) ينظر: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، مصدر سابق،ج8، ص23.

(3) ينظر: ابن مازة، المحيط البرهاني، مصدر سابق ،ج7، ص481. و الزيلعي، تبيين الحقائق ، مصدر سابق ،ج5، ص124. والبابرتي، العناية، مصدر سابق،ج9،ص89.

(4) ينظر: البلخي، الفتاوى الهندية، مصدر سابق،ج4، ص448.

(5) ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ص30، ص204.

المسألة الثانية

طلب الخصومة والتملك

وهو المرحلة الثالثة من اجراءات طلب الشفعة، ولم يتناول غير الحنفية من هـذه الاجـراءات سـوى طلـب المواثبـة عند رغبة الشفيع الاخذ بالشفعة .

اما فقهاء الحنفية فقد بينوا أَنَّ هذه المرحلة تـتم بعـد أَنْ يتقـدم الشـفيع بطلبـين هـما: طلـب المواثبـة وطلـب الاشهاد والتقرير.

فاذا سلم المشتري المشفوع فيه فقد تم الشفعة وتملك الشفيع العقار، واما اذا امتنع من التسليم احتاج الشـفيع الى رفع الامر الى القاضي ليحكم له بالشفعة .

وسماه بعض الفقهاء: طلب الاخذ والتملك[1]، والبعض طلب التمليك والخصومة[2] واخر سماها طلب الخصـومة والتمليك[3].

وسماه الصدر الشهيد في «شرح الكافي»: طلب الاستحقاق ؛ لأَنَّ الحق يستقر بقضـاء القـاضي[4]، وقـال بعضـهم: طلب الخصومة[5]، وفي «الفتاوى الهندية»: طلب التمليك[6].

طلب الخصومة والتملك:

وهو المخاصمة والمرافعة الى القاضي ليحكم له بالشفعة[7]، حيث يتقدم الشفيع بكلب الى مجلس القضـاء ضـمن دعوى يدعيها على المشتري؛ لأَنَه هو الذي سيأخذ منه العقار المشفوع فيه[8]، ويجوز له أَنْ يدخل البائع خصما فيها اذا كان المشفوع فيه لا يزال في يده ليطلب الحكم عليه بتسـليم العقـار المشـفوع فيـه[9]، ولكـن لابـد مـن دخـول المشـفوع منـه (المشتري) الدعوى لتسمع البينة في مواجهته؛ كي لا يضار باتفاق الشفيع مع البائع[10]

---

(1) ينظر: الزيلعي، تبيين الحقائق ، مصدر سابق، ج5، ص 244.
(2) ينظر: ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، مصدر سابق، ج5، ص143.
(3) ينظر: شيخ زاده، مجمع الأنهر، مصدر سابق، ج2، ص256.
(4) ينظر: الشِّلْبِيِّ، حاشية الشِّلْبِيِّ على التبيين، مصدر سابق، ج5، ص244.
(5) ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق ص14، ص118.والكاساني، بدائع الصنائع ،مصدر سابق، ج5، ص19.
(6) ينظر: البلخي، الفتاوى الهندية، ج5، ص173.
(7) ينظر: البلخي، الفتاوى الهندية، ج5، ص153. الشِّلْبِيِّ، حاشية الشِّلْبِيِّ على التبيين، مصدر سـابق، ج5، ص244. عـلي حيـدر، شرح مجلـة الاحكام،ج2، ص804.محمد قدري باشا، مرشد الحيران الي معرفه احوال الانسان(1891م)، مادة:130،ص21، بولاق، القاهرة.
(8) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع ،مصدر سابق، ج5، ص19. .
(9) ينظر: المصدر نفسه.
(10) ينظر: مدكور، تاريخ التشريع الاسلامي، محمد سلام، ص247.

كيفية الطلب:

يجب أَنْ تكون صورة الدعوى كالاتي:

وهو أَنْ يسأل القاضي المدعي أولا عن موضع الدار وحدودها نفيا للاشتباه، ثم يسأله عن سبب الاستحقاق لاختلاف الأسباب، فإذا بين ذلك وقال أنَا شفيعها بدار لي تلاصقها صحت دعواه، وشرط بعضهم تحديد داره أيضا[1].

ثم بعد ذلك يسأل القاضي المدعى عليه، فإِنْ اعترف بملكه الذي يشفع به فلا حاجة إلى البينة، وإِنْ لم يعترف طلب من المدعي البينة؛ لأَنَّ اليد لا تكفي للاستحقاق، فإِنْ أقامها يثبت وإلا استحلف المدعى عليه بالله لا يعلم أَنَه مالك للدار التي ذكرها يشفع بها؛ لأَنَه لو أقر بذلك لزمه، فإذا أنكر عليه يحلف ويحلف على العلم لأَنَه فعل الغير، فإذا نكل ثبت الملك[2].

ثم يسأله القاضي عن الشراء، فإِنْ اعترف به أو قامت البينة عليه ثبت وإلا استحلف المشتري بالله ما ابتاع أو ما يستحق عليه شفعة من الوجه الذي ذكر، ويستحلف على البتات لأَنَه فعله، فإذا نكل قضى له بالشفعة[3].

فاذا كان المشفوع فيه في يد البائع ،طلب الشفيع من القاضي أَنْ يأمره بتسليمه له، غير أَنَه يشترط حينئذ حضور المشتري بالدعوى[4].

وإِنْ كان المشتري قد ادى الثمن الى البائع فيقضى بالثمن للمشتري والعهدة عليه ، والا فيقضي به للبائع والعهدة عليه[5].

والمراد بالعهدة: حقوق العقد، كضمان الدرك، وتسليم العقار والصك القديم، وهي حق الرجوع بالثمن عند الاستحقاق فيكون على من قبض الثمن[6].

وإِنْ اشترى الوكيل بالشراء والعقار باق في يده فهو الخصم في الدعوى؛ لأَنَّ حقوق العقد له والتسليم بالشفعة منها ولكنه يشترط حضور المشتري فيقضي بتسليم المشفوع فيه على الوكيل ويدفع الثمن له[7].

فإِنْ كان الوكيل قد سلمه الى الموكل فلا يبقى له يد وملك، فلا يكون خصما بعده[8].

واذا تقدم الشفيع وادعى الشراء وطلب الشفعة عند القاضي سال القاضي المدعى عليه وهو المشتري عن الدار التي يشفع بها الشفيع، هل هي ملك الشفيع ام لا ؟، فإِنْ اقر بأَنَها ملكه او انكر ونكل عن اليمين او اقام الشفيع بينة أَنَها ملكه سال القاضي المشتري عن الشراء فيقول له هل اشتريت ام لا؟، فإِنْ اقر بأَنَه اشترى او نكل عن اليمين او اقام الشفيع بينة قضى بالشفعة لثبوته عنده[9].

---

(1) ينظر: الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، مصدر سابق، ج2، ص45. والزيلعي، تبيين الحقائق ، مصدر سابق، ج5، ص 245.
(2) ينظر: المصدر نفسه.
(3) ينظر: المصدر نفسه.
(4) ينظر: البلخي، الفتاوى الهندية، ج5، ص173 وما بعدها.
(5) ينظر: البلخي، الفتاوى الهندية، ج5، ص190.
(6) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع ،مصدر سابق، ج5، ص24. والشِّلْبِيِّ، حاشية الشِّلْبِيِّ على تبيين، مصدر سابق، ج5، ص246.
(7) ينظر: شيخ زاده، مجمع الأنهر، مصدر سابق، ج2، ص476.
(8) ينظر: المصدر نفسه.
(9) ينظر: الزيلعي، تبيين الحقائق ، مصدر سابق، ج5، ص 244-245. والبلخي، الفتاوى الهندية، ج5، ص191.

فاذا بين الشفيع ذلك وثبت بإقرار المشفوع منه او بما قدمه الشفيع من الادلة حكم القاضي له بما طلب وتملك العقار من وقت الحكم[1].

وقت الطلب:

اختلف فقهاء الحنفية في وقت طلب الشفيع الحكم له بالتملك الى عدة آراء:

الرأي الاول:

قول الامام ابي حنيفة، ورواية ثانية عن ابي يوسف ﷺ في ظاهر المذهب :

إنَّ الشفيع اذا تقدم بطلبين صحيحين استقر الحق على وجه لا يبطل بتأخير المطالبة بالأخذ بالشفعة ابدا حتى يسقطها بسأَنَه[2].

واستدلوا على ذلك :

إنَّ الحق للشفيع قد ثبت بالطلبين، والاصل أَنَّ الحق متى ثبت لانسان فلا يبطل الا بالإبطال، ولم يوجد؛ لأَنَّ تأخير المطالبة منه لا يكون ابطالا كتأخير استيفاء القصاص وسائر الديون، اما القول بإنَّ المشتري يتضرر فغير مسلم به فأَنَه اذا علم أَنَّ للشفيع الحق في الاخذ بالشفعة فالظاهر أَنَه يمتنع من التصرف فيه كالبناء والغرس خوفا من النقص والقلع فلئن فعل فهو الذي اضر بنفسه فلا يضاف ذلك الى الاخذ بالشفعة، ولهذا لم يبطل حق الشفعة لغيبة الشفيع ولا يقال أَنَّ فيه ضررا بالمشتري بالامتناع من البناء والغرس كما تقدم وكذلك هنا[3].

وقد ذكر فقهاء الحنفية أَنَّ هذا الرأي عليه الفتوى[4].

الرأي الثاني:

لا يجوز للشفيع أَنْ يؤخر طلبه عن أي مجلس من مجالس القاضي، فاذا مضى مجلس كان يقدر فيه على المخاصمة ولم يرفع دعواه سقطت شفعته؛ لأَنَه دليل الاعراض والتسليم، ولأَنَّ جواز تأخير المرافعة الى غير امد يضر بالمشتري والضرر يجب دفعه[5].

الرأي الثالث:

اذا مضى شهر بعد طلب التقرير ولم يطلب حقه امام القاضي من غير عذر، بطلت شفعته وإنْ أخّر بعذر مقبول فلا تسقط.

---

(1) ينظر: شيخ زاده، مجمع الأنهر، مصدر سابق، ج2، ص476.

(2) ينظر: الطحاوي، المختصر، مصدر سابق، ص121.والسرخسي، المبسوط، مصدر سابق ص14، ص118. القدوري، المختصر، مصدر سابق، ص106.و الكاساني، بدائع الصنائع ،مصدر سابق، ج5، ص19. المرغيناني، الهداية، مصدر سابق، ج4، ص311.

(3) ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق ص14، ص118. الكاساني، بدائع الصنائع ،مصدر سابق، ج5، ص19. المرغيناني، الهداية، مصدر سابق، ج4، ص311.

(4) ينظر: المرغيناني، الهداية، مصدر سابق، ج4، ص311.الحلبي، ملتقى الابحر، مصدر سابق،ج4، ص106. والتمرتاشي، تنوير الأبصار، مصدر سابق، ص622. وابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، مصدر سابق، ج6، ص224.

(5) ينظر: المصدر السابق.

وهو مذهب محمد وزفر ﷺ [1] ورواية اخرى عن ابي يوسف ﷺ [2].

وقال شيخ الإسلام وقاضي خان ﷺ به يفتى، ومشى عليه ابن مازة والمحبوبي، والشمني ﷺ، وقال الشرنبلاليﷺ: أَنَه أصح ما يفتى به، وإليه مال ابن عابدين ﷺ وأيده[3].

واستدلوا على ذلك بما يلي:

إِنَّ حق الشفعة ثبت لدفع الضرر عن الشفيع، ولا يجوز دفع الضرر عن الانسان على وجه يتضمن الإضرار بغيره، وفي إبقاء هذا الحق بعد تأخير الخصومة أبدا إضرار بالمشتري؛ لأَنَه لا يبني ولا يغرس خوفا من النقض والقلع فيتضرر به فلا بد من التقدير بزمان لئلا يتضرر به، فقدرنا بالشهر؛ لأَنَه أدنى الآجال، فإذا مضى شهر ولم يطلب من غير عذر فقد فرط في الطلب فتبطل شفعته[4]،ولكن لو اخره بعذر مقبول لكونه في ديار اخرى او لحبس او جنون فلم يمكنه التوكيل فلا يسقط حقه في الشفعة[5].

<u>الرأي الرابع:</u>

ويروى عن محمدﷺ أَنَه قدره بثلاثة ايام؛ لأَنَّ هذه المدة هي التي ضربت لإبداء الاعذار كإمهال الخصم للدفع والمدين للقضاء؛ ولأَنَه لو لم يسقط بتأخير الحق للمشتري لأصابه الضرر من جهته ؛ لأَنَه يمتنع عن التصرف فيه خشية أَنْ ينقض تصرفه، وفي هذا من الضرر ما لا يخفى، والشارع الحكيم قد نفى حصول الضرر بقوله ﷺ: « لا ضرر ولا ضرار»[6] [7].

<u>القول المختار :</u>

هو قول محمد وزفر ﷺ الذي ينص على:« **أَنَّ الشفيع يحق له أَنْ يطلب تملك المشفوع فيه خلال شهر فاذا لم يطلب بعد ذلك من غير عذر بطلت شفعته**» وذلك:

اولا: لأَنَه اسلم الآراء لما فيها من مصلحة الشفيع ليتروى في اخذ المشفوع فيه ، كما أَنَّ فيه مصلحة للمشتري لأبداء اعذاره إِنْ كان له عذر في دفع الشفعة.

ثانيا: إِنَّ تأخير الاخذ بالشفعة عن الشهر ينطوي على قصد الاضرار بالغير لتغير احوال الناس[8]، والشفعة إِنَّما شرعت لدفع الضرر.

---

(1) ينظر: الطحاوي، المختصر، مصدر سابق، ص121.والسرخسي، المبسوط، مصدر سابق ص14، ص118. والقدوري، المختصر، مصدر سابق، ص106.والكاساني، بدائع الصنائع ،مصدر سابق، ج5، ص19.

(2) ينظر: ابن مازة، المحيط البرهاني، مصدر سابق، ج7، ص271. والكاساني، بدائع الصنائع ،مصدر سابق، ج5، ص19. والموصلي، الاختيار لتعليل المختار، مصدر سابق، ج2، ص45. وبه نصت المادة (120) من مرشد الحيران.

(3) ينظر: ابن مازة، المحيط البرهاني، مصدر سابق، ج7، ص271. المحبوبي، شرح الوقاية، مصدر سابق،ج5، ص56 .الاشمني، كمال الدراية،ق349/ب، والشرنبلالي، حاشيته على درر لحكام، مصدر سابق، ج2، ص210.وابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، مصدر سابق، ج6، ص224.

(4) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع ،مصدر سابق، ج5، ص19. المرغيناني، الهداية، مصدر سابق، ج4، ص311 .

(5) ينظر: شيخ زاده، مجمع الأنهر، مصدر سابق، ج2، ص457. والبلخي، الفتاوى الهندية، ج5، ص190.

(6) ينظر: الشيباني، المسند، مصدر سابق، رقم:2865، ج5، ص55.

(7) ينظر: الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، مصدر سابق، ج2، ص45. الزيلعي، تبيين الحقائق ، مصدر سابق، ج5، ص 244. وشيخ زاده، مجمع الأنهر، مصدر سابق، ج2، ص457.

(8) ينظر: شيخ زاده، مجمع الأنهر، مصدر سابق، ج2، ص457.

وبهذا الراي اخذت مجلة الاحكام العدلية في مادتها ((1034))[1].

المسألة الثالثة

بيان كيفية القسمة في عرصة الدار الواحدة.

ذهب السادة الحنفية في كيفية القسمة في عرصة الدار الواحدة الى قولين:

القول الاول:

ذهب الامام أبو حنيفة وأبو يوسف - رحمهم الـلـه-: إنَّ القسمة تكون بالذراع.

حجتهما:

1. إنَّ القسمة هي افراز وتعديل الأَنَّصباء، وتعـديلها إنَّمـا يكـون بمنـافع الاعيـان لا القيمـة، والـدليل عـلى أَنَّ القسـمة تتضمن المنافع هو اتفاق الجميع على أَنَّ كل واحد منهما اذا لم ينتفع بنصيبه لم يستحق القسـمة عـلى صـاحبه ولم يقسمه القاضي بينهما اذا ابى احدهما.
2. إنَّ القسمة بالذراع هي الأصل؛ لأَنَّ الشركة في المذروع لا في القيمة، فيصار إلى ما ذكر من القيمة بالذرع مهما أمكن والمراعى التسوية في السكنى لا في المرافـق لأَنَّ المنـافع لا تختلـف بـاختلاف الأزمنـة والأمكنـة. والاتحـاد في الجـنس يحصل بالاتحاد في منفعة السكنى بدون الاحتياج إلى الاتحاد في المرافق، فيصـار إلى مـا هـو الأصـل عنـد الاتحـاد في الجنس من قسمة العين دون القيمة[2].

القول الثاني :

ذهب الامام محمد - رحمه الـلـه – الى الذي يقسم يكـون عـلى القيمـة، قيمـة العلـو أو قيمـة السـفل لا عـلى الذرع[3].

حجته:

إنَّ محمد شاهد اختلاف العادات في البلدان وهذا الاختلاف صعب تحديده فيصار الى القسم على القيمة.

---

(1) ينظر: علي حيدر، شرح مجلة الاحكام،ج2، ص804.

(2) ينظر: الجصاص، شرح مختصر الطحاوي، مصـدر سـابق، ج8، ص463. السـمرقندي، مختلـف الروايـة، ج3، ص1593. وقـاضي زادة، نتـائج الافكار، مصدر سابق، ج9، ص445.

(3) ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج15، ص16. البابرتي، العنايـة شرح الهدايـة، مصـدر سـابق، ج9، ص443. العينـي، البنايـة شرح الهداية، مصدر سابق، ج11، ص441.

ومن جملة ما شاهده من اختلافات في العلو والسفل هي[1]:

1. إنَّ العلو والسفل بناء والمعادلة في قسمة البناء تتيسر لأَنَّ في بعض البلدان تكون قيمة العلو أكثر من قيمة السفل كما هو بمكة وبمصر وفي بعض البلدان قيمة السفل أكثر من قيمة العلو كما هو بالكوفة.
2. الاختلاف تارة يكون بالأوقات كالصيف والشتاء من حيث الحر والبرد والنداوة والرطوبة فلا يمكن اعتبار المعادلة فاستحسن القسمة في العلو والسفل باعتبار القيمة.
3. إنَّ السفل يصلح لما لا يصلح له العلو لاتخاذه بئر ماء أو سردابا أو اصطبلا أو بيت الطبخ وبيت الحطب والتبن والطاحونة ونحوها، والعلو لا يصلح لهذه الأشياء فصار كالجنسين فلا يمكن التعديل إلا بالقيمة.

الرأي المعمول به عند السادة الحنفية:

إنَّ المشايخ اصحاب المتون والشروح اختاروا قول محمد- رَحِمَهُ اللـهُ – لما ذكر له من أَنَه لا يمكن التعديل، قال في«التحفة» «البدائع»و:((والعمل في هذه المسألة على قول محمد)). كذا جاء في «المبسوط» و«الذخيرة» و«المغني» وفي «الينابيع» و«الهداية» و«شرح الزاهدي» و«المحيط»: ((وعليه الفتوى))[2]

ثم اختلف اصحاب القول الاول فيما بينهما على رأيين:

الرأي الاول:

قال الامام أبو حنيفة - رحمه الله - يحسب في القسمة في العلو الذي لا سفل له بذراعين من العلو، وفي السفل الذي لا علو له ذراع من السفل[3].

وحجته:

1. إنَّ أبا حنيفة - رحمه الله – يقتضي تفضيل السفل على العلو مطلقا بناء على ما شاهد من عادة أهل الكوفة في اختيار السفل على العلو.
2. المعتبر في القسمة المعادلة في المنفعة فلهذا جعل بمقابلة ذراع من السفل ذراعين من العلو؛ لصاحب السفل منفعتان منفعة السكنى ومنفعة البناء منفعة بظاهره ومنفعة بباطنه ؛ فأَنَه لو أراد أَنْ يحفر في سفله سردابا لم يكن لصاحب العلو منعه من ذلك فلصاحب العلو منفعة واحدة وهي منفعة السكنى؛ فأَنَه لو أراد أَنْ يبني على علوه علوا آخر كان لصاحب السفل منعه من ذلك.

---

(1) ينظر: بن مَازَةَ، المحيط البرهاني، مصدر سابق، ج7، ص335. السمرقندي، تحفة الفقهاء، مصدر سابق، ج2، ص282. الزيلعي، تبيين الحقائق ، مصدر سابق، ج5، ص 272.

(2) ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج15، ص17. الاوشي، الفتاوى السراجية، مصدر سابق، ص459. السمرقندي، تحفة الفقهاء، مصدر سابق، ج2، ص282. العيني، البناية شرح الهداية، مصدر سابق، ج11، ص442. البابرتي، العناية شرح الهداية، مصدر سابق، ج9، ص443. بن مَازَةَ، المحيط البرهاني، مصدر سابق، ج7، ص337. وقاضي زادة، نتائج الافكار، مصدر سابق، ج9، ص445.و قطلوبغا، التصحيح والترجيح، مصدر سابق، ص451. وابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج8، ص175. شيخ زاده، مجمع الأنهر، مصدر سابق، ج.، ص494.

(3) ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج15، ص16. الكاساني، بدائع الصنائع ،مصدر سابق، ج7، ص27. الزيلعي، تبيين الحقائق ، مصدر سابق، ج5، ص 272. و البابرتي، العناية شرح الهداية، مصدر سابق، ج9، ص443. وملا خسرو، درر الحكام، مصدر سابق، ص2، ج425.

3. وأبو حنيفة - رحمه الـلـه - يقول: صاحب السفل بحفر السرداب يتصرف في الأرض وهي خالص ملكـه وصـاحب العلو يحمل ما يبني على حائط السفل أيضا وهو مملوك لصاحب السـفل وزيـادة البنـاء تصـير بحـائط صـاحب السفل لا محالة ويتبين ذلك في الثاني إِنْ كان لا يتبين في الحال ولا يكون له أَنْ يفعل ذلـك بـدون رضـاء صـاحب السفل.
4. إِنَّ لصاحب السفل منافع كثيرة وهي تبقى أيضا بعد انهدام العلو والعلـو لا يبقـى بعـد انهـدام السـفل فكانـت منفعته ضعف العلو

الرأي الثاني :

قول أبو يوسف - رحمه الـلـه - يحسب العلو بالنصف والسفل بالنصـف، ثـم ينظـر كـم جملـة ذرع كـل واحـد منهما فيطرح من ذلك النصف[1].

حجته[2]:

1. أبو يوسف - رحمه الـلـه - أجاب بناء على ما شاهده مـن عـادة أهـل بغـداد في التسـوية بـين العلـو والسـفل في منفعة السكنى.
2. إِنَّ لصاحب العلو أَنْ يبني على علوه إذا كان ذلـك لا يضر بالسـفل كـما أَنَّ لصـاحب السـفل أَنْ يحفـر سردابـا في السفل إذا كان لا يضر بصاحب العلو فاستويا في المنفعة فيحصل ذراع من السفل بذراع من العلو وحجته لإثبـات هذا الأصل أَنَّ صاحب العلو يبني عـلى ملكـه كـما أَنَّ صـاحب السـفل يـتصرف في ملكـه واتصـال العلـو بالسـفل كاتصال بيتين متجاورين فلكل واحد منهما أَنْ يتصرف في ملكه على وجه لا يلتحق الضرر لصاحبه.

صورة المسألة[3]:

أَنْ يكون المشترك بين الشركاء بيتا لسفله علو وسفل لا علو له بإِنْ كان العلو لغيرهم وعلو لا سفل له .

فعند أبي حنيفة - رحمه الـلـه - : يجعل بإزاء مائة ذراع من العلو الذي لا سفل له ثلاثة وثلاثين ذراعا وثلثـا مـن البيت الكامل وبإزاء مائة ذراع من السفل الذي لا علو له ستة وستين ذراعا وثلثي ذراع من البيت الكامل؛ لأَنَّ العلو عنـده مثل نصف السفل. كما في الفصل الأول.

وعند أبي يوسف - رحمه الـلـه -: يجعل بإزاء خمسين ذراعا من البيت الكامل مائة ذراع من السفل الذي لا علو له ومائة ذراع من العلو الذي لا سفل له؛ لأَنَّ السفل والعلو عنده سواء فخمسون ذراعا من البيت الكامل بمنزلة مائة ذراع خمسون منها سفل وخمسون منها علو.

---

(1) ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج15، ص17. الاوشي، الفتـاوى السراجيـة، مصـدر سـابق، ص459. السـمرقندي، تحفـة الفقهـاء، مصدر سابق، ج2، ص282. وبن مَازَةَ، المحيط البرهاني، مصدر سابق، ج7، ص336.العينـي، البنايـة شرح الهدايـة، مصـدر سـابق، ج11، ص442. والبابرتي، العناية شرح الهداية، مصدر سابق، ج9، ص443.

(2) ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج15، ص17. الاوشي، الفتـاوى السراجيـة، مصـدر سـابق، ص459. السـمرقندي، تحفـة الفقهـاء، مصدر سابق، ج2، ص282. العيني، البناية شرح الهداية، مصدر سابق، ج11، ص442. البابرتي، العناية شرح الهداية، مصدر سابق، ج9، ص443. بن مَازَةَ، المحيط البرهاني، مصدر سابق، ج7، ص336. ينظر: المصدر السابق.

(3) ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سـابق، ج15، ص17. الاوشي، الفتـاوى السراجيـة، مصـدر سـابق، ص459. السـمرقندي، تحفـة الفقهـاء، مصدر سابق، ج2، ص282. العيني، البناية شرح الهداية، مصدر سابق، ج11، ص442. البابرتي، العناية شرح الهداية، مصـدر سـابق، ج9، ص443. وقاضي زادة، نتائج الافكار، مصدر سابق، ج9، ص445. وشيخ زاده، مجمع الأنهر، مصدر سابق، ج.، ص494.

ومحمد - رحمه الـلـه -: في ذلك كله يعتبر المعادلة بالقيمة وعليه الفتوى.

المسألة الرابعة

الإجارة على أحد الشرطين

يصح ترديد عقد الاجارة على صورتين أو ثلاث في العمل والعامل والحمل والمسافة والزمان والمكان ويلزم إعطاء الأجرة على موجب الصورة التي تظهر فعلا[1].

فصورة تردد شرطين:

إذا قال للخياط: إِنْ خطت هذا الثوب فارسيا (الخياطة فيها غرزة غرزة) فأجرتك بدرهم وإِنْ خطته روميا (الخياطة فيها غرزتين) فبدرهمين جاز هذا الشرط المتنوع وأي عمل من هذين العملين الخياطة الفارسية والخياطة الرومية استحق الأجر المسمى بالعمل

صورة التردد على ثلاثة شروط:

إِنْ خيره بين أَنْ يخيط فارسيا فلك درهم، إِنْ خطته روميا فلك درهمان، وإِنْ خطته تركيا أو نحو ذلك فلك ثلاثة دراهم، فأي الأعمال عمل استحق الأجر المسمى.

صورة التردد على اربعة شروط:

وإِنْ خير بين أربعة أنواع من الفعل لم يجز بأَنْ قال: إن خطته فارسيا فلك درهم، وإن خطته روميا فلك درهمان، وإن خطته تركيا فثلاثة، وإِنْ خطته هنديا فأربعة[2].

والاجارة على احد الشرطين عند السادة الحنفية في مسألة خياطة الثوب تقع في ثلاثة مسائل[3]:

(المسألة الاولى):

أَنْ يقول المؤجر: إِنْ خطته اليوم فلك درهم، وإِنْ خطته غدا فلا شيء لك وهو فاسد بالاتفاق؛ لأَنَّ هذه مخاطرة؛ فأَنَه شرط له على نفسه درهما إِنْ خاطه اليوم ولنفسه عليه العمل إِنْ لم يخطه اليوم وهو صورة القمار فكان فاسدا ولأَنَه يصير تقدير كلامه كأَنَه قال: لك أجر درهم على خياطتك، أو لا شيء ولو قال ذلك كان العقد فاسدا وكان له أجر مثله لا يجاوز درهما فهذا مثله.

---

(1) ينظر: علي حيدر، شرح مجلة الاحكام،ج1، ص580

(2) ينظر: العيني، البناية شرح الهداية، مصدر سابق، ج10، ص322-323.

(3) ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج15، ص100، وما بعدها. الولواجي، الفتاوى، مصدر سابق، ج3، ص339. الاوشي، الفتاوى السراجية، مصدر سابق، ص165.والكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج4، ص185.

(المسألة الثانية)

أَنْ يقول: إِنْ خطت خياطة رومية فلك درهم، وإِنْ خطته خياطة فارسية فلك نصف درهم.

وفي هذه المسألة قولان[1]:

القول الاول: العقد فاسد كله وهو قول أبي حنيفة الأول، زفر وهو القياس.

وجه قوله الأول:

إِنَّ العقد عليه مجهول عند العقد والبدل مجهول وجهالة أحدهما في المعارضة تكون مفسدة للعقد فجهالتهما أولى كما لو قال: بعت منك هذا العبد بألف درهم، أو هذه الجارية بمائة دينار أو زوجتك أمتي هذه بمائة درهم، أو ابنتي هذه بمائة دينار فقال: قبلت كان باطلا وهذا؛ لأَنَّ عقد الإجارة يلزم بنفسه وإذا لم يعين عليه نوعا من العمل عند العقد لا يدري بماذا يطالبه فكان العقد فاسدا.

القول الثاني: الشرطان جائزان وهو القول الذي رجع اليه الامام ابي حنيفة وقال به أبي يوسف ومحمد.

ووجه القول الثاني:

إِنَّ المؤجر خيره بين نوعين من العمل كل واحد منهما معلوم في نفسه والبدل بمقابلة كل واحد منهما مسمى معلوم فيجوز العقد، كما لو اشترى ثوبين على أَنَّ له الخيار يأخذ أيهما شاء ويرد الآخر وسمى لكل واحد منهما ثمنا وهذا؛ لأَنَّ الأجر لا يجب بنفس العقد وإِنَّما يجب بالعمل وعند العمل ما يلزمه من البدل معلوم، وكذلك عقد الإجارة في حق المعقود عليه كالمضاف وإِنَّما ينعقد عند إقامة العمل وعند ذلك لا جهالة في المعقود عليه بخلاف النكاح والبيع فالعقد هناك ينعقد لازما في الحال والبدل يستحق بنفس العقد فإذا لم يكن معلوما عند العقد كان العقد فاسدا.

(المسألة الثالثة) أَنْ يقول: إِنْ خطته اليوم فلك درهم، وإِنْ خطته غدا فلك نصف درهم.

وفي هذه المسألة ثلاثة اقوال[2]:

القول الاول: ذهب أبي حنيفة - رحمه الله - الى أَنَّ الشرط الأول جائز والثاني فاسد.

حجته[3]:

---

(1) ينظر: المرغيناني، الهداية، مصدر سابق، ج3، ص244. والكاساني، بدائع الصنائع ،مصدر سابق، ج4، ص185. وقاضي زادة، نتائج الافكار، مصدر سابق، ج9، ص130.

(2) ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج15، ص101. الاوشي، الفتاوى السراجية، مصدر سابق، ص466.والسمرقندي، مختلف الرواية، ج3، ص1596. المرغيناني، الهداية، مصدر سابق، ج3، ص244. الموصلي، الاختيار، مصدر سابق، ج2، ص57.

(3) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع ،مصدر سابق، ج4، ص186. والبابرتي، العناية شرح الهداية، مصدر سابق، ج9، ص133.والعيني، البناية شرح الهداية، مصدر سابق، ج10، ص322-323. الزَّبِيدِيّ، الجوهرة النيرة، مصدر سابق، ج1، ص268.

1. علق البراءة عن بعض الأجر بشرط فوات منفعة التعجيل بقوله: إنْ لم تفرغ منه اليوم فلك نصف درهم، ولو علق البراءة عن جميع الأجر بهذا الشرط لم يصح بأَنْ قال: وإنْ لم تفرغ منه اليوم فلا شيء لك، فكذلك إذا علق البراءة عن بعض الأجر به اعتبارا للبعض بالكل
2. إنَّ البراءة لا تحتمل التعليق بالشرط وهذا؛ لأَنَّ الخياطة في اليومين بصفة واحدة وإنَّما تفوت منفعة التعجيل بتأخير العمل إلى الغد بخلاف الخياطة الرومية والفارسية؛ فإنَهما مختلفان فلا يكون ذلك تعليق البراءة عن بعض الأجر حتى لو قال هناك، وإنْ خطته فارسيا فلا أجر لك كان ذلك استعانة صحيحة في خياطة الفارسية
3. إنَّ ذكر الغد للتعليق حقيقة إشارة إلى أَنَّ النصف في الغد ليس بتسمية جديدة، لأَنَّ التسمية الأولى باقية، وإنَّما هو لحط النصف الآخر بالتأخير فيكون معناه ذكر الغد للتعليق: أي لتعليق الحط بالتأخير وهو يقبل التأخير، وإذا كانت الحقيقة يمكن العمل بها لا يجوز المصير إلى المجاز.
4. وإذا كان للإضافة لا تجتمع تسميتان في اليوم ولا يمكن حمل اليوم على حقيقته التي هي التأقيت لأَنَّ فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل.
5. إذا نظرنا إلى ذكر العمل كان الأجير مشتركا، وإذا نظرنا إلى ذكر اليوم كان أجير وحد وهما متنافيان لتنافي لوازمهما، فإنْ ذكر العمل يوجب عدم وجوب الأجرة ما لم يعمل، وذكر الوقت يوجب وجوبها عند تسليم النفس في المدة، وتنافي اللوازم يدل على تنافي الملزومات، ولذلك عدلنا عن الحقيقة التي هي التأقيت إلى المجاز الذي هو التعجيل العناية

القول الثاني: ذهب ابي يوسف ومحمد- رحمهم الله - الى أَنَّ الشرطان جائزان.

حجتهم[1]:

1. أَنَه سمى عملين وسمى بمقابلة كل واحد منهما بدلا معلوما فيجوز العقد كما في المسألة الثاني وهذا؛ لأَنَّ عمله في الغد غير عمله في اليوم ولصاحب الثوب في إقامة العمل وفي كل وقت غرض صحيح وإنَّما يجب الأجر عند إقامة العمل ولا جهالة عند ذلك بخلاف الفصل الأول فهناك إنَّما أفسدنا العقد لمعنى القمار، وذلك غير موجود هنا؛ لأَنَه في اليومين شرط الأجر له على نفسه
2. أَنَه خيره بين إيفاء منفعتين معلومتين فلا جهالة؛ ولأَنَّ الأجر على أصل أصحابنا لا يجب إلا بالعمل، وحين يأخذ في أحد العملين تعين ذلك الأجر.
3. إنَّ ذكر اليوم للتأقيت، وذكر الغد للتعليق فلا يجتمع في كل يوم تسميتان؛ ولأَنَّ التعجيل والتأخير مقصود فنزل منزلة اختلاف النوعين.
4. إنَّ ذكر اليوم للتوقيت لأَنَه حقيقته فكان قوله إنْ خطته اليوم فبدرهم مقتصرا على اليوم، فبانقضاء اليوم لا يبقى العقد إلى الغد بل ينقضي بانقضاء الوقت.
5. ذكر الغد للتعليق؛ لأَنَّ الإجارة لا تقبل التعليق لكن تقبل الإضافة إلى وقت في المستقبل فتكون مرادة.
6. إنَّ المعقود عليه واحد وهو العمل ولكن بصفة خاصة، فيكون مراده التعجيل لبعض أغراضه في اليوم من التجمل والبيع بزيادة فائدة فيفوت ذلك ويكون التأجيل مقصودا فصار باختلاف الغرض كالنوعين من العمل كما في الخياطة الفارسية والرومية.

---

(1) ينظر: الزيلعي، تبيين الحقائق ، مصدر سابق، ج5، ص 139.والبابرتي، العناية شرح الهداية، مصدر سابق، ج9، ص334.وما بعدها. والعيني، البناية شرح الهداية، مصدر سابق، ج10، ص322-323.

القول الثالث: ذهب زفر- رحمه اللـه – الى القول بفساد الشرطان للقياس. كما في المسألة الأول.

حجته[1]:

1. إنَّ الخياطة شيء واحد، وقد ذكر بمقابلته بدلان على البدل فيكون مجهولا.
2. إنَّ الجهالة تزول بوقوع العمل فإنْ به يتعين الأجر للزومه عند العمل.
3. إنَّ ذكر اليوم للتعجيل، وذكر الغد للترفيه فيجتمع في كل يوم تسميتان. (ألا ترى) أَنَه لو قال: في البيع إنْ أعطيت لي الثمن إلى شهر فعشرة دراهم وإنْ أعطيته إلى شهرين فخمسة عشر درهما كان العقد كله فاسدا للتردد بين التسميتين؛ ولهذا التردد أفسد أبو حنيفة - رحمه اللـه - الشرط الثاني فكذلك يفسد الشرط الأول.

المسألة الخامسة

حق استرداد طلب الشفعة

معلوم أَنَّ الشارع الكريم قد اثبت للجار او الشريك حق الشفعة في المشفع به المباع بصورة استوفت اركأَنَه وشروطه، وحق الشفعة ثابت له الا أَنْ يترك او يدع، اما في اذا كان الشراء قد فقد احد اوصافه فكان فاسدا كمن اشترى دارا شراء فاسدا وقبضها وبنى فيها بناءً أو غرس فيها أشجاراً[2].

ففي هذه المسألة ونحوها حق استرداد الشفعة كان للسادة الحنفية فيه رأيان:

القول الاول :

ذهب الامام ابي حنيفة – رحمه اللـه -: أَنَّ للبائع قيمة الدار التي اشتراها وينقطع حقه في الاسترداد. فيجب للشفيع فيها الشفعة؛ لأَنَّ حق البائع في الاسترداد قد انقطع فيأخذها الشفيع بقيمتها وينقض بناء المشتري لحق الشفيع[3].

وجه قول الامام أبو حنيفة يقول[4]:

1. إنَّ المشتري بنى في ملك نفسه بتسليط من له الحق، فلا ينقض بناؤه لحقه، كالموهوب له يبني في الدار الموهوبة.
2. إنَّ بيان الوصف في حق الاسترداد للبائع، هو الذي سلط المشتري على هذا البناء بإيجاب الملك له فيها والبيع، وإنْ فسد شرعا، فالتسليط من البائع بقي معتبرا في حقه.

---

(1) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع ،مصدر سابق، ج4، ص186. والبابرتي، العناية شرح الهداية، مصدر سابق، ج9، ص133.والعيني، البناية شرح الهداية، مصدر سابق، ج10، ص322-323. الزَّبِيدِيّ، الجوهرة النيرة، مصدر سابق، ج1، ص268.

(2) ينظر: الزَّبِيدِيّ، الجوهرة النيرة، مصدر سابق، ج1، ص280.

(3) ينظر: ابن مازة، المحيط البرهاني، مصدر سابق، ج7، ص255.السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج14، ص47. البلخي، الفتاوى الهندية، مصدر سابق، ج5، ص64.

(4) ينظر: ابن مازة، المحيط البرهاني، مصدر سابق، ج7، ص255.السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج14، ص47. والبابرتي، العناية شرح الهداية، مصدر سابق، ج9، ص409. ينظر: ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج9، ص 409. والعيني، البناية شرح الهداية، مصدر سابق، ج11، ص363.

3. إنَّ سائر تصرفات المشتري من البيع، والهبة، والصدقة لا تنقض لحق البائع في الاسترداد وما كان ذلك إلا باعتبار تسليطه إياه على ذلك، وبه فارق الشفيع، فأَنَه لم يوجد منه تسليط المشتري على التصرف؛ ولهذا ينقض سائر تصرفات المشتري لحق الشفيع فكذلك ينقض بناؤه.
4. ترى أَنَّ النصراني إذا اشترى من نصراني دارا بخمر ولم يتقابضا حتى أسلما أو أسلم أحدهما أو قبض الدار ولم يقبض الخمر فأَنَه يفسد البيع وحق الشفيع في الشفعة باق لأَنَّ فسادها بعد وقوعه صحيحا، وهنا من باب اولى.
5. انعقاده تقرير من الشارع هذا العقد مع أَنَه أمر برفعه فتخلله هنا فعل اختياري وهو إقدام البائع على البيع، وجاز أَنْ يؤخذ فعل حرام، ويترتب عليه أحكام كما إذا وطئ امرأته في حالة الحيض يثبت نسب الولد مع حرمة الفعل.

القول الثاني:

ذهب الامام أبي يوسف ومحمد – رحمهم الله - : أَنَّ حقه في الاسترداد لا ينقطع، ولكن يهدم بناء المشتري فيرد الدار على البائع، فلا يجب للشفيع فيها الشفعة لبقاء حق البائع في الاسترداد[1].

وجه قولهم[2]:

1. أَنَه بنى في بقعة غيره هو أحق بتملكها منه فينقض بناءه للرد على صاحب الحق، كالمشتري إذا بنى في الشقص المشفوع.
2. إنَّ البناء بيع لحق الثابت في الأصل بصفة التأكيد لا يبطل بمعنى في البيع، ثم حق البائع في الاسترداد أقوى من حق الشفيع.
3. إنَّ حقه أَنَه لا يبطل بالسكوت، ولا يسقط بإسقاط البائع، وإنَّ ذلك مستحق له وعليه شرعا.
4. إنَّ بناء المشتري في ملكه ينقض لحق الشفيع مع ضعفه فلأَنَّ ينقض بحق البائع في الاسترداد كان أولى أرأيت لو هدم المشتري بناءه ألم يكن للبائع أَنْ يسترده، وهذا لا وجه لمنعه.
5. إنَّ المشتري إذا وجد بها عيبا بعد ما رفع بناءه كان له أَنْ يردها بالعيب فلأَنَّ يردها بفساد البيع كان أولى، وهذا بخلاف حق الواهب في الرجوع، فهو حق ضعيف فيسقط بمعنى في البيع كما يسقط بحدوث الزيادة المتصلة وبموت أحدهما.
6. أَنَه لو بناه في البيع الصحيح يكون له حق النقض فإذا بناه في البيع الفاسد أولى.

وإذا عرفنا هذا، نقول:

إنَّ الصاحبان بهذه الوجه من رأيهم يستدلان على أبي حنيفة فيقولان: لا قرار لهذا البناء بالاتفاق، بل رفعه مستحق إما لحق البائع، أو لحق الشفيع.

---

(1) ينظر: ابن مازة، المحيط البرهاني، مصدر سابق، ج7، ص255.السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج14، ص47. والبلخي، الفتاوى الهندية، مصدر سابق، ج5، ص64.

(2) ينظر: ابن مازة، المحيط البرهاني، مصدر سابق، ج7، ص256.السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج14، ص48. الزيلعي، تبيين الحقائق ، مصدر سابق، ج5، ص 255. ينظر: ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج9، ص 410. العيني، البناية شرح الهداية، مصدر سابق، ج، ص363.

وأبو حنيفة يقول: لهذا البناء قرار في حق البائع، فأَنَه حصل بتسليط فينقطع به حق البائع في الاسترداد، ولكن لا قرار له في حق الشفيع، فيكون له أَنْ ينقضه للأخذ بالشفعة، وهو بمنزلة تصرف آخر من المشتري فيها، كالبيع، والهبة، والصدقة، فأَنَه يقطع حق البائع في الاسترداد، ثم ينقض ذلك التصرف لحق الشفيع.

وقد أخذ صاحب الهداية بقول الصاحبان فقال:((من ابتاع دارا شراء فاسدا فلا شفعة فيها، أما قبل القبض فلعدم زوال ملك البائع، وبعد القبض لاحتمال الفسخ، وحق الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد، وفي إثبات حق الشفعة تقرير الفساد فلا يجوز، بخلاف ما إذا كان الخيار للمشتري في البيع الصحيح لأَنَه صار أخص به تصرفا وفي البيع الفاسد ممنوع عنه))[1].

ولو قام مشترى دارا شراء فاسدا وقبضها ثم وقفها على الفقراء والمساكين جاز وتصير وقفا على ما وقفت عليه وعليه قيمتها للبائع كذا في فتاوى قاضي خان ولو وقفها قبل أَنْ يقبضها لا يجوز، وقيل ينقطع حقه إجماعا كذا في«الكافي»[2].

وقال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي - رحمه الله - في «شرح الكافي»:((فإِنْ كان المشتري قد قبضها فبيعت دار بجنبها فللمشتري أَنْ يأخذها بالشفعة لأَنَه قد ملك الدار بالقبض فصار جارا عند وقوع البيع فإذا قضى القاضي له بالشفعة ثم ردت الدار لفساد البيع لم تبطل الشفعة لأَنَّ القضاء قد صح فلا يبطل بزوال الملك في داره لأَنَّ بقاء الجوار ليس بشرط لبقاء الاستحقاق، وإِنْ لم يأخذها حتى رد الدار بطلت شفعته لأَنَّ قيام الجوار عند القضاء بالاستحقاق شرط ولم يوجد ولا شفعة للبائع أيضا فيها لأَنَّ جواره حادث بعد البيع))[3].

المسألة السادسة

التكيف الفقهي للمهايأة

المهايأة لغة: مفاعلة من « الهيئة » وهي الحالة الظاهرة للمتهيئ للشيء وقد تبدل الهمزة ألفا فتصير «المهايآت».

واصطلاحا: هي عبارة عن قسمة المنافع، وتحقيقه: أَنَّ كلا منهم يرضى بهيئة واحدة ويختارها، أو أَنَّ الشريك الثاني ينتفع بالعين على الهيئة التي ينتفع بها الشريك الأول[4].

وهي جائزة استحسانا، والقياس يأباها لأَنَها مبادلة المنفعة بجنسها، إذا كل واحد من الشريكين في نوبته ينتفع بملك شريكه عوضا من انتفاع الشريك بملكه في نوبته، لكنا تركنا القياس للأدلة من الكتاب والسنة والإجماع كما مر بنا في تحقيق كتاب القسمة.

صورتها: دار بين رجلين تهايآ فيها على أَنْ يسكن كل واحد منهما منزلا معلوما وأَنْ يؤجر كلٌ حصة منزله، او أَنْ يسكن احدهما جانبا منها والاجر الجانب الاخر، او أَنْ يسكن احد الشريكين العلو ويسكن الاخر السفل[5].

---

(1) ينظر: المرغيناني، الهداية، مصدر سابق، ج4، ص320.
(2) ينظر: البلخي، الفتاوى الهندية، مصدر سابق، ج2، ص354.
(3) ينظر: الشِّلْبِيِّ، حاشية الشِّلْبِيِّ على تبيين، مصدر سابق، ج5، ص 262.
(4) ينظر: البابرتي، العناية شرح الهداية، مصدر سابق، ج9، ص456.
(5) ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج20، ص171.

والمنفعة تكون في حالتين[1]:

الحالة الاولى: أَنْ تكون المنفعة محل اتفاق باتحاد الجنس، كما في الثياب والأراضي.

الحالة الثانية: أَنْ تكون المنفعة مختلفة باختلاف الجنس. كالدور والعبيد.

ففي الحالة الاولى وهو اتحاد جنس المنفعة اختلف السادة الحنفية في تكيف هذا النوع الى ثلاثة آراء:

الرأي الاول: أَنَها إفراز لا مبادلة[2]، والافراز أَنْ يأخذ عين حقه، والمبادلة أَنْ يأخذ الشريك عوض حقه[3].

فالإفراز يعن تمييز الحقوق بعضها من بعض، وكونها إفرازا؛ لأَنَّ القاضي يجمع جميع منافع أحدهما في بيت واحد، بعد أَنْ كانت شائعة في البيتين، وكذلك في حق الشريك[4].

وناقش السادة الحنفية هذا التعليل فقالوا:

هذا الكلام فيه نظر؛ لأَنَّ جميع المنافع الشائعة في البيتين في بيت واحد محال لعدم جواز انتقال العوض من محل إلى محل آخر كما تقرر في محله فكيف يتمكن القاضي من جمعها[5]، بمعنى يستطيع القاضي جمع منفعة سكنى الدار أو ركوب الدابة استعمال المحل المنتفع به، مع أَنَها معدومة في ذلك الوقت، وهذه المنافع عند وجودها لا تنتقل من مكان لآخر.

فإِنْ قيل: ليس المراد أَنَّ القاضي يجمعها حقيقة، بل المراد إِنَّ القاضي يعتبر جمعها، لئلا يكون التهايؤ مبادلة في المنفعة فتصبح إجارة يشترط فيها التأقيت.

فرد ذلك لأسباب[6]:

1. إِنَّ اشتراط التأقيت فيه ليس بأصعب من اعتبار المحال متحققا- وهو جمع المنافع قبل وجودها- حتى يرتكب الثاني لأجل دفع الأول.
2. إِنْ اعتبار المحال متحققا ليس بأولى وأسهل من عدم اعتبار شرط الإجارة هاهنا للضرورة حتى يرتكب الأول دون الثاني.
3. إِنْ ترك كثير مما يعتبر في الشرع لأجل الضرورة شائع في قواعد الشرع.

وعللوا كذلك كونها أفرازا أَنَّ المنافع الحادثة تكون ملكا لصاحب المهايأة.

وقال الزيلعي:" المهايأة تمليك منافع بمنافع من جنس واحد فهي إجارة ولا يكره القاضي على الإجارة قلنا: لا نسلم أَنَه إجارة لأَنَه مستوف منفعة نفسه بل هي قسمة منافع الأعيان"[7].

---

(1) ينظر: ابن عابدين، العقود الدرية، مصدر سابق، ج16، ص171.

(2) ينظر: المرغيناني، الهداية، مصدر سابق، ج4، ص335.الزيلعي، تبيين الحقائق ، مصدر سابق، ج5، ص 276. وشيخ زاده، مجمع الأنهر، مصدر سابق، ج2، ص496. وابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج8، ص179.

(3) ينظر: ابن عابدين، رد المحتار، مصدر سابق، ج6، ص254.

(4) ينظر: البابرتي، العناية شرح الهداية، مصدر سابق، ج9، ص456.

(5) ينظر: قاضي زادة، نتائج الافكار، مصدر سابق، ج9، ص457.

(6) ينظر: قاضي زادة، نتائج الافكار، مصدر سابق، ج9، ص457.

(7) ينظر: الزيلعي، تبيين الحقائق ، مصدر سابق، ج5، ص 275.

ثم لم يعتبر اصحاب هذا القول المهايأة مبادلة للأسباب الاتية:

1. لو كان مبادلة لكان تمليك المنافع بالعوض فيلحق بالإجارة حينئذ فيشترط فيهل بيان المدة.
2. لا يجوز اعتبارها مبادلة ؛ لتوفر ربا النسيئة فيها باعتبار أَنَّ اتحاد الجنس وحده كاف في وجود هذا النوع من الربا[1].

ويترتب على هذا القول الاحكام الاتية[2]:

1. لا يشترط فيها التأقيت.
2. لكل واحد من الشركاء أَنْ يستغل ما أصابه بالمهايأة؛ لأَنَّ المنافع حدثت على ملكه فجاز أَنْ يستغل ما أصابه بالمهايأة.

الرأي الثاني: أَنَها إفراز من وجه، وعارية من وجه[3].

أي أَنَّ ما يستوفيه كل واحد منهما من المنافع بعضه نصيبه، وبعضه نصيب صاحبه عارية له من صاحبه، ولا تعتبر مبادلة بوجه .

وحجّة اصحاب هذا القول:

إِنَّ المهايأة جائزة في الجنس الواحد، ولو كانت مبادلة من وجه لما جازت في الجنس الواحد؛ لأَنَها تكون مبادلة المنفعة بجنسها وأَنَه يحرم لجريان ربا النسيئة فيها، ولأَنَه يكون مبادلة منهما نقض المهايأة بعذر وبغير عذر، ولو كانت مبادلة من وجه لما جازت من غير ذكر بيان المدة[4].

وهذا القول ضعيف عند الحنفية، وقد رده العلماء؛ كون العارية بغير عوض، بينما المهايأة بعوض فكل واحد من الشركاء يترك ما له من المنفعة بعوض وهو الأَنْتفاع بنصيب صاحبه في نوبيته[5].

ويترتب على هذا القول:

1. أَنَها غير لازمة.
2. أَنْ لا يملك إجارتها؛ لأَنَّ العارية لا تؤجر[6].

واستشكل بعض الحنفية القولين السابقين؛ لأَنَّ كل واحد من الشريكين يترك ما له من المنفعة بعوض، وهو الأَنْتفاع بنصيب صاحبه، فكيف يتصور أَنْ يكون أفرازا للكل أو عارية في البعض؟! والعارية غير لازمة والمهايأة لازمة[7].

وقد أجاب الكاساني على هذا الاشكال فقال:" إِنَّ المهايأة المكانية ليست بإعارة ؛ لأَنَّ العارية لا تؤجر، المهايئات قسمة منافع مقدرة مجموعة بالمكان، ومكان المنفعة معلوم، فصارت المنافع معلومة بالعلم بمكأَنَها، فجازت المهايأة"[8].

---

(1) ينظر: الزيلعي، تبيين الحقائق ، مصدر سابق، ج5، ص 276. قاضي زادة، نتائج الافكار، مصدر سابق، ج9، ص457، ص459.
(2) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع ،مصدر سابق، ج7، ص32.
(3) ينظر: ابن مازة، المحيط البرهاني، مصدر سابق، ج7، ص379. والزيلعي، تبيين الحقائق ، مصدر سابق، ج5، ص 276.
(4) ينظر: ابن مازة، المحيط البرهاني، مصدر سابق، ج7، ص379. والعيني، البناية شرح الهداية، مصدر سابق، ج10، ص556.
(5) ينظر: الزيلعي، تبيين الحقائق ، مصدر سابق، ج5، ص 276.
(6) ينظر: وهذا على اعتبار ان العارية اباحة لا تمليك لها. المرغيناني، الهداية، مصدر سابق، ج3، ص220.
(7) ينظر: الزيلعي، تبيين الحقائق ، مصدر سابق، ج5، ص 276.
(8) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع ،مصدر سابق، ج7، ص32.

والرأي الاول أوجه وأصحّ؛ لأَنَّ العارية ما يكون بغير عوض، وهذا بعوض؛ لأَنَّ كل واحد منهما ما يترك من المنفعة من نصيبه على صاحبه في ثوبه صاحبه إِنَّما يترك بشرط أَنْ يترك صاحبه نصيبه عليه في ثوبه، وإِنَّما لم يحرم النساء؛ لأَنَّ القياس لا يحرم بأحد وصفي علة ربا النقد؛ لأَنَّ الدين مع العين يستويان في العدد إلا أَنَّ للعين فضلاً من حيث الجودة؛ لأَنَّ العين أفضل من الدين وأجود منه إلا أَنَّ الفضل من حيث الجودة لا يحرم عند وجود وصفي علة الربا، وهو القدر مع الجنس، فلأَنَّ لا يحرم عند وجود أحد وصفي علة ربا أولى، إلا أَنَّنا أثبتنا هذه الحرمة عند أحد وصفي علة ربا النقد، وهو القدر أو الجنس بالنص بخلاف القياس، والنص ورد فيما هو مبادلة من كل وجه، وهو البيع والمهايأة إقرار من وجه مبادلة من وجه فيعمل فيها بقضية القياس[1].

الرأي الثالث: هي إفراز من وجه ومبادلة من وجه، اعتبارا بقسمة الاعيان[2]، وحتى لا ينفرد أحدهما بهذه المهايأة، وإذا طلبها أحدهما ولم يطلب الآخر قسمة الأصل أجبر الآخر عليها.

وهو اختيار الامام العيني في الجنس الواحد الذي تكون منفعته متساوية أو متفاوتة تفاوتا يسيرا، ومعنى هذا القول أَنَّ المهايأة تكون افرازا لنصيب كل واحد من الشركاء من المنفعة في الناحية التي يسكن فيها، ومبادلة لنصيبه مننها في الناحية الاخرى بنصيب الآخر في الناحية التي يسكن فيها، كما هو الحال في قسمة الاعيان، حيث أَنَها لا تخلو من المبادلة والافراز معا، لأَنَّ ما يأخذه كل واحد من الشريكين كان له بعضه ، وبعضه الاخر كان لشريكه، فهو يأخذه عوضا عما بقي له من حقه في نصيب صاحبه وقد سماها صاحب الاختيار مبادلة معنى إفراز صورة[3].

وقد اثار البعض إِشكالا، وذلك أَنَّ اعتبارها تحمل معنى المبادلة هنا، فهذا يعني اشتراط التأقيت فيها كاشتراطها في الإجارة.

فأجيب عن هذا: إِنَّ هذا القول ممنوع، لأَنَّ الإجارة مبادلة المنفعة بالعوض من كل وجه فلا يلزم من اشتراط التأقيت فيها اشتراطه فيما هو إفراز من وجه ومبادلة من وجه[4].

وبهذا الرأي اخذت مجلة الاحكام العدلية في المادة (1116):((القسمة من جهة إفراز ومن جهة مبادلة))[5].

والمادة(1147):((المهايأة عبارة عن قسمة المنافع)).

ويفهم من ذلك: أَنَّ المهايأة مبادلة معنى وليست إفرازا من كل وجه؛ لأَنَّ المهايأة لا تجري في المثليات كالمكيل والموزون[6].

اما الحالة الثانية: أَنْ تكون المنفعة مختلفة باختلاف الجنس. كالدور والعبيد، فيتملك اثنان حيوانا و ودارا، فينتفع احدهما بالحيوان وينتفع الشريك الآخر بالدار، ففي هذه الحالة تعتبر المهايأة مبادلة من كل وجه؛ لأَنَّ المهايأة

(1) ينظر: ابن مازة، المحيط البرهاني، مصدر سابق، ج7، ص380.
(2) ينظر: العيني، البناية شرح الهداية، مصدر سابق، ج10، ص556.
(3) ينظر: الموصلي، الاختيار، مصدر سابق، ج2، ص79.
(4) ينظر: قاضي زادة، نتائج الافكار، مصدر سابق، ج9، ص457.
(5) ينظر: علي حيدر، شرح مجلة الاحكام،ج3، ص100.
(6) ينظر: علي حيدر، شرح مجلة الاحكام،ج3، ص185.

قسمة المنافع معتبرة بقسمة الاعيان، وقسمة الجنس المختلف اعتبرت مبادلة من كل وجه وهو ما أخذت به مجلة الاحكام العدلية[1].

المسألة السابعة

الاستئجار على المعاصي

إنَّ الاجارة على المعاصي لدى السادة الحنفية (رحمهم الله) على نوعين:

الاول: اجارة المسلمين.

اتفق أئمة المذهب الحنفي (رحمهم الله) على أَنَّ الاجارة على المعاصي بين المسلمين لا تجوز، وحكم عقدها باطل تلحقه احكامه[2].

حجتهم:

1. إنَّ بعقد الإجارة يستحق تسليم المعقود عليه شرعا ولا يجوز أَنْ يستحق على المرء فعل به يكون عاصيا شرعا.
2. إنَّ المعتبر في الإجارة عرف الناس، ولأَنَّ ما هو المقصود إنَّما يحصل بمضي في المستأجر فلا يكون ذلك موجبا للأجر عليه.

صور الاستئجار على المعاصي[3]:

1. استجار شيء من الغناء والنوح والمزامير والطبل.
2. استئجار على الحداء، وقراءة الشعر؛ لأَنَّ هذا ليس من إجارة الناس.

ويلحق به استئجار المسلم من المسلم مسجدا يصلي فيه مكتوبة أو نافلة لا يجوز، وكذلك استئجار مسلم يصلي له، فهو باطل كذلك.

والثاني اجارة أهل الذمة.

إنَّ اجارة اهل الذمة في كل ما هو مباح عندنا نحن المسلمون فهو جائز بالاتفاق اما الاجارة فيما هو مباح عندهم محرم عندنا فقد اتفق الائمة في صور وافترقوا في صور.

---

(1) ينظر: علي حيدر، شرح مجلة الاحكام،ج3، ص194.

(2) ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج16، ص39 السمرقندي، تحفة الفقهاء، مصدر سابق، ج2، ص357. والكاساني، بدائع الصنائع ،مصدر سابق، ج4، ص189. والموصلي، الاختيار، مصدر سابق، ج2، ص60. والزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج5، ص 125.

(3) ينظر: المصدر السابق.

فالصور التي اتفق عليها بأَنَه لا يجوز الاجارة عليها لأَنَها معصية[1]:

1.إذا استأجر الذمي من المسلم بيعا يصلي، وكذلك إذا استأجرها ذمي من ذمي.
2.استئجارهم الكنيسة وبيت النار فإنَهم يعتقدون في هذه البقاع ما يعتقده في المساجد.
3.استأجر أهل الذمة ذميا ليصلي بهم، أو ليضرب لهم الناقوس.
4.استجار المسلم على أَنْ يبني لهم كنيسة.
5.أَنْ يصنع لهم المسلم الصلبان او النواقيس، ونحوها مما يدخل في صلب عبادتهم.
6.لو استأجر ذميّ من ذميّ بيتاً يصلّي فيه حيث لا يجوز؛ لأَنَّ صلاتهم طاعة عندهم معصية عندنا.
7.استأجر رجلا ينحت له أصناما أو يجعل على أثوابه تماثيل والصبغ من رب الثوب لا شيء له.

حجتهم:

لا يمكن تصحيح هذا العقد فيما بينهم بناء على اعتقادهم، وفي اعتقادنا هذا منهم معصية وشرك فالاستئجار عليه باطل؛ لأَنَّ رسول الله ﷺ قال:« لا خصاء في الإسلام ولا بنيان كنيسة»[2] ولحديث مكحول أَنَّ أبا عبيدة بن الجراح رضي الله عنه صالحهم بالشام على أَنْ يحصل على كنائسهم القديمة وعلى أن لا يحدثوا كنيسة في مصر من أمصار المسلمين[3]، وما جاء عن ابن عباس رضي الله عنهما ، أَنَه قال:« كل مصر مصره المسلمون لا تبنى فيه بيعة ولا كنيسة، ولا يضرب فيه بناقوس، ولا يباع فيه لحم الخنزير» وفي رواية أخرى عنه: ولا تدخلوا فيه خمرا ولا خنزيرا[4].

واما الصورة التي اختلف فيها الاستئجار هي:

1. ذميا استأجر مسلما يحمل له خمرا.
2. إذا استأجر الذمي من المسلم بيتا ليبيع فيه الخمر.
3. استئجار الذمي الدابة من المسلم، أو السفينة لينقل عليها خمرا.
4. استأجر مسلما يرعى له خنازير
5. استأجر مسلما يبيع له ميتة، أو دما.

ففي هذه الصور قولان:

القول الاول:

ذهب الامام أبي حنيفة - رحمه الله – الى أَنَّ هذا العقد جائز.

حجته[5]:

---

(1) ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج16، ص40. والبلخي، الفتاوى الهندية، مصدر سابق، ج4، ص 449 وما بعدها.
(2) ينظر: ابن زنجويه، حميد بن مخلد بن قتيبة (1986م) الأموال(ت: د. شاكر ذيب فياض)،ط1، ج1، ص268، مركز الملك فيصل للبحوث والدراسات الإسلامية، الرياض. والزيلعي، نصب الراية، مصدر سابق، ج3، ص453.
(3) ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج16، ص39
(4) ينظر: أبو يوسف، يعقوب بن إبراهيم(1382هـ)، الخراج، ط3، ص162، المطبعة السلفية، القاهرة. والبيهقي، السنن الصغرى، مصدر سابق، رقم2948، ج4، ص10.
(5) ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج16، ص39. السمرقندي، مختلف الرواية، ج3، ص1600. وابن مازة، المحيط البرهاني، مصدر سابق، ج7، ص482. والكاساني، بدائع الصنائع ،مصدر سابق، ج4، ص176. وقاضي زادة، نتائج الافكار، مصدر سابق، ج10، ص60. وابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج8، ص23. وابن عابدين، رد المحتار، مصدر سابق، ج6، ص34.

1.في الصورة الاولى: أَنَه لا يتعين عليه حمل الخمر فلو كلفه بأَنْ يحمل عليه مثل ذلك فلا يستوجب الأجر، ولأَنَّ حمل الخمر قد يكون للإراقة وللصب في الخل ليتخلل فهو نظير ما لو استأجره ليحمل ميتة، وذلك صحيح فهذا مثله.

2. في الصورة الثانية: يجوز هذا العقد؛ لأَنَّ العقد يرد على منفعة البيت ولا يتعين عليه بيع الخمر فيه فله أَنْ يبيع فيه شيئا آخر يجوز العقد لهذا.

3.إِنَّ هذه الاجارة وقعت لأمر مباح؛ لأَنَها وقعت على حمل الخمر ليشربها الذمي، أو وقعت على الدار ليبيع الذميّ وشرب الخمر مباح؛ لأَنَّ خطاب التحريم كان غير نازل في حقه، وهذا بخلاف ما إذا استأجر الذمي من المسلم بيتاً يصلي فيه حيث لا يجوز؛ لأَنَّ ثمة صفة المعصية، إذا أمنت في حقه لديانته تبقى صفة الطاعة والاستئجار على الطاعة لا يجوز ومعنى صفة المعصية متى انتفت عن الشرب لديانته بقي فعلاً مباحاً في نفسه ليس بطاعة فتجوز الإجارة، وفيما إذا لم ينص على الشرب، فالوجه له أَنَّ الخمر كما يكون للشرب وأَنَه معصية في الشرب يجب أَنْ يجعل التنقل للتخليل حملاً لهذا العقد على الصحة، وهو نظير ما لو استأجر الذميّ من المسلم بيتاً ولم يقل ليصلى فيه، فأَنَه يجوز، وإِنْ كان له أَنْ يصلي فيه ويتخذه بيعة وكنيسة.

4. إِنَّ الإجارة إِنَّما ترد على منفعة البيت ولهذا يجب الأجر بمجرد التسليم، ومنفعة البيت ليس بطاعة ولا معصية، وإِنَّما الطاعة والمعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه. فقطع نسبة ذلك الفعل عن المؤجر، فينبغي أَنْ تصح الإجارة فيها.

القول الثاني:

ذهب الامام ابو يوسف ومحمد- رحمهم الله-: إِنَّ هذا صور عقد الاجرة على هذا النحو لا تجوز؛ لأَنَها معصية فلا ينعقد العقد عليه ولا أجر له.

حجتهم[3]:

إِنَّ الخمر يحمل للشرب وهو معصية والاستئجار على المعصية لا تجوز والأصل فيه قوله ﷺ: « إِنَّ الله عز وجل لعن الخمر، وعاصرها، ومعتصرها، وشاربها، وحاملها، والمحمولة إليه، وبائعها، ومبتاعها، وساقيها، ومستقيها»[2] وذكر في الجملة حاملها والمحمولة إليه.

ورد الصاحبان قوله على ما قال في الصورة الاولى: لكنا نقول تصريحهما بالمقصود لا يجوز اعتبار معنى آخر فيه، وما صرحا به معصية، والميتة تحمل عادة للطرح وإماطة الأذى. فأما الخمر يحمل عادة للشرب والمعصية.

اما الصور التي يجوز فيها الاستئجار للذمي هي[3]:

- اذا استأجر ذمي ذميا لشيء من تلك الصور فهو جائز، وكذلك لو استأجره يرعى له خنازير؛ لأَنَّ الخمر والخنزير مال متقوم في حقهم بمنزلة الشاة والبعير في حقنا.

---

(1) ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج16، ص39. السمرقندي، مختلف الرواية، ج3، ص1600. وابن مازة، المحيط البرهاني، مصدر سابق، ج7، ص482. قاضي زادة، نتائج الافكار، مصدر سابق، ج10، ص60. وابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج8، ص23.

(3) ينظر: الشيباني، المسند، مصدر سابق، رقم 2897، ج5، ص74.

(3) ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج16، ص40. والبلخي، الفتاوى الهندية، مصدر سابق، ج4، ص 449 وما بعدها.

- ولا بأس بأَنْ يؤجر المسلم دارا من الذمي ليسكنها فإِنْ شرب فيها الخمر، أو عبد فيها الصليب، أو أدخل فيها الخنازير لم يلحق المسلم إثم في شيء من ذلك؛ لأَنَه لم يؤاجرها لذلك والمعصية في فعل المستأجر وفعله دون قصد رب الدار فلا إثم على رب الدار في ذلك
- وكذلك لو اتخذ فيها بيعة، أو كنيسة أو باع فيها الخمر بعد أَنْ يكون ذلك في السواد ويمنعون من إحداث ذلك في الأمصار
- وإذا استأجر الذمي لنقل الخمر أو استأجر منه بيتاً ليبيع فيه الخمر جاز عندهم جميعاً؛ لأَنَّ الخمر عندهم كالخل عندنا

الخاتمة

الـلـهم لك الحمد والشكرحمدا كثيرا يوازي نعمائك والآئك على ما أوليت بـه وانعمـت بـه عـليّ مـن تمـام هـذا العمل المبارك.....

وبعد الذي تم بذله في اخراج المخطوط ومقابلته واثبات فروق النسخ فيه فقد توصلت الى النتائج التاليه:

1. إعتبار كتاب ((كمال الدراية في شرح النقاية)) للإمام الشمني رحمه الـلـه مـن الكتـب المهمـة التـي لا تقل عن سابقاتها من أمهات الكتب التي نعرفها كـ((المبسوط)) و((المحيط)) و((الهداية)) ونحوهـا، فقـد قام الامام الشمني رحمه الـلـه بجمع وتحقيق مسائل ظاهر الرّواية والمقارنة بين غيرها من الروايات.
2. ذكر الامام الشمني رحمه الـلـه كم هائل لأقوال، وكتب، ومصادر العلـماء مِمَّـنْ سـبقوه، وهـذا يـدل على سعة علمه، واطلاعه، وإحاطته، وتمكنه من المذهب الحنفي الذي بـرع في تقريـب الصـورة المـثلى للطالب، والسائل ذو البصيرة القاصرة.
3. إمتاز شرح الامام الشمني رحمه الـلـه بسهولة العبارة، ووضوحها، وتقريبها لكل من يقرأ كتابه.
4. زخر كتاب ((كمال الدراية في شرح النقاية)) للإمام الشمني رحمه الـلـه بآراء الصحابة، والتابعين، وائمـة المذاهب الاخرى، ذاكرا أرائهم، والراجح والمرجوح من فتـواهم، مقارنـا بهـا أقـوال المـذهب، مـع ذكـر ادلتهم في أغلب المواضع.
5. حرص الامام الشمني رحمه الـلـه على حسب ما حققت في الابواب الفقهية لكل فرع مـن المسـائل أَنْ يسوق الرّاجح في المذهب، بعد ذكر الاخلاف إنْ وجد، ثمّ يعزوا الفتوى فيه، وهذا يعني صلاح الكتـاب في قرآئته للمقلدين، وليس قاصرا على طلاب العلم.

أهم التوصيات:

1. أوصي نفسي وأخواني طلبة العلم الجامعي أن يعكفوا على ان يكونوا صـدقة جاريـة لمشـايخهم وسـندا لعلمائهم يتصل بالنّور والمعرفة في استخراج الكنوز المدفونة، فهو الشغل الشاغل علينا اليوم.
2. أرجوا من الجامعات الشرعية أن لا تقصر عمل التحقيق على طلبـة الدراسـات العليـا بـل شـمل طلبـة البكالوريوس حتى تصيبهم نفحة وبركة من نور علمهم حتى يعرفوا بصدق بعد جهـدهم في التحقيـق مدى لذة العلم وبركته.

وفي النهاية أصلي واسلم على سيدنا وحبيبنا وسندنا وذخيرتنا النبي الاكرم محمد صلى الـلـه عليه وسلم وعلى آله وصحبه، تسليما عظيما صلاة دائمة باقية شافيا شافعة لي ولوالدية والقارئين الى يوم القيامة انه الـلـه الحي القيـوم الـرحمن الرحيم نعم المولى ونعم المجيب والنّصير.....

الفهارس

و

المصادر

فهرس الآيات القرآنية

حسب ورودها في المخطوط

ت	الآية	السّورة	رقمها
1	{وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ}	الانفال	41
2	{وَنَبِّئْهُمْ أن الْمَاءِ قِسْمَة بَيْنَهُمْ}	القمر	28
3	{لَهَا شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبُ يَوْمٍ مَعْلُومٍ}	الشعراء	155
4	{فَهَبْ لِي مِنْ لَدُنْكَ وَلِيًّا}	مريم	5
5	{فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا}	النساء	4
6	{وَإِذَا حُيِّيتُمْ بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا بِأَحْسَنَ مِنْهَا أَوْ رُدُّوهَا}	النساء	86
7	{فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ}	البقرة	237
8	{ لَوْ شِئْتَ لَاتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْرًا}	الكهف	77
9	{فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ}	الطلاق	6
10	{أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ}	القصص	27
11	{يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَهِلَّةِ قُلْ هِيَ مَوَاقِيتُ لِلنَّاسِ}	البقرة	189
12	{فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ}	الطلاق	6
13	{أَرَضِيتُمْ بِالْحَيَاةِ الدُّنْيَا مِنَ الْآخِرَةِ}	التوبة	38
14	{وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ}	الماعون	7

ت	الآية	السّورة
15	{مَا وَدَّعَكَ رَبُّكَ وَمَا قَلَى}	الضحى
16	{إِنَّ اللـهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا}	النساء
17	{وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى}	المائدة
18	{وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً	النساء
19	{هَلْ جَزَاءُ الْإِحْسَانِ إِلَّا الْإِحْسَانُ}	الرحمن
20	{وَلَنْ يَجْعَلَ اللـهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا}	هود
21	{ مَنْ كَانَ يُرِيدُ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا نُوَفِّ إِلَيْهِمْ أَعْمَالَهُمْ فِيهَا وَهُمْ فِيهَا لَا يُبْخَسُونَ}	هود
22	{ لَا أَسْأَلُكُمْ عَلَيْهِ أَجْرًا }	الأَنْعام
23	{أَمْ تَسْأَلُهُمْ أَجْرًا فَهُمْ مِنْ مَغْرَمٍ مُثْقَلُونَ }	الطور

فهرس الأحاديث النبوية الشريفة

حسب وردها في المخطوط

ت	الحديث النبوي
1	قَضَى النَّبِيُّ ﷺ بِالشُّفْعَةِ فِي كُلِّ مَالٍ لَمْ يُقْسَمْ
2	جَارُ الدَّارِ أَحَقُّ بِدَارِ الْجَارِ
3	الجَارُ أَحَقُّ بِسَقَبِهِ
4	ادْفَعْ إِلَى ابْنَتَيْهِ الثُّلُثَيْنِ وَإِلَى امْرَأَتِهِ الثُّمُنَ وَلَكَ مَا بَقِيَ
5	لَوْ دُعِيتُ إِلَى ذِرَاعٍ أَوْ كُرَاعٍ لَأَجَبْتُ
6	تَصَافَحُوا يَذْهَبِ الْغِلُّ
7	مَا كَانَ لِي وَلِبَنِي عَبْدِ المُطَلَبِ، فَهُوَلَكُمْ
8	لَا يَحِلُّ لِرَجُلٍ أَنْ يُعْطِيَ عَطِيَّةً فَيَرْجِعَ فِيهَا
9	الْعَائِدُ فِي هِبَتِهِ، كَالْعَائِدِ فِي قَيْئِهِ
10	الرَّجُلُ أَحَقُّ بِهِبَتِهِ مَا لَمْ يُثَبْ مِنْهَا
11	مَنْ وَهَبَ هِبَةً فَهُوَ أَحَقُّ بِهِبَتِهِ
12	لاَ تَبْتَعْهُ، وَلاَ تَعُدْ فِي صَدَقَتِكَ
13	إِذَا كَانَتِ الْهِبَةُ لِذِي رَحِمٍ مُحَرَّمٍ لَمْ يَرْجِعْ فِيهَا
14	بِالْعُمْرَى لِصَاحِبِهَا
15	العُمْرَي لِمَنْ وُهِبَتْ لَهُ
16	كَسْبُ الْحَجَّامِ خَبِيثٌ
17	احْتَجَمَ وَأَعْطَى الحَجَّامَ أَجْرَهُ
18	إِنْ أَرَدْتَ أَنْ يُطَوِقَكَ اللهُ طَوْقاً مِنْ نَارٍ فَاقْبَلْهَا
19	إِنَّ أَحَقَّ مَا أَخَذْتُمْ عَلَيْهِ أَجْرًا كِتَابُ اللـه
20	اقْرَءُوا الْقُرْآنَ، وَلَا تَغْلُوا فِيهِ
21	أَنْتَ إِمَامُهُمْ وَاقْتَدِ بِأَضْعَفِهِمْ
22	نَهَى عَنْ عَسْبِ التَّيْسِ
23	ثَمِنَ عَسْبِ الفَحْلِ
24	عَنْ عَسِيبِ الْفَحْلِ وعن قَفِيزَ الطَّحَّانِ
ت	**الحديث النبوي**
25	إِنْ قُتِلَ زَيْدٌ فَجَعْفَرٌ
26	بَلْ عَارِيَّةٌ مَضْمُونَةٌ

27	العَارِيَةُ مُؤَدَّاةٌ وَالمِنْحَةُ مَرْدُودَةٌ
28	نَعَمْ، عَارِيَةٌ مُؤَدَاةٌ
29	ابدءوا بجارنا اليهودي
30	الشفعة في كل شرك، في أرض
31	الجار أحق بشفعة جاره، فإن كان غائبا انتظر إذا كان طريقهما واحد
32	إِنَّ لي جارين فإلى أيهما أبر
33	إذا قسمت الأرض وحدت، فلا شفعة فيها
34	يا غلام أتأذن لي أَنْ أعطيه الأشياخ
35	معكم منه شيء
36	أكل ولدك نحلت مثله
37	كل ذي مال أحق بماله
38	إِنْ أخذتها أخذت قوسا من نار
39	جمرة بين كفيك
40	لا خصاء في الإسلام ولا بنيان كنيسة

المصادر والمراجع

القرآن الكريم

1. إبراهيم مصطفى وآخرون بمجمع اللغة العربية بالقاهرة، المعجم الوسيط، ط1، (1989م)، دار الدعوة.
2. ابن أبي حاتم، عبد الرحمن بن محمد الرازي، الجرح والتعديل، ط1، (1952م)، دائرة المعارف العثمانية، حيدر آباد.
3. ابن أبي شيبة، عبد الله بن محمد بن إبراهيم، المصنف (ت: كمال يوسف الحوت)، ط1، (1409هـ)، مكتبة الرشد، الرياض.
4. ابن أبي يعلى، محمد بن محمد، طبقات الحنابلة(ت: محمد حامد الفقي)، بدون طبعة وبدون تاريخ، دار المعرفة، بيروت.
5. ابن الحاجب، جمال الدين عثمان بن عمر، جامع الامهات (ت: أبي عبد الرحمن الاخضري)، ط2، (1431هـ)، دار اليمامة، بيروت.
6. ابن الرفعة، أبو العباس نجم الدين الأنصاري، الإيضاح والتبيان في معرفة المكيال والميزان (ت : د محمد الخاروف)، ط1، (1400هـ)، دار الفكر، دمشق.
7. ابن السَّاعّاتِي، أحمد بن علي بن ثعلب، مجمع البحرين وملتقى النَّيِّرَين(ت: إلياس قبلان)، ط1، (2005م)، دار الكتب العلمية، بيروت
8. ابن الشِّحْنَة، أحمد بن محمد، لسان الحكام في معرفة الأحكام، ط2، (1973م)، البابي الحلبي، القاهرة.
9. ابن القَطَّاع، علي بن جعفر السعدي، كتاب الأفعال، ط1، ج3، (1983م)، عالم الكتب، بيروت.
10. ابن اللحام، علي بن محمد بن عباس، القواعد والفوائد الأصولية وما يتبعها من الأحكام الفرعية (ت: عبد الكريم الفضيلي)، ط1، (1999م)، المكتبة العصرية، بيروت.
11. ابن الملقن، عمر بن علي بن أحمد، التذكرة في الفقه الشافعي (ت: محمد حسن إسماعيل)، ط1، (2006م)، دار الكتب العلمية، بيروت.
12. ابن المنذر، محمد بن إبراهيم، الإقناع (ت: د. عبد الله الجبرين)، ط1، (1408هـ)، دار ابن الجوزي، مكة.
13. ابن الهمام، محمد بن عبد الواحد السيواسي، فتح القدير، بدون طبعة وبدون تاريخ، دار الفكر.
14. ابن تيمية، عبد السلام الحراني، المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ط2، (1984م)، مكتبة المعارف، الرياض
15. ابن جني، أبو الفتح عثمان الموصلي المحتسب في تبيين وجوه شواذ القراءات والإيضاح عنها، (1999م)، وزارة الأوقاف، كويت.
16. ابن حجر، أحمد بن علي العسقلاني، لسان الميزان(ت: دائرة المعرف النظامية)، ط2، (1979م)، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، بيروت.
17. ابن حجر، أحمد بن علي، تهذيب التهذيب، ط1، (1326هـ)، مطبعة دائرة المعارف النظامية، الهند.
18. ابن خلكان، أحمد بن محمد بن إبراهيم، وفيات الأعيان (ت: إحسان عباس)، دار صادر، بيروت.
19. ابن دريد، أبو بكر محمد بن الحسن، جمهرة اللغة (ت: رمزي منير بعلبكي)، ط1، (1987م)، دار العلم للملايين، بيروت.
20. ابن رشد، محمد بن أحمد الحفيد (2004م)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج، ص، دار الحديث، القاهرة.
21. ابن رشد، محمد بن أحمد، البيان والتحصيل (ت: محمد حجي وآخرون)، ط2، (1988م)، دار الغرب الإسلامي، بيروت.

22. ابن رشد، محمد بن أحمد، المقدمات الممهدات، ط1، (1988م)، دار الغرب الإسلامي، بيروت.
23. ابن سعد، محمد بن سعد بن منيع الهاشمي، الطبقات الكبرى (ت: محمد عبد القادر عطا)، ط1، 1990م، دار الكتب العلمية، بيروت.
24. ابن سواده، يوسف بن علي الهُذَلي، الكامل في القراءات والأربعين الزائدة عليها (ت: جمال بن السيد بن رفاعي الشايب)، (2007م)، مؤسسة سما للتوزيع والنشر، بيروت.
25. ابن سيده، علي بن إسماعيل(1996م)، المخصص(ت: خليل إبراهم جفال)، ط1، (1996م)، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
26. ابن سيده، علي بن إسماعيل، المحكم والمحيط الأعظم (ت: عبد الحميد هنداوي)، ط1، (2000م)، دار الكتب العلمية، بيروت.
27. ابن صدقة، محمد خلف، أخبار القضاة (ت: عبد العزيز المراغي)، ط1، (1947م)، المكتبة التجارية.
28. ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز، رد المحتار على الدر المختار، ط2، (1992)، دار الفكر، بيروت.
29. ابن عابدين، محمد أمين بن عمر، العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، بدون طبعة وبدون تاريخ، دار المعرفة، بيروت.
30. ابن عابدين، محمد أمين بن عمر، منحة الخالق حاشية على البحر الرائق، بدون طبعة وتاريخ، دار الكتاب الإسلامي، بيروت.
31. ابن عبد البر، يوسف بن عبد الله بن محمد، الإستذكار (ت: سالم محمد عطا، ومحمد علي معوض)، ط1، (2000م)، دار الكتب العلمية، بيروت.
32. ابن عبد البر، يوسف بن عبد الله، الكافي في فقه أهل المدينة ت: محمد ولد ماديك الموريتاني، ط2، (1980م)، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض
33. ابن قدامة، عبد الرحمن بن أحمد بن محمد(بدون تاريخ)، الشرح الكبير، ، دار الكتاب العربي، بيروت.
34. ابن قدامة، عبد الرحمن بن أحمد بن محمد، الكافي في فقه الإمام أحمد، ط1، (1994م)، دار الكتب العلمية، بيروت.
35. ابن قدامة، عبد الرحمن بن أحمد بن محمد، المغني، بدون طبعة، (1968م)، مكتبة القاهرة.
36. ابن قطلوبغا، زين الدين قاسم الحنفي، التصحيح والترجيح على مختصر القدوري (ت: ضياء يونس)، ط1، (2002م)، دار الكتب العلمية، بيروت.
37. ابن قطلوبغا، زين الدين قاسم الحنفي، تاج التراجم (ت: محمد خير رمضان يوسف)، ط1، (1992م)، دار القلم، دمشق.
38. ابن كثير، إسماعيل بن عمر، البداية والنهاية (ت: عبد الله بن عبد المحسن التركي)، ط1، (1997م)، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة.
39. ابن ماجة، محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجة (ت: محمد فؤاد عبد الباقي)، بدون طبعة وبدون تاريخ، دار إحياء الكتب العربية، فيصل عيسى البابي الحلبي.
40. ابن مازة، محمود بن أحمد بن عبد العزيز، المحيط (ت: عبد الكريم سامي الجندي)، ط1، (2004م)، دار الكتب العلمية، بيروت.
41. ابن مازة، محمود بن احمد، الذخيرة البرهانية، من مخطوطات جستربيتي مصورة في الجامعة الاردنية برقم(3867)، ق313/ب.

42. ابن مفلح، إبراهيم بن محمد بن عبد الـلـه، المبدع في شرح المقنع، ط1، (1997م)، دار الكتب العلمية، بيروت.
43. ابن مفلح، إبراهيم بن محمد بن عبد الـلـه، المقصد الأرشد في ذكر أصـحاب الإمـام أحمـد(ت: د. عبـد الـرحمن بـن سليمان العثيمين) ط1، (1990م)، مكتبة الرشد، الرياض.
44. ابن ملك، عبداللطيف بـن عبـدالعزيز، شرح مجمـع البحـرين، بهـامش مجمـع البحـرين (ت: إليـاس قـبلان)، ط1، (2005م)، دار الكتب العلمية، بيروت
45. ابن منجويه، أحمد بن علي(1407هـ)، رجال صحيح مسلم (ت: عبـد الـلـــه الليثـي)، ط1، ج2، ص205، دار المعرفـة، بيروت.
46. ابن منظور، محمد بن مكرم بن علي، لسان العرب، ط3، 1414هـ دار صادر، بيروت.
47. ابن نجيم، زين الـدين بـن إبـراهيم (1999م)، الأشـباه والنظـائر (ت الشـيخ زكريـا عمـيرات)، ط1، ج1، ص128، دار الكتب العلمية، بيروت.
48. ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، البحر الرائق، ط2، (بدون تاريخ)، دار الكتاب الإسلامي.
49. ابن نصر، عبد الوهاب علي، المعونة على مذهب أهـل المدينـة (ت : محمـد حسـن الشـافعي)، ط1، (1998 م)، دار الكتب العلمية، بيروت.
50. ابن نصر، عبد الوهاب علي، المعونة على مذهب أهـل المدينـة (ت : محمـد حسـن الشـافعي)، ط1، (1998 م)، دار الكتب العلمية، بيروت.
51. أبو بكر الخَلَّال، أحمد بن محمد (1994م)، الوقوف والترجل من الجامع لمسـائل الإمـام أحمـد بـن حنبـل، ت: سـيد كسروي حسن، ط1، ص127، دار الكتب العلمية، بيروت.
52. أبو داود، سليمان بن الأشعث، سنن أبو داود (ت: محمد محيي الـدين عبـد الحميـد)، بـدون طبعـة وبـدون تـاريخ، بيروت.
53. أبو داود، سليمان بن الأشعث، مسائل الإمام أحمـد روايـة أبي داود السجسـتاني (ت: طـارق بـن عـوض الـلـــه)، ط1، (1999م)، مكتبة ابن تيمية، القاهرة.
54. أبو يعلى، أحمد بن علي بن المثنـى، مسـند أبي يعـلى (ت: حسـين سـليم أسـد)، ط1، (1984م)، دار المـأمون للـتراث، دمشق.
55. أبو يوسف، يعقوب بن إبراهيم، اختلاف أبي حَنيفة وابن أبي ليلى (ت: أبو الوفا الأفغـاني)، ط1، ص108، لجنـة إحيـاء المعارف النعمانية، الهند.
56. الإسنوي عبد الرحيم بن الحسن بن علي، الشافعية (ت: كمال يوسـف الحـوت)، ط1، (2002م) دار الكتـب العلميـة، بيروت.
57. الأصبحي، مالك بن أنس بن مالك بن عامر المدني، المدونة، ، ط1، (1994م)، دار الكتب العلمية، بيروت.
58. الأصبحي، مالك بن أنس بن مالك، الموطأ (ت: محمد الأعظمي)، ط1، (2004م)، مؤسسة زايد بن سـلطان آل نهيـان، أبوظبي.
59. الأصبحي، مالك بن أنس بن مالك، الموطأ برواية محمد بن الحسن الشـيباني(ت: عبـد الوهـاب عبـد اللطيـف)، ط2، باب النُّحَلَى، رقم 808، ج1، ص285، المكتبة العلمية، بيروت.
60. الأصبهاني، أبو نعيم أحمد بن عبد الـلـه، حلية الأولياء وطبقات الأصفياء، ط1، (1974م)، السعادة، القاهرة.
61. الأنباري، محمد بن القاسم (1992م)، الزاهر في معاني كلمات الناس ت(د. حاتم الضامن)، ط1، ج1، ص403، الرسالة، بيروت.

62. الاوشي، محمد بن عثمان(2011م)، الفتاوى السراجية (ت: محمد البستوي) ط1، ص457، دار الكتب العلمية، بيروت.
63. البابانى، إسماعيل بن محمد أمين، هدية العارفين، ط1، (1951م)، دار إحياء التراث العربي بيروت.
64. البابرتي، محمد بن محمد، العناية شرح الهداية، بدون طبعة وبدون تاريخ، دار الفكر، بيروت.
65. البخاري، محمد بن إسماعيل المغيرة، الأدب المفرد (ت: محمد فؤاد عبد الباقي) ط3، (1989م)، دار البشائر الإسلامية، بيروت
66. البخاري، محمد بن إسماعيل، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله ﷺ وسننه وأيامه - صحيح البخاري- (ت: محمد زهير الناصر)، ط1، (1422هـ)، دار طوق النجاة، بيروت.
67. البراذعي، خلف بن أبي القاسم محمد، التهذيب في اختصار المدونة (ت: د. محمد الأمين)، ط1، (2002م)، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي.
68. البزار، أحمد بن عمرو العتكي، البحر الزخار(المسند)، ط1، (2009م)، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة
69. البزدوي، عبد العزيز بن أحمد، كشف الأسرار، بدون طبعة وبدون تاريخ، دار الكتاب الإسلامي، بيروت.
70. البغدادي، عبد الرحمن بن محمد، ارشاد السالك الى اشرف المسالك، بدون طبعة وبدون تاريخ، مصطفى البابي الحلبي، القاهرة.
71. البغوي، مسعود بن محمد بن الفراء، شرح السنة (ت: شعيب الأرنؤوط، محمد زهير الشاويش)، ط2، 1983م، المكتب الإسلامي، دمشق، بيروت.
72. البكري، عبد الله بن عبد العزيز الأندلسي، معجم ما استعجم من أسماء البلاد والمواضع، ط3، (1403هـ)، عالم الكتب، بيروت.
73. البلخي، لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي، الفتاوى الهندية، ط2، (1310 هـ)، دار الفكر، بيروت.
74. البلوي، أحمد بن علي، ثبت أبي جعفر أحمد بن علي (ت: عبد الله العمراني)، ط1، (1403هـ)، دار الغرب الإسلامي، بيروت.
75. بن حبان، محمد البُستي، الثقات، ط1، (1973م)، دائرة المعارف العثمانية، حيدر آباد.
76. البيهقي، أحمد بن الحسين الخراساني، السنن الصغير (ت: عبد المعطي أمين قلعجي)، ط1، (1989م)، جامعة الدراسات الإسلامية، كراتشي، باكستان.
77. البيهقي، أحمد بن الحسين الخراساني، السنن الكبرى ت: محمد عبد القادر عطا، ط3، (2003م)، دار الكتب العلمية، بيروت
78. البيهقي، أحمد بن الحسين، شعب الإيمان(ت: مختار الندوي)، ط1، (2003م)، مكتبة الرشد، الرياض.
79. الترمذي، محمد بن عيسى(1998م)، سنن الترمذي (ت: بشار عواد)، ط1، (1998م)، دار الغرب الإسلامي، بيروت.
80. التميمي، تقي الدين بن عبد القادر الداري، الطبقات السنية في تراجم الحنفية (ت: عبد الفتاح الحلو)، ط1،(1970م)، لجنة احياء التراث المجلس الاعلى للشؤون الاسمية في الجمهورية العربية المتحدة، القاهرة.
81. الثعلبي، محمد عبد الوهاب بن علي، التلقين في الفقه المالكي (ت: محمد أبو خبزة الحسني التطواني)، ط1، (2004م)، دار الكتب العلمية، بيروت.
82. الثقفي، أحمد بن محمد، لسان الحكام في معرفة الأحكام، ط1، (1973م)، البابي الحلبي، القاهرة.
83. الثوري، سفيان بن سعيد، تفسير الثوري، ط1، (1983م)، دار الكتب العلمية، بيروت.
84. الجرجاني، التعريفات، مصدر سابق، ص159. وعلي حيدر، شرح مجلة الاحكام، ج2، ص797.

85. الجرجاني، علي بن محمد بن علي، التعريفات (ت: جماعة من العلماء بإشراف الناشر)، ط1، (1983م)، دار الكتب العلمية بيروت.
86. الجزري، المبارك ابن الأثير(1979م)، النهاية في غريب الحديث والأثر (ت: طاهر الزاوى، ومحمود الطناح)، ط1، ج2، ص377، المكتبة العلمية، بيروت.
87. الجزري، المبارك ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث والأثر (ت: طاهر الزاوى، ومحمود الطناح)، ط1، (1979م)، المكتبة العلمية، بيروت.
88. الجصاص، أحمد بن على الرازي، مختصر اختلاف العلماء للطحاوي (ت. عبد الله نذير احمد) ط1، (1995م)، دار البشائر، بيروت.
89. الجصاص، ابو بكر الرازي، شرح مختصر الطحاوي(ت: د. سائد بكداش)، ط1، (2010م)، دار البشائر، بيروت.
90. الجصاص، احمد بن علي، شرح ادب القاضي للخصاف، ط1، (1400هـ)، الناشر/ السيد اسعد طرابزوني الحسيني.
91. الجوهري، إسماعيل بن حماد، الصحاح (ت: أحمد عبد الغفور عطار)، ط4، (1987م)، دار العلم للملايين، بيروت.
92. الجويني، عبد الملك بن عبد الله إمام الحرمين، نهاية المطلب في دراية المذهب (ت: أ. د. عبد العظيم محمود الدّيب)، ط1، (2007م)، دار المنهاج، جدة.
93. حاجي خليفة، مصطفى بن عبد الله، كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون، ط1، 1941، مكتبة المثنى، بغداد.
94. الحصكفي، بدر المتقى في شرح الملتقى "المطبوع بهامش شيخ زاده، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان، مجمع الأنهر، بدون طبعة وبدون تاريخ، دار إحياء التراث العربي.
95. الحصكفي، محمد بن علي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار للتمرتاشي (ت: عبد المنعم خليل ابراهيم)، ط1، (2002م)، دار الكتب العلمية، بيروت.
96. الحصني، أبو بكر بن محمد، كفاية الأخيار (ت: علي بلطجي، ومحمد وهبي سليمان)، ط1، (1994م)، دار الخير، دمشق
97. الحطاب، محمد بن محمد بن عبد الرحمن، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ط3، (1992م)، دار الفكر، بيروت.
98. الحموي، ياقوت بن عبد الله الرومي، معجم البلدان، ط2، (1995م)، دار صادر، بيروت.
99. الحميري، نشوان بن سعيد، شمس العلوم ودواء كلام العرب من الكلوم (ت: حسين بن عبد الله العمري، ومطهر بن علي الإرياني، ويوسف محمد عبد الله)، ط1، (1999م)، دار الفكر المعاصر، بيروت.
100. الخرقي، عمر بن الحسين، متن الخرقى على مذهب الامام أحمد، (1993م)، دار الصحابة، السعودية.
101. الخطيب، داوود بن يوسف، الفتاوى الغياثية، ط1، (1421هـ)، مطبعة بولاق، القاهرة.
102. الدارقطني، علي بن عمر بن أحمد، السنن (ت: شعيب الأرنؤوط)، ط1، (2004م)، مؤسسة الرسالة، بيروت.
103. الدسوقي محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، بدون طبعة وبدون تاريخ، دار الفكر، بيروت.
104. دُوزِي، رينهارت بيتر آن، تكملة المعاجم العربية (ترجمة: محمد سليم النعَيمي)، ط1، (1979م)، وزارة الثقافة والإعلام، بغداد.
105. الذهبي، العبر، مصدر سابق ج1، ص331. الصفدي، الوافي بالوفيات، مصدر سابق، ج17، ص237-238.
106. الذهبي، تذكرة الحفاظ، ج3، ص85-88 .
107. الذهبي، محمد بن أحمد بن عثمان بن قَايْماز، سير أعلام النبلاء، ط1، (2000م)، دار الحديث، القاهرة

108. الذهبي، محمد بن أحمد، العلو للعلي الغفار في إيضاح صحيح الأخبار (ت: محمد أشرف)، ط1، (1995م)، مكتبة أضواء السلف، الرياض.

109. الرازي علي بن مكي، خلاصة الدلائل في تنقيح المسائل (ت: اجمد الفضلي)، ط1، (2007)، الرشد، الرياض.

110. الرازي، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر، مختار الصحاح (ت: يوسف الشيخ محمد)، ط5، (1999م)، المكتبة العصرية، الدار النموذجية، بيروت، صيدا.

111. الرافعي، عبد الكريم بن محمد، فتح العزيز بشرح الوجيز، بدون طبعة وبدون تاريخ، دار الفكر، بيروت.

112. الرملي، خير الدين احمد(1300هـ)، الفتاوى الخيرية لنفع البرية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، ط2، ج2، ص111، بولاق، مصر.

113. الزَّبِيدِيّ، أبو بكر بن علي بن محمد الحدادي العبادي الحنفي، الجوهرة النيرة، ط1، (1322هـ)، المطبعة الخيرية، مصر.

114. الزبيدي، محمد بن محمد بن عبد الرزاق (بدون تاريخ)، تاج العروس (ت: مجموعة من المحققين)، بدون طبعة، دار الهداية.

115. الزبيدي، محمد بن محمد بن عبد الرزاق، تاج العروس (ت: مجموعة من المحققين)، (بدون تاريخ)، دار الهداية.

116. الزركشي، محمد بن عبد الله الحنبلي، شرح الزركشي، ط1(1993م)، دار العبيكان، الرياض.

117. الزركلي، خير الدين بن محمد، الأعلام، ط15، (2002م)، دار العلم للملايين.

118. الزيلعي، عبد الله بن يوسف بن محمد، نصب الراية (ت: محمد عوامة)، ط1، (1997م)، مؤسسة الريان، بيروت، لبنان.

119. الزيلعي، عثمان بن علي بن محجن البارعي، تبيين الحقائق، ط1، (1313هـ)، المطبعة الكبرة الأميرية، بولاق، القاهرة.

120. السبكي، تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين، طبقات الشافعية الكبرى (ت: محمود محمد الطناحي، وعبد الفتاح محمد الحلو)، ط2، (1413هـ)، دار هجر، القاهرة.

121. السخاوي، محمد بن عبد الرحمن، الضوء اللامع لأهل القرن التاسع، بدون طبعة وبدون تاريخ، المكتبة العصرية، صيدا.

122. السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل، المبسوط، (1993م)، دار المعرفة، بيروت.

123. السرخسي، محمد بن أحمد، شرح السير الكبير، (1971م)، الشركة الشرقية للإعلانات، القاهرة.

124. سركيس، يوسف بن إليان، معجم المطبوعات العربية، ط1، (1928م)، مطبعة سركيس، القاهرة.

125. السُّغْدي، علي بن الحسين، النتف في الفتاوى (ت: د. صلاح الدين الناهي)، ط2، (1984 م)، دار الفرقان، عمان.

126. السمرقندي، محمد بن أحمد، تحفة الفقهاء، ط2، (1994م)، دار الكتب العلمية، بيروت.

127. السمرقندي، محمد بن يوسف بن أبي أحمد، الفقه النافع (ت: د. ابراهيم العبود)، ط1، (1420هـ)، مكتبة العبيكان، الرياض.

128. السمرقندي، نصر بن محمد بن أحمد، خزانة الفقه (تعليق: محمد عبد السلام شاهين)، ط1، (2005م)، دار الكتب العلمية، بيروت.

129. السمرقندي، نصر بن محمد، مختلف الرواية (ت: عبد الرحمن بن مبارك الفرج)، ط1، (2005هـ)، مكتبة الرشد، الرياض.

130. السمعاني، عبد الكريم بن محمد، الأنساب (ت: عبد الرحمن المعلمي وغيره)، ط1، (1962م)، مجلس دائرة المعارف العثمانية، حيدر آباد.

131. السنيكي، زكريا بن محمد، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، بدون طبعة وبدون تاريخ، دار الكتاب الإسلامي، بيرت.
132. السيوطي عبد الرحمن بن أبي بكر، الأشباه والنظائر، ط1، (1990م)، دار الكتب العلمية، بيروت.
133. السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة (ت: محمد أبو الفضل إبراهيم)، بدون طبعة وبدون تاريخ، المكتبة العصرية، لبنان صيدا.
134. السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، حسن المحاضرة (ت: محمد أبو الفضل إبراهيم)، ط1، (1967م)، دار إحياء الكتب العربية، مصر.
135. السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، طبقات الحفاظ، ط1، (1403)، دار الكتب العلمية، بيروت.
136. الشافعي، محمد بن إدريس بن العباس، الأم، (1990م)، دار المعرفة، بيروت.
137. الشافعي، محمد بن إدريس بن العباس، الرسالة (ت: أحمد شاكر)، ط1، (1940م)، مكتبه الحلبي، مصر.
138. شُرَّاب، محمد بن محمد حسن، المعالم الأثيرة في السنة والسيرة، ط1، (1411هـ)، دار القلم، بيروت.
139. الشربيني، محمد بن أحمد الخطيب، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع (ت: علي محمد معوض - عادل أحمد عبد الموجود،)، ط2، (2004م)، دار الفكر، بيروت.
140. الشربيني، محمد بن أحمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ط1، (1994م)، دار الكتب العلمية، بيروت.
141. الشرنبلالي، حسن بن عمار بن علي، حاشية الشرنبلالي على درر الحكام، بدون طبعة وبدون تاريخ، دار إحياء الكتب العربية، بيروت.
142. الشعراني، عبد الوهاب بن أحمد، الطبقات الكبرى، ط1، (1315هـ)، مطبعة محمد المليجي الكتبي، القاهرة.
143. الشلبي، أحمد بن محمد، حاشيته على تبيين الحقائق، ط1، (1313هـ)، المطبعة الكبرة الأميرية، بولاق، القاهرة.
144. الشوكاني، محمد بن علي، البدر الطالع، دار المعرفة، بيروت.
145. الشيباني، أحمد بن حنبل، المسند (ت: شعيب الأرناؤوط، وعادل مرشد وآخرون)، ط1، (2001م)، مؤسسة الرسالة، بيروت.
146. الشيباني، أحمد بن محمد بن حنبل، مسائل الإمام أحمد بن حنبل رواية ابن أبي الفضل صالح، بدون طبعة وبدون تاريخ، الدار العلمية، الهند.
147. الشيباني، محمد بن الحسن بن فرقد، السير(ت: مجيد خدوري ط1، (1975م)، الدار المتحدة للنشر، بيروت.
148. الشيباني، محمد بن الحسن، الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير، (1406هـ)، عالم الكتب، بيروت.
149. الشيباني، محمد بن الحسن، الجامع الكبير، ط1، (1356هـ)، لجنة احياء المعارف النعمانية، حيدر اباد.
150. شيخ زاده، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان، مجمع الأنهر، بدون طبعة وبدون تاريخ، دار إحياء التراث العربي.
151. الشيرازي، إبراهيم بن علي بن يوسف، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ط1، (1995)، دار الكتب العلمية، بيروت.
152. الشيرازي، إبراهيم بن علي، طبقات الفقهاء (ت: إحسان عباس)، ط1، (1970م)، دار الرائد العربي، بيروت.
153. الصدر الشهيد، عمر بن عبد العزيز، شرح ادب القاضي(ت: د. محي هلال السرحان)، ط1، (1977)، مطبعة الرشاد، بغداد.
154. الصفدي، صلاح الدين خليل بن أيبك، الوافي بالوفيات (ت: أحمد الأرناؤوط وتركي مصطفى)، ط1، (2000م)، دار إحياء التراث، بيروت.

155. الصنعاني، عبد الرزاق بن همام بن نافع الحميري، المصنف (ت: حبيب الرحمن الأعظمي)، ط2، (1403هـ)، المكتب الإسلامي، بيروت.
156. الصنعاني، عبد الرزاق بن همام، تفسير القرآن (ت: د. محمود محمد عبده) ط1، (1419هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت.
157. طاشكبرى زاده، أحمد بن مصطفى، مفتاح السعادة، ط1، (1985م)، دار الكتب العلمية، بيروت.
158. الطبراني، سليمان بن أحمد اللخمي، المعجم الكبير (ت: حمدي السلفي)، ط2، بدون تاريخ، مكتبة ابن تيمية، القاهرة.
159. الطبري، محمد بن جرير، تاريخ الرسل والملوك، ط2، (1387هـ)، دار التراث، بيروت.
160. الطحاوي أحمد بن محمد الأزدي، مختصر اختلاف العلماء (ت: د. عبد الله نذير أحمد)، ط2، (1417هـ)، البشائر الإسلامية، بيروت.
161. الطحاوي، أحمد بن محمد الأزدي، شرح معاني الآثار (ت: محمد النجار، ومحمد سيد جاد الحق)، ط1، (1994م)، عالم الكتب، القاهرة.
162. الظاهري، عبد الله يوسف بن تغري بردي(بدون تاريخ)، المنهل الصافي (ت: محمد محمد أمين)، بدون طبعة، ج2، ص104، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة.
163. الظاهري، يوسف بن تغري بردي، المنهل الصافي والمستوفى بعد الوافي (ت: محمد محمد أمين)، بدون طبعة وبدون تاريخ، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة.
164. العجلي، أحمد بن عبد الله بن صالح، معرفة الثقات (ت: عبد العليم البستوي)، ط1، (1985م)، مكتبة الدار، المدينة المنورة.
165. العسكري الحسن بن عبد الله، الفروق اللغوية (ت: محمد إبراهيم سليم)، بدون طبعة وبدون تاريخ، دار العلم والثقافة، القاهرة
166. العَكري عبد الحي بن أحمد بن العماد، شذرات الذهب في أخبار من ذهب (ت: عبد القادر ومحمود الأرناؤوط)، ط1، (1986م)، دار ابن كثير، بيروت.
167. علاء الدين ابن عابدين، محمد بن محمد أمين، قرة عين الأخيار لتكملة رد المحتار، ط2، (1992م)، دار الفكر، بيروت.
168. علي حيدر، درر لحكام شرح مجلة الاحكام، طبعة خاصة، (2003م)، عالم الكتب، الرياض.
169. العمراني، يحيى بن أبي الخير بن سالم، البيان (ت: قاسم محمد النوري)، ط1، (2000 م)، دار المنهاج، جدة.
170. العيني، محمود بن أحمد بن موسى، البناية شرح الهداية، ط1، (2000م)، دار الكتب العلمية، بيروت.
171. الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد، الوجيز في الفقه الشافعي(ت: عادل معوض، وعادل عبد الموجود)، ط1، (1997م)، دار الارقم، بيروت.
172. الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد، الوسيط في المذهب (ت: أحمد محمود ومحمد محمد تامر)، ط1، (1417هـ)، دار السلام، القاهرة.
173. الغزنوي، عمر بن إسحق بن أحمد الهندي، الغرة المنيفة في ت بعض مسائل الإمام أبي حنيفة، ط1، (1986م)، مؤسسة الكتب الثقافية، القاهرة.
174. فانديك، أدوارد كرنيليوس، اكتفاء القنوع، ط1، (1896م)، مطبعة التأليف الهلال، القاهرة.

175. الفراهيدي، الخليل بن أحمد البصري، العين (ت: د مهدي المخزومي، د إبراهيم السامرائي)، بدون طبعة وبدون تاريخ، دار الهلال، بغداد.

176. الفيروزآبادي، محمد بن يعقوب، القاموس المحيط (ت، مكتب ت التراث في مؤسسة الرسالة)، ط2، (2005م)، مؤسسة الرسالة، بيروت.

177. الفيومي، أحمد بن محمد بن علي، المصباح المنير، بدون طبعة وبدون تاريخ، المكتبة العلمية، بيروت.

178. قاضي زادة، شمس الدين أحمد، نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار، بدون طبعة وبدون تاريخ، دار الفكر، دمشق.

179. القدوري، احمد بن محمد البغدادي، التجريد (ت: د. محمد أحمد سراج، و د. علي جمعة)، ط1، (2004م)، دار السلام، القاهرة.

180. القدوري، احمد بن محمد بن جعفر، مختصر القدوري(ت: كامل محمد عويضة)، ط1(1997م)، دار الكتب العلمية، بيروت.

181. القدوري، أحمد بن محمد، شرح مختصر الكرخي(ت: عبد الله الغملاس)، ط1، (1426هـ)، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض.

182. القرافي، أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن، الذخيرة (ت: محمد حجي وسعيد أعراب ومحمد أبو خبزة)، ط1، (1994)، دار الغرب الإسلامي، بيروت.

183. القرشي، عبد القادر بن محمد، الجواهر المضية في طبقات الحنفية (ت :عبد الفتاح محمد الحلو)، ط2، (1993م)، دار هجر، مصر.

184. القزويني، أحمد بن فارس بن زكريا الرازي، معجم مقاييس اللغة ت: عبد السلام محمد هارون، (1979م)، دار الفكر، بيروت

185. قلعجي، محمد رواس، معجم لغة الفقهاء، ط2، (1988م)، دار النفائس، عمان.

186. القلقشندي، أحمد بن علي، نهاية الأرب (ت: إبراهيم الإبياري)، ط2، (1980م)، دار الكتاب اللبنانين، بيروت.

187. القهستاني، شمس الدين محمد، جامع الرموز في شرح النقاية، بدون طبعة، (1291هـ)، المطبعة المعصومية، استانبول.

188. القينوجي، محمد صديق خان بن حسن، أبجد العلوم، ط1، (2002م)، دار ابن حزم، أبجد العلوم.

189. الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط2، (1986م)، دار الكتب العلمية، بيروت.

190. الكتاني، محمد بن أبي الفيض، الرسالة المستطرفة (ت: محمد المنتصر بن محمد الزمزمي)، ط6، (2000م)، دار البشائر الإسلامية، بيروت.

191. كحالة، عمر بن رضا الدمشقي معجم المؤلفين، بدون طبعة وبدون تاريخ، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

192. الكفوي، أيوب بن موسى، الكليات(عدنان درويش - محمد المصري)، ط1، (2002م)، مؤسسة الرسالة، بيروت.

193. الكلوذاني، محفوظ بن أحمد بن الحسن، الهداية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل (ت: عبد اللطيف الهميم، وماهر الفحل)، ط1، (2004م)، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، الكويت.

194. الكوسج، إسحاق بن منصور المروزي، مسائل الإمام أحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه، ط1، (2002م)، الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة.

195. اللكنوي، محمد عبد الحي بن عبد الحليم، الفوائد البهية، ط1، (1324هـ)، مطبعة السعادة، القاهرة.

196. اللكنوي، محمد عبد الحي بن عبد الحليم، مقدمة السعاية، مطبعة المصطفائي محمد خان، باكستان.

197. الماوردي، علي بن محمد، الإقناع، ج1، ص177.
198. مجلة الأحكام العدلية، لجنة مكونة من عدة علماء في الخلافة العثمانية(ت: نجيب هواويني)، مكتبة آرام باغ، كراتشي.
199. المحبوبي، عبيد الله بن مسعود، شرح الوقاية (ت: د. صلاح ابو الحاج)، ط1، (2006)، مؤسسة الوراق، عمان.
200. مختار، د. أحمد مختار عبد الحميد، معجم اللغة العربية المعاصرة، ط1، (2008م)، عالم الكتب، بيروت.
201. المرداوي، علي بن سليمان، الإنصاف، ط2، (بدون تاريخ)، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
202. المرغيناني، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني، الهداية في شرح بداية المبتدي (ت: طلال يوسف)، (2008)، دار احياء التراث العربي، بيروت.
203. المزني، إسماعيل بن يحيى، المختصر (مطبوع ملحقا بكتاب الأم)، يقع في الجزء 8 من الكتاب الام طبعة دار المعرفة، بيروت.
204. المزي، يوسف بن عبد الرحمن، تهذيب الكمال (ت: بشار عواد)، ط1، (1980م)، مؤسسة الرسالة، بيروت.
205. المُطَرِّزِيّ، ناصر بن عبد السيد الخوارزمي، المغرب في ترتيب المعرب، بدون طبعة وبدون تاريخ، دار الكتاب العربي، بيروت.
206. معجم اللغة العربية المعاصرة، أحمد مختار، ط1، (2008م)، عالم الكتب، بيروت.
207. ملا خسرو، محمد بن فرامرز بن علي، درر الحكام شرح غرر الأحكام، بدون طبعة وبدون تاريخ، دار إحياء الكتب العربية، مصر.
208. ملا علي القاري، علي بن سلطان محمد، فتح باب العناية بشرح النقاية، ط1(2005م)، دار الكتب العلمية، بيروت.
209. المَلَطي، يوسف بن موسى بن محمد، المعتصر من المختصر من مشكل الآثار، بدون طبعة وبدون تاريخ، عالم الكتب، بيروت.
210. المنهاجي، محمد بن أحمد الشافعي، جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود(ت: مسعد عبد الحميد السعدني)، ط1، (1996م)، دار الكتب العلمية بيروت .
211. الموصلي، عبد الله بن محمد، الاختيار لتعليل المختار، ط1، (1937م)، مطبعة الحلبي، القاهرة.
212. الميداني، عبد الغني بن طالب، اللباب في شرح الكتاب (ت: محمد محيي الدين)، بدون طبعة وبدون تاريخ، المكتبة العلمية، بيروت.
213. النسائي أحمد بن شعيب بن علي الخراساني، السنن الكبرى(ت: حسن شلبي)، ط1، (2001م)، مؤسسة الرسالة، بيروت.
214. النسفي، عبد الله بن احمد، الكافي شرح الوافي (مخطوط برقم: 4852، بجامعة الملك سعود)، ق171/ب.
215. النسفي، عمر بن محمد، طلبة الطلبة، ط1، (1311هـ)، مكتبة المثنى، بغداد.
216. النفراوي، أحمد بن غانم بن سالم، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، بدون طبعة، (1995م)، دار الفكر، بيروت.
217. النووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف ،شرح النووي على مسلم، ط2، (1392هـ)، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
218. النووي، محيي الدين يحيى بن شرف، المجموع شرح المهذب، بدون طبعة وبدون تاريخ، دار الفكر، دمشق.
219. النووي، محيي الدين يحيى بن شرف، روضة الطالبين (ت: زهير الشاويش)، ط3، (1991م)، المكتب الإسلامي، بيروت.

220. الهروي، محمد بن أحمد بن الأزهري(2001م)، تهذيب اللغة ت: محمد عوض مرعب، ط1، ج1، ص278، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

221. الهيتمي، أحمد بن محمد بن حجر السعدي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، (1983م)، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

222. الولواجي، عبد الرشيد بن ابي حنيفة، الفتاوى الولواجية (ت: مقداد فريوي)، ط1، (2003م)، دار الكتب العلمية، بيروت.

الخاتمة

الـلـهم لك الحمد والشكرحمدا كثيرا يوازي نعمائك والآئك على ما أوليت بـه وانعمـت بـه عـليّ مـن تمـام هـذا العمل المبارك.....

وبعد الذي تم بذله في اخراج المخطوط ومقابلته واثبات فروق النسخ فيه فقد توصلت الى النتائج التاليه:

1. إعتبار كتاب ((كمال الدراية في شرح النقاية)) للإمام الشمني رحمه الـلـه مـن الكتـب المهمـة التـي لا تقل عن سابقاتها من أمهات الكتب التي نعرفها كـ((المبسوط)) و((المحيط)) و((الهداية)) ونحوهـا، فقـد قام الامام الشمني رحمه الـلـه بجمع وتحقيق مسائل ظاهر الرّواية والمقارنة بين غيرها من الروايات.
2. ذكر الامام الشمني رحمه الـلـه كم هائل لأقوال، وكتب، ومصادر العلـماء مِمَّـنْ سـبقوه، وهـذا يـدل على سعة علمه، واطلاعه، وإحاطته، وتمكنه من المذهب الحنفي الذي بـرع في تقريـب الصـورة المـثلى للطالب، والسائل ذو البصيرة القاصرة.
3. إمتاز شرح الامام الشمني رحمه الـلـه بسهولة العبارة، ووضوحها، وتقريبها لكل من يقرأ كتابه.
4. زخر كتاب ((كمال الدراية في شرح النقاية)) للإمام الشمني رحمه الـلـه بآراء الصحابة، والتابعين، وائمـة المذاهب الاخرى، ذاكرا أرائهم، والراجح والمرجوح من فتـواهم، مقارنـا بهـا أقـوال المـذهب، مـع ذكـر ادلتهم في أغلب المواضع.
5. حرص الامام الشمني رحمه الـلـه على حسب ما حققت في الابواب الفقهية لكل فرع مـن المسـائل أَنْ يسوق الرّاجح في المذهب، بعد ذكر الاخلاف إنْ وجد، ثمّ يعزوا الفتوى فيه، وهذا يعني صلاح الكتـاب في قرآئته للمقلدين، وليس قاصرا على طلاب العلم.

أهم التوصيات:

1. أوصي نفسي وأخواني طلبة العلم الجامعي أن يعكفوا على ان يكونوا صـدقة جاريـة لمشـايخهم وسـندا لعلمائهم يتصل بالنّور والمعرفة في استخراج الكنوز المدفونة، فهو الشغل الشاغل علينا اليوم.
2. أرجوا من الجامعات الشرعية أن لا تقصر عمل التحقيق على طلبـة الدراسـات العليـا بـل شـمل طلبـة البكالوريوس حتى تصيبهم نفحة وبركة من نور علمهم حتى يعرفوا بصدق بعد جهـدهم في التحقيـق مدى لذة العلم وبركته.

وفي النهاية أصلي واسلم على سيدنا وحبيبنا وسندنا وذخيرتنا النبي الاكرم محمد صلى الـلـه عليه وسلم وعلى آله وصحبه، تسليما عظيما صلاة دائمة باقية شافيا شافعة لي ولوالدية والقارئين الى يوم القيامة انه الـلـه الحي القيـوم الـرحمن الرحيم نعم المولى ونعم المجيب والنّصير.....

الفهارس
و
المصادر

فهرس الآيات القرآنية
حسب ورودها في المخطوط

ت	الآية	السّورة	رقمها
1	{وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ}	الانفال	41
2	{وَنَبِّئْهُمْ أن الْمَاءِ قِسْمَة بَيْنَهُمْ}	القمر	28
3	{لَهَا شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبُ يَوْمٍ مَعْلُومٍ}	الشعراء	155
4	{فَهَبْ لِي مِنْ لَدُنْكَ وَلِيًّا}	مريم	5
5	{فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا}	النساء	4
6	{وَإِذَا حُيِّيتُمْ بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا بِأَحْسَنَ مِنْهَا أَوْ رُدُّوهَا}	النساء	86
7	{فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ}	البقرة	237
8	{ لَوْ شِئْتَ لَاتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْرًا}	الكهف	77
9	{فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ}	الطلاق	6
10	{أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ}	القصص	27
11	{يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَهِلَّةِ قُلْ هِيَ مَوَاقِيتُ لِلنَّاسِ}	البقرة	189
12	{فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ}	الطلاق	6
13	{أَرَضِيتُمْ بِالْحَيَاةِ الدُّنْيَا مِنَ الْآخِرَةِ}	التوبة	38
14	{وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ}	الماعون	7

ت	الآية	السّورة
15	{مَا وَدَّعَكَ رَبُّكَ وَمَا قَلَى}	الضحى
16	{إِنَّ اللـهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا}	النساء
17	{وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى}	المائدة
18	{وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً	النساء
19	{هَلْ جَزَاءُ الْإِحْسَانِ إِلَّا الْإِحْسَانُ}	الرحمن
20	{وَلَنْ يَجْعَلَ اللـهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا}	هود
21	{ مَنْ كَانَ يُرِيدُ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا نُوَفِّ إِلَيْهِمْ أَعْمَالَهُمْ فِيهَا وَهُمْ فِيهَا لَا يُبْخَسُونَ}	هود
22	{ لَا أَسْأَلُكُمْ عَلَيْهِ أَجْرًا }	الأَنعام
23	{أَمْ تَسْأَلُهُمْ أَجْرًا فَهُمْ مِنْ مَغْرَمٍ مُثْقَلُونَ }	الطور

فهرس الأحاديث النبوية الشريفة
حسب وردها في المخطوط

ت	الحديث النبوي
1	قَضَى النَّبِيُّ ﷺ بِالشُّفْعَةِ فِي كُلِّ مَالٍ لَمْ يُقْسَمْ
2	جَارُ الدَّارِ أَحَقُّ بِدَارِ الْجَارِ
3	الجَارُ أَحَقُّ بِسَقَبِهِ
4	ادْفَعْ إِلَى ابْنَتَيْهِ الثُّلُثِين وَإِلَى امْرَأَتِهِ الثُّمُنَ وَلَكَ مَا بَقِيَ
5	لَوْ دُعِيتُ إِلَى ذِرَاعٍ أَوْ كُرَاعٍ لَأَجَبْتُ
6	تَصَافَحُوا يَذْهَبِ الْغِلُّ
7	مَا كَانَ لِي وَلِبَنِي عَبْدِ المُطَلَبِ، فَهُوَلَكُمْ
8	لَا يَحِلُّ لِرَجُلٍ أَنْ يُعْطِيَ عَطِيَّةً فَيَرْجِعَ فِيهَا
9	الْعَائِدُ فِي هِبَتِهِ، كَالْعَائِدِ فِي قَيْئِهِ
10	الرَّجُلُ أَحَقُّ بِهِبَتِهِ مَا لَمْ يُثَبْ مِنْهَا
11	مَنْ وَهَبَ هِبَةً فَهُوَ أَحَقُّ بِهِبَتِهِ
12	لاَ تَبْتَعْهُ، وَلاَ تَعُدْ فِي صَدَقَتِكَ
13	إِذَا كَانَتِ الْهِبَةُ لِذِي رَحِمٍ مُحَرَّمٍ لَمْ يَرْجِعْ فِيهَا
14	بِالْعُمْرَى لِصَاحِبِهَا
15	العُمْرَي لِمَنْ وُهِبَتْ لَهُ
16	كَسْبُ الْحَجَّامِ خَبِيثٌ
17	احْتَجَمَ وَأَعْطَى الحَجَّامَ أَجْرَهُ
18	إِنْ أَرَدْتَ أَنْ يُطَوِقَكَ اللهُ طَوْقاً مِنْ نَارٍ فَاقْبَلْهَا
19	إِنَّ أَحَقُّ مَا أَخَذْتُمْ عَلَيْهِ أَجْرًا كِتَابُ اللـه
20	اقْرَءُوا الْقُرْآنَ، وَلَا تَغْلُوا فِيهِ
21	أَنْتَ إِمَامُهُمْ وَاقْتَدِ بِأَضْعَفِهِمْ
22	نَهَى عَنْ عَسْبِ التَّيْسِ
23	ثَمِنَ عَسْبِ الفَحْلِ
24	عَنْ عَسِيبِ الْفَحْلِ وعن قَفِيزَ الطَّحَّانِ

ت	الحديث النبوي
25	إِنْ قُتِلَ زَيْدٌ فَجَعْفَرٌ
26	بَلْ عَارِيَّةٌ مَضْمُونَةٌ
27	العَارِيَةُ مُؤَدَّاةٌ وَالمِنْحَةُ مَرْدُودَةٌ
28	نَعَمْ، عَارِيَةٌ مُؤَدَاةٌ
29	ابدءوا بجارنا اليهودي
30	الشفعة في كل شرك، في أرض
31	الجار أحق بشفعة جاره، فإن كان غائبا انتظر إذا كان طريقهما واحد
32	إِنَّ لي جارين فإلى أيهما أبر
33	إذا قسمت الأرض وحدت، فلا شفعة فيها
34	يا غلام أتأذن لي أَنْ أعطيه الأشياخ
35	معكم منه شيء
36	أكل ولدك نحلت مثله
37	كل ذي مال أحق بماله
38	إِنْ أخذتها أخذت قوسا من نار
39	جمرة بين كفيك
40	لا خصاء في الإسلام ولا بنيان كنيسة

المصادر والمراجع

القرآن الكريم

1. إبراهيم مصطفى وآخرون بمجمع اللغة العربية بالقاهرة، المعجم الوسيط، ط1، (1989م)، دار الدعوة.
2. ابن أبي حاتم، عبد الرحمن بن محمد الرازي، الجرح والتعديل، ط1، (1952م)، دائرة المعارف العثمانية، حيدر آباد.
3. ابن أبي شيبة، عبد الله بن محمد بن إبراهيم، المصنف (ت: كمال يوسف الحوت)، ط1، (1409هـ)، مكتبة الرشد، الرياض.
4. ابن أبي يعلى، محمد بن محمد، طبقات الحنابلة(ت: محمد حامد الفقي)، بدون طبعة وبدون تاريخ، دار المعرفة، بيروت.
5. ابن الحاجب، جمال الدين عثمان بن عمر، جامع الامهات (ت: أبي عبد الرحمن الاخضري)، ط2، (1431هـ)، دار اليمامة، بيروت.
6. ابن الرفعة، أبو العباس نجم الدين الأنصاري، الإيضاح والتبيان في معرفة المكيال والميزان (ت : د محمد الخاروف)، ط1، (1400هـ)، دار الفكر، دمشق.
7. ابن السَّاعَاتِي، أحمد بن علي بن ثعلب، مجمع البحرين وملتقى النَّيِّرَين(ت: إلياس قبلان)، ط1، (2005م)، دار الكتب العلمية، بيروت
8. ابن الشِّحْنَة، أحمد بن محمد، لسان الحكام في معرفة الأحكام، ط2، (1973م)، البابي الحلبي، القاهرة.
9. ابن القَطَّاع، علي بن جعفر السعدي، كتاب الأفعال، ط1، ج3، (1983م)، عالم الكتب، بيروت.
10. ابن اللحام، علي بن محمد بن عباس، القواعد والفوائد الأصولية وما يتبعها من الأحكام الفرعية (ت: عبد الكريم الفضيلي)، ط1، (1999م)، المكتبة العصرية، بيروت.
11. ابن الملقن، عمر بن علي بن أحمد، التذكرة في الفقه الشافعي (ت: محمد حسن إسماعيل)، ط1، (2006م)، دار الكتب العلمية، بيروت.
12. ابن المنذر، محمد بن إبراهيم، الإقناع (ت: د. عبد الله الجبرين)، ط1، (1408هـ)، دار ابن الجوزي، مكة.
13. ابن الهمام، محمد بن عبد الواحد السيواسي، فتح القدير، بدون طبعة وبدون تاريخ، دار الفكر.
14. ابن تيمية، عبد السلام الحراني، المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ط2، (1984م)، مكتبة المعارف، الرياض
15. ابن جني، أبو الفتح عثمان الموصلي المحتسب في تبيين وجوه شواذ القراءات والإيضاح عنها، (1999م)، وزارة الأوقاف، كويت.
16. ابن حجر، أحمد بن علي العسقلاني، لسان الميزان(ت: دائرة المعرف النظامية)، ط2، (1979م)، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، بيروت.
17. ابن حجر، أحمد بن علي، تهذيب التهذيب، ط1، (1326هـ)، مطبعة دائرة المعارف النظامية، الهند.
18. ابن خلكان، أحمد بن محمد بن إبراهيم، وفيات الأعيان (ت: إحسان عباس)، دار صادر، بيروت.

19. ابن دريد، أبو بكر محمد بن الحسن، جمهرة اللغة (ت: رمزي منير بعلبكي)، ط1، (1987م)، دار العلم للملايين، بيروت.
20. ابن رشد، محمد بن أحمد الحفيد (2004م)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج، ص، دار الحديث، القاهرة.
21. ابن رشد، محمد بن أحمد، البيان والتحصيل (ت: محمد حجي وآخرون)، ط2، (1988م)، دار الغرب الإسلامي، بيروت.
22. ابن رشد، محمد بن أحمد، المقدمات الممهدات، ط1، (1988م)، دار الغرب الإسلامي، بيروت.
23. ابن سعد، محمد بن سعد بن منيع الهاشمي، الطبقات الكبرى (ت: محمد عبد القادر عطا)، ط1، 1990م، دار الكتب العلمية، بيروت.
24. ابن سواده، يوسف بن علي الهُذَلي، الكامل في القراءات والأربعين الزائدة عليها (ت: جمال بن السيد بن رفاعي الشايب)، (2007م)، مؤسسة سما للتوزيع والنشر، بيروت.
25. ابن سيده، علي بن إسماعيل(1996م)، المخصص(ت: خليل إبراهم جفال)، ط1، (1996م)، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
26. ابن سيده، علي بن إسماعيل، المحكم والمحيط الأعظم (ت: عبد الحميد هنداوي)، ط1، (2000م)، دار الكتب العلمية، بيروت.
27. ابن صدقة، محمد خلف، أخبار القضاة (ت: عبد العزيز المراغي)، ط1، (1947م)، المكتبة التجارية.
28. ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز، رد المحتار على الدر المختار، ط2، (1992)، دار الفكر، بيروت.
29. ابن عابدين، محمد أمين بن عمر، العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، بدون طبعة وبدون تاريخ، دار المعرفة، بيروت.
30. ابن عابدين، محمد أمين بن عمر، منحة الخالق حاشية على البحر الرائق، بدون طبعة وتاريخ، دار الكتاب الإسلامي، بيروت.
31. ابن عبد البر، يوسف بن عبد الله بن محمد، الإستذكار (ت: سالم محمد عطا، ومحمد علي معوض)، ط1، (2000م)، دار الكتب العلمية، بيروت.
32. ابن عبد البر، يوسف بن عبد الله، الكافي في فقه أهل المدينة ت: محمد ولد ماديك الموريتاني، ط2، (1980م)، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض
33. ابن قدامة، عبد الرحمن بن أحمد بن محمد(بدون تاريخ)، الشرح الكبير، ، دار الكتاب العربي، بيروت.
34. ابن قدامة، عبد الرحمن بن أحمد بن محمد، الكافي في فقه الإمام أحمد، ط1، (1994م)، دار الكتب العلمية، بيروت.
35. ابن قدامة، عبد الرحمن بن أحمد بن محمد، المغني، بدون طبعة، (1968م)، مكتبة القاهرة.
36. ابن قطلوبغا، زين الدين قاسم الحنفي، التصحيح والترجيح على مختصر القدوري (ت: ضياء يونس)، ط1، (2002م)، دار الكتب العلمية، بيروت.

37. ابن قطلوبغا، زين الدين قاسم الحنفي، تاج التراجم (ت: محمد خير رمضان يوسف)، ط1، (1992م)، دار القلم، دمشق.

38. ابن كثير، إسماعيل بن عمر، البداية والنهاية (ت: عبد الله بن عبد المحسن التركي)، ط1، (1997م)، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة.

39. ابن ماجة، محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجة (ت: محمد فؤاد عبد الباقي)، بدون طبعة وبدون تاريخ، دار إحياء الكتب العربية، فيصل عيسى البابي الحلبي.

40. ابن مازة، محمود بن أحمد بن عبد العزيز، المحيط (ت: عبد الكريم سامي الجندي)، ط1، (2004م)، دار الكتب العلمية، بيروت.

41. ابن مازة، محمود بن احمد، الذخيرة البرهانية، من مخطوطات جستربيتي مصورة في الجامعة الاردنية برقم(3867)، ق313/ب.

42. ابن مفلح، إبراهيم بن محمد بن عبد الله، المبدع في شرح المقنع، ط1، (1997م)، دار الكتب العلمية، بيروت.

43. ابن مفلح، إبراهيم بن محمد بن عبد الله، المقصد الأرشد في ذكر أصحاب الإمام أحمد(ت: د. عبد الرحمن بن سليمان العثيمين) ط1، (1990م)، مكتبة الرشد، الرياض.

44. ابن ملك، عبداللطيف بن عبدالعزيز، شرح مجمع البحرين، بهامش مجمع البحرين (ت: إلياس قبلان)، ط1، (2005م)، دار الكتب العلمية، بيروت

45. ابن منجويه، أحمد بن علي(1407هـ)، رجال صحيح مسلم (ت: عبد الله الليثي)، ط1، ج2، ص205، دار المعرفة، بيروت.

46. ابن منظور، محمد بن مكرم بن علي، لسان العرب، ط3، 1414هـ دار صادر، بيروت.

47. ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم (1999م)، الأشباه والنظائر (ت الشيخ زكريا عميرات)، ط1، ج1، ص128، دار الكتب العلمية، بيروت.

48. ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، البحر الرائق، ط2، (بدون تاريخ)، دار الكتاب الإسلامي.

49. ابن نصر، عبد الوهاب علي، المعونة على مذهب أهل المدينة (ت : محمد حسن الشافعي)، ط1، (1998 م)، دار الكتب العلمية، بيروت.

50. ابن نصر، عبد الوهاب علي، المعونة على مذهب أهل المدينة (ت : محمد حسن الشافعي)، ط1، (1998 م)، دار الكتب العلمية، بيروت.

51. أبو بكر الخَلَّال، أحمد بن محمد (1994م)، الوقوف والترجل من الجامع لمسائل الإمام أحمد بن حنبل، ت: سيد كسروي حسن، ط1، ص127، دار الكتب العلمية، بيروت.

52. أبو داود، سليمان بن الأشعث، سنن أبو داود (ت: محمد محيي الدين عبد الحميد)، بدون طبعة وبدون تاريخ، بيروت.

53. أبو داود، سليمان بن الأشعث، مسائل الإمام أحمد رواية أبي داود السجستاني (ت: طارق بن عوض الله)، ط1، (1999م)، مكتبة ابن تيمية، القاهرة.

54. أبو يعلى، أحمد بن علي بن المثنى، مسند أبي يعلى (ت: حسين سليم أسد)، ط1، (1984م)، دار المأمون للتراث، دمشق.

55. أبو يوسف، يعقوب بن إبراهيم، اختلاف أبي حَنيفة وابن أبي ليلى (ت: أبو الوفا الأفغاني)، ط1، ص108، لجنة إحياء المعارف النعمانية، الهند.

56. الإسنوي عبد الرحيم بن الحسن بن علي، الشافعية (ت: كمال يوسف الحوت)، ط1، (2002م) دار الكتب العلمية، بيروت.

57. الأصبحي، مالك بن أنس بن مالك بن عامر المدني، المدونة، ، ط1، (1994م)، دار الكتب العلمية، بيروت.

58. الأصبحي، مالك بن أنس بن مالك، الموطأ (ت: محمد الأعظمي)، ط1، (2004م)، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان، أبوظبي.

59. الأصبحي، مالك بن أنس بن مالك، الموطأ برواية محمد بن الحسن الشيباني(ت: عبد الوهاب عبد اللطيف)، ط2، باب النُّحْلَى، رقم 808، ج1، ص285، المكتبة العلمية، بيروت.

60. الأصبهاني، أبو نعيم أحمد بن عبد الله، حلية الأولياء وطبقات الأصفياء، ط1، (1974م)، السعادة، القاهرة.

61. الأنباري، محمد بن القاسم (1992م)، الزاهر في معاني كلمات الناس ت(د. حاتم الضامن)، ط1، ج1، ص403، الرسالة، بيروت.

62. الاوشي، محمد بن عثمان(2011م)، الفتاوى السراجية (ت: محمد البستوي) ط1، ص457، دار الكتب العلمية، بيروت.

63. البابانى، إسماعيل بن محمد أمين، هدية العارفين، ط1، (1951م)، دار إحياء التراث العربي بيروت.

64. البابرتي، محمد بن محمد، العناية شرح الهداية، بدون طبعة وبدون تاريخ، دار الفكر، بيروت.

65. البخاري، محمد بن إسماعيل المغيرة، الأدب المفرد (ت: محمد فؤاد عبد الباقي) ط3، (1989م)، دار البشائر الإسلامية، بيروت

66. البخاري، محمد بن إسماعيل، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله ﷺ وسننه وأيامه - صحيح البخاري- (ت: محمد زهير الناصر)، ط1، (1422هـ)، دار طوق النجاة، بيروت.

67. البراذعي، خلف بن أبي القاسم محمد، التهذيب في اختصار المدونة (ت: د. محمد الأمين)، ط1، (2002م)، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي.

68. البزار، أحمد بن عمرو العتكي، البحر الزخار(المسند)، ط1، (2009م)، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة

69. البزدوي، عبد العزيز بن أحمد، كشف الأسرار، بدون طبعة وبدون تاريخ، دار الكتاب الإسلامي، بيروت.

70. البغدادي، عبد الرحمن بن محمد، ارشاد السالك الى اشرف المسالك، بدون طبعة وبدون تاريخ، مصطفى البابي الحلبي، القاهرة.

71. البغوي، مسعود بن محمد بن الفراء، شرح السنة (ت: شعيب الأرنؤوط، محمد زهير الشاويش)، ط2، 1983م، المكتب الإسلامي، دمشق، بيروت.

72. البكري، عبد الله بن عبد العزيز الأندلسي، معجم ما استعجم من أسماء البلاد والمواضع، ط3، (1403هـ)، عالم الكتب، بيروت.

73. البلخي، لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي، الفتاوى الهندية، ط2، (1310 هـ)، دار الفكر، بيروت.

74. البلوي، أحمد بن علي، ثبت أبي جعفر أحمد بن علي (ت: عبد الـلـه العمراني)، ط1، (1403هـ)، دار الغرب الإسلامي، بيروت.

75. بن حبان، محمد البُستي، الثقات، ط1، (1973م)، دائرة المعارف العثمانية، حيدر آباد.

76. البيهقي، أحمـد بـن الحسـين الخراسـاني، السـنن الصـغير (ت: عبـد المعطـي أمـين قلعجـي)، ط1، (1989م)، جامعـة الدراسات الإسلامية، كراتشي، باكستان.

77. البيهقي، أحمد بن الحسين الخراساني، السنن الكبرى ت: محمد عبد القادر عطا، ط3، (2003م)، دار الكتب العلميـة، بيروت

78. البيهقي، أحمد بن الحسين، شعب الإيمان(ت: مختار الندوي)، ط1، (2003م)، مكتبة الرشد، الرياض.

79. الترمذي، محمد بن عيسى(1998م)، سنن الترمذي (ت: بشار عواد)، ط1، (1998م)، دار الغرب الإسلامي، بيروت.

80. التميمـي، تقـي الـدين بـن عبـد القـادر الـداري، الطبقـات السـنية في تـراجم الحنفيـة (ت: عبـد الفتـاح الحلـو)، ط1،(1970م)، لجنة احياء التراث المجلس الاعلى للشؤون الاسمية في الجمهورية العربية المتحدة، القاهرة.

81. الثعلبي، محمد عبـد الوهـاب بـن عـلي، التلقـين في الفقـه المـالكي (ت: محمـد أبـو خبـزة الحسـني التطـواني)، ط1، (2004م)، دار الكتب العلمية، بيروت.

82. الثقفي، أحمد بن محمد، لسان الحكام في معرفة الأحكام، ط1، (1973م)، البابي الحلبي، القاهرة.

83. الثوري، سفيان بن سعيد، تفسير الثوري، ط1، (1983م)، دار الكتب العلمية، بيروت.

84. الجرجاني، التعريفات، مصدر سابق، ص159. وعلي حيدر، شرح مجلة الاحكام، ج2، ص797.

85. الجرجاني، علي بن محمد بن علي، التعريفات (ت: جماعة من العلـماء بـإشراف النـاشر)، ط1، (1983م)، دار الكتـب العلمية بيروت.

86. الجزري، المبارك ابن الأثير(1979م)، النهاية في غريب الحديث والأثر (ت: طاهر الزاوى، ومحمود الطنـاح)، ط1، ج2، ص377، المكتبة العلمية، بيروت.

87. الجزري، المبارك ابن الأثير، النهاية في غريب الحـديث والأثـر (ت: طـاهر الـزاوى، ومحمـود الطنـاح)، ط1، (1979م)، المكتبة العلمية، بيروت.

88. الجصاص، أحمد بن على الرازي، مختصر اختلاف العلماء للطحاوي (ت. عبد الـلـه نذير احمـد) ط1، (1995م)، دار البشائر، بيروت.

89. الجصاص، ابو بكر الرازي، شرح مختصر الطحاوي(ت: د. سائد بكداش)، ط1، (2010م)، دار البشائر، بيروت.

90. الجصاص، احمد بن علي، شرح ادب القاضي للخصاف، ط1، (1400هـ)، الناشر/ السيد اسعد طرابزوني الحسيني.

91. الجوهري، إسماعيل بن حماد، الصحاح (ت: أحمد عبد الغفور عطار)، ط4، (1987م)، دار العلم للملايين، بيروت.

92. الجويني، عبد الملك بن عبد الـلـه إمام الحـرمين، نهايـة المطلـب في درايـة المـذهب (ت: أ. د. عبـد العظـيم محمـود الدّيب)، ط1، (2007م)، دار المنهاج، جدة.

93. حاجي خليفة، مصطفى بن عبد الـلـه، كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون، ط1، 1941، مكتبة المثنى، بغداد.

94. الحصكفي، بدر المتقى في شرح الملتقى "المطبوع بهامش شيخ زاده، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان، مجمع الأنهر، بدون طبعة وبدون تاريخ، دار إحياء التراث العربي.

95. الحصكفي، محمد بن علي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار للتمرتاشي (ت: عبد المنعم خليل ابراهيم)، ط1، (2002م)، دار الكتب العلمية، بيروت.

96. الحصني، أبو بكر بن محمد، كفاية الأخيار (ت: علي بلطجي، ومحمد وهبي سليمان)، ط1، (1994م)، دار الخير، دمشق

97. الحطاب، محمد بن محمد بن عبد الرحمن، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ط3، (1992م)، دار الفكر، بيروت.

98. الحموي، ياقوت بن عبد الله الرومي، معجم البلدان، ط2، (1995م)، دار صادر، بيروت.

99. الحميري، نشوان بن سعيد، شمس العلوم ودواء كلام العرب من الكلوم (ت: حسين بن عبد الله العمري، ومطهر بن علي الإرياني، ويوسف محمد عبد الله)، ط1، (1999م)، دار الفكر المعاصر، بيروت.

100. الخرقي، عمر بن الحسين، متن الخرقى على مذهب الامام أحمد، (1993م)، دار الصحابة، السعودية.

101. الخطيب، داوود بن يوسف، الفتاوى الغياثية، ط1، (1421هـ)، مطبعة بولاق، القاهرة.

102. الدارقطني، علي بن عمر بن أحمد، السنن (ت: شعيب الأرنؤوط)، ط1، (2004م)، مؤسسة الرسالة، بيروت.

103. الدسوقي محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، بدون طبعة وبدون تاريخ، دار الفكر، بيروت.

104. دُوزِي، رينهارت بيتر آن، تكملة المعاجم العربية (ترجمة: محمد سليم النعَيمي)، ط1، (1979م)، وزارة الثقافة والإعلام، بغداد.

105. الذهبي، العبر، مصدر سابق ج1، ص331. الصفدي، الوافي بالوفيات، مصدر سابق، ج17، ص237-238.

106. الذهبي، تذكرة الحفاظ، ج3، ص85-88 .

107. الذهبي، محمد بن أحمد بن عثمان بن قَايْماز، سير أعلام النبلاء، ط1، (2000م)، دار الحديث، القاهرة

108. الذهبي، محمد بن أحمد، العلو للعلي الغفار في إيضاح صحيح الأخبار (ت: محمد أشرف)، ط1، (1995م)، مكتبة أضواء السلف، الرياض.

109. الرازي علي بن مكي، خلاصة الدلائل في تنقيح المسائل (ت: اجمد الفضلي)، ط1، (2007)، الرشد، الرياض.

110. الرازي، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر، مختار الصحاح (ت: يوسف الشيخ محمد)، ط5، (1999م)، المكتبة العصرية، الدار النموذجية، بيروت، صيدا.

111. الرافعي، عبد الكريم بن محمد، فتح العزيز بشرح الوجيز، بدون طبعة وبدون تاريخ، دار الفكر، بيروت.

112. الرملي، خير الدين احمد(1300هـ)، الفتاوى الخيرية لنفع البرية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، ط2، ج2، ص111، بولاق، مصر.

113. الزَّبِيدِيّ، أبو بكر بن علي بن محمد الحدادي العبادي الحنفي، الجوهرة النيرة، ط1، (1322هـ)، المطبعة الخيرية، مصر.

114. الزبيدي، محمد بن محمد بن عبد الرزاق (بدون تاريخ)، تاج العروس (ت: مجموعة من المحققين)، بدون طبعة، دار الهداية.

115. الزبيدي، محمد بن محمد بن عبد الرزاق، تاج العروس (ت: مجموعة من المحققين)، (بدون تاريخ)، دار الهداية.

116. الزركشي، محمد بن عبد الـلـه الحنبلي، شرح الزركشي، ط1(1993م)، دار العبيكان، الرياض.

117. الزركلي، خير الدين بن محمد، الأعلام، ط15، (2002م)، دار العلم للملايين.

118. الزيلعي، عبد الـلـه بن يوسف بن محمد، نصب الراية (ت: محمد عوامة)، ط1، (1997م)، مؤسسة الريان، بيروت، لبنان.

119. الزيلعي، عثمان بن علي بن محجن البارعي، تبيين الحقائق، ط1، (1313هـ)، المطبعة الكبرة الأميرية، بولاق، القاهرة.

120. السبكي، تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين، طبقات الشافعية الكبرى (ت: محمود محمد الطناحي، وعبد الفتاح محمد الحلو)، ط2، (1413هـ)، دار هجر، القاهرة.

121. السخاوي، محمد بن عبد الرحمن، الضوء اللامع لأهل القرن التاسع، بدون طبعة وبدون تاريخ، المكتبة العصرية، صيدا.

122. السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل، المبسوط، (1993م)، دار المعرفة، بيروت.

123. السرخسي، محمد بن أحمد، شرح السير الكبير، (1971م)، الشركة الشرقية للإعلانات، القاهرة.

124. سركيس، يوسف بن إليان، معجم المطبوعات العربية، ط1، (1928م)، مطبعة سركيس، القاهرة.

125. السُّغْدي، علي بن الحسين، النتف في الفتاوى (ت: د. صلاح الدين الناهي)، ط2، (1984 م)، دار الفرقان، عمان.

126. السمرقندي، محمد بن أحمد، تحفة الفقهاء، ط2، (1994م)، دار الكتب العلمية، بيروت.

127. السمرقندي، محمد بن يوسف بن أبي أحمد، الفقه النافع (ت: د. ابراهيم العبود)، ط1، (1420هـ)، مكتبة العبيكان، الرياض.

128. السمرقندي، نصر بن محمد بن أحمد، خزانة الفقه (تعليق: محمد عبد السلام شاهين)، ط1، (2005م)، دار الكتب العلمية، بيروت.

129. السمرقندي، نصر بن محمد، مختلف الرواية (ت: عبد الرحمن بن مبارك الفرج)، ط1، (2005هـ)، مكتبة الرشد، الرياض.

130. السمعاني، عبد الكريم بن محمد، الأنساب (ت: عبد الرحمن المعلمي وغيره)، ط1، (1962م)، مجلس دائرة المعارف العثمانية، حيدر آباد.

131. السنيكي، زكريا بن محمد، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، بدون طبعة وبدون تاريخ، دار الكتاب الإسلامي، بيرت.

132. السيوطي عبد الرحمن بن أبي بكر، الأشباه والنظائر، ط1، (1990م)، دار الكتب العلمية، بيروت.

133. السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة (ت: محمد أبو الفضل إبراهيم)، بدون طبعة وبدون تاريخ، المكتبة العصرية، لبنان صيدا.

134. السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، حسن المحاضرة (ت: محمد أبو الفضل إبراهيم)، ط1، (1967م)، دار إحياء الكتب العربية، مصر.

135. السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، طبقات الحفاظ، ط1، (1403)، دار الكتب العلمية، بيروت.

136. الشافعي، محمد بن إدريس بن العباس، الأم، (1990م)، دار المعرفة، بيروت.

137. الشافعي، محمد بن إدريس بن العباس، الرسالة (ت: أحمد شاكر)، ط1، (1940م)، مكتبه الحلبي، مصر.

138. شُرَّاب، محمد بن محمد حسن، المعالم الأثيرة في السنة والسيرة، ط1، (1411هـ)، دار القلم، بيروت.

139. الشربيني، محمد بن أحمد الخطيب، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع (ت: علي محمد معوض - عادل أحمد عبد الموجود،)، ط2، (2004م)، دار الفكر، بيروت.

140. الشربيني، محمد بن أحمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ط1، (1994م)، دار الكتب العلمية، بيروت.

141. الشرنبلالي، حسن بن عمار بن علي، حاشية الشرنبلالي على درر الحكام، بدون طبعة وبدون تاريخ، دار إحياء الكتب العربية، بيروت.

142. الشعراني، عبد الوهاب بن أحمد، الطبقات الكبرى، ط1، (1315هـ)، مطبعة محمد المليجي الكتبي، القاهرة.

143. الشلبي، أحمد بن محمد، حاشيته على تبيين الحقائق، ط1، (1313هـ)، المطبعة الكبرة الأميرية، بولاق، القاهرة.

144. الشوكاني، محمد بن علي، البدر الطالع، دار المعرفة، بيروت.

145. الشيباني، أحمد بن حنبل، المسند (ت: شعيب الأرناؤوط، وعادل مرشد وآخرون)، ط1، (2001م)، مؤسسة الرسالة، بيروت.

146. الشيباني، أحمد بن محمد بن حنبل، مسائل الإمام أحمد بن حنبل رواية ابن أبي الفضل صالح، بدون طبعة وبدون تاريخ، الدار العلمية، الهند.

147. الشيباني، محمد بن الحسن بن فرقد، السير(ت: مجيد خدوري ط1، (1975م)، الدار المتحدة للنشر، بيروت.

148. الشيباني، محمد بن الحسن، الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير، (1406هـ)، عالم الكتب، بيروت.

149. الشيباني، محمد بن الحسن، الجامع الكبير، ط1، (1356هـ)، لجنة احياء المعارف النعمانية، حيدر اباد.

150. شيخ زاده، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان، مجمع الأنهر، بدون طبعة وبدون تاريخ، دار إحياء التراث العربي.

151. الشيرازي، إبراهيم بن علي بن يوسف، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ط1، (1995)، دار الكتب العلمية، بيروت.

152. الشيرازي، إبراهيم بن علي، طبقات الفقهاء (ت: إحسان عباس)، ط1، (1970م)، دار الرائد العربي، بيروت.

153. الصدر الشهيد، عمر بن عبد العزيز، شرح ادب القاضي(ت: د. محي هلال السرحان)، ط1، (1977)، مطبعة الرشاد، بغداد.

154. الصفدي، صلاح الدين خليل بن أيبك، الوافي بالوفيات (ت: أحمد الأرناؤوط وتركي مصطفى)، ط1، (2000م)، دار إحياء التراث، بيروت.

155. الصنعاني، عبد الرزاق بن همام بن نافع الحميري، المصنف (ت: حبيب الرحمن الأعظمي)، ط2، (1403هـ)، المكتب الإسلامي، بيروت.

156. الصنعاني، عبد الرزاق بن همام، تفسير القرآن (ت: د. محمود محمد عبده) ط1، (1419هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت.

157. طاشكبرى زاده، أحمد بن مصطفى، مفتاح السعادة، ط1، (1985م)، دار الكتب العلمية، بيروت.

158. الطبراني، سليمان بن أحمد اللخمي، المعجم الكبير (ت: حمدي السلفي)، ط2، بدون تاريخ، مكتبة ابن تيمية، القاهرة.

159. الطبري، محمد بن جرير، تاريخ الرسل والملوك، ط2، (1387هـ)، دار التراث، بيروت.

160. الطحاوي أحمد بن محمد الأزدي، مختصر اختلاف العلماء (ت: د. عبد الله نذير أحمد)، ط2، (1417هـ)، البشائر الإسلامية، بيروت.

161. الطحاوي، أحمد بن محمد الأزدي، شرح معاني الآثار (ت: محمد النجار، ومحمد سيد جاد الحق)، ط1، (1994م)، عالم الكتب، القاهرة.

162. الظاهري، عبد الله يوسف بن تغري بردي(بدون تاريخ)، المنهل الصافي (ت: محمد محمد أمين)، بدون طبعة، ج2، ص104، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة.

163. الظاهري، يوسف بن تغري بردي، المنهل الصافي والمستوفى بعد الوافي (ت: محمد محمد أمين)، بدون طبعة وبدون تاريخ، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة.

164. العجلي، أحمد بن عبد الله بن صالح، معرفة الثقات (ت: عبد العليم البستوي)، ط1، (1985م)، مكتبة الدار، المدينة المنورة.

165. العسكري الحسن بن عبد الله، الفروق اللغوية (ت: محمد إبراهيم سليم)، بدون طبعة وبدون تاريخ، دار العلم والثقافة، القاهرة

166. العَكري عبد الحي بن أحمد بن العماد، شذرات الذهب في أخبار من ذهب (ت: عبد القادر ومحمود الأرناؤوط)، ط1، (1986م)، دار ابن كثير، بيروت.

167. علاء الدين ابن عابدين، محمد بن محمد أمين، قرة عين الأخيار لتكملة رد المحتار، ط2، (1992م)، دار الفكر، بيروت.

168. علي حيدر، درر لحكام شرح مجلة الاحكام، طبعة خاصة، (2003م)، عالم الكتب، الرياض.

169. العمراني، يحيى بن أبي الخير بن سالم، البيان (ت: قاسم محمد النوري)، ط1، (2000 م)، دار المنهاج، جدة.

170. العيني، محمود بن أحمد بن موسى، البناية شرح الهداية، ط1، (2000م)، دار الكتب العلمية، بيروت.

171. الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد، الوجيز في الفقه الشافعي(ت: عادل معوض، وعادل عبد الموجود)، ط1، (1997م)، دار الارقم، بيروت.

172. الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد، الوسيط في المذهب (ت: أحمد محمود ومحمد محمد تامر)، ط1، (1417هـ)، دار السلام، القاهرة.

173. الغزنوي، عمر بن إسحق بن أحمد الهندي، الغرة المنيفة في ت بعض مسائل الإمام أبي حنيفة، ط1، (1986م)، مؤسسة الكتب الثقافية، القاهرة.

174. فانديك، أدوارد كرنيليوس، اكتفاء القنوع، ط1، (1896م)، مطبعة التأليف الهلال، القاهرة.

175. الفراهيدي، الخليل بن أحمد البصري، العين (ت: د مهدي المخزومي، د إبراهيم السامرائي)، بدون طبعة وبدون تاريخ، دار الهلال، بغداد.

176. الفيروزآبادي، محمد بن يعقوب، القاموس المحيط (ت، مكتب ت التراث في مؤسسة الرسالة)، ط2، (2005م)، مؤسسة الرسالة، بيروت.

177. الفيومي، أحمد بن محمد بن علي، المصباح المنير، بدون طبعة وبدون تاريخ، المكتبة العلمية، بيروت.

178. قاضي زادة، شمس الدين أحمد، نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار، بدون طبعة وبدون تاريخ، دار الفكر، دمشق.

179. القدوري، احمد بن محمد البغدادي، التجريد (ت: د. محمد أحمد سراج، و د. علي جمعة)، ط1، (2004م)، دار السلام، القاهرة.

180. القدوري، احمد بن محمد بن جعفر، مختصر القدوري(ت: كامل محمد عويضة)، ط1(1997م)، دار الكتب العلمية، بيروت.

181. القدوري، أحمد بن محمد، شرح مختصر الكرخي(ت: عبد الله الغملاس)، ط1، (1426هـ)، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض.

182. القرافي، أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن، الذخيرة (ت: محمد حجي وسعيد أعراب ومحمد أبو خبزة)، ط1، (1994)، دار الغرب الإسلامي، بيروت.

183. القرشي، عبد القادر بن محمد، الجواهر المضية في طبقات الحنفية (ت :عبد الفتاح محمد الحلو)، ط2، (1993م)، دار هجر، مصر.

184. القزويني، أحمد بن فارس بن زكريا الرازي، معجم مقاييس اللغة ت: عبد السلام محمد هارون، (1979م)، دار الفكر، بيروت

185. قلعجي، محمد رواس، معجم لغة الفقهاء، ط2، (1988م)، دار النفائس، عمان.

186. القلقشندي، أحمد بن علي، نهاية الأرب (ت: إبراهيم الإبياري)، ط2، (1980م)، دار الكتاب اللبنانين، بيروت.

187. القهستاني، شمس الدين محمد، جامع الرموز في شرح النقاية، بدون طبعة، (1291هـ)، المطبعة المعصومية، استانبول.

188. القينوجي، محمد صديق خان بن حسن، أبجد العلوم، ط1، (2002م)، دار ابن حزم، أبجد العلوم.

189. الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط2، (1986م)، دار الكتب العلمية، بيروت.

190. الكتاني، محمد بن أبي الفيض، الرسالة المستطرفة (ت: محمد المنتصر بن محمد الزمزمي)، ط6، (2000م)، دار البشائر الإسلامية، بيروت.

191. كحالة، عمر بن رضا الدمشقي معجم المؤلفين، بدون طبعة وبدون تاريخ، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

192. الكفوي، أيوب بن موسى، الكليات(عدنان درويش - محمد المصري)، ط1، (2002م)، مؤسسة الرسالة، بيروت.

193. الكلوذاني، محفوظ بن أحمد بن الحسن، الهداية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل (ت: عبد اللطيف الهميم، وماهر الفحل)، ط1، (2004م)، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، الكويت.

194. الكوسج، إسحاق بن منصور المروزي، مسائل الإمام أحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه، ط1، (2002م)، الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة.

195. اللكنوي، محمد عبد الحي بن عبد الحليم، الفوائد البهية، ط1، (1324هـ)، مطبعة السعادة، القاهرة.

196. اللكنوي، محمد عبد الحي بن عبد الحليم، مقدمة السعاية، مطبعة المصطفائي محمد خان، باكستان.

197. الماوردي، علي بن محمد، الإقناع، ج1، ص177.

198. مجلة الأحكام العدلية، لجنة مكونة من عدة علماء في الخلافة العثمانية(ت: نجيب هواويني)، مكتبة آرام باغ، كراتشي.

199. المحبوبي، عبيد الله بن مسعود، شرح الوقاية (ت: د. صلاح ابو الحاج)، ط1، (2006)، مؤسسة الوراق، عمان.

200. مختار، د. أحمد مختار عبد الحميد، معجم اللغة العربية المعاصرة، ط1، (2008م)، عالم الكتب، بيروت.

201. المرداوي، علي بن سليمان، الإنصاف، ط2، (بدون تاريخ)، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

202. المرغيناني، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني، الهداية في شرح بداية المبتدي (ت: طلال يوسف)، (2008)، دار احياء التراث العربي، بيروت.

203. المزني، إسماعيل بن يحيى، المختصر (مطبوع ملحقا بكتاب الأم)، يقع في الجزء 8 من الكتاب الام طبعة دار المعرفة، بيروت.

204. المزي، يوسف بن عبد الرحمن، تهذيب الكمال (ت: بشار عواد)، ط1، (1980م)، مؤسسة الرسالة، بيروت.

205. المُطَرِّزِيّ، ناصر بن عبد السيد الخوارزمي، المغرب في ترتيب المعرب، بدون طبعة وبدون تاريخ، دار الكتاب العربي، بيروت.

206. معجم اللغة العربية المعاصرة، أحمد مختار، ط1، (2008م)، عالم الكتب، بيروت.

207. ملا خسرو، محمد بن فرامرز بن علي، درر الحكام شرح غرر الأحكام، بدون طبعة وبدون تاريخ، دار إحياء الكتب العربية، مصر.

208. ملا علي القاري، علي بن سلطان محمد، فتح باب العناية بشرح النقاية، ط1(2005م)، دار الكتب العلمية، بيروت.

209. المَلَطي، يوسف بن موسى بن محمد، المعتصر من المختصر من مشكل الآثار، بدون طبعة وبدون تاريخ، عالم الكتب، بيروت.

210. المنهاجي، محمد بن أحمد الشافعي، جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود(ت: مسعد عبد الحميد السعدني)، ط1، (1996م)، دار الكتب العلمية بيروت .

211. الموصلي، عبد الله بن محمد، الاختيار لتعليل المختار، ط1، (1937م)، مطبعة الحلبي، القاهرة.

212. الميداني، عبد الغني بن طالب، اللباب في شرح الكتاب (ت: محمد محيي الدين)، بدون طبعة وبدون تاريخ، المكتبة العلمية، بيروت.

213. النسائي أحمد بن شعيب بن علي الخراساني، السنن الكبرى(ت: حسن شلبي)، ط1، (2001م)، مؤسسة الرسالة، بيروت.

214. النسفي، عبد الله بن احمد، الكافي شرح الوافي (مخطوط برقم: 4852، بجامعة الملك سعود)، ق171/ب.

215. النسفي، عمر بن محمد، طلبة الطلبة، ط1، (1311هـ)، مكتبة المثنى، بغداد.

216. النفراوي، أحمد بن غانم بن سالم، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، بدون طبعة، (1995م)، دار الفكر، بيروت.

217. النووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف ،شرح النووي على مسلم، ط2، (1392هـ)، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

218. النووي، محيي الدين يحيى بن شرف، المجموع شرح المهذب، بدون طبعة وبدون تاريخ، دار الفكر، دمشق.

219. النووي، محيي الدين يحيى بن شرف، روضة الطالبين (ت: زهير الشاويش)، ط3، (1991م)، المكتب الإسلامي، بيروت.

220. الهروي، محمد بن أحمد بن الأزهري(2001م)، تهذيب اللغة ت: محمد عوض مرعب، ط1، ج1، ص278، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

221. الهيتمي، أحمد بن محمد بن حجر السعدي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، (1983م)، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

222. الولواجي، عبد الرشيد بن ابي حنيفة، الفتاوى الولواجية (ت: مقداد فريوي)، ط1، (2003م)، دار الكتب العلمية، بيروت.